



L'AGCM ha adottato le nuove Linee Guida sulla *compliance* antitrust

📅 07/11/2018

📖 SOCIETÀ, COMPLIANCE, DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, DIRITTO AMMINISTRATIVO E PUBBLICO, SOCIETARIO E COMMERCIALE

Roberto A. Jacchia
Sara Capruzzi

In data 25 settembre 2018 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha adottato le nuove Linee Guida sulla *compliance* antitrust¹, che forniscono un significativo orientamento alle imprese per: (i) la definizione del contenuto dei programmi di *compliance*; (ii) le modalità di presentazione della richiesta di valutazione del programma ai fini del riconoscimento dell'eventuale attenuante da parte dell'Autorità; e (iii) i criteri che l'Autorità intende adottare in tale valutazione ai fini del riconoscimento dell'attenuante.

Le nuove Linee Guida sono state adottate a seguito del parziale accoglimento delle osservazioni pervenute ad esito della consultazione pubblica avviata nell'aprile 2018 sulla bozza di dette Linee Guida², e si innestano nel sistema delle Linee Guida del 2014 sui criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della Legge n. 287/90³, in cui l'AGCM aveva incluso l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e in linea con le *best practice* europee e

¹ Disponibili al seguente [LINK](#).

² Si veda il nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).

³ Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n.25152 - 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. Disponibili al seguente [LINK](#).



nazionali⁴, tra le circostanze attenuanti che possono ridurre l'importo di una sanzione.

I programmi di *compliance* antitrust sono sviluppati dalle imprese con lo scopo di assicurare il rispetto della normativa in materia di concorrenza e di prevenire eventuali illeciti, informando e rendendo consapevole il personale delle conseguenze derivanti dalle violazioni di tale normativa. Oltre all'Italia, anche le Autorità nazionali garanti della concorrenza di numerosi altri Stati Membri hanno fornito indicazioni in materia di *compliance* antitrust. Nel 2010 l'allora *Office of Fair Trading* (OFT) del Regno Unito, oggi divenuto *Competition and Markets Authority*, aveva redatto il documento "*Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law*"⁵, che già prevedeva che le imprese potessero godere di una riduzione della sanzione in presenza di un programma di *compliance* conforme alle linee guida. Nel 2012 l'*Autorité de la Concurrence* francese aveva pubblicato un documento-quadro⁶ indicante le condizioni alle quali l'adozione di un programma di *compliance* antitrust

poteva essere considerato ai fini della *leniency*/immunità parziale o come attenuante negli illeciti in cui la *leniency* non trovava applicazione⁷. A livello europeo, invece, la Commissione non prevede alcuna riduzione di sanzione in caso di adozione e finanche implementazione di un programma di *compliance*⁸.

Ai sensi delle Linee Guida, ai fini del riconoscimento di un programma di *compliance* per ottenere la riduzione della sanzione, è centrale la sua idoneità a svolgere una funzione di prevenzione degli illeciti; e, pertanto, il programma dovrà tenere in considerazione le caratteristiche dell'impresa, ossia la sua natura, la sua dimensione e la sua posizione di mercato, ed il contesto di mercato in cui essa opera. Tra gli elementi tipici qualificanti di un programma di *compliance* vi sono:

- il riconoscimento del valore della concorrenza (ad esempio, in un codice etico o di condotta aziendale) come parte integrante della cultura e della politica dell'impresa;

⁴ 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)*..."

⁵ Disponibile al seguente [LINK](#).

⁶ *Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*, disponibile al seguente [LINK](#).

⁷ I programmi di *leniency* (clemenza) hanno la finalità di indurre le imprese partecipanti ad un cartello a collaborare in maniera attiva e determinante all'individuazione delle condotte illecite, in cambio della non applicazione, o sostanziale riduzione, delle sanzioni. Tali programmi sono qualificabili come sistemi premiali che mirano a destabilizzare i cartelli minando la fiducia reciproca tra coloro che vi partecipano. Trattandosi di un sistema premiale, l'efficacia dei programmi di clemenza è legata alla deterrenza delle sanzioni ed alla effettività della loro applicazione, che il *leniency applicant* sarà propenso ad evitare o attenuare attraverso una concreta attività di collaborazione.

⁸ Si veda, *ex multis*, CGUE 18.07.2013, causa C-501/11P, *Schindler Holding Ltd e altri contro Commissione europea*, punti 113-114 e 140-144. Si veda altresì la sentenza del TAR Lazio, causa n. 9048, pubblicata il 28.07.2017: "... 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..."

- l'identificazione e la valutazione del rischio antitrust specifico dell'impresa, ossia la concreta analisi del rischio di porre in essere condotte anticompetitive che l'impresa si trova a fronteggiare. Una tale analisi permette infatti la corretta individuazione delle priorità di intervento, identificando le attività di prevenzione più adeguate e massimizzando in tal modo l'impiego delle risorse utilizzate per la realizzazione del programma;
- attività di formazione e *know-how* interno, al fine di diffondere la conoscenza delle tematiche antitrust tra i dipendenti e i funzionari, rendendoli consapevoli dei rischi antitrust legati alla loro attività;
- la definizione di processi gestionali idonei a ridurre il rischio che vengano poste in essere condotte in violazione della normativa a tutela della concorrenza come, ad esempio, modelli di *reporting* interno che consentano al personale di segnalare rapidamente problematiche antitrust ed ottenere chiarimenti su specifiche questioni, fino a consentire la denuncia, anche in forma anonima, di possibili violazioni;
- un sistema di misure disciplinari nel caso di violazione delle norme in materia di concorrenza da parte dei dipendenti e funzionari ed un sistema di incentivi al rispetto delle procedure e dei processi di gestione del rischio antitrust come individuati dal programma;
- un monitoraggio periodico del programma ed il suo eventuale aggiornamento, che tenga conto delle evoluzioni dell'attività dell'impresa e del contesto di mercato in cui essa opera, nonché dello stato dell'arte giurisprudenziale in materia.

L'adozione di un programma di *compliance* non è, però, di per sé sufficiente per conseguire il riconoscimento di un'attenuante. Le Linee Guida specificano che l'applicazione di un trattamento premiale richiede che l'impresa dia prova dell'adeguatezza del programma e della sua effettiva applicazione. In particolare, un'impresa coinvolta in un procedimento istruttorio che intenda beneficiare di un'attenuante per il proprio programma di *compliance* dovrà presentare presso gli Uffici dell'AGCM un'apposita richiesta, accompagnata da una relazione illustrativa che spieghi i motivi per cui il programma possa considerarsi adeguato e le iniziative concrete realizzate dall'impresa per la sua efficace applicazione, allegando altresì la documentazione a riprova dell'effettiva attuazione. Inoltre, per i fini dell'attenuante, sono considerati solo i programmi adottati, attuati e trasmessi dalle imprese interessate entro sei mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria. Nel caso in cui il programma di *compliance* sia stato modificato dopo l'avvio di un procedimento, l'impresa dovrà specificare, tra l'altro, i miglioramenti apportati e le ragioni della loro introduzione, nonché le iniziative adottate per l'esecuzione del nuovo programma⁹.

Nell'ambito di procedimenti *antitrust* che coinvolgono sia un'impresa controllata che la controllante, il programma di *compliance* dovrà essere adottato e implementato a livello di gruppo per soddisfare il requisito di adeguatezza. Ai fini della valutazione dell'attenuante, verrà esaminato il programma adottato e attuato sia dall'impresa controllante, sia dalle controllate coinvolte. L'adozione di un programma di *compliance* da parte della capogruppo non sarà considerato di per sé un elemento sufficiente ad escluderne la responsabilità per la

⁹ Paragrafo 26 delle Linee Guida: "... 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 modificare e l'impegno dimostrato nel dare esecuzione alle nuove misure di prevenzione di comportamenti anticompetitivi...".

condotta anticoncorrenziale della controllata¹⁰.

L'attenuante riconosciuta alle imprese varia in base al momento in cui viene adottato il programma di *compliance*. Se questo viene adottato dopo l'avvio del procedimento istruttorio, è prevista la possibilità di una riduzione dell'importo base della sanzione fino al 5%. Per ottenere l'attenuante, è in ogni caso necessario che il programma venga attuato in tempo utile per essere valutato dall'AGCM nel corso del procedimento¹¹. Per i programmi di *compliance* adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio, invece, l'ammontare della riduzione dipende dalla loro adeguatezza ed efficacia. In particolare:

- i programmi di *compliance* adeguati e che hanno funzionato in maniera efficace, consentendo la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima della notifica dell'avvio del procedimento istruttorio, permettono di beneficiare di una riduzione fino al 15% della sanzione. Nel caso in cui sia applicabile l'istituto della clemenza, l'attenuante del 15% può essere riconosciuta solo laddove l'impresa presenti la domanda di clemenza prima che l'AGCM abbia condotto ispezioni riguardanti la medesima ipotesi collusiva;

- i programmi di *compliance* che non hanno funzionato in maniera del tutto efficace, non consentendo la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima dell'avvio del procedimento dell'AGCM, ma che, tuttavia, non sono manifestamente inadeguati, possono permettere all'impresa di beneficiare di un trattamento premiale fino al 10% della sanzione, a condizione che essa integri adeguatamente il programma e inizi a darvi attuazione entro sei mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria¹². L'ammontare dell'attenuante sarà valutato tenendo in considerazione la completezza del programma esistente al momento dell'avvio del procedimento istruttorio e delle modifiche attuate dall'impresa;

- i programmi di *compliance* manifestamente inadeguati¹³, infine, non permettono di beneficiare di trattamenti premiali. Tuttavia, è previsto che, nel caso in cui l'impresa presenti modifiche sostanziali al programma entro sei mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria, essa possa beneficiare di una potenziale riduzione della sanzione fino al 5%.

È altresì prevista un'attenuante non superiore al 5% della sanzione per le imprese recidive¹⁴, nel caso in cui esse

¹⁰ Paragrafi 43 e 44 delle Linee Guida.

¹¹ Paragrafo 29 delle Linee Guida: "... La quantificazione dell'attenuante è commisurata alla completezza e alla qualità del programma presentato (adeguatezza), ma anche alla maggiore o minore possibilità da parte dell'Autorità di verificare la fattiva, concreta e continuativa implementazione e attuazione del programma...".

¹² Paragrafo 37 delle Linee Guida: "... 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...".

¹³ La manifesta inadeguatezza di un programma di *compliance* può risultare da gravi carenze dei contenuti, dall'assenza di elementi probatori circa l'effettiva attuazione, o il coinvolgimento dei vertici del *management* aziendale nella condotta illecita. Inoltre, un programma è sempre considerato manifestamente inadeguato se, nei casi in cui sia applicabile l'istituto della clemenza, l'impresa o l'associazione di imprese non abbia posto fine all'illecito e non abbia presentato domanda di clemenza ai sensi dell'articolo 15, comma 2-bis della Legge n. 287/1990.

¹⁴ Per impresa recidiva si intende un'impresa che "... abbia precedentemente commesso una o più infrazioni simili o della stessa tipologia, in relazione all'oggetto o agli effetti, accertata/e dall'Autorità o dalla Commissione Europea, nei cinque anni precedenti l'inizio dell'infrazione oggetto di

siano già dotate di un programma di *compliance* prima della notifica dell'avvio dell'istruttoria e abbiano presentato delle modifiche allo stesso dopo l'avvio del procedimento. Nessuna attenuante sarà concessa ad un'impresa recidiva che abbia già beneficiato di una riduzione della sanzione, ad esito di una precedente istruttoria, per aver adottato un programma di *compliance*¹⁵.

In generale, l'AGCM non considererà l'esistenza di un programma di

compliance quale circostanza aggravante, salvo ipotesi eccezionali. Ad esempio, potrà sussistere un'aggravante qualora il programma sia stato strumentale all'occultamento dell'infrazione o abbia ostacolato l'attività istruttoria dell'AGCM¹⁶.

L'AGCM applicherà le Linee Guida sulla *compliance* antitrust nei procedimenti istruttori avviati successivamente alla loro pubblicazione¹⁷.

istruttoria...". Si vedano il paragrafo 22 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.

¹⁵ Paragrafi 40 e 41 delle Linee Guida. Al contrario, ciò potrebbe costituire una circostanza aggravante; si veda il paragrafo 46 delle Linee Guida.

¹⁶ Tali ipotesi potrebbero costituire un'aggravante secondo quanto previsto dal paragrafo 21 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.

¹⁷ Le Linee Guida sulla *compliance* antitrust sono state pubblicate nel Bollettino settimanale dell'AGCM n. 37/2018 del 08.10.2018.




Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1


 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Sara Capruzi

ASSOCIATE

 d.scavuzzo@dejalex.com

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ul. Letnikovskaya, 10/2 · 115114, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com