

LO SVILUPPO DEL VALORE DELLA CONCORRENZA COME REQUISITO  
FONDAMENTALE PER L'EFFICACIA DEI PROGRAMMI DI COMPLIANCE ANTITRUST(\*)

Anna Bonatti

Facoltà di Giurisprudenza

Anno accademico 2019/2020

Università degli Studi di Milano

Abstract:

*I programmi di compliance antitrust si prospettano come materia di interesse di molte imprese, che scelgono di dotarsene al fine di scongiurare possibili infrazioni della disciplina a tutela della concorrenza, ottenere uno sconto sulla sanzione in caso di infrazione accertata e accrescere la propria affidabilità sul mercato, il quale richiede sempre più trasparenza, correttezza e conformità a svariate norme di settore (es. privacy, tutela dell'ambiente, salute e sicurezza sul lavoro, legislazione antitrust, ecc.). Ma nessun buon programma di compliance può andare esente da una parallela e contestuale attività di sensibilizzazione dell'organizzazione aziendale nel suo complesso, nell'ottica di quell'approccio definito "tone at the top", ovvero lo spirito etico che viene promosso "dall'alto verso il basso", e dunque dai vertici aziendali a tutti i componenti, affinché i valori dell'azienda siano i valori di tutti.*

*Al fine di svolgere un'analisi più pratica dell'argomento, verrà analizzato il caso concreto della società Roche S.p.A.: Roche S.p.A. è un'importante azienda che opera nel mercato ospedaliero e in oncologia, presente anche nel campo dell'immunologia e nell'area delle neuroscienze. La Società produce, commercializza e distribuisce specialità medicinali per uso umano, prodotti galenici, chimici, biologici ed è attivamente impegnata nella ricerca in campo farmaceutico e biomedico.*

(\*) Il presente lavoro è stato svolto nell'ambito del corso di *Organizzazione del sistema di controllo e di prevenzione dell'illegalità nelle istituzioni pubbliche e nelle imprese* di cui è titolare il Professor Renato Ruffini, professore ordinario di Organizzazione Aziendale nel Dipartimento di Studi Giuridici "Cesare Beccaria" dell'Università Statale di Milano.

## INDICE

- I. La concorrenza come parte dell'etica aziendale.
  - 1. L'approccio *value based*
    - 1.1. L'impegno di Roche S.p.A.
- II. Il programma di *compliance* antitrust.
  - 1. Il rischio antitrust e l'esempio di Roche S.p.A
  - 2. L'efficacia integrativa del programma di *compliance* con il Modello 231
- III. I presidi di controllo interno.

## I. La concorrenza come parte dell'etica aziendale

*Concurrere* è la radice latina di concorrenza e il suo significato letterale è “correre insieme”. Tuttavia, non bisogna lasciarsi indurre in errore dall'etimologia del termine, il primo sinonimo di concorrenza è, infatti, “competizione”.<sup>1</sup> Il modello di mercato ad oggi prevalente predilige un concetto di concorrenza effettiva, in considerazione di tutti quei benefici che solo una concorrenza, appunto, effettiva, può portare. Si ritiene, infatti, che una competizione effettiva stimoli l'innovazione, favorendo produttività e crescita economica. Secondo la Commissione europea, una politica di concorrenza rispettosa delle regole “*incoraggia lo spirito imprenditoriale e l'efficienza, aumenta le possibilità di scelta dei consumatori e contribuisce ad abbassare i prezzi e a migliorare la qualità*”<sup>2</sup>.

Le imprese, in quanto soggetti che operano sul mercato, sono tenute al rispetto che questo comporta, evitando di porre in essere dei comportamenti tali da falsare il gioco competitivo, danneggiando ingiustamente *in primis* gli altri concorrenti e da ultimo i consumatori.

Per questi motivi, è necessario che il valore della concorrenza entri all'interno della cultura della singola azienda come uno dei valori fondanti l'integrità aziendale.

A livello di *compliance*, si rivela diffusa l'idea che procedure, regole formali, minuziosi programmi di conformità, hanno ben poca efficacia se non sono accompagnati da un'educazione che parte dall'interno, dall'alto verso il basso, fino a raggiungere tutti i componenti dell'azienda. L'educazione presuppone prima di tutto la conoscenza, al fine di rendere i componenti dell'azienda consapevoli di tutti i rischi connessi al proprio ruolo nell'esercizio dell'attività d'impresa: spesso, infatti, le condotte illecite sono poste in essere inconsapevolmente, per negligenza o disattenzione e scarsa conoscenza dei comportamenti a rischio di infrazione. In particolare in ambito antitrust – diversamente da come si potrebbe pensare – sono frequenti le violazioni della disciplina di riferimento causate non da un comportamento volontario e consapevole, bensì per ignoranza, negligenza e in generale una diversa percezione del disvalore connesso a tali condotte. Le leggi antitrust, infatti, nell'ambito dell'Unione Europea, sono relativamente recenti e pertanto sono considerate nella coscienza sociale meno gravi rispetto, ad esempio, alle varie forme di corruzione pubblica.

Diversi autori<sup>3</sup>, pertanto, sostengono che l'approccio “*compliance-based*” debba essere integrato e supportato da quello “*value-based*”.

---

<sup>1</sup> F. ANGLANI, *Teorie economiche della concorrenza*, in *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, diretto da G. CASSANO, A. CARTICALA', R. CLARIZIA (2018).

<sup>2</sup> [https://ec.europa.eu/competition/consumers/why\\_it.html](https://ec.europa.eu/competition/consumers/why_it.html)

<sup>3</sup> W. N. WEBB, *Ethical culture and the value-based approach to integrity management: a case study of the Department of Correctional Services*, in *Public Admin. Dev.* **32**, 97 (2012), Wiley Online Library ([www.wileyonlinelibrary.com](http://www.wileyonlinelibrary.com)).

## 1. L'approccio *value based*

Secondo Cesare Beccaria “*il più sicuro ma più difficil mezzo di prevenire i delitti, si è di perfezionare l'educazione*<sup>4</sup>”.

A differenza dell'approccio “*compliance-based*”, che si basa sull'imposizione del controllo esterno e sul rispetto delle politiche e delle regole, l'approccio “*value-based*” si concentra sullo sviluppo dell'integrità, richiedendo ai singoli individui di internalizzare i valori etici<sup>5</sup>. Questo fine può essere perseguito attraverso diversi strumenti, quali i codici etici, i codici di comportamento e l'attività formativa. Solo una costante attività di informazione, formazione e comunicazione favorisce, infatti, la corretta sensibilizzazione della popolazione aziendale ai diversi valori, quali quello della concorrenza.

La promozione di valori è diretta a creare una cultura etica dell'azienda, al fine di sostenere il rispetto formale delle norme di legge, attraverso un clima etico condiviso ad ogni livello dell'organizzazione aziendale. E' fondamentale, infatti, che l'impegno nella promozione di valori parta dai vertici dell'azienda e venga portato avanti da ogni componente della popolazione aziendale come se fosse un proprio obiettivo.

L'attività formativa è il primo gradino, poiché accresce la responsabilità di ciascun individuo verso il proprio operato. Inoltre, sempre più aziende tendono a dotarsi di codici etici per codificare i valori primari che stanno alla base della propria attività d'impresa, rendendoli pubblici anche al fine di instaurare relazioni trasparenti e corrette con la clientela. Trasparenza e correttezza, infatti, riducono i rischi reputazionali e allo stesso tempo stimolano la concorrenza perché agiscono come strumento di vantaggio competitivo, incrementando l'affidabilità dell'impresa.

### 1.1. L'impegno di Roche S.p.A.

Nel *Compliance Program Antitrust* di Roche S.p.A. si legge che la formazione gioca un ruolo fondamentale nell'attuazione del programma di *compliance* e che “*solo un alto grado di conoscenza della materia, diffuso ad ogni livello dell'organizzazione aziendale, può effettivamente attribuire efficacia preventiva al Programma*”. In particolare la società qui analizzata ha predisposto diverse sessioni *ad hoc*, rivolte alle Persone di Roche potenzialmente coinvolte in attività esposte al rischio antitrust. Inoltre, è previsto un percorso formativo in aula all'interno della sessione annuale del

---

<sup>4</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in M. MAESTRO, *Cesare Beccaria e le origini della Riforma penale e “Dei delitti e delle pene” di Cesare Beccaria*, ed. Universale economica Feltrinelli (1977), p. 249.

<sup>5</sup> W. N. WEBB, *op. cit.*

*Governance Program*, coordinato dalla Direzione *Legal, Compliance e Governance*: “*ciò ha lo scopo di fornire una overview generale sul diritto antitrust e sull’importanza della tutela della concorrenza avendo a riferimento l’attività di impresa di Roche*”.

Sempre nell’ambito dell’approccio *value-based*, Roche si è dotata anche di un codice etico, che costituisce parte integrante del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo adottato dalla Società ai sensi del D. Lgs. 231/2001., nel quale sono stabiliti i principi guida, le direttive e le prescrizioni fondamentali di comportamento che il personale deve osservare e promuovere, nell’ambito delle rispettive competenze ed in relazione alla posizione ricoperta nell’organizzazione aziendale. In particolare all’articolo 7 (Doveri e responsabilità) si legge che “*Roche intende sviluppare il valore della concorrenza operando secondo principi di correttezza, leale competizione e trasparenza nei confronti di tutti gli operatori presenti sul mercato*”.

Sono tenuti al rispetto del Codice Etico – ai sensi dell’art. 2 – gli Organi sociali (organo amministrativo, organi delegati, collegio sindacale); il personale (i dirigenti, i dipendenti, i lavoratori parasubordinati ecc.) della Società; i consulenti, fornitori, sub fornitori, partner e chiunque svolga attività per Roche.

A sostegno della validità ed efficacia delle prescrizioni contenute all’interno del Codice Etico, l’articolo 22 stabilisce che la violazione delle norme del Codice dà luogo all’applicazione di sanzioni nei confronti di amministratori, dipendenti, dirigenti e sindaci della società: in particolare i soggetti che operano all’interno della società (come gli organi sociali e il personale) sono passibili di sanzioni ai sensi del sistema disciplinare che costituisce parte integrante del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo adottato dalla Società ai sensi del D. Lgs. 231/01; inoltre per i soggetti che intrattengono rapporti contrattuali con la Società, la violazione può costituire giusta causa di recesso o di risoluzione del contratto. Inoltre in tutti i contratti con tali soggetti è inserita apposita clausola risolutiva espressa che vincola al rispetto del Codice Etico di Roche.

Infine, anche una parte del ‘*Code of Conduct*’ di Roche è dedicata alla promozione del rispetto delle leggi sulla concorrenza, nella quale si rinvia ad altre previsioni al fine di garantire la comprensione e la corretta applicazione della disciplina antitrust: ad esempio, sono richiamate diverse linee guida, nonché un questionario sulla *compliance* del comportamento concorrenziale, come strumento di autovalutazione. E’ assicurata, infine, la possibilità di segnalare eventuali comportamenti ritenuti contrari alle disposizioni relative alla legge sulla concorrenza, tramite i canali disponibili<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> vedi cap. III del presente documento.

## II. Il programma di *compliance* antitrust

L'adozione di programmi di *compliance* antitrust al fine di prevenire e limitare il compimento di illeciti concorrenziali, ha assunto negli ultimi anni un rilievo crescente<sup>7</sup>. L'attenzione verso tali programmi nasce oltreoceano verso la metà degli anni '70: in particolare, quando le violazioni della disciplina antitrust sono diventate dei veri e propri reati, si è passati da una concezione della *compliance* come "mere lezioni di giuristi", a un mezzo di prevenzione più avanzato<sup>8</sup>. Tuttavia, lo stato dell'arte della *compliance* presente ad oggi, iniziò ufficialmente con l'adozione, nel 1991, da parte dell'*Antitrust Division* delle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*. Presto l'adozione di programmi di *compliance* divenne un nuovo *standard* di *accountability* per le imprese e l'imposizione di alcune sanzioni, anche in ambito antitrust, contribuì a dimostrare che lo sviluppo di un efficace programma di *compliance* "*was good for business*"<sup>9</sup>. Nel decennio seguente, fino agli albori del nuovo millennio, l'adozione di programmi di *compliance* restava un fenomeno tendenzialmente americano, fino all'adozione, in Italia, del D. Lgs. 231/2001, che riconobbe in capo alla società la responsabilità per i reati commessi, nel suo interesse o a suo vantaggio, da parte dei soggetti apicali o dei dipendenti. Tuttavia, si prevedeva che la società non sarebbe incorsa nella responsabilità da reato, dimostrando di aver adottato misure appropriate per prevenire e monitorare la commissione di reati<sup>10</sup>.

Con riguardo, in particolare, ai programmi di *compliance* antitrust, l'attenzione si è destata con l'emanazione delle Linee guida dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in tema di calcolo delle sanzioni antitrust<sup>11</sup>, pubblicate in data 22 ottobre 2014, le quali riconoscevano la "*adozione e il rispetto di uno specifico programma di compliance, adeguato e in linea con le best practice europee e nazionali*"<sup>12</sup> una circostanza attenuante nel calcolo delle sanzioni antitrust. In particolare, il paragrafo 23 ha previsto la possibilità che l'importo base potesse essere ridotto sino ad una percentuale del 15% in presenza di un programma di *compliance* adeguato ed effettivo, qualificabile come tale soprattutto in ragione di specifici indicatori, quali l'accuratezza nella valutazione del rischio, il coinvolgimento del *management* aziendale, l'individuazione di personale

---

<sup>7</sup> F. GHEZZI, *Antitrust Compliance Programs* (2017), in [https://www.academia.edu/32144337/2017\\_I\\_programmi\\_di\\_compliance\\_antitrust\\_e\\_la\\_disciplina\\_delle\\_sanzioni\\_in\\_Italia](https://www.academia.edu/32144337/2017_I_programmi_di_compliance_antitrust_e_la_disciplina_delle_sanzioni_in_Italia).

<sup>8</sup> J. MURPHY, W. KOLASKY, *The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior*, in *Antitrust*, Vol. 26, No. 2, Spring 2012.

<sup>9</sup> J. M. KAPLAN, *Semi-tough: A Short History of Compliance and Ethics Program Law* (2012), p. 2.

<sup>10</sup> F. C. BEVILACQUA, *Corporate Compliance Programs Under Italian Law*, in November/December 2006 issue of *Ethikos* ([www.ethikosjournal.com](http://www.ethikosjournal.com)).

<sup>11</sup> Linee Guida sulle 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.

<sup>12</sup> *Linee Guida*, punto 23.

responsabile del programma, l'organizzazione del *training* e di un congruo sistema disciplinare, e l'attuazione di appropriati monitoraggi ed *audit*<sup>13</sup>.

Successivamente, in data 25 settembre 2018, sono state pubblicate altre linee guida da parte dell'AGCM, con specifico riguardo ai programmi di *compliance* antitrust, allo scopo di fornire alle imprese un orientamento circa la definizione del contenuto del programma di *compliance*, la richiesta di valutazione del programma ai fini del riconoscimento dell'eventuale attenuante e i criteri che l'Autorità intende adottare nella valutazione ai fini del riconoscimento dell'attenuante<sup>14</sup>.

Affinché il programma di *compliance* risulti idoneo alla prevenzione degli illeciti antitrust, deve essere disegnato e attuato in coerenza con le caratteristiche dell'impresa, e pertanto deve essere adeguato alla natura, alla dimensione e alla posizione del mercato dell'impresa. Infatti, sono le modalità di esercizio dell'attività d'impresa che determinano i rischi antitrust ai quali l'impresa stessa è esposta. Rilevano, inoltre, anche la complessità dell'organizzazione aziendale e l'articolazione dei livelli di *management*, oltre che la posizione dell'impresa nel mercato. E' noto che una delle condotte che costituiscono violazioni della disciplina antitrust, è l'abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3, l. 287/1990: perciò, un'impresa che si trova ad avere sul mercato una posizione di preminenza, dovrà valutare attentamente, in fase di *risk assessment*, tutte quelle condotte che possono portare ad un abuso della propria posizione dominante.

Oltre alle caratteristiche della singola impresa, il programma di *compliance* antitrust deve tener conto anche del contesto di mercato nel quale l'impresa opera: ad esempio, i rischi collusivi possono dipendere dal numero di imprese attive, dalle dimensioni (relative) delle stesse, dal grado di trasparenza delle condizioni commerciali, dalla frequenza dei contatti tra le imprese, ad esempio in sede di riunioni di associazioni di categoria, ecc.<sup>15</sup>

L'Autorità, nelle proprie Linee Guida, pone come presupposto per l'adozione del programma di *compliance* antitrust, il “*chiaro riconoscimento del valore della concorrenza come parte integrante della cultura e della politica aziendale e l'impegno, continuo e duraturo, al suo rispetto*”, impegno che può essere dimostrato tramite, oltre a quegli strumenti già illustrati in precedenza<sup>16</sup>, l'allocatione di risorse sufficienti all'adozione del programma e l'individuazione di un responsabile del programma, dotato di particolare autonomia e indipendenza.

Tuttavia, solo un'attenta analisi del rischio, cd. “*rischio antitrust*”, elaborata tenendo conto di tutte le specificità della singola impresa e del contesto di mercato, è in grado di assicurare efficacia al programma medesimo.

---

<sup>13</sup> F. MASSIMINO, *Linee Guida sulla compliance antitrust e valutazione del rischio aziendale*, in *Dir. Industriale*, 2019, 1, 5 (commento alla normativa).

<sup>14</sup> Linee Guida sulla *compliance* antitrust, punto 2.

<sup>15</sup> Linee Guida sulla *compliance* antitrust, punto 5.

<sup>16</sup> Vedi cap. I, punto 1.

Ciò risulta ancor più di vitale importanza, considerato che la rispondenza del programma di *compliance* allo specifico rischio antitrust dell'impresa costituisce elemento portante della valutazione in merito alla sua adeguatezza ai fini del riconoscimento dell'attenuante<sup>17</sup>: è questo, infatti, uno degli elementi principali che distingue un programma di *compliance* solo, per così dire, "di cosmesi", da uno concretamente attuato dall'impresa e per l'impresa.

## 1. Il rischio antitrust e l'esempio di Roche S.p.A.

Al fine di assicurare che il contenuto del programma di *compliance* sia definito in aderenza alle specificità della singola impresa, tenuto conto del rischio antitrust che la stessa di trova a fronteggiare, è generalmente necessaria la considerazione di una pluralità 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, infine, il contesto regolatorio/normativo<sup>18</sup>.

La società Roche S.p.A. opera all'interno del settore farmaceutico: risulta, pertanto, preminente una breve analisi dei possibili rischi in relazione a questo specifico settore.

Il settore farmaceutico, oltre ad essere oggetto di particolare attenzione sotto il profilo della concorrenza, si differenzia da ogni altro settore industriale sotto molteplici aspetti, tutti direttamente o indirettamente riconducibili alla natura dei beni oggetto di scambio e all'esistenza di una forte interdipendenza fra i diversi interessi economici e sociali dei molteplici agenti coinvolti (imprese farmaceutiche, Sistema Sanitario Nazionale, ordine dei medici e dei farmacisti, pazienti etc.)<sup>19</sup>.

Nello specifico, con riguardo alle fattispecie tipiche contemplate dalla disciplina antitrust, le intese orizzontali consistenti nella fissazione diretta o indiretta dei prezzi, risultano tendenzialmente le meno probabili, a causa dei vincoli regolamentari, soprattutto per quanto riguarda la determinazione del prezzo dei farmaci rimborsati dal S.S.N.

Un contesto, invece, che si presenta a rischio di intese anticoncorrenziali, è quello della procedura ad evidenza pubblica, all'interno della quale eventuali accordi volti alla ripartizione delle gare tra diverse imprese possono determinare l'innalzamento dei prezzi rispetto a quelli che sarebbero stati

---

<sup>17</sup> Linee Guida sulla *compliance* antitrust, punto 10.

<sup>18</sup> *Ibidem*

<sup>19</sup> Estratto da Allegato 1 – "Il rischio antitrust nel settore farmaceutico", del Programma di Compliance Antitrust di Roche S.p.A. (versione 1 del 27 giugno 2019), p. 2, <https://www.roche.it/it/pharma/governance-pharma/programma-compliance-antitrust.html>.



offerti in presenza di una concorrenza effettiva e, di conseguenza, un incremento della spesa pubblica<sup>20</sup>.

Quanto alla fattispecie di abuso di posizione dominante, l’Autorità ha tradizionalmente considerato tale condotta tipica del settore farmaceutico, anche a causa delle conseguenze degli illeciti accertati sulla spesa pubblica. E’ il caso, ad esempio, della condotta particolarmente aggressiva di imposizione di prezzi eccessivi posta in essere dalla società Aspen, nella commercializzazione di alcuni farmaci antitumorali, che ha portato l’AGCM, nel 2016, a comminare una sanzione di oltre 5 milioni di euro.

In ogni caso, le singole condotte poste in essere, non devono essere valutate in astratto, ma con specifico riguardo al contesto concreto nel quale vengono realizzate, ossia, riguardo al “mercato rilevante”: il mercato rilevante è *“l’area in cui prodotti ed imprese operano in diretta concorrenza e rappresenta il riferimento per l’Autorità Garante nell’ambito della propria attività di vigilanza sulle potenziali condotte atte a ledere la concorrenza”*<sup>21</sup>.

Nello specifico del caso qui in esame, il programma di *compliance* antitrust della società Roche S.p.A. presenta la propria valutazione del rischio completa di una disamina delle specifiche attività ed aree aziendali legate al rischio di violazioni della concorrenza.

In riferimento alla fattispecie delle intese anticoncorrenziali, previste dall’art. 2 l. 287/1990, viene configurato come molto basso il rischio antitrust nell’ambito dell’attività di distribuzione e commercializzazione di medicinali presso Grossisti e Farmacie (*“Retail”*), dal momento che la Società determina in maniera autonomia la propria politica di mercato. Invero, risulta come verosimilmente a rischio l’attività di informazione scientifica e pubblicità di medicinali realizzata in collaborazione con altre aziende (cd. *co-promotion*), dal momento che la Società ha accesso ad informazioni sensibili appartenenti all’impresa concorrente, quali costi di produzione, liste clienti, piani di marketing, ecc.

Per minimizzare il rischio di potenziali intese illecite, vengono elencate alcune condotte da cui astenersi, al fine di prevenire eventuali intese restrittive della concorrenza, tra le quali, ad esempio, *“scambiare con i concorrenti informazioni dettagliate e recenti relative a costi, piani commerciali, futuri dossier prezzi e/o altre informazioni confidenziali”*, o ancora, in caso di contratti con altre imprese farmaceutiche, evitare di *“sottoscrivere clausole di esclusiva superiori a cinque anni, tali da determinare una compartimentazione dei mercati”*.

Per quanto riguarda, invece, la fattispecie prevista all’art. 3, l. 287/1990, ossia l’abuso di posizione dominante, la Società, come si può leggere al punto 3.2. del Programma di *compliance* qui preso in esame, ha proceduto primariamente all’identificazione e alla mappatura dei mercati di riferimento in cui Roche opera con i propri medicinali, valutando la quota detenuta da Roche all’interno di ciascun

---

<sup>20</sup> *Ibidem*

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 5.

mercato rilevante. La Società rileva che “*non si ravvisano, ad oggi, situazioni di posizione dominante in capo a Roche, tali da poter limitare una concorrenza effettiva su determinati segmenti di mercato o, in senso più ampio, nell’ambito del mercato italiano.*”, indicando, ugualmente, di seguito i fattori da prendere in considerazione nella valutazione di una possibile situazione di posizione dominante. Nell’ipotesi in cui tale posizione dominante venga accertata, sono elencate – a titolo esemplificativo – alcune condotte abusive dalle quali è necessario astenersi, tra le quali, ad esempio, “*l’adozione di eventuali pratiche scontistiche non basate su criteri quantitativi oggettivi*”, oppure “*attività di informazione scientifica che possa screditare i medicinali concorrenti, ad esempio i biosimilari*”, o ancora “*la proposizione di eventuali offerte combinate, volte a far leva sul potere di mercato detenuto in relazione a un determinato medicinale al fine di rafforzarsi anche nella commercializzazione di un differente farmaco – c.d. leveraging (ad es. condizionando l’acquisto di un farmaco all’acquisto di un altro, pur in mancanza di giustificazioni di natura tecnica o economica)*”.

Una volta identificate le aree e le attività a rischio antitrust, è necessario gestire questo rischio predisponendo delle misure correttive e di mitigazione. Questo compito è affidato, all’interno dell’organizzazione aziendale di Roche, al *Compliance Antitrust Officer*, che corrisponde al Direttore *Legal, Governance & Compliance*, in una prospettiva di approccio integrato della *compliance*. A lui spettano i compiti di chiarire dubbi o perplessità circa la natura e le caratteristiche di determinate attività sotto il profilo della concorrenza, verificare l’efficacia del Programma attraverso il costante adeguamento e aggiornamento delle norme e dei principi in esso richiamati, e infine dare annualmente l’impulso a che il Programma sia sottoposto ad un’adeguata attività di aggiornamento e/o modifica, al fine di garantire un costante livello di attualità nel tempo del potenziale rischio di illeciti antitrust cui l’Azienda possa essere soggetta.

## 2. L’efficacia integrativa del programma di *compliance* con il Modello 231

Come già accennato, con l’emanazione delle Linee Guida dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 2018, un numero sempre maggiore di imprese ha deciso di dotarsi di programmi di *compliance* antitrust, e in questo contesto si è sviluppato un crescente interesse riguardo alla possibilità di integrazione della *compliance* antitrust all’interno del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo, già in uso da anni, per effetto dell’entrata in vigore delle prescrizioni di cui al D. Lgs. 231/2001<sup>22</sup>. Si è osservato che la possibile integrazione di questi due modelli potrebbe

---

<sup>22</sup> F. FIORETTI, A. R. CARNA’, *Antitrust compliance programs e modelli di organizzazione ex d.lgs. 32/2001: mera coesistenza o efficace integrazione?*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Riv. 231, 2/2019, p. 126.

“rappresentare un valore aggiunto per un’azienda che trasforma il sistema di valutazione dei rischi, come risultato dell’integrazione gestionale, in un vero e proprio strumento strategico, inserito in un sistema di governance”<sup>23</sup>.

Tenuto conto della diversa tipologia di violazioni a cui fanno riferimento i due modelli, sono molti i punti di contatto che li accomunano: primo fra tutti è lo scopo di creare e rafforzare una cultura della legalità all’interno dell’azienda, promuovendo correttezza e trasparenza anche – e soprattutto – attraverso la previsione di presidi di controllo interno.

Da un punto di vista strutturale, entrambi i modelli si basano sulla fase di analisi e valutazione dei rischi; per quanto riguarda il soggetto responsabile a cui è affidato il compito di supervisionare, attuare e monitorare il programma di *compliance*, quello che per il programma di *compliance* antitrust è l’*Antitrust Compliance Officer*, per il Modello 231 è l’Organismo di Vigilanza. La metodologia di azione di queste due figure è molto simile: a entrambi sono affidati i compiti di monitoraggio dell’effettiva implementazione dei rispettivi programmi, pianificazione di *audit*, organizzazione della formazione dei dipendenti, al fine di garantire la conformità e l’aggiornamento dei rispettivi programmi. Per questi motivi, risulterebbe senz’altro proficuo un approccio integrato di *compliance*, dal momento che si otterrebbe da un lato un risparmio dei costi, e dall’altro un incremento dell’efficienza, grazie all’accentramento o al coordinamento dei presidi di controllo e monitoraggio<sup>24</sup>.

Sono sempre di più, infatti, i processi di controllo interno richiesti alle aziende al fine di garantire la conformità alle varie norme di settore (es. *privacy*, tutela dell’ambiente, salute e sicurezza sul lavoro, legislazione antitrust, ecc.), che rischiano di moltiplicare attività e relativi costi. E’ da sottolineare, inoltre, anche la possibilità di commistione di reati previsti dalle diverse normative: per questi motivi, la realizzazione di un sistema di *compliance* integrato che prenda le mosse dalla mappatura di tutti i rischi nei quali l’azienda può incorrere, garantirebbe, senza dubbio, maggior efficacia.

In conclusione, nonostante l’apparente diversità delle norme contemplate nei due diversi programmi, risultano senz’altro sovrapponibili finalità e predisposizione di presidi di controllo interni, nonché strutturazione e concreta implementazione. Si profila, in questo modo, l’indubbio vantaggio di una concreta realizzazione integrata dei programmi di *compliance* antitrust e 231 per l’azienda, sia in termini di efficacia che di recupero di efficienza organizzativa.

---

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 127.

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 134.

### III. I presidi di controllo interno

Un programma di *compliance* efficace richiede un'attività di controllo efficace. Pertanto, una volta individuati i rischi nei quali l'impresa potrebbe incorrere, è necessario prevedere la definizione di processi gestionali idonei a ridurre tali rischi: ciò risulta maggiormente efficiente se realizzato come parte integrante della normale attività d'impresa.

*In primis*, il controllo dell'efficacia ed efficienza del programma può essere realizzato mediante un'attività di autoverifica interna, ossia di *auditing*. Tale attività può essere affidata ad un soggetto *ad hoc*, come il *Compliance Antitrust Officer*, oppure può essere avviata su impulso dell'Organismo di Vigilanza o del Consiglio di Amministrazione, a seconda anche delle dimensioni e caratteristiche dell'impresa. Nel caso, ad esempio, di Roche S.p.A., è istituita l'attività di *audit*, condotta dal *Compliance Auditor*, appartenente alla Direzione *Legal, Governance & Compliance*. Il soggetto che si occupa di tale attività, deve verificare il grado di efficacia del programma anche mediante l'accertamento che vi sia stata una corretta attività di formazione, ad esempio attraverso il cd. "*awareness test*", finalizzato alla verifica della conoscenza delle regole antitrust, della capacità di affrontare concretamente il rischio di comportamenti illeciti durante le attività di business, nonché della politica commerciale e dei principi cui l'attività di impresa di Roche si ispira.

Un'adeguata formazione dei componenti dell'azienda, infatti, è fondamentale anche per un'altra tipologia di controlli: i modelli di *reporting* interno. Solo attraverso una conoscenza chiara ed esaustiva della normativa antitrust, è reso possibile a tutti di individuare – e di conseguenza segnalare – eventuali condotte a rischio di infrazione. I modelli di *reporting* interno, infatti, consentono al personale di segnalare rapidamente problematiche antitrust, ma anche di ottenere chiarimenti su specifiche questioni, fino a consentire la denuncia, anche in forma anonima, di possibili violazioni.

L'istituto principale che appartiene a questa categoria, è il sistema di *whistleblowing*. Il *whistleblowing* viene definito come la segnalazione da parte di un dipendente o collaboratore di condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro. Le violazioni possono riguardare il Codice Etico, le procedure interne o del Modello di Organizzazione 231, oppure, nell'ipotesi che qui interessa, del Programma di *Compliance Antitrust* e in generale della normativa antitrust. Questa segnalazione può essere diretta agli organi della stessa organizzazione aziendale, in questo caso si parla di *whistleblowing* interno, oppure all'autorità giudiziaria e in questo caso si parlerà di *whistleblowing* esterno.

Il *whistleblowing* fa il suo ingresso nel nostro ordinamento per la prima volta con la legge n. 190/2012, con riferimento al settore pubblico. Il medesimo istituto verrà consolidato e ampliato anche al settore privato con la legge 179 del 2017, recante "*Disposizioni per la tutela degli autori di*

*segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato".*

Con riguardo agli aspetti procedurali del medesimo istituto, risulta necessario trovare un bilanciamento tra due esigenze fondamentali: da un lato assicurare al segnalante l'anonimato e la protezione da eventuali ritorsioni o condizionamenti e dall'altro è necessario garantire l'obiettività e terzietà nella valutazione delle segnalazioni.

L'estensione del *whistleblowing* a tutela della concorrenza in Italia prende piede dalla comunicazione dell'Autorità Garante della Concorrenza del 22 ottobre 2014, n. 25152 in tema di sanzioni, nella quale si preannuncia che sarà considerata come circostanza attenuante ai fini dell'applicazione della sanzione, l'aver strutturato il Modello organizzativo ex D. Lgs. 231/2001 in modo da estendersi e prevenire anche le violazioni antitrust. L'istituto viene poi espressamente inserito nelle già citate Linee Guida del settembre del 2018, come modello di *reporting* interno per prevenire le violazioni antitrust: in esse si legge che *"nell'ipotesi di adozione di un sistema di whistleblowing, è auspicabile che quest'ultimo garantisca l'anonimato e la protezione dei segnalanti da eventuali condotte ritorsive nei loro confronti"*<sup>25</sup>.

Il *whistleblowing*, nell'ambito della tutela della concorrenza, si intreccia ma si distingue da un altro istituto: i programmi di clemenza (cd. *leniency programs*), mediante i quali un'impresa che, ad esempio, ha preso parte a un cartello, può denunciare l'esistenza del cartello e così ottenere una riduzione, o addirittura l'immunità (nell'ipotesi in cui denunci per prima) dall'applicazione della sanzione. Per queste ipotesi ci si riferisce anche all'espressione *"corporate whistleblowing"* e si configura come una sorta di "autodenuncia", mentre risponde a diverse finalità l'ipotesi di denuncia da parte del singolo: in questo caso si parla di *"lone o individual cartel whistleblower"*. Il problema, in quest'ultimo caso, è stabilire a quale interesse e qual è l'incentivo che il singolo all'interno dell'impresa ha per denunciare la scoperta o il sospetto della commissione di un'eventuale violazione della disciplina antitrust. Il timore è quello che dietro vi siano motivi di rancore, ma la speranza è che la denuncia venga fatta per motivi etici, ovvero per il desiderio di contribuire al miglioramento o moralizzazione del mercato. E' interessante, tuttavia, considerare anche come la segnalazione possa andare a vantaggio dell'azienda: se un singolo viene a conoscenza della commissione di un illecito anticoncorrenziale e decide di denunciarlo agli organi interni competenti, l'azienda avrà la possibilità di acquisire informazioni su suoi eventuali punti deboli e, in questo modo, sarebbe meglio in grado di decidere se ricorrere o meno ad una procedura di *leniency*<sup>26</sup>. Il singolo, in quest'ultimo caso, può avere un interesse non solo personale, che sia etico o meno, ma più che altro "comunitario" (inteso

---

<sup>25</sup> Linee Guida sulla *compliance* antitrust, punto 13.

<sup>26</sup> A. FRIGNANI, *Il Whistleblower nella concorrenza: la Commission elimina un ostacolo alla sua espansione*, in *Dir. Industriale*, 2017, 5, 413 (commento alla normativa).

nell'ottica della "comunità aziendale"): per questo risulta fondamentale la creazione di una coesione e un clima etico all'interno dell'azienda che veda il rispetto dei valori e delle norme da parte dei componenti presenti a tutti i livelli organizzativi, nell'ottica di quello che viene definito "*tone at the top*", ovvero lo spirito etico che deve permeare l'intera organizzazione. Si configura in questo modo il duplice ruolo che i vertici organizzativi svolgono all'interno dell'azienda: in primo luogo ad essi spetta il compito di creare codici di condotta e stabilire e sostenere le corrette regole di convivenza, come già evidenziato in precedenza. Il buon "tono organizzativo", infatti, viene stabilito attraverso politiche, codici etici, un impegno nei confronti dei dipendenti e lo sviluppo di strutture gratificanti che promuovono un buon controllo interno e una *governance* efficace<sup>27</sup>. In questo sono fondamentali quelli che vengono chiamati *leader* etici, ovvero quelle posizioni apicali che sono ricettive delle preoccupazioni etiche dei dipendenti, valutano l'etica e l'integrità rispetto agli obiettivi a breve termine dell'ente e rispondono in modo appropriato se vengono a conoscenza di comportamenti scorretti<sup>28</sup>.

Passati in rassegna i probabili interessi che muovono i singoli ad effettuare una segnalazione per la violazione delle norme a tutela della concorrenza, non è da trascurare la possibile utilità della predisposizione di incentivi anche economici: in questo senso ha deciso di muoversi Roche S.p.A che, al capitolo 4.2.4. del proprio Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo a norma del D. Lgs. 231/2001, dopo aver illustrato le modalità e i canali attraverso i quali è possibile effettuare una denuncia, evidenzia come, nell'ambito del *whistleblowing* – utilizzabile anche con riferimento a possibili violazioni delle regole vigenti in materia di tutela della concorrenza e delle norme antitrust – qualsiasi segnalazione rilevante idonea a far emergere violazioni, passate o presenti, del Programma di *Compliance* Antitrust e, in generale della normativa antitrust, nonché violazioni rilevanti ai sensi del D. Lgs. 231/2001, ovvero rischi rilevanti di tali violazioni per il futuro, dà luogo al riconoscimento in capo al segnalante di un premio di natura economica o non, in misura e di entità variabile in ragione della rilevanza e utilità della segnalazione, sulla base della valutazione operata dall'Azienda in relazione allo specifico caso concreto. Inoltre, la Società assicura che coloro che effettuano una segnalazione siano garantiti contro qualsiasi forma di ritorsione, discriminazione o penalizzazione e in ogni caso è assicurata la riservatezza dell'identità del segnalante.

Le suddette previsioni sono riprese ed ampliate all'interno del Programma di *Compliance* Antitrust, al cui punto 8 sono descritti i canali informativi tramite i quali è possibile effettuare le segnalazioni: è istituita in primo luogo una linea cd. "*speak up line*", la quale garantisce la possibilità di effettuare segnalazioni anche in forma anonima; inoltre è possibile coinvolgere la funzione *legal* e/o *compliance*

---

<sup>27</sup> G. PAGANELLI, *Whistleblowing. Gestione e tutela delle segnalazioni di illeciti*, in *Azienditalia*, 2019, 12, 1731 (commento alla normativa).

<sup>28</sup> *Ibidem*

della Direzione *Legal, Governance & Compliance* o ancora, interpellare l'Organismo di Vigilanza tramite i canali predisposti. La Società, infine, si impegna a garantire i segnalanti contro qualsiasi forma di ritorsione, discriminazione o penalizzazione ricollegabile alle segnalazioni sopradescritte.

In conclusione, bisogna chiarire che l'incentivo economico non può essere l'unico interesse a cui il soggetto segnalante tende nel momento in cui decide di denunciare una determinata condotta, poiché una prassi siffatta comporterebbe, senza dubbio, un abuso di questo istituto. E' fondamentale, invece, che sia la promozione di valori che garantiscano l'integrità aziendale, a incentivare i singoli a denunciare eventuali violazioni delle norme a tutela della concorrenza.

In questo senso, si ritorna al discorso da cui è partita questa breve analisi, in riferimento all'approccio "*value-based*" che si determina, in ultima istanza, come essenziale per la creazione di una cultura aziendale volta al rispetto della normativa e dei valori che essa tutela, nell'ottica della predisposizione di un sistema di *governance, compliance* e di controllo, coerente e corretto in ogni suo aspetto.

## Bibliografia

- F. Anglani, *Teorie economiche della concorrenza*, in *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, diretto da G. Cassano, A. Carticalà, R. Clarizia (2018).
- C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, in M. Maestro, *Cesare Beccaria e le origini della Riforma penale e “Dei delitti e delle pene” di Cesare Beccaria*, ed. Universale economica Feltrinelli (1977).
- F. C. Bevilacqua, *Corporate Compliance Programs Under Italian Law*, in November/December 2006 issue of *Ethikos* ([www.ethikosjournal.com](http://www.ethikosjournal.com)).
- F. Fioretti, A. R. Carnà, *Antitrust compliance programs e modelli di organizzazione ex d.lgs. 32/2001: mera coesistenza o efficace integrazione?*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Riv. 231, 2/2019.
- A. Frignani, *Il Whistleblower nella concorrenza: la Commission elimina un ostacolo alla sua espansione*, in *Dir. Industriale*, 2017, 5, 413 (commento alla normativa).
- F. Ghezzi, *Antitrust Compliance Programs* (2017), in [https://www.academia.edu/32144337/2017\\_I\\_programmi\\_di\\_compliance\\_antitrust\\_e\\_la\\_disciplina\\_delle\\_sanzioni\\_in\\_Italia](https://www.academia.edu/32144337/2017_I_programmi_di_compliance_antitrust_e_la_disciplina_delle_sanzioni_in_Italia).
- J. M. Kaplan, *Semi-tough: A Short History of Compliance and Ethics Program Law* (2012), in Kaplan Walker Publications ([www.kaplanwalker.com](http://www.kaplanwalker.com)).
- F. Massimino, *Linee Guida sulla compliance antitrust e valutazione del rischio aziendale*, in *Dir. Industriale*, 2019, 1, 5 (commento alla normativa).
- J. Murphy, W. Kolansky, *The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior*, in *Anti-trust*, Vol. 26, No. 2, Spring 2012.
- G. Paganelli, *Whistleblowing. Gestione e tutela delle segnalazioni di illeciti*, in *Azienditalia*, 2019, 12, 1731 (commento alla normativa).
- W. N. Webb, *Ethical culture and the value-based approach to integrity management: a case study of the Department of Correctional Services*, in *Public Admin. Dev.* **32**, 97 (2012), Wiley Online Library ([www.wileyonlinelibrary.com](http://www.wileyonlinelibrary.com)).