

DE BERTI ■ JACCHIA

De Berti Jacchia Franchini Forlani
studio legale

L'AGCM ha avviato una consultazione pubblica relativa allo Schema di Linee Guida sulla *compliance* antitrust

Roberto A. Jacchia

Davide Scavuzzo

In data 23 aprile 2018 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha pubblicato, nel Bollettino n. 15/2018, il Provvedimento n. 27117 con cui ha approvato la bozza di Linee Guida sulla *compliance* antitrust¹ e dato avvio a una consultazione pubblica sulla stessa.

I programmi di *compliance* sviluppati dalle imprese mirano ad assicurare il rispetto delle normative antitrust applicabili e la prevenzione di illeciti attraverso *policy* e strategie interne atte a rendere consapevole il personale dell'importanza della normativa antitrust e dei rischi derivanti da sue eventuali violazioni. Nel campo della *compliance* antitrust, un ruolo centrale è svolto dalle indicazioni fornite dalle Autorità nazionali garanti della concorrenza: l'*Office of Fair Trading* (OFT – oggi divenuto *Competition and Markets Authority*) del Regno Unito nel 2010 ha redatto il documento "*Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law*"², che prevede una possibile diminuzione della sanzione nel caso in cui l'impresa abbia adottato, prima o dopo l'illecito, un programma di *compliance* conforme alle linee guida. Nel 2012 l'*Autorité de la Concurrence* francese ha pubblicato un documento-quadro³ elencante le condizioni di efficacia dei programmi di *compliance* antitrust, nel quale quelli già esistenti vengono presi in considerazione solo ai fini della *leniency*/immunità parziale o come attenuante negli illeciti in cui la *leniency* non è prevista, a patto che l'impresa dimostri di aver posto termine all'illecito prima dell'apertura del procedimento.

A livello europeo, con il documento "*Compliance matters. What companies can do better to respect EU competition rules*"⁴ del 2012 la Commissione europea suggerisce alle imprese di dotarsi di un programma di *compliance* antitrust al fine di prevenire violazioni della normativa europea sulla concorrenza. La Commissione, tuttavia, adotta un'impostazione restrittiva e non prevede alcuna riduzione di sanzione in caso di adozione o finanche efficace implementazione di un programma di *compliance*⁵.

Nel 2014 l'AGCM aveva fornito delle indicazioni in materia di *compliance* antitrust attraverso le Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in

¹ Schema di Linee Guida sulla *compliance* antitrust, disponibile al seguente [LINK](#).

² Disponibile al seguente [LINK](#).

³ *Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*, disponibile al seguente [LINK](#).

⁴ Disponibile al seguente [LINK](#).

⁵ Si veda TAR Lazio, 28.07.2017, n. 9048, I783 - *Accordo tra operatori del settore Vending: "... 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)..."*.

applicazione dell'articolo 15, comma 1, della Legge n. 287/90⁶. Nel determinare l'importo di base di una sanzione, le Linee Guida dell'AGCM prevedono delle circostanze attenuanti che includono l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali⁷.

Il recente Schema di Linee Guida sulla *compliance* antitrust posto in consultazione mira a fornire alle imprese ulteriori orientamenti relativi (i) alla definizione del contenuto del programma di *compliance*, (ii) alla richiesta di valutazione del programma ai fini del riconoscimento dell'eventuale attenuante e (iii) ai criteri che l'AGCM intende adottare nelle sue valutazioni ai fini del riconoscimento dell'attenuante. Per raggiungere tale scopo, un programma di *compliance* deve essere idoneo a svolgere una funzione di prevenzione degli illeciti antitrust e, pertanto, deve essere elaborato in coerenza con le caratteristiche dell'impresa e il contesto di mercato in cui essa opera. In linea con le *best practice* internazionali, i principali elementi di un programma di *compliance* antitrust indicati dalle Linee Guida includono:

- il riconoscimento della *compliance* antitrust come parte integrante della cultura e della politica aziendale;
- l'identificazione e la valutazione dei rischi antitrust della singola impresa, tenendo in considerazione fattori quali la dimensione dell'impresa e la sua posizione nel mercato, la natura dell'attività svolta e dei beni e dei servizi offerti, il contesto competitivo, la struttura organizzativa interna, i processi decisionali e il contesto normativo;
- l'organizzazione di attività di formazione e diffusione della conoscenza adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa;
- l'identificazione di processi gestionali e decisionali adeguati a ridurre il rischio antitrust cui l'impresa è esposta;
- la previsione di un sistema di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il suo mancato rispetto;

⁶ Le 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 sono disponibili al seguente [LINK](#).

⁷ Paragrafo 23 delle 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. L'AGCM ha inoltre specificato che "... La mera esistenza di un programma di *compliance* non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma (attraverso, ad esempio, un pieno coinvolgimento del management, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, l'organizzazione di attività di training adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e auditing)...".

- l'implementazione di sistemi di monitoraggio e *auditing* dei processi interni e il miglioramento continuo del programma per adeguarlo ai mutamenti del livello di rischio.

Ai fini del riconoscimento dell'attenuante, l'onere della prova relativa dell'adozione ed effettiva applicazione di un programma di *compliance* adeguato ricade sull'impresa, che dovrà illustrare le ragioni per cui il suo programma di *compliance* possa ritenersi adeguato, tenuto conto delle circostanze specifiche nelle quali l'impresa opera e le iniziative concrete attraverso le quali il programma è stato effettivamente ed efficacemente applicato⁸.

Il trattamento premiale dei programmi di *compliance* antitrust adottati dalle imprese varia in base al momento della loro adozione. Se adottati dopo l'avvio di un procedimento istruttorio, l'AGCM non potrà attribuire una riduzione a titolo di circostanza attenuante superiore al 5% dell'importo base della sanzione. Se adottati prima dell'avvio di un procedimento, ossia non a seguito di un intervento investigativo dell'AGCM, viene riconosciuto un trattamento premiale più favorevole: le imprese dotate di programmi di *compliance* adeguati che hanno permesso la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima della notifica dell'avvio del procedimento istruttorio, possono infatti beneficiare di una riduzione fino al 15% della sanzione⁹. L'AGCM ha inoltre specificato che, anche se adottati prima dell'avvio di un procedimento istruttorio, i programmi che risultano manifestamente inadeguati e che non hanno pertanto consentito all'impresa l'individuazione e la cessazione dell'illecito non consentono alle imprese di beneficiare di alcuna riduzione della sanzione¹⁰. Infine, i programmi

⁸ Si vedano i paragrafi 17-25 dello Schema di Linee Guida sulla *compliance* antitrust. Si vedano anche i paragrafi 19-36 della Relazione illustrativa dello Schema di Linee Guida sulla *compliance* antitrust, disponibile al seguente [LINK](#).

⁹ L'AGCM ha aggiunto 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)...*" (paragrafo 32 dello Schema di Linee Guida sulla *compliance* antitrust). Il programma di clemenza definisce un sistema di incentivi graduato in base alla tempestività della denuncia all'AGCM 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 qualora 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*, con il rischio di ridurre gli incentivi dell'impresa a presentare tempestivamente domanda di *leniency*. Pertanto, come specificato nella Relazione illustrativa dello Schema di Linee Guida sulla *compliance* antitrust, il riconoscimento della riduzione massima (15%) per un programma di *compliance* solo alle imprese che presentino anche domanda di clemenza prima delle ispezioni "...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..." (si vedano i paragrafi 49-54 della Relazione illustrativa dello Schema di Linee Guida sulla *compliance* antitrust).

¹⁰ In tali circostanze, 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

di *compliance* adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio che non hanno mostrato di funzionare in maniera del tutto efficace, in quanto non hanno permesso la scoperta e la cessazione dell'illecito in tempi oggettivamente brevi, ma che al tempo stesso 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 istruttorio¹¹.

La procedura di consultazione pubblica avviata dall'AGCM ai fini della definitiva adozione delle Linee Guida sulla *compliance* antitrust si concluderà dopo 30 giorni dalla pubblicazione sul Bollettino dell'AGCM della relativa comunicazione.

procedimento istruttorio (e prima della CRI), in analogia con il trattamento premiale riconoscibile per la presentazione di un programma *ex novo*.

¹¹ Paragrafo 37 dello Schema di Linee Guida sulla *compliance* antitrust: "... È onere dell'impresa dimostrare che: i) 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 e la sua cessazione/denuncia tempestiva; ii) le modifiche al programma proposte dall'impresa sono idonee a colmare le lacune che avevano impedito l'efficace funzionamento del programma di *compliance* originario..."