

Consultazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato

“Schema di Linee guida sulla *compliance* antitrust”

Osservazioni di Assonime

Ringraziamo l’Autorità per aver sottoposto a consultazione lo schema di Linee guida sulla *compliance* antitrust. Come sottolineato nel testo della delibera, la consultazione è un elemento di fondamentale importanza ai fini della qualità della regolazione. In questo caso, dato l’obiettivo delle Linee guida, che è quello di individuare i requisiti di adeguatezza dei programmi per la prevenzione degli illeciti antitrust, è particolarmente evidente l’importanza di raccogliere il punto di vista e l’esperienza pratica delle imprese e dei loro consulenti per giungere a un assetto equilibrato ed efficace della disciplina.

Le Linee guida rispondono all’istanza delle imprese di conoscere preventivamente l’approccio che l’Autorità intende seguire nella valutazione dei programmi di *compliance* ai fini del riconoscimento di una riduzione della sanzione. Il disegno è nel complesso chiaro e di agevole comprensione, grazie anche alla relazione illustrativa che spiega le scelte compiute dall’Autorità e contiene ampi riferimenti comparatistici alle soluzioni adottate in altri ordinamenti.

Riguardo al contenuto, restano a nostro avviso alcuni margini di miglioramento.

Contenuto del programma e richieste di valutazione: flessibilità e proporzionalità delle soluzioni

L’Autorità prende atto che il criterio “*one size fits all*” non è utilizzabile quando si discute come costruire un programma di *compliance* adeguato e potenzialmente efficace. Non vi è un modello standard che sia valido per tutti i soggetti interessati. Ogni impresa è chiamata a un esercizio di autovalutazione per identificare i rischi a cui è esposta e definire appropriate misure di prevenzione. I requisiti delineati nello schema di Linee guida dovrebbero svolgere quindi una funzione prevalentemente orientativa.

In questa prospettiva, mentre appare giustificato il richiamo alla necessità che vengano destinate all’attuazione del programma “risorse sufficienti”, secondo un criterio che va comunque calibrato sulle caratteristiche della singola impresa, non sembra opportuno

richiedere che ogni impresa individui una figura specifica di responsabile del programma dotato di autonomia e indipendenza. Questa scelta, infatti, appropriata nelle realtà organizzative di dimensione medio-grande, può risultare non proporzionata nelle imprese di minori dimensioni. Un margine di flessibilità può agevolmente essere introdotto nello schema attraverso alcune minori modifiche testuali:

Punto 7. “Un efficace programma di *compliance* richiede il chiaro riconoscimento del valore della concorrenza come parte integrante della cultura e della politica aziendale e l’impegno, continuo e duraturo, al suo rispetto. A tal fine l’impresa deve dimostrare altresì di destinare risorse sufficienti all’attuazione del programma e nominare di norma un “responsabile del programma” dotato di autonomia e indipendenza ~~nonché di dotare di autonomia e indipendenza il “responsabile del programma”.~~

Nel successivo riquadro:

“- sia di norma individuato un responsabile del programma cui venga riconosciuta autonomia e indipendenza e che risponda direttamente ai massimi vertici aziendali”.

Punto 22 – riquadro:

“Elementi ~~essenziali~~ rilevanti, al riguardo, sono (...)”.

Sempre nel riquadro relativo al punto 22, nella prospettiva della flessibilità, appare opportuno modificare l’ultimo periodo come segue:

“Le precedenti indicazioni hanno carattere puramente indicativo e non esaustivo, potendo venire in rilievo anche documentazione ~~ulteriore a~~ diversa da quella menzionata, in quanto adeguata a dimostrare che la scelta di adozione del programma risponde a un impegno effettivo, adeguato e continuativo alla prevenzione di comportamenti illeciti da parte dell’impresa, tenendo conto delle caratteristiche di quest’ultima”.

Trattamento premiale – condotte e intese non rientranti nell’ambito di applicazione della leniency

La categoria **programmi efficaci** si fonda sul requisito della tempestiva scoperta e interruzione dell’illecito prima della notifica dell’avvio del procedimento istruttorio. Potrebbe essere utile chiarire che, se si è realizzato questo requisito in attuazione del programma, le circostanze che rendono normalmente inadeguato il programma di cui al **punto 34** (in particolare il coinvolgimento di un manager responsabile di una parte

dell'impresa) non saranno considerate indici di manifesta inadeguatezza perché in concreto il programma ha funzionato.

Trattamento premiale – intese per cui è prevista la possibilità della leniency

Per le fattispecie a cui è applicabile un programma di clemenza, lo schema di linee guida mira principalmente a incoraggiare le domande di leniency anche laddove l'impresa non sia sicura di arrivare per prima e quindi ottenere l'immunità. A questo fine, è considerato programma efficace (attenuante fino al 15%) solo quello in cui non solo la violazione è scoperta e interrotta ma viene anche tempestivamente presentata una domanda di leniency.

Per accentuare l'incentivo a presentare la domanda di leniency, nello schema di linee guida il programma è considerato manifestamente inadeguato nel caso in cui la violazione sia scoperta e interrotta ma non sia tempestivamente presentata la domanda di leniency, così come nel caso in cui la violazione sia scoperta ma non interrotta. Nella relazione illustrativa (punto 61) viene argomentato che, in ragione della gravità delle infrazioni interessate, "la presentazione di una domanda di clemenza è l'unica scelta coerente con l'impegno etico assunto dall'impresa a fare propri i valori della concorrenza e a diffonderli all'interno della struttura imprenditoriale".

Ai due comportamenti (continuazione dell'illecito verso immediata cessazione dell'illecito non accompagnata dalla presentazione di domanda di clemenza), tuttavia, andrebbe associato un diverso disvalore. Infatti, mentre continuare consapevolmente nella violazione è in palese contrasto con i valori della concorrenza, rispetto alla scelta se presentare o meno una domanda di leniency, dal punto di vista degli amministratori di un'impresa rileva necessariamente anche la valutazione dell'impatto economico delle successive azioni risarcitorie.

Peraltro, non è chiaro nell'ipotesi in cui la violazione sia stata interrotta ma non sia stata presentata la domanda di leniency quale sia il contenuto della modifica del programma di compliance che sarebbe considerato adeguato dall'Autorità.

Trattamento dei gruppi di imprese

Nello schema di Linee guida viene sottolineato, al **punto 44**, che l'adozione di un programma di *compliance* da parte della capogruppo non può essere addotto dalla stessa quale elemento sufficiente a sottrarsi alla (eventuale) responsabilità per la condotta anticoncorrenziale della sua controllata.

Qualche perplessità suscita la formulazione del precedente **punto 43**, in base alla quale nell'ambito di procedimenti antitrust che coinvolgono anche la controllante affinché il programma di compliance della capogruppo possa ritenersi adeguato "esso deve essere adottato e implementato a livello di gruppo, sia da parte della società capogruppo, sia da parte delle controllate". Soprattutto tenendo presente la realtà di gruppi multinazionali ramificati, sarebbe palesemente sproporzionato estendere la valutazione del programma di compliance, per la violazione in un determinato mercato, a tutte le ramificazioni merceologiche e territoriali del gruppo. Ciò che dovrebbe rilevare è il programma di compliance della capogruppo e delle controllate interessate dalla violazione.

Inoltre, secondo un approccio *tailor-made*, nei casi in cui la capogruppo fosse coinvolta per una condotta autonoma e non per la condotta della controllata a sua volta parte del procedimento, sembrerebbe corretto potere valutare distintamente per ciascuna delle imprese coinvolte (capogruppo e controllata) l'adeguatezza del programma di compliance in vigore.

Programma di compliance come aggravante

Al **punto 45** viene indicato che "l'Autorità non considererà di norma l'esistenza di un programma di *compliance* quale circostanza aggravante, salvo ipotesi eccezionali". Viene fatto riferimento, a titolo esemplificativo, a casi molto particolari (programma di *compliance* utilizzato per agevolare o nascondere un'infrazione, indurre in errore l'Autorità circa l'esistenza o la natura della stessa e/o porre in essere condotte volte a impedire, ostacolare o comunque ritardare l'attività istruttoria, se è provato che le indicazioni contenute nel programma sono state concretamente eseguite). Per evitare incertezze, potrebbe essere utile specificare che le ipotesi indicate nello schema di linee guida costituiscono gli unici casi in cui l'adozione di un programma di compliance può eccezionalmente assumere rilievo come aggravante.

La previsione dei **punti 46 e 47**, per cui avere ottenuto una riduzione della sanzione in relazione al programma di compliance può incidere negativamente sulla sanzione in caso di recidiva o di inottemperanza alla diffida andrebbe più puntualmente circoscritta. In particolare, essa suscita perplessità relativamente a quelle ipotesi, che pure si possono verificare nella realtà, in cui non è scontato che una determinata condotta configuri una recidiva o un'inottemperanza.