

Milano, 30 maggio 2018

On. Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato
Piazza G. Verdi, 6/a
00198 – Roma

- via email:
consultazione.compliance@agcm.it -

Oggetto: Osservazioni allo Schema di linee guida sulla compliance antitrust

Egregi Signori,

ringraziamo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM") per l'opportunità concessaci di presentare osservazioni allo Schema di linee guida sulla *compliance* antitrust (lo "Schema di Linee Guida").

Valutiamo con estremo favore l'iniziativa dell'AGCM di individuare *best practice* volte a orientare le imprese nella predisposizione e attuazione dei programmi di *compliance*. Ci pare altresì condivisibile e significativo che, tra le numerose funzioni della *compliance* antitrust, lo Schema di Linee Guida indichi, con particolare enfasi, quella di accrescere la cultura della concorrenza all'interno delle aziende.

Evidenziamo, tuttavia, come lo stimolo economico all'introduzione di programmi di *compliance* antitrust, vale a dire la riduzione fino al 15% dell'importo di base della sanzione a titolo di circostanza attenuante, previsto dal § 23 delle *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative* (le "**Linee Guida Sanzioni**"), possa rivelarsi inadeguato, per talune tipologie di imprese, a incentivare il comportamento auspicato (*i.e.*, investimenti in attività di *compliance*).

Come noto, infatti, quando l'importo di base della sanzione antitrust è inferiore al massimo edittale fissato dall'art. 15 della legge n. 287/90, l'introduzione di un programma di *compliance* antitrust può effettivamente consentire all'impresa di beneficiare di una

riduzione della sanzione¹. Per contro, nei casi in cui l'importo di base della sanzione eccede il massimo edittale, la riduzione a titolo di circostanza attenuante legata all'introduzione di un programma di *compliance* antitrust non ha alcuna ricaduta concreta sulla sanzione finale, essendo l'attenuante assorbita dalla successiva riduzione dell'importo dell'ammenda entro il predetto massimo edittale².

Peraltro, il verificarsi dell'uno o dell'altro scenario dipende in larga misura da una variabile - la composizione del fatturato dell'impresa sanzionata - priva di correlazione con la riprovevolezza della condotta illecita. Infatti, nel caso in cui l'impresa interessata realizzi il proprio fatturato in un numero limitato di comparti merceologici (ovvero - come le imprese mono-prodotto - in un unico mercato del prodotto), il valore delle vendite considerato ai fini del calcolo dell'importo di gravità e dell'eventuale *entry fee* tende a coincidere con il fatturato totale dell'impresa. Sicché, anche applicando un coefficiente percentuale di gravità e un moltiplicatore di durata di modesta entità, l'importo di base della sanzione è spesso di molto superiore al massimo edittale. Viceversa, per le imprese multi-prodotto, l'importo base della sanzione è generalmente inferiore al fatturato totale, anche ove siano applicati un coefficiente percentuale di gravità e un moltiplicatore di durata di elevata entità.

Ne scaturisce un quadro in cui le imprese di piccole-medie dimensioni (il cui fatturato è spesso concentrato su un unico comparto merceologico o comunque su un numero limitato di mercati) potrebbero essere meno incentivate, rispetto alle imprese di grandi dimensioni (generalmente multi-prodotto), ad adottare - prima o dopo l'avvio di un procedimento istruttorio da parte dell'AGCM - idonei presidi di *compliance* antitrust³.

A nostro avviso, invece, il perseguimento dell'obiettivo primario enunciato dallo Schema di Linee Guida (*i.e.*, favorire la massima diffusione della cultura della

¹ Cfr. provv. AGCM n. 25801 del 22 dicembre 2015, Caso I780 - *Mercato del calcestruzzo in Veneto*, provv. AGCM n. 26185 del 29 settembre 2016, Caso A480 - *Incremento prezzo farmaci Aspen*, provv. AGCM n. 26815 del 18 ottobre 2017, Caso I796 - *Servizi di supporto e assistenza tecnica alla PA nei programmi cofinanziati dall'UE* e provv. AGCM n. 26822 del 31 ottobre 2017, Caso A484 - *Unilever/Distribuzione gelati*, in cui l'adozione di un programma di *compliance* ha comportato un'effettiva riduzione, a titolo di circostanza attenuante, delle ammende inflitte alle imprese coinvolte.

² Cfr. provv. AGCM n. 25882 del 24 febbraio 2016, Caso I777 - *Tassi sui mutui nelle province di Bolzano e Trento*; provv. AGCM n. 26229 del 26 ottobre 2016, Caso I789 - *Agenzie di modelle*; provv. AGCM n. 26316 del 21 dicembre 2016, Caso I792 - *Gare ossigenoterapia e ventiloterapia*; e provv. AGCM n. 26705 del 25 luglio 2017, Caso I793 - *Aumento prezzi cemento*. In tali istruttorie, alcune delle imprese coinvolte, pur avendo adottato un adeguato programma di *compliance antitrust*, non hanno beneficiato di un'effettiva riduzione della sanzione.

³ Ciò che qui è in discussione è l'idoneità di un certo incentivo a favorire l'adozione di una data condotta da parte dell'intera platea degli operatori a cui esso è rivolto. Trattasi, ad avviso di chi scrive, di questione autonoma e ben distinta da quella analizzata dalla giurisprudenza amministrativa in relazione alla commisurazione della sanzione alla oggettiva gravità della condotta nel caso di imprese mono-prodotto. Come noto, secondo alcune recenti pronunce (cfr., *e.g.*, TAR Lazio, Sez. I, sentenze nn. 8930/2016, 9047/2017 e 4468/2018), il limite massimo edittale del 10% del fatturato costituisce una garanzia che opererebbe in maniera più incisiva (e, quindi, più favorevole) nei confronti di tale tipologia di imprese, potendosi quindi escludere qualsiasi violazione del principio di proporzionalità.

concorrenza) richiederebbe il pieno coinvolgimento delle piccole e medie imprese, in quanto parte preponderante del tessuto imprenditoriale nazionale⁴.

Sarà l'Autorità a valutare se, a tal fine, possa giustificarsi una correzione del meccanismo di calcolo previsto dalle Linee Guida Sanzioni (e.g., prevedendo che lo sconto di sanzione relativo all'adozione di un programma di *compliance* sia applicato sull'importo della sanzione finale, al pari della riduzione per la partecipazione al programma di clemenza). In questa sede, ci si limita rispettosamente a suggerire che, nelle sezioni IV e V dello Schema di Linee Guida, sia inserito un riferimento alla possibilità che l'adozione di un programma di *compliance* antitrust possa essere valutata non solo a titolo di circostanza attenuante ex § 23 delle Linee Guida Sanzioni, bensì anche in applicazione del successivo § 34⁵.

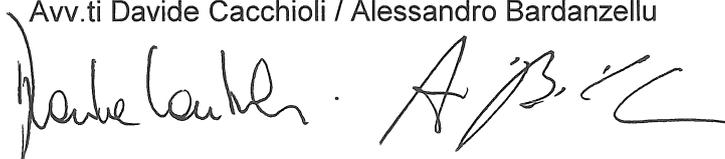
Tramite un espresso richiamo a tale disposizione, l'AGCM renderebbe esplicita la possibilità di premiare l'adozione di un programma di *compliance* anche al di fuori del meccanismo di calcolo delle ammende stabilito dalle Linee Guida Sanzioni, così fornendo ai piccoli operatori un incentivo, quantomeno *potenziale*, a dotarsi di programmi di *compliance* antitrust. Il tutto senza introdurre alcun automatismo e, comunque, nel contesto di una più puntuale e rigorosa definizione dei criteri di valutazione dei programmi di *compliance* ai fini del riconoscimento di una riduzione della sanzione.

* * *

Auspichiamo che le nostre osservazioni possano essere ritenute di utilità dall'AGCM nella predisposizione della versione definitiva delle linee guida sulla *compliance* antitrust e rimaniamo a completa disposizione per qualsiasi chiarimento.

Distinti saluti.

Avv.ti Davide Cacchioli / Alessandro Bardanzellu



⁴ Peraltro, si evidenzia come, in concreto, le piccole e medie imprese, essendo spesso prive della funzione legale interna, potrebbero beneficiare enormemente dell'adozione di un programma di *compliance* antitrust e superare, a fronte di idonei incentivi, la tradizionale riluttanza ad effettuare investimenti in materia di *compliance*.

⁵ In passato, nell'ambito di un procedimento in cui le ammende irrogate alle imprese eccedevano il 10% del rispettivo fatturato ed erano state quindi ridotte alla misura massima di legge, l'AGCM è già ricorsa al potere discrezionale riconosciutole dal § 34 delle Linee Guida Sanzioni, al fine di tenere conto della specifica posizione di ciascuna impresa, con particolare riguardo alle circostanze aggravanti e attenuanti (tra cui anche l'introduzione di programmi di *compliance* antitrust). In forza del predetto potere discrezionale, l'AGCM ha quindi riconosciuto un'ulteriore riduzione della sanzione alle imprese che si erano dotate dello strumento della *compliance* (cfr. provv. AGCM n. 26064 dell'8 giugno 2016, Caso 1783 - *Accordo tra operatori del settore vending*).