

**Contributo di UniCredit S.p.A.
alla consultazione pubblica sulla bozza di
“Linee Guida sulla compliance antitrust”**

Indice

1. Premessa.....	2
2. Il trattamento premiale dei programmi di <i>compliance</i> (sez. V)	2
2.1. Programmi efficaci e programmi manifestamente inadeguati.....	2
2.2. Il concetto di manifesta inadeguatezza.....	6
2.3. Coinvolgimento dei vertici del <i>management</i> aziendale nell’illecito.....	7
3. Impresa recidiva (Sez. VI).....	9
4. Il contenuto dei programmi di <i>compliance</i> (sez. II)	10
4.1. Sistema di gestione dei processi a rischio <i>antitrust</i>	10
4.2. Misure disciplinari e sistema di incentivi	10
5. La richiesta di valutazione del programma ai fini dell’attenuante (sez. III).....	12
5.1. Effettiva ed efficace attuazione del programma	12
6. I programmi di <i>compliance</i> quale circostanza aggravante (sez. IX)	13

1. Premessa

UniCredit S.p.A. (di seguito, “**UniCredit**”) esprime il suo apprezzamento per la scelta dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, “**AGCM**” o “**Autorità**”) di voler definire uno schema di linee guida in materia di *compliance antitrust* (“**Linee Guida**”), al fine di individuare *best practices* che possano orientare le imprese nella concreta adozione e implementazione di *compliance antitrust programs* aziendali (“**CAP**”), nonché di sottoporre tale proposta a pubblica consultazione.

UniCredit ritiene tuttavia opportuno rappresentare, in una logica di proficua collaborazione con l’Autorità e con spirito costruttivo, taluni passaggi delle Linee Guida che, a valle della consultazione, potrebbero essere ulteriormente affinati¹.

In particolare, UniCredit rileva che le presenti Linee Guida sembrano discostarsi dall’*Antitrust Compliance Toolkit* laddove subordinano l’efficacia del CAP alla proposizione di una domanda di *leniency*. Se da un lato questa previsione rappresenterebbe un *unicum* nella normativa interna dei Paesi membri UE, dall’altro essa sminuirebbe ruolo e valenza del CAP in ottica di *prevenzione* degli illeciti *antitrust*, riducendo il Programma ad un atto prodromico alla presentazione di una domanda di clemenza. Come meglio evidenziato in appresso, UniCredit non condivide questo approccio, ritenendo il CAP uno strumento autonomo rispetto alla *leniency*, in linea con le fonti di matrice europea.

2. Il trattamento premiale dei programmi di *compliance* (sez. V)

2.1. Programmi efficaci e programmi manifestamente inadeguati

L’Autorità ritiene che il CAP persegua la prioritaria finalità di promuovere la diffusione e di garantire il mantenimento di una cultura della concorrenza all’interno della realtà aziendale: “*Le linee guida sono state elaborate considerando prioritario il perseguimento dei seguenti obiettivi di policy: i) la **promozione di una cultura della concorrenza diffusa nel tessuto imprenditoriale** [...]”.*

Inoltre, le Linee Guida valorizzano il ruolo di CAP **efficaci** - ovvero di quei programmi che permettano la tempestiva scoperta e interruzione dell’illecito *antitrust* prima dell’avvio di un procedimento - riconoscendo espressamente che:

¹ In tale contesto, i rinvii ai paragrafi delle Linee Guida devono essere intesi anche ai corrispondenti passaggi della proposta relazione illustrativa di codesta Autorità (di seguito, “**Relazione Illustrativa**”).

- “L’adozione di un programma di compliance adeguato ed efficace prima dell’avvio di un procedimento istruttorio da parte dell’Autorità rappresenta, in linea di principio, l’ipotesi **maggiormente meritevole di considerazione sotto un profilo premiale**” (cfr. par. 30, enfasi aggiunte); e
- “I programmi di compliance adeguati che abbiano **funzionato efficacemente permettendo la tempestiva scoperta e interruzione dell’illecito** prima della notifica dell’avvio del procedimento istruttorio sono i candidati ideali al trattamento premiale più consistente, fino al 15% della sanzione da irrogare” (cfr. par. 31, enfasi aggiunte).

Tuttavia, i paragrafi successivi (cfr. parr. 33 e 35) non parrebbero confermare i suddetti principi, quantomeno per gli illeciti *antitrust* rappresentati dai cartelli. Infatti l’Autorità, nel chiarire che “Nessuna riduzione della sanzione può essere accordata per programmi preesistenti all’avvio dell’istruttoria che siano **manifestamente inadeguati**” (cfr. par. 33), ovvero inidonei a prevenire condotte anticoncorrenziali, aggiunge quanto segue:

- ❖ “Un programma di compliance è altresì da ritenersi manifestamente inadeguato se un’impresa o un’associazione di imprese scopre l’esistenza di un’intesa anticoncorrenziale e **non provvede a porre termine all’infrazione e a presentare, il più rapidamente possibile, una domanda di clemenza** ai sensi dell’art. 15 comma 2-bis della legge n. 287/90 e della comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni” (cfr. par. 35, enfasi aggiunta).

Pertanto, con i citati passaggi, l’Autorità afferma espressamente che un CAP realmente “*efficace*”, *i.e.* che permetta di scoprire e di porre termine a comportamenti anticoncorrenziali, non basta a renderlo meritevole di considerazione, venendo altresì richiesto che, **al di là del CAP**, l’impresa presenti tempestivamente una domanda di clemenza.

Parrebbe perciò comprendersi che, secondo i termini delle Linee Guida, la mancata presentazione di una domanda di *leniency* renderebbe un CAP in via di principio efficace – per le ragioni sopra riportate – addirittura “*manifestamente inadeguato*” e quindi inidoneo a far beneficiare l’impresa dell’attenuante.

Ad avviso di UniCredit, secondo l’impostazione delle Linee Guida:

1. anzitutto, l’“*efficacia*” del CAP verrebbe a dipendere non tanto dalle attività e dalle finalità del programma stesso, bensì da un elemento ultroneo e accessibile a qualsiasi impresa, **a prescindere dall’esistenza o meno di un CAP**, quale la presentazione di una domanda di *leniency*. In quest’ottica, lo stesso riconoscimento dell’attenuante fino al 15% risulterebbe **subordinato** alla

presentazione di una domanda di clemenza, come chiaramente enunciato al par. 32, rendendo così – di fatto – **superfluo** il CAP stesso;

2. in particolare, lo *statement* di cui al citato par. 32 sembrerebbe escludere qualsivoglia trattamento premiale del CAP, essendo l'attenuante fino al 15% applicabile "***solo qualora [...] l'impresa [...] presenti la domanda di clemenza [...]***". Circostanza, questa, che rende l'attenuante una conseguenza della *leniency*, piuttosto che del CAP. UniCredit non condivide questa impostazione, ritenendo, anzi, che la previsione di un'attenuante per l'implementazione del CAP ed a prescindere dalla *leniency* – come peraltro previsto nella normativa vigente² – costituisca un valido incentivo per le imprese ad implementare programmi di compliance volti alla *prevenzione* degli illeciti antitrust. E' quindi soltanto per puro scrupolo di completezza che UniCredit rileva che l'impostazione di cui al par. 32 appare in contraddizione con la vigente disciplina, che prevede l'immunità per l'impresa che per prima proponga una utile domanda di clemenza in relazione ad un determinato illecito³. Stando al par. 32, infatti, ove tale impresa avesse in essere un CAP efficace, essa beneficerebbe non già dell'immunità, bensì della riduzione fino al 15%;
3. tale legame necessario tra il programma di clemenza e l'attenuante connessa al CAP risulterebbe, inoltre, non in linea con i requisiti di efficacia come delineati dalla stessa Autorità: non sarebbe sufficiente che il CAP consenta all'impresa di scoprire e di porre fine a una condotta illecita per renderlo "*adeguato*" ai sensi delle Linee Guida. In questo senso stride, ad avviso di UniCredit, con il concetto stesso di CAP la formulazione del par. 36, secondo cui, *a contrario*, un CAP che "*non permett[er] la tempestiva ... denuncia dell'illecito*" sarebbe "***non del tutto efficace***". Posto che non è chiaro a UniCredit il posizionamento di quel CAP che non essendo manifestamente inadeguato risulta però "*non del tutto efficace*", si osserva la potenziale contraddittorietà del far dipendere l'efficacia del CAP da un'azione estranea al CAP stesso, quale la *leniency*. In altri termini, se è assolutamente ragionevole misurare l'efficacia del CAP in ragione della sua idoneità concreta a identificare e far cessare eventuali illeciti, dal solo fatto dell'attivazione della *leniency*, o meno, ad avviso di UniCredit non sarebbe invece possibile argomentare alcunché sulla "efficacia" del CAP;
4. Una siffatta correlazione tra CAP e *leniency* sembrerebbe altresì non in linea con l'indirizzo della Commissione Europea – DG Concorrenza, che considera i programmi di *compliance* e i *leniency*

² Cfr. le 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.

³ Cfr. il par. 2 della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (come modificata dalla delibera n. 24219 del 31 gennaio 2013, pubblicata nel bollettino n. 11 del 25 marzo 2013 e dalla delibera n. 24506 del 31 luglio 2013, pubblicata nel bollettino n. 35 del 9 settembre 2013).

programs come due strumenti distinti (cfr. il documento “*Rispettiamo le Regole*” del 2013 e la “*Comunicazione della Commissione relativa all’immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese*”, 2006/C 298/11). Ad avviso di UniCredit, anche le Linee Guida dovrebbero mantenere tale separatezza, finalizzata a presidiare i diversi ruoli di CAP e *leniency*: preventivo, nel primo caso, e rimediabile, nel secondo. Subordinando l’efficacia del CAP alla *leniency*, la stessa finalità preventiva del CAP risulterebbe assorbita dal carattere rimediabile della *leniency*;

5. fermo quanto sopra, i passaggi delle Linee Guida in discussione comporterebbero dei disallineamenti in merito alla concreta operatività del CAP a livello aziendale, a seconda del potenziale illecito *antitrust* in rilievo, *i.e.* intese orizzontali diverse dai cartelli, intese verticali e abusi di dominanza, da un lato, e cartelli, dall’altro lato, atteggiandosi, nel primo caso, quale presidio di conformità aziendale alle regole di concorrenza, nel secondo a mero strumento prodromico all’autodenuncia. Nello specifico, la proposta dell’Autorità avrebbe l’effetto di diminuire la rilevanza del CAP come mezzo per promuovere la cultura della concorrenza a livello aziendale nei casi di cartello, riducendolo, in ultima analisi, ad un mero strumento asservito **alle sole esigenze di public enforcement**;
6. UniCredit non comprende, poi, come nei casi di cartello possa trovare attuazione in concreto l’attenuante fino al 15%. Come evidenziato sopra⁴, nella realtà se un’impresa scopre di aver commesso un illecito *antitrust* e presenta domanda di clemenza per prima antecedentemente all’avvio di un procedimento, essa godrebbe dell’**immunità totale** dalla sanzione⁵, senza pertanto che il CAP venga in rilievo ai fini del calcolo di eventuali attenuanti.

Con riferimento invece alle imprese che presentano domanda di clemenza dopo la prima, sembra estremamente arduo che nella realtà esse possano ottenere l’attenuante fino al 15% della sanzione (che si sommerebbe al trattamento premiale previsto dalla *leniency*, cfr. par. 53 della Relazione Illustrativa) alle condizioni descritte dalle Linee Guida. Infatti, nella prassi, domande di clemenza successive alla prima sono di solito presentate quando un’istruttoria è già stata avviata e non si vede come la previsione in discussione possa avere un impatto determinante nel senso di incoraggiare le imprese a fare *leniency* prima dell’avvio del procedimento (cfr. par. 54 della Relazione Illustrativa).

⁴ Cfr. il precedente punto 1 del presente paragrafo.

⁵ Cfr. il par. 2 della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell’articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (come modificata dalla delibera n. 24219 del 31 gennaio 2013, pubblicata nel bollettino n. 11 del 25 marzo 2013 e dalla delibera n. 24506 del 31 luglio 2013, pubblicata nel bollettino n. 35 del 9 settembre 2013).

Ciò in quanto una mancata domanda di clemenza prima dell'avvio del procedimento potrebbe derivare non esclusivamente da comportamenti “*opportunistici*” e attendisti ma, più realisticamente, dal fatto che l'impresa, ad esempio, possa non essere a conoscenza dell'illiceità *antitrust* della condotta. L'impresa potrebbe inoltre avere già posto autonomamente fine all'illecito ed eliminato gli effetti dello stesso;

7. da ultimo, si osserva che un legame di questo tipo tra CAP e *leniency* potrebbe financo avere l'effetto di **disincentivare le imprese dall'adozione e attuazione di un CAP.**

Nei casi di cartello le imprese non trarrebbero alcun vantaggio dal CAP, se non ove sia presentata una domanda di *leniency* e nonostante detta domanda possa essere ben presentata **a prescindere** dalla sussistenza di un CAP aziendale.

Pur non condividendo – per le ragioni sopra esposte – la subordinazione della valenza del CAP come circostanza attenuante alla tempestiva proposizione di una domanda di *leniency*, ove l'Autorità intendesse effettivamente adottare questa configurazione, UniCredit ritiene che i benefici per le imprese derivanti dall'adozione del CAP (a prescindere dalle azioni intraprese successivamente all'eventuale scoperta di un illecito) dovrebbero essere chiaramente specificati.

UniCredit ritiene che l'adeguatezza del CAP – e la sua conseguente “meritevolezza” ai fini dell'applicabilità dell'attenuante di *compliance* – debba essere valutata quale idoneità del CAP a portare alla scoperta di violazioni anticoncorrenziali ed alla loro tempestiva cessazione, a nulla rilevando l'eventuale successiva applicazione di *leniency* che l'impresa possa **decidere di intraprendere o meno.**

In particolare UniCredit ritiene che **in assenza di una domanda di *leniency*** l'Autorità dovrebbe poter concedere la riduzione del 15% della sanzione irrogabile alle imprese che abbiano scoperto un illecito tramite il proprio CAP e vi abbiano posto autonomamente fine.

In questo quadro, una eventuale *leniency application* dovrebbe a sua volta rimanere impregiudicata dal CAP, garantendo la riduzione della sanzione applicabile – fino all'**immunità** secondo quanto previsto dalla normativa di riferimento – **a prescindere dall'esistenza e dall'efficacia del CAP.**

2.2. Il concetto di manifesta inadeguatezza

Al par. 34 si afferma che “[...] a titolo esemplificativo, [sono] **indici di manifesta inadeguatezza del programma:** i) **gravi carenze del contenuto del programma di compliance;** ii) **l'assenza di elementi probatori dell'effettiva attuazione del programma;** iii) **il coinvolgimento nell'illecito dei vertici del**

management aziendale". Il par. 35 aggiunge "Un programma di compliance è altresì da ritenersi manifestamente inadeguato se un'impresa o un'associazione di imprese scopre l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale e non provvede a porre termine all'infrazione **e a presentare, il più rapidamente possibile, una domanda di clemenza [...]**".

UniCredit ritiene che, al di là degli esempi di fattispecie che rendono il CAP manifestamente inadeguato, (e quindi non idoneo a consentire all'impresa di beneficiare di alcuna attenuante), l'assenza di una definizione di "manifesta inadeguatezza" o, almeno, di un'espressa enunciazione di criteri oggettivi che consentano di identificare tale concetto giuridico, rischierebbe di dare adito a incertezze interpretative che potrebbero avere delle gravi ricadute sulla concreta implementazione del CAP da parte delle imprese. A ciò si aggiunga che l'indeterminatezza di tale concetto lascerebbe un notevole margine discrezionale nella valutazione dei CAP aziendali all'Autorità, che potrebbe non tenere conto di ogni dimostrabile sforzo delle imprese di rendere efficace e (per l'appunto, adeguata) la propria *compliance antitrust* aziendale.

Ciò, in particolare, nel caso in cui l'impresa, pur avendo realizzato e implementato un CAP appropriato rispetto alle proprie caratteristiche aziendali, non sia stata in grado di scoprire autonomamente l'illecito.

UniCredit ritiene che il concetto di "manifesta inadeguatezza" dovrebbe essere puntualmente definito mediante una chiara indicazione dei relativi presupposti. In particolare ad avviso di UniCredit:

- ferme restando le "carenze" del CAP, dovrebbe essere specificato quali debbano considerarsi "gravi", o, almeno, gli elementi che determinano la gravità o meno di tali carenze, posto comunque che non ogni "carezza" determina di per sé l'inadeguatezza del CAP;
- occorrerebbe altresì definire l'ambito degli "elementi probatori" auspicati dall'Autorità.

Anche il passaggio relativo al "coinvolgimento dei vertici aziendali" dovrebbe essere specificato. Infatti, i vertici sono, per definizione, responsabili della politica complessiva dell'impresa. Se la previsione in discorso non afferisce ad una loro responsabilità oggettiva per fatto altrui - che peraltro renderebbe ogni CAP manifestamente inadeguato per il solo fatto del verificarsi di un illecito *antitrust* - UniCredit ritiene che il perimetro del loro coinvolgimento andrebbe meglio circostanziato (cfr. il successivo par. 2.3).

2.3. Coinvolgimento dei vertici del management aziendale nell'illecito

Al par. 33 delle Linee Guida si afferma, in tema di "Programmi manifestamente inadeguati", che "Nessuna riduzione della sanzione può essere accordata per programmi preesistenti all'avvio dell'istruttoria che siano **manifestamente inadeguati**. In tali circostanze, l'impresa può beneficiare di un **potenziale trattamento premiale fino al 5%** solo nel caso in cui presenti modifiche sostanziali al

programma di compliance dopo l'avvio del procedimento istruttorio (e prima della CRI), [...]". In proposito, al successivo par. 34, tra gli indici di manifesta inadeguatezza del programma si annovera anche il "coinvolgimento nell'illecito dei vertici del management aziendale" (enfasi aggiunta).

In merito, al par. 60 della Relazione Illustrativa si precisa ulteriormente che "Sotto il profilo soggettivo, l'identificazione dei top managers ai fini della valutazione del trattamento premiale può variare da un soggetto economico all'altro in ragione della forma organizzativa dell'impresa. Nelle imprese organizzate in forma societaria vengono sicuramente in rilievo tutti gli esponenti degli organi di governo. Possono ritenersi comunque espressione del top management anche soggetti che, pur se estranei agli organi (od uffici) societari, ricoprono comunque ruoli di vertice nella gestione dell'impresa (come, ad esempio, il preposto a una sede o ramo di attività) [enfasi aggiunta] che risultino coinvolti nell'attività anticompetitiva. Analoghe considerazioni possono svolgersi in relazione ai titolari di cariche e uffici all'interno di associazioni di imprese."

Al riguardo, si segnala che in una realtà complessa quale quella di UniCredit, gruppo bancario con banche site in numerosi paesi UE ed extra-UE, un soggetto "preposto a una sede o ramo di attività" (cfr. Relazione Illustrativa, par. 60) non dovrebbe poter essere annoverato tra i vertici del *management* aziendale. Ciò dal momento che in una siffatta impresa, tale preposto potrebbe verosimilmente non avere alcun rapporto gerarchico/funzionale diretto con il *top management* e pertanto il coinvolgimento di quello in una iniziativa che susciti criticità sotto il profilo *antitrust* non potrebbe considerarsi espressione dei vertici aziendali.

Per quanto riguarda poi il passaggio delle Linee Guida che prevede che "nessuna riduzione della sanzione" possa essere accordata a un'impresa che, pur avendo un CAP, abbia posto in essere in un illecito *antitrust* con il "coinvolgimento dei [...] top managers nell'attuazione dell'infrazione" (cfr. par. 59 della Relazione Illustrativa, enfasi aggiunta) si ritiene che questa previsione debba essere accompagnata da adeguate precisazioni.

A titolo di esempio, la mera partecipazione di un *top manager* alla negoziazione di un accordo ovvero a una riunione associativa – che fosse poi identificata come critica in termini concorrenziali dall'Autorità – ben potrebbe non essere indicativa di un "coinvolgimento dei top managers" all'illecito. In molti casi, infatti, anche in presenza di un elevatissimo livello di *awareness* *antitrust* aziendale, la criticità di un'iniziativa in termini di tutela della concorrenza potrebbe essere rilevata solo da un esperto *antitrust*, non da un esponente del *business* o da un alto *manager* non specializzato in tematiche concorrenziali. Ciò del resto sembrerebbe confermato in maniera implicita dall'ultimo passaggio del par. 59 della Relazione

Illustrativa, che fa riferimento alla preventiva consapevolezza e coscienza della illiceità della condotta da parte del *top manager*.

Alla luce di quanto sopra, UniCredit ritiene che la fattispecie del coinvolgimento del *top management* in un illecito *antitrust* quale possibile circostanza aggravante dovrebbe essere limitata ai soli casi in cui siano coinvolti esponenti di vertice dell'impresa, quali i componenti degli organi societari ovvero i titolari di deleghe gestionali (AD, direttore generale), e non anche meri "*prepost[i] a una sede o ramo di attività*".

Inoltre, andrebbe chiarito che un siffatto coinvolgimento del *top management* per essere rilevante per i profili in discussione dovrebbe avere quale presupposto la consapevolezza / coscienza dell'illiceità/criticità della condotta in termini anti-concorrenziali, escludendo invece tutti i casi in cui tale illiceità non risulti agevolmente percepibile.

3. Impresa recidiva (Sez. VI)

Il par. 40 prevede che "*Un'attenuante non superiore al 5% potrà essere concessa a un'impresa recidiva già dotata di un programma di compliance solo a fronte della presentazione di modifiche dello stesso dopo l'avvio del procedimento istruttorio.*" Inoltre, il par. 41 precisa che "*Nessuna attenuante potrà essere concessa a un'impresa recidiva che abbia **già beneficiato di una riduzione della sanzione antitrust** ad esito di una precedente istruttoria per aver adottato un programma di compliance. Ciò anche nel caso di modifiche del programma apportate dopo l'avvio del procedimento.*"

Per ragioni di chiarezza e di coerenza sistematica, UniCredit ritiene che il riferimento all'"impresa recidiva" andrebbe specificato per chiarire che l'aggravante per recidiva possa applicarsi solo ove una impresa sia già stata giudicata responsabile in via definitiva per un illecito antitrust della medesima natura e sostanzialmente affine a quello oggetto di esame (cd. **recidiva specifica**).

Ciò potrebbe occorrere, a titolo di esempio, solo ove un'impresa sia già stata condannata per abuso di posizione dominante (sui mutui) **e incorra nel medesimo illecito antitrust (abuso) inerente il medesimo mercato-prodotto** (mutui).

Si richiede di specificare che il riferimento all'impresa recidiva, e le conseguenze che ne deriverebbero in termini di valutazione dell'attenuante di *compliance*, è rivolto al caso in cui l'impresa sia coinvolta in infrazioni della stessa tipologia di altre accertate in precedenza.

Ciò dovrebbe valere anche con riguardo alla fattispecie di cui al par. 46 delle Linee Guida.

4. Il contenuto dei programmi di *compliance* (sez. II)

4.1. Sistema di gestione dei processi a rischio *antitrust*

Al par. 13 e nel *box* esplicativo delle Linee Guida si legge “*Il sistema aziendale volto ad assicurare il rispetto della normativa a tutela delle concorrenza dovrebbe altresì includere un’attività periodica di due diligence, attività di autoverifica (audit interni), approfondimenti periodici specifici in particolari aree di attività, consulenze legali di soggetti terzi [...]*” (enfasi aggiunte).

Al riguardo, pur condividendo l’approccio suggerito dall’Autorità di sottoporre il CAP a periodiche verifiche di adeguatezza, sarebbe opportuno chiarire che l’elenco delle attività di verifica menzionate nel passaggio delle Linee Guida sopra riportato (tra cui le consulenze legali esterne) ha carattere meramente esemplificativo di modalità di verifica tra loro **alternative**.

Ciò al fine di chiarire che le Linee Guida non intendono aggravare gli oneri amministrativi (ed economici) che le varie normative di settore – soprattutto quelle di Vigilanza – pongono in capo alle imprese (in particolare alle banche). In quest’ottica, UniCredit ritiene che il requisito in discorso debba ritenersi soddisfatto laddove l’organizzazione aziendale esistente preveda già sistemi di autovalutazione, come le verifiche periodiche svolte dall’*Internal Audit* delle banche – che vengono attivati (non *una tantum* ma) con una cadenza periodica.

Nello specifico, con riferimento al par. 13 delle Linee Guida, UniCredit ritiene opportuno che sia precisato che non è necessario che l’impresa svolga obbligatoriamente tutte le attività di verifica periodica del CAP ivi menzionate affinché il sistema di gestione del rischio *antitrust* possa essere considerato adeguato (anche con riguardo alle consulenze esterne).

D’altronde, a giudizio di UniCredit, nelle imprese in cui una verifica periodica del CAP sia già insita nei normali controlli periodici di *Internal Audit*, il requisito dell’autovalutazione dovrebbe considerarsi soddisfatto con l’esecuzione delle attività di *internal audit* stesse.

4.2. Misure disciplinari e sistema di incentivi

Il par. 14 delle Linee Guida stabilisce che un CAP “[...] *efficace prevede, in genere, un **adeguato sistema di misure disciplinari e incentivi** funzionali al rispetto del programma stesso e, in ultima istanza, delle norme antitrust.*”

Inoltre il par. 14 (v. *box*) specifica che “*Particolarmente rilevante, in questo ambito, è la definizione degli incentivi e delle misure disciplinari per il **responsabile del programma di compliance**, affinché questi*

sia adeguatamente motivato ad assicurare la piena operatività ed efficacia del programma stesso.”
(enfasi aggiunte).

La proposta di prevedere specifiche misure disciplinari (*i.e.* diverse e/o ulteriori rispetto a quelle normalmente applicabili a tutti i dipendenti) nei confronti del responsabile del CAP potrebbe mostrarsi problematica. Come ogni dipendente, anche il responsabile del CAP è soggetto a misure disciplinari, non ravvisandosi, ad avviso di UniCredit, elementi idonei nelle Linee Guida a definire un “illecito proprio” del responsabile del CAP in quanto tale.

Inoltre, poiché di norma il responsabile del CAP è un soggetto non esposto direttamente a rischi *antitrust* (in ragione della sua collocazione organizzativa all’interno dell’impresa, come accade allorché esso sia allocato nella funzione di *Compliance*), il fatto di prevedere sanzioni disciplinari direttamente a suo carico per violazioni *antitrust* dell’impresa equivarrebbe a gravarlo di una **responsabilità disciplinare oggettiva per fatto altrui**; cosa che UniCredit reputa **abnorme** rispetto alla *ratio* e alle finalità perseguite dall’Autorità con le Linee Guida poste in consultazione. Per le medesime ragioni, *mutatis mutandis*, UniCredit ritiene che neppure gli incentivi del responsabile del CAP potrebbero essere ancorati a illeciti anticoncorrenziali dell’azienda.

In ogni caso UniCredit ritiene che un’organizzazione aziendale che preveda la mancata percezione di incentivi come automatica conseguenza dell’applicazione di sanzioni disciplinari per violazioni anticoncorrenziali rappresenti adempimento delle indicazioni di cui al par. 14 delle Linee Guida in consultazione.

UniCredit non ritiene attuabile la previsione di sanzioni disciplinari specifiche direttamente a carico del responsabile del CAP per violazioni *antitrust* dell’impresa, dal momento che ciò comporterebbe conseguenze a suo carico eccessive rispetto alla *ratio* e alle finalità perseguite dall’Autorità con le Linee Guida, in quanto derivanti da condotte a lui non ascrivibili. Ad avviso di UniCredit, lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per gli incentivi.

Per quanto attiene, più in generale, alle sanzioni disciplinari applicabili ai dipendenti, nella proposta di codesta Autorità non parrebbe chiaro quali ulteriori misure potrebbero applicarsi - a fronte del mancato rispetto della normativa *antitrust* - che non rientrino tra gli obblighi di diligenza e fedeltà nei confronti dell’azienda e nel rispetto delle normative applicabili all’impresa (e.g., oltre ad *antitrust*, **privacy, market abuse, antiriciclaggio**). Qualora l’Autorità ritenesse ugualmente necessarie ulteriori ipotesi di illecito disciplinare, a giudizio di UniCredit le stesse dovrebbero essere adeguatamente identificate dall’Autorità,

anche per consentire l'efficiente gestione – anche dal punto di vista giuslavoristico – della loro introduzione nel *corpus* disciplinare aziendale.

UniCredit non ritiene attuabile la previsione di ulteriori misure disciplinari a fronte del mancato rispetto della normativa antitrust. Del pari, anche la previsione di “*incentivi al rispetto delle procedure e dei processi*” del CAP, anche “*nell’ambito degli obiettivi assegnati*” risulta di difficile interpretazione e pertanto si ritiene che questo punto dovrebbe essere meglio precisato. A quest’ultimo riguardo, UniCredit ritiene che lo spirito di tale requisito debba ritenersi pienamente soddisfatto laddove l’organizzazione aziendale preveda l’automatica preclusione all’accesso al sistema incentivante per il dipendente che sia stato oggetto di sanzioni disciplinari (ivi comprese quelle eventualmente derivanti da illeciti *antitrust*).

5. La richiesta di valutazione del programma ai fini dell’attenuante (sez. III)

5.1. Effettiva ed efficace attuazione del programma

Nel *box* esplicativo inserito al par. 22 delle Linee Guida si afferma, per quanto concerne la documentazione comprovante l’effettiva attuazione del CAP da parte dell’impresa, che essa dovrà produrre “[...] documenti attestanti le nomine dei responsabili del programma e del personale incaricato di operare ai fini della sua implementazione con adeguati poteri di controllo e di reporting agli organi di governo dell’impresa [...]” (enfasi aggiunta).

In merito, non è chiaro, anche a livello formale, come dovrebbe avvenire, ad avviso dell’Autorità, la nomina del responsabile del programma e del personale incaricato, soprattutto quando ciò accada nell’ambito di strutture aziendali complesse, laddove la carica di responsabile del CAP non sia espressamente prevista dallo Statuto sociale. Ad avviso di UniCredit, la necessità di dette “nomine” potrebbe infatti ritenersi superata laddove la responsabilità per la gestione di temi *antitrust* (i.e. *advice* e controlli) sia già attribuita a una Funzione o struttura aziendale preesistente, con una chiara linea di riporto gerarchico e manageriale. La creazione di una figura aziendale *ad hoc* – i.e. in sovrapposizione con i ruoli aziendali a presidio della normativa *Antitrust* (CAP compreso) – costituirebbe un onere amministrativo ingiustificato a carico delle imprese che, in ultima analisi, non darebbe valore aggiunto.

UniCredit ritiene che andrebbe chiarito che la sussistenza di un’effettiva responsabilità (Responsabile del CAP) in capo ad una figura aziendale preesistente vada verificata in senso **fattuale e sostanziale**, a prescindere quindi da atti formali di nomina / incarico, valorizzando invece il fatto che - specie nelle imprese più complesse - la responsabilità sul CAP può essere insita nelle attribuzioni e competenze – come risultanti dal vigente **Regolamento aziendale** – di determinate strutture aziendali preesistenti.

6. I programmi di *compliance* quale circostanza aggravante (sez. IX)

Il par. 40 delle Linee Guida prevede che il CAP possa essere considerato alla stregua di una circostanza aggravante, qualora le indicazioni ivi contenute siano utilizzate per agevolare o occultare un'infrazione o per indurre in errore l'Autorità circa l'esistenza o la natura dell'infrazione o a porre in essere condotte volte a ostacolare o ritardare l'attività istruttoria dell'Autorità. In linea di principio, una previsione siffatta potrebbe apparire condivisibile, nei limiti in cui essa sia volta a evitare che il CAP sia utilizzato dolosamente per finalità diverse e contrarie a quelle proprie della *compliance antitrust*. Si richiama inoltre l'ultimo passaggio del par. 45 - "*Tale ipotesi rientra tra le circostanze aggravanti previste al par. 21 delle linee Guida in materia di sanzioni, che includono l'aver tenuto **condotte volte a impedire, ostacolare o comunque ritardare l'attività istruttoria dell'Autorità***" che potrebbe essere interpretato nel senso di duplicare siffatta circostanza aggravante (*i.e.* generica attività di ostacolo, già punita attraverso la previsione di cui al par. 21 delle Linee Guida Sanzioni e supposto utilizzo del CAP al medesimo fine).

Si ritiene opportuno specificare che una siffatta aggravante dovrebbe potersi configurare solo nel caso di una condotta palesamente intenzionale o altrimenti **dolosa**, e non meramente negligente dell'azienda, *i.e.* solo nei casi limite in cui il programma di *compliance* anziché uno strumento di prevenzione e contrasto agli illeciti *antitrust* diventi un mezzo per infrangere le norme di concorrenza.

Inoltre, non dovrebbero considerarsi quale evidenza dell'asserita volontà dell'impresa di eludere la normativa di concorrenza quelle previsioni contenute nella documentazione di *antitrust compliance* interna volte a tutelare i diritti di difesa e di *c.d. non self-incrimination* dell'impresa, come confermato espressamente anche al par. 20 della Relazione Illustrativa.

In merito al par. 45, il passaggio sopra richiamato andrebbe chiarito, in modo da escludere la duplicazione dell'aggravante prevista dal par. 21 delle Linee Guida Sanzioni.

* * *

CONTATTI

Alessandro Cevini	Head of Transparency & Market Integrity	Alessandro.Cevini@UniCredit.eu
Carla Filippi	Transparency & Market Integrity	Carla.Filippi2@UniCredit.eu
Pierluigi Cammarano	Transparency & Market Integrity	Pierluigi.Cammarano@UniCredit.eu
Astrid Borasi	Transparency & Market Integrity	ABorasi.external@UniCredit.eu