

Giugno 2018

## Il nuovo schema di Linee Guida in materia di compliance antitrust

Avv. Ermelinda Spinelli, Principal associate, Antitrust, competition & trade, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP\*

### 1. I precedenti orientamenti in materia di programmi di *compliance* antitrust

Il 23 aprile 2018 l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM o *Autorità*) ha aperto una consultazione pubblica su una bozza di linee guida in materia di *compliance* antitrust<sup>1</sup> (lo *schema di Linee Guida*), con le quali intende fornire alle imprese orientamenti circa l’adozione di programmi di *compliance*. Ciò al fine del riconoscimento di una circostanza attenuante in sede di calcolo della sanzione in caso di violazioni della normativa posta a tutela della concorrenza.

Il tema relativo alla presenza di un programma di *compliance* antitrust quale circostanza attenuante per il calcolo era già stato affrontato dall’Autorità. Già con le Linee Guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni del 2014<sup>2</sup> (le *Linee Guida del 2014*), l’AGCM aveva infatti previsto, tra le possibili circostanze attenuanti di cui all’art. 23, la presenza di un programma di *compliance* “*adeguato e in linea con le best practice europee e nazionali*”. Le poche righe dedicate al tema, tuttavia, non forniva ulteriori indicazioni circa il contenuto e le modalità di valutazione di tali programmi, al di fuori della considerazione secondo cui la loro mera esistenza non sarebbe stata considerata un’attenuante in sé, ma richiedeva inoltre la dimostrazione di un “*effettivo e concreto impegno*” al rispetto e all’implementazione dei loro contenuti. Cionondimeno, nel prevedere la possibilità per le imprese di beneficiare di una riduzione della sanzione con l’adozione di un programma di *compliance*, l’AGCM si poneva all’avanguardia nel panorama europeo, poiché il tema era stato fino ad allora favorevolmente considerato solo da una ristretta minoranza di autorità antitrust all’interno

---

\* Con il supporto di: Dott. Leonardo Stiz, Antitrust, competition & trade, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.

<sup>1</sup> Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Schema di Linee Guida sulla Compliance Antitrust*, 20 aprile 2018.

<sup>2</sup> Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, 22 ottobre 2014.

dell'Unione Europea, in particolare quella britannica<sup>3</sup> e quella francese<sup>4</sup>. A livello europeo, invece, gli Orientamenti per il calcolo delle ammende adottati dalla Commissione europea<sup>5</sup> non prevedevano (e tuttora non prevedono) l'applicazione di un'attenuante nel caso in cui un'impresa adotti o abbia adottato programma di *compliance*, circostanza che dunque la Commissione ancora non riconosce.

## 2. L'applicazione dell'attenuante nella casistica dell'AGCM

L'articolo 23 delle Linee Guida del 2014 è stato applicato dall'AGCM a diversi casi riguardanti intese restrittive della concorrenza, nei quali è stata riconosciuta un'attenuante alle imprese che nel corso del procedimento avevano adottato o aggiornato programmi di *compliance*. In linea con il dettato dell'articolo 23, che specifica come non basti la mera esistenza di un programma, l'AGCM ha ridotto la sanzione solo nei casi in cui le società hanno dato evidenza della sua effettiva implementazione, ponendo in essere attività concrete ed efficaci. Tali attività, che implicano il pieno coinvolgimento e supporto del *management*, includono l'organizzazione di seminari di formazione, l'identificazione di un responsabile del programma, l'adozione di manuali e codici di condotta, incentivi e disincentivi per l'effettivo rispetto del programma, nonché adeguati sistemi di monitoraggio e di audit.<sup>6</sup>

Con riguardo alle tempistiche, l'AGCM ha ritenuto di poter considerare ai fini del riconoscimento dell'attenuante solo i programmi di *compliance* adottati prima dell'invio della Comunicazione delle risultanze istruttorie (*CRI*) da parte dell'Autorità medesima (sebbene dopo la comunicazione del provvedimento di avvio del procedimento).<sup>7</sup>

Coerentemente con tale approccio, l'AGCM in alcuni casi non ha ridotto la sanzione a società che, pur avendo adottato un programma di *compliance* durante il procedimento, lo avevano fatto successivamente all'invio della *CRI*<sup>8</sup>, oppure non avevano dimostrato una sua piena ed effettiva implementazione. Ciò, secondo l'impostazione fatta propria dall'Autorità, perché i programmi si estrinsecavano nell'enunciazione di principi e comportamenti generici, ovvero erano lacunosi, ovvero ancora non erano state fornite, in generale, evidenze della concreta attività di implementazione. Non è stato inoltre ritenuta

<sup>3</sup> OFT, *How your Business can Achieve Compliance with Competition Law*, OFT1341, 2011.

<sup>4</sup> Autorità de la Concurrence, *Framework Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes*, 10 febbraio 2012.

<sup>5</sup> Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, 2006/C 210/02.

<sup>6</sup> *Ex multis*, si vedano i casi I796 – *Servizi di supporto e assistenza tecnica alla PA nei programmi cofinanziati dall'UE*, 2017; I793 – *Aumento prezzi del cemento*, 2017; I783 – *Accordo tra operatori del settore vending*, 2016.

<sup>7</sup> I783 – *Accordo tra operatori del settore vending*, 2016, par. 445.

<sup>8</sup> Si vedano ad esempio i casi I793 – *Aumento prezzi del cemento* e I783 – *Accordo tra operatori del settore vending*.

meritevole dell'attenuante un programma adottato prima del procedimento, ma non idoneo a evitare l'infrazione e non stato aggiornato prima dell'invio della CRI.<sup>9</sup>

In termini quantitativi, l'AGCM fino ad ora ha concesso attenuanti in una misura variabile dal 5 al 10% sull'importo base della sanzione. Tuttavia, dalle motivazioni fornite non sembra sia stato applicato uno specifico criterio per definire la percentuale da applicare di caso in caso (che sembra invece essere uno degli obiettivi dello schema di Linee Guida).

### 3. Il nuovo schema di Linee Guida in materia di *compliance* antitrust

Nello schema di Linee Guida inoltre l'AGCM descrive in dettaglio maggiore rispetto alle Linee Guida del 2014 le caratteristiche che un programma di *compliance* deve avere per essere ritenuto adeguato.

In generale, viene richiesto che il rispetto delle regole sulla concorrenza sia espressamente riconosciuto come un valore fondamentale dell'attività d'impresa, anche sulla base del codice etico e dei codici di condotta. Sul versante operativo inoltre, è essenziale che il programma sia sostenuto da tutti i vertici aziendali e che le imprese prevedano risorse adeguate per la sua attuazione e il suo monitoraggio, designando inoltre un responsabile del programma autonomo e indipendente con il compito di supervisionare il funzionamento delle procedure di prevenzione. La costruzione del programma di *compliance* deve inoltre essere preceduta dall'individuazione e dalla mappatura degli specifici rischi antitrust che l'impresa corre.

Sulla base di ciò, i requisiti contenutistici di un programma adeguato secondo l'Autorità debbono includere diversi elementi. *In primis* sono necessarie attività di *training*, di formazione e di continuo aggiornamento per il personale, sia con l'organizzazione di corsi e seminari specifici, sia con l'adozione di manuali e guide sul tema. Inoltre, è richiesta la predisposizione di modelli e procedure che permettano la gestione dei rischi, quali ad esempio sistemi di segnalazione interna per individuare potenziali problematiche, ottenere chiarimenti e denunciare, possibilmente con garanzia di anonimato, eventuali violazioni. Ciò deve essere accompagnato da una periodica attività di *due diligence*, di controllo interno e di *audit*, al fine di poter identificare e risolvere prontamente eventuali condotte illecite. Infine, un programma di *compliance* adeguato non può prescindere dalla predisposizione di un sistema di incentivi e di sanzioni nei confronti del personale dell'impresa e, in particolare, del responsabile del programma, al fine di motivare e rafforzare il rispetto delle misure previste dal programma di *compliance* e renderle effettivamente implementabili.

Dal punto di vista dei benefici che le imprese possono ricevere in termini di riduzione della sanzione, lo schema di Linee Guida prevede alcune distinzioni.

---

<sup>9</sup> Si veda il caso I792 – *Gare Ossigenoterapia e Ventiloterapia*, par. 582 e 583.

L'ipotesi più meritevole è, secondo l'Autorità, quella dell'adozione di un programma adeguato già prima che l'AGCM avvii un provvedimento istruttorio, che permetta dunque di scoprire e interrompere l'illecito prima della notifica del provvedimento di avvio. In questo caso, l'impresa si candida ad ottenere il trattamento premiale più consistente previsto dalle Linee Guida, ossia la riduzione massima del 15% della sanzione. Al contrario, per i programmi adottati *ex novo* dopo l'avvio del procedimento ma, anche qui, prima della CRI, l'entità dell'attenuante non potrà superare il 5%. Nel caso in cui invece il programma sia stato adottato prima dell'avvio del procedimento, l'impresa può aggiornarlo e modificarlo successivamente, entro l'invio della CRI. In tal caso, se le modifiche sono efficaci, l'impresa potrà beneficiare di una riduzione fino al 5% se il programma risultava manifestamente inadeguato. Nel caso invece di un programma non manifestamente inadeguato, l'impresa potrà, nella medesima situazione, beneficiare di un'attenuante fino al 10%. L'onere della prova, in questi casi, ricade sull'impresa, che ha il dovere di dimostrare l'adeguatezza e l'efficacia – o, nell'ultimo caso, la non manifesta inadeguatezza – di un programma di *compliance* o delle sue integrazioni successive. In generale, l'AGCM richiede infatti all'impresa che intenda beneficiare dell'attenuante di presentare agli Uffici dell'Autorità una richiesta apposita, accompagnata da una relazione che illustri e descriva le iniziative concrete adottate per l'efficace costruzione e implementazione del programma.

E' molto importante osservare che nelle circostanze in cui è applicabile l'istituto di clemenza (*leniency*), l'AGCM scrive che l'attenuante massima fino al 15%, nel caso di un programma adottato prima dell'avvio del procedimento, può essere concessa solo qualora, a seguito della scoperta dell'illecito, l'impresa presenti la domanda di clemenza prima che l'Autorità abbia condotto le ispezioni, o comunque prima che avvii il procedimento stesso. In altre parole – secondo l'impostazione proposta dall'Autorità – l'impresa che grazie al programma di *compliance* scopra una violazione cui è applicabile l'istituto di clemenza, dovrebbe procedere ad “autodenunciarsi” al fine di ottenere il trattamento premiale del 15%.

#### 4. Una prima valutazione critica

Il quadro che emerge dallo schema di Linee Guida è sicuramente più completo e dettagliato rispetto a quello delineato in precedenza. Tuttavia, da una prima valutazione emergono alcune criticità che potrebbero derivare proprio da un approccio che limita fortemente l'ampiezza di una valutazione che si ritiene dovrebbe essere sempre effettuata caso per caso.

Sotto un primo profilo, infatti, si ricorda che i programmi devono essere strutturati “su misura” con riferimento alle peculiarità dell'impresa (dimensioni, settore in cui opera, etc.). Ciò, peraltro, in linea con le prassi di diverse autorità straniere.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Competition and Markets Authority (CMA) – The Institute of Risk Management, *Competition Law Risk. A Short Guide*, Version 2.0, 2017, capitolo 6. Cfr. altresì Office of Fair Trading, *How your business can*

Sotto un altro punto di vista, i parametri descritti dall'AGCM per il riconoscimento dell'attenuante rischiano di non tenere in debita considerazione il fatto che la finalità dell'istituto è quella di permettere, attraverso la specifica identificazione dei rischi, la rilevazione e la correzione degli illeciti da parte dell'impresa stessa, non tanto da parte dell'AGCM. Suscita in tal senso qualche perplessità il riconoscimento della riduzione fino al 15% – per violazioni cui è applicabile l'istituto di clemenza – solo nei casi in cui l'impresa proceda a una tempestiva “autodenuncia”.

Inoltre, diversi passaggi delle Linee Guida sembrano suggerire che la valutazione dell'adeguatezza dei programmi di *compliance* avverrà di fatto *ex post*, e non sulla base di una valutazione *ex ante* di idoneità e “robustezza” *ex ante* (come invece sarebbe opportuno alla luce della funzione dell'istituto). Infatti, laddove l'interruzione dell'illecito non si verifichi prima che l'AGCM apra un procedimento, il programma rischia di essere automaticamente classificato come inadeguato. Ad esempio, si afferma che i programmi non adeguati sono tali perché “*non hanno dimostrato di funzionare in maniera del tutto efficace*”<sup>11</sup>.

## 5. Il nuovo schema di Linee Guida: qualche spunto pratico

Alla luce dei principali contenuti dello schema di Linee Guida, che andrà tuttavia finalizzato anche in virtù delle risposte alla consultazione pubblica, si possono già ricavare alcune indicazioni pratiche per le imprese che intendono adottare un programma di *compliance*.

*In primis*, è utile iniziare sin ad subito a lavorare sulla consapevolezza del personale con riguardo ai comportamenti che rischiano di violare le norme sulla concorrenza. E' necessario poi che la formazione di una “cultura” della *compliance* in azienda venga accompagnata da un lavoro interno di mappatura delle aree di rischio relative alle specificità dell'impresa, con una successiva valutazione di quali siano i sistemi migliori per gestire i rischi e della più opportuna allocazione delle risorse aziendali in tal senso.

In vista inoltre dell'articolato onere della prova posto in capo alle imprese, che alla richiesta per l'attenuante devono accompagnare un'apposita relazione illustrativa, è bene documentare adeguatamente tutte le iniziative e le misure intraprese per l'implementazione del programma di *compliance*. Ciò permette di avere sempre a

---

*achieve compliance with competition law*, pubblicato nel giugno 2011 e successivamente adottato dalla CMA: “...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” (par. 1.2). Si veda inoltre Autorité de la Concurrence, *Antitrust Compliance and Compliance Programmes. Corporate Tools for Competing Safely in the Marketplace*, 2012, sez. 3, nonché document OCSE DAF/COMP/WD(2011)28, *Roundtable on Promoting Compliance with Competition Law*, Nota della delegazione della Germania, 2011, par. 30: “*The Bunderskartellamt refrains from providing any kind of check list that automatically qualifies a programme as effective, since this might actually be counter-productive*”.

<sup>11</sup> Schema di Linee Guida sulla Compliance Antitrust, cit. nota 1, par. 36.

disposizione il materiale richiesto nell'eventualità in cui sia necessario rivolgersi tempestivamente all'AGCM, in caso di violazioni, per poter così aspirare al trattamento più favorevole possibile.

Infine, è opportuno tenere a mente che la strutturazione di un programma di *compliance* richiede tempi lunghi e sforzi organizzativi – ed economici – non indifferenti per un'impresa. E' consigliabile dunque che le imprese che intendano adottare queste misure preventive inizino per tempo a porre in essere le attività necessarie per l'adozione di programmi adeguati.

Non resta dunque che attendere la pubblicazione della versione definitiva delle Linee Guida sulla *compliance* antitrust, anche per capire quali modifiche l'AGCM deciderà di apportare sulla base delle osservazioni pervenute. L'auspicio è che gli orientamenti possano fungere da strumento utile e chiaro per garantire certezza alle imprese sulle misure da adottare, allo stesso tempo fornendo incentivi efficaci per incrementare e valorizzare le attività di *compliance* antitrust.