

PeA Antitrust – Newsletter

Linee Guida sulla Compliance Antitrust: un primo commento al testo approvato in via preliminare dall'Agcm.

Con delibera del 20 aprile 2018 (pubblicata sul Bollettino n.15/2018 del 23.04.2018), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha approvato in via preliminare il testo delle Linee Guida sulla Compliance Antitrust.

Contestualmente, l'Autorità ha avviato una consultazione pubblica sul testo al fine di acquisire il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati.

Le Linee Guida hanno come scopo dichiarato quello di individuare delle *best practice* per orientare le imprese nell'adozione ed implementazione dei programmi di *compliance antitrust*. Inoltre, esse mirano a chiarire i criteri che l'Autorità adotta nella valutazione dei programmi *compliance* ai fini del trattamento premiale in relazione ai programmi di *compliance* di cui si siano dotate, o si dotino, le imprese soggette a procedimenti istruttori per intese o abusi di posizione dominante.

Come noto, 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* ("Linee Guida sulle sanzioni") prevedono che l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali, rientra tra le circostanze attenuanti che possono comportare, in favore dell'impresa sanzionata, una riduzione dell'importo base della sanzione.

Tuttavia, come specificato nelle Linee Guida sulle sanzioni, ai fini del riconoscimento dell'attenuante, non rileva la mera adozione di un programma di *compliance* antitrust, bensì è richiesto "*un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma*", ossia, nella sostanza, la prova del fatto che il programma di *compliance* non sia rimasto lettera morta, ma abbia trovato concreta applicazione, attraverso l'impegno dell'azienda, a tutti i livelli, ad osservare e mettere in pratica il programma stesso.

Tale prescrizione pone alle aziende più dubbi di quanto ci si possa attendere. Sono molti, infatti, gli operatori che non solo non hanno ben chiaro cosa richiedano effettivamente le Linee Guida sulle sanzioni, ma, inoltre, incontrano delle difficoltà proprio nell'immaginare come concretamente si applichi il programma e, soprattutto, in che misura tale applicazione vada poi a corrispondere all' "effettivo e concreto impegno" richiesto.

La circostanza che un numero sempre maggiore di aziende si rivolga a studi legali per la redazione e l'assistenza nell'applicazione del programma di *compliance* antitrust, oppure si preoccupi di nominare al suo interno figure specificamente incaricate di ciò (ovvero, ancora, adotti entrambe le misure), non mostra soltanto che la prescrizione contenuta nelle Linee Guida sanzioni ha acceso l'interesse e stimolato la sensibilità delle imprese, ma anche che queste ultime, in concreto, hanno bisogno di essere indirizzate nell'adozione di misure di *compliance*.

In questo scenario, l'emanazione delle Linee Guida da ultimo pubblicate appare svolgere un ruolo importante: finora, infatti, le uniche, seppur importanti, indicazioni sul tema provenivano a livello nazionale dal mondo imprenditoriale (si vedano al riguardo le Linee Guida Confindustria sulla *compliance* antitrust) e dai non numerosi casi trattati dall'Agcm in cui è venuta in considerazione l'esistenza di un programma di un *compliance*.

Le Linee Guida, quindi, tendono idealmente a riempire un *gap*, fornendo un riferimento che, come detto, non riguarda soltanto i criteri indicativi per l'adozione e l'implementazione del programma, ma anche i criteri che la stessa Autorità osserva nella valutazione di tale attenuante, rispondendo anche ad un principio di certezza giuridica in ordine all'applicazione delle sanzioni.

Le Linee Guida si preoccupano, in primo luogo, di fornire delle indicazioni sui contenuti che un programma di *compliance* rispondente a quanto richiesto dalle Linee Guida sulle sanzioni dovrebbe avere. Al riguardo, si chiarisce, innanzitutto, che il programma deve essere adattato alle caratteristiche specifiche dell'impresa e del contesto mercato in cui essa opera, prendendo in considerazione elementi quali la dimensione, le attività, il posizionamento nel mercato dell'impresa, al fine di calibrare il programma sugli specifici rischi antitrust che emergono in relazione a tali caratteristiche.

Inoltre, le Linee Guida forniscono una sorta di *vademecum* sui contenuti del programma o, meglio, degli *step* che ne interessano la strutturazione e applicazione, partendo dalla spiegazione pratica del binomio etica d'impresa-*compliance*, passando per l'individuazione delle fasi e soluzioni che riguardano l'analisi dei rischi antitrust dell'azienda, la creazione di incentivi e di sistemi di gestione del rischio, finendo con il fornire indicazioni sull'attività di *auditing* e monitoraggio dell'applicazione del programma.

In realtà, a una prima analisi, le indicazioni fornite con riguardo ai contenuti del programma e alla sua applicazione non sembrano aggiungere molto a quanto già desumibile dalle *best practice* internazionali e dai contributi nazionali sul tema. Quello che, però, le Linee Guida, sicuramente, fanno è fornire dei punti fermi circa gli aspetti su cui le imprese devono focalizzarsi nella creazione del proprio programma.

Ciò su cui, invece, le Linee Guida forniscono elementi realmente nuovi è la valutazione dei programmi di *compliance* da parte dell'Autorità ai fini del riconoscimento di una riduzione della sanzione eventualmente applicata.

In particolare, le Linee Guida forniscono indicazioni sul regime del trattamento premiale riconosciuto in relazione ai programmi di *compliance*, distinguendo tra programmi adottati prima e dopo l'avvio di un procedimento istruttorio.

Si afferma, innanzitutto, che una consistente riduzione dell'importo base della sanzione, fino al 15%, potrà essere riconosciuta soltanto nei casi in cui il programma sia stato adottato prima dell'avvio dell'istruttoria e lo stesso si sia rivelato adeguato ed efficace, ritenendosi tale – parrebbe – soltanto il programma che ha “*la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima della notifica dell'avvio del procedimento istruttorio*”.

Per ipotesi considerate meno meritevoli di trattamento premiale, lo “sconto della pena” è escluso oppure ridotto.

Nel caso di programmi adottati prima dell'istruttoria ma risultati “*manifestamente inadeguati*”, l'applicazione del regime premiale è tendenzialmente escluso, fatto salvo il caso in cui l'azienda apporti modifiche sostanziali al programma in corso di istruttoria ma, comunque, prima dell'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie: in tal caso, l'impresa potrà accedere al beneficio della riduzione della sanzione per un massimo del 5%. La manifesta inadeguatezza del programma viene ricollegata, principalmente, all'ipotesi di sussistenza di gravi carenze nel programma, di insufficienza del quadro probatorio circa la sua effettiva applicazione e di coinvolgimento del *top management* nell'illecito.

Nel caso di programmi “*non manifestamente inadeguati*”, invece, la riduzione della sanzione potrà raggiungere un massimo del 10%. La non manifesta inadeguatezza deve essere provata dall'impresa, la quale è chiamata a dimostrare che, nonostante il programma non abbia evitato il compimento dell'illecito e non abbia permesso la scoperta e immediata interruzione/denuncia dell'illecito, esso è comunque “*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". Inoltre, per il riconoscimento dell'attenuante è richiesto l'apporto di integrazioni al programma e la loro applicazione in corso d'istruttoria e prima della comunicazione delle risultanze istruttorie.

Per i programmi adottati dopo l'avvio dell'istruttoria, il trattamento proposto è sostanzialmente analogo a quello dei programmi preventivi ma "manifestamente inadeguati" con apporto di modifiche in corso d'istruttoria: l'impresa, anche in questo, potrà eventualmente beneficiare di uno sconto del 5% sulla sanzione, purché avvenga la concreta attuazione del programma in tempo utile per valutazione da parte dell'Autorità e, comunque, anche in questo caso, prima dell'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie.

Infine, le Linee Guida non escludono la possibilità di considerare l'esistenza del programma di *compliance* come circostanza aggravante: si tratta, a ben vedere, di un'ipotesi eccezionale, che può ricorrere, ad esempio e come espressamente affermato dall'Autorità, nel caso in cui il programma stesso venga utilizzato come mezzo per nascondere l'illecito o per indurre in errore l'Autorità o ostacolarne l'attività istruttoria.

Nell'indicare il regime della misura di riduzione della pena applicabile ai vari casi, le Linee Guida toccano alcuni aspetti molto delicati – come l'onere della prova sull'adeguatezza ed efficacia del programma, la rilevanza del programma in termini di deterrenza e di *detection* dell'illecito, la tempistica di presentazione di modifiche ai programmi, ecc. – su cui si intravedono alcune criticità, in relazione, soprattutto, al diritto di difesa e alla considerazione dell'adeguatezza ed efficacia di un programma di *compliance* anche in caso di avvio di un procedimento istruttorio.

In particolare, appare *tranchant* il criterio di distinzione tra programmi efficaci e programmi manifestamente inadeguati: le Linee Guida sembrano ritenere un programma efficace soltanto qualora esso abbia consentito la scoperta e interruzione/denuncia dell'illecito prima dell'avvio di un'istruttoria. Così, però, viene privilegiata la funzione di *detection* dell'illecito rispetto a quella di prevenzione, escludendo dall'accesso al massimo beneficio premiale tutte le ipotesi in cui le imprese, pur dotate di programmi seri, ben strutturati e concretamente applicati, non riescano però a scoprire, interrompere e denunciare la violazione prima che vi arrivi l'Autorità.

Se, infatti, l'avvio di un procedimento istruttorio nei confronti dell'impresa può apparire, in sé, come un fallimento del programma di *compliance*, non bisogna però dimenticare che il panorama delle ipotesi di realizzazione di condotte anticoncorrenziali è estremamente variegato, includendo anche situazioni e condotte che potrebbero rivelarsi piuttosto difficili da individuare anche da parte del più efficiente dei programmi di *compliance* antitrust.

DISCLAIMER

Il presente comunicato è divulgato a scopo conoscitivo per promuovere il valore dell'informazione giuridica. Non costituisce un parere e non può essere utilizzato come sostitutivo di una consulenza, né per sopperire all'assenza di assistenza legale specifica.