

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Piazza G. Verdi, 6/a
00198 Roma

consultazione.compliance@agcm.it

Via della Moscova, 3
20121 Milano

T +39 02 806731
F +39 02 89010836

www.fieldfisher.com

22 maggio 2018

Oggetto: Contributo alla Consultazione pubblica dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle “Linee guida sulla compliance antitrust”

Gentili sig.ri,

Fieldfisher è uno studio legale internazionale con sedi in Belgio, Cina, Francia, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito, nella Silicon Valley e, più recentemente, in Italia. Lo Studio pratica il diritto della concorrenza con il suo *Competition Regulatory and Trade Group* in tutte le precitate giurisdizioni. Il CRT team italiano si pregia di fornire all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (l’**Autorità**) il proprio contributo nell’ambito della consultazione pubblica avente ad oggetto la proposta di “Linee guida sulla compliance antitrust”, di cui al Provvedimento n. 27117 del 5 aprile 2018 (la “Proposta”).

Premessa

1. Riflessione sull’impostazione metodologica

- 1.1 La Proposta di Linee Guida si pone, come scopo: i) **la promozione di una cultura della concorrenza diffusa nel tessuto imprenditoriale**, ii) **la prevenzione** degli illeciti antitrust attraverso la tempestiva adozione di programmi di *compliance* efficaci; iii) **la certezza giuridica in ordine ai criteri di valutazione dei programmi di compliance ai fini del riconoscimento**

Belgio / Cina / Francia / Germania / Italia / Paesi Bassi / UK / US - Silicon Valley

Studio Associato Servizi Professionali Integrati, a Business Associate of Crowe Horwath International.

Avvocati: Francesco Accomando, Fabio Ambrosiani, Luca Antonetto, Andrea Bazzigaluppi, Alessandro Bolla, Ettore Bonaccorsi, Prof. Ruggiero Cafari Panico, Annalisa Cappiello, Giovanni Caputi, Alessandro Caputo, Pietro Castronovo, Andrea Consolini, Alessandro De Giobbi, Marco Durante, Patrick Marco Ferrari, Fabrizio Fili, Alessandro Galante, Simone Gambuto, Andrea Gattamorta, Francesco Gerino, Patrizia Gozzoli, Andrea Granzotto, Francesca Gravili, Niccolò Massimo Gruppi, Thomas Heller, Giusi Lamicela, Diego Lorenzetti, Giuseppe Francesco Lovetere, Silvia Lucantoni, Gianvincenzo Lucchini, Alessandro Manca, Carlo Alberto Marchi, Francesco Marenzi, Giorgio Martorelli, Renato Martorelli, Alessandro Mulinacci, Prof. Angelo Pandolfo, Nicola Resta, Giovanni Ricco, Giuseppe Rigano, Diego Rigatti, Francesca Rosetti, Alessandro Scagliarini, Marco Franco Scalvini, Maria Lucrezia Turco, Prof. Armando Tursi; *Dottori Commercialisti:* Roberto Baudino, Emanuele Borgonovo, Flavio Brenna, Stefano Burighel, Ugo Campaner, Luigi Capriolo, Alessandra Cislighi, Gennaro Di Noia, Daniele Di Paolo, Stefania Fregonese, Diletta Fuxa, Barbara Gado, Michele Ghiringhelli, Antonella Gori, Stefano Luvisutti, Massimo Miani, Roberto Munno, Fausto Piccinini, Roberto Romito, Stefania Saccone, Cristina Seregini, Antonio Sgroi, Andrea Turati; *Ragionieri:* Luciana Barbara Dolci, Gian Paolo Giannini, John A. Stewart; *Of Counsel:* Prof. Ben J.M. Terra, Prof. Tiziano Treu

Sede legale: Via della Moscova, 3 - 20121 Milano - Codice Fiscale e Partita IVA 13177810150

dell'attenuante; iv) la definizione di un sistema di incentivi coerente con quello sottostante al programma di clemenza.

- 1.2 Prima di procedere al commento dei singoli tasselli della Proposta, appare necessario svolgere alcune osservazioni di carattere generale, al fine di inquadrare al meglio la normativa e gli obiettivi che potranno essere realizzati in caso di corretta emanazione della Proposta.
- 1.3 E' noto infatti, come gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea siano norme a contenuto giuridico indeterminato¹ ove il confine tra lecito e illecito è talvolta di difficile demarcazione, in particolare sotto il profilo della *condotta* ostacolo alla concorrenza; si pensi soltanto alla differente considerazione, nelle diverse giurisdizioni, – per le pratiche unilaterali – di alcune pratiche di prezzo (in particolare sulla necessità del *recoupment test* in materia di prezzi predatori) o di alcune pratiche c.d. escludenti, o dell'*abuso del diritto*, o – per le pratiche bi- o multilaterali – di alcuni aspetti relativi ai rapporti verticali, che possono essere valutati in modo differente dalle autorità nazionali competenti nelle differenti giurisdizioni, anche all'interno dell'Unione.
- 1.4 Tra l'altro, il bene giuridico protetto dalle norme dei Trattati è garantire la dinamica concorrenziale, al fine, in particolare, di migliorare il benessere del consumatore, la quale può essere minacciata anche da pratiche che l'impresa pone in essere senza coscienza o volontà di restringere, impedire, o falsare il libero gioco della concorrenza. Si pensi, per esempio, agli effetti anti-competitivi di *foreclosure* che possono verificarsi in virtù di restrizioni cumulative di fasci di rapporti verticali, posti in essere in modo autonomo da diverse imprese nello stesso mercato.
- 1.5 Appare pertanto evidente che la funzione incentivante di cui alla sezione iv)² della Proposta di Linee Guida sia volta – e, si suggerisce, debba essere esclusivamente volta – a realizzare gli scopi che la precedono, ovvero la promozione di una cultura concorrenziale, la prevenzione, la certezza giuridica relativa ai criteri di valutazione dei programmi di *compliance*, e dunque, in altri termini, debba tradursi in modelli programmatici di funzione, *i.e.*, formazione, *compliance*, procedure e controllo.
- 1.6 In altri termini, come ben dichiarato nella Relazione di accompagnamento della Proposta, la bontà di un programma di *compliance* deve essere valutata "*secondo una logica di risk management*".
- 1.7 Tuttavia, il dipanarsi concreto della Proposta sembra legare in modo diretto la considerazione del modello di *compliance* – in particolare gli incentivi – alla scoperta dell'illecito, confondendo il metodo con il risultato, e la promozione della

¹ Si veda, ad esempio, Consiglio di Stato, n. 424/2008 ed altresì Tar Lazio, Roma, sez. I, 27 febbraio 2007 n. 1750.

² La sezione iv) della Proposta è dedicata al trattamento premiale dei programmi di *compliance* antitrust adottati dopo l'avvio del procedimento istruttorio.

cultura concorrenziale con la *detection* della violazione. Questa impostazione pare non solo in contraddizione con gli scopi in premessa, ma anche lontana e non pienamente coerente con il sistema giuridico italiano, che ha sviluppato un corposo tessuto di principi e di norme di *compliance* distinguendo bene il giudizio sul metodo e la solidità del programma, da un lato, e il verificarsi dell'evento "illecito", dall'altro.

- 1.8 Ed invece si ritiene, particolarmente nell'antitrust, importante distinguere i due piani, sviluppando un metodo di valutazione del programma di *compliance* maggiormente libero dal pregiudizio "evento", in modo da non minacciare alla radice gli scopi – condivisibili – tanto chiaramente enucleati nella Proposta.
- 1.9 Ciò appare tanto più importante allorché si consideri che la Proposta sembra tratteggiare un "*Responsabile antitrust*" interno, funzioni e procedure che possono tradursi inevitabilmente in un aggravio di costi e procedure aziendali, alle quali non pare faccia da contraltare una adeguata considerazione della serietà della metodologia e di analisi del rischio effettuata dal "*Responsabile antitrust*" e dall'impresa, che sembra giudicata esclusivamente in ragione del verificarsi o meno dell'evento o – in casi ove applicabile – addirittura dalla scelta di autodenunciarsi (v. *infra*).
- 1.10 All'interno della Proposta e del disegno istituzionale che si va delineando, si reputa inoltre di primaria importanza dare la giusta enfasi al ruolo che le associazioni di categoria possono svolgere per la diffusione della cultura concorrenziale degli associati. Si ritiene, infatti, che le associazioni di categoria, potenzialmente destinatarie autonome delle prescrizioni antitrust, possano e debbano essere anche parti attive delle riflessioni e dei programmi di *compliance*, sia in modo autonomo che nel loro ruolo di servizio alle imprese associate.

2. Osservazioni di carattere puntuale sui singoli criteri proposti nella Proposta di Linee Guida

(a) Sul ruolo delle associazioni di categoria

- 2.1 Fieldfisher invita l'Autorità ad immaginare un ruolo per le singole associazioni di categoria, sia per la considerazione autonoma di loro programmi di *compliance*, sia per l'aiuto ed il ruolo che possono svolgere per la formulazione e l'emanazione di linee guida specifiche per le industrie di riferimento.
- 2.2 È noto che, talvolta, le associazioni di categoria sono state destinatarie autonome di delibere di accertamento da parte dell'Autorità, e addirittura sanzionatorie, talaltra considerate come strumenti facilitanti le imprese autrici dell'illecito, o anche segnalanti di condotte dubbie³. Esse dunque possono ben essere destinatarie della Proposta in via autonoma.

³ Cfr., da ultimo, proc. I – 821.

- 2.3 Inoltre, le associazioni di categoria possono fornire alle imprese associate, da un lato, un quadro organico di indicazioni sotto il profilo della metodologia e dei contenuti di programmi di *compliance* antitrust e, dall'altro, essere ben in grado di coadiuvarle, specialmente quelle di minori dimensioni, nella considerazione delle specificità del settore di riferimento, così da poterle orientare, anche con un taglio pragmatico, nel percorso di adozione di un programma.
- 2.4 Questa impostazione ha già trovato una consolidata sperimentazione in materia di *compliance* al D.Lgs. 231/01⁴. In tale prospettiva, le associazioni di categoria sono incaricate dal legislatore – come si evince dal disposto dell'art. 5 del citato decreto – della redazione di linee guida utili agli enti per la predisposizione e l'aggiornamento dei propri modelli organizzativi.
- 2.5 Detta soluzione pare pienamente confacente con la *ratio* della Proposta, in quanto si reputa che la promozione di una cultura della concorrenza diffusa nel tessuto imprenditoriale non possa che trovare maggior respiro a partire dalle associazioni di categoria.
- 2.6 Pertanto, la Proposta potrebbe operare un cenno al ruolo che dette associazioni possono svolgere nel contesto dell'adozione di un programma di *compliance*. In particolare, si reputa che oggetto di valutazione dovrebbero essere sia il programma di *compliance* dell'associazione stessa, sia il programma di formazione e *compliance* che la medesima ha rivolto alle associate, i quali potrebbero, dunque, essere presi in considerazione in maniera congiunta al fine della riduzione della ammenda nel caso in cui l'associazione di categoria dovesse essere coinvolta nell'infrazione.
- 2.7 Ai fini dell'applicazione dell'attenuante si dovrebbe, quindi, considerare non solo se una associazione di categoria si sia dotata di un proprio programma con adeguato *risk assessment* e *risk management* (trattandola come un'impresa), ma anche se abbia svolto delle iniziative affinché le associate si siano dotate a loro volta di programmi adeguati.
- 2.8 Le imprese, inoltre, non potrebbero che beneficiare dei programmi di formazione e *compliance* organizzati e/o predisposti dalle associazioni di categoria e ciò sembra pienamente rispecchiare la *ratio* e gli obiettivi della Proposta.

(b) Sul contenuto del programma di *compliance* antitrust

- 2.9 Nella prima parte della Proposta (par. 4/16) vengono fornite indicazioni sugli elementi che rendono un programma di *compliance* idoneo a svolgere una funzione preventiva ad eventuali violazioni del diritto della concorrenza.

⁴ Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (in Gazz. Uff., 19 giugno, n. 140). - Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.

- 2.10 La Proposta identifica alcuni elementi che costituiscono componenti tipiche di un programma di *compliance*, desumendoli anche dalle *best practice* internazionali in materia.
- 2.11 Si ritiene, tuttavia, che i contenuti forniti dall’Autorità dovrebbero essere resi più specifici e completi, in grado quindi di fornire alle imprese un chiaro, efficace e pragmatico riferimento per poter disegnare e attuare degli efficaci programmi di *compliance*.
- 2.12 Tale considerazione appare avvalorata da quanto dichiarato al punto 3 della Relazione illustrativa dello schema di linee guida sulla *compliance* antitrust (la “**Relazione**”), pubblicata dall’Autorità contestualmente alla Proposta, che chiaramente spiega come quest’ultima sia stata elaborata al fine di aumentare la certezza giuridica in ordine ai criteri di valutazione dei programmi di *compliance*. Un obiettivo di *policy* così condiviso potrebbe meritare un maggior tratteggio nella Proposta.
- 2.13 Di seguito, si illustrano i principali elementi che necessiterebbero di maggiore approfondimento:

(i) Definizione e ruolo del “Responsabile del Programma”

- 2.14 La Proposta non fornisce indicazioni in merito alle caratteristiche, i compiti, gli ambiti di attività e di responsabilità di tale soggetto⁵. Dovendo richiamare alcuni parallelismi con altre normative e ambiti di *compliance*, è possibile identificare soggetti che, come il “*Responsabile*”, hanno un ruolo di “*governance*” del programma, assicurandone il monitoraggio continuo in merito alla sua adeguatezza e alla sua attuazione.
- 2.15 Si pensi, ad esempio, all’Organismo di Vigilanza (l’“**OdV**”) ai sensi del D.Lgs. 231/01 o al Responsabile per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (il “**RPCT**”) ai sensi della L. 190/12⁶.
- 2.16 In entrambi i casi, la normativa primaria e quella di attuazione hanno fornito un articolato prospetto di indicazioni in merito alle caratteristiche di tale soggetto, ai compiti/limitazioni della sua azione, e così via.
- 2.17 Si ritiene quindi opportuno, vista l’importanza svolta da tale attore, che tale profilo possa essere approfondito, o almeno adeguatamente tratteggiato, dall’Autorità.

(ii) Sull’istituto del *whistleblowing*

⁵ La Proposta fa riferimento ad un “*Responsabile di programma*” al paragrafo 7.

⁶ Legge 6 novembre 2012 n.190 (in Gazz. Uff., 13 novembre 2012, n. 265). - Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione.

- 2.18 La Proposta espressamente prevede (par. 13) che la progettazione e l'implementazione di “*modelli di reporting interno che consentano al personale di segnalare rapidamente problematiche antitrust, ottenere chiarimenti su specifiche questioni, fino a consentire la denuncia, anche in forma anonima, di possibili violazioni*”, costituiscono strumenti fondamentali grazie ai quali è possibile intercettare, anche in via preventiva, condotte che possono condurre alla commissione degli illeciti.
- 2.19 L'istituto del *whistleblowing* è stato di recente al centro di un progressivo interesse da parte del Legislatore, che ne ha disciplinato o riformulato i requisiti per una sua efficace introduzione.
- 2.20 Si rimanda a tale proposito nuovamente alla *compliance* in materia di corruzione (L. 190/12) e in materia di responsabilità amministrativa degli enti (D.Lgs. 231/01). Con riferimento al primo ambito, si richiamano le “*Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*” - Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 dell'ANAC. Con riferimento al secondo ambito, si richiama la recentissima L. 30 novembre 2017, n. 179, sul *whistleblowing*, relativa alla segnalazione di condotte illecite nel settore privato, provvedimento che ha modificato l'art. 6 del D.Lgs. 231/01.
- 2.21 In entrambi i casi, viene posta enfasi sui seguenti elementi:
- (i) previsione di canali e meccanismi, anche informatici, che garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione;
 - (ii) divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione;
 - (iii) sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate.
- 2.22 Anche in materia di programmi di *compliance* antitrust si ritiene, quindi, opportuno fare un richiamo espresso all'istituto del *whistleblowing*, prevedendone un coordinamento con le analoghe normative già esistenti in Italia, anche al fine di non gravare le imprese di oneri di istituzione di più canali di comunicazione aventi caratteristiche tra loro diverse o contraddittorie.

(c) Sulla riduzione delle sanzioni

- 2.23 La Proposta, con riferimento alle possibili riduzioni di ammenda, differenzia tra i programmi di *compliance* antitrust adottati prima e dopo l'avvio del procedimento istruttorio.
- 2.24 Con riferimento ai programmi di *compliance* adottati prima dell'avvio di una istruttoria, si prevede una riduzione di ammenda sino al:

- (i) 15% per quei programmi ritenuti adeguati e che abbiano portato alla scoperta e conseguente interruzione dell'illecito antitrust. In relazione a quelle violazioni rientranti nello spettro applicativo del programma di clemenza, tale riduzione viene garantita solamente ove l'impresa proceda altresì a denunciare l'illecito all'Autorità (si veda sul punto la Sezione (d) che segue). In caso contrario, il beneficio fruibile non potrà superare il 5%. **Di fatto, i criteri per ritenere il programma di *compliance* meritevole della miglior considerazione sono tre, tutti non inerenti al metodo, alla bontà della analisi del *risk assessment* o alla serietà delle procedure di *risk management*: 1) effettiva scoperta, 2) interruzione, 3) denuncia (ove la *leniency* è applicabile).**
- (ii) 10% per quei programmi che, pur non essendo stati in grado di intercettare l'infrazione prima dell'intervento dell'Autorità, sono comunque da considerarsi come non manifestamente inadeguati;
- (iii) 5% per quei programmi manifestamente inadeguati. Ad esempio, quelli caratterizzati da gravi carenze contenutistiche o che non sono stati implementati in maniera effettiva (c.d. *cosmetic compliance*).

Nei casi *sub* (ii)-(iii), la riduzione di ammenda è tuttavia subordinata alla circostanza che l'impresa abbia provveduto a modificare e migliorare il proprio programma di *compliance* successivamente all'avvio dell'istruttoria da parte dell'Autorità.

- 2.25 Per quanto concerne i programmi di *compliance* adottati e attuati in un momento successivo all'avvio del procedimento da parte dell'Autorità – comunque, prima della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie – è prevista invece una possibile attenuazione della sanzione non superiore al 5%.
- 2.26 Le riduzioni di sanzione proposte dall'Autorità paiono in netta contraddizione con gli scopi che si prefigge la Proposta, vincolando gli incentivi ad eventi che non possono essere parametri di valutazione dell'adeguatezza del modello.
- 2.27 Esse non paiono poter essere pienamente condivise soprattutto in un contesto come quello nazionale. Il sistema giuridico italiano, infatti, è caratterizzato in particolare dal modello previsto dal D.Lgs. 231/01, il quale prevede benefici ben più rilevanti per le società rispetto a quelli previsti dalla Proposta di Linee Guida⁷. Non si può non sottolineare come esista un ridotto scarto nel testo attuale delle Proposte tra un programma di *compliance* considerato adeguato (riduzione del 15%) ed un programma che, pur non essendo stato in grado di

⁷ E' noto, infatti, che la responsabilità amministrativa della società è esclusa se la società ha, tra l'altro, adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione dei reati, modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire i reati stessi. Tali modelli possono essere adottati sulla base di codici di comportamento (linee guida) elaborati dalle associazioni rappresentative delle società, fra le quali Confindustria, e comunicati al Ministero della Giustizia.

intercettare l'infrazione prima dell'intervento dell'Autorità, sia da valutarsi comunque come non manifestamente inadeguato.

- 2.28 Un delta pari a solamente il 5% appare eccessivamente ridotto, rischiando di indurre le imprese alla predisposizione di programmi "in economia" al fine di risparmiare i costi (interni ed esterni) collegati al disegno ed alla implementazione di programmi maggiormente strutturati, con necessario nocumento della serietà metodologica.
- 2.29 Peraltro, il punto 20 delle Linee Guida sulle sanzioni di codesta Autorità⁸ prevede: "Di regola, l'incidenza di ciascuna delle circostanze considerate dall'Autorità ai sensi dei paragrafi che seguono non sarà superiore/inferiore al 15%" (sottolineatura aggiunta). Detta formulazione implica dunque la possibilità che una circostanza attenuante possa avere anche un peso maggiore del 15%.
- 2.30 La Proposta, invece, non prevede questa flessibilità, ponendo invece uno sbarramento alla valutazione discrezionale dell'Autorità.
- 2.31 Si propone pertanto all'Autorità di considerare la bontà di un programma di *compliance* secondo i principi propri del *risk management*, tipici dei modelli italiani, e non anche in base ai criteri di scoperta, interruzione e denuncia di un illecito.
- 2.32 Si propone altresì di dichiarare esplicitamente che l'Autorità conserva la propria discrezionalità nel considerare un programma di *compliance* meritevole di una riduzione di ammenda superiore al 15%, secondo le indicazioni espresse nelle Linee Guida sulle sanzioni.

(d) Scoperta dell'illecito e *leniency*

- 2.33 La Proposta prevede che vi sia una riduzione di ammenda sino al 15%, subordinata: (i) alla previa scoperta dell'illecito; (ii) all'interruzione dell'illecito, e (iii) all'auto-denuncia dell'impresa a mezzo di una domanda di clemenza, ove l'infrazione rientri nello spettro applicativo della *leniency*. Questa impostazione non appare giustificata.

– Previa scoperta dell'illecito

- 2.34 Si deve rilevare che, per quanto un programma di *compliance* possa essere ben strutturato, vi saranno sempre situazioni non intercettabili. In ambito di *compliance*, infatti, si parla di riduzione del rischio, e mai di "rischio zero". La riduzione di ammenda di cui trattasi dovrebbe pertanto essere modulata esclusivamente sulle caratteristiche effettive (di disegno e di effettiva attuazione) del programma di *compliance*. Vi possono ben essere casi di programmi meno strutturati ove l'illecito viene comunque alla luce, e situazioni in cui, nonostante

⁸ Si veda, Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n.25152: "*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 287/90*".

gli sforzi dell'impresa, l'infrazione non viene scoperta. Collegare la riduzione di ammenda ad un fattore – ossia, la previa scoperta dell'illecito – che non dipende solamente dalle caratteristiche del programma – ma è soggetto ad altre variabili non controllabili da parte della società – non pare una scelta ottimale.

2.35 Peraltro, nell'ambito delle intese, la scoperta dell'infrazione trova già un suo separato riconoscimento nel programma di clemenza. Non si riesce a scorgere quindi quale potrebbero essere i vantaggi di una duplicazione anche in tale contesto.

– Azionamento del programma di clemenza

2.36 Ai sensi del par. 32 della Proposta, la concessione della riduzione del 15% viene concessa solamente nel caso in cui l'impresa presenti altresì domanda di clemenza, ove tale strumento sia applicabile.

2.37 L'argomento avanzato dall'Autorità al fine di giustificare tale connessione tra beneficio e *leniency* (par. 51 e ss. della Relazione) non pare convincente. È improbabile, infatti, che una impresa possa decidere in maniera opportunistica di non presentare una domanda di immunità (ossia, di non muoversi per prima) contando sul fatto che, ove poi l'illecito emerga, essa potrebbe in ogni caso cumulare la riduzione del 50% come secondo *applicant* nel contesto del programma di clemenza con quella del 15% per il programma di *compliance*.

2.38 L'impresa non ha alcuna certezza di rientrare nel secondo *slot* e non essere anticipata dagli altri membri del cartello. In altri termini, la concessione di un beneficio per l'adozione di un programma di *compliance* in maniera svincolata dall'azionamento del programma di clemenza non andrebbe ad impattare sull'efficacia di quest'ultimo e, in particolare, non costituirebbe un disincentivo a presentare una eventuale domanda di immunità, ossia a muoversi per primi. L'impresa sa che, ove non dovesse essere la prima ad auto-denunciarsi, gli altri sconti di ammenda sono puramente eventuali, e non certi. Inoltre, per l'impresa che presenta domanda di immunità totale, la riduzione ulteriore del 15% non rileva. Serve invece per quelle che giungono in un momento successivo.

2.39 Del pari, collegare l'impegno etico dell'impresa alla presentazione di una domanda di clemenza non appare corretto. Una società può ben impegnarsi al fine diffondere al suo interno una cultura antitrust adeguata, ma al tempo stesso decidere di non auto-denunciarsi, alla luce di una serie di considerazioni, quali le ricadute anche in termini di azioni di risarcimento, eventuali responsabilità penali degli individui, danno d'immagine, esclusione dalle gare pubbliche, ecc. Lo spessore etico dell'impresa, in tali frangenti, dovrebbe essere misurato con riferimento ad altri elementi, quali l'aver posto fine in maniera tempestiva all'infrazione e l'adozione di misure disciplinari nei confronti delle persone coinvolte.

2.40 Inoltre, i presupposti del programma di clemenza e di quello di *compliance* sono radicalmente differenti. Il primo incentiva la scoperta di comportamenti illeciti avvenuti attraverso meccanismi premianti al delatore. Il secondo punta alla

diffusione di una cultura concorrenziale in senso preventivo. La scelta di denunciare la propria partecipazione al cartello, tuttavia, risiede sempre e unicamente nella impresa, che conserva il diritto a non-autodenunciarsi e non può essere penalizzata per il fatto di non denunciare.

- 2.41 Una domanda di clemenza espone non solo l'impresa che si autodenuncia, ma anche i concorrenti o comunque le imprese coinvolte, ad azioni antitrust, e correlativamente l'impresa denunciante a possibili rappresaglie. Vi sono casi, si pensi ad esempio ad una piccola impresa attiva in un solo livello della filiera, che ha come concorrenti imprese che sono anche suoi importanti clienti o fornitori, in cui è eticamente doveroso interrompere la condotta, ma rischioso per la sopravvivenza dell'azienda denunciare. Richiedere sempre una auto-denuncia sembra pertanto contrario ad un principio di ragionevolezza.
- 2.42 Il programma di *compliance* invece, come dichiara la stessa Autorità (si veda par. 3 della Proposta), ha lo scopo principale di diffondere la cultura della concorrenza sul mercato (*awareness*), in ottica soprattutto preventiva. Legare così strettamente i due piani rischia di generare incentivi ambigui.
- 2.43 Più in generale, il paradosso è che (i) una impresa che non ha mai adottato un programma di *compliance* prima e decide di introdurlo solo dopo l'avvio del procedimento e (ii) una impresa che ha invece sviluppato un ottimo programma di *compliance*, intercetta l'illecito, pone fine allo stesso ma decide di non azionare il programma di clemenza saranno trattate – automaticamente – nello stesso modo.

(e) Adeguatezza del Programma di *compliance*

- 2.44 Ai fini della riduzione dell'ammenda, il criterio di valutazione più corretto sembra quello per cui l'impresa debba dimostrare di non avere una "colpa di organizzazione", ovvero di aver posto in essere adeguate misure e sistemi di controllo interno finalizzati a mitigare il rischio di determinate condotte che, direttamente o indirettamente, possono condurre all'illecito.
- 2.45 Il grado di "adeguatezza" deve essere valutato, *in primis*, in relazione al profilo di rischio potenziale a cui l'impresa è esposta, che deve essere identificato sulla base di un accurato processo di *risk assessment* e coerente con il contesto esterno e interno all'impresa.
- 2.46 L'eventuale verificarsi dell'illecito, quindi, non è di per sé elemento sufficiente per ritenere inadeguato, in termini di disegno e applicazione, il programma di *compliance*. Si aggiunga, inoltre, che la Proposta non tiene in alcuna considerazione condotte dolose e deliberatamente fraudolente di soggetti e attori dell'organizzazione, che operano e agiscono consapevolmente in violazione di regole di condotta, principi di comportamento e sistemi di controllo espressamente previsti, formalizzati e implementati dall'impresa.
- 2.47 In una simile circostanza l'impresa non dovrebbe, quindi, attrarre direttamente su di sé un elemento di colpa, o almeno non dovrebbe veder ridotti i benefici

derivanti dai suoi sforzi di adozione di un modello organizzativo adeguato. Tale impostazione trova già una consolidata rappresentazione con riferimento, ad esempio, ai programmi di *compliance* ai sensi del D.Lgs. 231. Secondo tale prospettiva, i modelli organizzativi di gestione e controllo, adeguatamente ed efficacemente attuati, possono costituire degli esimenti per gli enti che li adottano anche qualora si dovessero verificare gli illeciti previsti dalla norma, se tali modelli sono stati aggirati fraudolentemente dai soggetti che hanno posto in essere l'illecito.

(f) Recidiva

- 2.48 La Proposta (Sezione VI – par. 40) prevede che una impresa recidiva non possa ottenere una riduzione di ammenda superiore al 5%. Si equipara, dunque, in maniera automatica, la situazione della impresa recidiva a quella di una impresa che abbia adottato un programma di *compliance* manifestamente inadeguato.
- 2.49 In linea con quanto detto sopra, si ritiene che la concessione del beneficio dovrebbe essere collegato esclusivamente alle caratteristiche del programma di *compliance*, e non essere valutata alla luce del verificarsi o meno di una violazione, passata e/o attuale. Solo in casi specifici – ad esempio, un prolungato coinvolgimento in una infrazione effettivamente intercettabile – il fatto che si sia verificata una violazione dovrebbe essere considerato quale sintomo di inefficacia del programma.
- 2.50 Il tetto del 5% costituisce altresì un disincentivo a dotarsi di un programma di *compliance* per le imprese già sottoposte a delibere di accertamento di condotte anticoncorrenziali, potenzialmente recidive. Ciò potrebbe depotenziare la diffusione della cultura concorrenziale proprio ove ce ne sarebbe maggiore bisogno, ossia i maggiori gruppi societari attivi nel Paese.
- 2.51 Per lo stesso motivo, non si ritiene opportuno prevedere che una impresa recidiva che abbia già goduto di una riduzione di ammenda nell'ambito di un passato procedimento per avere adottato un programma di *compliance* non possa fruire nuovamente di un tale beneficio in un successivo procedimento. Al contrario, tale incentivo risulta importante per spingere l'impresa a coltivare in maniera costante il proprio programma di clemenza anche dopo l'irrogazione di una prima sanzione.

(g) Responsabilità della casa madre

- 2.52 Vi sono casi in cui l'infrazione antitrust di una società controllata può essere imputata alla casa madre, anche ove quest'ultima non abbia partecipato e neppure fosse a conoscenza dell'illecito. È sufficiente dimostrare che, all'epoca della violazione, la casa madre esercitava una influenza determinate sulla

condotta commerciale della affiliata, e dunque che esse costituivano una unica impresa. In caso di partecipazioni rilevanti, tale influenza viene presunta⁹.

- 2.53 Si propone di specificare che l'adozione di un programma di clemenza da parte di una casa madre anche per le proprie affiliate non possa essere considerata come elemento al fine di dimostrare l'esistenza di una influenza determinante, o rafforzare la relativa presunzione.

4. Conclusioni

Si confida che l'Autorità, in accoglimento dei rilievi sin qui svolti, vorrà adeguare il testo della Proposta al fine di meglio assicurare la rispondenza dello strumento, programma di *compliance*, agli scopi dichiarati.

Competition, Regulatory and Trade Group
Fieldfisher

⁹ La Proposta disciplina espressamente i programmi di *compliance* nell'ambito di gruppi di imprese ai paragrafi 43 e 44. Si veda, ad esempio, la sentenza della Corte di Giustizia nel caso C-73/95P *Viho c. Commissione*, [1996].