

Spett.le  
**Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**  
Piazza Verdi 6/A  
00198 Roma

**Via E-Mail**  
**consultazione.compliance@agcm.it**

Milano, 23 maggio 2018

**Oggetto: Consultazione pubblica sulle Linee Guida sulla Compliance Antitrust**

Egregi Signori,

con la presente, intendiamo innanzitutto manifestare a codesta Autorità il nostro più vivo apprezzamento per la decisione assunta di dotarsi di "*Linee Guida sulla Compliance Antitrust*" ("**Linee Guida**").

Nell'esercizio della nostra professione abbiamo infatti riscontrato, nel corso degli anni, una domanda sempre più impellente da parte delle imprese affinché fossero individuati da parte di codesta Autorità delle *best practice* utili ad orientare nella concreta adozione e implementazione dei programmi di compliance antitrust, nonché criteri valutativi chiari e oggettivi ai fini del riconoscimento dell'attenuante nella quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie ex art. 15(1) della Legge n. 287/90.

Con eguale favore accogliamo, inoltre, la decisione di sottoporre lo "*Schema di Linee Guida sulla Compliance Antitrust*" ("**Schema di Linee Guida**") e la relativa "*Relazione Illustrativa dello Schema di Linee Guida Sulla Compliance Antitrust*" ("**Relazione Illustrativa**") ad una consultazione pubblica, che permetta a tutti i soggetti interessati di presentare le proprie osservazioni. Si tratta di un'occasione preziosa che intendiamo cogliere formulando, nel prosieguo della presente comunicazione, alcune riflessioni che sottoponiamo rispettosamente alla Vostra attenzione.

Lo Schema di Linee Guida presenta, infatti, un impianto generale assai apprezzabile, rispetto al quale riconosciamo il notevole sforzo profuso da codesta Autorità nel cercare di fornire alle imprese indicazioni utili, tanto di carattere strutturale, quanto di ordine pratico.

Vi sono talune, limitate, aree dello Schema di Linee Guida rispetto alle quali ci permettiamo di formulare alcune osservazioni. Esse sono per lo più volte a suggerire maggior semplicità e flessibilità nella definizione ed applicazione delle regole - in particolare per quel che riguarda il processo di valutazione del programma ai fini dell'eventuale riconoscimento dell'attenuante - nel rispetto del diritto di difesa e dei principi generali di ragionevolezza, legittimo affidamento e trasparenza. Il tutto al fine ultimo di favorire la diffusione dei programmi di compliance antitrust nonché, in ultima analisi, della cultura della concorrenza nel nostro paese.

Questa comunicazione è da considerarsi confidenziale, protetta dal segreto professionale e riservata ad uso esclusivo del solo destinatario.

Studio Legale Associato in associazione con Linklaters LLP è associato a Linklaters LLP, una società a responsabilità limitata iscritta presso il Registro delle Imprese di Inghilterra e Galles al numero OC326345. Il termine "socio" o "partner" è utilizzato per individuare un socio di Linklaters LLP o di uno studio ad essa associato ovvero un collaboratore o consulente con equivalente status. Un elenco dei soci di Linklaters LLP e dei professionisti con status equivalente (e delle loro rispettive qualifiche professionali) è a disposizione presso la sede legale di Linklaters LLP all'indirizzo One Silk Street, London EC2Y 8HQ, Inghilterra e sul sito [www.linklaters.com](http://www.linklaters.com). Un elenco dei soci di Studio Legale Associato in associazione con Linklaters LLP e dei professionisti con status equivalente è a disposizione all'indirizzo riportato nell'instestazione.

Per ulteriori informazioni sullo status giuridico della Società, Vi invitiamo a consultare la pagina web [www.linklaters.com/regulation](http://www.linklaters.com/regulation).

### A. Applicazione temporale delle Linee Guida

Ci permettiamo di rilevare come lo Schema di Linee Guida non presenti un'indicazione chiara in merito all'ambito di applicazione temporale delle medesime. Sugeriremmo, pertanto, che venisse inserito un espresso riferimento in tal senso.

Nel rispetto del principio generale del cd. *tempus regit actum*, ai fini del trattamento premiale connesso al programma di compliance antitrust le Linee Guida andrebbero applicate esclusivamente ai procedimenti istruttori avviati dopo la pubblicazione delle medesime. I procedimenti avviati antecedentemente alla pubblicazione delle Linee Guida dovrebbero, invece, rimanere soggetti al trattamento premiale secondo la prassi previgente di codesta Autorità.

Si potrebbe, inoltre, immaginare la previsione di un periodo interinale tra il momento della pubblicazione delle Linee Guida e la loro entrata in vigore, in modo da permettere alle imprese di beneficiare di una finestra temporale sufficiente per adottare programmi di compliance antitrust adeguati (o modificare quelli già esistenti), in linea con quanto stabilito dalle stesse Linee Guida.

### B. Il rispetto del diritto di difesa delle imprese

In termini generali, riteniamo che l'adozione, modifica e implementazione di un programma di compliance antitrust, nonché i vari passaggi procedurali connessi alla sua presentazione all'Autorità nel corso di un procedimento istruttorio, non debbano comportare per l'impresa alcuna forma di autoincriminazione, né ledere o limitare in alcun modo il proprio diritto di difesa nell'ambito del procedimento.

Da questo punto di vista, suggeriamo rispettosamente di inserire nelle Linee Guida una **chiara statuizione di ordine generale** che indichi come nel quadro del principio di leale cooperazione tra Autorità e imprese, siano comunque garantiti **la salvaguardia e il rispetto del diritto di difesa** nell'ambito del procedimento istruttorio.

Ci permettiamo, inoltre, di rilevare che in talune sezioni dello Schema di Linee Guida sembrano essere richiesti a carico delle imprese (e dei loro gruppi) oneri che non appaiono proporzionati e giustificati rispetto allo scopo che tali disposizioni si prefiggono e che, in taluni casi, potrebbero indebitamente comprimere il diritto di difesa delle parti.

Ci riferiamo, a titolo esemplificativo, ai seguenti aspetti:

- **Oneri procedurali a carico delle imprese (par. 19 dello Schema di Linee Guida)**

Al fine di evitare potenziali rischi di autoincriminazione o, comunque, di compressione del diritto di difesa, sarebbe opportuno non gravare le imprese dell'obbligo di presentare all'Autorità – oltre alla relazione illustrativa e all'apposita documentazione a supporto – un'apposita richiesta formale ai fini del riconoscimento dell'attenuante, in particolare prima della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie (“CRI”).

Inoltre, con riferimento alla trasmissione della relazione illustrativa e dell'ulteriore documentazione a supporto, sarebbe in ogni caso necessario che l'impresa interessata non sia comunque messa nelle condizioni – al fine di beneficiare del trattamento premiale connesso al programma di compliance antitrust – di dover condividere con l'Autorità informazioni o documenti sensibili o considerazioni circa i comportamenti oggetto di indagine che potrebbero pregiudicare il proprio diritto di difesa.

- **Illustrazione dei programmi di compliance antitrust (parr. 22, 23 e 37 dello Schema di Linee Guida)**

Suggeriamo rispettosamente di rivalutare la formulazione di talune previsioni riportate ai paragrafi 22, 23 e 37 dello Schema di Linee Guida, in quanto vi è il rischio che le stesse possano implicare il riconoscimento della sussistenza di un illecito o, comunque, comportare un'indebita limitazione all'esercizio del diritto di difesa.

Ad esempio, al par. 23 dello Schema di Linee Guida si dice che la relazione illustrativa del programma dovrà indicare tra gli altri aspetti *"quali possano essere i motivi per i quali l'impresa si sia trovata comunque coinvolta nelle attività che formano oggetto di indagine"*, nonché *"eventuali mutamenti della condotta oggetto di indagine in applicazione del programma di compliance"*, mentre al successivo par. 37, si afferma come sia onere dell'impresa dimostrare (i) l'adeguatezza del programma di compliance antitrust *"benché non abbia in concreto impedito il verificarsi di una condotta illecita e la sua cessazione/denuncia tempestiva"* o (ii) che le modifiche al proprio programma siano *"idonee a colmare le lacune che avevano impedito l'efficace funzionamento del programma di compliance originario"*.

In termini analoghi, si suggerisce di chiarire nelle Linee Guida come i riferimenti al sistema di reporting interno e/o di *whistle blowing* di cui al par. 22 non possano in alcun modo richiedere o implicare la condivisione con codesta Autorità di informazioni o riscontri documentali tali da comportare una forma di riconoscimento anche indiretto della sussistenza di un illecito da parte dell'impresa interessata o ledere il diritto di difesa.

- **La CRI come termine ultimo per la presentazione o modifica dei programmi di compliance antitrust (parr. 29 e 33 dello Schema di Linee Guida e 36 della Relazione Illustrativa)**

Nell'assunto che la CRI rappresenti il termine ultimo per la presentazione all'Autorità del programma di compliance antitrust (Schema di Linee Guida, par. 29) e qualora lo stesso programma sia stato presentato a codesta Autorità dall'impresa nel rispetto di tale termine, sarebbe opportuno prevedere che nella CRI sia adeguatamente chiarito quale sia il trattamento premiale che si intende riconoscere allo stesso, così da permettere all'impresa di esercitare il proprio diritto di replica al riguardo.

Inoltre, considerato che, in taluni casi, il provvedimento di avvio contiene riferimenti piuttosto generici alle condotte oggetto di istruttoria e che dunque potrebbe essere complesso per le imprese adottare (o modificare) programmi di compliance antitrust che siano adeguati a rispondere alle preoccupazioni di natura concorrenziale ivi manifestate, sarebbe utile prevedere proceduralmente la possibilità di apportare anche post-CRI, laddove opportuno, delle modifiche al programma precedentemente depositato, ai fini del trattamento premiale.

Alternativamente, si potrebbe immaginare un passaggio procedurale che permetta a codesta Autorità di esprimere - già prima della CRI - quanto meno delle indicazioni di ordine generale in merito all'idoneità del programma di compliance antitrust, al fine di permettere all'impresa interessata di apportarvi le opportune modifiche in tempo utile, ai fini del trattamento premiale.

**C. La graduazione dell'attenuante nel trattamento premiale (Sezioni IV, V e VI dello Schema di Linee Guida): l'opportunità di seguire un approccio più flessibile**

Con riferimento al trattamento premiale dei programmi di compliance antitrust, suggeriamo rispettosamente l'adozione di un approccio più flessibile nella graduazione dell'attenuante, in linea con l'impostazione seguita dalle altre autorità di concorrenza dell'Unione Europea (Francia e Regno Unito).

Pur comprendendo le ragioni di un approccio di maggior favore nei confronti dei programmi di compliance antitrust predisposti ex ante, ci sembra infatti che una maggior flessibilità valutativa permetterebbe all'Autorità di non precludere, ad esempio, la possibilità di garantire caso per caso anche ai programmi predisposti ex post particolarmente tempestivi ed efficaci un trattamento premiale più favorevole rispetto a quello ipotizzato nello Schema di Linee Guida.

Inoltre, tale flessibilità, oltre che in linea con le già richiamate *best practice* europee, risulterebbe ad esempio particolarmente utile in relazione a quei casi (sempre più frequenti) in cui l'ipotesi accusatoria dell'Autorità risulti innovativa, ossia laddove - in assenza di precedenti specifici - non si possa ragionevolmente richiedere l'esistenza ex ante di un programma di compliance antitrust adatto a coprire il rischio del verificarsi di tali fattispecie.

Un approccio maggiormente flessibile e meno penalizzante in termini di graduazione dell'attenuante sarebbe inoltre preferibile in relazione al trattamento dei programmi di compliance delle imprese recidive (par. 43 dello Schema di Linee Guida). Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'ipotesi di un'impresa precedentemente coinvolta (magari a distanza di un arco di tempo assai significativo) in una infrazione del tutto diversa da quella ipotizzata nel procedimento istruttorio di riferimento. In ogni caso, sarebbe necessario che le disposizioni relative alla recidiva non trovino applicazione al di là di un arco temporale limitato, non superiore a 5 anni precedenti l'inizio della infrazione oggetto di istruttoria, in linea con quanto previsto al par. 22 delle linee guida in tema di sanzioni.

In definitiva, per le ragioni fin qui delineate e in considerazione del fatto che – come rilevato dalle Autorità di concorrenza di Francia e Regno Unito - l'approccio "*one size fits all*" mal si concilia con la compliance antitrust, suggeriremmo di mantenere maggiore flessibilità, individuando i principi in base ai quali l'Autorità effettuerà le proprie valutazioni senza fare ricorso a rigide griglie di graduazione dell'attenuante così come attualmente previsto nelle Sezioni IV, V e VI dello Schema di Linee Guida.

#### **D. Rapporto tra trattamento premiale e istituto della clemenza (leniency) (par. 32 dello Schema di Linee Guida)**

Adottando una scelta isolata rispetto all'impostazione seguita dalle altre autorità di concorrenza dell'Unione Europea (Francia e Regno Unito), lo Schema di Linee Guida sembra guardare con particolare favore, in termini di trattamento premiale, a quei programmi di compliance antitrust che si traducano nella presentazione di una domanda di clemenza (per quelle fattispecie in cui tale istituto è applicabile), riconoscendo solo in tal caso la possibilità di godere di un'attenuante fino al 15% (par. 32 dello Schema di Linee Guida).

A tale proposito, osserviamo rispettosamente come il nesso con l'istituto della leniency appaia sovrastimato, e non auspicabile.

La decisione in capo a un'impresa di richiedere l'accesso a un programma di clemenza è infatti, come noto, particolarmente complessa (si pensi ad esempio a fattispecie non facilmente catalogabili in cui l'impresa decida, in applicazione del programma di compliance antitrust, di porre fine a una condotta considerata potenzialmente a rischio, ma non necessariamente meritevole di una leniency), nonché presuppone sofisticate valutazioni di carattere prognostico sugli effetti che

da essa possano scaturire (si pensi, ad esempio, alle potenziali conseguenze in termini di impatto multi-giurisdizionale e di possibili azioni *follow on* di risarcimento danni).

Rispetto, dunque, a una scelta di tale complessità, l'incentivo derivante dalla graduazione del trattamento premiale dei programmi di compliance antitrust nei termini di cui allo Schema di Linee Guida appare tutto sommato marginale.

Inoltre, qualora l'impresa decidesse di presentare una domanda di clemenza nella ragionevole aspettativa di ottenere l'immunità, come può ben succedere ove la domanda venga presentata, come richiesto dal par. 32, prima che l'Autorità abbia condotto ispezioni (e comunque prima della notifica del provvedimento di avvio), il trattamento premiale (ulteriore) derivante dal programma di compliance antitrust risulterebbe essenzialmente influente.

Infine, la correlazione tra trattamento premiale del programma di compliance antitrust e leniency potrebbe presentare profili discriminatori rispetto ad altre fattispecie che sono allo stato escluse dall'ambito di applicazione della leniency (ad es. condotte abusive o intese di natura verticale), alle quali non è peraltro chiaro in quali casi si applicherebbe il trattamento premiale massimo.

### **E. Programmi di compliance antitrust e prolungato coinvolgimento in illeciti di durata (par. 39 dello Schema di Linee Guida)**

Con riferimento al rapporto tra programmi di compliance e illeciti di durata, accogliamo con favore il riferimento di cui all'incipit del par. 39 dello Schema di Linee Guida, secondo il quale occorre procedere a una valutazione del singolo programma di compliance antitrust in base alle caratteristiche specifiche del caso. Nel solco di tale riferimento, suggeriremmo rispettosamente di eliminare il passaggio successivo della medesima previsione secondo cui in caso l'impresa sia coinvolta in illeciti di durata la presenza di un programma di compliance antitrust sarebbe sintomatica dell'incapacità di quest'ultimo di svolgere una funzione preventiva.

La stessa sembra infatti operare come una presunzione troppo rigida, che mal si adatta alle singole circostanze che in ciascun caso potrebbero emergere. Si pensi a mero titolo di esempio alla situazione in cui un'impresa abbia adottato in tempi recenti un programma di compliance antitrust e, nelle more della sua prima implementazione, l'Autorità abbia avviato un'istruttoria nei confronti della medesima impresa o, ancora, ai casi di fattispecie particolarmente innovative che dovessero essere accertate dall'Autorità nell'ambito della propria attività di *public enforcement* e che sono difficilmente inquadrabili in via preventiva nell'ambito di un programma di compliance antitrust.

### **F. Programmi di compliance antitrust e gruppi di imprese (parr. 43-44 dello Schema di Linee Guida)**

Talune previsioni dello Schema di Linee Guida in materia di compliance antitrust e "gruppi di imprese" appaiono nella loro formulazione ultronee rispetto allo scopo generale delle Linee Guida, e sollevano talune perplessità circa il loro effettivo impatto pratico.

In primo luogo, con riferimento alle fattispecie in cui è ipotizzabile una **responsabilità diretta della controllante**, suggeriremmo di non richiedere che, al fine di beneficiare del trattamento premiale previsto dallo Schema di Linee Guida, il programma di compliance antitrust sia esteso ad altre "società controllate" dalla medesima (par. 43 dello Schema di Linee Guida) diverse da quella/e direttamente coinvolta/e nel procedimento. Riteniamo infatti che un programma di compliance antitrust presentato da tutte le società del gruppo che siano parti del procedimento dovrebbe esser sufficiente a soddisfare le aspettative di codesta Autorità, anche ai fini del trattamento premiale di cui allo Schema di Linee Guida. Tale estensione avrebbe conseguenze

oltremodo gravose, in particolare nei confronti di gruppi di grandi dimensioni che svolgano attività del tutto eterogenee su diversi mercati nazionali europei e/o extraeuropei.

In secondo luogo, con riferimento alle ipotesi di **responsabilità della controllante per parental liability** (i.e. nei confronti della quale non viene, pertanto, contestata una partecipazione diretta all'illecito considerato), osserviamo come l'adozione di un programma di compliance antitrust da parte della società controllata parte del procedimento appaia sufficiente a perseguire gli obiettivi auspicati da codesta Autorità, e in particolare a ridurre il rischio della reiterazione di eventuali ulteriori condotte anticompetitive. In tal caso, la società controllante non dovrebbe, quindi, essere gravata dell'onere di adottare/modificare a sua volta il proprio programma di compliance antitrust al fine del beneficio del trattamento premiale in relazione alle condotte della propria controllata.

**G. Programmi di compliance antitrust e circostanze aggravanti (Sezione IX dello Schema di Linee Guida)**

Si suggerisce rispettosamente di rivedere le previsioni dello Schema di Linee Guida (Sezione IX) in base alle quali i programmi di compliance antitrust possano rappresentare – seppur in ipotesi eccezionali – delle circostanze aggravanti ai fini della determinazione della sanzione.

Tale ipotesi eccezionali - che sono comunque rimesse, in ultima analisi, alla valutazione discrezionale dell'Autorità - appaiono già disciplinate da altre previsioni, tra cui, in particolare, quelle generali di cui alle linee guida in tema di sanzioni. Siffatta previsione specifica all'interno delle Linee Guida, oltre a essere ridondante, potrebbe determinare un effetto deflattivo sulla scelta delle imprese di dotarsi di questo strumento.

Si segnala, peraltro, a tale proposito come nel documento della Commissione Europea sui programmi di compliance antitrust "*Rispettiamo le regole*" si indichi chiaramente (pag. 19) che l'esistenza di un programma di compliance antitrust non sarà considerata come una circostanza aggravante.

\*\*\*

Nel ringraziare per l'opportunità fornita di presentare osservazioni, inviamo distinti saluti.

Studio Legale Associato in associazione con Linklaters LLP

  
-----  
Avv. Lucio D'Amario

  
-----  
Avv. Matteo Farneti

  
-----  
Avv. Alice Galbusera

  
-----  
Avv. Giorgio Gian Battista Valoti