

On. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Piazza G. Verdi, 6/a
00198 Roma
Via e-mail: consultazione.compliance@agcm.it.

CONSULTAZIONE PUBBLICA
DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO SULLE
“LINEE GUIDA SULLA COMPLIANCE ANTITRUST”

OSSERVAZIONI DI ICC ITALIA

8 GIUGNO 2018

1. INTRODUZIONE

1.1. La Commissione Concorrenza della Camera di Commercio internazionale – Comitato italiano (**ICC Italia**), nella propria veste di associazione rappresentativa delle istanze dell’imprenditoria nazionale e internazionale, è lieta di fornire all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (**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, pubblicato sul Bollettino n. 15 del 23 aprile 2018 (**Proposta di Linee Guida o Proposta**).

1.2. Obiettivo prioritario di ICC Italia è da sempre quello di contribuire alla definizione di un quadro normativo chiaro e omogeneo per le imprese su scala possibilmente globale, al fine di assicurare la competitività del sistema economico nell’interesse generale. In ambito antitrust, gli sforzi di ICC in tal senso si sono tradotti – negli ultimi anni – in azioni concrete in materia di *due process*¹ ed individuazione di *standard* internazionalmente condivisi per la realizzazione di programmi di *compliance* efficaci ed adeguati.

1.3. Proprio in quest’ambito, nel 2013 ICC ha elaborato una guida pratica (“*Antitrust Compliance Toolkit*”) in esito all’approfondito esame comparativo delle *best practices* europee ed internazionali. L’*Antitrust Compliance Toolkit* è uno strumento flessibile, improntato al principio “*one size does not fit all*”, che – oltre ad essere pubblicato sul sito della Commissione europea/DG Comp – è stato sin dalla sua adozione oggetto di una capillare attività di divulgazione e formazione presso le imprese, anche tramite la predisposizione di versioni linguistiche nazionali (fra le quali spicca quella italiana “*Guida pratica alla compliance antitrust*”)².

1.4. Nel 2015, sulla base delle esigenze manifestate dalle imprese nel corso dell’attività di *advocacy*, ICC ha realizzato un secondo strumento di *compliance*

¹ Si veda ICC, Effective procedural safeguards in competition law enforcement proceedings, Document No. 225/765 – June 2017 in <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/07/ICC-Due-Process-Best-Practices-2017.pdf>. Si veda anche ICC, Recommended framework for international best practices in competition law enforcement proceedings, Document No. 225/666 – 8 March 2010 in <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/06/ICC-International-Due-process-08-03-10.pdf>.

² http://www.iccitalia.org/pdf/antitrust_compliance_toolkit.pdf.

antitrust specifico per le piccole e medie imprese (“*ICC SME Toolkit: Why complying with competition law is good for business*”³): una guida *user-friendly* con informazioni e consigli pratici per agevolare le imprese di dimensioni più piccole nella comprensione e nell’applicazione del diritto antitrust, proprio nell’ottica di proseguire l’attività di divulgazione della cultura di *compliance*.

1.5. In considerazione della propria precipua missione e degli sforzi ad oggi costantemente intrapresi per la diffusione della cultura della legalità anche in ambito antitrust, ICC Italia rinnova dunque anche nella presente sede l’apprezzamento per l’iniziativa dell’Autorità, volta alla previa condivisione con i soggetti interessati della Proposta di Linee Guida.

1.6. A conferma della disponibilità già espressa in tal senso in occasione della consultazione del 2014 sulle linee guida in materia di quantificazione delle sanzioni antitrust⁴, in questa sede ICC Italia intende da subito ribadire il proprio sostegno all’iniziativa dell’Autorità, dichiarandosi nuovamente pronta a metter a fattor comune – nella più ampia trasparenza – l’esperienza acquisita con riferimento all’*Antitrust Compliance Toolkit* nelle varie giurisdizioni in cui ICC è attiva.

1.7. Sul punto si auspica che l’Autorità voglia perseverare nell’approccio seguito con l’avvio della presente consultazione, atteso che il più ampio coinvolgimento degli *stakeholder* nella definizione delle Linee Guida *in fieri* è senza dubbio la chiave del futuro successo di programmi di *compliance* fondati su una solida cultura della legalità, non meramente formale ma interiorizzata dalle imprese sino ad esserne percepita come un imprescindibile fattore competitivo.

³ <https://iccwbo.org/publication/icc-sme-toolkit-complying-competition-law-good-business>.

⁴ Si veda il contributo di ICC Italia del 3 luglio 2014 nella consultazione avviata con provvedimento AGCM n. 24893 del 13 maggio 2014.

2. CONSIDERAZIONI GENERALI SULL'INIZIATIVA E SULLA PROPOSTA

2.1. L'iniziativa assunta dall'Autorità con la presente consultazione deve essere accolta con favore per l'evidente rilievo che le Linee Guida potranno assumere (ove compiutamente formulate) nell'attuazione dei fondamentali principi della certezza del diritto e della trasparenza dell'azione amministrativa, fattori cardine per l'effettivo sviluppo dell'attività d'impresa nel "sistema-Paese".

2.2. In tale ottica di accrescimento del livello di certezza del diritto, particolarmente degno di apprezzamento è il formale riconoscimento della circostanza attenuante consistente nell'effettiva adozione di un programma di *compliance*, gradatamente declinata prima e dopo l'avvio del procedimento (Punto 26 ss.).

2.3. Per conseguire un ancor maggiore livello di chiarezza e dunque di "persuasività" delle previsioni, sarebbe utile che l'Autorità, seguendo il modello francese ed inglese, si facesse promotrice, attraverso un ulteriore dialogo costruttivo con gli *stakeholder*, dell'ulteriore definizione del "contenuto minimo" di un efficace programma di *compliance* conforme agli *standard* applicati in materia non solo a livello europeo ma (estendendo l'orizzonte di riferimento anche al di fuori dell'UE) a livello internazionale, a garanzia della certezza del quadro giuridico entro il quale le imprese presenti in più giurisdizioni sono chiamate ad impostare la propria attività: in tal modo, si assicurerebbe la realizzazione del duplice fine di mettere le imprese nella condizione di beneficiare appieno di questa circostanza attenuante in applicazione di criteri chiari e - per quanto possibile - uniformi su base internazionale e, al contempo, di permettere all'Autorità di valutare secondo parametri altrettanto definiti l'operato delle imprese stesse. Sul punto si ritiene, dunque, auspicabile l'approfondimento degli sforzi dell'Autorità su scala quantomeno europea, traendo vantaggio dal confronto esperibile nello *European Competition Network*, da un lato, e mediante l'apporto di associazioni internazionali quali ICC con riferimento all'esperienza acquisita nell'adozione e diffusione dell'*Antitrust Compliance Toolkit*.

2.4. In ottica di chiarezza delle regole in *fieri*, appare altresì positiva la proposta di distinzione dell'attività di *compliance* svolta *ante* e *post factum*, in quanto entrambe le componenti sono essenziali al fine di diffondere quanto più possibile la cultura di legalità in ambito *antitrust*.

2.5. Per la stessa finalità, parimenti positiva appare la rilevanza data alla posizione specifica dell'impresa e al particolare contesto di mercato in cui essa opera, in quanto fattori idonei a spronare l'impresa al puntuale *assessment* preventivo delle decisioni di business. Il rilievo attribuito a tali elementi di specificità, oltre a consentire di calare al meglio il programma nel contesto reale delle attività economica, potrebbe permettere di considerare adeguatamente la posizione delle imprese medio-piccole rispetto al potere della domanda rappresentato, ad esempio, dalle stazioni appaltanti particolarmente forti. Di tale riconoscimento, si ritiene peraltro auspicabile che l'Autorità voglia formulare un espresso riferimento all'interno delle Linee Guida valorizzando le specificità che le PMI rivestono nel tessuto economico europeo.

3. OSSERVAZIONI DI CARATTERE PUNTUALE SULLA PROPOSTA DI LINEE GUIDA

3.1. Ferma la generale condivisione dell'iniziativa dell'Autorità e dell'impostazione complessiva del documento in consultazione, in spirito di collaborazione ICC Italia ritiene utile condividere nel seguito alcuni puntuali rilievi in relazione a profili che – per la complessità delle implicazioni sollevate – potrebbero richiedere ulteriori riflessioni.

a) Il contenuto del programma di compliance antitrust

3.2. Per quanto riguarda il contenuto del programma di *compliance* (Punto 5 della Proposta) si è anticipato che, al fine di valutarne l'idoneità sostanziale /l'adeguatezza, la Proposta richiede di considerare le caratteristiche dell'impresa e il contesto di mercato. A tal proposito, tra le cause di possibili rischi collusivi la Proposta menziona la frequenza dei contatti tra le imprese ad esempio in sede di riunioni di associazioni di categoria.

3.3. Sul punto, pur comprendendo i timori dell'Autorità connessi a eventuali comportamenti “devianti”, occorre segnalare il rischio di una stigmatizzazione eccessiva dell'associazionismo che invece – ove correttamente vissuto dalle imprese per il genuino perseguimento degli interessi generali costituzionalmente rilevanti – costituisce invero un fattore di competitività che deve poter essere pienamente espresso. In tale ottica, anche alla luce dell'attività svolta da ICC Italia per la

diffusione della cultura della *compliance*, si ritiene opportuno chiarire nella Proposta che l'attività delle associazioni di imprese – generalmente pro-competitiva – solo in limitati ambiti eccezionali (ossia qualora tradisca la cultura della legalità) genera rischi per le imprese che vogliono adottare un effettivo ed adeguato programma di *compliance*.

3.4. Si rileva, inoltre, che, per l'efficacia del programma di *compliance*, la Proposta (Punto 14) suggerisce di prevedere un adeguato sistema di misure disciplinari e incentivi funzionali al rispetto del programma stesso e, in ultima istanza, delle norme *antitrust*. Sebbene astrattamente condivisibile, tale previsione sembra difficilmente percorribile per l'impresa in Italia per quanto riguarda le misure disciplinari, considerata la prevalenza di norme giuslavoristiche che limitano l'ambito di manovra con riguardo ai contratti di lavoro dipendente. A tal proposito, pertanto, si richiede che la previsione di misure disciplinari o di un sistema di incentivi connessi alla retribuzione variabile dei dipendenti siano previste in alternativa, in quanto ciascuna di per sé idonea a garantire un'adeguata efficacia deterrente.

3.5. Peraltro, si osserva che anche alla luce della recente normativa italiana su *whistleblowing* esterno/individuale (L. 30 novembre 2017, n. 179, “*Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*”) sono salvaguardati, sotto l'ombrello della immunità da misure disciplinari, gli incentivi del dipendente a segnalare internamente all'azienda nel quadro del programma di *compliance*. Già il regime favorevole previsto dalla norma per il dipendente che si rivolga direttamente all'esterno per denunciare un illecito potrebbe in teoria compromettere le chances di trattamento premiale dell'azienda datrice di lavoro, che ha implementato un programma di *compliance* e voglia accedere alla leniency: di qui l'opportunità di esplicitare l'immunità da sanzioni disciplinari per la segnalazione interna al programma di *compliance* e l'opportunità che l'Autorità ne tenga conto nelle proprie valutazioni.

3.6. Infine, con riferimento al Punto 18 della Proposta, nella valutazione della adeguatezza ed esaustività del programma l'Autorità dovrebbe tenere in adeguata considerazione la circostanza che una fattispecie di illecito *antitrust* presenti elementi di obbiettiva novità rispetto alla prassi o alla giurisprudenza.

b) L'adeguatezza del programma alla prevenzione degli illeciti antitrust

3.7. Al Punto 22 della Proposta e Punto 31 della Relazione illustrativa dello schema di Linee Guida sulla *compliance* antitrust, l'Autorità richiede alle aziende, a prova dell'effettiva ed efficace attuazione del programma, di produrre adeguati riscontri documentali comprovanti una continua e regolare attività di prevenzione degli illeciti. Nell'ambito di tale documentazione è prevista anche la prova di interlocuzioni tra alti esponenti aziendali in merito alla conformità al programma di specifiche iniziative da assumere, a segnalazioni di possibili violazioni del programma, a richiami al rispetto del programma da parte del *top management* anche in termini di direttive puntuali relative a singole iniziative.

3.8. La necessità di fornire prova di tali discussioni non appare condivisibile in quanto si tratterebbe di interlocuzioni interne all'azienda riguardanti iniziative concrete, che la stessa ha intrapreso o intende intraprendere, e che non appaiono conferenti con l'attività di valutazione circa la corretta applicazione del programma da parte dell'Autorità. Inoltre, tali interlocuzioni potrebbero contraddistinguersi per un elevato livello di confidenzialità, tale da non giustificare una loro esibizione verso l'esterno.

c) Il momento della trasmissione della richiesta di valorizzazione del programma di compliance ai fini del riconoscimento dell'attenuante

3.9. Al Punto 29 della Proposta illustrativa dello schema di Linee Guida, l'Autorità indica come termine ultimo per la presentazione dell'apposita richiesta di valorizzazione del programma di *compliance*, corredata da tutta la relativa documentazione, il momento della CRI. A tal riguardo si ritiene che, ai fini del riconoscimento del programma come attenuante, ciò che deve rilevare è la sua adozione in un momento antecedente alle CRI mentre la relazione deve poter essere depositata anche successivamente. In caso contrario si obbligherebbe l'azienda ad avanzare richiesta di attenuante per un illecito che potrebbe non essere contestato in sede di CRI e, con molta probabilità, non accertato con il provvedimento finale.

3.10. Sarebbe opportuno, inoltre, che l'Autorità chiarisca meglio in base a quali elementi un programma di *compliance* possa considerarsi definitivamente adottato e

ciò anche in considerazione del fatto che un programma è sempre inevitabilmente soggetto a continua evoluzione e aggiornamento.

d) La rilevanza della presentazione di una domanda di clemenza

3.11. L’Autorità (Punti 32-36 della Proposta) introduce un’ulteriore condizione per la valutazione dell’efficacia di un programma di *compliance*, applicabile alle sole violazioni antitrust consistenti in intese orizzontali segrete “per oggetto”: la presentazione di una domanda di *leniency* ai sensi della relativa Comunicazione.

3.12. A questo proposito, si osserva come non sembri opportuno correlare e condizionare reciprocamente, come fatto nella Proposta, gli istituti della *leniency* e della *compliance* antitrust, che infatti hanno presupposti e finalità diversi.

3.13. Più precisamente, si ritiene che la capacità dell’impresa di fornire la prova di aver scoperto e interrotto la partecipazione al cartello segreto *hard-core* prima che l’Autorità abbia condotto ispezioni o avviato il procedimento istruttorio sia, di per sé, condizione necessaria e sufficiente per considerare il programma di *compliance* come “efficace” e conseguentemente per riconoscere all’impresa la riduzione massima del 15%. Così come un programma di *compliance* non manifestamente inadeguato, se irrobustito prima della notifica delle risultanze istruttorie, dovrebbe comunque consentire all’impresa una riduzione fino al 10% della sanzione, anche quando l’impresa non è stata in grado di rilevare e interrompere la propria partecipazione al cartello prima delle ispezioni o dell’apertura dell’istruttoria, senza che tale riduzione sia limitata al 5% massimo nel caso in cui quell’impresa non presenti la domanda di *leniency*.

3.14. In considerazione di tali rilievi, occorrerebbe meglio valutare la formulazione dei punti citati, apportando le modifiche illustrate nel seguente prospetto.

MODIFICHE PROPOSTE

~~“32. Nelle fattispecie in cui è applicabile l’istituto della clemenza, un’attenuante fino al 15% per il programma pre-avvio può essere riconosciuta solo qualora, a seguito della scoperta dell’illecito, l’impresa o l’associazione di imprese presenti la domanda di clemenza prima che l’Autorità abbia condotto ispezioni in relazione alla medesima ipotesi collusiva (o comunque prima della notifica del provvedimento di avvio dell’istruttoria).”~~

~~“35. 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.”~~

~~“36. I programmi di compliance, adottati prima dell’avvio del procedimento istruttorio, che non hanno mostrato di funzionare in maniera del tutto efficace – non permettendo tempestivamente la scoperta e la interruzione/denuncia dell’illecito prima delle ispezioni da parte dell’Autorità – ma che non risultano manifestamente inadeguati possono beneficiare di un’attenuante fino al 10% a condizione che l’impresa integri adeguatamente il piano di compliance e inizi a darvi attuazione dopo l’avvio del procedimento istruttorio (e prima della CRI).”~~

e) Il coinvolgimento nell’illecito dei vertici del management aziendale

3.15. Al Punto 34, la Proposta ricomprende tra gli indici di manifesta inadeguatezza del programma il coinvolgimento nell’attuazione dell’infrazione dei vertici del *management* aziendale. In particolare, al Punto 59 della Relazione illustrativa dello schema di Linee guida sulla *compliance* antitrust vengono menzionati alcuni esempi di partecipazione del *top management* all’illecito, che fanno tuttavia esclusivo riferimento a fattispecie di intese restrittive della concorrenza, mentre non si affrontano le ipotesi di coinvolgimento in altre tipologie di illecito antitrust caratterizzate da un margine di opinabilità significativamente più elevato (es. condotte suscettibili di integrare un abuso di posizione dominante).

3.16. Con riferimento a queste ultime fattispecie, si ravvisa la necessità di chiarire meglio le ipotesi in cui è possibile che venga riscontrato un coinvolgimento diretto o indiretto del *top management*. Altrimenti, in assenza di tali precisazioni, si configurerebbe in capo alle società una sorta di *probatio diabolica* con l’effetto di

disincentivare l'adozione di programmi di *compliance* da parte delle aziende. Sul punto occorrerebbe introdurre indici oggettivi che consentano di dare rilevanza al solo coinvolgimento *effettivo* del *top management*, al fine di calare i requisiti della *compliance* nella reale complessità aziendale a tutela delle legittime esigenze di autonomia dei processi decisionali economici. Non appare condivisibile, invece, ricondurre il requisito del diretto coinvolgimento ad ipotesi generiche nelle quali, ad esempio, si riscontri il mero inserimento del *top management* tra i destinatari di una mail riguardante la condotta contestata.

f) I casi di riconoscimento dell'attenuante fino al 10%

3.17. Ai fini del riconoscimento dell'attenuante sino al 10% (Punto 36), andrebbero adeguatamente valorizzati anche i programmi *post factum* avviati prima dell'apertura dell'istruttoria ma totalmente completati solo prima delle CRI. In simili fattispecie, infatti, si ritiene meritevole del trattamento premiale l'intento della società di conformare i propri processi e le proprie attività alla normativa antitrust indipendentemente dall'avvio di un procedimento. Tale approccio appare congruo anche per ragioni di uniformità del trattamento delle imprese su scala europea: al riguardo vale la pena rilevare infatti, come riportato dalla stessa Autorità, che in altri Paesi - come il Regno Unito e la Francia - al programma *post factum* può essere riconosciuta un'attenuante fino al 10%.

3.18. Si ritiene, inoltre, debba rientrare in questa fascia di riconoscimento dell'attenuante anche l'ipotesi in cui il programma, pur funzionando correttamente, non sia riuscito a prevenire l'illecito per negligenza/dolo di un *singolo* dipendente. In questo caso, peraltro, la modifica da apportare al fine di conseguire adeguati standard di effettività del programma potrebbe non essere particolarmente incisiva e risolversi anche semplicemente in un nuovo percorso formativo per il dipendente in questione.

g) I casi di riconoscimento dell'attenuante fino al 15%

3.19. Si condividono i criteri indicati per il riconoscimento dell'attenuante fino al 15% (scoprire l'illecito e porvi fine tempestivamente e comunque prima della notifica del provvedimento di avvio) con esclusivo riferimento a casi di *hard-core restrictions*, in quanto si tratta di situazioni aventi come finalità esplicita quella di restringere la

concorrenza e rispetto alle quali il grado di incertezza circa la configurabilità dell'illecito appare ridotta.

3.20. Quanto alle fattispecie diverse dalle precedenti, e in particolare nelle ipotesi di abuso di posizione dominante, invece, la previsione del requisito concernente la scoperta dell'illecito e la sua tempestiva interruzione può sollevare perplessità. La previsione in questione, infatti, sembrerebbe escludere il riconoscimento dell'attenuante piena (tra il 10% e il 15%) nei casi in cui la condotta sia stata oggetto d'attenzione da parte dell'impresa ma, diversamente da quanto ritenuto dall'Autorità nell'atto di avvio, non sia stata valutata come suscettibile di integrare un illecito.

3.21. In queste ipotesi l'elemento dirimente, ai fini del riconoscimento dell'attenuante piena, non può che essere rappresentato dalla verifica circa l'adozione da parte della società della implementazione dei processi interni di gestione del rischio, previsti in esecuzione del programma antitrust, in sede di individuazione della tematica, della segnalazione della stessa alle competenti funzioni aziendali e dell'effettiva osservanza da parte dell'azienda del parere espresso da queste ultime. Ciò è ancor più evidente qualora l'analisi della tematica sia stata condotta con l'ausilio di un consulente esperto specializzato in diritto della concorrenza, così comprovando ulteriormente l'effettivo sforzo compiuto dall'impresa nell'adempimento sostanziale dei requisiti di *compliance*.

h) Impresa recidiva

3.22. La Proposta (Punti 40 e 41 e ancora al Punto 46) prende in considerazione anche la situazione dell'impresa recidiva che sia già dotata di un programma di *compliance* prima dell'avvio, da parte dell'Autorità, del procedimento istruttorio relativo alla seconda infrazione.

3.23. A questo proposito, mentre appare condivisibile la proposta dell'Autorità di riconoscere una attenuante (in misura non superiore al 5%) a condizione che l'impresa recidiva, dopo l'avvio del secondo procedimento istruttorio, presenti e adotti integrazioni e modifiche al programma di *compliance* già in essere, in modo da renderlo maggiormente efficace ai fini della prevenzione di ulteriori illeciti anticoncorrenziali (Punto 40 della Proposta), la scelta di non riconoscere alcuna attenuante, nemmeno a fronte di modifiche e integrazioni al programma di *compliance*

già in essere, per il solo fatto che l'impresa abbia già beneficiato di una riduzione della sanzione in ragione dell'esistenza di un programma di *compliance* (Punto 41 della Proposta), a prescindere dal tipo di infrazioni commesse, suscita invece alcune perplessità, anche alla luce di quanto proposto (Punto 46 della Proposta) in materia di circostanze aggravanti.

3.24. Per l'armonizzazione della Proposta rispetto alla disciplina di cui alle Linee Guida sulle modalità di calcolo della sanzione, si ritiene che l'assenza di attenuanti di cui al Punto 41 della Proposta dovrebbe essere limitata ai soli casi di recidiva "aggravata", ovverosia di commissione di infrazione simili o della stessa tipologia (ad es., distinte infrazioni orizzontali "per oggetto"). Per i casi di recidiva "semplice" (combinazione di infrazione orizzontale e infrazione verticale, o di infrazione "per oggetto" e infrazione "per effetto"), la modifica e integrazione del preesistente programma di *compliance* dovrebbe essere ricompensata con il riconoscimento dell'attenuante nella medesima misura contemplata al Punto 40 della Proposta anche nel caso in cui l'impresa, per la prima infrazione, abbia già beneficiato della riduzione della sanzione per l'adozione e implementazione del programma di *compliance* antitrust.

3.25. Parimenti, la considerazione della recidiva e del relativo precedente riconoscimento di una riduzione della sanzione in ragione dell'adozione di un programma di *compliance* quale circostanza aggravante, di cui al punto 22 delle Linee Guida sulla modalità di calcolo delle sanzioni, dovrebbe essere limitata, nel Punto 46 della Proposta, al solo caso di recidiva "aggravata".

3.26. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, potrebbe dunque essere opportuno riformulare i citati Punti 40-46 nel senso riportato nel prospetto che segue.

MODIFICHE PROPOSTE

"40. 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. La medesima attenuante potrà essere concessa anche nel caso in cui l'impresa recidiva abbia già beneficiato di una riduzione della sanzione antitrust per aver adottato un programma di compliance a condizione che quella infrazione non sia simile o della stessa tipologia, in relazione all'oggetto o agli effetti, a quella oggetto di nuova istruttoria e solo a fronte della presentazione di modifiche del programma dopo l'avvio del nuovo procedimento"

“41. Nessuna attenuante potrà essere concessa a un’impresa recidiva che abbia già commesso un’infrazione simile o della stessa tipologia, in relazione all’oggetto o agli effetti, accertata dall’Autorità nei cinque anni precedenti l’inizio dell’infrazione oggetto di nuova istruttoria e che, con riferimento a detta infrazione, 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.”

“46. Inoltre, se l’impresa ~~è recidiva~~ ha già commesso un’infrazione simile o della stessa tipologia, in relazione all’oggetto o agli effetti, accertata dall’Autorità nei cinque anni precedenti l’inizio dell’infrazione oggetto di nuova istruttoria e, con riferimento a detta infrazione, ha già beneficiato di una riduzione della sanzione antitrust ad esito della precedente istruttoria per aver adottato un programma di compliance, si terrà conto di tale elemento in sede di commisurazione dell’aggravante per recidiva”.

i) Programmi di compliance e impegni ex art. 14-ter

3.27. Al Punto 42 primo capoverso, la Proposta nega alle imprese la possibilità di invocare una presunzione di adeguatezza ed efficacia con riferimento a programmi di *compliance* oggetto di impegni resi obbligatori ai sensi dell’art. 14-ter della legge n. 287/90. A tale riguardo, si ritiene che il punto citato dovrebbe essere mitigato, prevedendo che un siffatto programma oggetto di impegni resi obbligatori ai sensi dell’art. 14-ter dovrebbe essere presuntivamente considerato, nel contesto di un successivo procedimento istruttorio, almeno come non manifestamente inadeguato ai fini delle Linee Guida. Il riconoscimento della non manifesta inadeguatezza appare opportuno considerando che in simili circostanze l’impresa è tenuta a fornire una relazione sull’attuazione degli impegni e, qualora l’Autorità avesse ritenuto tale programma di *compliance* inadeguato e inefficace, ciò avrebbe dovuto formare l’oggetto di un procedimento per inottemperanza ai sensi del comma 3 lett. b) dell’art. 14-ter.

j) La considerazione dei programmi di compliance quale circostanza aggravante

3.28. Al Punto 45, la Proposta attribuisce – in ipotesi invero eccezionali – un valore aggravante all’adozione di programmi di *compliance*. A titolo di esempio, si precisa che tale portata negativa si manifesterebbe qualora il programma sia stato utilizzato per agevolare o nascondere un’infrazione, o per indurre in errore l’Autorità.

Interrogandosi tuttavia sul suo possibile concreto significato - a ben vedere - anziché circoscrivere l'ambito di applicazione dell'aggravante, tale esempio ne conferma l'indeterminatezza dei presupposti applicativi, atteso che non risulta chiaro in che termini un programma di *compliance* possa agevolare o nascondere un'infrazione.

3.29. A tale riguardo, al fine di superare l'indeterminatezza della previsione, si ritiene dunque necessario introdurre puntualmente l'indicazione dei presupposti in presenza dei quali l'aggravante risulta applicabile.

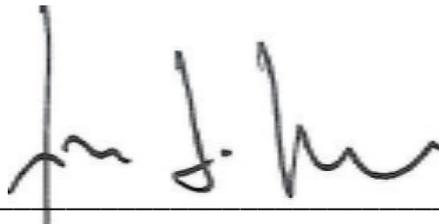
3.30. In particolare, la previsione dallo schema di Linee Guida non sembra, infatti, del tutto idonea a rispondere alle esigenze istruttorie dell'Autorità, da un lato, e alla tutela del diritto di difesa delle parti, dall'altro. L'art. 14 comma 5, della L. n. 287/1990 contempla già l'applicazione, da parte dell'Autorità, di eventuali sanzioni pecuniarie amministrative qualora le parti del procedimento istruttorio non ottemperino agli obblighi di collaborazione previsti; d'altronde, i parr. 20 e 21 delle Linee Guida in materia di sanzioni pure prevedono l'eventuale incremento dell'importo di base della sanzione in considerazione di specifiche circostanze aggravanti, quali "*condotte volte a impedire, ostacolare o comunque ritardare l'attività istruttoria dell'Autorità*". Si ritiene, quindi, che, anche qualora il programma di *compliance* preveda indicazioni volte ad indurre la società, i suoi rappresentanti e dipendenti, all'adozione di condotte potenzialmente ostruzionistiche nell'ambito del procedimento istruttorio e vi sia prova che tali indicazioni siano state concretamente seguite, si dovrebbe eventualmente provvedere a sanzionare le specifiche condotte ostruzionistiche tenute in considerazione della violazione degli obblighi di collaborazione previsti; altresì, il programma di *compliance* che preveda tali indicazioni dovrebbe essere naturalmente ritenuto inidoneo al riconoscimento dell'attenuante. Diversamente, attribuire una specifica circostanza aggravante all'adozione stessa di un programma di *compliance* che abbia previsto l'adozione di condotte ostruzionistiche equivarrebbe ad attribuire ad una medesima condotta una duplice sanzione, in ragione dell'adozione stessa del programma e della violazione degli obblighi di collaborazione.

4. CONCLUSIONI

ICC Italia confida che l’Autorità, in accoglimento dei rilievi sin qui svolti, vorrà adeguare il testo della Proposta al fine di eliminare le incongruenze ed i profili di incertezza evidenziati, così preservando l’efficacia delle Linee Guida quale strumento di diffusione della cultura della legalità in ambito antitrust.

* * *

Nel restare disponibili per fornire ogni chiarimento in merito al presente contributo, l’occasione è gradita per porgere distinti saluti.



Luca Sanfilippo
Presidente Commissione Concorrenza