

LA NUOVA *COMPLIANCE ANTITRUST* E IL MODELLO EX D.LGS. N. 231/2001: QUALI INTERAZIONI?

In data **25 settembre 2018**, l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato ("**AGCM**" o l'"**Autorità**"), ha adottato le linee guida sulla *compliance antitrust* ("**Linee Guida**"). Frutto della considerevole esperienza maturata dall'Autorità in materia di *compliance antitrust*, le Linee Guida introducono rilevanti novità, sia nella struttura sia nei contenuti, rispetto alle indicazioni riportate nelle precedenti linee guida AGCM sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni del 2014.

Le Linee Guida si applicheranno ai procedimenti istruttori avviati dall'Autorità dopo la loro pubblicazione nel bollettino ufficiale n. 37/2018, avvenuta in data **8 ottobre 2018**.

LE NUOVE LINEE GUIDA SULLA *COMPLIANCE ANTRITRUST*

Le nuove Linee Guida: (i) definiscono in maniera più dettagliata il contenuto che il programma di *compliance* ("**Programma di *Compliance Antitrust***") deve avere per essere positivamente valutato dall'AGCM; (ii) introducono un'apposita procedura per il riconoscimento del Programma di *Compliance Antitrust* come circostanza attenuante; e (iii) definiscono in maniera chiara i criteri che l'Autorità deve adottare nel valutare il Programma di *Compliance Antitrust* ai fini del riconoscimento dell'attenuante, dando altresì, a differenza di quanto avveniva in passato, indicazioni molto dettagliate circa l'entità della conseguente riduzione della sanzione.

- Quanto al contenuto del programma, le Linee Guida, ispirandosi ai principi sanciti dalla normativa contenuta nel D.Lgs. n. 231/2001, individuano in maniera dettagliata gli adempimenti ai quali l'impresa è tenuta. In particolare, si richiede espressamente:
 - il riconoscimento del valore della concorrenza come parte integrante della cultura e della politica aziendale. Tale riconoscimento, secondo quanto rilevano le Linee Guida, innovando in maniera significativa rispetto al passato, può essere realizzato attraverso:
 - ✓ lo sviluppo di un solido programma di *compliance* che sia esplicitamente sostenuto dai vertici aziendali, anche attraverso un concreto coinvolgimento di questi ultimi nella sua attuazione e monitoraggio;

Aspetti principali

- Le Linee Guida definiscono, in linea con le *best practices* internazionali, le componenti tipiche di un Programma di *Compliance Antitrust*
- Per i Programmi di *Compliance Antitrust* adottati prima dell'avvio dell'istruttoria dell'Autorità è prevista la possibilità di una riduzione fino al 15%
- Evidenti sono le similitudini con i Modelli ex D.Lgs. n. 231/2001
- Sarà necessario valutare se i due sistemi possano essere integrati o debbano restare autonomi

- ✓ l'individuazione di un responsabile del programma autonomo e indipendente, scelto anche tra i responsabili di altre funzioni aziendali, che riporti direttamente al *top management* ("**Anitrust Compliance Officer**"); e
- ✓ l'allocazione, da parte dell'impresa, di risorse aziendali sufficienti per l'attuazione del programma;
- l'identificazione e valutazione del rischio *antitrust*, che tenga conto di fattori quali: la dimensione d'impresa e la sua posizione nel mercato, la natura dell'attività svolta e dei beni/servizi offerti, il contesto competitivo, la struttura organizzativa interna e i processi decisionali, il contesto regolatorio/normativo;
- lo sviluppo di processi gestionali idonei a ridurre il rischio che siano poste in essere condotte in violazione del diritto della concorrenza e identificare eventuali illeciti *antitrust*. Sono ritenuti strumenti idonei a raggiungere tali obiettivi non solo i modelli di *reporting* interno (per esempio, il sistema di *whistle-blowing*), ma anche attività periodiche di *due diligence*, *audit* interni, consulenze legali di soggetti terzi e approfondimenti periodici focalizzati su specifiche aree di *business*;
- la definizione di un adeguato sistema di misure disciplinari e incentivi funzionali al rispetto del programma. Secondo le Linee Guida assume particolare rilevanza, in un'ottica di *management by objectives*, la definizione di incentivi per il responsabile del programma di *compliance*;
- lo svolgimento di un periodico monitoraggio e aggiornamento del programma tramite attività sistematiche di valutazione dell'efficacia delle diverse componenti dello stesso;
- l'attività di formazione del personale, adeguata alla dimensione e al contesto aziendale e specificamente calibrata in funzione dei rischi *antitrust* ai quali l'impresa è esposta. Tipicamente, tale attività viene svolta attraverso l'organizzazione di corsi di formazione e la predisposizione di manuali e linee guida *ad hoc*.
- Un importante elemento di novità rispetto alle precedenti indicazioni in materia è costituito dalla previsione di un'apposita procedura per il riconoscimento del Programma di *Compliance Antitrust* come circostanza attenuante. Le Linee Guida, infatti, prevedono che l'impresa coinvolta in un procedimento istruttorio che intenda beneficiare dell'attenuante per il proprio Programma di *Compliance Antitrust* debba presentare all'AGCM una specifica richiesta, accompagnata da una relazione illustrativa che spieghi:
 - le ragioni per cui il programma possa ritenersi adeguato alla prevenzione degli illeciti *antitrust*; e
 - le iniziative concrete poste in essere dall'impresa per l'effettiva ed efficace applicazione/implementazione del programma.
- Rappresenta un'ulteriore innovazione la circostanza che l'AGCM valuterà, ai fini dell'eventuale attribuzione dell'attenuante, non più tutti i programmi pervenuti entro la data di notifica della Comunicazione delle risultanze istruttorie ("**CRI**"), ma esclusivamente quelli adottati, attuati e trasmessi entro sei mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria.

- Quanto ai criteri adottati dall'AGCM per la valutazione del Programma di *Compliance Antitrust* ai fini del riconoscimento dell'attenuante, le Linee Guida stabiliscono che questo verrà esaminato tenendo conto della sua:
 - idoneità in concreto a ridurre il rischio *antitrust* dell'impresa;
 - effettiva ed efficace attuazione da parte dell'impresa; e
 - rispondenza alle caratteristiche specifiche (natura, dimensione, posizione di mercato, ecc.) dell'impresa, nonché al contesto di mercato in cui essa opera (numero e dimensioni dei concorrenti, frequenza di contatti fra imprese, organizzazione della filiera produttiva, ecc.).

Sarà, pertanto, onere dell'impresa dimostrare la sussistenza di tali requisiti attraverso la relazione illustrativa.

- Quanto ai possibili benefici sanzionatori, le Linee Guida, in modo innovativo rispetto al passato, prevedono che l'AGCM, basandosi sui criteri sopra indicati, possa riconoscere una riduzione della sanzione:
 - per i programmi di *compliance* adottati prima dell'avvio dell'istruttoria, fino al:
 - ✓ 15%, nel caso di programmi adeguati che abbiano funzionato efficacemente permettendo la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima della notifica dell'avvio di un procedimento istruttorio. Nel caso sia applicabile l'istituto della clemenza, tale attenuante può essere riconosciuta solo qualora sia presentata istanza di *leniency*. Si intende, cioè, premiare in modo pieno solo quei programmi che abbiano conseguito un risultato concreto, ossia che inducano l'impresa a modificare la propria condotta o, addirittura, ad autodenunciarsi;
 - ✓ 10%, in caso di programmi non manifestamente inadeguati, a condizione che l'impresa integri adeguatamente il programma e inizi a darvi attuazione dopo l'avvio del procedimento; e
 - ✓ 5%, in caso di programmi manifestamente inadeguati, ove l'impresa presenti modifiche sostanziali al programma dopo l'avvio del procedimento;
 - per i programmi adottati *ex novo* dopo l'avvio dell'istruttoria, fino al 5% della sanzione.

ANALOGIE E DIFFERENZE CON IL MODELLO EX D.LGS. N. 231/2001

Il Programma di *Compliance Antitrust*, così come delineato dalle ultime Linee Guida AGCM, presenta molte similitudini, ed alcune peculiarità, rispetto al Modello ex D.Lgs. n. 231/2001 ("**Modello 231**").

Si evidenzia fin da subito una significativa differenza in punto di trattamento premiale conseguente all'adozione dei due sistemi di *compliance*:

- nel caso di commissione di uno dei reati presupposto previsto dall'elenco tassativo di cui al D.Lgs. n. 231/2001, la previa adozione di un Modello 231 – ed il suo riconoscimento da parte dell'Autorità Giudiziaria quale

efficacemente attuato ed implementato ed idoneo a prevenire il rischio-reato analogo a quello oggetto di contestazione – ha efficacia esimente, con la conseguente esclusione, alle condizioni previste dagli artt. 6 e 7 del D.Lgs. n. 231/2001, di ogni responsabilità per l'ente;

- diversamente, nel caso di commissione di un illecito amministrativo anticoncorrenziale, l'adozione di un Programma di *Compliance Antitrust* costituisce una circostanza attenuante, con conseguente riduzione della sanzione applicabile (graduata in base all'idoneità del programma rispetto agli obiettivi di *compliance* prefissati nonché alla tempistica di adozione ed attuazione dello stesso).

Quali, invece, le similitudini?

- L'adozione di entrambi i sistemi di *compliance* non costituisce un obbligo per le società. Tuttavia, se introdotti, entrambi tali presidi di legalità devono essere "*customizzati*" alla realtà aziendale (considerando, a titolo d'esempio, la natura dell'attività svolta dall'impresa, le sue dimensioni, la complessità dell'organizzazione aziendale, la posizione di mercato, ecc.).
- Analoga è la procedura per la predisposizione sia del Modello 231 sia del Programma di *Compliance Antitrust*.
 - in entrambi i casi si parte, infatti, dallo studio delle attività aziendali, dei processi interni in essere e della struttura organizzativa;
 - sulla base di tali attività, si procede ad una mappatura delle attività sensibili e a rischio di commissione di condotte illecite ("*Risk Assessment*");
 - conclusa tale mappatura, viene effettuata una valutazione dell'efficacia del sistema dei controlli interni già in essere e, laddove necessario, vengono predisposti e adottati adeguati protocolli per la gestione e la riduzione del rischio di commissione di condotte illecite ("*Gap Analysis*").
- Similare è anche la fase di implementazione dei due sistemi di *compliance*, che richiede:
 - un'attività di continuo monitoraggio e di costante aggiornamento per garantirne l'adeguatezza e l'efficacia;
 - la predisposizione di un sistema di flussi informativi;
 - l'introduzione di un sistema di segnalazione interna (*whistle-blowing*);
 - la previsione di un sistema di incentivi e di sanzioni nei confronti del personale dell'impresa;
 - l'organizzazione di attività di informazione e di continua formazione ed aggiornamento per il personale.
- L'Organismo di Vigilanza ex D.Lgs. n. 231/2001 e l'*Antitrust Compliance Officer* (che può operare anche per il tramite di un *team*) di cui alle Linee Guida AGCM svolgono funzioni analoghe: entrambi, infatti, hanno il compito monitorare ed assicurare l'effettiva implementazione dei sistemi di rispettiva competenza, pianificare le attività di *auditing* e *due diligence*

interne, assicurare la formazione del personale a garantire l'aggiornamento dei programmi di *compliance*.

- Sotto il profilo della valutazione dell'adeguatezza dei sistemi di *compliance*, sia per il Modello 231 sia per il Programma di *Compliance Antitrust*, l'onere probatorio è carico della società, non esistendo un modello standard certificato o certificabile.

POSSIBILE DUPLICAZIONE DELLE SANZIONI

Modello 231 e Programma di *Compliance Antitrust* operano apparentemente su piani diversi: il primo finalizzato alla prevenzione degli illeciti penali previsti dall'elenco tassativo ex D.Lgs. n. 231/2001; il secondo volto ad evitare la commissione di condotte anticoncorrenziali che costituiscono, invece, illeciti amministrativi, non rilevanti sul piano penalistico.

In realtà, si tratta di sistemi di *compliance* in necessario dialogo tra loro, laddove si consideri che le condotte illecite anticoncorrenziali ben potrebbero integrare o, comunque, contribuire ad integrare condotte penalmente rilevanti, anche ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001: oltre alle ipotesi di reati associativi (art. 416 c.p.), il riferimento corre ai casi di corruzione tra privati (art. 2635 c.c.), di truffa ai danni dello Stato o di altro ente pubblico (art. 640, comma 2, c.p.) o di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di Vigilanza (art. 2638 c.c.).

Un esempio potrebbe essere un'intesa tra concorrenti, nell'ambito della quale le imprese si accordano – in tal modo aumentando artificialmente il proprio potere di mercato – per applicare prezzi più alti di quelli che prevarrebbero in assenza dell'accordo: laddove il soggetto danneggiato dovesse essere un ente pubblico, verrebbe in rilievo il reato di truffa ai danni dello Stato, quale reato presupposto ex art. 24 del D.Lgs. n. 231/2001.

Ciò potrebbe comportare, da un lato, una duplicazione e sovrapposizione di funzioni e di organismi societari di controllo, ma anche, dall'altro, una duplicazione e sovrapposizione sotto il profilo sanzionatorio (amministrativo e penale).

QUALCHE SPUNTO PRATICO SUGLI APPROCCI DA SEGUIRE

In risposta al moltiplicarsi dei sistemi di controllo interno che le organizzazioni aziendali sono chiamate ad attuare in forza delle diverse normative di settore (*privacy*, ambiente, sicurezza e salute sul lavoro, *antitrust*, ecc.) ed al conseguente rischio di sovrapposizione di funzioni di controllo e sanzioni, è sempre più utile l'adozione di un approccio integrato.

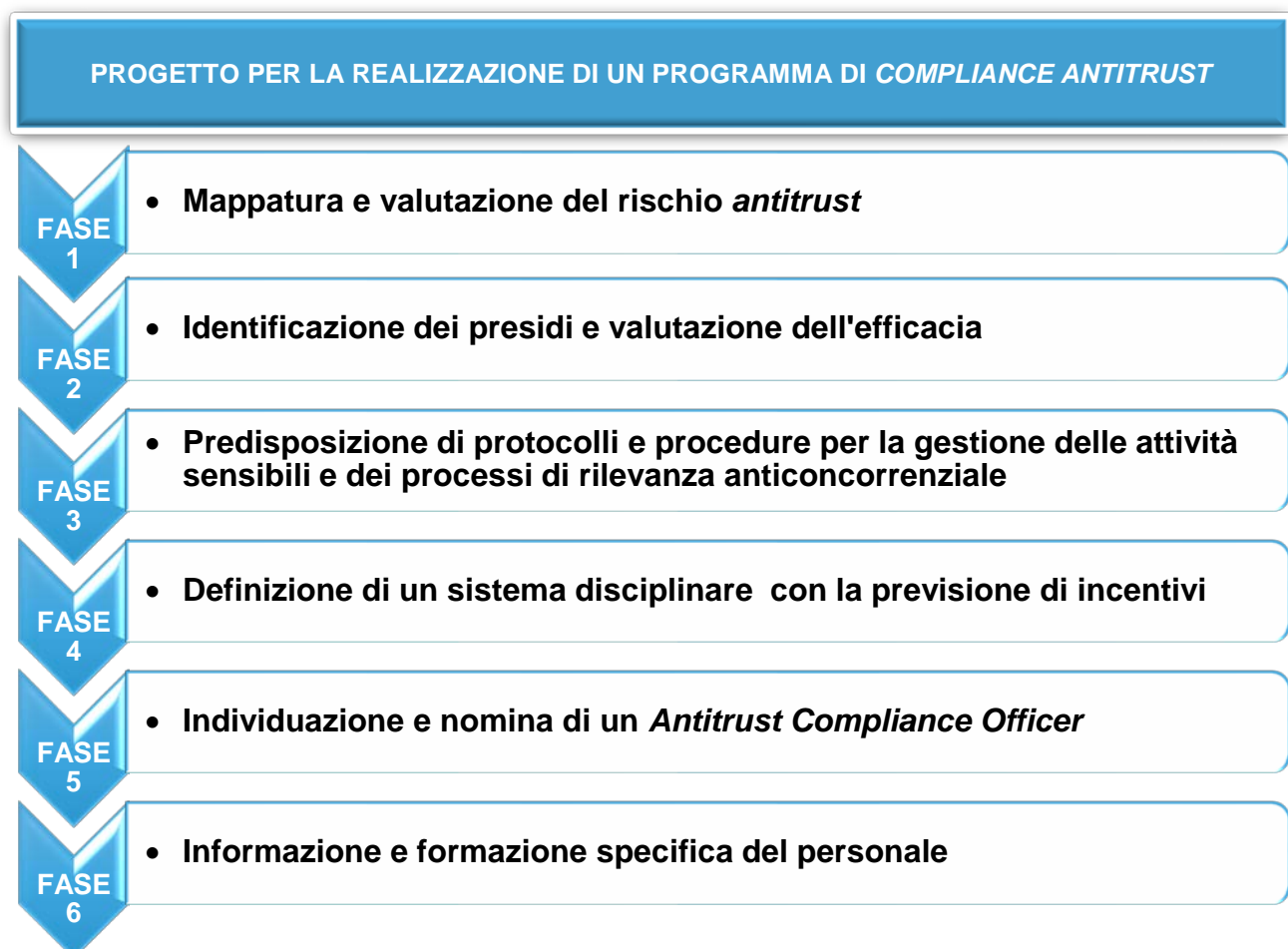
In relazione al Modello 231 e al Programma di *Compliance Antitrust*, la costruzione di un sistema di *compliance* integrato può realizzarsi:

- prendendo in considerazione, in sede di *Risk Assessment* e *Gap Analysis*, non soltanto le aree a rischio di commissione dei reati presupposto ex D.Lgs. n. 231/2001, ma anche quelle potenzialmente rilevanti per gli illeciti amministrativi anticoncorrenziali;

- inserendo all'interno dei Codici Etici e di Condotta dei principi volti a favorire lo sviluppo della cultura d'impresa in materia di tutela della concorrenza e a porre in essere procedure e sistemi idonei a ridurre al minimo il rischio di violazioni della normativa *antitrust*;
- prevedendo, nel momento della redazione del Modello 231, specifici protocolli o procedure volti a prevenire la realizzazione di condotte anticoncorrenziali;
- prevedendo che l'*Antitrust Compliance Officer* diventi un referente privilegiato dell'Organismo di Vigilanza con la previsione di specifici flussi informativi e di verifiche *ad hoc*.

UN PROGETTO PER LA REALIZZAZIONE DI UN PROGRAMMA DI *COMPLIANCE ANTITRUST*

La pianificazione di un Programma di *Compliance Antitrust* potrebbe essere sviluppata secondo le seguenti fasi di attività.



AUTORI



Luciano Di Via
Partner, Roma

T +39 064229 1265
E luciano.divia
@cliffordchance.com



Jean-Paule Castagno
Counsel, Milano

T +39 02 8063 4317
E jean-paule.castagno
@cliffordchance.com



Pasquale Grella
Senior Associate, Milano

T +39 02 8063 4289
E pasquale.grella
@cliffordchance.com



Pasquale Leone
Senior Associate, Roma

T +39 064229 1385
E pasquale.leone
@cliffordchance.com



Laura Scaramellini
Associate, Milano

T +39 02 8063 4297
E laura.scaramellini
@cliffordchance.com



Antonio Mirabile Trainee
lawyer, Roma

T +39 064229 1271
E antonio.mirabile
@cliffordchance.com

Questa pubblicazione ha l'obiettivo di fornire informazioni di carattere generale rispetto all'argomento trattato e non deve essere intesa come un parere legale né come una disamina esaustiva di ogni aspetto relativo alla materia oggetto del documento.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Piazzetta M. Bossi, 3, 20121
Milano, Italia

© Clifford Chance 2018

Clifford Chance Studio Legale Associato

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcellona •
Pechino • Bruxelles • Bucharest • Casablanca
• Dubai • Düsseldorf • Francoforte • Hong
Kong • Istanbul • Londra • Lussemburgo •
Madrid • Milano • Mosca • Monaco di Baviera •
Newcastle • New York • Parigi • Perth • Praga
• Roma • San Paolo del Brasile • Seoul •
Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo •
Varsavia • Washington, D.C.

Clifford Chance ha un accordo di
cooperazione con Abuhimed Alsheikh
Alhagbani Law Firm a Riad

Clifford Chance ha un rapporto di
collaborazione con Redcliffe Partners in
Ucraina.