

Oggetto: Osservazioni motivate dell'Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza nell'ambito della consultazione pubblica sullo schema di "Linee Guida sulla compliance *antitrust*" approvate in via preliminare dall'AGCM con delibera del 5 aprile 2018

1. Introduzione

L'Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza ("**Osservatorio Antitrust**") ringrazia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**Autorità**" o "**AGCM**") per aver dato la possibilità di contribuire alla consultazione pubblica in oggetto ed esprime viva soddisfazione per l'iniziativa volta a ribadire con forza nel tessuto imprenditoriale italiano il messaggio per cui la *compliance* costituisce uno strumento indispensabile per la prevenzione degli illeciti *antitrust*.

Si ritiene che lo Schema di linee guida sottoposto a consultazione ("**Schema**") risponda efficacemente alla necessità avvertita dalla *antitrust* e *business community* italiana di ricevere chiare indicazioni di tipo istituzionale in materia di *compliance antitrust* da parte dell'Autorità di concorrenza così come avviene, già da tempo, nei principali ordinamenti giuridici a livello UE ed *extra-UE*.

A livello nazionale, infatti, l'esigenza di aprire una riflessione in maniera sistematica sulla *compliance antitrust* era stata già avvertita da Confindustria, ente esponenziale degli industriali italiani, che nell'aprile del 2016 ha diffuso le Linee Guida in materia di *compliance antitrust*.

A livello europeo e internazionale, sempre nel medesimo periodo, si sono registrati ulteriori interventi sistematici in materia di *compliance* a livello istituzionale come ad es. in Spagna¹, Singapore², Brasile³.

Ciò premesso, l'Osservatorio Antitrust condivide pienamente l'approccio metodologico dell'Autorità di individuare nelle *best practices* internazionali il *benchmark* di riferimento su cui è stato calibrato lo schema delle Linee Guida.

Ed infatti, nello spirito di valorizzare la notevole esperienza acquisita dalle autorità *antitrust* nazionali ed internazionali in materia di *compliance*, già a partire dal 2015 l'Osservatorio Antitrust ha avviato un'analisi sistematica degli sviluppi della legislazione e della prassi *antitrust*, identificando i *trend* più diffusi a livello internazionale. All'esito di tale ricerca è stato realizzato dall'Osservatorio Antitrust un

¹ Procura Generale, Circolare n. 1/16, "Sulla responsabilità penale delle persone giuridiche conformemente alla riforma del codice penale effettuata dalla legge 1/2005".

² Singapore Competition Commission, "Better Business with Competition Compliance Programme", settembre 2016.

³ Conselho Administrativo de Defesa Económica, "Guidelines on Competition Compliance Programs", gennaio 2016.

paradigma sintetico delle *best practice* internazionali in materia di *compliance antitrust* c.d. BIPAC: *Best International Practices on Antitrust Compliance* (“**BIPAC**”). Sulla base di tale paradigma è stato costruito il BIPAC INDEX, ovvero l'indice aggiornato annualmente delle *best practices* a livello internazionale in materia di *compliance*.

Le osservazioni che in questa sede si svolgono sono ispirate ai principi di *compliance antitrust* emersi utilizzando il BIPAC INDEX, illustrato sinteticamente di seguito.

2. Il BIPAC (cenni)

Come anticipato, il BIPAC INDEX è un metodo elaborato dall'Osservatorio Antitrust al fine di valutare l'adeguatezza di un programma di *compliance antitrust aziendale* sulla base di un parametro obiettivo costituito dalle “*best practice*” internazionali.

Infatti, come noto, l'espressione *best practice* internazionali è comunemente utilizzata nella letteratura del diritto e dell'economia della concorrenza, e si rinviene anche nei documenti di *soft-law* adottati da autorità *antitrust* nazionali (“**NCA**s”) e da istituzioni non governative. Non vi è tuttavia una definizione univoca in grado di identificare con precisione quali esse siano. Al fine di rispondere a questa esigenza l'Osservatorio Antitrust ha svolto un esame comparativo di 104 esperienze nazionali a livello mondiale (“**Relevant national practices**” or “**RNPs**”), mediante l'identificazione delle relative caratteristiche comuni, aggregate in otto macro-categorie:

- 1) impegno del *top management*;
- 2) politica aziendale di *compliance*;
- 3) organizzazione, responsabilità e autorità;
- 4) pianificazione;
- 5) supporto;
- 6) implementazione;
- 7) valutazione delle *performance*;
- 8) miglioramento e aggiornamento.

Nell'ambito delle menzionate macro-categorie, l'Osservatorio Antitrust ha individuato delle sotto-categorie, le quali sono classificate come BIPAC soltanto nei casi in cui risultino comuni ad almeno quattro RNPs.

Sulla base di tale parametro oggettivo, aggiornato annualmente, e quindi in grado di tener conto dello sviluppo delle esperienze delle autorità *antitrust* a livello internazionale, si svolgono di seguito alcune sintetiche osservazioni sulle Linee Guida alla luce delle *best practice* internazionali.

3. Osservazioni allo Schema

a. La *compliance antitrust* come parte integrante della cultura e della politica aziendale

L'Osservatorio Antitrust condivide quanto affermato nello Schema secondo cui un efficace programma di *compliance* richiede il “*chiaro riconoscimento del valore della concorrenza*” e l’impegno “*continuo e duraturo al suo rispetto*” da parte dell’impresa (Par. 7). Tuttavia, nel declinare in concreto tale principio, lo Schema sembra richiedere un onere (economico ed organizzativo) che potrebbe risultare particolarmente penalizzante per le Piccole e Medie Imprese. Al riguardo, infatti, lo Schema precisa che “*l’impresa deve dimostrare altresì di destinare risorse sufficienti all’attuazione del programma, nonché di dotare di autonomia e indipendenza il “responsabile del programma”*”. Qualora calate nel contesto di una Piccola e Media Impresa (o anche in caso di piccoli-medi Consorzi o Associazioni di Categoria) la richiesta di dotare la struttura di un *Antitrust Compliance Officer* autonomo ed indipendente dal *management* potrebbe risultare non proporzionato o non compatibile con le reali dimensioni dell’impresa. Si auspica, pertanto, che tale previsione possa essere modificata o quantomeno interpretata in sede applicativa con la necessaria flessibilità in modo da riflettere adeguatamente le “*caratteristiche dell’impresa*” come opportunamente precisato nel Par. 5 dello Schema.

b. Identificazione del rischio specifico dell’impresa, pianificazione delle attività di *training*

Si condivide pienamente l’impostazione dell’Autorità secondo cui il programma di *compliance* dovrebbe essere adeguato alla natura, alla dimensione e alla posizione di mercato dell’impresa, anche tenuto conto del contesto di mercato in cui quest’ultima opera. In particolare, dal BIPAC *INDEX* emerge che tali aspetti devono essere ponderati nell’ambito del *risk assessment* in un’ottica di gestione dello specifico rischio *antitrust* dell’impresa, essendo necessario valutare, oltre agli aspetti “interni”, quali procedure interne, controlli e processi, quelli “esterni”, ed in particolare il contesto regolamentare, la struttura del mercato e il ciclo economico del settore di riferimento.

Sulla base dell'analisi BIPAC INDEX si condivide anche la prospettiva che l'identificazione delle priorità di intervento consenta all'impresa di implementare programmi di *compliance* calibrati sul rischio *antitrust* concreto che l'impresa fronteggia e in relazione alle fasce di dipendenti maggiormente esposta a tale rischio, anche in un'ottica di ottimizzazione dei costi d'impresa.

In particolare, il BIPAC INDEX ha portato alla luce l'importanza, di un taglio *practice-oriented* dei programmi di *compliance* che assicuri massima comprensibilità da parte dei dipendenti mediante strumenti facilmente accessibili in ogni momento, quali tabelle *Dos and Dont's* e *red flags*, ad esempio disponibili sulla piattaforma *intranet* aziendale scritte con un linguaggio semplice e non eccessivamente tecnico.

Con riferimento alle attività di formazione, il BIPAC INDEX manifesta una chiara preferenza per attività di *training* frontale rispetto a quelle meramente *online*. Si ritiene, del resto, che l'esperienza di *training* frontale meglio permetta ai dipendenti di familiarizzarsi con le figure aziendali responsabili del programma, stimolando all'interno dell'azienda un dialogo aperto che ponga le basi per il *reporting* interno di eventuali violazioni *antitrust*. Tuttavia l'utilizzo di piattaforme *online* e di *e-learning*, che si vanno sempre più diffondendo in quanto rendono più agevole e uniforme la formazione di un gran numero di dipendenti, dovrebbe essere uno strumento complementare e non sostitutivo della formazione frontale. Si auspica che il testo definitivo delle Linee Guida valorizzi adeguatamente l'importanza di meccanismi volti a favorire un contatto diretto tra l'organico dell'impresa e i responsabili del programma di *compliance* per far sì che il valore della *compliance antitrust* sia recepito come un dovere individuale di tutti i dipendenti nella esecuzione quotidiana delle mansioni lavorative.

Si auspica inoltre che, in fase di finalizzazione, nell'enfatizzare ulteriormente il requisito dell'indipendenza della figura del responsabile del programma di *compliance*, che emerge peraltro anche dal BIPAC INDEX, si tenga comunque conto della peculiare situazione delle Piccole e Medie Imprese sopra menzionata.

c. Onere probatorio dell'impresa coinvolta in ordine all'adeguatezza ed all'effettiva applicazione del programma di *compliance*

Si osserva che nello Schema, tra le misure applicative che dovrebbero essere portate all'attenzione dell'Autorità ai fini del riconoscimento di un trattamento premiale rispetto all'irrogazione

della sanzione, si fa riferimento anche alle misure disciplinari per i dipendenti che abbiano agito in violazione della normativa *antitrust*.

Pur avendo le Linee Guida valore non vincolante, si ritiene che tale indicazione possa determinare un irrigidimento dell'onere probatorio in ordine all'adeguatezza e all'effettiva applicazione del programma di *compliance* che ricade sull'impresa.

Infatti, benché si apprezzi lo sforzo compiuto dall'Autorità nel conferire certezza giuridica all'applicazione della circostanza attenuante relativa all'adozione e al rispetto di un programma di *compliance*, l'Osservatorio Antitrust ritiene che l'approccio flessibile che è stato finora adottato dall'Autorità come criterio di riconoscimento di detta circostanza attenuante meglio risponde alla necessità di svolgere un'analisi in concreto dei programmi di *compliance* rispetto alle circostanze fattuali, giuridiche ed economiche riscontrate nel caso di specie.

In particolare, si ritiene che dovrebbe essere chiaramente evidenziata la possibilità per l'impresa di precisare le ragioni per le quali non si è ritenuto opportuno irrogare sanzioni disciplinari nei confronti dei dipendenti. E ciò con particolare riferimento alle Piccole e Medie Imprese.

d. Requisiti del programma di *compliance* per il riconoscimento del beneficio premiale

Con riferimento alla procedura indicata nello Schema per la valutazione delle modifiche sostanziali al programma di *compliance* già esistente ed adottate dopo l'avvio del procedimento istruttorio, si osserva che la limitazione del beneficio del trattamento premiale alle modifiche adottate "prima della CRI" possa creare un *vulnus* ai diritti di difesa delle parti coinvolte.

Come ben noto, infatti, nella CRI vengono cristallizzate le risultanze istruttorie ed è dopo aver ricevuto tale documento che la parte ha la possibilità di comprendere pienamente non solo le contestazioni dell'AGCM nell'ambito del procedimento istruttorio ma anche le ragioni per cui potrebbe essere necessario modificare il programma di *compliance* già esistente.

Lo Schema sembra invece richiedere alla parte, al fine di poter accedere al beneficio dell'attenuante, non solo di modificare il programma esistente in una fase preliminare dell'istruttoria (e comunque "*prima della CRI*") ma anche di "*spiegare in dettaglio [...] ii) quali possano essere stati i motivi per i quali l'impresa si sia trovata comunque coinvolta nelle attività che formano oggetto dell'indagine dell'Autorità*" (Par. 23).

Tale richiesta, di cui si comprende l'utilità anche ai fini del mantenimento della celerità del procedimento amministrativo, potrebbe tuttavia indurre la parte ad adottare delle modifiche al

programma di *compliance* esistente che potrebbero rivelarsi non proporzionate, non strettamente necessarie o non sufficienti alla luce delle contestazioni che saranno successivamente cristallizzate dall'Autorità e rese note alla parte solo nella CRI.

Analogamente, la richiesta di spiegare (“*prima della CRI*”) i “motivi” per cui “*l’impresa si sia trovata comunque coinvolta nelle attività che formano oggetto dell’indagine dell’Autorità*” (Par. 23), oltre a dare la non corretta impressione che l’avvio dell’istruttoria da parte dell’AGCM di per sé determini l’inadeguatezza del programma di *compliance*, potrebbe indurre la parte ad anticipare le proprie difese in una fase preliminare dell’istruttoria in cui non sono state ancora cristallizzate le contestazioni nella CRI.

Sul punto si auspica pertanto che, per quanto riguarda i programmi di *compliance* già adottati dall’impresa prima dell’avvio dell’istruttoria, l’AGCM possa valutare le modifiche adottate dalla parte ai fini del beneficio della circostanza attenuante anche in un momento successivo alla adozione della CRI pur nel rispetto della celerità del procedimento amministrativo (ad es. fissando un adeguato termine *ad hoc* nella medesima CRI).

e. Il rapporto tra il programma di clemenza e il programma di *compliance antitrust*

Quanto al trattamento premiale dei programmi di *compliance*, si richiama l’attenzione sul Par. 30 dello Schema di Linee Guida, laddove si precisa che “*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)*”.

In primo luogo, pur non essendo revocabile in dubbio la primaria importanza che assumono per l’Autorità i programmi di clemenza nell’individuazione di cartelli segreti, appare chiaro come la scelta da parte dell’azienda di partecipare ad un programma di clemenza sia potenzialmente impattante sotto diversi profili, non ultimo, a seguito della implementazione della Direttiva 2014/104/UE il rischio di esposizione ad azioni risarcitorie per l’impresa oltre che il rischio penale nel caso di *bid rigging* o di illeciti che integrino al contempo reati contro l’economia pubblica. Pertanto si ritiene che, in un’ottica aziendale, la scelta di attivare un programma di clemenza debba essere il risultato di una

ponderazione del rischio di impresa e non possa essere ricondotta, nemmeno indirettamente, ad una valutazione dell'efficacia del programma di *compliance*.

In secondo luogo, l'opzione prospettata di legare la concessione della circostanza attenuante all'adesione di un programma di clemenza potrebbe avere un effetto distorsivo nella misura in cui quest'ultima sia valutata secondo condizioni più rigide nel caso di imprese operanti in mercati in cui vi è un rischio *antitrust* maggiormente legato a condotte collusive per cui è disponibile la clemenza, rispetto ad altre potenziali violazioni *antitrust* parimenti nocive rispetto a cui il ricorso a tale istituto non è disponibile.

f. Coerenza sistematica tra lo Schema e Il Regolamento attuativo dell'AGCM in materia di *rating* di legalità

Infine si auspica che a seguito della finalizzazione dello Schema, l'Autorità valuti anche l'opportunità di integrare il Regolamento attuativo in materia di *rating* di legalità in un'ottica di coerenza sistematica, valorizzando, oltre all'adozione di modelli organizzativi di prevenzione e di contrasto della corruzione (art. 3, lett. g), anche l'adozione di un adeguato ed efficace programma di *compliance antitrust* per il riconoscimento del *rating* di legalità.

Si ringrazia per l'attenzione e si resta a disposizione per eventuali chiarimenti.

Il Comitato Scientifico