



Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

RELAZIONE ILLUSTRATIVA DELLO SCHEMA DI LINEE GUIDA SULLA *COMPLIANCE* ANTITRUST

Premessa

1. Le “Linee Guida sulle 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” riconoscono tra le possibili circostanze attenuanti l’adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali.
2. L’Autorità intende definire delle linee guida in materia di *antitrust compliance* al fine di fornire alle imprese un orientamento circa: *i*) la definizione del contenuto del programma di *compliance*; *ii*) la richiesta di valutazione del programma ai fini del riconoscimento dell’eventuale attenuante; e *iii*) i criteri che l’Autorità intende adottare nella loro valutazione ai fini del riconoscimento dell’attenuante.
3. Lo schema di linee guida è stato elaborato considerando prioritario il perseguimento dei seguenti obiettivi di *policy*: *i*) la promozione di una cultura della concorrenza diffusa nel tessuto imprenditoriale *ii*) la prevenzione degli illeciti antitrust attraverso la tempestiva adozione di programmi di *compliance* efficaci; *iii*) la certezza giuridica in ordine ai criteri di valutazione dei programmi di *compliance* ai fini del riconoscimento dell’attenuante; *iv*) la definizione di un sistema di incentivi coerente con quello sottostante al programma di clemenza.
4. Le linee guida, dunque, non definiscono una posizione dell’Autorità immodificabile nel tempo, ma potranno essere oggetto di futura revisione, laddove l’Autorità ritenga opportuno modificare i propri obiettivi di *policy* alla luce del mutato contesto.
5. Le linee guida sono state elaborate tenendo conto dell’esperienza applicativa dell’Autorità, della giurisprudenza a livello nazionale e comunitario, nonché degli orientamenti espressi dalla Commissione europea e a livello internazionale quanto al contenuto dei programmi di *compliance*, fermo restando che la valutazione di tali programmi ai fini del riconoscimento dell’attenuante rientra nell’ambito della discrezionalità dell’Autorità in materia di politica sanzionatoria e risponde ad esigenze di carattere nazionale.

Il contenuto del programma di *compliance* antitrust

6. Un programma di *compliance* antitrust può avere un impatto positivo sul benessere sociale quando è idoneo a prevenire una violazione antitrust, o ridurne la durata, e/o quando rende possibile interventi di *enforcement* grazie alla denuncia di condotte illecite. Un programma di *compliance* non può, invece, essere valutato altrettanto positivamente laddove abbia un impatto nullo, o

addirittura negativo, sulla capacità di prevenire, individuare e contrastare pratiche anticoncorrenziali.

7. A livello internazionale – come risulta dalle esperienze esemplificative sotto riportate – le autorità di concorrenza hanno adottato una varietà di approcci nel fornire alle imprese un indirizzo in merito alla definizione di un programma di *compliance* antitrust e alla sua rilevanza a fini sanzionatori, anche attraverso la pubblicazione di documenti di orientamento di varia natura.

8. In Francia, l'*Autorité de la Concurrence* ha redatto nel 2012 un documento-quadro in cui elenca le condizioni di efficacia di un programma di *compliance antitrust*. Esse comprendono l'adozione di un esplicito impegno al rispetto delle regole antitrust da parte dell'impresa e dei suoi dipendenti, l'individuazione di un responsabile della *compliance* aziendale, l'organizzazione di specifiche iniziative di formazione e la predisposizione di adeguati sistemi di controllo.

9. In Gran Bretagna, la *Competition and Market Authority* (CMA) ha fatto proprio un documento elaborato nel 2011 dall'*Office of Fair Trading*, che informa le imprese su come assicurare la *compliance* antitrust, esaminando altresì le componenti fondamentali dei programmi di *compliance*. L'efficace perseguimento della *compliance* antitrust viene effettuato, secondo quanto illustrato nel documento, compiendo quattro passaggi, che vanno dall'identificazione del rischio, alla valutazione del rischio, all'individuazione di misure tese a limitarlo, alla verifica finale.

10. Al di fuori dell'Unione Europea, si riscontra tra le maggiori autorità di concorrenza una generale tendenza a pubblicare documenti di orientamento che identificano gli elementi costitutivi che un programma di *compliance* dovrebbe ricomprendere per essere ritenuto efficace. Ciò posto, il livello di dettaglio di tali indicazioni varia, anche significativamente, tra le diverse autorità.

11. L'*Australian Competition and Consumer Commission* si spinge a proporre quattro modelli di programma di *compliance*, contraddistinti da una crescente articolazione e complessità in quanto rivolti a imprese di diverse dimensioni, dalla micro-impresa alla società multinazionale.

12. In maniera non dissimile, il *Competition Bureau* canadese ha pubblicato nel 2010 un *Corporate Compliance Program*, che comprende un elenco dettagliato di parametri tipici di un adeguato programma di *compliance*, nonché un modello di riferimento.

13. Negli Stati Uniti, l'*Antitrust Division del Department of Justice* (DOJ) e la *Federal Trade Commission* (FTC) non si sono direttamente espresse in merito ai requisiti dei programmi di antitrust *compliance*. Tuttavia, nel sottoporre alla Corte le proprie raccomandazioni, esse fanno riferimento al *Sentencing Guidelines Manual* pubblicato dalla *United States Sentencing Commission* (che non si riferiscono soltanto alle materie antitrust). Il Manuale, aggiornato nel 2016, riporta al Capitolo 8 alcuni criteri necessari affinché un *compliance and ethics program* possa essere considerato "effective" e come tale idoneo a rappresentare una circostanza attenuante per la sanzione.

14. Il CADE brasiliano ha diffuso nel 2016 le *Guidelines – Competition Compliance Programs*, un esteso documento in cui sono analizzati i criteri e le risorse necessarie alla realizzazione di un appropriato programma di *compliance*.

15. La *Competition Commission of India* ha pubblicato, in una collana denominata *Advocacy Booklets*, un opuscolo che illustra gli elementi fondanti di un programma di *compliance*, comprensivo di una *check list*.

16. Lo schema di linee guida predisposto dall'Autorità, per quanto concerne il contenuto del programma di *compliance*, individua come centrale il principio generale secondo cui l'adeguatezza

di ciascun programma di *compliance* va provata e valutata in relazione al contesto specifico in cui opera l'impresa e alle caratteristiche della stessa, secondo una logica di *risk management*.

17. Infatti, l'idoneità sostanziale di un programma di *compliance* a svolgere una funzione preventiva degli illeciti antitrust costituisce il parametro di riferimento fondamentale nella valutazione dello stesso al fine del riconoscimento dell'attenuante. Solo un programma disegnato e attuato in coerenza con le caratteristiche dell'impresa e il contesto di mercato in cui opera può riflettere la natura e il grado del rischio antitrust a cui essa è esposta e può, dunque, essere considerato potenzialmente efficace.

18. Nell'ambito di tale approccio generale, lo schema di linee guida richiama sinteticamente i principali elementi costitutivi di un programma di *compliance* antitrust, elaborati a partire dai fattori indicati, in maniera esemplificativa, dalle linee guida sulle sanzioni dell'Autorità, integrati sulla scorta delle più significative esperienze internazionali:

- i) il riconoscimento della *compliance* antitrust come parte integrante della cultura e della politica aziendale, da realizzarsi, ad esempio, attraverso un *endorsement* del *top management*, il pieno coinvolgimento di tutto il *management* nel programma e l'identificazione del personale responsabile del programma;
- ii) l'identificazione e valutazione dei rischi antitrust della singola impresa tenuto conto, tra gli altri, dei seguenti fattori: la dimensione d'impresa e la sua posizione nel mercato; la natura dell'attività svolta e dei beni/servizi offerti; il contesto competitivo; la struttura organizzativa interna e i processi decisionali; il contesto regolatorio/normativo;
- iii) l'organizzazione di attività di formazione adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa;
- iv) l'identificazione di processi gestionali adeguati a ridurre il rischio antitrust cui l'impresa è esposta;
- v) la previsione di un sistema di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso;
- vi) l'implementazione di sistemi di monitoraggio e *auditing* dei processi e il miglioramento continuo del programma al fine dell'adeguamento ai mutamenti del rischio antitrust.

La richiesta di valutazione del programma ai fini del riconoscimento dell'eventuale attenuante

19. Come chiarito dalle linee guida sulle sanzioni, il trattamento premiale correlato all'adozione di un programma di *compliance* richiede di provare l'adozione nonché l'effettiva e concreta applicazione di un programma adeguato.

20. Al riguardo, la giurisprudenza e la prassi applicativa dell'Autorità hanno evidenziato che il programma di *compliance* non deve suscitare dubbi in relazione agli obblighi di collaborazione con l'Autorità. A titolo di esempio, fermi restando i diritti di difesa delle parti, il programma non deve contenere indicazioni che, in luogo di incentivare una cultura della concorrenza, suggeriscano atteggiamenti non cooperativi ai dipendenti in occasione di eventuali ispezioni dell'Autorità (cfr. provv. n. 26901 nel caso A500A, 13 dicembre 2017, in Boll. 50/2017).

21. Quanto all'onere probatorio ricadente sull'impresa, la giurisprudenza ha chiarito che risulta non sufficiente la prospettazione della mera intenzione di adottare un programma in assenza della mancata dimostrazione della concreta implementazione dello stesso. Più in particolare, è nella piena discrezionalità dell'Autorità valutare la congruità di un programma di *compliance* e non è illogico ritenerlo incongruo ove non sia provata l'effettiva messa in opera di quanto solo prospettato in astratto (Tar Lazio 1 dicembre 2017, n. 11885, I780 - Mercato del calcestruzzo in Veneto -

Superbeton). Inoltre, “*la mancata considerazione, quale circostanza attenuante, dei programmi di compliance antitrust, può essere congruamente motivata laddove si tratti di iniziative che non consentano un’adeguata valutazione, da parte dell’Autorità, in merito all’effettivo impegno al loro rispetto e all’efficacia della loro attuazione*” (TAR Lazio, 6 settembre 2016, nn. 9553, 9554, 9555, 9556, 9559, 9560, 9561, I761 - Mercato dei servizi tecnici accessori).

22. Lo schema di linee guida chiarisce pertanto che la prova in esame spetta all’impresa interessata, che dovrà argomentare in maniera puntuale l’efficacia del programma adottato, illustrandone la rispondenza alle caratteristiche specifiche dell’impresa e al contesto in cui la stessa opera (cfr. *supra*).

23. L’impresa coinvolta in un procedimento istruttorio che intenda beneficiare dell’attenuante per il proprio programma di *compliance* deve presentare agli Uffici dell’Autorità apposita richiesta in questo senso, accompagnata da una relazione illustrativa che spieghi:

- i) le ragioni per cui il suo programma di *antitrust compliance* possa ritenersi adeguato alla prevenzione degli illeciti antitrust, tenuto conto delle circostanze specifiche nelle quali l’impresa opera;
- ii) le iniziative concrete attraverso le quali il programma è stato effettivamente (ed efficacemente) applicato dall’impresa.

24. La relazione illustrativa dovrebbe essere corredata da documentazione comprovante l’effettiva implementazione del programma e quindi non deve limitarsi ai soli atti di predisposizione dello stesso (come linee guida interne o sintetici manuali operativi), ma deve includere documenti attestanti gli atti applicativi del programma.

L’adeguatezza del programma alla prevenzione degli illeciti antitrust

25. L’impresa dovrà illustrare perché il programma è effettivamente idoneo a ridurre il suo rischio antitrust, e la rispondenza del programma alle caratteristiche specifiche dell’impresa e al mercato in cui la stessa opera.

26. Ad esempio, nel caso di imprese che partecipano a riunioni di associazioni di categoria, l’impresa interessata dovrà dimostrare che le misure previste dal programma sono tali da proteggerla efficacemente dal rischio di rimanere coinvolta in discussioni dal contenuto anticompetitivo.

27. Allo stesso modo, un’impresa attiva nella fornitura di beni e servizi alla pubblica amministrazione, che partecipa sistematicamente a procedure di gara, dovrebbe dimostrare che il programma è stato elaborato e attuato in modo tale da proteggerla efficacemente dal rischio di contatti e discussioni con imprese sue potenziali concorrenti in sede di gara, sia evitando di assumere l’iniziativa di tali contatti, sia adottando accorgimenti opportuni a evitare occasioni di contatto potenzialmente pericolose (ad esempio, nelle scelte relative alla eventuale formazione di RTI e di accordi di sub-appalto, o nell’interazione tra le imprese e la stazione appaltante).

28. Ancora, per un’impresa in posizione dominante è essenziale illustrare l’idoneità del programma a prevenire possibili comportamenti abusivi, che vanno individuati sulla base di un’attenta analisi dei rischi antitrust cui è esposta l’impresa; ad esempio, per un’impresa dominante integrata verticalmente assumono particolare rilievo i rapporti di fornitura dei beni/servizi utilizzati dai concorrenti come input per la propria attività.

L’effettiva ed efficace attuazione del programma

29. La relazione illustrativa dovrà indicare le iniziative applicative concretamente intraprese e la documentazione che ne comprova l'effettiva attuazione.

30. Documenti essenziali, al riguardo, sono anzitutto quelli attestanti le nomine dei responsabili del programma e del personale incaricato di operare ai fini della sua implementazione con adeguati poteri di controllo e di reporting agli organi di governo dell'impresa, nonché la documentazione elaborata per lo svolgimento di programmi di formazione e aggiornamento periodico del personale. Ulteriore documentazione utile potrebbe riguardare, ad esempio, l'istituzione di un sistema di reporting interno e/o di *whistle-blowing*, di misure disciplinari per i dipendenti che espongono l'impresa a violazioni antitrust, etc.

31. Al contempo, è onere dell'impresa dimostrare che l'adozione del programma di *compliance* non si esaurisce nella creazione di uffici e responsabili *ad hoc* e nell'adozione e predisposizione di meccanismi e controlli formali, ma diventa parte integrante dell'attività d'impresa. In questo senso, documenti indicativi dell'effettiva applicazione del programma adottato possono essere e-mail o altri documenti interni che riportano, ad esempio:

- discussioni tra alti esponenti aziendali nelle quali si valuta la conformità al programma di antitrust *compliance* di specifiche iniziative da assumere;
- richieste di chiarimento sul programma formulate da parte dei dipendenti ai propri superiori e/o ai responsabili del programma e relative risposte;
- segnalazioni di possibili violazioni del programma;
- richiami al rispetto del programma da parte dei dipendenti dell'azienda formulati dal *top management* nell'ambito non solo di comunicazioni ufficiali, ma anche nel contesto di documenti di *policy* interna e/o direttive puntuali relative a singole iniziative;

documentazione attestante l'effettiva messa in atto di *verifiche periodiche* del rispetto del programma da parte del personale incaricato e del *top management* dell'impresa ed eventuali evidenze che diano conto della effettiva messa in atto di misure incentivanti il rispetto del programma stesso, nella forma non solo di trattamenti premiali, ma anche di misure correttive per il caso in cui le verifiche diano conto di possibili deviazioni dal programma.

32. Le precedenti indicazioni hanno carattere puramente indicativo e non esaustivo, potendo venire in rilievo anche documentazione ulteriore a quella menzionata, in quanto adeguata a dimostrare che la scelta di adozione del programma risponde a un impegno effettivo e adeguato alla prevenzione di comportamenti illeciti da parte dell'impresa.

33. La domanda di valutazione del programma, d'altra parte, potrà richiedere indicazioni specifiche in considerazione del momento in cui il programma stesso è stato adottato. Per i programmi adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio, la relazione illustrativa, insieme con la documentazione ad essa allegata, dovrà spiegare in dettaglio tutte le attività svolte per la sua effettiva implementazione, indicando: *i)* per quali ragioni le iniziative applicative concretamente poste in essere possano ritenersi efficaci modalità di attuazione di un programma adeguato; *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; *iii)* eventuali mutamenti della condotta successivi e conseguenti all'adozione del programma di *antitrust compliance*.

34. Anche nel caso di programmi adottati dopo l'avvio del procedimento, la relazione illustrativa, insieme alla documentazione ad essa correlata, oltre alla descrizione del programma, dovrà fornire indicazioni circa le iniziative applicative già poste in essere per darvi esecuzione e gli esiti conseguiti.

35. Infine, se dopo l'avvio del procedimento l'impresa ha modificato il proprio programma di *compliance* per renderlo più efficace, la relazione illustrativa e la documentazione allegata dovrà chiarire: *i*) le caratteristiche del programma precedente; *ii*) le iniziative adottate per darvi esecuzione; *iii*) i miglioramenti apportati al programma e le ragioni della loro introduzione; *iv*) le iniziative adottate dall'impresa per dare esecuzione al nuovo programma dopo la sua introduzione e gli esiti - anche parziali - conseguiti. In questo caso, infatti, oggetto di apprezzamento da parte dell'Autorità potranno essere soprattutto i miglioramenti che l'impresa ha apportato a un programma che essa stessa ha ritenuto di dover modificare e l'impegno dimostrato nel dare esecuzione alle nuove misure di prevenzione di comportamenti anticompetitivi.

36. Quanto al termine ultimo per la presentazione della richiesta di valutazione dell'adozione o modifica di un programma di *compliance*, la giurisprudenza ha ritenuto debitamente motivata la possibilità per l'Autorità di non considerare ai fini del riconoscimento dell'attenuante programmi adottati successivamente alla comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI) e tali da non consentire un'adeguata valutazione da parte dell'Autorità, in merito all'effettivo impegno al loro rispetto ed all'efficacia della loro attuazione (Tar Lazio 15 dicembre 2017, n. 12407, I780 - Mercato del calcestruzzo in Veneto). Si ritiene pertanto che tale momento possa essere indicativamente considerato come il termine ultimo per considerare tempestiva non soltanto l'adozione o la modifica di un programma di *compliance* ma anche la sua attuazione in concreto nonché la trasmissione di tutta la relativa documentazione all'Autorità.

Programmi adottati prima o dopo l'avvio dell'istruttoria: l'accento sulla prevenzione

37. Come sottolineato dalla giurisprudenza, *“il riconoscimento delle circostanze attenuanti, sia nell'an che nel quantum, è il risultato dell'esercizio di un'ampia discrezionalità da parte di AGCM (ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2838; id., 9 febbraio 2011, n. 896) la quale, peraltro, segue un orientamento più indulgente di quello della Commissione europea, secondo cui l'esistenza di un programma di compliance non funge da esimente, posto che, laddove vi sia stata una violazione della normativa antitrust, questa è la prova stessa dell'inefficacia di un siffatto programma (ex multis, Corte di Giustizia, 18 luglio 2013, C-501/11P, Schindler Holding Ltd e altri c. Commissione europea, §§ 113-114, 140-143)”* (TAR Lazio, 28 luglio 2017, n. 9048, I783-Accordo tra operatori del settore Vending).

38. Lo schema di linee guida afferma l'importanza della prevenzione degli illeciti antitrust e intende incentivare la spontanea adozione di programmi di *compliance* che risultino adeguati a tale scopo. In questa direzione, l'Autorità ritiene necessario graduare l'attenuante della sanzione in modo da riconoscere un trattamento premiale potenzialmente più favorevole ai programmi adottati prima dell'avvio del procedimento. Al contempo, è evidente la necessità di evitare il rischio che l'attenuante sia riconosciuta a programmi di *compliance* manifestamente inadeguati, che non hanno consentito all'impresa l'individuazione e la cessazione dell'illecito.

39. Il bilanciamento tra tali diversi aspetti ha portato a una varietà di approcci a livello internazionale. In generale, è riconosciuto che l'adozione di programmi di *compliance* può determinare effetti positivi nella misura in cui consenta di prevenire l'insorgenza di illeciti antitrust o, laddove essi siano stati compiuti, di aumentare le probabilità che gli stessi vengano rapidamente scoperti, abbandonati e segnalati all'autorità competente.

40. Ad esempio, la *Competition and Markets Authority* del Regno Unito è disponibile a riconoscere una riduzione sino al 10% della sanzione sia laddove l'impresa introduca, immediatamente dopo la scoperta della violazione, un adeguato programma di *compliance* conforme alle linee guida, sia nel caso in cui un valido programma fosse già presente in azienda, per quanto rivelatosi insufficiente a prevenire la condotta illecita (cfr. OFT, *How your business can achieve compliance with competition law*, giugno 2011). Nelle linee guida si specifica che viene

adottato un approccio caso per caso, che spetta all'impresa dimostrare di aver adottato un programma idoneo ed efficace e che uno degli elementi rilevanti al fine di stabilire la riduzione da attribuire è la condotta tenuta dall'impresa dopo la scoperta dell'illecito.

41. L'autorità francese riconosce una riduzione della sanzione fino al 10% soltanto a fronte dell'adozione o modifica del programma di *compliance* successiva alla scoperta dell'infrazione, riservando la positiva valutazione di programmi di *compliance* precedenti alla violazione, a fini sanzionatori, all'unico caso in cui, in relazione a illeciti per cui non è possibile presentare istanza di *leniency*, (i) sia stato adottato un programma di *compliance* conforme alle *best practice* precedentemente al verificarsi di un illecito e (ii) l'impresa provi di aver terminato l'illecito prima delle ispezioni o dell'apertura del procedimento. Inoltre, nell'ambito della procedura di *settlement*, l'Autorità può concedere una riduzione fino al 10% della sanzione a fronte dell'impegno delle imprese ad adottare programmi di *compliance* o a migliorare programmi esistenti (cfr. *Document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*, 10 febbraio 2012).

42. La soluzione delineata nello schema di linee guida, al fine di perseguire gli specifici obiettivi di *policy* definiti dall'Autorità, è sintetizzata nella seguente tabella e descritta in dettaglio nel seguito.

Tabella n. 1 – La graduazione dell'attenuante

Attenuante	Programma pre-avvio	Programma adottato post avvio
Fino al 15%	Programma pre-avvio adeguato ed efficace che consente all'impresa di scoprire l'illecito e porvi fine tempestivamente e comunque prima della notifica del provvedimento di avvio dell'Autorità nonché di presentare domanda di clemenza, nei casi di applicabilità dell'istituto.	
Fino al 10%	Modifiche a un programma pre-avvio non manifestamente inadeguato, ovvero: <ul style="list-style-type: none"> • dal contenuto non insufficiente • cui l'impresa abbia dato concreta attuazione • che non abbia visto il coinvolgimento del <i>top management</i> nell'infrazione 	
Fino al 5%	Modifiche a un programma pre-avvio manifestamente inadeguato, ovvero: <ul style="list-style-type: none"> • dal contenuto insufficiente o • cui l'impresa non abbia dato concreta attuazione o • che abbia visto il coinvolgimento del <i>top management</i> nell'infrazione Impresa recidiva che non aveva beneficiato dell'attenuante per il programma di <i>compliance</i> in passato.	Programma di <i>antitrust compliance</i> adeguato adottato post-avvio per la prima volta cui l'impresa abbia dato prova di attuazione, trasmesso prima della CRI.
Nessuna attenuante	Nessuna modifica nel corso del procedimento a un programma pre-avvio inadeguato e non efficace. Impresa recidiva che ha già beneficiato dell'attenuante per il programma di <i>compliance</i> in passato.	Programma di <i>compliance</i> inadeguato: <ul style="list-style-type: none"> • Insufficienza del programma a gestire il rischio antitrust dell'impresa • Mancata prova di attuazione del programma Programma adottato/comunicato post CRI.

43. L'approccio proposto incoraggia l'adozione di programmi di *compliance* prevedendo che solo programmi adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio possono ottenere un beneficio superiore al 5%, corrispondente al valore massimo dell'attenuante che si intende riconoscere per l'adozione di un programma di *compliance* dopo l'avvio del procedimento istruttorio.

44. Inoltre, una possibile attenuante fino al 15% può essere riconosciuta a programmi adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio che siano risultati in concreto adeguati ed efficaci.

45. Nei casi in cui un programma pre-esistente all'avvio di un'istruttoria dell'Autorità non sia stato in grado di individuare e interrompere tempestivamente l'illecito prima dell'avvio del procedimento istruttorio, si ritiene necessario che lo stesso sia sottoposto a modifiche/integrazioni perché possa beneficiare del riconoscimento dell'attenuante. Il trattamento premiale dei programmi preesistenti, modificati dopo l'avvio dell'istruttoria, viene distinto a seconda che il programma originario fosse o meno manifestamente inadeguato (cfr. *infra*):

- i) i programmi manifestamente inadeguati, a fronte delle modifiche/integrazioni successive all'avvio, potranno beneficiare dell'attenuante nei limiti di quanto previsto per i programmi adottati integralmente *ex novo* dopo l'avvio, ossia fino al 5%;
- ii) i programmi non manifestamente inadeguati, a fronte delle modifiche/integrazioni successive all'avvio, potranno beneficiare dell'attenuante fino al 10%.

Il trattamento premiale dei programmi di *compliance* antitrust adottati dopo l'avvio del procedimento istruttorio

46. Al fine di incentivare l'adozione diffusa di programmi di *compliance*, a prescindere dal coinvolgimento dell'impresa in un procedimento istruttorio, le linee guida prevedono che i programmi introdotti dall'impresa solo dopo l'avvio dell'istruttoria dell'Autorità potranno al più beneficiare di un'attenuante pari al 5%.

47. La quantificazione dell'attenuante sarà commisurata alla completezza e alla qualità del programma presentato, ma anche alla maggiore o minore possibilità da parte dell'Autorità di verificare la fattiva, concreta e continuativa implementazione e attuazione del programma.

48. Ciò, comunque, a condizione che il programma venga adottato e attuato in modo solerte e l'impresa possa provare di averne dato attuazione già nel corso del procedimento. La trasmissione della documentazione rilevante dovrà avvenire in ogni caso non oltre la comunicazione delle risultanze istruttorie.

Il trattamento premiale dei programmi di *compliance* adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio

Programmi adeguati ed efficaci: il riconoscimento dell'attenuante massima

49. L'adozione di un programma di *compliance* adeguato ed efficace prima dell'avvio di un procedimento istruttorio da parte dell'Autorità – ossia **non** in conseguenza di un intervento investigativo dell'Autorità stessa – in linea di principio rappresenta l'ipotesi maggiormente meritevole di considerazione sotto un profilo premiale.

50. Lo schema di linee guida prevede, dunque, che solo programmi di *compliance* adottati prima dell'avvio di un'istruttoria possono potenzialmente ottenere l'attenuante massima del 15%.

51. Ciò, tuttavia, è possibile solo al ricorrere di due condizioni cumulative: i) l'impresa ha adottato un programma adeguato che le ha consentito di scoprire l'illecito prima dell'apertura

dell'istruttoria da parte dell'Autorità; e *ii*) l'impresa ha interrotto la condotta entro un tempo sufficientemente breve ovvero, nei casi di applicabilità dell'istituto, ha presentato domanda di clemenza prima dello svolgimento di ispezioni da parte dell'Autorità.

52. Con particolare riferimento al punto *sub ii*) sopra, nello schema di linee guida si è tenuto conto delle interazioni tra il riconoscimento dell'attenuante per l'adozione di un adeguato programma di *compliance* e gli incentivi delle imprese alla presentazione tempestiva di una domanda di clemenza.

53. Il programma di *leniency* definisce un sistema di incentivi graduato in base alla tempestività della denuncia all'Autorità in modo da riconoscere un'immunità totale al primo *leniency applicant* e una riduzione della sanzione agli *applicant* successivi. Possibili conflitti tra incentivi potrebbero realizzarsi nella misura in cui l'attribuzione della percentuale massima di attenuante (15%) ai programmi di *compliance* avvicini la (complessiva) riduzione della sanzione ottenibile dal secondo *leniency applicant* (fino al 65%) all'immunità totale riconosciuta al primo *leniency applicant*. Ciò potrebbe ridurre gli incentivi dell'impresa a presentare tempestivamente domanda di *leniency*.

54. Lo schema di linee guida prevede che, nei casi in cui sia applicabile la disciplina della *leniency*, la riduzione massima (15%) per un programma di *compliance* possa essere riconosciuta solo alle imprese che presentino anche domanda di clemenza *prima* delle ispezioni. Questo dovrebbe garantire un sufficiente grado di incertezza per l'impresa circa il fatto che altre parti dell'intesa abbiano già depositato domanda di clemenza e, quindi, evitare comportamenti opportunistici consistenti nell'attendere l'eventuale avvio di un'istruttoria (più plausibilmente conseguente al deposito di una domanda di *leniency* da parte di altre imprese) prima di presentare la propria domanda di trattamento favorevole.

Programmi manifestamente inadeguati

55. Nessuna riduzione della sanzione può essere accordata per programmi preesistenti all'avvio dell'istruttoria che siano manifestamente inadeguati. Si ritiene, a titolo esemplificativo, che siano indici di manifesta inadeguatezza del programma: *i*) gravi carenze del contenuto del programma di *compliance*; *ii*) l'assenza di elementi probatori dell'effettiva attuazione del programma; *iii*) il coinvolgimento nell'illecito dei vertici del *management*.

56. Un programma è manifestamente inadeguato se risulta privo degli elementi essenziali per la gestione del rischio antitrust che la specifica impresa fronteggia. Se un'impresa ha, ad esempio, una posizione di rilievo nel mercato ed elabora un programma di *compliance* focalizzato esclusivamente sulla prevenzione dei cartelli o su una specifica tipologia di abuso (ad esempio pratiche leganti), la circostanza che in seguito l'impresa si trovi coinvolta in una diversa condotta abusiva (ad esempio prezzi predatori) non può considerarsi un fatto accidentale che l'impresa ha comunque cercato di prevenire, ma al contrario evidenzia carenze nella fase di analisi del rischio specifico d'impresa e quindi l'inadeguatezza del programma nella prevenzione del tipo di illecito considerato. Considerazioni analoghe potrebbero estendersi al caso di un'impresa che adotti un programma di *compliance* che ometta di prendere in considerazione il rischio di concertazione in contesti associativi e poi si trovi coinvolta in un'intesa anticompetitiva posta in essere all'interno di contesti associativi alle cui attività i suoi dipendenti hanno preso parte. In tali circostanze, il fatto che l'impresa incorra in un illecito concorrenziale non può ritenersi un fatto accidentale, ma appare piuttosto il portato di una (negligenza nella) non corretta prevenzione di un rischio al quale l'impresa era esposta e che essa poteva individuare *ex ante* e fronteggiare elaborando misure adeguate alla gestione.

57. Il trattamento premiale correlato all'adozione di un programma di *compliance* richiede di provare non solo l'adozione di un programma adeguato a prevenire il rischio antitrust cui l'impresa è soggetta, ma anche la sua effettiva, concreta e continuativa applicazione.

58. Un programma è, quindi, da considerarsi manifestamente inadeguato allorché non sia fornita prova di attuazione e diffusione all'interno dell'impresa (cfr. *supra*). In tal caso, infatti, la predisposizione di un programma di *compliance* appare meramente cosmetica e va equiparata alla situazione dell'impresa che non dispone affatto di un programma di *compliance* prima dell'avvio dell'istruttoria.

59. Nessuna riduzione della sanzione può altresì essere accordata a un'impresa che abbia adottato un programma di *compliance* e ponga in essere, o continui, un'attività illecita con il coinvolgimento dei propri *top managers* nell'attuazione dell'infrazione. Ciò, infatti, esprime uno scollamento tra quello che il programma si prefigge e quello che l'impresa realmente persegue ed è un tipico indice della natura essenzialmente cosmetica del programma. Vengono in rilievo, come elementi sintomatici di una palese inadeguatezza del programma, sia la diretta partecipazione del *top management* alle attività illecite - come ad esempio la partecipazione dell'amministratore delegato (AD) di una società alle riunioni di cartello - sia il coinvolgimento indiretto dei vertici aziendali - situazione che ricorre, ad esempio, quando l'AD non partecipa alle riunioni ma fornisce istruzioni al dipendente che vi presenzierà e/o viene puntualmente informato e aggiornato dei contenuti delle riunioni e non assume iniziative per interrompere la condotta illecita materialmente attuata da un suo sottoposto.

60. Sotto il profilo soggettivo, l'identificazione dei *top managers* ai fini della valutazione del trattamento premiale può variare da un soggetto economico all'altro in ragione della forma organizzativa dell'impresa. Nelle imprese organizzate in forma societaria vengono sicuramente in rilievo tutti gli esponenti degli organi di governo. Possono ritenersi comunque espressione del *top management* anche soggetti che, pur se estranei agli organi (od uffici) societari, ricoprono comunque ruoli di vertice nella gestione dell'impresa (come, ad esempio, il preposto a una sede o ramo di attività) che risultino coinvolti nell'attività anticompetitiva. Analoghe considerazioni possono svolgersi in relazione ai titolari di cariche e uffici all'interno di associazioni di imprese.

61. Un programma di *compliance* è altresì da ritenersi 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, ove applicabile, 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. Infatti, in ragione dell'estrema gravità di tali infrazioni, la presentazione di una domanda di clemenza è l'unica scelta coerente con l'impegno etico assunto dall'impresa a fare propri i valori della concorrenza e a diffonderli all'interno della struttura imprenditoriale.

62. In tali circostanze, dunque, l'impresa può beneficiare di un potenziale trattamento premiale **fino al 5%** solo nel caso in cui presenti modifiche sostanziali al programma di *compliance* dopo l'avvio del procedimento istruttorio, alla stregua della presentazione di un programma *ex novo*.

Programmi non manifestamente inadeguati

63. I programmi di *compliance* adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio che non hanno mostrato di funzionare in maniera del tutto efficace – non permettendo la scoperta e la cessazione dell'illecito in tempi oggettivamente brevi – ma che, d'altro lato, non risultano manifestamente inadeguati possono beneficiare di un'attenuante **fino al 10%** a condizione che l'impresa integri adeguatamente il programma di *compliance* dopo l'avvio del procedimento istruttorio.

64. È onere dell'impresa dimostrare: *i*) che il programma da essa adottato era ben calibrato nella prevenzione dei rischi di commissione di attività anti-competitive e che l'attuazione del programma è stata curata con serietà e costanza per tutta la sua durata, benché non abbia in concreto

impedito il verificarsi di una condotta illecita; ii) che le modifiche proposte sono idonee a colmare le lacune che avevano impedito l'efficace funzionamento del programma di *compliance* originario.

65. La quantificazione dell'attenuante sarà commisurata alla completezza e alla qualità del programma *ex ante* e delle modifiche attuate *ex post*, tenuto conto delle caratteristiche dell'impresa e del contesto di mercato in cui opera.

66. In generale, la qualità e la completezza del programma di *compliance ex ante* costituiscono elementi che saranno tenuti in considerazione per la concessione, in questi casi, di un'attenuante maggiore del 5%.

67. Pur partendo dal presupposto che la valutazione del singolo programma deve tenere conto delle caratteristiche specifiche del caso di specie, appare evidente che il prolungato coinvolgimento nell'illecito nella vigenza di un programma di *antitrust compliance* sia, salvo casi eccezionali, da ritenersi tipicamente sintomatico dell'incapacità di quest'ultimo a svolgere una funzione preventiva e correttiva delle condotte illecite.

Impresa recidiva

68. Poiché la logica di prevenzione degli illeciti antitrust che deve essere propria di un programma di *compliance* è da ritenersi radicalmente incoerente con la condotta recidiva di un'impresa, quest'ultima costituisce un elemento rilevante ai fini del riconoscimento o meno dell'attenuante.

69. In particolare, si ritiene che non sia meritevole del beneficio della riduzione della sanzione il programma di *compliance* che non sia stato idoneo a impedire la condotta recidiva. In tale ipotesi, sarà tuttavia possibile valutare l'eventuale presentazione da parte dell'impresa di modifiche al programma di *compliance* dopo l'avvio del procedimento istruttorio al pari della presentazione di un programma *ex novo*.

70. Inoltre, si ritiene che non possa ottenere alcuna riduzione della sanzione (nemmeno per eventuali modifiche apportate dopo l'avvio del procedimento istruttorio) l'impresa recidiva che in un precedente procedimento sanzionatorio abbia già beneficiato dell'attenuante per l'adozione di un programma di *compliance*.

Programmi di *compliance* e impegni ex art. 14-ter

71. Nel caso in cui l'impresa presenti una proposta di impegni che comprende l'adozione di un programma di *compliance*, l'eventuale decisione di accettazione degli stessi da parte dell'Autorità, così come l'eventuale presa d'atto della loro attuazione, non equivalgono ad una valutazione di adeguatezza ed efficacia del programma, sulle quali l'impresa non può dunque fare alcun legittimo affidamento in eventuali successive istruttorie.

72. Infatti, ai fini dell'eventuale riconoscimento dell'attenuante, resta onere dell'impresa fornire tutti gli elementi necessari per dimostrare la concreta attuazione di un programma di *compliance* adeguato nell'ambito del procedimento in cui l'attenuante è richiesta.

Programmi di *compliance* nell'ambito dei gruppi di imprese

73. Con riferimento ai gruppi di società, nell'ambito di procedimenti che includono anche la controllante, si ritiene che il programma di *compliance* della società capogruppo, affinché possa ritenersi adeguato allo scopo, debba essere adottato e implementato a livello di gruppo, sia dalla società capogruppo sia dalle sue controllate.

74. Si rileva che in base alla giurisprudenza comunitaria è il soggetto "unità economica costituita da più persone fisiche o giuridiche" a dover essere considerato responsabile della

violazione antitrust, per cui la capogruppo che non ha partecipato direttamente all'infrazione può essere chiamata a rispondere della violazione commessa da altra società del gruppo rispetto alla quale esercita una influenza determinante (Sentenza della Corte, 8 maggio 2013, causa C-508/11 P, *ENI*, ar. 46 e C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, par. 77).

75. Il giudice ha inoltre chiarito che la capogruppo, in virtù del proprio potere di supervisione, è tenuta a fare tutto il possibile affinché le sue controllate rispettino il diritto della concorrenza ed è pertanto tenuta ad impedire simili violazioni anche attraverso l'introduzione di appropriate misure organizzative (Sentenza del Tribunale, 2 febbraio 2012, causa T-77/08, *The Dow Chemical Company*, par. 101, confermata dalla Sentenza della Corte, 26 settembre 2013, causa C-179/12 P).

76. Di conseguenza, l'adozione di un programma di *compliance* da parte della capogruppo non potrà essere addotto dalla stessa quale elemento per sottrarsi alla responsabilità per la condotta anticoncorrenziale della sua controllata.

La considerazione dei programmi di *compliance* quale circostanza aggravante

77. Le linee guida chiariscono che un programma di *compliance* può essere considerato quale circostanza aggravante solo in ipotesi eccezionali e quando ricorra una delle ipotesi di aggravanti espressamente indicate nelle Linee Guida sulle sanzioni.

78. Ad esempio, ciò potrà avvenire nei casi in cui il programma di *compliance* sia utilizzato per agevolare o nascondere un'infrazione, indurre in errore l'Autorità circa l'esistenza o la natura della stessa e/o porre in essere condotte volte a impedire, ostacolare o comunque a ritardare l'attività istruttoria dell'Autorità e vi sia prova che le indicazioni contenute nel programma sono state concretamente seguite (a titolo di esempio, ove la società risponda a richieste di informazioni in maniera incompleta o ponga in essere condotte ostruzionistiche nel corso delle ispezioni). Tale ipotesi rientra tra le circostanze aggravanti previste al par. 21 delle linee Guida in materia di sanzioni, che includono l'aver tenuto "*condotte volte a impedire, ostacolare o comunque ritardare l'attività istruttoria dell'Autorità*". Anche l'Autorità inglese, nelle linee guida pubblicate nel giugno 2011, considera in talune ipotesi eccezionali l'esistenza di programmi di *compliance* quale circostanza aggravante, in particolare nei casi in cui il programma sia stato utilizzato per facilitare l'illecito, per indurre in errore l'Autorità circa l'esistenza o la natura dello stesso o nel tentativo di nascondere l'illecito.

79. Inoltre, si potrà altresì tenere conto della condotta tenuta in relazione ai programmi di *compliance* al fine di stabilire l'incremento da applicare a titolo di recidiva, nel caso di un'impresa che abbia beneficiato di una riduzione della sanzione antitrust, ad esito di una precedente istruttoria per aver adottato un programma di *compliance*, commetta nuovamente l'illecito. In passato, anche la Commissione europea – nella decisione del 14 ottobre 1998 relativa al caso IV/F-3/33.708, *British Sugar plc* – ha tenuto conto nell'ambito delle circostanze aggravanti dell'inottemperanza da parte dell'impresa al programma di *compliance* dalla stessa presentato nell'ambito di un precedente procedimento dove era stato positivamente valutato come attenuante in sede sanzionatoria.

80. Infine, nel caso in cui l'impresa che ha beneficiato di una riduzione della sanzione antitrust per aver adottato un programma di *compliance* sia oggetto di un accertamento di inottemperanza, sarà possibile tener conto di tale elemento in sede di determinazione della sanzione, non già a titolo di circostanza aggravante, bensì nella determinazione della gravità dell'infrazione. Si ritiene, infatti, che l'adozione o il miglioramento di un programma di *compliance* in corso di procedimento sia da ritenersi incompatibile con la successiva adozione da parte dell'impresa di una condotta contraria alla diffida dell'Autorità.