

Milano, 23 maggio 2018

Via posta elettronica a consultazione.compliance@agcm.it

Avv. Sabrina Borocci
sabrina.borocci@hoganlovells.com

Ill. ma Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Direzione Generale per la Concorrenza
Piazza Verdi 6/A
Roma

OGGETTO: Consultazione pubblica su Linee Guida sulla compliance antitrust – osservazioni sullo schema di Linee Guida.

Con provvedimento n. 27117 del 5 aprile 2018, codesta Ill.ma Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**Autorità**") ha dato avvio a una consultazione pubblica (la "**Consultazione**") in merito alla bozza di Linee guida sulla compliance antitrust ("**Linee Guida Compliance**") volte ad individuare *best practices* che possano orientare le imprese nella concreta implementazione dei programmi di compliance adottati ai sensi del par. 23 delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ("**Linee Guida Sanzioni**"). Con la presente intendiamo formulare le nostre osservazioni in merito alla Consultazione, al fine di favorire la redazione di Linee Guida Compliance che siano esaustive e funzionali per le imprese che intendano adottare uno specifico programma di compliance antitrust.

In via di premessa, esprimiamo il nostro vivo apprezzamento per l'iniziativa intrapresa da codesta Ill.ma Autorità, nel sottoporre previamente agli operatori le proposte di implementazione delle Linee Guida Compliance, fornendo, così facendo, un importante strumento di intervento e dialogo a quei soggetti che maggiormente saranno interessati da tali linee guida. Il duplice obiettivo delle Linee Guida Compliance è a nostro avviso ravvisabile nel dettare criteri più precisi e stringenti per la costruzione di solidi programmi di compliance antitrust che siano in grado di diffondere, rafforzare ed integrare la cultura del diritto della concorrenza all'interno delle aziende e nell'assicurare una maggior certezza del diritto a beneficio dell'intero sistema di norme poste a presidio della concorrenza.

Sia consentito ricordare che, negli anni più recenti, l'Autorità ha fatto un uso piuttosto frequente dell'attenuante per imprese che avessero adottato specifici programmi di compliance, questo tanto in casi concernenti l'accertamento di intese restrittive della concorrenza¹, quanto in casi di abuso di posizione dominante². È evidente, dunque, che le imprese hanno dedicato (e dedicano)

¹ Si vedano: provv. 26815 del 18 ottobre 2017, I796 - Servizi di supporto e assistenza tecnica alla PA nei programmi cofinanziati dall'UE; provv. 26316 del 21 dicembre 2016, I792 – Gare ossigenoterapia e ventiloterapia; provv. 26229 del 26 ottobre 2016, I789 – Agenzie di modelle; provv. 26064 dell'8 giugno 2016, I783 - Accordo tra operatori del settore vending; provv. 25882 del 24 febbraio 2016, I777 - Tassi sui mutui nelle province di Bolzano e Trento; provv. 25801 del 22 dicembre 2015, I780 - Mercato del calcestruzzo in Veneto.

² Si vedano: provv. 26822 del 31 ottobre 2017, A484 – Unilever / Distribuzione gelati e provv. 26185 del 29 settembre 2016, A480 – Incremento prezzo farmaci Aspen.

L'elenco dei soci e degli altri professionisti e la loro rispettiva qualifica è disponibile all'indirizzo di cui sopra.

Hogan Lovells Studio Legale è un'entità collegata a Hogan Lovells International LLP, un'associazione a responsabilità limitata registrata in Inghilterra e Galles.

"Hogan Lovells" è uno studio legale internazionale che comprende Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP e i loro uffici collegati, con sede a: Alicante Amburgo Amsterdam Baltimora Bruxelles Caracas Città del Messico Colorado Springs Denver Dubai Dusseldorf Francoforte Hanoi Ho Chi Minh Hong Kong Houston Johannesburg Londra Los Angeles Lussemburgo Madrid Miami Milano Monaco Monterrey Mosca New York Northern Virginia Parigi Pechino Philadelphia Rio de Janeiro Roma San Francisco San Paolo Shanghai Silicon Valley Singapore Tokio Ulaanbaatar Varsavia Washington DC Uffici associati: Budapest Jakarta Jeddah Riyad Zagabria.

La parola "partner" è usata per indicare un partner o un socio di Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP, o di ciascuno degli uffici collegati e i dipendenti e consulenti che abbiano equivalente standing. Alcune delle persone indicate come partner, ma che non sono soci di Hogan Lovells International LLP, non hanno qualifiche equivalenti ai soci. Maggiori informazioni su Hogan Lovells, i partners e le loro qualifiche sono disponibili su www.hoganlovells.com.

una sempre maggiore attenzione all'implementazione di programmi di compliance antitrust; questo al fine non solo di ottenere una riduzione della sanzione nel corso di procedimenti istruttori, ma anche di instaurare un'etica aziendale di rispetto della normativa posta a tutela della concorrenza dante avvio a circoli di legalità antitrust necessariamente virtuosi.

Le opinioni che qui vengono espresse sono da riferirsi unicamente allo studio Hogan Lovells e ai professionisti che lo compongono e, in nessun mondo, ascrivibili ai clienti dello studio Hogan Lovells.

1. **INTEGRAZIONE DEL PROGRAMMA DI COMPLIANCE ALL'INTERNO DEI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE, GESTIONE E CONTROLLO DI CUI AL D. LGS. 231/2001**

In via preliminare, riteniamo di potere dire che un chiaro esempio di corretta ed efficace implementazione di un sistema di controlli all'interno delle imprese sia rappresentato dal modello di organizzazione, gestione e controllo delineato dal Decreto Legislativo dell'8 giugno 2001, n. 231, nonché la previsione dell'Organismo di Vigilanza quale organo autonomo e indipendente incaricato della vigilanza e dell'aggiornamento sulle procedure interne aziendali atte ad evitare la commissione di reati. I modelli di controllo cc.dd. 231 hanno dimostrato, empiricamente, una certa efficacia nel dispiegare il loro effetto primario di controlli interni.

Osserviamo a tal riguardo che, nelle società che già prevedono i modelli di controllo delineati dal D.Lgs. 231/2001, pare potersi sostenere che i programmi di compliance antitrust possono essere implementati con maggiore agilità. Entrambi i modelli, infatti, richiedono lo svolgimento di identiche fasi di creazione, implementazione ed esecuzione tra loro interconnesse, quali la conoscenza dell'attività aziendale e del sistema di controllo interno, l'individuazione dei processi aziendali e lo studio degli stessi, l'analisi delle attività sensibili, nonché l'identificazione e la esatta definizione delle aree di rischio.

Come verrà ulteriormente illustrato nel prosieguo, siamo dell'opinione che un sistema di gestione dei processi a rischio antitrust che sia incorporato all'interno del modello di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001 – o delineato sulla falsariga di tale modello - possa perseguire efficacemente lo scopo di individuare, dettagliare e mitigare i rischi derivanti dall'infrazione della normativa posta a tutela della concorrenza. Alla luce di tale considerazione, osserviamo che parrebbe essere opportuno che le Linee Guida indicassero espressamente quali degli elementi, presenti in un modello di controllo ex D.Lgs. 231/2001, possano essere concretamente mutuati ai fini di una corretta ed efficace implementazione di un programma di compliance antitrust, traendo beneficio dall'esperienza fatta dalle imprese e dai consulenti nei sistemi di controllo cc.dd. 231 e, mutatis mutandis, trasferendo modalità di controllo virtuose già verificate anche nell'area della compliance interna antitrust.

2. **IL CONTENUTO DEL PROGRAMMA DI COMPLIANCE ANTITRUST**

(a) **Adeguamento del programma di *compliance* alle caratteristiche dell'impresa e al contesto di mercato**

Condividiamo le considerazioni effettuate dalla Autorità in merito alla necessità di adeguare i programmi di compliance alle caratteristiche dell'impresa e al contesto di mercato, atteso che non pare possibile individuare un programma di compliance che sia applicabile uniformemente a tutte le imprese (c.d. "one size fits all"³).

³ Cfr. Linee Guida dell'Office of Fair Trade, "How your business can achieve compliance with competition law", par. 1.2: "The OFT recognises that a 'one size fits all' approach is not appropriate for competition law compliance and that the appropriate actions to achieve a compliance culture will vary, for example depending on the size of business and the nature of the risks identified".

Ciascuna impresa presenta rischi propri. All'interno della medesima impresa vi possono essere distinte attività commerciali con distinte problematiche antitrust. E' certamente necessario che le peculiarità di ciascuna impresa siano riflesse nelle politiche antitrust delle singole società.

Non da ultimo, una volta identificati e specificati i rischi antitrust a cui ciascuna impresa può essere sottoposta, mercato e criticità antitrust possono cambiare (e spesso cambiano) nel tempo. Può ben accadere, infatti, l'evolversi del mercato e delle strategie di business intraprese di volta in volta dalle imprese (coinvolgendo nuovi settori e diverse risorse) rendano altresì necessari continui adeguamenti delle procedure di compliance antitrust interne. Si auspica pertanto l'introduzione di un riferimento esplicito alla necessità che l'attività di formazione, così come correttamente individuata dall'Autorità, sia dinamica e preveda necessari ed opportuni adeguamenti alle sfide e alle criticità che il mercato presenti, di tempo in tempo, per l'impresa interessata.

Inoltre, si evidenzia che le Linee Guida Compliance dovrebbero a nostro avviso prevedere dei requisiti diversi (non necessariamente meno stringenti ma certamente maggiormente rispondenti alle specifiche realtà industriali) nei confronti delle piccole e medie imprese, così come definite dal Decreto Ministeriale del 18 aprile 2005, scheletro industriale del nostro paese; questo al fine di assicurare un corretto bilanciamento tra esigenze preventive e di controllo e l'impegno in termini economici e di risorse che tali programmi possono comportare per le imprese. Le piccole e medie imprese, a titolo di esempio, farebbero un enorme passo avanti rispetto allo stato dell'arte se adottassero linee guida standard purché in anticipo rispetto alle possibili violazioni. Tali linee guida standard potrebbero essere suggerite dalle Camere di Commercio, come atto dovuto. Pur nella di loro semplicità diffonderebbero una cultura antitrust di base oggi totalmente assente in un settore di impresa che rappresenta una importante quota della attività industriale e commerciale del nostro Paese.

(b) **Promozione della cultura aziendale antitrust e coinvolgimento delle figure dirigenziali**

Accogliamo con favore, altresì, le disposizioni in merito al ruolo della compliance antitrust quale parte integrante della cultura e della politica aziendale dell'impresa. Spesso le imprese non adottano adeguate misure volte a scongiurare l'instaurazione di procedimenti nei loro confronti, poiché manca un adeguato sistema interno di monitoraggio dei rischi antitrust o perché non vi è una sufficiente consapevolezza delle conseguenze che derivano dall'infrazione della normativa antitrust. Questo accade in società minori, come detto, ma anche in grandi gruppi dove la cultura antitrust è apparentemente diffusa.

A nostro avviso, le figure di alta dirigenza svolgono un ruolo fondamentale nell'instaurazione di una cultura pro-competitiva e, per tale motivo, condividiamo la previsione dell'Autorità di individuare un responsabile del programma di compliance, cui venga riconosciuta autonomia e indipendenza e che risponda direttamente ai massimi vertici aziendali (il "**Responsabile Compliance**")⁴. Il Responsabile Compliance, per portare il commento alla massima espressione, dovrebbe rispondere solo all'organo indipendente di controllo massimo di ciascuna impresa o, ove questo non vi sia, all'azionista. Il legame con figure manageriali pur apicali, infatti, rischia di inficiare l'effettiva efficacia del sistema di compliance. Questo per legittime tematiche di rapporti gerarchici fra managers della medesima impresa e, non da ultimo, perché anche il manager più alto in carica deve potere essere controllato.

Il Responsabile Compliance dovrebbe inoltre esser posto in una posizione centrale nella valutazione dei rischi antitrust, con compiti di monitoraggio e di vigilanza sui processi interni

⁴ Cfr. International Chamber of Commerce, 2015, "Guida pratica ICC alla compliance antitrust", pp. 20-21: "*Idealmente, la responsabilità del programma di compliance aziendale (compreso il programma antitrust) dovrebbe essere affidata ad una risorsa senior che sia membro del Consiglio di Amministrazione / Direttivo o che sia tenuto a relazionare a tali organi. Nel caso di grandi imprese o di gruppi societari, è possibile che la persona responsabile della definizione e della presentazione del programma di compliance antitrust sia il Direttore Affari Legali*".

implementati dal programma di compliance, ispirati per quanto possibile sul modello dell'Organismo di Vigilanza delineato dal D.Lgs. 231/2001.

Non da ultimo, riteniamo che la definizione di incentivi e di misure disciplinari possa costituire uno strumento utile per allineare gli interessi dei dipendenti con quelli dell'impresa, mitigando il rischio di problemi di azzardo morale. Questo dovrebbe applicarsi anche al Responsabile Compliance medesimo che deve essere massimamente responsabilizzato per le proprie condotte (o omissioni). Pare ovvio evidenziare che il Responsabile Compliance non debba dover incorrere in misure disciplinari qualora violazioni antitrust siano state poste in essere fraudolentemente da dipendenti in violazione dei sistemi di controllo correttamente implementati.

(c) **Sistemi di gestione e di controllo del rischio antitrust**

I programmi di *compliance* antitrust dovrebbero avere tra gli scopi principali quello di informare adeguatamente i dipendenti in merito ai rischi derivanti da una possibile violazione della normativa posta a tutela della concorrenza. Accade spesso, infatti, che i dipendenti ritengano tollerabile il rischio di una violazione antitrust rispetto ai benefici derivanti dall'adozione di una condotta vietata che potrebbe generare un incremento dei ricavi. È il caso degli accordi commerciali restrittivi della concorrenza posti in essere al fine di raggiungere ambiziosi obiettivi di *performance* predefiniti dal *top management* in termini di vendite o ricavi⁵.

Non esiste un'unica metodologia di analisi dei rischi, giacché varie sono le strutture organizzative delle imprese. Ciò nonostante, si precisa che un metodo largamente utilizzato nei procedimenti di risk management è quello predisposto dal Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) del Regno Unito ("**Coso Report**"). L'adozione di tale modello quale parametro per la predisposizione di programmi di compliance antitrust è stata suggerita anche dall'autorità antitrust brasiliana all'interno delle sue linee guida sull'implementazione dei programmi di compliance⁶ e dall'International Chamber of Commerce, all'interno della Guida pratica ICC alla compliance antitrust⁷.

Alla luce di quanto sopra, siamo dell'avviso che l'implementazione di un programma di identificazione e valutazione dei rischi antitrust secondo gli standard delineati, ad esempio, dal Coso Report potrebbe essere in grado di svolgere una puntuale individuazione di ciascun rischio, unitamente ad una stima del grado di impatto e di probabilità dei rischi medesimi. Per di più, riteniamo che tale analisi possa essere valutata più agilmente dall'Autorità nell'esame sull'eventuale applicazione della riduzione della sanzione ai sensi del par. 23 delle Linee Guida Sanzioni grazie all'approccio uniforme che ne deriverebbe per effetto dell'adozione da parte di tutte le imprese in maniera omogenea.

⁵ W. P. J. Wils, 2013, "Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement". Journal of Antitrust Enforcement, Volume 1, Issue 1, April 2013.

⁶ Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016, "Guidelines Competition Compliance Programs", pp. 19-20 para. 3.2.1.2: "*Well-structured compliance programs are usually preceded and followed by a profound risk analysis. (...) For that reason, it is extremely important for companies to undergo an individualized analysis of the risks associated with their activities, to classify those risks and prioritize compliance activities in those areas where the associated risk is the highest. (...) There is no one methodology for such analysis, but a well-renowned method is the one established by the Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) in the United Kingdom, in place since 1992, and another relevant reference is the Global Compact Risk Analysis Guide of the United Nations*".

⁷ Id. nota 4, pag. 26: "*È molto importante che vi sia una corrispondenza tra l'approccio complessivo (e la metodologia) dell'azienda alla gestione dei rischi e l'approccio alla valutazione dei rischi che l'azienda sceglie di utilizzare nell'ambito del programma di compliance antitrust. Il grado di corrispondenza può dipendere dalla composizione del team di compliance e dalla struttura dell'azienda, nonché dal grado di autonomia operativa e di competenza del personale coinvolto. (...) Un quadro integrato per le misure di controllo interne è stato sviluppato nel 1992 in Gran Bretagna dal Committee of Sponsoring Organisations della Treadway Commission (COSO). Questo documento (ed i successivi aggiornamenti) è ampiamente riconosciuto come base per la progettazione, l'attuazione e la valutazione dei controlli interni ed è stato utilizzato da aziende e consulenti di tutti i Paesi*".

(d) **Sistemi di segnalazione interna e di whistle-blowing**

Come correttamente descritto nella bozza delle Linee Guida Compliance, i programmi interni di compliance dovrebbero includere dei processi di report interno che permettano alla dirigenza di effettuare una segnalazione tempestiva all'Autorità ai sensi dell'art. 15 comma 2-bis della L. 287/1990.

Sarebbe auspicabile che i modelli di reporting interno e/o di whistle-blowing di cui al par. 22 delle Linee Guida Compliance garantissero l'anonimato dei segnalanti, al fine di incentivare maggiormente i dipendenti al loro utilizzo. Riteniamo, infatti, che l'utilizzo di sistemi di segnalazione anonima incoraggi maggiormente i dipendenti a segnalare le criticità, evitando che questi subiscano ritorsioni nell'ambiente lavorativo.

(e) **Auditing e miglioramento continuo del programma**

L'intero processo di compliance antitrust non può essere attuato mediante una singola operazione, ma deve essere costantemente monitorato e modificato. Occorre rilevare a tal riguardo che l'assenza di un periodico monitoraggio rappresenta una delle principali problematiche dei programmi di compliance antitrust applicati dalle imprese⁸.

Ci sentiamo di suggerire, quindi, che venga data una particolare enfasi all'attività di monitoraggio all'interno delle Linee Guida Compliance, giacché il successo di un programma di compliance non può prescindere dalla capacità di un'impresa di svolgere un controllo continuo sull'effettiva implementazione dello stesso all'interno dei processi aziendali interni. Idealmente, tale attività andrebbe svolta almeno su base annuale attraverso il supporto di consulenti esterni, che verificherebbero (i) se l'individuazione dei rischi è ancora attuale (anche tenuto conto degli orientamenti delle autorità di concorrenza in cui l'impresa opera), (ii) se le nozioni fornite ai dipendenti sono state effettivamente comprese e implementate nello svolgimento delle proprie funzioni quotidiane, il tutto anche attraverso un esame specifico e analitico della documentazione societaria (i.s. attività di pianificazione strategica, marketing, vendita), (iii) se vi sono ulteriori aree di intervento sulla base degli ultimi sviluppi normativi⁹. Definire tale ciclicità quale requisito essenziale nelle linee guida aiuterebbe le imprese ad adeguarsi più efficacemente.

3. **LA RICHIESTA DI VALUTAZIONE DEL PROGRAMMA AI FINI DELL'EVENTUALE RICONOSCIMENTO DELL'ATTENUANTE**

(a) **La valutazione dell'adeguatezza del programma di compliance da parte dell'Autorità**

Siamo dell'opinione che i principali elementi che l'Autorità dovrebbe tenere in considerazione nella valutazione dell'adeguatezza del programma di compliance sono: i) il coinvolgimento delle alte figure dirigenziali¹⁰; ii) meccanismi di reporting interno e di segnalazione di possibili violazioni da parte di dipendenti¹¹; iii) la previsione di misure disciplinari per violazioni antitrust da parte dei dipendenti; iv) la presenza di un costante monitoraggio interno sull'implementazione del programma; e v) il continuo aggiornamento alla luce degli sviluppi normativi e della casistica.

⁸ B. J. Rodger, 2005, "Competition Law Compliance Programmes: A Study of Motivations and Practice". World Competition 28(3), p. 361.

⁹ Ibid. p. 370.

¹⁰ A. Riley, D. Sokol, 2014, "Rethinking Compliance". Journal of Antitrust Enforcement, pag. 22: "*Certainly if senior management are involved in a cartel, then it is hard to defend the company's compliance program as "credible" – but even so there are occasions where the company has a clear policy on compliance, and a diligent program to implement the policy, and the individual (even a senior individual) flouts the policy and the law – without the support of (and despite the best efforts of) the company*".

¹¹ Ibid. pag. 40: "*A good (robust and credible) program will also have well-publicized mechanisms that allow employees to obtain advice, "speak up," outside normal reporting lines, and be protected against possible retaliation. These will encourage employees to become more vigilant and willing to raise concerns when they are uncomfortable about certain forms of conduct. This in turn will enable the company to investigate the conduct, and if a cartel is discovered, to report it to the authorities through immunity or leniency applications*".

Sembrerebbe allora opportuno che l'Autorità considerasse l'opportunità di inserire un elenco di criteri di cui si debba tener conto nella valutazione circa l'adeguatezza del programma di compliance. Una puntuazione analitica – senza pretesa di esaustività – sarebbe di aiuto alle imprese per affrontare una attività di gestione interna del rischio che ha molto spesso contorni incerti, soprattutto per le imprese meno sofisticate dal punto di vista antitrust.

4. IL TRATTAMENTO PREMIALE DEI PROGRAMMI DI COMPLIANCE ANTITRUST ADOTTATI DOPO L'AVVIO DEL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

In generale, il trattamento premiale di programmi di compliance antitrust rappresenta un incentivo che favorisce un cambiamento nelle condotte delle imprese in senso positivo verso una maggiore consapevolezza dell'importanza del diritto antitrust e dei rischi sottesi alle violazioni dello stesso. Riteniamo che l'Autorità debba pertanto incentivare e incoraggiare l'implementazione di programmi di compliance antitrust da parte delle imprese maggiormente esposte a rischi di infrazione.

Considerato che l'obiettivo principale perseguito dall'Autorità, e dalle autorità antitrust in generale, non è quello di imporre sanzioni alle imprese, quanto quello di prevenire ogni violazione del diritto antitrust, pare opportuno che l'Autorità promuova tenacemente ogni iniziativa volta ad incrementare la conoscenza del diritto antitrust e incoraggi l'adozione di misure da parte delle imprese volte a sensibilizzare i propri dipendenti in merito a tale tematica¹². A titolo di esempio la Autorità potrebbe rendere obbligatori corsi tenuti da istituzioni esterne (si pensi alle Camere di Commercio ma anche alle associazioni di categoria o a enti altri – stazioni appaltanti, pubbliche amministrazioni, autorità amministrative – con cui le imprese entrino variamente in contatto per l'esercizio tipico della propria attività di impresa).

Una volta divulgata, anche in maniera "forzata" la cultura antitrust, riteniamo che l'Autorità non possa che condividere le nostre considerazioni circa l'opportunità di premiare le imprese che agiscano verso un rispetto sempre maggiore del diritto antitrust; a tale riguardo pare essere centrale una circostanza: in generale il trattamento premiale previsto a favore delle imprese a fronte di programmi adottati dovrebbe prevedere l'attribuzione di una riduzione della sanzione finale, e non dell'importo base così come delineato all'interno delle Linee Guida Sanzioni. Il metodo di calcolo attuale, infatti, porta alla diabolica conseguenza che la riduzione derivante dal programma di compliance antitrust sia pressoché irrilevante. Se la riduzione si applicasse, per contro, sull'importo finale, (i) da un lato non si ridurrebbe di molto il valore totale della sanzione ai fini dell'efficacia deterrente della stessa non incidendo sulla magnitudo della sanzione, (ii) dall'altro diventerebbe un vero incentivo per le imprese, anche le più piccole, che seguendo un ragionamento molto poco giuridico e molto imprenditoriale, si trovano a valutare se costi loro di più creare e implementare il programma o beneficiare della riduzione di sanzione. In questa fase storica ove la cultura antitrust è ancora perfettibile, pensare di opporre a questo argomento il beneficio a lungo termine della compliance antitrust è irrealistico. Quello che sarebbe importante potrebbe essere rappresentato dal rompere il muro della adesione a norme poco conosciuto portando programmi di compliance antitrust, anche standard, anche editio minor, anche perfettibili, in ogni singola impresa sul territorio italiano.

Non da ultimo, il trattamento premiale troverebbe inoltre applicazione anche nei confronti delle imprese monoprodotta, per le quali la sanzione finale verrebbe rideterminata con più probabilità sulla base del limite edittale del 10% del proprio fatturato complessivo, trascurando quindi l'eventuale applicazione della circostanza attenuante.

Infine, dal punto di vista pratico, le imprese percepiscono come poco chiare le previsioni di riduzioni in forma di range. E' certamente più agevole convincere l'impresa della opportunità – nella valutazione costi/benefici – del programma di compliance antitrust ove la riduzione sia un importo certo e fisso (5% - 10% - 15%). La dicitura "fino a" di cui si comprende la necessità,

¹² Id. nota 5.

rischia tuttavia di vanificare lo sforzo educativo delle imprese per le quali "fino al 5%" indica più verosimilmente 1% che 5% con le conseguenti resistenze del caso nella continua tensione costi/benefici in cui si svolge la vita quotidiana delle imprese.

5. IL TRATTAMENTO PREMIALE DEI PROGRAMMI DI COMPLIANCE ANTITRUST ADOTTATI PRIMA DELL'AVVIO DEL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

Condividiamo l'iniziativa di codesta Autorità di garantire un trattamento premiale più favorevole per l'adozione di programmi di compliance prima dell'avvio di un procedimento istruttorio. Vale segnalare che, ad avviso degli scriventi, la previsione di un trattamento premiale maggiormente favorevole per le imprese che abbiano implementato efficacemente un programma di compliance antitrust prima dell'avvio del procedimento istruttorio agevola l'allocatione di risorse aziendali in favore di processi interni di prevenzione e mitigazione del rischio antitrust.

Più in dettaglio, riteniamo che una previsione siffatta potrà fungere da solida argomentazione a sostegno della decisione da parte delle alte figure dirigenziali di investire in robusti programmi di compliance antitrust, giacché si renderà possibile riscontrare un beneficio concreto e quantificabile nella maggior riduzione della sanzione in caso di accertamento di una violazione¹³.

Le stesse considerazioni già svolte supra si intendono richiamate qui (i) sia quanto al montante di calcolo della misura premiale: per essere percepita come meritevole la riduzione dovrebbe applicarsi alla sanzione nella sua misura finale, (ii) sia quanto alla percentuale fissa di riduzione della sanzione che parrebbe essere auspicabile per incentivare maggiormente le imprese.

Non da ultimo: pare a chi legge particolarmente gravoso per l'impresa quanto previsto nella relazione illustrativa in casi di programmi di compliance antitrust adottati prima dell'avvio del procedimento ove si preveda che debbono essere specificate le ragioni per cui l'impresa si sia trovata comunque in un'attività oggetto di investigazione. Qualsiasi programma di compliance antitrust non può che essere su base probabilistica, pensare di catalogare ogni singola condotta pare irrealistico, soprattutto nei casi di condotte abusive, l'analisi ex ante posta in essere al momento della redazione di qualsivoglia programma antitrust già spiega – per sua stessa natura – perché altre violazioni possono ancora avere luogo: non si copre lo scibile mondo né all'interno dell'impresa (che è dinamica) né all'interno del mercato (anch'esso dinamico quanto a natura e concorrenti/operatori). Questa circostanza può essere vista dalle imprese come una probatio diabolica e, in quanto tale, fare perdere la fiducia nel sistema di norme a presidio della concorrenza che è invece punto centrale per lo sviluppo della cultura antitrust.

6. IMPRESA RECIDIVA

Comprendiamo la necessità di non premiare in alcun modo l'impresa che si trovi nuovamente in un procedimento per violazione della normativa antitrust.

Ci permettiamo rispettosamente tuttavia di notare che, proprio per la natura comprensibilmente draconiana di tale previsione, tale fattispecie andrebbe maggiormente dettagliata quanto a (i) cosa si intenda per "stessa impresa", ad esempio, nel contesto di una società che svolga attività in mercati distinti, con peculiarità antitrust distinte; (ii) il periodo di tempo entro il quale una impresa viene considerata recidiva (anche nel diritto penale vi è una "scadenza" dei reati pre-commessi, (iii) le possibili eccezioni (si immagina una società che sia passata di controllo o che abbia adottato, dopo la prima sanzione, un programma di compliance particolarmente articolato – in tale, ultimo, caso la misura del 5% non pare incentivante anche perché il post procedimento è pur sempre una fase in cui l'impresa crede tendenzialmente che le possibili violazioni poste in essere siano emerse e quindi sente come particolarmente risibile l'esigenza di compliance). La prassi applicativa dimostra che l'incertezza applicativa di fronte a una normativa complessa come il diritto antitrust dissuade le imprese dall'adottare modelli virtuosi

¹³ D. Geradin, 2013, "Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement A Reply to Wouter Wils". Journal of Antitrust Enforcement.

7. PROGRAMMI DI COMPLIANCE NELL'AMBITO DI GRUPPI DI IMPRESE

Con riferimento ai procedimenti antitrust che coinvolgono anche la società capogruppo, sebbene quest'ultima sia tenuta a verificare l'effettiva implementazione del proprio programma di compliance da parte della società da essa controllata, ci preme suggerire uno spunto di riflessione.

Andrebbe valutata, a nostro avviso, la possibilità di introdurre un sistema di esonero di responsabilità della capogruppo, o quantomeno l'introduzione di un'ulteriore circostanza attenuante nei casi in cui la società controllata non abbia rispettato il programma antitrust posto in essere dalla società capogruppo eludendo fraudolentemente i sistemi di controllo implementati, a condizione che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte di quest'ultima. Questo a parziale mitigazione di una prassi sulla responsabilità parentale che ben si comprende nella sua ratio ma che viene percepita dalle imprese come formalistica.

In alternativa, un'inversione dell'onere probatorio a fronte dell'adozione di un efficace programma di compliance da parte della capogruppo potrebbe rappresentare una soluzione di equilibrio tra due contrapposte tendenze: da una parte, quella di evitare che l'impresa madre possa godere di un cono d'ombra di impunità; dall'altra, evitare un eccessivo inasprimento delle sanzioni in elusione ai limiti disposti dalla normativa antitrust.

Un ulteriore profilo meritevole di attenzione riguarda lo specifico caso di joint venture controllate da società appartenenti a diversi gruppi che abbiano implementato un proprio, e diverso, programma di compliance antitrust, anche in ragioni di diverse aree merceologiche in cui le società capogruppo possano operare (analoga situazione si può verificare fra controllante e controllata pura ove svolgano attività diverse). In circostanze di tal genere la previsione di una positiva valutazione di adeguatezza del programma solo se adottato e attuato a livello di gruppo da controllante e controllata pare non essere attuabile. Pertanto qualora l'Autorità condivida tale riflessione si potrebbe pensare all'inserimento di un'apposita precisazione circa la possibilità che in casi del genere ciascuna società possa provare l'efficacia del proprio programma di compliance senza che si tenga in considerazione la specifica situazione delle altre.

8. ALTRE POSSIBILI MODIFICHE

(a) **Limitazione della responsabilità dell'impresa per condotte poste in essere dai dipendenti in violazione dei sistemi di controllo**

In aggiunta a quanto sopra esposto, siamo del parere che l'impresa debba essere tutelata in tutte quelle situazioni in cui l'infrazione della normativa antitrust sia dovuta alla condotta di dipendenti isolati che non abbiano seguito le *policy* interne dettate in tema di rispetto della normativa sulla concorrenza¹⁴.

Sebbene non sia a nostro avviso condivisibile l'ipotesi di escludere interamente la responsabilità dell'impresa, riteniamo ragionevole l'introduzione di una riduzione della sanzione per l'impresa che abbia posto in essere tutte le misure idonee a prevenire violazioni del diritto antitrust e che abbia comunque violato la normativa a causa di una condotta isolata di un proprio dipendente.

Di nuovo, il modello di responsabilità di cui al D. Lgs. 231/2001 pare aiutarci: parrebbero potersi prevedere casi di limitazione della responsabilità dell'impresa, o quantomeno circostanze attenuanti, in tutti i casi in cui l'infrazione sia stata commessa da persone che rivestano funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'impresa o di una sua unità organizzativa

¹⁴ Una previsione di tale natura appare sostenibile anche alla luce di rilievi evidenziati in dottrina, in cui si promuove un esonero di responsabilità dell'impresa per violazioni del diritto antitrust poste in esse da dipendenti qualora l'impresa si sia impegnata a implementare sistemi interni volti a rispettare la normativa antitrust. Si veda a tal riguardo D.H. Ginsburg, J.D. Wright, 2010. "Antitrust Sanctions". Competition Policy International, Vol. 6, No. 2, pag. 18: "*If a company has made a reasonable effort to comply with the antitrust law, and an employee nevertheless engages in price-fixing, then it makes no sense to fine the corporation, or to sanction the directors or officers*".

autonoma, se l'impresa dimostri che tali soggetti hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi (pur trattandosi di una circostanza assai rara), o se l'impresa prova: a) di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di compliance idonei a prevenire infrazioni del diritto antitrust; b) di aver nominato un Responsabile Compliance dotato dei requisiti di autonomia e indipendenza sopracitati; c) che chi ha commesso la violazione ha eluso fraudolentemente il programma di compliance; e d) che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte del Responsabile Compliance.

In alternativa, si potrebbe prevedere un diverso regime di responsabilità a seconda che la violazione del diritto antitrust sia stata commessa da soggetti che rivestono funzioni apicali all'interno dell'impresa o da dipendenti, prevedendo in quest'ultimo caso un trattamento sanzionatorio più mite per l'impresa.

(b) Informativa al pubblico

Infine, riteniamo che l'implementazione di un sistema di compliance, ancor più se antecedente alla contestazione di una possibile violazione antitrust, possa risultare maggiormente proficua se accompagnata da una dichiarazione pubblica che attesti il monitoraggio interno della conformità delle attività interne alla normativa posta a tutela della concorrenza.

Un'adeguata informativa al pubblico in merito all'implementazione di processi di compliance antitrust può tradursi in un miglioramento della reputazione dell'impresa, e favorire quindi la ricerca di investitori, partner commerciali e clienti che confidano nell'importanza della tutela dei mercati e dei consumatori.

Sugeriamo pertanto all'Autorità di valutare una possibile introduzione all'interno delle Linee Guida Sanzioni di una circostanza attenuante consistente nel non aver commesso infrazioni del diritto antitrust entro un periodo non inferiore a 5 anni e nell'aver contestualmente adottato ed implementato efficacemente un programma di compliance, il tutto a premiare condotte virtuose ripetute delle imprese operanti nel mercato.

(c) Programma di compliance come circostanza aggravante

Purtroppo non pare chiaro a chi scrive in quali circostanze il programma di compliance possa essere considerato una circostanza aggravante. Si nota rispettosamente che gli esempi citati paiono riferirsi a circostanze aggravanti (i.s. impedire, ostacolare o ritardare attività istruttoria dell'Autorità) già coperte dal par. 21 delle Linee Guida in materia di sanzioni. La duplicazione, se ben si intende, pare pericolosa poiché potrebbe indurre a credere che si applichi la medesima condotta per due distinte occasioni.

*** ** ***

Rinnoviamo il nostro apprezzamento per la precisa volontà dell'Autorità di individuare criteri che possano orientare le imprese nella concreta implementazione dei programmi di compliance e, con essi, di contribuire alla reale diffusione di una cultura antitrust all'intero delle imprese.

Rimaniamo a disposizione per qualsivoglia chiarimento utile o anche solo opportuno.

Con osservanza,

Hogan Lovells|