

CONCORRENZA E ANTITRUST

L'ADOZIONE DELLE LINEE GUIDA AGCM SUI PROGRAMMI DI COMPLIANCE

Con provvedimento del 25 settembre 2018, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, anche "AGCM" o "Autorità") ha adottato delle linee guida in materia di *compliance antitrust* (le "Linee Guida"), volte a fornire agli operatori economici specifiche indicazioni sui meccanismi da predisporre al fine di prevenire e rilevare, nell'ambito di un gruppo o di una singola società, la commissione di illeciti anticoncorrenziali.

L'adozione delle Linee Guida, che è stata preceduta da una consultazione pubblica condotta dalla stessa AGCM nella primavera di quest'anno, costituisce il corollario all'inserimento dei programmi di *compliance* tra le circostanze attenuanti che le imprese sanzionate dall'Autorità possono invocare in sede di calcolo delle ammende.

Invero, sin dal 2014 l'AGCM annovera, tra le circostanze attenuanti descritte all'art. 23 delle linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni ("Linee Guida sulle Sanzioni"), "l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di compliance, adeguato e in linea con le best practices europee e nazionali".

Tuttavia, le Linee Guida sulle Sanzioni non forniscono indicazioni in merito ai requisiti che un programma di *compliance* debba soddisfare per poter essere considerato "adeguato e in linea con le best practices europee e nazionali". Di conseguenza, sino ad oggi le imprese avevano dovuto fare riferimento, per realizzare i propri programmi di *compliance*, ai vari modelli standard già predisposti dall'International Chamber of Commerce (ICC) o da Confindustria. Le Linee Guida colmano tale lacuna, specificando quali siano i criteri di adeguatezza di un programma di *compliance* idonei a dare titolo al riconoscimento, da parte dell'AGCM, di un'attenuante in sede di calcolo della sanzione.

1. Gli aspetti principali dei programmi di compliance "adeguati"

In generale, le Linee Guida prevedono che la *compliance antitrust* venga specificamente riconosciuta come parte integrante della politica aziendale – ad esempio, tramite uno specifico richiamo al valore della concorrenza nel codice etico dell'impresa – e che l'impresa interessata debba destinare adeguate risorse allo sviluppo del programma, nonché dotare di autonomia e indipendenza il responsabile dello stesso, il quale dovrà rispondere direttamente ai massimi vertici aziendali.

L'identificazione dei rischi *antitrust* specificamente connessi all'attività dell'impresa interessata svolge un ruolo altrettanto decisivo, in quanto l'efficacia del programma sarà valutata dall'AGCM appunto con riferimento alla sua capacità di prevenire i rischi *antitrust* propri all'attività condotta sul mercato e al contesto concorrenziale. Pertanto, il contenuto del programma dovrà tenere conto di diversi elementi: posizione concorrenziale dell'impresa interessata, natura dell'attività e dei servizi/prodotti offerti, contesto competitivo, normativo e regolatorio, organizzazione interna, etc.

ALERT / NOVEMBRE 2018

L'implementazione del programma di *compliance*, poi, dovrà richiedere lo svolgimento di periodiche attività di formazione e aggiornamento, adatte alla dimensione e al contesto aziendale in questione. Si renderà quindi necessaria la predisposizione di manuali e guide *ad hoc*, nonché lo svolgimento di corsi di formazione e *training* del personale.

Per quanto concerne la definizione dei processi gestionali volti a ridurre il rischio *antitrust*, le Linee Guida sottolineano l'importanza di modelli di *reporting* che consentano al personale di segnalare le eventuali problematiche, ottenere chiarimenti su specifiche questioni, nonché denunciare anonimamente le pratiche illecite. Inoltre, viene raccomandato lo svolgimento di periodiche attività di *due diligence* e di *audit* interni, nonché sottolineata l'importanza della consulenza legale affidata a soggetti terzi rispetto all'organizzazione aziendale.

Con riferimento ai processi di gestione del rischio, va sottolineata l'importanza di prevedere un sistema di incentivi funzionali al rispetto del programma, ad esempio l'utilizzo di misure disciplinari per i dipendenti che violino le norme *antitrust* o che non rispettino le procedure per la rimozione degli illeciti. *A contrario*, sarà valutato anche l'eventuale ricorso a incentivi economici per i dipendenti che rispettino tali procedure e si impegnino ad applicarle, *in primis* il responsabile stesso del programma.

Monitoraggio e miglioramento continuo costituiscono, infine, presupposti essenziali della credibilità del programma di *compliance*; di conseguenza, dovranno essere effettuate sistematicamente attività volte a verificare l'efficacia delle sue diverse componenti.

2. La richiesta di valutazione del programma di compliance

Dal punto di vista pratico, le Linee Guida dispongono che l'impresa coinvolta in un procedimento istruttorio, che intenda beneficiare dell'attenuante relativa all'adozione di un programma di *compliance*, dovrà presentare agli Uffici dell'Autorità una specifica *richiesta* ed una *relazione illustrativa*, indicando:

- i. le ragioni per cui il programma possa ritenersi adeguato alla prevenzione degli illeciti *antitrust*; e
- ii. le iniziative concrete poste in essere dall'impresa per l'effettiva ed efficace implementazione del programma.

La relazione illustrativa dovrà essere corredata da **apposita documentazione**, che includa non solo gli atti di predisposizione del programma (ad esempio, le linee guida interne e i manuali operativi), ma anche i documenti volti a comprovare l'effettivo e concreto impegno al rispetto di quest'ultimo da parte dell'impresa.

Per quanto concerne la prova dell'adeguatezza del programma, le Linee Guida enfatizzano, ancora una volta, la necessità che il programma preveda soluzioni *tailored* al tipo di problematiche che l'impresa interessata può trovarsi ad affrontare. Si pensi, ad esempio, alle contromisure che un'impresa solita partecipare a bandi pubblici deve prendere per evitare contatti e/o discussioni con potenziali concorrenti in sede di gara.

Con riferimento, invece, all'effettiva ed efficace attuazione del programma, la relazione illustrativa dovrà indicare le iniziative poste in essere dall'impresa interessata, ad esempio tramite la produzione di:

- nomine dei responsabili del programma e del personale incaricato di operare ai fini dell'implementazione con adeguati poteri di controllo e *reporting*;
- documentazione elaborata per lo svolgimento dei programmi di formazione e di aggiornamento periodico del personale;
- documentazione relativa all'istituzione di un sistema di *whistle-blowing*, di *reporting* interno, di misure disciplinari e di incentivi;

- riscontri documentali che testimonino l'effettiva operatività del programma, quali i richiami specifici al rispetto del programma da parte dei vertici dell'impresa, le verifiche sullo stato di attuazione del programma, le interlocuzioni su alcuni aspetti del programma, etc.

Con riguardo ai programmi di *compliance adottati* dall'impresa interessata *prima* del procedimento istruttorio, la relazione illustrativa e la documentazione allegata dovranno indicare **le ragioni per cui le iniziative siano da considerarsi efficaci**, quali siano **i motivi per cui l'impresa sia stata comunque coinvolta** nell'indagine dell'AGCM, nonché gli eventuali **mutamenti della condotta** oggetto di indagine in relazione al programma di *compliance*.

Anche in caso di programma di *compliance adottato dopo* l'avvio del procedimento, relazione ed allegati dovranno illustrare le iniziative già applicate e gli esiti conseguiti.

Infine, se il programma è stato *modificato dopo* l'avvio del procedimento, al fine di renderlo più efficace, la relazione e gli allegati dovranno indicare: le **caratteristiche del programma precedente**, le iniziative adottate per darvi esecuzione, i **miglioramenti** apportati al programma e le ragioni della loro introduzione, nonché le **iniziative** poste in essere per dare attuazione al nuovo programma ed i primi **risultati** ottenuti.

3 Il trattamento premiale garantito dall'adozione di programmi di compliance

Con riferimento ai **programmi adottati prima dell'apertura dell'istruttoria**, occorre distinguere tra:

- (i) programmi considerati **adeguati ed efficaci**;
- (ii) programmi **manifestamente inadeguati**; e
- (iii) programmi **non manifestamente inadeguati**.

Nel caso *sub (i)* (*i.e.*, programmi adeguati che abbiano funzionato efficacemente, permettendo quindi la **tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima dell'avvio del procedimento**), la riduzione della sanzione a titolo di attenuante può arrivare fino al **15%**. È importante sottolineare che, nel caso sia applicabile l'istituto della clemenza, tale attenuante può essere riconosciuta solo qualora **sia presentata istanza di leniency [1] prima che l'AGCM abbia condotto ispezioni in relazione all'ipotesi istruttoria o, comunque, prima della notifica del provvedimento di avvio**.

Per quanto riguarda l'ipotesi *sub (iii)* (*i.e.*, programmi **non manifestamente inadeguati**, ossia che non abbiano dimostrato di funzionare del tutto), può comunque essere accordata una riduzione fino al **10%** della sanzione (sempre purché tali programmi siano adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio), a condizione che l'impresa integri il programma e inizi a darvi attuazione dopo l'avvio del procedimento e prima della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie ("**CRI**"). A tal fine, l'impresa interessata dovrà dimostrare che il programma era comunque "*ben calibrato*" nella prevenzione del rischio *antitrust* e che è stato attuato con costanza e serietà, malgrado non abbia evitato la commissione della condotta illecita e la sua cessazione o, comunque, la sua tempestiva denuncia.

Per quanto concerne i **programmi adottati ex novo dopo l'avvio dell'istruttoria**, l'AGCM non attribuirà riduzioni in misura superiore al **5%** della sanzione. La quantificazione precisa della riduzione sarà commisurata alla completezza ed alla qualità del programma, nonché alla possibilità dell'AGCM di verificarne la concreta attuazione. In ogni caso, **non saranno presi in considerazione i programmi di compliance adottati e trasmessi all'AGCM successivamente alla CRI**.

4. Altre fattispecie

Le Linee Guida chiariscono che le imprese recidive possono beneficiare di una riduzione non superiore al 5% della sanzione a condizione che presentino modifiche del programma dopo l'avvio del procedimento da parte

dell'Autorità. Non potranno invece usufruire di alcuna attenuante le imprese recidive che in passato abbiano già usufruito di una riduzione della sanzione in virtù dell'adozione di un programma di *compliance*.

I programmi adottati nell'ambito di procedimenti che si concludano con l'assunzione di impegni della società ex art. 14 *ter* l. 287/90 riceveranno un trattamento "neutro", in quanto non godranno di alcuna presunzione di adeguatezza e, nel caso di futuri procedimenti, incomberà sull'impresa interessata l'onere di dimostrare l'efficacia e l'adeguatezza del programma di *compliance*.

Infine, le Linee Guida precisano che l'implementazione di un programma di *compliance* **non** sarà considerata dall'AGCM quale **circostanza aggravante**, salvo **casi eccezionali** in cui il programma sia stato impropriamente utilizzato al fine di nascondere o addirittura agevolare la commissione dell'illecito anticoncorrenziale.

5. La valutazione dei programmi da parte della Commissione e di alcune autorità nazionali

L'iniziativa dell'AGCM si discosta dalla prassi seguita dalla Commissione europea, che non riconosce alcuna riduzione dell'ammenda alle imprese sanzionate in virtù della sola implementazione di programmi di *compliance*. Sul punto si era espresso l'allora Commissario alla concorrenza e Vice-Presidente della Commissione Joaquín Almunia, il quale, in un discorso pubblico tenuto a Berlino nell'aprile del 2011, aveva dichiarato che "*a successful compliance programme brings its own reward. The main reward for a successful compliance programme is not getting involved in unlawful behaviour. Instead, a company involved in a cartel should not expect a reward from us for setting up a compliance programme, because that would be a failed programme by definition*". Non risulta che l'attuale Commissaria alla concorrenza, Margrethe Vestager si sia discostata dalle dichiarazioni di Almunia.

Ciò premesso, il riconoscimento dell'adozione di un programma di *compliance* quale circostanza attenuante non è una peculiarità italiana. Si pensi, ad esempio, alle linee guida predisposte dalla britannica *Competition and Markets Authority* ("CMA") o, in passato, dall'*Autorité Française de la Concurrence*.

Per quanto concerne il Regno Unito, la CMA ha pubblicato diverse linee guida volte a sensibilizzare gli operatori economici sulle principali tematiche legate alla *compliance antitrust* (*Competition Law Risk - A Short Guide*, 2017, *Competition Law Case Studies*, 2015, *Competing fairly in business* 2015, *How your business can achieve compliance with competition law* 2011). Le linee guida CMA 2017 individuano una serie di raccomandazioni alle imprese per la realizzazione di un programma efficace. Come del resto fa l'AGCM, anche la CMA dà rilevanza all'identificazione del rischio antitrust specifico all'impresa interessata (suggerendo persino di identificare lo staff che opera in aree a rischio particolarmente elevato, come coloro che hanno contatti con concorrenti), all'implementazione di procedure di prevenzione e rilevamento degli illeciti, nonché al monitoraggio continuo del programma (annualmente o contestualmente all'acquisizione di un nuovo *business* o all'apertura di un'istruttoria). La CMA può prendere in considerazione le prove prodotte dall'impresa di "*adequate steps' to improve compliance*" al fine di concedere un'attenuante e può ridurre fino al 10% la sanzione che avrebbe comminato all'impresa in questione.

Più complessa, invece, è la valutazione dei programmi di *compliance* da parte dell'*Autorité française de la concurrence*. Quest'ultima aveva pubblicato, il 10 febbraio 2012, una comunicazione simile alle Linee Guida AGCM, con la quale venivano fornite le indicazioni essenziali per la predisposizione di programmi di *compliance* "*effettivi ed efficaci*". In particolare, essa indicava, quali elementi essenziali di un programma di *compliance* efficace, l'impegno solenne dei vertici aziendali al rispetto delle regole della concorrenza, la nomina di un responsabile della *compliance* dotato di poteri e risorse adeguati, la messa in opera di misure di informazione, di formazione del personale e di sensibilizzazione (inclusa l'adozione di misure disciplinari per la violazione del diritto *antitrust*), nonché l'implementazione di *audit* e di canali di comunicazione confidenziali relativi alla scoperta di illeciti.

Qualora l'implementazione di un programma conforme a tali indicazioni avesse permesso la scoperta di un illecito *antitrust* che non poteva essere oggetto di una procedura di clemenza, e qualora l'impresa interessata avesse dimostrato di aver posto fine all'illecito di propria iniziativa prima dell'apertura di un'istruttoria da parte dell'*Autorité*, quest'ultima avrebbe concesso all'impresa una riduzione della sanzione. Una riduzione fino al 10% della sanzione sarebbe stata concessa nel caso l'impresa interessata si fosse impegnata a non contestare gli addebiti comunicati dall'autorità transalpina e a migliorare il proprio programma di *compliance*. Tuttavia, tramite una nuova comunicazione del 19 ottobre 2017, l'autorità transalpina ha annunciato di aver cambiato orientamento e di non considerare più che l'adozione di un programma di *compliance*, per quanto strutturato in conformità alle indicazioni precedentemente fornite dall'*Autorité*, debba dar luogo all'applicazione sistematica di un'attenuante. Ciò in quanto l'implementazione di programmi di *compliance* viene ormai ritenuta parte integrante della moderna cultura aziendale e, pertanto, un dovere che dovrebbe essere osservato di per sé dai principali operatori del mercato [2].

Il nuovo orientamento espresso dall'*Autorité* è collegato alla decisione, adottata il giorno prima della pubblicazione della nuova comunicazione, di sanzionare (per un totale di circa 300 milioni di euro) i partecipanti ad un cartello sui prezzi nel mercato della produzione di linoleum e di rivestimenti in PVC (*Décision* 17-D-10). Alcuni tra questi avevano infatti richiesto la concessione dell'attenuante, vedendosela rifiutare con le stesse argomentazioni riportate nella comunicazione dell'*Autorité* del 19 ottobre 2017.

Infine, con riferimento alla prassi tedesca, rileviamo che la Corte Federale di giustizia tedesca ha statuito, in una sentenza del 2017, che l'adozione di un programma di *compliance* dovrebbe essere considerata come una circostanza attenuante al momento della determinazione della sanzione da applicare alle imprese che hanno commesso un illecito *antitrust*. Tuttavia, in Germania non esistono linee guida ufficiali dell'autorità nazionale della concorrenza (il *Bundeskartellamt*), mentre è diffuso l'utilizzo di raccomandazioni e modelli adottati da alcune associazioni di categoria. Si noti che, in passato, il *Bundeskartellamt* aveva affermato di ritenere controproducente la definizione di una *check-list* in materia di *compliance*, in quanto le imprese avrebbero potuto essere indotte a rispettarla solo formalmente [3].

6. Conclusioni

La “valorizzazione” premiale dei modelli di *compliance* da parte dell'AGCM è una novità da salutare con favore. Come illustrato nelle sezioni precedenti, sia la prassi dell'AGCM che quella delle autorità della concorrenza di altri Stati Membri dimostrano che l'adozione di un programma di *compliance* da parte di un'impresa ha tante più possibilità di consentire una riduzione delle sanzioni eventualmente comminabili a quest'ultima quanto più esso sia implementato in modo rigoroso e parametrato all'effettivo rischio *antitrust* verso cui tale impresa è esposta nella conduzione del proprio *business*.

Dal momento che l'AGCM considera “adeguati” i programmi adottati da imprese multinazionali solo ove essi siano implementati a livello di gruppo e che, allo stesso tempo, consente la possibilità di collegare la *compliance antitrust* alla prevenzione di altri rischi (si pensi all'*Anti Money-Laundering* o *export control*), è possibile che gli operatori economici siano invece tentati dal predisporre programmi omnicomprensivi (o comunque molto ampi) e di accontentarsi di un'attuazione superficiale (o peggio, “di facciata”) degli stessi.

Tali programmi sarebbero privi di utilità e, anzi, potrebbero ingenerare il sospetto che siano stati predisposti al solo fine di precostituirsi un'attenuante. Non a caso, le Linee Guida si premurano di sottolineare l'irrelevanza dei programmi c.d. *catch all*, che non tengano in debito conto lo specifico rischio *antitrust* dell'impresa interessata.

Data la dimensione multinazionale (e talvolta multisettoriale) della maggioranza delle imprese che decidono di dotarsi di un programma di *compliance*, è auspicabile che si giunga a stabilire un modello di programma di *compliance* considerabile “adeguato” o “efficace” da parte di una pluralità di autorità nazionali della concorrenza

ALERT / NOVEMBRE 2018

Di certo, le linee guida dell'AGCM e i precedenti relativi all'esperienza delle autorità di altri Stati membri costituiscono, sin d'ora, uno strumento utile per la costruzione di programmi che tengano conto delle specifiche esigenze delle imprese interessate.

Francesco Mazzocchi

Pietro Missanelli

[1] Tramite l'adesione al programma di clemenza dell'AGCM, quest'ultima può accordare la non imposizione della sanzione o una riduzione della stessa alle imprese che forniscano spontaneamente informazioni e prove documentali decisive o comunque di significativa importanza volte a comprovare l'esistenza di un cartello. Maggiori informazioni sul funzionamento del programma di clemenza possono essere reperite sul sito dell'Autorità.

[2] Segnatamente, con la propria comunicazione del 19 ottobre 2017 l'*Autorité* ha precisato che: « *L'Autorité entend toutefois souligner qu'elle estime désormais que l'élaboration et la mise en œuvre de programmes de conformité ont vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises, tout particulièrement lorsque celles-ci sont de taille conséquente. Les engagements portant sur la mise en œuvre de tels programmes de conformité n'ont par suite, pas vocation, de façon générale, à justifier une atténuation des sanctions encourues au titre des infractions au droit de la concurrence, tout spécialement s'agissant d'infractions d'une particulière gravité telles que les ententes et échanges d'informations sur les prix futurs et la politique commercial* ».

[3] Si veda il documento dell'OCSE del 20 giugno 2011, DAF/COMP/WD(2011) ROUNDTABLE ON PROMOTING COMPLIANCE WITH COMPETITION LAW - Note by the Delegation of Germany – Par. 30: “*The Bundeskartellamt refrains from providing any kind of check list that automatically qualifies a programme as effective, since this might actually be counter-productive. The Bundeskartellamt is aware of the risk that, based on such a check-list proposals in formal terms while not enforcing them in practice*”.

Per eventuali domande ed approfondimenti rivolgersi a:

Edoardo Gambaro

edoardo.gambaro@santalex.com

tel. + 39 02 771971

Milano, 6/11/2018