

Newsletter

Oggetto: L'evoluzione dell'enforcement antitrust in Italia e l'utilità di una "buona" compliance antitrust

Introduzione

In data 10 e 11 gennaio 2018, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità") ha sottoscritto due distinti Protocolli d'intesa con le Procure della Repubblica di Milano e Roma.

Si tratta dell'ultima di una serie di iniziative volte, da un lato, a favorire l'emersione delle condotte anticoncorrenziali e, dall'altro, a superare la tradizionale concezione della sanzione amministrativa pecuniaria quale unico strumento di "deterrenza".

Nei successivi paragrafi, dopo una breve ricostruzione della predetta evoluzione normativa e regolamentare, si illustreranno quali vantaggi possa ricavare un'azienda dall'introduzione o dal rafforzamento di presidi organizzativi volti a garantire l'osservanza delle regole di concorrenza.

Recenti interventi volti a facilitare l'emersione degli illeciti *antitrust*

(i) La leniency

Lo strumento dei programmi di clemenza (*leniency*) ha lo scopo di indurre le imprese parti di un cartello a collaborare con l'AGCM in cambio dell'immunità dalla sanzione pecuniaria o di una sua riduzione. Nel recepire la Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento dei danni da violazioni di norme in materia di diritto della concorrenza (*private enforcement*), il Legislatore italiano ha ulteriormente rafforzato tale strumento, anche allo scopo di evitare che l'accresciuto rischio di azioni civili per il ristoro del danno *antitrust* potesse tradursi in un disincentivo per le imprese ad autodenunciarsi dinanzi all'AGCM. In questa prospettiva, è stato introdotto, ad esempio, l'espresso divieto di utilizzo, nelle azioni di risarcimento danni, della documentazione prodotta nell'ambito della *leniency*, nonché la limitazione, per il *leniency applicant*, della responsabilità solidale che grava sulle imprese condannate per illecito *antitrust*.

(ii) I Protocolli d'intesa

I Protocolli d'intesa di cui si è fatto cenno in premessa disciplinano la collaborazione istituzionale tra l'AGCM e le Procure di Milano e Roma, consolidatasi negli ultimi anni in relazione a vicende che hanno avuto rilevanza sia dal punto di vista penale che *antitrust*¹. Essi introducono una cornice operativa che regola lo scambio bilaterale delle

¹ Cfr. provv. AGCM n. 25802 del 22 dicembre 2015, Caso I785 – *Gara Consip servizi di pulizia nelle scuole*, da ultimo confermato dal Consiglio di Stato con sentenze nn. 740, 927 e 928/2017, con cui l'AGCM ha sanzionato condotte anticoncorrenziali tra concorrenti volte a condizionare l'esito di una gara Consip; nonché la pendente istruttoria avviata con provv. AGCM n. 26454 del 21 marzo 2017, Caso I808–

informazioni e dei documenti ottenuti dalle predette autorità nello svolgimento delle rispettive attività istruttorie, con riguardo a condotte che abbiano potenziale rilevanza penale e *antitrust* (ad esempio, i reati di “turbata libertà degli incanti” ex art. 353 c.p. e di “truffa” ex art. 640 c.p.)².

Tali Protocolli d’intesa fanno seguito a quello sottoscritto, nel febbraio 2015, tra l’AGCM e la Guardia di Finanza, che regola lo scambio bilaterale di dati e notizie potenzialmente rilevanti³.

L’AGCM collabora altresì con l’Autorità Nazionale Anticorruzione, con la quale ha sottoscritto un Protocollo d’intesa nel dicembre 2014. Con tale documento è stata disciplinata la cooperazione tra le due autorità nell’ambito degli appalti pubblici, allo scopo di prevenire fenomeni corruttivi e collusivi tra imprese e promuovere la diffusione dei principi etici e di legalità. Tale cooperazione è assicurata, *inter alia*, da attività bilaterali di segnalazione, nonché attraverso la costituzione di gruppi di lavoro *ad hoc*.

Le conseguenze per l’impresa in caso di accertamento di un illecito *antitrust*

Oltre alle ovvie ricadute sul piano della reputazione aziendale, le implicazioni negative per l’impresa legate all’accertamento di una violazione *antitrust* possono includere: (i) l’imposizione, da parte della competente autorità *antitrust*, di una sanzione amministrativa di importo considerevole; (ii) l’esposizione ad azioni civili di risarcimento promosse da soggetti terzi danneggiati dalla condotta illecita; (iii) la perdita dei requisiti per l’ottenimento del *rating* di legalità; (iv) l’esclusione dalla partecipazione a gare d’appalto pubbliche; e (v) l’avvio di parallele indagini penali volte ad accertare se le condotte contestate integrino altresì gli estremi di un reato.

(i) Le sanzioni amministrative

Specie in seguito all’entrata in vigore, nell’ottobre 2014, delle Linee Guida per il calcolo delle sanzioni⁴, l’entità delle sanzioni pecuniarie comminate dall’AGCM è notevolmente

Gara Consip FM4 – Accordi tra i principali operatori del facility management, volta ad accertare presunte pratiche collusive in relazione a una (diversa) gara Consip. Con riguardo a entrambe le vicende, sono stati avviati paralleli procedimenti penali dalle Procure competenti, che – come risulta da fonti pubbliche – hanno collaborato con l’AGCM nell’accertamento dei fatti rilevanti.

² In particolare, la documentazione trasmessa dalle Procure può essere utilizzata dall’AGCM, *inter alia*, in istruttorie aventi ad oggetto intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante, ovvero pratiche commerciali scorrette in violazione del Codice del Consumo. Per converso, l’Autorità può trasmettere alle Procure (spontaneamente o su richiesta) sia documenti raccolti in fase pre-istruttoria, incluse eventuali domande di *leniency*, sia atti contenuti in un fascicolo istruttorio, dai quali emergano evidenze di condotte penalmente rilevanti.

³ In particolare, il Protocollo in parola disciplina le modalità con cui l’AGCM si avvale dell’ausilio del Nucleo Speciale Tutela Mercati per il reperimento e l’elaborazione di dati, informazioni e notizie utili allo svolgimento delle proprie attività istituzionali. Come noto, tale reparto specializzato della Guardia di Finanza fornisce anche assistenza all’AGCM durante gli accertamenti ispettivi condotti da quest’ultima presso le sedi delle imprese.

⁴ Cfr. *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*, adottate con provv. del 22 ottobre 2014.

umentata, attestandosi in numerosi casi al massimo edittale, pari al 10% del fatturato dell'impresa coinvolta⁵.

All'inasprimento delle sanzioni pecuniarie si è affiancata una più efficace attività di riscossione. Difatti, una volta scaduto il termine di 90 giorni per il pagamento dell'ammenda, quest'ultima diviene esigibile e l'AGCM invia all'impresa, nei 30-60 giorni successivi, un'apposita comunicazione con cui si preannuncia la trasmissione degli atti all'Agenzia delle Entrate incaricata della riscossione del credito⁶. Ciò rende necessario provvedere al pagamento della sanzione entro breve termine, senza possibilità di attendere la definizione dell'eventuale giudizio di impugnazione.

(ii) Le azioni risarcitorie

Tradizionalmente, la possibilità di ottenere il ristoro del danno sofferto a causa di una condotta anticoncorrenziale ha trovato un limite nella difficoltà per il danneggiato di provare sia il danno subito che l'esistenza di un nesso causale tra quest'ultimo e la condotta illecita. Con il citato D. Lgs. n. 3/2017, con cui è stata recepita la Direttiva 2014/104/UE in materia di *private enforcement*, il Legislatore ha ovviato a tale problematica, sancendo il valore vincolante dei provvedimenti dell'AGCM in relazione alla sussistenza del fatto illecito e introducendo una presunzione *iuris tantum* circa l'esistenza del nesso causale tra condotta illecita e danno subito.

Appare, dunque, prevedibile una maggiore diffusione del contenzioso civile legato alle infrazioni *antitrust*, anche alla luce dell'accresciuta propensione delle associazioni dei consumatori che abbiano subito un danno da comportamenti contrari alle norme sulla concorrenza, a promuovere azioni collettive (*class action*) ai sensi dell'art. 140-*bis* del Codice del Consumo (D. Lgs. n. 206/2005).

(iii) Il rating di legalità

Come noto, il riconoscimento di un sufficiente livello di *rating* di legalità⁷ consente all'impresa un trattamento vantaggioso in sede di concessione di finanziamenti pubblici e agevolazioni per l'accesso al credito bancario. Inoltre, il *rating* di legalità concorre

⁵ Negli ultimi anni, si è peraltro assistito a un notevole incremento del numero di procedimenti istruttori avviati dall'AGCM per presunte intese restrittive della concorrenza. In particolare, tra novembre 2016 e dicembre 2017, l'AGCM ha concluso sette procedimenti in tema di cartelli, irrogando ammende complessivamente pari a € 394 milioni circa. Nello stesso periodo, sono state avviate ben 11 istruttorie aventi ad oggetto presunte violazioni dell'art. 101 TFUE e/o dell'art. 2 della legge n. 287/90. Tre di queste istruttorie, così come uno dei procedimenti sinora avviati nel 2018, riguardano asserite condotte di *bid-rigging* in gare d'appalto pubbliche.

⁶ Salvi i casi in cui l'impresa ottenga dal Giudice amministrativo la sospensione del provvedimento impugnato.

⁷ Il *rating* di legalità è stato introdotto dal D.L. n. 1/2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 25/2012, allo scopo di promuovere principi etici in ambito aziendale in Italia. Esso consiste nell'assegnazione, all'impresa richiedente, che operi in Italia e abbia un fatturato minimo di € 2 milioni, di un punteggio basato sul rispetto, da parte dell'impresa stessa, di talune norme di legge nonché, più in generale, su una corretta gestione delle attività aziendali. La domanda deve essere inoltrata all'AGCM tramite la compilazione di un apposito formulario disponibile sul sito *web* dell'Autorità. Uno specifico Regolamento adottato dall'AGCM (con provv. n. 24075 del 14 novembre 2012) indica i criteri da seguire per l'attribuzione del punteggio, che varia da un minimo di una a un massimo di tre "stellette" e ha validità biennale.

anche alla determinazione del *rating* di impresa di cui al Codice Appalti (D. Lgs. n. 50/2016)⁸. La condanna per illeciti *antitrust* gravi (o per violazioni del Codice del Consumo) comporta la perdita dei requisiti per ottenere (o mantenere) il *rating* di legalità.

(iv) La partecipazione alle gare pubbliche

Una violazione delle regole *antitrust* può qualificarsi come “illecito professionale grave”, ai sensi dell’art. 80 del Codice Appalti e delle Linee Guida n. 6 dell’ANAC⁹. In proposito, va consolidandosi l’orientamento giurisprudenziale secondo cui tale violazione, incidendo sui requisiti di moralità ed integrità professionale dell’impresa, ne determina l’esclusione dalla partecipazione a gare pubbliche, addirittura nel caso in cui l’illecito non sia ancora accertato in via definitiva¹⁰.

(v) I possibili risvolti penali

Benché l’illecito concorrenziale non sia sanzionato penalmente, talune condotte rilevanti a fini *antitrust* possono configurare gli estremi di un reato. Particolarmente significative, in questa prospettiva, sono le fattispecie di *bid-rigging* poste in essere nel contesto di gare d’appalto organizzate dalla Pubblica Amministrazione. In tali casi, la rafforzata cooperazione tra l’AGCM e le Procure di Roma e Milano rende probabile, ove ne ricorrano i presupposti, l’avvio di un’indagine penale in parallelo al procedimento *antitrust*.

Com’è noto, i delitti di turbativa¹¹ non rientrano nel *numerus clausus* delle fattispecie idonee a costituire il presupposto della responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del D. Lgs. n. 231/2001. Da tale premessa, tuttavia, non consegue la sicura escludibilità di sanzioni a carattere sostanzialmente penale nei confronti dell’ente le cui carenze organizzative abbiano agevolato la commissione di simili reati nell’interesse o a vantaggio dello stesso.

⁸ Più in generale, un’impresa che soddisfi i requisiti di cui al *rating* di legalità può beneficiare di alcuni vantaggi nell’ambito di gare d’appalto pubbliche, ad esempio, con riguardo alle garanzie da fornire per partecipare alla gara e alle possibilità di aggiudicazione (cfr., e.g., artt. 93 e 95 del Codice Appalti).

⁹ In particolare, cfr. punto 2.2.3.1 delle Linee Guida ANAC n. 6, di attuazione del D. Lgs. 50/2016, approvate dal Consiglio dell’ANAC con provv. n. 1293 del 16 novembre 2016 ed aggiornate al D. Lgs. n. 56/2017, con provv. n. 1008 dell’11 ottobre 2017.

¹⁰ Cfr., da ultimo, TAR Lazio, Roma, Sez. I, sentenza n. 1119/2018, nonché TAR Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, sentenza n. 12160/2017. Sul punto però il tema risulta ancora dibattuto, come dimostrano talune decisioni di segno contrario (cfr. TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, sentenza n. 18/2018; TAR Campania, Salerno, Sez. I, sentenza n. 10/2017). Al riguardo, anche l’AGCM ha recentemente espresso la propria posizione nel parere AS1474 del 13 febbraio 2018 rivolto all’ANAC. In particolare, conformemente al citato recente orientamento giurisprudenziale, l’Autorità ritiene che la commissione di un illecito *antitrust* possa costituire un motivo di esclusione dalla partecipazione a gare pubbliche. L’AGCM parrebbe però avere un approccio più cauto rispetto alla giurisprudenza, suggerendo che si attenda l’accertamento in via definitiva della violazione, onde evitare che un’impresa venga esclusa da una gara pubblica in base a un illecito *antitrust* successivamente annullato in sede d’impugnazione.

¹¹ Cfr. art. 353 c.p. “*Turbata libertà degli incanti*”, art. 353-bis c.p. “*Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*” e art. 354 c.p. “*Astensione dagli incanti*”.

A seguito della verifica di un cartello, infatti, viene sovente prospettata l'imputazione dei delitti di turbativa quali delitti-scopo del reato associativo ex art. 416 c.p., aprendo la strada a possibili contestazioni anche nei confronti degli enti partecipanti al cartello. Quest'ultima fattispecie, infatti, rientra nell'elenco dei reati-presupposto ex art. 24-ter del D. Lgs. n. 231/2001, definita da molti una *norma-passerella* attraverso la quale viene di fatto dilatata la sfera di punibilità degli enti, facendo entrare dalla porta di servizio un' indefinita serie di reati c.d. fuori catalogo, con evidenti ricadute sull'attività di mappatura dei rischi¹². Inoltre, occorre segnalare che recenti teorie accusatorie giungono ad ipotizzare l'esistenza di associazioni per delinquere anche all'interno della singola impresa a carattere lecito, laddove si ritenga che una reiterata attività di turbativa delle gare d'appalto partecipate dall'ente sia frutto del processo decisionale interno condiviso tra più persone, tra cui normalmente almeno un soggetto apicale.

L'eventuale responsabilità d'impresa nell'ambito della tutela penale della concorrenza, da ultimo, potrebbe scaturire altresì in relazione a condotte sussumibili nelle fattispecie di corruzione tra privati (art. 2635 c.c.) o di truffa in danno dello Stato o di altro ente pubblico (art. 640, comma 2, c.p.), rispettivamente rilevanti ai sensi dell'art. 25-ter, comma 1, lett. s-bis¹³ e dell'art. 24 del D. Lgs. n. 231/2001.

La compliance quale “risposta” gestionale al rischio antitrust

Il maggiore rischio di *detection* dell'illecito *antitrust*¹⁴, e le forti ricadute – sia in termini economici che operativi – in caso di condanna, rendono sempre più opportuna per l'impresa l'adozione di un' articolata *compliance antitrust* o il rafforzamento degli specifici presidi organizzativi eventualmente già esistenti. I benefici legati a tale scelta appaiono ormai di gran lunga preponderanti rispetto all'apparente incremento dei costi di personale, di impianto e di procedure che essa comporta.

¹² Tale prospettiva applicativa dell'art. 24-ter del D. Lgs. n. 231/2001 è stata consacrata nella circolare n. 83607/2012 emanata dal Comando Generale della Guardia di Finanza in data 19 marzo 2012. Nella circolare si afferma che, grazie all'introduzione del reato di associazione per delinquere ex art. 416 c.p. quale reato presupposto della responsabilità amministrativa degli enti, “è ora possibile, non solo in via astratta, applicare la disciplina del D.lgs. n. 231/2001 con riguardo a quei reati che, pur non rientrando nella categoria dei reati presupposto (es. reati tributari, usura, abusiva attività di intermediazione finanziaria, turbata libertà degli incanti, ...) potrebbero costituire i delitti-fine di un'associazione per delinquere”. Questa soluzione, nelle more di eventuali future disposizioni di maggiore dettaglio, “rappresenta un valido ed efficace strumento contro la criminalità d'impresa, potendo trovare applicazione in situazioni distorsive della concorrenza e nei casi delle più gravi frodi fiscali”.

¹³ La lettera in commento, inserita dall'art. 1, comma 77, lett. b) della legge n. 190/2012, è stata recentemente modificata, mediante inasprimento delle sanzioni, dall'art. 6 del D. Lgs. n. 38/2017, recante “Attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato”.

¹⁴ Tale rischio potrebbe peraltro aumentare ulteriormente all'esito dell'approvazione (e del successivo recepimento in Italia) della c.d. Direttiva ECN+, che conferirà alle autorità di concorrenza degli Stati Membri, *inter alia*, il potere di condurre accertamenti ispettivi anche in luoghi diversi dai locali aziendali (tra cui, ad esempio, le abitazioni private), qualora vi sia il ragionevole sospetto che vi siano conservati documenti di carattere commerciale rilevanti ai fini dell'accertamento di una grave violazione *antitrust*.

Innanzitutto, la *compliance antitrust* costituisce un valido strumento di signaling, accrescendo la reputazione dell'azienda e consentendo a quest'ultima di mantenere nel tempo un rapporto di fiducia con i propri clienti e fornitori.

La *compliance antitrust*, inoltre, costituisce un efficace strumento di prevenzione. Poggiando sulla formazione e la responsabilizzazione dei dipendenti, essa favorisce la promozione della cultura della concorrenza all'interno della struttura aziendale. Peraltro, una buona *compliance antitrust* consente all'impresa di accertare, con cadenza periodica, la conformità della propria condotta alle regole *antitrust* e, in caso di anomalie, di adottare tempestivamente interventi di correzione dei processi interni, nonché iniziative volte alla gestione del rischio (e.g., l'accesso ai programmi di clemenza, l'adozione volontaria di misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati, etc.).

Infine, la *compliance antitrust* permette di contenere le ricadute economiche e operative legate all'accertamento dell'illecito concorrenziale. Sotto il profilo economico, l'AGCM considera l'adozione di un programma di *compliance* quale circostanza attenuante idonea a determinare una riduzione fino al 15% dell'importo di base della sanzione pecuniaria¹⁵. Sul fronte delle ricadute operative, i programmi di *compliance*, ove opportunamente articolati, possono costituire efficaci misure di *self-cleaning* e, quindi, consentire la partecipazione a gare d'appalto pubbliche a imprese che abbiano in precedenza commesso un illecito *antitrust* grave.

Le attività di consulenza e assistenza offerte da Pedersoli Studio Legale

Pedersoli Studio Legale fornisce una consulenza altamente specializzata in campo *antitrust* e penale, assistendo regolarmente i propri clienti in attività di *compliance*, quali:

- la predisposizione di programmi di *compliance antitrust* (manuali di condotta, seminari interni di formazione, periodiche attività di aggiornamento, etc.);
- lo svolgimento di *mock dawn raids* (i.e., simulazioni degli accertamenti ispettivi svolti dalle autorità *antitrust*, al fine di istruire adeguatamente il personale aziendale sulle corrette modalità di comportamento);
- attività di investigazioni interne, condotte attraverso interviste ai dipendenti e la revisione della documentazione cartacea ed elettronica (tramite l'utilizzo di un *software* dedicato); il tutto nel pieno rispetto delle normative giuslavoristiche e in tema di *privacy*. Tale attività include la predisposizione di *report* volti a individuare le misure necessarie per porre rimedio alle criticità che dovessero emergere;

¹⁵ Cfr. Linee Guida sulle sanzioni e provv. AGCM n. 26064 del 8 giugno 2016, Caso I783 – *Accordo tra operatori del settore vending*; provv. AGCM n. 26316 del 21 dicembre 2016, Caso I792 – *Gare ossigenoterapia e ventiloterapia*; provv. AGCM n. 26705 del 25 luglio 2017, Caso I793 – *Aumento prezzi cemento*; e provv. AGCM n. 26815 del 18 ottobre 2017, Caso I796 – *Servizi di supporto e assistenza tecnica alla PA nei programmi cofinanziati dall'UE*.

- investigazioni difensive ai sensi del codice di procedura penale, anche a carattere preventivo, allo scopo di effettuare una consapevole valutazione dei rischi penali per l'ente e per le persone fisiche di fronte a situazioni di potenziale pericolo. Tale attività può includere l'individuazione delle eventuali strategie di azione a carattere rimediabile, nonché la raccolta di elementi di prova difensivi utilizzabili nell'ambito di un *instaurando* procedimento o di un procedimento penale già in corso;
- attività di consulenza in favore degli Organismi di vigilanza (*compliance test* relativi a determinate operazioni commerciali o alle procedure aziendali in essere, predisposizione di *position paper*, attività di formazione etc.);
- se del caso, l'assistenza dinanzi alle autorità competenti (AGCM, Commissione europea, corti civili, amministrative e penali).

* * *

Per chiarimenti e/o ulteriori informazioni in merito alle tematiche oggetto del presente documento, si prega di contattare:

- Davide Cacchioli, *Equity Partner* (tel. +39 02 303051 - email: d.cacchioli@pedersoli.it)
- Sergio Fienga, *Equity Partner* (tel. +39 06 4521861 - email: s.fienga@pedersoli.it)
- Prof. Enrico Maria Mancuso, *Equity Partner* (tel. +39 02 303051 - email: e.mancuso@pedersoli.it)
- Alessandro Bardanzellu, *Partner* (tel. +39 02 303051 - email: a.bardanzellu@pedersoli.it)

La presente Newsletter di Pedersoli Studio Legale ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale in merito a tematiche giuridiche di attualità. Per tale ragione, essa non costituisce un parere legale, né può sostituirsi a una consulenza legale specifica.