

Positivo il giudizio degli avvocati sulle Linee guida stilate dall'Agcm in materia di compliance

Antitrust, sì alle *best practices* per avere imprese concorrenziali

Pagine a cura
di FEDERICO UNNIA

Premiare le aziende che attivano processi di *compliance* interna. Anche attraverso l'introduzione di un *Antitrust compliance officer*. È uno dei consigli contenuti nelle linee guida sulla compliance emanate dall'Agcm lo scorso 25 settembre 2018, che sono ora al vaglio dell'applicazione di imprese grandi e piccole. Il *compliance officer* è un soggetto cui affidare la responsabilità dell'implementazione di condotte e procedure regolamentari. Uno «strumento» utile per dotare l'impresa di un sistema di compliance alle norme e condotte antitrust in grado di ridurre il rischio di incorrere in procedure ma, soprattutto, di vedersi riconosciuto uno sconto di pena pecuniaria nel caso si sia condannati.

È positivo, nell'insieme, il giudizio degli avvocati sulle



Michele Carpagnano

linee guida sulla compliance dell'Agcm. «Il mio è un giudizio certamente positivo per imprese», commenta **Michele Carpagnano**, responsabile della practice italiana di Competition & Antitrust di **Dentons**. «Le linee guida forniscono più certezza giuridica in merito al contenuto che il programma di compliance antitrust deve avere per poter essere valutato dall'Agcm come una circostanza attenuante, con una riduzione dell'eventuale sanzione fino ad un massimo del 15%. Prima l'Autorità ha seguito un approccio casistico che lasciava molti margini di discrezionalità, e quindi di incertezza, in merito ai requisiti che un buon programma di compliance avrebbe dovuto soddisfare per ambire ad ottenere un pieno riconoscimento premiale. Per molte multinazionali il programma di compliance antitrust è parte integrante della cultura aziendale. La maggiore certezza giuridica spingerà le imprese più virtuose ad innalzare ulteriormente gli standard di compliance già esistenti traendo ispirazione dal

testo dell'Agcm. Incentiverà le imprese più piccole, o quelle che vogliono dotarsi per la prima volta di un programma di compliance antitrust, a individuare facilmente gli elementi essenziali che tale programma deve avere» aggiunge Carpagnano.

Positivo anche il giudizio di **Silvia D'Alberti**, responsabile del dipartimento Antitrust dello studio **Gattai, Minoli, Agostinelli & Partners**. «Con le linee guida sulla compliance antitrust l'Autorità si pone all'avanguardia nel panorama europeo perché il trattamento premiale dei programmi di compliance finora è stato valorizzato solo da alcune autorità nazionali della concorrenza degli Stati membri».

Il quadro che emerge dalle nuove linee guida offre maggiore chiarezza e certezza alle imprese in merito ai requisiti che i programmi di compliance devono possedere al fine di un loro riconoscimento premiale. «Un elemento di perplessità rimane: riconoscere una riduzione fino al 15% per violazioni cui si applichi l'istituto della clemenza solo nei casi in cui la società presenti domanda di leniency, impone un onere particolarmente gravoso alle imprese e potrebbe disincentivare la stessa adozione del programma di compliance. È logico che in un momento storico in cui sono esposte a un inasprimento dell'enforcement antitrust, soprattutto in materia di *bid rigging*, con possibili ricadute penali e a un possibile incremento delle azioni di risarcimento danni antitrust a seguito dell'entrata in vigore della normativa danni, le imprese siano incentivate a continuare a investire nell'introduzione e mantenimento di programmi di compliance antitrust, evitando ripercussioni derivanti da eventuali accertamenti di illeciti».

Per **Luciano Di Via**, responsabile del dipartimento Antitrust di **Clifford Chance** in Italia, «le linee guida introducono novità di rilievo rispetto ai precedenti, sia nella struttura sia nei contenuti. Ricordo in particolare l'introduzione della figura dell'Antitrust Compliance Officer, iniziativa con cui si vuole evidenziare un più ampio riconoscimento del valore della concorrenza come parte integrante della cultura e della politica aziendale, cui legare lo sviluppo di un solido programma di compliance sostenuto innanzitutto dai vertici aziendali».

Secondo **Piero Fattori**, partner del dipartimento Concorrenza e regolamentazione dello studio **Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners** «l'effettivo rilievo delle Linee Guida sta nell'obiettivo di policy - espressamente dichiarato - di

Cosa prevedono le Linee guida

Lo scorso 25 settembre l'Agcm ha adottato le «Linee guida sulla compliance antitrust», che puntano a fornire alle imprese un orientamento:

- la definizione del contenuto del programma di compliance;
- la richiesta di valutazione del programma ai fini del riconoscimento dell'eventuale attenuante;
- i criteri che l'Autorità intende adottare nella valutazione ai fini del riconoscimento dell'attenuante.

In particolare, le Linee guida definiscono, in linea con le *best practices* internazionali, le componenti tipiche di un programma di compliance antitrust, tra cui il riconoscimento del valore della concorrenza come parte integrante della cultura aziendale, l'identificazione e valutazione del rischio antitrust specifico dell'impresa, la definizione di processi gestionali idonei a ridurre tale rischio, la previsione di un sistema di incentivi e lo svolgimento di attività di formazione e di auditing.

promuovere una cultura della prevenzione volta al rispetto delle regole di concorrenza. Mi sembrano assolutamente condivisibili i richiami all'esigenza che, una volta adottato, il programma non resti lettera morta, ma sia oggetto di monitoraggio e aggiornamento costanti.



Piero Fattori

Sul piano tecnico restano da chiarire alcuni aspetti. Quello delle modalità di corretta adozione ed implementazione dei programmi di antitrust compliance nell'ambito di gruppi di società. Nelle imprese di maggiori dimensioni, operanti in contesti internazionali vi è piena consapevolezza che programmi di questo tipo sono coerenti con l'evoluzione del contesto istituzionale, normativo e di mercato e vanno considerati con serietà e rigore. Per le imprese meno strutturate può risultare più immediatamente percepibile l'obiettivo del trattamento premiale, sconto sulla sanzione, perseguibile nell'ambito di un procedimento antitrust con l'adozione del programma».

«Il giudizio è tutto sommato positivo» attacca **Claudio Tesauro**, partner **BonelliErede**. «Da anni si discute se lo sviluppo di un programma di compliance possa essere considerato come una circostanza attenuante in caso di sanzione e ci sono opinioni discordanti. C'è chi ritiene che non debba esserlo: se hai svolto un programma di compliance e poi commesso una violazione, vuol dire che il programma non era ben fatto. Per contro, c'è chi ritiene che lo

sviluppo di una cultura antitrust vada comunque premiata. L'Autorità ha scelto questa seconda strada, chiarendo quali sono le caratteristiche che deve avere, in termini di coinvolgimento aziendale, formazione, controllo ed aggiornamento, un programma di compliance per essere ritenuto adeguato. Su questo c'è un grande interesse da parte delle imprese. Dal punto di vista del management, il punto non è tanto di poter beneficiare di uno sconto su di una possibile sanzione futura quanto di conoscere le aree di rischio ed evitare, attraverso formazione e monitoraggio, l'esposizione a procedimenti antitrust che, oltre al lato sanzionatorio, ledono l'immagine dell'azienda. Per gli avvocati interni è difficile ottenere adeguate risorse ed attenzione. Occorre trovare una lingua che permetta di comunicare concetti chiari e semplici, senza banalizzare, alle persone di business maggiormente esposte».

Per **Antonio Catricalà**, ex presidente di Agcm e oggi partner in **Lipani Catricalà & Partners**, «le linee guida finalmente rispondono all'esigenza delle imprese di conoscere preventivamente l'orientamento dell'Autorità nella valutazione dei programmi di compliance rilevanti ai fini della riduzione della sanzione. Si dà contenuto a quanto già previsto nel 2014, con le linee guida sulle sanzioni, che indicavano nell'adozione di programmi di compliance da parte delle aziende una possibile attenuante da valutare. Per le imprese sono un ulteriore tassello nel necessario processo di trasparenza dell'azione amministrativa, un elemento di certezza del diritto. Condividono l'idea di valorizzare lo strumento della prevenzione e della promozione di una cultura della concorrenza che è il vero punto forte delle linee guida. Ora, definite le regole, dovremo testarne la loro applicazione in concreto: su questo fronte è importante che il responsabile aziendale della compliance sia un manager davvero autonomo e indipendente».

«Tutto ciò che facilita la prevenzione delle violazioni

antitrust è positivo», commenta **Stefano Grassani**, Head Antitrust practice dello Studio Legale Associato **Gatti Pavesi Bianchi**. «Il fatto che l'Autorità abbia ufficializzato le proprie valutazioni in materia di programmi di compliance è un elemento importante perché offre linee guida ufficiali alle imprese su di un tema oggetto di divergenti apprezzamenti da parte delle varie autorità antitrust. Da un lato c'è l'esigenza di evitare che l'adozione di programmi di compliance diventi una soluzione ex post a basso costo per limitare l'esposizione antitrust; dall'altro, l'opportunità di incentivare le imprese ad adottare misure effettive di prevenzione, per molti aspetti simili a quelle prescritte dalle norme in tema di corruzione (dlgs 231)». Che aggiunge: «Le multinazionali e le grandi imprese italiane hanno già adottato, da tempo, programmi di clemenza e lo hanno fatto secondo i migliori standard internazionali, quindi con procedure e controlli strettissimi. Per la grande maggioranza dei clienti, il tema non si pone».

Per **Roberto Jacchia**, partner di **De Berti Jacchia Franchini Forlani Studio Legale** anche se è presto per fare un consuntivo, «il giudizio tecnico, e direi etico, è molto positivo. Anche se molto recenti, l'approccio delle imprese è di grande interesse. È tanto più elevato quanto più sofisticata è la cultura aziendale e concorrenzialmente sensibile il settore industriale in cui opera. L'opportunità offerta dai programmi compliance non è quella di aggirare le norme antitrust creandosi una sorta di verginità ex ante, ma di consentire a realtà imprenditoriali complesse che operano con livelli decisionali diffusi, e talora oggettivamente conflittuali, di dotarsi di uno strumento in più, ripeto, anche e soprattutto prima del sorgere del problema. Questo è particolarmente vero per le imprese dominanti di ogni settore e per quelle che operano in mercati naturalmente trasparenti e pro-collusivi. Come per tutte le attività di compliance, la funzio-

Crescerà l'attività degli studi nell'assistenza alle imprese

ne del legale è di spiegare che si tratta di un investimento, più che di un costo. Anche le imprese più attente possono, a torto o ragione, trovarsi coinvolte in indagini antitrust. Una prevenzione corretta potrebbe farle scagionare o almeno tradursi in uno sconto di sanzione di rilevante valore economico».

Matteo Beretta, partner di **Cleary Gottlieb** osserva che «Negli ultimi anni nelle imprese è cresciuto l'interesse per la compliance in ambito antitrust, con il che prevenire è meglio che curare. Le nuove linee guida sono un fatto positivo, forniscono utili e puntuali indicazioni sulle aspettative dell'Agcm al riguardo. Le indicazioni più interessanti sono rappresentate dalla necessità di adottare programmi tailor-made, adeguati agli specifici rischi antitrust cui l'impresa è esposta e così dotarsi di efficaci procedure interne che prevedano il coinvolgimento di un responsabile del programma, assicurino un costante monitoraggio e audit delle attività, un aggiornamento del programma alle mutate esigenze dell'impresa, e una attività di formazione del personale che sia continua nel tempo. L'adozione delle nuove linee guida richiederà un adeguamento da parte di molte imprese per accertare che i programmi esistenti siano conformi alle indicazioni o per introdurne di nuovi ad esse conformi. Gli sforzi più importanti saranno delle imprese più piccole, che non hanno ancora una adeguata familiarità con questi processi o sono prive di una struttura aziendale che consenta di gestire il processo di compliance aziendale secondo le precise prescrizioni. È



Matteo Beretta

auspicabile che l'Autorità tenga in considerazione la ridotta struttura di talune imprese nel valutare l'adeguatezza del programma, riconoscendo in questi casi che modelli più standardizzati e snelli possono essere valutati con meno rigore rispetto a quanto avviene per imprese più ampie o maggiormente strutturate».

Alessandro Greco, responsabile del dipartimento Eu competition regulatory and trade di **Eversheds Sutherland** sottolinea come «le nuove linee guida, sotto un certo profilo, sembrano porsi in una linea di coerenza sistematica con la recente normativa italiana sul whistleblowing individuale (L 30 novembre 2017, n. 179), che tutela i dipendenti che denunciano internamente all'azienda eventuali illeciti. Non è condivisibile la scelta dell'Autorità di collegare la compliance antitrust alla leniency, con un trattamento premiale più consistente all'impresa che, a valle dell'implementazione di un efficace programma, abbia denunciato una pratica illecita

che abbia partecipato. La previsione che, sebbene in circostanze eccezionali, i programmi di compliance possano costituire circostanza aggravante ai fini sanzionatori appare rigorosa se si considera che l'art. 14 comma 5, della legge n. 287/1990 contempla già l'applicazione di eventuali sanzioni pecuniarie amministrative qualora le parti del procedimento istruttorio non ottemperino agli obblighi di collaborazione previsti e i parr. 20 e 21 delle Linee Guida in materia di sanzioni prevedono l'eventuale incremento dell'importo di base della sanzione in considerazione di specifiche circostanze aggravanti, quali sono le condotte volte a impedire, ostacolare o comunque ritardare l'attività istruttorio dell'Autorità».

Porta un'interessante visione mondiale (ha seguito l'evento IBA di Firenze sull'antitrust, ndr) **Vito Auricchio**, partner di **Legance**, sottolineando che «dalla conferenza è emersa, da un lato, una crescente necessità del coordinamento della gestione dell'implementazione delle operazioni di concentrazione e dei cartelli multi-jurisdictional, e dall'altro un aumentato interesse delle autorità di concorrenza per le condotte anticompetitive nel settore dell'economia digitale. Le nuove linee guida in materia di compliance antitrust sono un importante segnale alle imprese che, per potere aspirare ad ottenere una consistente riduzione di eventuali sanzioni (fino al 15% dell'importo base), sono necessari rilevanti investimenti. Non è più sufficiente fare un training antitrust ogni tanto, o avere delle generiche Linee Guida Antitrust, ma oc-

correrà fare seri investimenti, avere procedure interne definite tenendo conto della specificità dell'impresa affinché possano effettivamente supportare le funzioni maggiormente esposte al rischio antitrust, e monitorare con regolarità l'implementazione del programma di compliance».

Taglia corto **Francesco Sciaudone**, managing Partner di **Grimaldi Studio Legale** secondo il quale «si tratta di una iniziativa importante che conferma la crescente autorevolezza dell'Agcm, ormai tra le più credibili autorità antitrust europee».

«È un evento di indubbia rilevanza», commenta **Filippo Fioretti**, partner dello Studio legale **Pavia e Ansaldo**. «Forniscono utili indicazioni sui contenuti che un programma di compliance antitrust efficace dovrebbe avere. Soprattutto chiariscono il regime premiale che può derivare dall'adozione e applicazione dei programmi, in termini di riduzione dell'eventuale sanzione. Questa è una novità importante che si rendeva necessaria per garantire la certezza del diritto nell'applicazione delle misure sanzionatorie irrogate dall'Autorità. In ottica business, le linee guida aumenteranno – e ne stiamo già avendo riscontro – l'interesse delle imprese verso il tema della compliance in chiave soprattutto preventiva, incrementando la richiesta di consulenza e assistenza degli studi legati nella strutturazione e monitoraggio del proprio programma».

Anche per **Pietro Merlino**, Responsabile dell'Antitrust & Competition practice italiana di **Orrick** il giudizio è positivo.

«Non tanto per lo specifico contenuto delle Linee Guida sulla compliance antitrust in quanto tale che quanto per l'ulteriore e rinnovato interesse al tema che la loro adozione ha suscitato nelle imprese. Interesse che innesca un circolo virtuoso perché le imprese si dotano di programmi sempre più efficaci che consentono di prevenire tout court illeciti di questo tipo. Il vero colpo di genio dell'Agcm è stato quello di formalizzare, tra le prime in Europa, nelle proprie linee guida sulla quantificazione delle sanzioni del 2014, il principio per cui l'adozione di un efficace programma di compliance antitrust può giustificare l'applicazione di uno sconto



Pietro Merlino

sull'ammenda, innescando così il circolo virtuoso di cui ho detto».

«Sono un aiuto per le imprese che intendano adottare un programma di compliance antitrust, in una prospettiva di contenimento dei rischi di violazione delle stesse. A fronte dei benefici già previsti in precedenza, finalmente vengono ora fornite anche chiare indicazioni su come realizzare un tale programma. Restano però alcune perplessità sul possibile effetto disincentivante per le imprese rappresentato dalla prevista ritenuta inadeguatezza dei programmi di compliance antitrust laddove sia coinvolto il proprio top management» chiosa **Marco Moretti**, partner di **Legalitax Studio Legale e Tributario**. «C'è un forte commitment nel top management dei gruppi che in passato si sono già imbattono in procedimenti antitrust. Per gli altri, l'interesse appare controbilanciato dal timore di una eccessiva duplicazione di programmi di compliance. Trasmettiamo, soprattutto a queste ultime imprese, il concetto che il programma di compliance è anche uno strumento di gestione. Peraltro, alcuni elementi comuni fanno anche sì che si possa procedere ad una forma di opportuna ottimizzazione tra i vari programmi di compliance, primi fra tutti quello antitrust e quello della 231».

EMILIO DE GIORGI, ALLEN & OVERY

L'Antitrust italiana più avanti di quelle europee

«**L'**Agcm, come altre Autorità antitrust, ritiene che i programmi di compliance antitrust contribuiscono alla diffusione di una cultura della concorrenza. Così ha riconosciuto come circostanza attenuante l'adozione di un programma di compliance «adeguato e in linea con le best practice europee e nazionali», spiega **Emilio De Giorgi**, responsabile del team Antitrust di **Allen & Overy**. «Si tratta di una scelta non affatto scontata: altre autorità antitrust come ad esempio la Commissione europea, ritiene che non vi sia motivo di premiare un programma di compliance che non è stato in grado di prevenire la violazione della normativa antitrust».

Le imprese coinvolte in istruttorie antitrust hanno cominciato ad adottare programmi di compliance anche in ragione del fatto che l'Agcm ha riconosciuto l'attenuante anche in caso il programma fosse stato implementato dopo l'inizio dell'indagine.

Domanda. Qual è il vantaggio maggiore che deriva alle imprese e quale il rischio più rilevante?

Risposta. I vantaggi sono di due tipi. Ridurre i rischi connessi alla violazione della normativa antitrust, con sanzioni imposte dalle autorità antitrust che possono essere considerevoli. Un programma di antitrust compliance può prevenire la violazione della normativa ovvero consentire al management dell'impresa di scoprire l'avvenuta violazione e, ricorrendone i requisiti, chiedere l'ammissione ad un programma di clemenza ottenendo così l'immunità dalle sanzioni antitrust. Ci sono poi le azioni di danno



Emilio De Giorgi

antitrust, sempre più frequenti anche grazie alla Direttiva 2014/104/UE, che agevola le vittime ad ottenere i risarcimenti. Occorre inoltre considerare che tra le ipotesi di gravi illeciti professionali idonee a determinare l'esclusione di un concorrente da una procedura di evidenza pubblica vi è la violazione della

normativa antitrust. Tale sanzione accessoria può essere «mortale» per le imprese la cui attività dipende in prevalenza da commesse pubbliche. Sotto altro profilo, la mancanza di un programma può danneggiare l'impresa in occasioni di operazioni straordinarie. Una target priva di un adeguato programma di compliance antitrust e operante in un settore a rischio può essere meno appetibile, così come le banche sempre più spesso chiedono evidenza dell'esistenza di un programma di compliance prima di concedere finanziamenti di importi rilevanti spesso collegati ad operazioni di acquisizione.

D. Che uso è stato fatto ad oggi dalle imprese di questo istituto?

R. L'impressione è che ad oggi le imprese ne abbiano fatto un uso limitato e spesso cosmetico ritenendo che fosse sufficiente l'adozione di un manuale antitrust dai contenuti pressoché standard e magari un generico training antitrust. La situazione sta però cambiando: un programma di compliance serio deve vedere il coinvolgimento attivo di tutto il management e prevedere una serie di presidi, incentivi e sistemi sanzionatori affinché diventi un effettivo strumento di prevenzione.

Supplemento a cura di **ROBERTO MILIACCA**
rmiliacca@class.it
e **GIANNI MACHEDA**
gmacheda@class.it