

Intervento del Presidente AAI Alberto Pera al Convegno AGCM “Diritto antitrust e programmi di *compliance*: le Linee Guida dell’AGCM”

“Innanzitutto desidero esprimere il mio apprezzamento per l’iniziativa dell’Autorità di emanare queste linee guida sulla *compliance*.

E ciò tanto per il metodo che per il merito.

Per il metodo. E’ stato predisposto un documento accurato, frutto evidentemente di analisi e valutazioni approfondite, che sono state sottoposte ad una consultazione la cui ampiezza da sola testimonia l’interesse delle imprese, delle associazioni e della professione al tema dei meccanismi che facilitino la diffusione e il rispetto della cultura della concorrenza. La consultazione ha dato luogo a modifiche non sostanziali, ma in alcuni casi significative (penso ad esempio alle specificazioni riguardo i diritti dell’impresa a non autoincriminarsi e al *legal privilege*).

Per il merito, in quanto le linee guida rappresentano un elemento di novità rispetto allo stesso approccio dell’Autorità in passato, quando la *compliance* pareva avere soprattutto un ruolo “compensativo” di infrazioni passate (ed era quindi molto attenta ai programmi “post factum”) in relazione alle politiche sanzionatorie.

Le linee guida adottano invece un approccio prevalentemente ex-ante, basato sull’esistenza di un adeguato programma “ante factum”, le cui caratteristiche “desiderabili” sono precisamente definite. In sostanza, al di là della relazione con le politiche sanzionatorie, l’impostazione appare focalizzata sulla creazione della cultura della concorrenza e della legalità, in linea peraltro con le tendenze più recenti in materia di *Corporate Social Responsibility*.

Si tratta di una posizione avanzata in un dibattito tra Autorità di concorrenza ed esperti, non sempre convinti che un’impostazione premiale della *compliance* sia adeguata (vedi Wils, ma non solo)¹.

In questo quadro decisamente positivo, vorrei limitarmi ad alcune considerazioni generali circa l’impostazione che sottende le linee guida, che certamente condivido

Toccherò in particolare tre temi: a) le implicazioni per l’Autorità di un’impostazione siffatta, basata sul riconoscimento della necessità di un’azione per sviluppare la cultura della

¹ Wouter Wils, *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement*, Journal of Antitrust Enforcement, Volume 1, Issue 1, April 2013,

concorrenza e la conoscenza della normativa; b) i criteri di valutazione del programma, anche in relazione alla politica sanzionatoria; infine c) accennerò ad un problema specifico che si pongono nell'attuazione degli indirizzi dell'Autorità in materia di contenuto del programma.

Il filo conduttore vuole essere che la nuova impostazione che mi pare di intravedere richiede anche un'ulteriore evoluzione dell'atteggiamento dell'istituzione: nella convinzione che le linee guida sono uno strumento flessibile, che l'Autorità potrà nel tempo interpretare e modificare.

a. implicazioni per l'Autorità

Per quanto riguarda il primo tema, il ruolo dell'Autorità rispetto alla nuova impostazione, spesso quando parliamo di *compliance* facciamo riferimento a grandi o medi grandi imprese, caratterizzate da una cultura di impresa sofisticata e corrispondenti strutture di controllo (come anche buona parte di quelle nella meritoria indagine sulla *compliance* svolta da Confindustria e AIGI insieme con Linklaters²). Tuttavia, in un'economia ancora caratterizzata da una piccola dimensione di impresa, come quella italiana, il problema della conoscenza della normativa antitrust e della sue specifiche implicazioni, pur a trent'anni dalla introduzione della normativa, è probabilmente ancora rilevante.

Non ho dati italiani, ma in Gran Bretagna la Competition Market Authority (CMA) ha compiuto una *survey* tra 1200 piccole e medie imprese per verificare il loro grado di conoscenza della normativa e della sue implicazioni³. I risultati mostrano che mentre il 75% dei dirigenti di impresa conosce l'esistenza della normativa e il 60% sa che è vietato fissare i prezzi con i concorrenti, meno della metà delle imprese si rende conto che è vietato discutere della partecipazione alle gare o della possibilità di fissare prezzi e una assoluta minoranza ha la percezione dell'esistenza dei divieti alla fissazione dei prezzi di rivendita (come peraltro hanno rivelato alcuni recenti casi italiani) o anche alla ripartizione delle quote di mercato.

Temo che i risultati non sarebbero molto diversi in Italia: la diffusione della cultura della richiede un'azione diffusa nel nostro Paese che non consiste solo nella deterrenza, ma anche nel convincimento e nella discussione.

² *Comply or pay 2.0, compliance antitrust delle imprese in Italia: i risultati del sondaggio*; reperibile all'indirizzo: <https://www.confindustria.it/notizie/dettaglio-notizie/Legacy/421dc6ae-244a-4ac0-82b1-ac6560f7bb03/421dc6ae-244a-4ac0-82b1-ac6560f7bb03>

³ Competition and Market Authority *UK businesses' understanding of competition law – report* reperibile all'indirizzo: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/429876/UK_businesses_understanding_of_competition_law_-_report.pdf

Certo, è meritorio che l'Autorità nel disegnare le linee guida abbia dedicato attenzione alle piccole e medie imprese, ma forse sarebbe opportuno accompagnare l'iniziativa con una riflessione circa la necessità di svolgere un'azione diffusa di informazione delle imprese.

Da questo punto di vista sarebbe utile la predisposizione e la diffusione di materiale rivolto specificamente alle imprese: qualcosa di simile a quanto già l'Autorità fa con i consumatori; ma anche ampliare la collaborazione con le associazioni imprenditoriali di categorie e locali che sul tema della applicazione della normativa della concorrenza e della *compliance* si sono molto impegnate in questi anni possono rappresentare quindi per l'Autorità un utile strumento di incontro con le imprese e di veicolazione della cultura della concorrenza

b. criteri di valutazione

Il secondo tema a cui vorrei accennare riguarda i criteri in base ai quali è valutata l'adeguatezza di un programma di *compliance*.

Per l'impresa un programma di *compliance* rappresenta un costo e un investimento e in quanto tale si trova in concorrenza con altri costi e altri investimenti sia di carattere direttamente produttivo sia di altre attività di *compliance* (anticorruzione, *privacy*, sicurezza del lavoro) e quindi è più probabile che sia intrapresa in maniera efficace quanto più si possa attendere un beneficio diretto e indiretto dalla sua implementazione.

Da questo punto di vista, da un lato l'Autorità prevede che la predisposizione di un adeguato programma di *compliance* possa dare luogo a benefici in caso di un'apertura di procedimento istruttorio; d'altronde i criteri di valutazione di adeguatezza e il livello di beneficio che viene concesso presentano elementi di problematicità.

Esamino per primo i livelli di premialità qualora l'Autorità apra un'istruttoria nei confronti dell'impresa: le linee guida prevedono una riduzione delle sanzioni fino al 15 per cento, se il programma ha condotto alla scoperta e all'interruzione dell'illecito prima dell'apertura dell'istruttoria (con l'eccezione delle fattispecie per cui è prevista la possibilità di clemenza, su cui tornerò tra breve); fino al 10 per cento nel caso in cui il programma non sia manifestamente inadeguato ma non abbia condotto alla scoperta dell'illecito. Nessuna riduzione per i programmi manifestamente inadeguati: con la possibilità di una riduzione fino al 5 per cento, nel caso di sostanziale miglioramento del programma successivamente all'apertura di istruttoria.

Nel caso di fattispecie per cui è prevista la possibilità di accedere a un programma di clemenza (sostanzialmente i cartelli) il programma è considerato manifestamente inadeguato e quindi non meritevole di alcuna riduzione (fatto salvo il 5 per cento di cui sopra).

Ci si può innanzitutto chiedere se questi livelli di premialità siano adeguati, visto quanto abbiamo detto circa l'impegno che i programmi di *compliance* richiedono alle imprese. In Francia le linee guida del 2012 prevedono livelli analoghi: ma queste riduzioni si inseriscono in un sistema che tramite la previsione del *settlement* e altri meccanismi consente di arrivare fino a riduzioni del 25 per cento.

Inoltre, c'è il problema che la riduzione si applica sull'importo base. In questo caso l'effetto sarebbe limitato o nullo per le imprese monoprodotto, cioè spesso proprio per le imprese minori.

Più in generale, l'impostazione dell'Autorità sembra ancora largamente basarsi su una valutazione *ex post* dell'efficacia del programma nello scoprire e interrompere la condotta, oltretutto nell'aderire a un programma di clemenza.

Tuttavia, la prospettiva *ex post* non appare quella propriamente corretta nel valutare un impianto di regole, di metodi di controllo e di sanzioni che dovrebbe essere valutato alla luce della sua potenzialità *ex-ante* e delle modalità di attuazione, senza escludere che condotte dei singoli possano sfuggire, senza colpa dell'impresa, al meccanismo di controllo.

Le linee guida delineano efficacemente nei parr. 17 – 26 le caratteristiche di adeguatezza di un programma, specificandone le caratteristiche, declinate secondo le coordinate della definizione dei rischi, della identificazione di un responsabile autonomo, dell'approntamento di risorse adeguate.

Ci si attenderebbe allora che la valutazione fosse effettuata sulla base di un'analisi della conformità del programma dell'impresa con le caratteristiche specificate nelle linee guida, come d'altronde avviene con il modello di controllo interno previsto dalla legge 231/2001.

In sostanza, la considerazione dell'adeguatezza del programma ci pare ponga l'esigenza di uscire dal recinto della "responsabilità oggettiva dell'impresa", valutando caso per caso l'adeguatezza dei diversi meccanismi, anche alla luce delle caratteristiche dell'impresa.

E ciò tanto più che si consideri che quando si esce dal recinto delle condotte "tipiche", che possiamo definire *hard core*, la valutazione qualitativa delle condotte diventa a volte non facile. Anche per quanto riguarda i cartelli, le Autorità hanno usato criteri via via più sofisticati per definire l'illecito: dai meccanismi "*hub and spoke*" agli scambi di informazioni mediati in contesti istituzionali, agli algoritmi. I criteri di definizione dell'illecito sono divenuti ancora anche più sofisticati in relazione a condotte unilaterali o a condotte verticali. In questo contesto la mancata identificazione di condotte valutate restrittive "*ex novo*" può essere giustificata anche in un contesto in cui i meccanismi di funzionamento del programma sono sostanzialmente efficaci. E un innalzamento del livello di premialità in

relazione alla strutturazione del programma può allora essere opportuno: e si tratta ovviamente di un tema di particolare rilevanza per le imprese di minore dimensione.

Per quelle di maggiore dimensione, invece, la possibilità che qualcosa sfugga al programma può essere legata al fatto che la condotta interessa ambiti molto ristretti (del prodotto o geografici), rispetto al campo d'azione dell'impresa (e ci sono casi anche nella esperienza italiana)

Un ulteriore aspetto è il fatto che nel caso delle condotte per cui si applica il programma di clemenza si richiede un ulteriore requisito oltre all'interruzione della condotta e cioè la comunicazione all'Autorità prima che un'istruttoria sia avviata o che si avvii l'ispezione.

Valgono qui le considerazioni precedenti: inoltre non può farsi a meno di osservare che la previsione di previa adesione al programma di clemenza appare particolarmente penalizzante per le piccole e medie imprese, che più ancora delle grandi saranno preoccupate dalle sanzioni, che possono essere per loro esiziali.

Insomma, appare opportuno che l'Autorità adotti un approccio flessibile che tenga conto delle caratteristiche del programma e delle imprese coinvolte.

c. Identificazione delle condotte rilevanti e consapevolezza dell'illecito

Al riguardo, un ultimo aspetto che vorrei sottolineare di carattere più specifico riguarda le indicazioni che le Autorità correttamente dà circa la necessità di identificare adeguatamente le condotte rilevanti a seconda della tipologia di impresa. In particolare nel paragrafo 22 si richiede alle imprese di specificare le tipologie di condotte potenzialmente sensibili dal punto di vista del rischio e di illustrare i rimedi predisposti. In particolare si indicano come potenzialmente problematiche le riunioni in associazioni di imprese, la partecipazione a gare, le specifiche pratiche unilaterali delle imprese in posizione dominante.

Queste indicazioni sono del tutto pertinenti, poiché alla base del funzionamento di un programma di *compliance* è appunto la corretta e precisa identificazione delle modalità in cui l'impresa può trovarsi a infrangere la normativa.

Nella realtà tuttavia l'impresa è a volte riluttante a definire precisamente i rischi nell'ambito dei programmi proprio perché teme che questo possa essere interpretato dall'Autorità come indice di consapevolezza nel caso di apertura poi di un procedimento. Si tratta di un aspetto che peraltro emerge anche nella discussione della valutazione della efficacia di programmi: le imprese correttamente temono che elementi forniti per dimostrare la propria buona fede siano utilizzate dall'Autorità a fini accusatori. (tema ampiamente discusso dagli interventi nella consultazione)

Anche questo specifico tema indica la opportunità che l'impostazione dell'Autorità si orienti in maniera coerente con le finalità che correttamente hanno sotteso l'emanazione delle linee guida.

Complimentandomi comunque per l'eccellente lavoro fatto dall'Autorità, vi ringrazio per l'attenzione."

Auditorium – via Monteverdi, 35
Roma, 6 dicembre 2018