

Sanzioni antitrust, misure alternative e *compliance*

Alberto Pera

Antitrust tra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea

Treviso, 17-18 maggio 2012

Introduzione (i)

- **Gli ingredienti di un sistema di applicazione ottimale del diritto antitrust:**
 - Prevenzione generale "negativa", basata sulla **deterrenza**, al fine di impedire la futura commissione di illeciti: sanzione *ex post*
 - Prevenzione generale "positiva", basata sullo sviluppo di una **cultura della concorrenza**, in cui i comportamenti anticoncorrenziali sono considerati come socialmente repressibili: prevenzione *ex ante*
- **Complementarietà tra i due ingredienti:** una efficace deterrenza presuppone l'esistenza di una **riprovazione** collettiva delle condotte anticoncorrenziali che devono essere percepite come un "male" dalla società nel suo complesso

Introduzione (ii)

La presentazione svolge alcune riflessioni riguardo tre temi tra loro complementari:

- 1) **Politica sanzionatoria** presenta aspetti problematici, peraltro di **diverso segno**, sia a livello UE che nazionale:
 - **a livello UE**, le sanzioni hanno assunto negli ultimi anni valori molto elevati, ciò che ha generato un dibattito circa possibili conseguenze indesiderabili (vedi *infra*);
 - **a livello nazionale**, una efficace politica sanzionatoria è risultata più difficile da perseguire
- 2) Proposte di introduzione di **strumenti di prevenzione alternativi**:
 - introduzione di ulteriori strumenti di deterrenza per incrementare il rispetto della normativa antitrust (criminalizzazione del diritto antitrust, sanzioni individuali);
 - maggiore attenzione alla prevenzione attraverso i **programmi di compliance**;
- 3) Requisiti per un **efficace funzionamento della compliance**

Sanzioni: criteri del sistema sanzionatorio antitrust

- **SANZIONI PECUNIARIE: modello Becker/Wils** → sanzione ottima = guadagno atteso x inverso delle probabilità di accertamento

Di conseguenza, due fattori assumono rilievo:

- 1) Il livello delle sanzioni
- 2) Le probabilità di accertamento

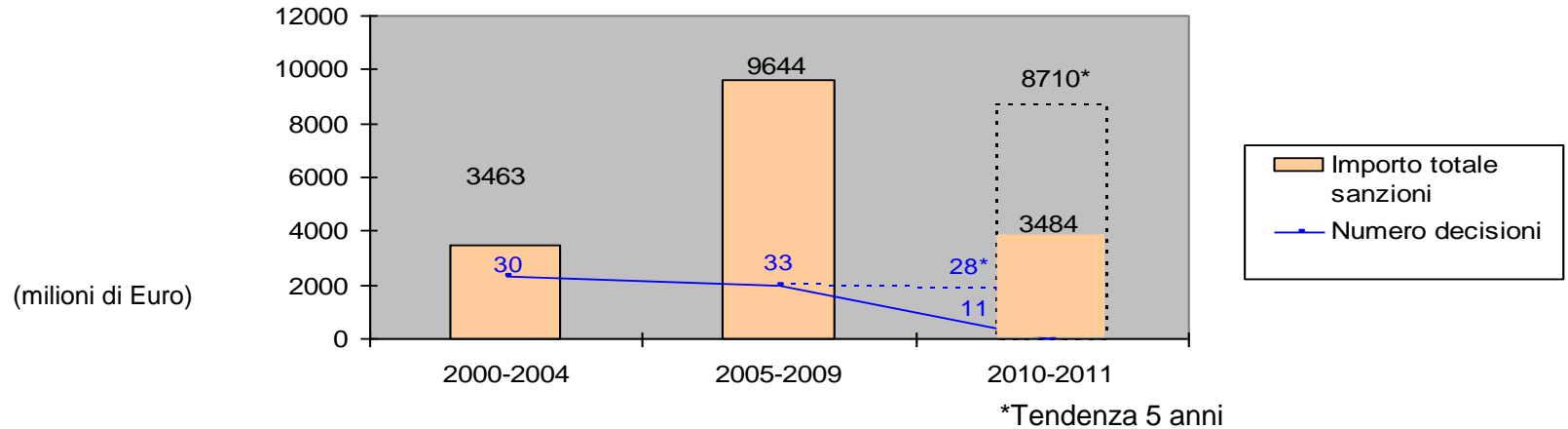
- Gli orientamenti comunitari attualmente in vigore (*guidelines* 2006) rafforzano in maniera significativa il carattere dissuasivo e repressivo delle sanzioni: *“le ammende devono avere un effetto sufficientemente dissuasivo, allo scopo non solo di sanzionare le imprese in causa (effetto dissuasivo specifico), ma anche di dissuadere altre imprese dall’assumere o dal continuare comportamenti contrari agli articoli 81 e 82 del trattato [ora 101 e 102 del TFEU] (effetto dissuasivo generale)”*
- Art. 15 Legge 287/1990: l’Autorità può imporre sanzioni pecuniarie ove la condotta illecita sia qualificata da gravità. Le sanzioni antitrust non hanno *“natura di misura patrimoniale civilistica (...) bensì di sanzione amministrativa con connotati punitivi (affini a quelli della sanzione penale)”*, C.d.S. 1671/2001
- CEDU, sentenza del 27 settembre 2011, n. 43509/08, *Menarini Diagnostics*: *“tenuto conto dell’elevato importo della sanzione pecuniaria inflitta, la Corte ritiene che essa sia, per la sua gravità, di natura penale”*

Tre criteri (Engel):

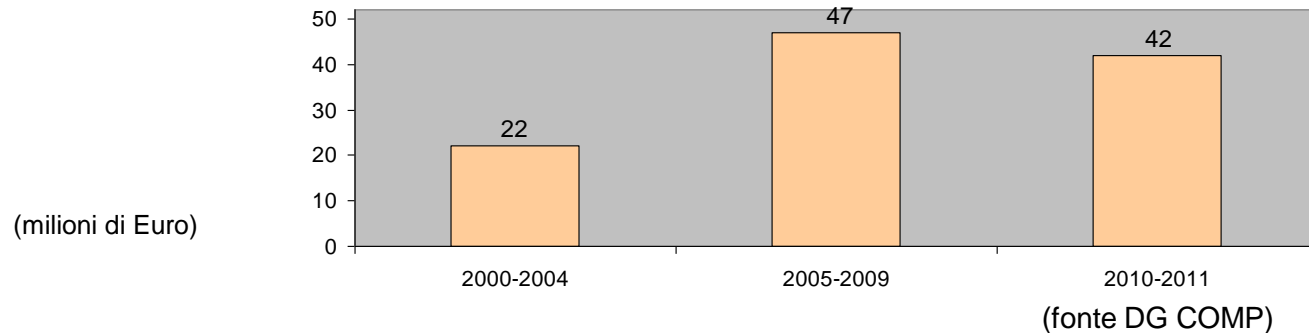
- 1) Qualificazione data dal diritto interno;
- 2) Natura dell’illecito (portata generale ed astratta, finalità repressiva e preventiva);
- 3) Natura e gravità della sanzione (scopo deterrente e punitivo)

Sanzioni pecuniarie: UE, trend applicativo (art.101 TFUE)

- A livello europeo, si è registrato nell'ultimo decennio un significativo incremento dell'**importo totale** delle sanzioni imposte:

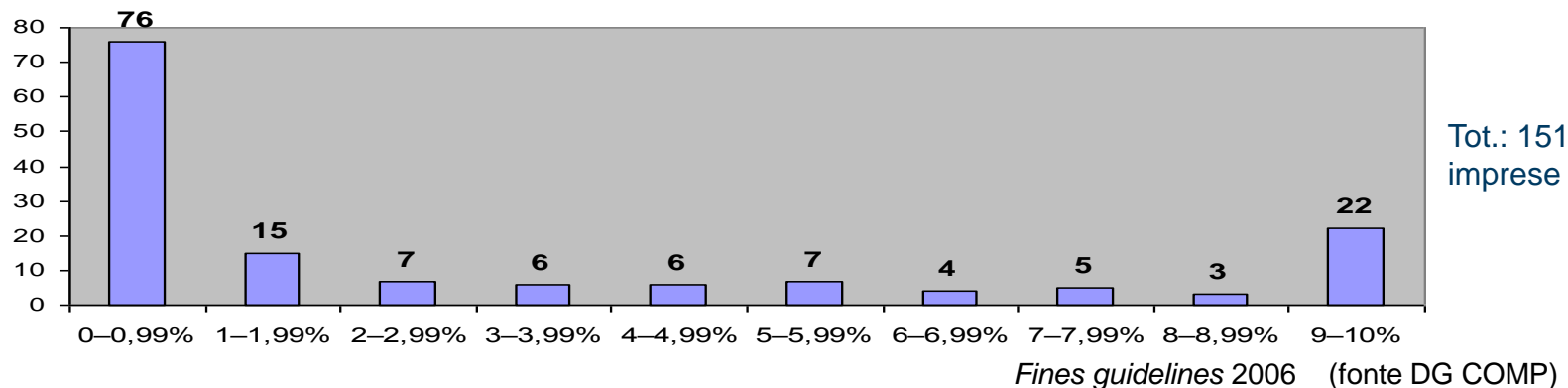


- Tale *trend* è connesso ad un aumento del **livello medio delle ammende irrogate**:

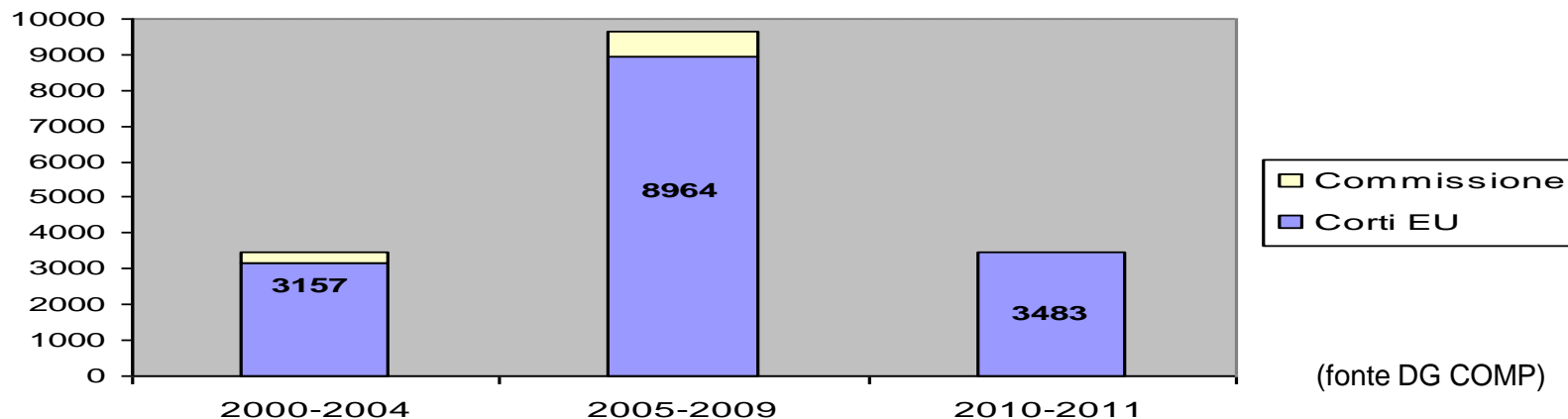


Sanzioni pecuniarie: UE, trend applicativo (art.101 TFUE)

- Nel 35% dei casi le sanzioni eccedono il 3% del fatturato e nel 15% si approssimano al limite del 10% del fatturato dell'impresa:



- Le riduzioni giudiziarie sono relativamente modeste:



Strumenti alternativi di prevenzione: UE

- Sono stati sottolineati i rischi connessi a sanzioni eccessivamente elevate:
 - *Overdeterrence*;
 - *Passing-on* sui consumatori;
 - Insolvenza dell'impresa;
 - Non proporzionalità della sanzione

“the use of ever higher fines as the sole antitrust instrument may be too blunt, not least in view of the job losses that may result from an inability to make payments, and calls for the development of a wider range of more sophisticated instruments covering such issues as individual responsibility” (Parlamento europeo, risoluzione 20/1/11)

- Attuale dibattito circa:
 - a) l'opportunità di introdurre sanzioni penali: *“a serious limitation to the effective combat of cartel is ... the lack at Community level of criminal sanctions”* (Bo Vesterdorf)

Ranking by Businesses	Ranking by Lawyers
1. Criminal Penalties	1. Criminal Penalties
2. Disqualification of Directors	2. Fines
3. Adverse publicity	3. Disqualification of Directors
4. Fines	4. Adverse publicity
5. Private damages actions	5. Private damages action

OFT 962, The Deterrent Effect of Competition Enforcement by the OFT, November 2007

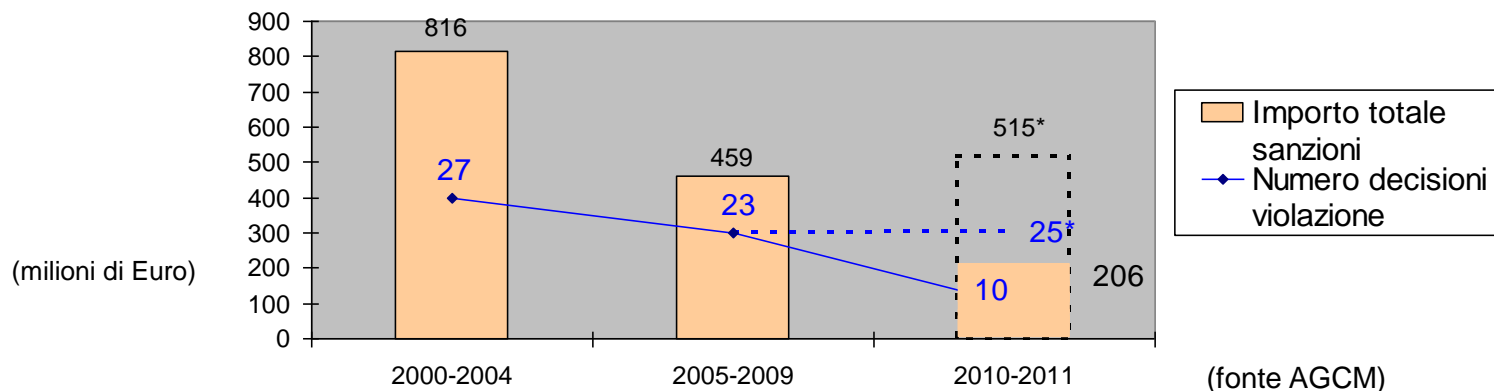
Strumenti alternativi di prevenzione: UE - Quale ruolo per la compliance?

- b) Attribuire maggiore rilevanza ai *compliance programme*, anche attraverso un riconoscimento sul piano sanzionatorio (Hofstetter-Ludescher; Murphy). Recentemente, tre Autorità si sono espresse sul punto:
- 1) **UK**, OFT, *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law*, (2010)
 - *compliance programme* conformi alle linee guida, sia se adottati dopo l'illecito che prima e fraudolentemente violati, hanno valore di attenuante (10%)
 - Nel 2003 è stato inoltre introdotto il *company director disqualification order* → è escluso ove il *management* provi un concreto impegno alla *compliance* antitrust: forte incentivo all'adozione dei programmi
 - 2) **Francia**, *Autorité de la concurrence*, *Document-cadre* (2012)
 - programmi già esistenti sono ritenuti utili solo ai fini della *leniency/immunità parziale*. Nel caso di illeciti per i quali non sia possibile la *leniency* è prevista un'attenuante se l'impresa dimostri di aver posto fine all'illecito *prima* delle ispezioni/apertura del procedimento
 - l'impegno ad adottare programmi di *compliance*/migliorare i programmi esistenti è valutato nell'ambito della procedura di *settlement* (riduzione del 10%)
 - 3) **EC**, *Compliance matters* (2011)
 - Impostazione restrittiva: incentivo sufficiente a una buona *compliance programme* è rappresentato dalla possibilità di (a) scongiurare la commissione di illeciti ed i costi ad essi connessi (sanzioni amministrative e danni civili); (b) arrivare primi nel proporre una *leniency*

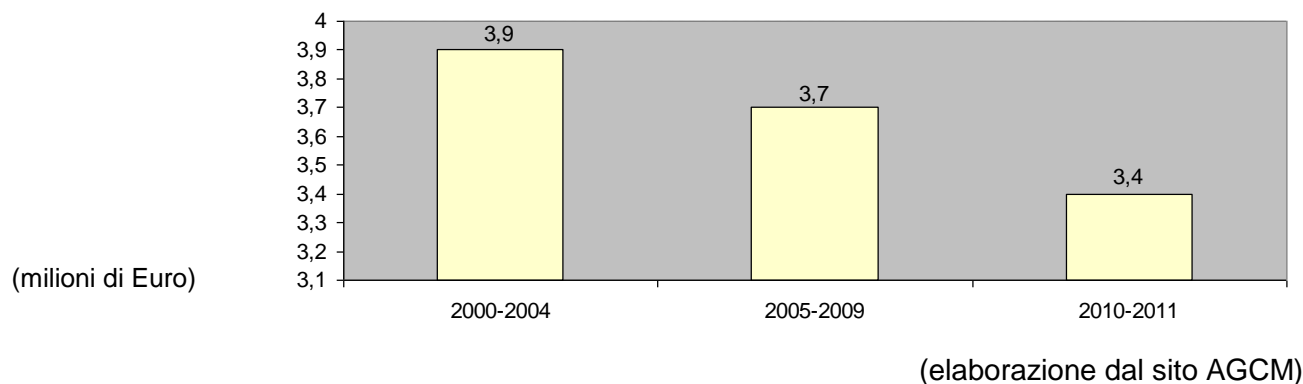
*“the mere existence of a compliance programme will not be considered as an attenuating circumstance (...)
the existence of a compliance programme will not be considered an aggravating circumstance”*

Sanzioni pecuniarie: Italia, trend di applicazione (art. 2 e 101)

- A livello nazionale, i problemi sono alquanto diversi: dopo un sensibile incremento delle sanzioni nel periodo 2000-2004, l'importo totale delle sanzioni irrogate è diminuito:

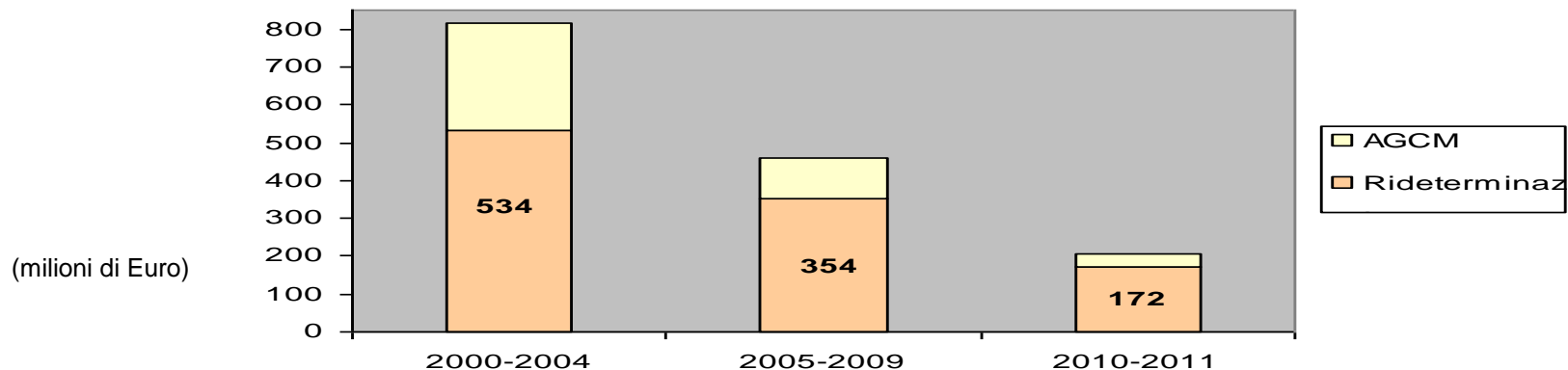


- Anche la sanzione media irrogata alle imprese mostra una tendenza lievemente decrescente:

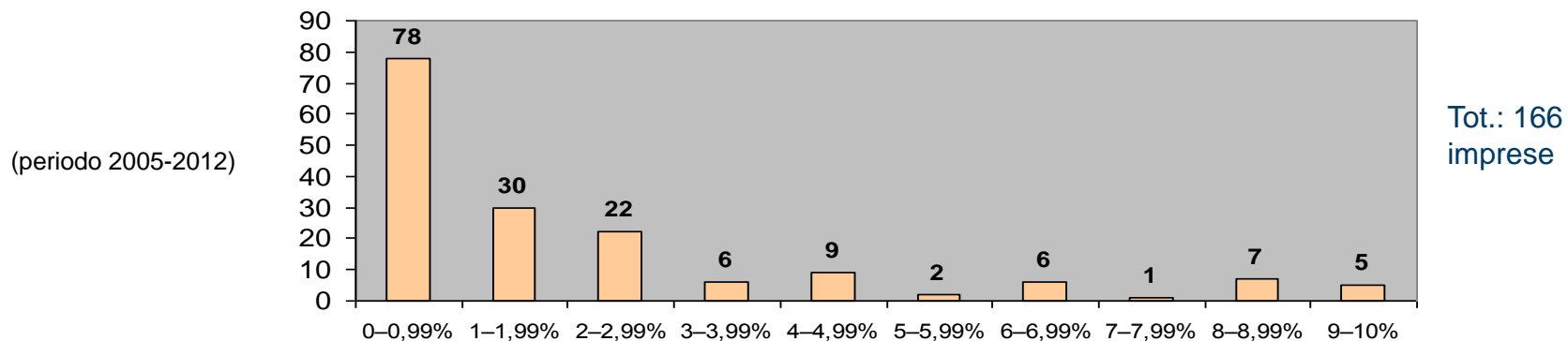


Sanzioni pecuniarie: Italia, trend di applicazione (art. 2 e 101)

- Ad esito delle pronunce giudiziali/rideterminazione AGCM le sanzioni sono state significativamente ridotte:



- Solo nel 20% dei casi le sanzioni eccedono il 3% del fatturato e sono nel 3% dei casi si approssimano al limite del 10% del fatturato dell'impresa:



Sanzioni pecuniarie: Italia, trend di applicazione (art. 2 e 101)

- Inoltre il limite superiore del 10% è raggiunto solo nel caso di imprese di dimensioni limitate:

Italia: Art. 2 e art. 101 TFUE - % per classi di fatturato (2005-2012)						
	0– 10 mil.	10 –50 mil.	50-250 mil.	250-500 mil.	500-1 miliardo	> 1 miliardo
0 –0,99%	5	23	17	5	5	23
1 – 1,99%	5	13	8		1	3
2 - 2,99%	3	8	6	4	1	
3 – 3,99%	2	1	1	1	1	
4 – 4,99%	3	4	1		1	
5 – 5,99%		1	1			
6 – 6,99%	4	2	0			
7 – 7,99%			1			
8 – 8,99%	2	3	2			
9 – 10%	4		1			

Strumenti alternativi di prevenzione: Italia

- Di fronte alle difficoltà della politica sanzionatoria in Italia è possibile pensare di introdurre strumenti complementari di prevenzione?
 - **Sanzioni individuali:**
 - **azione di regresso** dell'impresa sanzionata nei confronti del dirigente che ha causato un pregiudizio (artt. 2392-2393 c.c.), ad oggi **mai promossa**;
 - **Risarcimento del danno**: solo nel caso di società pubbliche, è stato imposto il risarcimento del danno erariale. La Corte dei Conti ha condannato i componenti del consiglio di amministrazione e del collegio dei sindaci di *Tramibus* al risarcimento del danno derivante dall'imposizione di una sanzione per un'intesa nel settore del trasporto pubblico locale (sentenza n. 325/2011);
 - **Sanzioni amministrative pecuniarie** generalmente considerate aggirabili;
 - **Sanzioni penali**, in limitati casi: turbativa d'asta (art. 353 c.p.), speculazione sul costo dei beni alimentari di primo consumo (art. 501 bis c.p., caso pasta); tuttavia una più ampia applicazione di **sanzioni antitrust di carattere detentivo** sembra in Italia di difficile applicazione per motivi culturali e istituzionali.
 - Prevenzione attraverso effettivi **PROGRAMMI DI COMPLIANCE** da parte delle imprese, sulla scia delle riflessioni in corso anche a livello europeo

Incentivi alla compliance: (i) “post factum”

- Attività di compliance è finalizzata a allineare gli incentivi dell’impresa con quelli degli individui che vi lavorano
- Sviluppo dell’attività di *compliance* richiede incentivi
- Atteggiamento differente delle Autorità di concorrenza rispetto a programmi di *compliance* esistenti (“*ante factum*”) o elaborati/migliorati dopo la scoperta dell’infrazione (“*post factum*”)
- **Programmi di *compliance* “post factum” :**
 - 1) generalmente **valutati ai fini della riduzione della sanzione:**
 - » EC: discrezionale, *Napier Brown-British Sugar*, 1988
 - » Francia, linee guida 2012 → riduzione sino al 10% (in relazione a programmi adottati nell’ambito di procedure di *settlement*)
 - » UK: linee guida 2011 → riduzione sino al 10% (in relazione a programmi adottati immediatamente dopo la scoperta del potenziale illecito)
 - » Italia: I342 - *Farmindustria/Codice di autoregolamentazione*, 1999; I266 – *Assirevi/Società di revisioni*, 2000
 - 2) L’**inottemperanza** al programma di *compliance* adottato in sede di impegni è stata considerata quale **circostanza aggravante**
 - EC: *British Sugar*, 1998

Incentivi alla compliance: (ii) “ante factum”

- Rispetto ai programmi esistenti “*ante factum*” le Autorità hanno posizioni differenti ove essi non abbiano impedito la commissione di un illecito (Jalabert Doury – Sproul):
 - **UE:** il solo incentivo all’adozione dei programmi è sfuggire alle sanzioni / ottenere l’immunità totale/parziale (*Compliance matter*, 2011, discorso Almunia 25/10/2010)
 - **UK:** un programma di *compliance* efficace, rispondente ai requisiti delle linee guida, può dar luogo ad una riduzione sino al 10% della sanzione (Comunicazione giugno 2011)
 - **Francia:** nessuna attenuante; tuttavia se in presenza di *compliance programme* efficace (*Best Practice*) è stato commesso un illecito per cui non è possibile la *leniency*, è prevista una riduzione dell’ammenda ove l’impresa dimostri di aver terminato l’illecito prima delle ispezioni/apertura del procedimento - l’entità della riduzione non è definita (Comunicazione febbraio 2012)

- Cosa vuol dire che un programma risponde alla *Best Practice*?

Antitrust compliance: (i) i requisiti di una best-practice

- Al fine di attribuire ai programmi valore di esenzione/riduzione dalle sanzioni, dovrebbero rispondere a requisiti di effettività: *best-practice* (cfr. OFT, Autorità francese, EC)



- CRITERI GENERALI:**

- Identificazione dei rischi**, sulla base del settore di attività e del contesto operativo (e.g. cartelli, intese verticali, abuso di posizione dominante) → **PERSONALIZZAZIONE DEI PROGRAMMI**
- Valutazione dei rischi**: alti (personale di vendita, *marketing*, partecipanti alle riunioni associative) medi (personale che non ha regolari rapporti con *competitor*, addetti alla comunicazione) bassi (*back office*)
- Attenuazione dei rischi**: *training* personalizzati e specifici, attuazione di *policy*, procedure *ad hoc*
- Verifica**: rivalutazione periodica degli *steps* 1-3

Antitrust compliance: (ii) i requisiti di una best-practice

- La *best-practice* richiede soprattutto **procedure** adatte e sistemi di sanzioni:
 - a) **Impegno** alla *compliance* dell' "**alta direzione**": i *manager* devono comprendere/supervisionare il programma, partecipare attivamente all'implementazione dello stesso;
 - b) Identificazione del **personale responsabile della compliance**: individuazione dei soggetti preposti all'attuazione del programma, attribuzione delle risorse e poteri necessari, previsione di obblighi di informazione al *management*;
 - c) **Informativa / training** efficaci: comunicare a tutto il personale i criteri di base (codice etico) e le procedure del programma, incluso attraverso comunicazioni provenienti dall'alta direzione, formazione regolare in materia antitrust;
 - d) Identificare procedure che permettano di evitare condotte pericolose. Es. autorizzazione preventiva della partecipazione a associazioni e a relative riunioni; verifica successiva del contenuto delle riunioni;
 - e) **Monitoraggio** del programma e **audit**, sistema interno di **whistle-blowing**: revisione e controlli regolare del programma, possibilità per il personale di segnalare eventuali violazioni in maniera anonima/confidenziale, per ridurre il rischio di ritorsioni;
 - f) Previsione di **sanzioni disciplinari** in caso di gravi violazioni del programma:

- Complementarietà con sanzioni alternative per il *top management*: in Inghilterra nel 2003 *company director disqualification order*

Antitrust compliance: i programmi “ante factum” e l’aspetto soggettivo (1)

- Opportunità di tener conto di programmi *Best Practice* in caso di irrogazione di sanzioni
- Efficaci programmi di *compliance* potrebbero avere anche riflessi sullo stesso **requisito soggettivo** dell’infrazione necessario ai fini dell’applicazione delle sanzioni:
 - Reg. 1/2003: EC può infliggere ammende alle imprese che “*intenzionalmente o per negligenza commettono un’infrazione*”
 - L. 689/82, art. 6: “*nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria*”
- I connotati punitivi ed i criteri di imputabilità delle sanzioni antitrust suggeriscono l’opportunità di una valutazione *ex ante* se l’illecito sia effettivamente imputabile all’impresa o consegua all’elusione di un programma di *compliance* efficace. Le AC hanno gli strumenti per identificare un’eventuale elusione

Antitrust compliance: i programmi “ante factum” e l’aspetto soggettivo (2)

In particolare due temi:

- **Parental liability:**

A livello UE: **presunzione di un’influenza determinante** esercitata dalla società controllante su una controllata detenuta al 100% da quest’ultima (C-97/08P AKZO, 2009) → presunzione difficilmente contestabile

L’adozione di effettivi programmi di *compliance* dovrebbe in principio escludere una **culpa in vigilando** della società madre → **esenzione della responsabilità** (es. illecito nazionale commesso da una filiale di una multinazionale multiprodotto), fatta salva la possibilità che i programmi non sono stati attuati correttamente (Hofstetter; Thomas)

Invece l’utilizzazione di poteri di *compliance* è stata recentemente ritenuta indicativa della **responsabilità della società controllante per le violazioni delle controllate** (TPI T-138/07, *PO/Elevators and Escalators*, 2011, par. 88)

2) **Responsabilità all’interno dell’impresa:**

Secondo la L. 689/81, la responsabilità dell’impresa è oggettiva: può/si potrebbe ipotizzare una revisione del carattere della sanzione, attribuendo finalità risarcitoria e non punitiva → riduzione dell’ammenda (vedi oltre...)

Antitrust compliance: (i) un benchmark di comparazione?

- A livello nazionale, un utile riferimento è rappresentato dal d. lgs. 231/2001 relativo alla responsabilità amministrativa delle imprese, che si applica anche a reati, come la corruzione, per cui si pongono problemi simili di allineamento tra incentivi individuali e di impresa:
 - a) ai modelli “**ante factum**” sono riconosciuti effetti incidenti direttamente sulla responsabilità dell’ente (artt. 6, 7) → è comunque prevista la confisca del profitto che l’ente ha tratto dal reato, che però non ha necessariamente carattere sanzionatorio.
 - b) i modelli “**post factum**” sono considerati attenuante alla sanzione pecuniaria

- L’art. 6 individua i contenuti minimi che il modello deve possedere per essere considerato idoneo:
 - selezione delle attività più esposte al rischio;
 - programmazione della formazione e attuazione delle decisioni dell’ente in relazione ai reati da prevenire;
 - individuazione delle modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati;
 - previsione di obblighi di informazione nei confronti dell’organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli;
 - sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure

Antitrust compliance: (ii) un benchmark di comparazione?

▪ Criterio di valutazione:

- Il modello potrà essere considerato efficiente **ogni qual volta il comportamento fraudolento non fosse prevedibile** → **la valutazione deve essere compiuta al tempo dell'adozione ed attuazione del modello** (Trib. Milano, 17/11/2009)

▪ Ripartizione dell'onere della prova:

- Con riguardo ai **soggetti in posizione apicale**: l'ente deve dimostrare l'aggiramento fraudolento del modello (Trib. Napoli, 26/06/2007)
- Con riguardo ai **soggetti sottoposti all'altrui direzione**: l'onere di provare la mancata adozione/attuazione del modello è sull'accusa (relaz. di accompagnamento al D. Lgs. 231/2001)
- Solo recentemente l'adozione di codici di condotta ha trovato **concreto riconoscimento**, sia in sede cautelare (es: Pfizer, GIP Trib. Bari) che in sede di decisione finale (es: Impregilo, Trib. Milano, 17/11/2009)

Conclusioni

- Sistema antitrust efficace: due strumenti:
 - 1) Politica sanzionatoria → **Prevenzione generale ”negativa”**
 - 2) Strumenti di prevenzione alternativi → **Prevenzione generale “positiva”**
- Ad oggi, la dottrina ha dedicato molta attenzione alla prevenzione “negativa”: tuttavia, sia a livello EU che nazionale, sia pure per ragioni differenti, necessità di strumenti alternativi di prevenzione
- **Importanza della *compliance***

Necessità di incentivi all’adozione di modelli efficaci: dibattito aperto, soluzioni differenti anche all’interno dell’EU, ruolo importante delle Autorità di Concorrenza
- Individuazione di criteri / regole procedurali idonee ad identificare programmi efficaci attraverso una valutazione *ex ante*
- In Italia, **D. Lgs. 231/2001** potrebbe fornire un riferimento per una riflessione su criteri e metodi dei processi di *compliance*

Bibliografia

- BANKS T.L., *Antitrust compliance – it's all about the culture*, in *CPI Antitrust Chronicle*, febbraio 2012
- BEATON-WELLS C., *Normative Compliance – the endgame*, in *CPI Antitrust Chronicle*, febbraio 2012
- CONNOR J.M., *Has the European Commission become more severe in punishing cartels? Effects of the 2006 guidelines*, in *E.C.L.R.*, 2010
- HOFSTETTER K., LUDESCHER M., *Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for 'Best Practice Compliance'*, in *World Competition*, 1, 2010
- JALABERT-DOURY N., SPROUL G., *Enforcers' Consideration of Compliance Programs in Europe: Are 2011 Initiatives Raising Their Profile or Reducing It to the Lowest Common Denominator?*, in *CPI Antitrust Chronicle*, febbraio 2012
- JALABERT-DOURY N., *Compliance matters – What can companies do better to respect EU competition*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012
- LEE M., *Builging effective antitrust compliance program: international and cultural challenges*, in *Antitrust compliance bulletin*, 2006
- LUNGHINI G., *La responsabilità amministrativa degli enti nel processo penale: rassegna giurisprudenziale*, in *Corriere Giur.*, 11, 2010
- MURPHY J., *Roundtable on promoting compliance with competition law*, 7 ottobre 2011,
- MURPHY J., *Does compliance really matter to DG Comp?*, in *CPI Antitrust Chronicle*, marzo 2012
- SANDULLI M.A., *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni*, in *20 Anni di antitrust*, C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), Torino, 2010
- SOKOL D., *Detection and compliance in cartel policy*, in *CPI Antitrust Chronicle*, settembre 2011
- THOMAS S., *Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3, 2012
- VESTERDORF B., *Are fines the final answer to cartels in Europe?*, in *Concurrences*, 2, 2009
- WEST J., *Are we winning the fight against cartels?*, in *CPI Antitrust Chronicle*, febbraio 2012
- Wils W.P.J., *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?*, in Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing