

Rapporto esplicativo concernente la modifica della legge federale sui cartelli e altre limitazioni alla concorrenza (Legge sui cartelli, LCart)

Compendio

La legislazione in materia di concorrenza riveste un'importanza capitale ai fini del conseguimento di un'economia efficiente a livello complessivo. Per questo motivo, la legge sui cartelli è stata resa più incisiva nel 1995 e dotata di nuovi strumenti d'intervento nel 2003. Sono state introdotte, in particolare, sanzioni dirette contro le imprese che commettono gravi violazioni alla legge sui cartelli come pure un regime di bonus (programma di clemenza). La valutazione dell'atto normativo riveduto, effettuata in conformità con l'articolo 59a LCart, ha evidenziato che la legge e i nuovi strumenti si sono complessivamente dimostrati validi. Tuttavia, è pure emersa, sotto diversi aspetti, la necessità di una revisione. Quest'ultima concerne, in primo luogo, l'organizzazione istituzionale delle autorità in materia di concorrenza. In secondo luogo, è risultato necessario rivedere anche una serie di disposizioni di diritto materiale.

Secondo la legge vigente, le decisioni in materia di diritto dei cartelli vengono prese da una commissione decisionale indipendente della Confederazione – la Commissione della concorrenza – che si avvale di una propria Segreteria. Con la revisione del 2003 le decisioni della Commissione della concorrenza hanno assunto ancor più un carattere pressoché penale. Sotto il profilo del principio di legalità, non convince il fatto che le sanzioni amministrative dell'ordine di milioni di franchi vengano emanate da un organo in cui siedono rappresentanti di associazioni economiche. Per questo motivo, la riforma mira a istituire in primo luogo un'autorità della concorrenza indipendente che conduca le inchieste e proponga azione, e, in secondo luogo, un tribunale di prima istanza per la valutazione dei casi. In questo Tribunale federale della concorrenza la prassi economica è rappresentata da giudici specializzati, che devono soddisfare severi requisiti in termini di indipendenza da interessi economici e politici.

Sotto il profilo del diritto materiale è impellente, in primo luogo, la necessità di perfezionare la procedura di opposizione. Essa deve consentire alle imprese, alla luce della minaccia di ingenti sanzioni, di appurare anticipatamente la liceità di determinate pratiche critiche sotto il profilo del diritto dei cartelli. Per migliorare la funzionalità della procedura di opposizione, l'impresa coinvolta deve poter essere sanzionata soltanto con l'apertura di un'inchiesta formale e non, come sinora, già con l'apertura di un'inchiesta preliminare.

In secondo luogo, è necessario rivedere il trattamento degli accordi verticali dal punto di vista del diritto materiale. La struttura giuridica decisa dal legislatore nel 2003 ha comportato una notevole incertezza giuridica. La valutazione di tali accordi, inoltre, dev'essere effettuata in modo più differenziato. È opportuna una valutazione caso per caso che contrapponga gli effetti di ostacolo agli effetti di

promozione della concorrenza derivanti da tali accordi e che tenga adeguatamente conto degli incrementi di efficienza a livello macroeconomico risultanti da un miglior coordinamento dei livelli commerciali.

In terzo luogo, il controllo svizzero delle concentrazioni dovrà essere potenziato e semplificato. Il controllo odierno in Svizzera, infatti, si è dimostrato poco efficace. Anche alla luce della più recente prassi della Comco va riconosciuto che il controllo delle concentrazioni, immutato dal 1995, non si è rivelato molto efficace nell'impedire grosse concentrazioni di mercato. Per fronteggiare meglio le accumulazioni di potere economico si prevede di ridefinire il criterio di valutazione. Inoltre si intendono ridurre le sovrapposizioni di compiti e competenze in occasione del controllo di concentrazioni con definizione di mercato internazionale.

Come quarto punto della revisione, si intende creare una base giuridica per la cooperazione tra le autorità della concorrenza in Svizzera e all'estero. Per contrastare efficacemente le infrazioni alla legge sui cartelli, è necessario che le relative autorità collaborino a livello internazionale, come avviene nel mondo dell'economia.

Il quinto punto della revisione riguarda la procedura civile relativa al diritto dei cartelli. Oggi sono legittimati all'azione soltanto gli operatori economici il cui accesso o esercizio della concorrenza risulta compromesso. Estendendo il diritto d'azione ai clienti finali, si intende ovviare al fatto che questi ultimi non possono tuttora chiedere il risarcimento dei danni subiti a causa di un cartello.

La riforma istituzionale eliminerebbe determinati ostacoli in vista dell'integrazione nello strumentario in materia di diritto dei cartelli – discussa in Parlamento – di sanzioni contro le persone fisiche coinvolte in cartelli hard core.

Indice

1	Punti essenziali dell'avamprogetto	5
1.1	Contesto	5
1.1.1	Valutazione della legge sui cartelli	5
1.1.2	Obiettivi della revisione secondo il Consiglio federale	5
1.1.3	Indagini conoscitive	6
1.1.4	Interventi parlamentari	7
1.1.6	Sfide da affrontare	8
1.2	La nuova regolamentazione proposta	10
1.2.1	Potenziamento dell'indipendenza istituzionale	11
1.2.2	Trattamento differenziato degli accordi verticali	16
1.2.3	Miglioramento della procedura di opposizione	19
1.2.4	Modernizzazione del controllo delle concentrazioni	21
1.2.5	Miglioramento delle possibilità di cooperazione internazionale	23
1.2.6	Potenziamento dei cartelli in materia civile	25
1.2.7	Diritto procedurale	27
2	Commento ai singoli articoli	27
2.1	Ingresso	27
2.2	Modifiche redazionali	28
2.3	Disposizioni di diritto materiale (capitolo 2)	28
2.3.1	Limitazioni illecite della concorrenza (sezione 1)	28
2.3.2	Concentrazioni di imprese (sezione 2)	31
2.4	Procedura di diritto civile (capitolo 3)	32
2.5	Autorità della concorrenza e Tribunale federale della concorrenza (capitolo 4)	34
2.5.1	Autorità della concorrenza (Sezione 1)	34
2.5.2	Tribunale federale della concorrenza (sezione 2)	37
2.6	Disposizioni procedurali (capitolo 5)	42
2.6.1	Limitazioni illecite della concorrenza (sezione 1)	42
2.6.2	Concentrazioni di imprese (sezione 2)	44
2.6.3	Altre disposizioni procedurali (sezione 3)	46
2.7	Sanzioni (capitolo 6)	50

2.7.1	Sanzioni amministrative (sezione 1)	50
2.8	Valutazione (capitolo 8)	51
2.9	Tasse (capitolo 9)	51
2.10	Disposizioni transitorie e finali	52
3	Ripercussioni	52
3.1	Ripercussioni per la Confederazione	52
3.2	Ripercussioni per i Cantoni	53
3.3	Ripercussioni per l'economia	53
3.3.1	Necessità di un intervento statale	53
3.3.2	Ripercussioni per i vari attori economici	53
3.3.3	Ripercussioni macroeconomiche	55
3.3.4	Altre regolamentazioni possibili	56
3.3.5	Idoneità all'attuazione	56
3.4	Altre ripercussioni	56
4	Rapporto con il programma di legislatura	56
	Elenco delle abbreviazioni e glossario	57
	Bibliografia	58

1 Punti essenziali dell'avamprogetto

1.1 Contesto

1.1.1 Valutazione della legge sui cartelli

La concorrenza è una delle premesse principali per avere un'economia efficiente a livello complessivo e, di conseguenza, per conseguire l'obiettivo della prosperità sancito nella Costituzione federale. Una legge sui cartelli (LCart) consolidata e incisiva riveste pertanto un'enorme importanza.

Nell'ambito della revisione parziale della LCart del 2003, il Parlamento aveva incaricato il Consiglio federale di valutare l'efficacia di tale legge. Secondo l'articolo 59a LCart, si è dovuto esaminare entro cinque anni dalla messa in vigore se con i provvedimenti attuali viene conseguito l'obiettivo della legge, ossia l'impedimento degli effetti dannosi in termini economici o sociali derivanti dai cartelli e da altre limitazioni della concorrenza.

Il 5 dicembre 2008 il gruppo addetto alla valutazione ha presentato al DFE il suo rapporto di sintesi. Esso giunge alla conclusione che, nel suo complesso, l'approccio della LCart si è dimostrato valido: in particolare i nuovi strumenti introdotti nel 2003 – vale a dire le sanzioni dirette, il regime del bonus (programma di clemenza) e le perquisizioni domiciliari – raggiungono l'obiettivo di esercitare un effetto preventivo maggiore e devono dunque essere mantenuti.

Tuttavia, il gruppo addetto alla valutazione ha individuato, a vari livelli, necessità d'intervento e potenziale di sviluppo, il che depone a favore di una revisione. In riferimento alla legge risultano prioritari: una maggior indipendenza delle autorità in materia di concorrenza e la professionalizzazione degli organi decisionali mediante un grado occupazionale più elevato; una base giuridica formale che, a determinate condizioni, consenta una collaborazione più stretta con le autorità della concorrenza estere; l'armonizzazione dei controlli svizzeri in materia di concentrazioni di imprese con quelli dell'UE; nonché, per le restrizioni verticali, la rinuncia alla presunzione di soppressione della concorrenza, pur continuando a sanzionare direttamente gli accordi illeciti.

Nell'ambito di una revisione della legge sarebbero auspicabili ulteriori miglioramenti, quali ad esempio il potenziamento delle disposizioni del diritto civile in materia di cartelli, il miglioramento del diritto procedurale, la conferma della sanzionabilità dei cartelli *hard core* illeciti (a prescindere dalla confutazione della presunzione di illiceità), il miglioramento della procedura di opposizione e l'esame della possibilità di sanzionare le persone fisiche.

1.1.2 Obiettivi della revisione secondo il Consiglio federale

Il 25 marzo 2009 il Consiglio federale ha approvato il rapporto sulla valutazione della LCart secondo l'articolo 59a, comunicando nel contempo le sue intenzioni su come procedere.

In tale rapporto il Consiglio federale ha fatto propri, in via di principio, i risultati della valutazione, proponendo al legislatore di mantenere in sostanza l'attuale

approccio dalla LCart come pure i nuovi strumenti. Analogamente al Gruppo di valutazione LCart, anch'egli ha riconosciuto varie lacune nella legge odierna e ha espresso l'intenzione di porre in consultazione un avamprogetto di revisione parziale della LCart. Il DFE è stato incaricato di elaborare, entro l'inizio del 2010, un possibile progetto da porre in consultazione.

Il Consiglio federale ha dichiarato di voler prendere in considerazione un adeguamento della LCart vertente, in particolare, sui seguenti punti:

- la **Commissione della concorrenza (Comco) quale istituzione indipendente** dev'essere rafforzata. L'organo decisionale va professionalizzato, ossia limitato a un minor numero di membri con un grado occupazionale superiore. Inoltre, la ripartizione delle competenze in seno alle autorità della concorrenza – talvolta poco chiara e da varie parti criticata – va organizzata in modo più trasparente;
- **in futuro, gli accordi verticali devono essere valutati in modo più differenziato.** Devono essere elaborate proposte concrete, in particolare per quanto concerne la soppressione della presunzione di illiceità. In virtù di una tale modifica, gli accordi verticali dovrebbero poter essere sottoposti – analogamente alle pratiche di imprese che dominano il mercato – a una valutazione caso per caso;
- **il controllo delle concentrazioni dev'essere modernizzato** e orientato maggiormente agli standard vigenti nell'UE. Dev'essere elaborata una proposta in particolare per quanto concerne le soglie d'intervento e d'ammissione;
- vanno inoltre esaminati **provvedimenti volti ad accelerare le procedure** e, laddove necessario, occorre elaborare proposte di modifica della legge che vadano in tal senso. Queste ultime, tuttavia, non devono limitare i diritti delle parti né comportare la creazione di un diritto procedurale specifico in materia di cartelli. Il Consiglio federale ha anche annunciato di voler sgravare le imprese, nei limiti del possibile, a livello materiale e amministrativo.

La Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio nazionale (CET-N) ha preso atto del rapporto del Consiglio federale il 20 aprile 2009, quella degli Stati (CET-S) il 30 marzo 2010.

1.1.3 Indagini conoscitive

Sulla base della decisione del Consiglio federale del 25 marzo 2009, il gruppo di progetto addetto al perfezionamento della LCart, istituito nell'aprile 2009 dal DFE, ha elaborato diverse varianti di soluzioni in risposta alle problematiche individuate in sede di valutazione. In agosto e settembre 2009, il gruppo di progetto le ha poi presentate, nell'ambito di indagini conoscitive, a vari gruppi d'interesse e autorità direttamente coinvolte, prendendo in esame nuove varianti. Sono stati consultati i gruppi d'interesse che oggi siedono nella Comco (economiesuisse, Unione svizzera dei contadini, Unione svizzera delle arti e mestieri, Unione sindacale svizzera,

organizzazioni dei consumatori (SKS, kf e FRC)), quelli che partecipano in modo particolarmente attivo al dibattito politico concernente la LCart (in particolare l'Associazione svizzera degli avvocati, la comunità d'interessi IG Detailhandel, Promarca e Swissholdings) nonché le autorità direttamente interessate (il presidente della Commissione della concorrenza e il Sorvegliante dei prezzi). Alcune proposte di riforma conformi al mandato del Consiglio federale hanno suscitato un'eco positiva. Tuttavia, le opinioni sulla necessità di una revisione e sui suoi contenuti si sono rilevate in parte discordanti. In sede di elaborazione del presente avamprogetto, le questioni sollevate sono state riprese in modo costruttivo. Nei limiti del possibile e del ragionevole, le idee degli interpellati sono state prese in considerazione o discusse in qualità di varianti.

In particolare, i rappresentanti dell'economia e la cerchia degli avvocati hanno sottolineato il bisogno di una riforma istituzionale: la divisione tra autorità inquirente, autorità di accusa e istanza sanzionante sarebbe oggi insufficiente; le competenze dovrebbero essere ripartite in modo più chiaro e il principio di legalità andrebbe rafforzato. È qui che vi sarebbe urgente necessità d'intervento. È stato suggerito di orientarsi a modelli alternativi quali i tribunali commerciali o le soluzioni giudiziarie previste in Austria e in Germania. Secondo un'altra cerchia di interpellati, la struttura attuale sarebbe soddisfacente.

Dal punto di vista materiale sono state accolte favorevolmente, in primo luogo, determinate facilitazioni in materia di fusioni internazionali e un lieve adeguamento dei criteri di valutazione delle concentrazioni. Per contro, un'armonizzazione possibilmente integrale con l'UE in materia di controllo delle concentrazioni è stata recepita in modo piuttosto controverso a causa degli oneri amministrativi che comporterebbe. In secondo luogo, è emerso chiaramente che l'attuale legge dà spazio a molteplici interpretazioni per quel che concerne gli accordi verticali. La necessità d'intervenire è stata sottolineata a più riprese, anche se non vi è unanimità sui singoli approcci di riforma. Per quanto concerne il miglioramento della collaborazione internazionale, è stato chiesto di esigere la reciprocità dalle autorità estere e di prevedere provvedimenti contro eventuali richieste indebite di informazioni. Per quel che riguarda il rafforzamento delle disposizioni del diritto civile in materia di cartelli, andrebbe evitata una vera e propria «americanizzazione» risultante dall'introduzione dell'azione collettiva.

1.1.4 Interventi parlamentari

In concomitanza con la valutazione e con i lavori di stesura del presente avamprogetto, il Parlamento ha trattato la mozione Schweiger (07.3856). Essa chiede, in primo luogo, che le imprese operanti secondo programmi per il rispetto delle disposizioni della normativa sui cartelli (programmi di conformità) possano beneficiare di una riduzione delle sanzioni e, secondariamente, che la LCart preveda sanzioni penali anche contro le persone fisiche. Il Consiglio federale ha proposto di respingere la mozione, temendo che, in generale, possa ridurre la forza d'impatto della LCart. Inizialmente la mozione chiedeva che i suddetti programmi di conformità comportassero l'esenzione dalle sanzioni. Per il Consiglio nazionale si sarebbe trattato di una misura eccessiva, per cui ha modificato la mozione a tal

proposito, prevedendo unicamente un'attenuazione delle sanzioni. Nella sessione estiva 2010, il plenum del Consiglio degli Stati ha riaffidato il trattamento dell'intervento alla sua commissione.

L'approvazione di questa iniziativa anticiperebbe la decisione di procedere a una revisione più ampia della LCart. L'introduzione di un'attenuazione delle sanzioni in presenza di programmi di conformità finalizzati al rispetto della legge non presenta un notevole onere legislativo, dato che tali attenuazioni sono già possibili secondo il diritto vigente. Il discorso è però un altro per quel che concerne l'introduzione di sanzioni penali contro le persone fisiche: le attuali strutture istituzionali e di diritto procedurale sono poco idonee all'introduzione di pene pecuniarie o detentive per i collaboratori di un'impresa che violano la legge sui cartelli. Si pone dunque la domanda se e come le nuove sanzioni contro le persone fisiche possano essere integrate nell'attuale iter procedurale delle sanzioni amministrative contro le imprese, e se ciò sia possibile senza compromettere l'efficacia degli strumenti attualmente in uso. A tal proposito sono attualmente in corso accertamenti giuridici. In caso di approvazione della mozione dovrebbe essere avviata rapidamente, a causa delle implicazioni istituzionali di ampia portata, una seconda consultazione sulla LCart.

È attualmente all'esame del Parlamento anche l'iniziativa parlamentare Kaufmann (08.443): «Multe contro i cartelli. Rischi per l'esistenza delle imprese». Essa chiede che in presenza di programmi di conformità sia possibile l'esenzione da sanzioni e che siano introdotte pene detentive per i collaboratori che concludono intenzionalmente accordi di cartello ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 con una quota di mercato comune superiore al 30 per cento. Chiedendo l'esenzione da sanzioni, tale iniziativa si spinge oltre la mozione Schweiger nella versione del Consiglio nazionale. Il 30 marzo 2010, la CET-S ha deciso di non darvi seguito. La questione sarà ora dibattuta in seno al Consiglio nazionale.

Inoltre, è ancora in sospenso la mozione de Buman (10.3302) «A favore di una vera concorrenza e di prezzi più bassi». Essa chiede una maggior indipendenza dell'autorità decisionale, un potenziamento dell'effetto dissuasivo della LCart, un inasprimento del controllo delle concentrazioni, il sanzionamento delle persone fisiche senza effetti collaterali sugli altri strumenti della LCart, un'accelerazione delle procedure nonché un'intensificazione della collaborazione internazionale. La mozione fa proprie le raccomandazioni di base emanate dal Comitato Concorrenza dell'OCSE nel 2006 in seguito a un esame della politica svizzera in materia di concorrenza. Il Consiglio federale ha proposto, il 4 giugno 2010, di accogliere la mozione.

Infine, va menzionato il postulato CET-N 08.3764 «La situazione economica svizzera e le misure di stabilizzazione», che auspica anch'esso una rapida attuazione di una revisione della LCart.

1.1.6 Sfide da affrontare

Struttura istituzionale

I risultati della valutazione, gli interventi parlamentari e gli esiti delle consultazioni evidenziano un notevole bisogno di riforma in ambito istituzionale: nel 1995 la LCart svizzera è stata ravvicinata ai modelli internazionali mediante la definizione di pratiche che presumibilmente eludono la concorrenza e che, di norma, vanno vietate; nel 2003 sono state introdotte le sanzioni dirette, il cui carattere penale è stato nel frattempo specificato in modo chiaro. Nonostante queste modifiche di ampia portata, da allora la struttura istituzionale non è stata praticamente ritoccata. La Comco continua a essere una grande commissione di milizia, non separata in modo chiaro dall'autorità inquirente (la sua Segreteria). Al più tardi con l'introduzione delle sanzioni dirette contro le persone fisiche, come auspicato dalla mozione Schweiger tuttora pendente, l'attuale struttura istituzionale non sarebbe più sostenibile sotto il profilo del principio di legalità.

Le indagini conoscitive hanno evidenziato che una professionalizzazione radicale dell'autorità decisionale mediante la rinuncia agli attuali rappresentanti d'interessi in seno alla Comco andrebbe incontro a una forte opposizione. Alla luce di questo fatto, il Consiglio federale propone un nuovo modello che prevede l'elezione di esperti liberi da interessi di parte e anche forti di esperienze pratiche a giudici di un tribunale indipendente.

Vengono inoltre chiesti un rafforzamento del principio di legalità e un'accelerazione delle procedure. Quest'ultima pretesa è in latente contrasto con la volontà del Parlamento di introdurre sanzioni penali più onerose. Il Consiglio federale intende risolvere questo conflitto di obiettivi ridistribuendo in modo più chiaro i compiti tra le singole istanze, riordinando le procedure e semplificando le vie di ricorso.

In sintesi, l'obiettivo principale della revisione è quello di porre la LCart, con tutti i suoi nuovi strumenti, su una solida base giuridica, di fare in modo che espliciti l'effetto preventivo auspicato e di consentirne l'applicazione rapida ed efficace.

Disposizioni materiali

- In sede di trattamento degli accordi verticali si osservano interpretazioni molto disparate dell'attuale legge e aspettative divergenti. Il presente avamprogetto ne tiene conto, presentando due varianti che garantiscono maggiore chiarezza e che consentono di contrastare la critica mossa nei confronti dell'attuale legge.
- La necessità di rivedere la procedura di opposizione è indiscussa: la soluzione attuale offre troppo poca sicurezza alle imprese che, con nuovi modelli commerciali, intendono effettuare degli investimenti nell'ottica di accedere a un mercato.
- Per quanto riguarda il controllo delle concentrazioni, è indubbio che oggi si creano sovrapposizioni tra le autorità nazionali in materia di concorrenza quando si preannunciano fusioni di imprese internazionali. Tutti gli interpellati auspicano una semplificazione della situazione. Inoltre, sotto il profilo economico il criterio di valutazione attuale ammette un numero troppo elevato di concentrazioni. Mantenere la soluzione attuale, come auspicato da alcune cerchie economiche, comporta rischi economici derivanti da una troppo accentuata concentrazione del potere di mercato.

L'avamprogetto tiene conto dei dubbi espressi, proponendo due alternative di diversa portata.

- In considerazione del fenomeno della globalizzazione, la necessità di una collaborazione internazionale più intensa è indiscussa. La stipula di accordi di cooperazione dev'essere integrata in questa legge mediante una disposizione di base e preparata dal punto di vista del contenuto. Se, ad esempio, le autorità dell'UE avessero già effettuato perquisizioni domiciliari e le imprese svizzere ne fossero venute a conoscenza, non avrebbe più senso effettuare a posteriori perquisizioni domiciliari in Svizzera. Ecco perché le autorità svizzere in materia di concorrenza e quelle estere devono poter coordinare le loro attività d'indagine.
- Nel diritto civile in materia di cartelli sussiste oggi la situazione insostenibile in cui una parte di coloro che patiscono le conseguenze negative di un cartello non possono rivendicare davanti a un tribunale il risarcimento dei danni subiti. Questa situazione va corretta. I timori che un'estensione del diritto di azione possa generare un'ondata di ricorsi possono essere mitigati se si rafforza il diritto civile in materia di cartelli soltanto lievemente, come previsto nell'avamprogetto.

1.2 La nuova regolamentazione proposta

Come descritto nel capitolo 1.1, gli obiettivi della revisione emersi dalla valutazione e dai mandati parlamentari interessano una moltitudine di tematiche della LCart. La nuova regolamentazione presentata qui di seguito attribuisce grande importanza all'aspetto della coerenza di un'eventuale LCart riveduta. Sono perciò spiegate qui di seguito le correlazioni tra le singole proposte di riforma.

Al capitolo 1.2.1 viene sollecitata, nell'ottica dell'attuazione della LCart, una riorganizzazione istituzionale. Le origini della struttura istituzionale odierna risalgono ancora agli anni Sessanta, periodo costitutivo della Commissione dei cartelli, la quale operava esclusivamente sul piano del diritto amministrativo e serviva, in qualità di organo di milizia, all'equilibrio degli interessi. Questo modello è oggi unico a livello internazionale. Con l'introduzione delle sanzioni dirette per violazioni alla legge sui cartelli e la qualificazione delle stesse quali pene rilevanti dal punto di vista della CEDU, il modello attuale è discutibile sotto il profilo del principio di legalità. Alla luce dell'accresciuta necessità di riforma, la riorganizzazione istituzionale è un'esigenza tanto importante quanto impellente.

I capitoli da 1.2.2 a 1.2.6 si concentrano su proposte concrete di riforma che, in sede di valutazione, sono state ritenute importanti e concernenti problemi rilevanti, ossia il trattamento degli accordi verticali, la procedura di opposizione, il controllo delle concentrazioni, la collaborazione internazionale e il diritto civile in materia di cartelli. Questi temi sono stati reputati importanti anche nel corso delle indagini conoscitive e giustificano pertanto una revisione della LCart. Le proposte di riforma materiali possono essere considerate e attuate singolarmente, indipendentemente dalla riforma istituzionale.

Infine, il capitolo 1.2.7 si occupa delle implicazioni di diritto procedurale derivanti dalla revisione qui proposta. Come per le istituzioni, anche nel diritto procedurale si è venuto a creare, nel corso degli anni, un enorme bisogno di riforma. L'introduzione di sanzioni dirette e la contemporanea volontà di limitare il più possibile la durata delle procedure rendono necessaria una revisione di varie disposizioni in materia di diritto procedurale, da conciliare con la riforma istituzionale. Qualora il Parlamento desiderasse introdurre nella legge sui cartelli il perseguimento penale delle persone fisiche, si renderebbero necessarie ulteriori disposizioni. La riforma istituzionale, le possibilità di sanzionamento e il diritto procedurale vanno sempre considerati in correlazione tra di loro e non possono essere riformati senza che si influenzino a vicenda.

In virtù della portata del progetto di riforma, appare indicato prendere in considerazione anche un'attuazione graduale dei singoli elementi che lo costituiscono.

1.2.1 Potenziamento dell'indipendenza istituzionale

Obiettivi

È auspicato un modello istituzionale delle autorità in materia di concorrenza che sia al passo con i tempi al fine di raggiungere i seguenti obiettivi:

- il rafforzamento dell'*indipendenza* dell'istanza decisionale;
- un'*attribuzione possibilmente chiara* dei compiti «inchiesta» e «decisione»;
- una compatibilità di base con l'introduzione delle *sanzioni dirette contro persone fisiche*;
- nei limiti del possibile, l'*accelerazione delle procedure* fino alla decisione in ultima istanza.

Alla luce dei conflitti di obiettivi illustrati al capitolo 1.1.6, non sembra quasi più possibile attuare queste direttive senza riformare radicalmente l'odierna struttura istituzionale. Mantenere il modello misto costituito dalla Comco e dalla sua Segreteria appare obsoleto. L'OCSE, nel suo esame del 2006 della politica svizzera della concorrenza, e il prof. dott. Carl Baudenbacher nella sua perizia sulla valutazione della LCart, hanno a più riprese ribadito quest'opinione. I casi sempre più complessi rappresentano un onere crescente per un semplice sistema di milizia. Ciò non significa che il sistema attuale non funzioni. Al contrario: nei limiti del possibile funziona bene. Sono tuttavia necessari dei miglioramenti, che possono essere realizzati con un onere sopportabile.

Per quanto concerne le inchieste, dev'essere operativa un'autorità della concorrenza indipendente, efficiente ed autorevole. In presenza di pratiche suscettibili di sanzioni, le decisioni devono essere prese da un collegio giudicante che sia indipendente dall'Autorità della concorrenza e dalla politica, professionalizzato, ma forte della necessaria esperienza pratica. Davanti ad esso deve potersi svolgere una procedura leale e trasparente tra l'Autorità della concorrenza in qualità di parte attrice e la parte convenuta.

Infine, le strutture istituzionali devono essere organizzate in modo tale che le procedure precedenti la decisione in ultima istanza siano svolte nel modo più rapido possibile. Le procedure che rimangono in sospeso per parecchi anni dinanzi alle istanze di ricorso – cosa che in parte avviene oggi – rappresentano una notevole minaccia al buon funzionamento del mercato e dell'economia. Attualmente sussiste il pericolo che le condizioni di mercato vigenti al momento del passaggio in giudicato delle sentenze non corrispondano più alla situazione vigente all'inizio dell'indagine.

La realizzazione di tutti gli obiettivi prestabiliti rappresenta una grande sfida. È per questo che il presente avamprogetto propone una sostanziale riorganizzazione istituzionale.

Nuovo modello

In primo luogo si intende rivalorizzare l'attuale Segreteria della Comco, rendendola **un'Autorità della concorrenza autonoma, indipendente dal Consiglio federale e da interessi politico-economici**. Nei casi previsti dalla LCart, essa deve poter condurre le indagini e proporre azione davanti al Tribunale federale della concorrenza (cfr. qui di seguito). Inoltre, l'Autorità della concorrenza deve poter assistere le imprese, farsi pubblicamente garante della concorrenza ed esprimere il suo parere nell'ambito di procedure di consultazione. Infine, l'Autorità della concorrenza deve poter prendere le decisioni amministrative di prima istanza nell'ambito del controllo delle concentrazioni, dato che le fusioni di imprese sono spesso soggette a rigorose scadenze temporali. Per quanto concerne la forma organizzativa dell'Autorità della concorrenza, sono stati proposti vari modelli. A causa dei particolari requisiti che deve soddisfare, essa non può essere organizzata come un Ufficio federale a tutti gli effetti. L'alternativa di organizzare l'Autorità della concorrenza sul modello della FINMA, vale a dire quale istituto dotato di un proprio Consiglio di amministrazione, non convince per motivi di risorse e per le sue dimensioni nettamente inferiori rispetto alla FINMA. Per l'Autorità della concorrenza è giustificato ricorrere a una soluzione intermedia quale, ad esempio, quella scelta per l'Incaricato federale della protezione dei dati: essa dev'essere un organo federale indipendente, non vincolato a direttive e accorpato al DFE solamente a livello amministrativo. La sua direzione – che dev'essere nominata dal Consiglio federale per il periodo di carica – detiene la responsabilità complessiva e i collaboratori incaricati di condurre le inchieste operano in base alle sue direttive.

In secondo luogo, si intende costituire **un nuovo Tribunale federale della concorrenza, indipendente dall'Autorità della concorrenza**, sfruttando le risorse dell'attuale Comco e ricorrendo ai giudici del Tribunale amministrativo federale che si occupano di questioni concernenti la legislazione sui cartelli. Ad esso competerebbe la funzione decisionale e il calcolo delle sanzioni in caso di accordi illeciti e di abusi del potere di mercato. Davanti al Tribunale federale della concorrenza deve potersi svolgere una procedura a tutti gli effetti, vale a dire che l'Autorità della concorrenza propone azione dinanzi al Tribunale federale della concorrenza che, dopo aver sentito il parere delle imprese convenute, esprime il suo giudizio. Il nuovo Tribunale federale della concorrenza dev'essere organizzato nel modo più sobrio ed efficiente possibile. In termini amministrativi viene perciò associato al Tribunale amministrativo federale al fine di poter far capo alle sue

risorse, analogamente a quanto avviene con il Tribunale federale dei brevetti. Alla stregua dei tribunali commerciali cantonali e sul modello del Tribunale federale dei brevetti, il Tribunale federale della concorrenza sarà costituito da pochi giudici ordinari e da un pool di giudici tecnici non di carriera, forti anche di esperienze pratiche. In sede di reclutamento dei membri di tale tribunale, devono essere adeguatamente considerate le conoscenze globali del diritto in materia di concorrenza, l'esperienza imprenditoriale e le competenze di economia industriale dei candidati. Sia i giudici ordinari che quelli non di carriera devono soddisfare elevati requisiti in termini di indipendenza. Il collegio giudicante dev'essere costituito da cinque giudici, scelti tra i giudici ordinari e il pool dei giudici tecnici non di carriera.

In terzo luogo, **le decisioni del Tribunale federale della concorrenza devono essere direttamente impugnabili davanti al Tribunale federale.** Ciò comporta una notevole accelerazione delle procedure di ricorso fino all'emanazione della decisione di ultima istanza. Tuttavia non si ottiene, rispetto ad oggi, un indebolimento del principio di legalità, bensì un suo rafforzamento: infatti, già attualmente le pratiche relative al diritto dei cartelli vengono giudicate una volta sola da un tribunale indipendente con pieno potere d'esame, ossia dal Tribunale amministrativo federale. In futuro, la valutazione continuerà ad essere effettuata una volta sola, con pieno potere d'esame, ma dal Tribunale federale della concorrenza, anch'esso indipendente. Quest'ultimo è già posto, opportunamente, a livello di autorità di primo grado, contrariamente al Tribunale amministrativo federale che storicamente è frutto della concentrazione di varie autorità di ricorso e continua ad esercitare la sua attività principale in tale ambito. Rispetto al Tribunale amministrativo federale, il Tribunale federale della concorrenza potrà far capo a un volume più elevato di risorse e di conoscenze tecniche. In tal modo ci si aspetta di conseguire un'elevata qualità decisionale già a livello di prima istanza.

La costituzione di un Tribunale federale della concorrenza indipendente consente di impiegare in modo ottimale le risorse disponibili per l'applicazione della LCart. L'istituzione tiene debitamente conto del carattere particolare del diritto dei cartelli, ossia dell'elevata componente evolutiva per il diritto che ogni sentenza racchiude: l'applicazione di tale diritto dovrà avvenire, come sinora, secondo la legge sulla procedura amministrativa. A causa del carattere penale delle sanzioni, la procedura dovrà senz'altro tener conto delle prescrizioni della CEDU che si ispirano al principio della legalità. La divisione proposta tra inchiesta e azione giuridica da un lato, e decisione e calcolo delle sanzioni dall'altro, rafforzano notevolmente tale principio. La nuova organizzazione mette in atto la cognizione secondo cui, per un'applicazione consistente e mirata della LCart, sono necessarie conoscenze tecniche e specifiche di carattere economico.

Qualora venissero introdotte **pene detentive o pecuniarie contro le persone fisiche**, potrebbero essere necessari, a seconda dell'attuazione, ulteriori adeguamenti istituzionali.

Alternative

Sono ipotizzabili varie forme miste, situate tra la soluzione qui proposta e l'organizzazione attuale con il Tribunale amministrativo federale quale autorità di ricorso.

- Le cerchie economiche hanno proposto la creazione di un'autorità integrata o, eventualmente, di un tribunale integrato per il trattamento di questioni riguardanti non solamente il diritto in materia di cartelli, ma anche altri aspetti regolativi. Ciò comporterebbe una fusione con altre autorità di regolamentazione quali la ComCom, l'ElCom, la Sorveglianza dei prezzi e ulteriori organi di vigilanza settoriali. Al momento attuale, questa proposta sembra eccessiva. Le suddette sfide specifiche in materia di diritto dei cartelli devono essere affrontate in modo tempestivo. La fusione di varie autorità, per contro, non è necessaria ai fini della risoluzione dei problemi attuali. Nella misura in cui è interessata la collaborazione tra le autorità della concorrenza e gli organi di regolamentazione indipendenti, rimandiamo alle spiegazioni relative all'articolo 30 della nuova LCart nella parte specifica dell'avamprogetto.
- Quale alternativa fondamentale si potrebbe rinunciare all'introduzione di un Tribunale federale della concorrenza e definire il Tribunale amministrativo federale quale prima istanza decisionale in procedure che hanno per oggetto le limitazioni della concorrenza o che mirano a provvedimenti cautelari. In effetti, con la riforma dell'organizzazione giudiziaria federale, numerose istanze di ricorso sono state raggruppate nel Tribunale amministrativo federale e diversi giudici non di carriera sono stati allontanati dal collegio giudicante. Dato che nel presente avamprogetto si sottolinea l'aspetto quasi penale delle sanzioni nel diritto dei cartelli e si mira nel contempo a instaurare una distanza possibilmente ampia tra gli organi in materia di concorrenza da un lato e la politica e le associazioni economiche dall'altro, viene data la precedenza a una soluzione che opera già sin dall'inizio della procedura una separazione istituzionale tra inchiesta e decisione. Per garantire l'afflusso di competenze economiche, sarebbe ipotizzabile – in alternativa al reclutamento di giudici non di carriera, previsto nella variante principale – nominare un capo economista in un reparto del Tribunale amministrativo federale.

La rinuncia a un apposito Tribunale federale della concorrenza e il suddetto trasferimento del suo ruolo previsto al Tribunale amministrativo federale consentirebbero di effettuare la riforma istituzionale in modo più semplice e in sintonia con la riforma dell'organizzazione giudiziaria federale.

A questo vantaggio si contrappone il fatto che il Tribunale amministrativo federale è oggi concepito principalmente quale istanza di ricorso, che riesamina sì ogni caso, ma che non è organizzato in modo ottimale da poter effettuare indagini proprie di una certa portata. Esso tenderà piuttosto a cassare una decisione, il che sarebbe controproducente nell'ottica dell'auspicata accelerazione delle procedure. Nell'ambito delle indagini conoscitive è stata richiesta esplicitamente la presenza nel collegio giudicante di membri con esperienza del mondo economico, traguardo che

non sarebbe ancora raggiunto con la sola nomina di uno o più esperti con formazione economica.

- Infine, sarebbe ipotizzabile anche una *riforma che lasci invariato il modello attuale con la Comco e la sua Segreteria da un lato e il Tribunale amministrativo federale dall'altro, quale istanza di ricorso*. Sotto il profilo del principio di legalità, questo modello alternativo sarebbe accettabile soltanto se per il discusso perseguimento penale delle persone fisiche si prevedesse una seconda procedura dinnanzi a un tribunale indipendente.

Rispetto a oggi, tuttavia, tale modello dovrebbe come minimo operare una suddivisione più netta tra i compiti della Segreteria (conduzione delle inchieste) e quelli della Comco (presa delle decisioni), anche alla luce delle possibilità d'inchiesta limitate dell'istanza di ricorso. Nella Segreteria della Comco bisognerebbe operare una distinzione tra i collaboratori che esaminano il caso e quelli che lavorano per la Commissione della concorrenza e si occupano di redigere le sentenze. Per ragioni relative al principio di legalità, in questo modello occorrerebbe aumentare l'indipendenza dell'istanza decisionale da interessi politici e il grado occupazionale delle persone che vi lavorano, vista l'elevata importanza e la complessità dei casi. La via di ricorso rimarrebbe, per forza di cose, di quattro livelli (Segreteria, Comco, TAF, TF). Mantenere la possibilità di ricorso davanti al Tribunale amministrativo federale sarebbe inevitabile, dato che è necessario collocare prima del Tribunale federale – che si limita a valutazioni giuridiche – un tribunale con pieno potere d'esame.

Il vantaggio di questa variante sta nel fatto che richiederebbe una revisione soltanto lieve della legge, che consisterebbe in una maggior accentuazione della suddivisione tra inchiesta e decisione all'articolo 27 LCart ed eventualmente una riduzione del numero dei membri della Comco previsti. La richiesta di sostituire all'interno della commissione i rappresentanti delle associazioni mediante persone con esperienza in campo economico, ma scevri da interessi di parte, può essere soddisfatta già oggi in base al diritto vigente e avvicinerrebbe la Commissione della concorrenza a un tribunale; rimarrebbe tuttavia il problema della nomina dei membri della Comco da parte del potere esecutivo.

Lo svantaggio principale di questo modello, per contro, è che la suddivisione più netta tra inchiesta e decisione, pretesa anche in questo caso, nonché il grado occupazionale maggiore dei membri della Comco richiederebbero maggiori risorse. Dato che l'attuale istanza di ricorso rimarrebbe inalterata, non sarebbero possibili risparmi di risorse a titolo compensativo. Non si avrebbe neppure una riduzione dei tempi procedurali fino ad arrivare alle decisioni in ultima istanza. Inoltre, una riforma analoga è stata bocciata in occasione della consultazione relativa alla revisione della legge sui cartelli del 2003.

1.2.2 Trattamento differenziato degli accordi verticali

Obiettivi

Nell'attuale LCart è espressa la presunzione che determinati accordi orizzontali (art. 5 cpv. 3) e verticali (art. 5 cpv. 4) sopprimano la concorrenza efficace.

Contrariamente all'indiscusso effetto nocivo dei cartelli orizzontali *hard core*, le conseguenze degli accordi tra imprese situate a livelli diversi del mercato (ossia degli accordi verticali) sono per contro ambivalenti. In termini di concorrenzialità, tali accordi possono, da un lato, isolare determinati mercati geografici come quello svizzero dalla concorrenza indesiderata e possono anche contribuire alla stabilizzazione di cartelli orizzontali. D'altro lato, gli accordi verticali possono anche essere uno strumento per proteggere degli investimenti necessari nella catena di distribuzione. Infatti, l'introduzione di nuovi prodotti comporta, di regola, elevati costi d'investimento e numerosi rischi sia per i produttori che per i commercianti. Gli accordi verticali possono essere utilizzati per offrire ai commercianti migliori prospettive di copertura dei costi per l'introduzione sul mercato di nuovi prodotti. In tal senso, essi hanno spesso un effetto stimolante sulla concorrenza. Tali accordi possono anche essere indispensabili per reggere la concorrenza con fornitori integrati verticalmente. I produttori, infatti, sono sempre più esposti alla pressione concorrenziale esercitata da tali fornitori. In tal caso, l'ammissione di accordi verticali non causa affatto una diminuzione della concorrenza tra i sistemi di distribuzione, bensì una sua intensificazione (a condizione che vi sia un numero sufficiente di marche in competizione tra di loro). Di conseguenza, la possibilità di poter concludere accordi verticali si riflette anche in una minor pressione per le imprese di doversi integrare verticalmente, ossia di dover raggruppare la produzione e lo smercio in un'unica impresa. Le imprese, inoltre, possono gestire gli accordi verticali in modo più flessibile rispetto alle integrazioni verticali, il che è positivo dal punto di vista economico.

A prescindere da considerazioni puramente concorrenziali, gli accordi verticali servono anche, in termini economici, ad ottimizzare la catena di distribuzione, dalla produzione alla vendita, passando per l'assistenza ai clienti. Essi riducono i problemi di coordinamento tra i produttori e i commercianti, incrementando così l'efficienza.

In termini generici si può affermare che le restrizioni verticali esplicano un effetto limitativo della concorrenza soltanto se le imprese coinvolte detengono una posizione di mercato forte. Più è intensa la concorrenza tra i singoli prodotti e servizi, maggiore è la probabilità che gli accordi verticali si rivelino efficienti e favorevoli alla prosperità. Un'analisi di 91 casi trattati dalla Comco, effettuata nell'ambito della valutazione della LCart, evidenzia che la maggior parte degli accordi verticali segnalati alle autorità della concorrenza si è rivelata lecita (o per lo meno non si sono trovati indizi che lasciassero presumere pratiche illecite). Il motivo principale risiede nel fatto che le pratiche in questione non hanno avuto effetti particolarmente rilevanti. La presunzione di soppressione della concorrenza efficace, stabilita nella legge, non dovrebbe essere mantenuta invariata alla luce dello stato attuale della teoria e della prassi economiche.

L'obiettivo della nuova regolamentazione è quello di raggiungere in modo ottimale gli obiettivi economici della LCart nell'ambito degli accordi verticali. Occorre

contrapporre agli svantaggi per la concorrenza, che gli accordi verticali producono a causa del conseguente irrigidimento delle strutture di distribuzione, i guadagni in termini di efficienza conseguiti attraverso un miglior coordinamento dei livelli commerciali. Secondo i risultati della valutazione, per contro, l'attuale regolamentazione agisce *de facto* come un divieto assoluto delle due forme di accordi verticali di cui all'articolo 5 capoverso 4. Tuttavia, la prevista revisione del trattamento degli accordi verticali deve anche contribuire a dissolvere le incertezze giuridiche nell'ambito delle sanzioni e a sostenere l'impegno del Consiglio federale a favore dell'apertura dei mercati.

Varianti risolutive

Il Consiglio federale presenta due varianti, finalizzate entrambe al miglior raggiungimento degli obiettivi della LCart in materia di accordi verticali:

- la variante 1 prevede di eliminare la presunzione di soppressione della concorrenza per determinati accordi verticali. Tale presunzione, come detto, non corrisponde alla prassi e si è rivelata troppo rigida in combinazione con l'annuncio riguardante gli accordi verticali del 2007. La suddetta eliminazione, tuttavia, non dovrebbe essere intesa come un annacquamento eccessivo della LCart. Infatti, in concomitanza ad essa, i due tipi di accordi verticali in questione verrebbero menzionati nel nuovo articolo 49a LCart, unitamente agli accordi orizzontali sanzionabili. Gli accordi in questione potrebbero continuare a essere sanzionati ogniqualvolta si rivelassero illeciti ai sensi dell'articolo 5, vale a dire nel caso in cui compromettessero sensibilmente la concorrenza o non potessero essere giustificati da ragioni di efficienza. La sanzione sarebbe prevista incontestabilmente al termine della valutazione di un singolo caso. Menzionando questi due tipi di accordi, descritti in modo sufficientemente preciso nella teoria e nella pratica europee, si tiene adeguatamente conto già oggi del principio di determinatezza (*nulla poena sine lege certa*).

Dato che non si vogliono precisare la rilevanza e i guadagni di efficienza nella parte del diritto materiale della legge, **questa specificazione dalla valutazione caso per caso** è accompagnata da un miglioramento della procedura di opposizione (cfr. capitolo 1.2.3), la quale consente alle imprese di ottenere rapidamente dall'Autorità della concorrenza un giudizio su accordi previsti ed eventualmente illeciti;

Il trattamento differenziato degli accordi verticali, che è stato richiesto, dovrà essere disciplinato anche in futuro da una comunicazione dell'Autorità della concorrenza. Benché il tribunale non debba attenersi, essa funge da «auto-vincolo» per l'Autorità della concorrenza stessa. Al momento della pubblicazione, una revisione della comunicazione degli accordi verticali si trova in fase di consultazione.

- nella variante 2, viene mantenuto l'articolo 5 capoverso 4 e, con esso, la presunzione di soppressione della concorrenza tramite due tipi di accordi verticali. Con tale presunzione si intende soprattutto sottolineare l'elevato potenziale di nocività dei due tipi di accordi suddetti. Tuttavia, la mancata confutazione della presunzione non implica automaticamente la

sanzionabilità e – secondo determinate sentenze del Tribunale federale – la presunzione stessa funge da regola di prova soltanto in modo molto limitato. La sanzionabilità è disciplinata dall'articolo 49a. Dato che per i tipi di accordi verticali suscettibili di sanzioni si potrà continuare a rimandare all'articolo 5 capoverso 4 LCart, l'articolo 49a capoverso 1 LCart non necessita di un adeguamento redazionale come nella variante 1. Gli accordi verticali sui prezzi e determinati accordi per zone possono continuare a essere sanzionati ogniqualvolta si rivelino illeciti ai sensi dell'articolo 5, vale a dire nel caso in cui compromettano sensibilmente la concorrenza e non possano essere giustificati da ragioni di efficienza.

Nella variante 2, la valutazione differenziata degli accordi verticali viene garantita mediante un adeguamento dell'articolo 6 LCart. Con l'introduzione della categoria delle limitazioni della concorrenza irrilevanti si intende precisare che gli accordi verticali con una quota di mercato esigua non pregiudicano di regola la concorrenza, ma servono innanzitutto a risolvere in modo efficiente problemi di coordinamento tra unità aziendali non integrate verticalmente. **Il concetto di quota di mercato esigua dovrà essere precisato in un'ordinanza o in una comunicazione.** Il punto di partenza per la strutturazione dell'ordinanza o della comunicazione può essere costituito da una proposta presentata alla Commissione europea da un rinomato economo, alla quale – tuttavia – l'UE non ha dato seguito (cfr. Motta et al. 2009). Tale economo raccomanda di considerare irrilevanti gli accordi verticali – compresi i tipi che nell'UE sono reputati clausole nere e pressoché ingiustificabili – con una quota di mercato inferiore al 15 per cento.

In secondo luogo, la variante 2 prevede l'introduzione dell'esenzione da sanzioni per accordi verticali in cui l'impresa (in modo cumulativo) comprova di praticare lo stesso tipo di accordo in modo indisturbato nel SEE e rende verosimile di aver verificato a sufficienza **la compatibilità dell'accordo in questione con il diritto europeo.** In tal modo si intende sottolineare che gli accordi considerati compatibili con il diritto europeo e in vigore nella maggior parte degli Stati dell'UE non devono essere sanzionati in Svizzera. Dato che si tratta solamente di un'esenzione da sanzioni e non di una misura evolutiva del diritto, il Tribunale federale della concorrenza avrebbe anche in futuro la facoltà di vietare tali accordi. Il motivo principale di questa esenzione da sanzioni, sancita all'articolo 49a capoverso 3 lettera d, è quello di consentire – nell'interesse di un'apertura internazionale – l'applicazione inalterata anche in Svizzera di sistemi di distribuzione affermatasi a livello internazionale. Anche la variante 2 prevede un miglioramento generale della procedura di opposizione.

Entrambe le varianti sono in sintonia con le crescenti tendenze e richieste dell'economia di non vietare a priori tutti i tipi di accordi verticali, ma di valutarli caso per caso a seconda dei loro effetti. Esse consentono l'approvazione di accordi che possono portare a incrementi dell'efficienza o addirittura promuovere la concorrenza, permettendo nel contempo di far fronte a determinati problemi di isolamento di mercato. Questi obiettivi sono raggiunti in modi diversi: mentre nella

variante 1 è di rilievo la struttura riveduta della notifica riguardante gli accordi verticali, nella variante 2 sarà determinante l'ordinanza o la comunicazione ai sensi dell'articolo 6. Quest'ultima specificherà anche le disposizioni riguardanti gli accordi di distribuzione internazionali. Alla pratica dell'isolamento di mercato viene attribuita grande importanza in entrambe le varianti. Esse non si escludono a vicenda, ma sono combinabili in differenti modi.

Rispetto alla variante 2 – in cui s'intende (ma non si deve) mantenere inalterata la formulazione dell'articolo 49a – la variante 1 specifica meglio la prassi corrente in cui i tipi di accordi orizzontali e verticali menzionati nella legge possono essere sanzionati direttamente qualora pregiudichino notevolmente la concorrenza o non possano essere giustificati. Ciò corrisponde alla prassi attuale delle autorità in materia di concorrenza. L'opinione minoritaria, secondo cui bisognerebbe sanzionare soltanto i casi in cui la concorrenza viene soppressa, non incontra il favore del Consiglio federale. Il TF ha posto l'asticella molto in alto per la presunzione della soppressione della concorrenza efficace. Se la sanzionabilità venisse meno in caso di confutazione della suddetta presunzione, non verrebbero praticamente mai inflitte sanzioni, probabilmente nemmeno per gli accordi orizzontali di cui all'articolo 5 capoverso 3 – considerata la scala di valutazione del Tribunale federale.

Alternative

Dopo la valutazione della consultazione dovranno essere considerate la comunicazione riveduta della Comco riguardante gli accordi verticali, che allora dovrebbe essere disponibile in forma consolidata, come pure eventuali decisioni della Comco e dei tribunali superiori. È ipotizzabile che i futuri sviluppi relativizzino la necessità di una revisione.

1.2.3 Miglioramento della procedura di opposizione

Obiettivi

La procedura di opposizione ai sensi della LCart (sinora art. 49a cpv. 3 lett. a LCart) prevede la possibilità per un'impresa di comunicare all'Autorità della concorrenza future pratiche previste, suscettibili di essere repute limitazioni illecite della concorrenza. La sanzione amministrativa relativa a una certa pratica viene meno se l'Autorità della concorrenza non avvia una procedura entro cinque mesi. Tale procedura consente alle imprese di apprendere in tempi utili dall'Autorità della concorrenza se una determinata pratica è suscettibile di essere sanzionata o meno.

La procedura attuale, tuttavia, è stata criticata: gli operatori di mercato interpellati hanno ritenuto insoddisfacente il termine di opposizione di cinque mesi stabilito dalla legge, poiché troppo lungo soprattutto nei mercati dinamici. D'altra parte, le imprese si trovano davanti al seguente dilemma: hanno sì la possibilità di attuare la pratica comunicata all'Autorità della concorrenza subito dopo la notifica, tuttavia, per cautelarsi dal rischio di sanzioni, esse devono revocare la loro pratica subito dopo la semplice apertura di un'inchiesta preliminare – che l'Autorità della concorrenza può effettuare senza ulteriori presupposti – il che può comportare la perdita di investimenti a favore della penetrazione di mercato prevista. Questo

rischio è tanto maggiore se si considera che, non dovendo fornire motivazioni, l'Autorità della concorrenza è propensa ad aprire un'inchiesta preliminare ogniqualvolta non può escludere con certezza l'esistenza di problemi in materia di diritto dei cartelli.

La revisione della procedura di opposizione intende tenere conto di queste considerazioni e garantire un miglior adempimento della funzione che il legislatore ha previsto per tale procedura. In sede di revisione della procedura si tratta di soppesare accuratamente gli interessi che sono in gioco: quelli delle imprese di avere una sicurezza giuridica e una libertà di gestione possibilmente ampie e quello pubblico di impedire limitazioni illecite della concorrenza.

Soluzione

Il Consiglio federale propone in primo luogo di raccorciare **da cinque a due mesi dal ricevimento della notifica** il termine entro il quale l'Autorità della concorrenza deve agire affinché un'impresa possa essere sanzionata per la pratica annunciata. Se l'Autorità della concorrenza non apre un'inchiesta preliminare o un'inchiesta entro tale termine, la punibilità della pratica annunciata viene definitivamente meno.

In secondo luogo, **solamente l'avvio di un'inchiesta formale** ai sensi dell'articolo 27 esporrà le imprese al rischio di essere sanzionate e non già, come sinora, l'apertura di un'inchiesta preliminare ai sensi dell'articolo 26. I requisiti per l'avvio di un'inchiesta sono maggiori rispetto a quelli per l'avvio di un'inchiesta preliminare: nel primo caso sono necessari degli indizi di una limitazione illecita della concorrenza.

La riduzione del suddetto termine comporta immediatamente un aumento della sicurezza giuridica per le imprese. Per progetti che palesemente non presentano alcun rischio d'infrazione al diritto in materia di cartelli o che non concernono fattispecie sanzionabili, le imprese ottengono entro due mesi la certezza di non esporsi al rischio di essere sanzionate per l'attuazione del relativo progetto. Con la seconda modifica si intende soprattutto ridurre l'effetto inibitorio che la minaccia di sanzioni può esercitare sugli investimenti. Dato che sarà solo la notifica dell'apertura di un'inchiesta formale a comportare il rischio di sanzioni, il periodo in cui un progetto può in ogni caso essere attuato senza incorrere in sanzioni viene prolungato rispetto ad oggi. Sia durante la procedura di opposizione di due mesi sia durante e dopo l'inchiesta preliminare (fino all'avvio di un'inchiesta formale), l'impresa può attuare la pratica annunciata senza incorrere in sanzioni.

Se l'Autorità della concorrenza giunge alla conclusione che dopo l'attuazione della pratica notificata (eventualmente in forma adeguata) vi siano effettivamente, sulla base degli effetti di mercato, indizi di una limitazione illecita della concorrenza, essa comunicherà all'impresa l'avvio imminente di un'inchiesta. Fino a tale momento, l'impresa ha ancora la possibilità – entro un termine ragionevole – di eludere una sanzione rinunciando o modificando la pratica ritenuta limitativa della concorrenza.

Alternative

Il progetto iniziale del Consiglio federale del 2001 prevedeva sempre, in caso di notifica, l'esclusione della punibilità diretta. Il Parlamento ha tuttavia respinto questa proposta: nell'ambito del dibattito parlamentare è stata introdotta la punibilità di una

pratica annunciata. Questo adeguamento era motivato principalmente dal timore che la proposta iniziale potesse dar adito a un notevole potenziale d'abuso: le imprese avrebbero potuto annunciare in un primo momento la limitazione della concorrenza prevista, metterla successivamente in pratica sul mercato e, infine, impugnare un divieto decretato dalla Comco dinanzi a tutte le istanze, beneficiando così per diversi anni di un cartello, il cui carattere illecito era supponibile sin dall'inizio. Per questo motivo non s'intende riconsiderare l'alternativa secondo cui una notifica comporterebbe automaticamente l'esenzione da sanzioni.

1.2.4 Modernizzazione del controllo delle concentrazioni

Obiettivi

A prescindere dalla recente decisione di vietare la concentrazione tra Orange e Sunrise, l'attuale controllo delle concentrazioni non tiene sufficientemente conto degli effetti inibitori che le concentrazioni di imprese possono esercitare sulla concorrenza. Le autorità in materia di concorrenza hanno spesso le mani legate per quanto riguarda le concentrazioni suscettibili di provocare danni economici. In Svizzera è più difficile vietare una concentrazione di imprese che non in altri Paesi europei e Stati industriali moderni. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale nei casi BZ/20 Minuten e Swissgrid – in cui la Comco ha perso davanti alle istanze di ricorso – una concentrazione di imprese non può attualmente essere vietata neppure se crea o rafforza una posizione dominante sul mercato. Un divieto può essere decretato solamente se tale posizione può essere sfruttata per sopprimere la concorrenza efficace.

Un controllo delle concentrazioni tanto permissivo non adempie sufficientemente agli scopi della LCart ed è stato criticato, in casi concreti, anche dai consumatori e da varie PMI. Infatti, nei mercati concentrati le fusioni di imprese possono creare un potere di mercato tanto grande da risultare nocive non soltanto per la controparte di mercato (vale a dire per i consumatori, per le piccole imprese a valle, per i fornitori senza potere di mercato e alternative di smercio), ma anche per la prosperità nel complesso.

Nel contempo, l'odierno controllo delle concentrazioni mobilita una quantità sproporzionata di risorse. Oggi, le fusioni a livello transfrontaliero vengono spesso notificate ed esaminate parallelamente in vari Stati, tra cui la Svizzera. Ciò comporta oneri supplementari sia per le imprese che per l'Autorità della concorrenza, il più delle volte senza che si produca in Svizzera, a causa della procedura, un valore aggiunto per la concorrenza sul mercato interno.

L'obiettivo della revisione è, in primo luogo, quello di poter rilevare meglio gli effetti inibitori che le concentrazioni di imprese possono esplicare sulla concorrenza e, secondariamente, quello di diminuire gli oneri amministrativi in caso di concentrazioni con definizione internazionale del mercato.

Non viene rilevata nell'ambito della LCart la cosiddetta problematica del «too big to fail», che può manifestarsi in seguito alla concentrazione di imprese molto grandi. Nel 1995, la competenza dell'autorità in materia di concorrenza è stata limitata consapevolmente a una semplice valutazione di processi economici sotto il profilo

della legge sui cartelli e non sarà estesa neppure in futuro ad altre questioni di carattere regolativo. Infatti, proprio per le imprese, per le quali si pone la problematica del «too big to fail», i settori di attività che presuppongono una definizione internazionale del mercato rivestono un'enorme importanza, per cui la valutazione sotto il profilo della legge sui cartelli e l'interesse regolativo procedono spesso su binari divergenti.

Soluzioni e varianti

Il Consiglio federale intende **in primo luogo affrontare il problema delle sovrapposizioni di compiti o di competenze che si verificano in caso di fusioni internazionali**. Si prevede che le fusioni concernenti almeno il mercato svizzero e quello del SEE oppure mercati piuttosto ampi siano trattate in Svizzera in modo notevolmente semplificato, dato che in ogni modo sono già al vaglio delle istanze dell'UE. In tal modo l'Autorità della concorrenza e le imprese risparmiano risorse finanziarie e personali che possono destinare a scopi più utili. In seguito alla revisione della legge è stata adeguata anche l'ordinanza concernente il controllo delle concentrazioni di imprese.

A titolo di complemento, il Consiglio federale ha esaminato anche l'eventualità di una riduzione generale dei livelli di notifica per le concentrazioni di imprese, dato che in Svizzera i valori soglia sono più elevati che altrove. In un piccolo Paese come il nostro sussiste il pericolo che, a causa dei valori soglia elevati, determinate concentrazioni di imprese potenzialmente nocive in termini economici non siano soggette al controllo dell'Autorità della concorrenza (soprattutto se le concentrazioni concernono il mercato interno). Il Consiglio federale non intende presentare una proposta di riduzione, dato che valori soglia più bassi comporterebbero un maggior numero di notifiche all'attenzione dell'Autorità della concorrenza e, di conseguenza, un dispendio di risorse più elevato. Va pure notato che il Parlamento sarebbe in grado già oggi di abbassare rapidamente i valori soglia mediante un'ordinanza qualora fosse individuata la necessità di agire in tal senso.

In secondo luogo, il Consiglio federale **presenta due varianti di adeguamento dei criteri di valutazione**. Entrambe consentono, in futuro, di contrastare meglio le concentrazioni di imprese suscettibili di produrre effetti dannosi per l'economia. Dev'essere riveduta la concezione attuale secondo cui le concentrazioni problematiche che portano a una posizione dominante sul mercato possono essere tollerate poiché l'impresa fusa è poi soggetta al controllo degli abusi di potere di mercato previsto dalla legge sui cartelli (art. 7 LCart). Infatti, se a un'impresa sono applicabili le disposizioni relative all'abuso del potere di mercato, ne consegue una regolamentazione costante del suo comportamento, discutibile dal punto di vista dell'ordinamento politico. Le due varianti in questione sono strutturate nel modo seguente:

- Variante 1: vengono ripresi i criteri di valutazione applicati nell'UE e nella maggior parte delle nazioni industriali moderne (il cosiddetto test SIEC). In tal modo, le concentrazioni che comportano un notevole pregiudizio alla concorrenza possono già essere vietate. Le imprese, dal canto loro, possono far valere ragioni di efficienza a giustificazione del progetto di concentrazione. Questa variante ha il vantaggio di rilevare pienamente le

ripercussioni negative che le concentrazioni possono avere sull'economia e sui consumatori. Inoltre, il controllo delle concentrazioni viene armonizzato con l'UE. A causa del test, tuttavia, aumenta il fabbisogno di risorse da parte dell'Autorità della concorrenza e delle imprese e si potrebbero eventualmente verificare maggiori intromissioni nei diritti di proprietà.

- Nella variante 2, il criterio rilevante per la valutazione di una concentrazione rimane unicamente quello del controllo del mercato e non anche la conseguente soppressione della concorrenza. I metodi per la determinazione del controllo sul mercato sono comprovati. Perciò, questa variante è semplice e non necessita di maggiori risorse rispetto ad oggi. Tuttavia, essa non consente di far fronte a tutti gli effetti dannosi per la concorrenza che le concentrazioni possono avere e non prevede un'armonizzazione con l'UE. Considerato il maggior fabbisogno di risorse che la variante 1 comporta, il Consiglio federale propende per la variante 2.

In terzo luogo, i termini e le procedure vengono armonizzati con l'UE, qualora ciò sia nell'interesse delle imprese. L'UE ha riveduto i termini procedurali nel 2004. Ciò ha comportato termini differenti per le imprese attive a livello internazionale e, di conseguenza, maggiori costi di armonizzazione e di concentrazione. La proposta del Consiglio federale mira a eliminare queste discordanze. In seguito alla revisione della legge è stata adeguata in tal senso anche l'ordinanza concernente il controllo delle concentrazioni di imprese.

In quarto luogo, viene imposto al Tribunale federale della concorrenza un termine ordinatorio di tre mesi entro il quale deve decidere in merito a eventuali ricorsi riguardanti il controllo delle concentrazioni. In tal modo si tiene conto del fatto che le concentrazioni di imprese devono il più delle volte avvenire in tempi brevi. Inoltre, verrà spesso effettuato un esame delle condizioni e degli oneri, il che porterà alla formazione di una prassi giuridica consolidata in questo campo.

Complessivamente, con le proposte relative al controllo delle concentrazioni, gli obiettivi della LCart possono essere centrati meglio rispetto ad oggi. La semplificazione in caso di fusioni internazionali e il coordinamento con l'UE delle procedure e dei termini consentono alle imprese e all'Autorità della concorrenza di risparmiare risorse e rispondono alle esigenze delle grandi imprese internazionali. Nel contempo, la riforma del criterio di valutazione è necessaria per eliminare noti difetti dell'attuale controllo delle concentrazioni al fine di poter effettivamente evitare, in futuro, concentrazioni dannose. Ciò giova in particolare alle unità economiche della controparte, sprovviste di potere di mercato, ma anche ai concorrenti diretti. Tuttavia, non è prevista la promozione di determinate categorie aziendali. Il criterio determinante rimane quello del carattere economicamente nocivo che una concentrazione può comportare.

1.2.5 Miglioramento delle possibilità di cooperazione internazionale

Obiettivi

Per le economie di piccola taglia come quella svizzera, la presenza di frontiere aperte è una delle premesse più importanti per il funzionamento della concorrenza. Ecco perché la lotta efficiente alle limitazioni transfrontaliere della concorrenza è particolarmente importante. Le autorità svizzere in materia di concorrenza sono tuttavia svantaggiate. Infatti, mancano quasi del tutto le condizioni per un coordinamento transfrontaliero delle inchieste con altre autorità della concorrenza: l'ordinamento giuridico svizzero non contempla né una norma giuridica nazionale né un accordo di cooperazione internazionale completo che disciplini lo scambio di informazioni formale tra le autorità in questione. Sul piano bilaterale, unicamente l'Accordo sul trasporto aereo tra la Svizzera e l'UE, in vigore dal 1° giugno 2002, contiene disposizioni in materia di concorrenza, riprese dal diritto in materia di concorrenza della CE. Inoltre, alcuni accordi di libero scambio contengono disposizioni sulla cooperazione per questioni riguardanti la concorrenza. Tuttavia, nessun accordo attualmente in vigore prevede lo scambio di informazioni confidenziali, a prescindere dal suddetto Accordo sul trasporto aereo con il suo campo d'applicazione molto particolare.

Vi è necessità di agire, in particolare, per il seguente motivo: se le autorità della concorrenza estere effettuano una perquisizione domiciliare contro un cartello internazionale attivo anche in Svizzera, le imprese interessate nel nostro Paese vengono solitamente a conoscenza di tali operazioni prima dell'autorità svizzera in materia di concorrenza. Tali imprese sono dunque avvisate e possono prevenire il reperimento di informazioni rilevanti da parte dell'Autorità della concorrenza, rendendo impossibile l'identificazione del cartello in Svizzera.

L'obiettivo della revisione è quello di adeguare alla realtà aziendale odierna la situazione giuridica vigente per quel che concerne la collaborazione transfrontaliera e lo scambio di dati con le autorità estere in materia di concorrenza. In tal modo si intende perfezionare la lotta ai cartelli internazionali con effetti sulla Svizzera e garantire che il nostro Paese non diventi un terreno troppo fertile per tali accordi.

Soluzione

L'autorità competente in materia di concorrenza dev'essere dotata degli strumenti necessari per poter tenere il passo, nell'adempimento dei suoi compiti, con il crescente intreccio internazionale delle relazioni economiche. **Nell'esercizio delle sua attività d'indagine, deve poter collaborare con le autorità estere e scambiare con queste ultime informazioni confidenziali.**

Nel contempo, occorre **valorizzare la protezione giuridica** e prevenire un eventuale aumento sproporzionato delle richieste d'informazioni da parte delle autorità estere. Ecco perché la possibilità di trasmettere dati ad autorità estere viene vincolata a chiare condizioni:

- le informazioni devono poter essere scambiate solamente se le pratiche sotto esame nello Stato destinatario sono illecite anche secondo il diritto svizzero;
- l'autorità svizzera in materia di concorrenza deve poter trasmettere informazioni soltanto se l'autorità estera garantisce la reciprocità in tal senso;

- Le informazioni possono essere usate dalle autorità estere della concorrenza soltanto quali mezzi di prova in relazione all'oggetto dell'inchiesta per cui sono inizialmente state richieste (principio di specialità).
- Le informazioni possono essere trasmesse unicamente se le autorità estere assicurano di tutelare i diritti procedurali e di parte in una maniera analoga a quella svizzera.
- La trasmissione è consentita unicamente se le autorità estere sono vincolate al segreto d'ufficio o sottostanno a un obbligo di segretezza corrispondente.
- Inoltre, l'Autorità della concorrenza decide, d'intesa con l'Ufficio federale di giustizia, se l'assistenza giudiziaria in materia penale sia esclusa o meno a causa del tipo di reato. Le violazioni di disposizioni della legislazione sui cartelli non valgono esplicitamente come reati in materia di politica monetaria, commerciale o economica ai sensi dell'articolo 3 capoverso 3 della legge del 20 marzo 1981 sull'assistenza in materia penale;
- Infine, le informazioni confidenziali scambiate non possono essere utilizzate in procedure civili estere.

In via di principio, va detto che si tratta di una disposizione a carattere facoltativo: l'Autorità della concorrenza non è tenuta a trasmettere informazioni ad autorità estere.

Le informazioni che vengono fornite facoltativamente dalle imprese all'Autorità della concorrenza in base al regime del bonus («programma di clemenza») o nel corso di una procedura di controllo delle concentrazioni possono essere scambiate a livello internazionale soltanto previa approvazione delle imprese in questione. In tal modo si evita che in questi ambiti diminuisca la loro predisposizione a collaborare con le autorità della concorrenza.

Alternative

In via di principio, il potenziamento delle possibilità di coordinamento e di scambio di informazioni con le autorità estere della concorrenza può essere raggiunto anche mediante la stipula di accordi bilaterali con altri Stati. Questa via, però, richiede molto più tempo e non rappresenta un'alternativa a tutti gli effetti. La base legale qui esposta crea un fondamento che può essere applicato a tutti gli Stati esteri che soddisfano le suddette condizioni. Anche in futuro si deve poter valutare singolarmente, nell'ambito di accordi bilaterali, se è necessario e ragionevole intensificare le possibilità di cooperazione.

1.2.6 Potenziamento dei cartelli in materia civile

Obiettivi

In sede di applicazione pratica della LCart è oggi in primo piano la procedura delle autorità. Per contro, l'invocazione della legge da parte dei privati dinanzi ai tribunali civili riveste un'importanza subordinata. Le ragioni sono molteplici: il diritto vigente – secondo la sua interpretazione predominante – nega ai richiedenti (in particolare ai

consumatori) il diritto di azione. Come in altri ambiti del diritto civile, il termine di prescrizione per rivendicazioni in materia di diritto dei cartelli è troppo breve. Inoltre, la procedura amministrativa si trova, almeno in parte, a concorrere con quella civile: anche se le vittime di una limitazione illecita della concorrenza non possono ottenere il risarcimento del danno subito al termine della procedura amministrativa, il ricorso alla Comco consente di evitare i costi e i rischi di un processo civile.

Gli incentivi per un'azione civile possono essere incrementati notevolmente mediante modifiche conformi al sistema. Non si tratta, tuttavia, di rafforzare il diritto civile in materia di cartelli a scapito di quello amministrativo, ma piuttosto di conseguire, nel complesso, una migliore applicazione della LCart. Le esperienze maturate in altri Paesi europei dimostrano che la soppressione di ostacoli ostili al sistema e l'adeguamento del quadro giuridico possono aumentare l'attrattiva della via civile, senza per questo generare una quantità eccessiva di azioni. L'obiettivo della riforma è di consentire a coloro che sono colpiti dalle limitazioni della concorrenza di essere risarciti (tramite azioni di risarcimento danni), ovvero in senso lato (p. es. azione di cessazione), di prendere l'iniziativa e, in tal modo, di non dipendere più dall'ordine delle priorità dell'Autorità della concorrenza.

Se, nel caso di una revisione della legge, il diritto civile in materia di cartelli dovesse risultare rafforzato, si può prevedere che il Consiglio federale inserisca nell'ordinanza sulle sanzioni una regolamentazione per il coordinamento tra le sanzioni ai sensi dell'articolo 49a LCart e le azioni civili, al fine di escludere l'eventualità di un doppio sanzionamento delle imprese. In via di principio, sussiste già oggi la possibilità di revisione della sanzione.

Soluzione

Il Consiglio federale propone in primo luogo di estendere il diritto d'azione, che oggi è prerogativa dei concorrenti, a tutte le parti colpite dal cartello. In tal modo sarà consentito in particolare **ai consumatori e ai committenti pubblici di rivendicare i propri diritti tramite un'azione civile.**

In secondo luogo, il termine di prescrizione nel diritto civile in materia di cartelli resterà sospeso dall'avvio di un'inchiesta fino al passaggio in giudicato della decisione. In tal modo si evita che l'azione civile non possa essere proposta in modo efficace a causa delle lunghe procedure in materia di diritto amministrativo (ciò concerne soprattutto le azioni di risarcimento danni, che si fondano sugli esiti della procedura amministrativa).

Alternative

Le proposte di revisione presentate corrispondono a un estratto da una perizia del prof. Andreas Heinemann, che propone adeguamenti maggiori e più dettagliati del diritto civile in materia di cartelli. L'intera perizia è disponibile all'indirizzo <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02367/index.html>

1.2.7 Diritto procedurale

Nella sua decisione del 24 febbraio 2010 relativa al caso «Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion», il Tribunale amministrativo federale ha costatato che le sanzioni contro le imprese previste dall'attuale LCart hanno carattere penale ai sensi dell'articolo 6 capoverso 1 CEDU. Tuttavia, il Tribunale amministrativo federale ha anche confermato che in presenza di pratiche suscettibili di sanzioni è possibile, in linea di massima, una procedura ai sensi della PA integrata con elementi tratti da altri diritti procedurali.

L'avamprogetto in consultazione mira a consentire – per tutte le pratiche suscettibili di sanzioni – una procedura chiara, compatibile con la CEDU, efficace e possibilmente rapida. Dev'essere prevista anche una cooperazione sostenibile delle imprese al chiarimento della fattispecie. In questa sede si rinuncia perciò – almeno per il momento – a una revisione dell'articolo 40 LCart. Il percorso finalizzato a chiarire, in caso di controversie, cosa implichi una cooperazione sostenibile delle imprese, è stato mostrato dal Tribunale amministrativo federale nella sua decisione relativa al caso «Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion». Se l'impresa non vuole fornire una determinata informazione e l'Autorità della concorrenza insiste nel richiederla, l'impresa può interporre ricorso presso il Tribunale federale della concorrenza contro la decisione dell'Autorità della concorrenza che prevede una multa in caso di inadempimento. Perciò, mediante lo sviluppo di una prassi giudiziaria, dev'essere chiarita la portata dell'obbligo di fornire informazioni.

Alle disposizioni del diritto penale amministrativo (DPA) si continua a rimandare soltanto puntualmente, come in particolare all'articolo 42 capoverso 2 per determinati provvedimenti coercitivi. Si rinuncia anche a una conversione generica al modello del diritto penale d'impresa del Codice penale, generalmente ancora poco collaudato, per lo meno finché rimangono suscettibili di sanzioni soltanto le imprese.

Per le autorità nonché per le imprese e i loro rappresentanti legali, l'applicazione generale della PA comporta vantaggi a livello di economia dei processi, dato che per le procedure di concentrazione entra in linea di conto unicamente la PA. I rimanenti dubbi relativi all'applicazione della PA possono essere mitigati attraverso la suddivisione perfezionata – prevista nella parte istituzionale – tra inchiesta e accusa da un lato e decisione giudiziaria e sanzionamento dall'altro.

2 Commento ai singoli articoli

2.1 Ingresso

Nell'ingresso dell'attuale LCart si rimanda all'articolo 27 capoverso 1 Cost. (Libertà economica), all'articolo 96 Cost. (Politica di concorrenza), all'articolo 122 Cost. (Diritto civile) e all'articolo 97 capoverso 2 Cost. (Protezione dei consumatori). Quest'ultimo sancisce che la Confederazione emana prescrizioni sui mezzi giuridici di cui le organizzazioni dei consumatori possono avvalersi. Ciò può sembrare fuorviante alla luce del fatto che l'attuale LCart non conferisce ai consumatori alcuna possibilità di proporre azione.

Con le modifiche dell'articolo 12 della nuova LCart, proposte nel presente avamprogetto, tale possibilità viene estesa. Dato che si intende conferire la possibilità di proporre azione anche ai singoli consumatori, si rimanda ora all'intero articolo 97 Cost. Con questi adeguamenti non si intende rendere la LCart una vera e propria legge a tutela dei consumatori (cfr. le spiegazioni relative all'articolo 12). La LCart serve innanzitutto a incrementare l'efficienza economica; essa contribuisce, in particolare, ad aumentare il benessere dei consumatori in modo dinamico, vale a dire nel corso del tempo.

2.2 Modifiche redazionali

A seguito della più netta divisione e ripartizione dei compiti tra inchiesta e decisione nel diritto dei cartelli, tesa a rendere l'attuale Segreteria della Comco una vera e propria Autorità della concorrenza e a trasformare l'organo decisionale in un Tribunale federale della concorrenza, è necessaria una serie di modifiche redazionali nella LCart. Si è anche optato (in tedesco) per una formulazione di genere neutra.

Tali modifiche, che interessano gli articoli 3, 6, 9, 10, 15, 25, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 40, 42, 42a, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 57 e 58, non vengono commentate qui di seguito.

Nel testo italiano sono state apportate in certi casi lievi modifiche lessicali o grammaticali, principalmente per porre rimedio ad alcune incongruenze o imprecisioni esistenti sia all'interno del testo italiano ("annuncio" agli art. 9, 10 e 49a e "comunicazione" agli articoli 32, 35, 51 e 55, uniformati ora dal termine "notifica") sia rispetto al testo tedesco (sostituzione di "Preavvisi" con "Pareri" all'art. 46 e di "Pareri" con "Perizie" all'art. 47.) Sono stati adeguati in tal senso anche l'articolo 4 capoverso 1 ("imprese di livello economico identico o diverso" sostituito da "imprese collocate a livelli del mercato identici o diversi"), l'articolo 7 capoverso 1 ("partner commerciali" sostituito da "controparte di mercato"), l'articolo 35 ("obbligo di autorizzazione" sostituito da "obbligo di notifica"), l'articolo 40 ("intese" sostituito da "accordi", termine sempre usato nel resto del testo) e l'articolo 62 capoverso 2 ("esami preliminari" sostituito da "inchieste preliminari", in analogia con gli attuali art. 26 e 58).

A causa del carattere complessivo della presente revisione si dovranno introdurre, in sede di elaborazione del messaggio concernente la revisione della legge sui cartelli, una nuova numerazione e una ristrutturazione, finalizzate a rendere la legge più chiara e comprensibile.

2.3 Disposizioni di diritto materiale (capitolo 2)

2.3.1 Limitazioni illecite della concorrenza (sezione 1)

Il nuovo disciplinamento relativo al trattamento degli accordi verticali mira a conseguire in modo ottimale lo scopo economico della LCart nell'ambito di tali accordi, vale a dire che, laddove gli aspetti di efficienza e quelli di concorrenza si trovino eccezionalmente in conflitto tra di loro, essi siano riconciliati meglio in sede

di apprezzamento giuridico. Le incertezze giuridiche devono essere eliminate. A tale scopo vengono illustrate qui di seguito due varianti:

Variante 1 relativa al trattamento differenziato degli accordi verticali

Articolo 5 Accordi illeciti in materia di concorrenza

Nell'attuale LCart è espressa la presunzione che determinati accordi orizzontali (art. 5 cpv. 3) e verticali (art. 5 cpv. 4) sopprimano la concorrenza efficace. Ciò ha due conseguenze: in primo luogo, tale elenco può essere considerato una definizione dei tipi di accordi particolarmente dannosi; di conseguenza, soltanto questi accordi possono essere sanzionati. In secondo luogo, la presunzione dovrebbe conferire alla Comco la possibilità di vietare questi accordi particolarmente dannosi in modo più semplice e con minor onere di motivazione.

Nella variante 1 viene eliminato l'articolo 5 capoverso 4 LCart in cui si presume la soppressione di una concorrenza efficace in caso di accordi mediante i quali imprese collocate a livelli diversi del mercato convergono prezzi minimi o fissi, nonché in caso di accordi relativi all'assegnazione di zone nell'ambito di contratti di distribuzione, nella misura in cui siano escluse vendite da parte di distributori esterni. La prassi delle autorità in materia di concorrenza ha evidenziato che la relativa presunzione legale viene di regola confutata dato che i sistemi di distribuzione verticali sono spesso in concorrenza con altri sistemi di distribuzione (concorrenza interbrand), che possono persino essere completamente integrati verticalmente. L'attuale presunzione legale della soppressione della concorrenza non rispecchia la realtà e oltrepassa l'obiettivo prefissato. In sede di valutazione di accordi verticali è più opportuno, per contro, concentrarsi sull'effetto concreto caso per caso. Le sanzioni dovrebbero essere inflitte solamente nel caso in cui vi sia stata un'effettiva limitazione illecita – vale a dire notevole e ingiustificata – della concorrenza efficace.

L'eliminazione dell'articolo 5 capoverso 4 nella variante 1 non va intesa come un annacquamento eccessivo della LCart. Infatti, le pratiche suscettibili di sanzioni vengono ora riprese nell'articolo 49a capoverso 1 della nuova LCart. In tal modo si garantisce un'analisi specifica caso per caso che consente di impedire isolamenti di mercato e di valutare singolarmente gli argomenti addotti a sostegno di una maggiore efficienza.

A titolo complementare rimandiamo alle spiegazioni relative all'articolo 49a capoverso 4, il quale migliora la procedura di opposizione in modo da consentire di risolvere al meglio il problema di eventuali incertezze giuridiche.

Articolo 49a Sanzione in caso di limitazioni illecite della concorrenza

Capoverso 1: nell'articolo 49a capoverso 1 della nuova LCart viene confermata la prassi attuale in base alla quale gli accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi o sulla ripartizione per zone (lettera a) nonché gli accordi verticali sui prezzi e sulle zone (lettera b) vengono sempre sanzionati se illeciti, vale a dire se sopprimono la concorrenza o la pregiudicano notevolmente e se non possono essere giustificati da ragioni di efficienza economica. In passato, non da ultimo a causa del fatto che il TF ha posto molto in alto l'asticella per la presunzione di soppressione della concorrenza efficace, la Comco non è quasi mai giunta alla conclusione che la

concorrenza fosse (completamente) soppressa. Sono state accertate «unicamente» notevoli limitazioni della concorrenza. Se la sanzionabilità venisse meno in caso di confutazione della presunzione, sarebbe raramente possibile, nella pratica, infliggere sanzioni, il che non corrisponderebbe alla volontà del legislatore.

Variante 2 relativa al trattamento differenziato degli accordi verticali

Articolo 6 Tipi di accordi giustificati e privi di effetti notevoli

Nell'economia è indiscusso che, a determinate condizioni, gli accordi verticali non compromettono la concorrenza e l'efficienza, ma le possono addirittura promuovere. Ciò accade, in particolare, se le imprese parti all'accordo dispongono di una quota di mercato esigua.

Per creare una base legale più chiara in materia di suddivisione precisa tra accordi dagli effetti marginali da un lato e dagli effetti notevoli dall'altro, la variante 2 prevede l'inserimento, all'articolo 6 capoverso 1 lettera f, di una disposizione relativa al trattamento degli accordi verticali che consente di definire più precisamente in un'ordinanza o in una comunicazione la portata degli accordi tra imprese collocate a livelli diversi del mercato. Lo scopo principale dell'ordinanza o della comunicazione sarebbe quello di fissare, quale regolamentazione «de minimis», quote di mercato e/o limiti di fatturato al di sotto dei quali gli accordi verticali tra imprese a livelli diversi del mercato sono da considerarsi insignificanti per la concorrenza.

Una tale soluzione si discosterebbe dal diritto comunitario attualmente in vigore, dato che nell'UE sono suscettibili di sanzioni per lo meno le «clausole nere», a prescindere dalle quote di mercato.

Articolo 49a Sanzione in caso di limitazioni illecite della concorrenza

Inoltre, tale variante prevede un'aggiunta all'articolo 49a capoverso 3 lettera d LCart. Essa ha per effetto che gli accordi verticali praticati in modo indisturbato nello spazio economico europeo non possono essere sanzionati direttamente se attuati anche in Svizzera. A tal fine, l'impresa interessata deve dimostrare di praticare lo stesso tipo di accordo ammesso nel SEE e che in merito a tale accordo non sia in corso alcuna procedura. Oltre a ciò, l'impresa deve anche comprovare di aver accertato con la dovuta diligenza che l'accordo è ammesso nel SEE. Non si intende, tuttavia, che l'accordo in questione sia ammesso in un unico Stato membro ed eventualmente in base al diritto nazionale, ma che sia compatibile con il diritto europeo. In tal modo, le imprese attive a livello internazionale ottengono la garanzia di poter impiegare i loro sistemi di distribuzione anche in Svizzera senza incappare nel rischio di essere sanzionate per infrazioni alla legge sui cartelli.

La disposizione proposta non significa tuttavia che ogni forma di distribuzione praticata nell'UE sia automaticamente ammessa a tempo indeterminato anche in Svizzera. Se l'Autorità della concorrenza giunge alla conclusione che la pratica è incompatibile con la base legale e le condizioni di mercato svizzere, essa deve proporre al Tribunale federale della concorrenza di vietare l'accordo. Se

l'ammissibilità nel SEE è sufficientemente comprovata, viene meno unicamente la sanzione.

2.3.2 Concentrazioni di imprese (sezione 2)

Articolo 9 Notifica di concentrazioni di imprese

Una parte delle concentrazioni di imprese notificate all'Autorità della concorrenza concerne le concentrazioni di imprese internazionali. Il carattere transfrontaliero di tali concentrazioni implica che esse debbano essere valutate dalle autorità in materia di concorrenza di vari Stati. Ciò comporta oneri supplementari per le imprese e le autorità interessate. Con l'adeguamento proposto dell'articolo 9 capoverso 1^{bis} LCart si intende ridurre tale sovraccarico di lavoro:

L'obbligo di notifica per concentrazioni di imprese i cui prodotti e servizi sono offerti su mercati che, sotto il profilo del diritto dei cartelli, includono almeno la Svizzera e il SEE, sarà notevolmente semplificato in futuro. Infatti, se in questi mercati le istanze dell'UE avessero vietato o vincolato a oneri e condizioni una tale concentrazione, la decisione si applica – a prescindere dal Paese – all'intero SEE e, quindi, anche alla Svizzera. È sufficiente che l'Autorità della concorrenza sia a conoscenza delle procedure di concentrazione in corso. L'esperienza insegna che in questi casi una valutazione da parte della Svizzera non è necessaria. Nel caso in cui le imprese abbiano erroneamente ritenuto, al momento della notifica, che le condizioni di cui all'articolo 9 capoverso 1^{bis} LCart fossero soddisfatte, ma durante la valutazione da parte della Commissione europea si dimostri il contrario (p. es. se alcuni mercati si rivelano essere nazionali), le imprese devono notificare la concentrazione a posteriori anche in Svizzera.

La modifica dell'articolo 9 capoverso 5 è di carattere redazionale: dalla nuova concezione delle forme degli atti normativi nell'ambito dell'aggiornamento della Costituzione federale, non esiste più il decreto federale di obbligatorietà generale, soggetto a referendum. La sua funzione è oggi assolta da ordinanze emanate dall'Assemblea federale.

Articolo 10 Valutazione delle concentrazioni

In particolare nei mercati concentrati in cui singole imprese detengono ampie quote di mercato, le concentrazioni di imprese possono esplicare effetti nocivi sull'economia. Se la concentrazione di mercato oltrepassa un determinato limite o se il progetto di concentrazione conduce a una posizione dominante sul mercato, possono manifestarsi, secondo la dottrina e la ricerca economiche, due categorie di effetti nocivi:

- Effetti non coordinati (unilaterali): se la pressione concorrenziale si riduce a seguito della concentrazione o se quest'ultima conduce a una posizione dominante sul mercato, le imprese coinvolte possono essere incentivate a modificare le condizioni di mercato a scapito dei loro clienti, ad esempio aumentando i prezzi.
- Effetti coordinati: se rimangono attive sul mercato soltanto poche imprese, una concentrazione può anche contribuire al fatto che i rimanenti attori

coordinino il loro operato, in modo esplicito o tacito, a scapito dei loro clienti.

Il controllo delle concentrazioni vigente non tiene sufficientemente conto degli effetti inibitori che le concentrazioni di imprese possono esercitare sulla concorrenza. Il Consiglio federale presenta perciò due varianti volte a migliorare la situazione:

Variante 1 relativa al controllo delle concentrazioni:

Questa variante consente, in virtù dell'articolo 10 capoverso 2 lettera a, un esame complessivo degli effetti negativi e positivi di una concentrazione sul modello del test SIEC (*Significant Impediment to Effective Competition*), applicato dalle autorità dell'UE. Essa prevede la possibilità di vietare determinate concentrazioni o di vincolarle a oneri e condizioni. Un divieto sarebbe possibile, nel caso concreto, anche se non si crea o si rafforza una posizione dominante sul mercato. In tal modo possono anche essere rilevati i vantaggi che una concentrazione comporta in termini di efficienza (articolo 10 capoverso 2 lettera b). Nella misura in cui, per gli acquirenti, tali vantaggi compensano gli effetti negativi della concentrazione, le autorità in materia di concorrenza devono approvare la concentrazione.

Questa variante prevede un significativo accostamento del controllo delle concentrazioni svizzero a quello dell'UE e della maggioranza degli Stati membri. Con tutta probabilità sarebbe nettamente più dispendioso in termini di risorse rispetto a quello attuale.

Variante 2 relativa al controllo delle concentrazioni:

Questa variante prevede unicamente un lieve adeguamento del controllo delle concentrazioni svizzero, che consentirebbe alle autorità in materia di concorrenza di vietare una concentrazione o di vincolarla a oneri e condizioni qualora essa crei o rafforzi una posizione dominante sul mercato (art. 10 cpv. 2 lett. a). Viene meno il criterio problematico e controverso costituito dalla possibilità di soppressione della concorrenza efficace. Questa variante comporta minori oneri amministrativi rispetto alla variante 1, ma ammette concentrazioni di imprese che pregiudicano notevolmente la concorrenza senza per questo creare o rafforzare una posizione dominante sul mercato. Questa variante consentirebbe di rilevare gli effetti non coordinati (unilaterali), ma non quelli coordinati. Anche i guadagni in termini di efficienza risultanti dalle concentrazioni non possono essere considerati dall'Autorità della concorrenza. Infine, non avviene alcun'armonizzazione con l'UE.

2.4 Procedura di diritto civile (capitolo 3)

Articolo 12 Azioni per limitazioni illecite della concorrenza

Secondo l'opinione prevalente, ai consumatori era sinora preclusa, a causa della formulazione vigente, ogni possibilità di rivendicare i propri diritti civili nel caso di una limitazione illecita della concorrenza. Ciò ha portato ad un'insostenibile lacuna in termini di responsabilità, in quanto il trasgressore non è responsabile nei confronti di nessuno: il più delle volte può rispondere alle richieste di risarcimento avanzate dalle imprese adducendo che queste ultime non avrebbero subito un danno ai sensi

della legge, avendo addossato al livello di mercato inferiore (ossia ai consumatori) il prezzo pagato in eccesso. I consumatori, lesi in ultima istanza da tale trasferimento del sovrapprezzo, non possono rivendicare i loro diritti a causa della suddetta mancanza di una legittimazione attiva sancita dalla legge. Il fatto di estendere in modo appropriato la legittimazione attiva a tutti coloro che sono minacciati o lesi nei loro interessi economici da una limitazione illecita della concorrenza conferirà il diritto di azione anche ai consumatori danneggiati finanziariamente, colmando la suddetta lacuna in materia di responsabilità.

Se le organizzazioni dei consumatori intendono proporre azione dovranno dapprima farsi cedere i diritti dai consumatori.

Dato che ora non si riprende più il termine di «ostacolo alla concorrenza», è necessaria una modifica redazionale dell'articolo 12 nonché una riformulazione delle disposizioni dell'articolo 12 capoverso 1 lettera a. Per lo stesso motivo viene soppressa l'attuale disposizione del capoverso 2 secondo cui vengono considerati ostacoli alla concorrenza in particolare «il rifiuto di relazioni commerciali e le misure discriminanti».

Nell'ambito della riformulazione dell'articolo 12 viene inserito, al capoverso 1 lettera b, il diritto alla constatazione dell'illiceità di una limitazione della concorrenza, sul modello dell'articolo 9 capoverso 1 lettera c LCSI e dell'articolo 28a capoverso 1 numero 3 CC e con riferimento alla LCart del 1985.

Per contro, viene soppresso senza sostituzione l'attuale capoverso 3, secondo cui «le azioni di cui al capoverso 1 competono anche alla persona che per causa di una limitazione lecita della concorrenza subisce un impedimento più grave di quello che esige l'attuazione della limitazione medesima». Nell'ottica odierna, questa disposizione – che risale ancora alla LCart del 1985 – è addirittura contraria al sistema, in quanto legittima una responsabilità civile per una pratica lecita in termini di diritto dei cartelli. Gli impedimenti più gravi di quello che esige l'attuazione della limitazione medesima sono violazioni della legge sui cartelli e, in quanto tali, dovrebbero sottostare alle disposizioni generali previste dal diritto dei cartelli. Non è necessaria alcuna regolamentazione speciale nel diritto civile.

Anche dopo l'introduzione della legittimazione attiva per clienti finali, il rischio di dover sopportare i costi di un processo rappresenta un ostacolo considerevole per i potenziali ricorrenti. Secondo i principi generali della procedura civile, la parte soccombente deve sostenere i costi della controversia legale, vale a dire i costi della procedura – che dipendono dal valore litigioso – nonché i costi della controparte. In via di principio, la regola generale dei costi può andare sia a vantaggio che a svantaggio di entrambe le parti. In realtà, tuttavia, il rischio maggiore lo deve sopportare chi fa valere una violazione della legge sui cartelli, in quanto deve far fronte alle difficoltà di prova analizzate nella perizia Heinemann. Il rischio dei costi può dissuadere da azioni legali anche in casi motivati. Quale alternativa sarebbe ipotizzabile che in determinati casi una parte non debba assumersi (completamente) i costi della controparte. Il giudice potrebbe ripartire i costi a sua discrezione (nella misura in cui non debbano essere sopportati dalla parte convenuta) tra la parte attrice e gli autori (effettivi o presunti) di una limitazione della concorrenza nel caso in cui la parte attrice abbia avuto – alla luce dei dati di fatto e della situazione giuridica –

validi motivi per proporre azione. Una modifica della ripartizione dei costi in tal senso non sarebbe estranea al sistema, bensì già nota in un altro contesto (art. 706a cpv. 3 CO e art. 756 cpv. 2 CO).

Articolo 12a Prescrizione

La nuova disposizione dell'articolo 12a disciplina l'aspetto della prescrizione per i diritti di cui all'articolo 12 capoverso 1. La prescrizione, ora, non decorre nel periodo compreso tra l'avvio di un'inchiesta da parte dell'Autorità della concorrenza e il passaggio in giudicato della decisione da parte delle istanze giudiziarie. In tal modo si intende mitigare il problema del termine di prescrizione che, secondo l'opinione prevalente, è di un anno ai sensi dell'articolo 60 CO, il quale obbliga le parti lese da un'infrazione alla legge sui cartelli a proporre tempestivamente azione, con prospettive di successo eventualmente compromesse. La nuova possibilità di poter attendere innanzitutto l'esito della procedura condotta dalle autorità in materia di concorrenza consente alle parti lese, nei singoli casi, di rivendicare i loro diritti civili e rafforza il diritto civile in materia di cartelli nel suo complesso.

Il suddetto problema della prescrizione durante una procedura non è specifico del diritto dei cartelli e si manifesta anche in altre procedure di diritto civile. Un'eventuale revisione generale del diritto di prescrizione renderebbe superflua una regolamentazione speciale nella LCart.

Articolo 13 Attuazione del diritto alla soppressione o alla cessazione della limitazione della concorrenza

Secondo la lettera a, il tribunale civile determina ora, su richiesta dell'attore, «che i contratti sono in tutto o in parte nulli». Rispetto al testo attuale, secondo cui il tribunale «ordina» l'invalidità dei contratti, la riformulazione non comporta tuttavia alcuna modifica legislativa. Il testo di legge viene unicamente adeguato all'opinione giuridica prevalente secondo cui le disposizioni contrattuali che violano la LCart sono nulle sin dall'inizio, per cui la sentenza del tribunale non esplica alcun effetto costitutivo.

Le modifiche linguistiche alla lettera b sono dovute alla ridefinizione del diritto d'azione di cui all'articolo 12. Ora, la possibile disposizione del tribunale secondo cui il responsabile della limitazione illecita della concorrenza debba concludere contratti conformi al mercato o alle condizioni usuali del settore economico non giova più unicamente ai concorrenti, bensì potenzialmente a ogni attore (e quindi anche ai consumatori).

2.5 Autorità della concorrenza e Tribunale federale della concorrenza (capitolo 4)

2.5.1 Autorità della concorrenza (Sezione 1)

Articolo 18 Autorità della concorrenza

Mediante il capoverso 1, la Confederazione istituisce un'Autorità della concorrenza finalizzata all'adempimento degli scopi della LCart. Essa assume, in concreto, le funzioni dell'attuale Segreteria della Comco, ma anche mansioni che oggi competono alla Comco stessa. Queste spaziano dalla decisione sull'avvio di

un'inchiesta in caso di limitazioni della concorrenza alla valutazione di concentrazioni di imprese soggette all'obbligo di notifica. L'articolo 2 va considerato anche in relazione all'articolo 25 lettera a. Il compito principale dell'Autorità della concorrenza consisterà anche in futuro nello svolgimento delle procedure d'inchiesta, che portano alle decisioni del Tribunale federale della concorrenza. Essa può svolgerle autonomamente, anche nell'ambito delle decisioni di ordine procedurale. Le competenze decisionali vere e proprie devono esserle conferite per legge. All'Autorità della concorrenza compete, in particolare, l'autorizzazione delle concentrazioni di imprese. Questa competenza le è stata attribuita alla luce della particolare urgenza con cui le imprese coinvolte in una concentrazione soggetta all'obbligo di notifica devono venire a conoscenza delle sue decisioni.

Oltre alla funzione inquirente e decisionale, l'Autorità della concorrenza riveste anche una funzione di consulenza, vale a dire che, conformemente all'obiettivo della legge, essa assiste gli organi ufficiali e le imprese nelle questioni relative alla LCart (capoverso 2). Tali compiti di consulenza rivestono un'importanza preventiva da non sottovalutare. Infatti, è probabile che già in uno stadio precoce l'Autorità della concorrenza possa trasmettere alle parti coinvolte in una limitazione della concorrenza o alle parti lese da una tale limitazione, informazioni rilevanti sulla sua valutazione secondo il diritto dei cartelli.

Figura inoltre tra i compiti dell'Autorità della concorrenza la promozione della concorrenza presso le autorità e l'opinione pubblica. Questa competenza (il cosiddetto ruolo di advocacy) le è conferita in primo luogo dall'articolo 45, che la abilita, nell'interesse della concorrenza, a emanare raccomandazioni all'attenzione delle autorità e a esprimersi nell'ambito di procedure di consultazione.

Articolo 19 Indipendenza

L'Autorità della concorrenza dev'essere un'entità indipendente dal Ministero pubblico della Confederazione. Essa è accorpata al DFE soltanto in termini amministrativi e, nelle sue decisioni, non sottostà alle istruzioni del Consiglio federale o di altre autorità amministrative.

Articolo 20 Vigilanza

L'Autorità della concorrenza è soggetta alla vigilanza amministrativa del potere esecutivo (capoverso 1). Per vigilanza amministrativa s'intende la vigilanza sull'organizzazione e sulla direzione dell'Autorità della concorrenza. Questa disposizione nega esplicitamente al Consiglio federale la possibilità di vigilare sulle decisioni dell'Autorità della concorrenza, dal momento che tale possibilità comprometterebbe l'indipendenza di quest'ultima. La vigilanza da parte del potere esecutivo si concentra su questioni legate all'impiego economico delle risorse e al buon funzionamento della direzione. Questo compito piuttosto tecnico viene conferito al Dipartimento federale dell'economia nel capoverso 1. Come specificato qui di seguito, il controllo della qualità delle decisioni spetta unicamente al potere giudiziario, ossia ai tribunali; le priorità di contenuto e l'effetto globale dell'operato dell'Autorità della concorrenza devono tuttavia essere esaminate mediante valutazioni periodiche interne ed esterne libere da influssi politici diretti (cfr. le spiegazioni inerenti al nuovo art. 59a)

L'esercizio dell'alta vigilanza da parte della Camere federali si estende all'intera attività del Consiglio federale e dell'Amministrazione federale centrale e decentralizzata da lui sorvegliata (capoverso 2). Il destinatario dell'alta vigilanza è il Consiglio federale. In virtù dell'alta vigilanza non possono essere revocate o modificate decisioni né impartite direttive. In presenza di carenze a livello di gestione aziendale e di bilancio, possono essere emesse raccomandazioni sul futuro operato. Nell'esercizio dell'alta vigilanza, le commissioni di sorveglianza godono di ampi diritti d'informazione e di consultazione degli atti. Di conseguenza, esse hanno la facoltà di entrare in contatto diretto con l'Autorità della concorrenza e di esigere da quest'ultima informazioni e documenti rilevanti.

Nell'ambito dell'alta vigilanza parlamentare sugli istituti e le imprese della Confederazione si esamina se il Consiglio federale abbia tutelato gli interessi del proprietario. Questa forma d'esame è applicabile solamente per analogia all'Autorità della concorrenza. Il Consiglio federale deve innanzitutto rendere conto di tutti i fatti che potrebbero compromettere il buon funzionamento di tale entità. Ciò costituisce nel contempo l'elemento centrale della sua funzione di vigilanza. Dato che l'operato dell'Autorità della concorrenza e, in particolare, le sue proposte e decisioni sono soggette a un controllo giudiziario, l'attività di controllo del Consiglio federale deve limitarsi a verificare se l'Autorità della concorrenza funziona regolarmente e se amministra in modo corretto i fondi di cui dispone. Per quanto concerne l'impiego efficiente di tali fondi, cfr. anche il commento all'articolo 21.

Articolo 21 Direzione

L'Autorità della concorrenza dispone di una direzione, composta di almeno tre membri, ed è retta da un direttore (capoverso 1). Alla direzione compete, in particolare, il compito di disciplinare i dettagli organizzativi mediante un regolamento. Tale regolamento interno dev'essere approvato dal Consiglio federale (capoverso 2 lettera a). Rientrano, tra l'altro, nei compiti non delegabili della direzione l'emanazione di decisioni relative in particolare alle concentrazioni, nonché l'avvio di inchieste (lettere b e c). La delega di altre competenze decisionali dev'essere disciplinata nell'ambito del regolamento interno. Dato che si è rinunciato a un Consiglio di amministrazione e poiché, al tempo stesso, l'Autorità della concorrenza non è vincolata a direttive, è importante che una maggioranza di persone, elette dal Consiglio federale in virtù dell'articolo 24, preparino il terreno su cui innestare le attività dell'Autorità della concorrenza.

La definizione delle priorità può essere influenzata dal Dipartimento in misura soltanto marginale. Per evitare qualsiasi influsso politico in tal senso, il DFE può esigere, come sinora, soltanto l'avvio di un'inchiesta, ma non può influenzarne l'andamento né interromperla, neppure indirettamente. La chiusura delle inchieste aperte compete unicamente al Tribunale federale della concorrenza. Per contro, il Tribunale della concorrenza giudicante non ha il diritto di esigere l'avvio di un'inchiesta, dato che l'Autorità della concorrenza inquirente dev'essere indipendente da esso.

Secondo il capoverso 2 lettera d, la direzione decide sulla liceità delle concentrazioni di imprese. Alla luce della particolare urgenza dei casi, il Tribunale federale della concorrenza riveste unicamente la funzione di istanza di ricorso.

Secondo il capoverso 2 lettera e, la direzione esercita pure una funzione di controllo. A tal fine istituisce meccanismi di controllo interni che le consentono di vigilare sul rispetto del regolamento interno, individuare eventuali irregolarità e disporre l'eliminazione. L'ufficio di revisione dell'Autorità della concorrenza è il Controllo federale delle finanze (CDF), che è indipendente e vincolato solamente agli obblighi costituzionali e di legge.

Secondo il capoverso 2 lettera f, la direzione redige il rapporto annuale e, prima della pubblicazione, lo sottopone per approvazione al Consiglio federale. Quest'ultimo potrebbe rifiutarne l'approvazione qualora non fosse d'accordo con i suoi tratti essenziali. Il rapporto annuale contiene, da un lato, indicazioni sulla prassi dell'anno d'esercizio trascorso, le quali gli conferiscono il carattere di un rendiconto di gestione. D'altro lato, esso è composto da indicazioni statistiche e dal conto annuale. L'approvazione del rapporto annuale da parte del Consiglio federale, analogamente al Consiglio di amministrazione della FINMA, non comporta una deresponsabilizzazione della direzione per i fatti in esso pubblicati.

Articolo 24 Personale dell'Autorità della concorrenza

Secondo la disposizione dell'articolo 24 capoverso 1, il Consiglio federale nomina il direttore o la direttrice, il suo sostituto o la sua sostituta e almeno un alto membro a completamento della direzione. La loro funzione all'interno dell'autorità è paragonabile a quella dell'Incaricato della protezione dei dati o del ruolo previsto della direzione dell'Ufficio d'inchiesta sugli infortuni aeronautici in seno alle rispettive organizzazioni. In quanto alla funzione di valutare le concentrazioni di imprese, l'Autorità della concorrenza può essere paragonata ad altre commissioni decisionali quali la ComCom. Contrariamente a queste ultime, l'Autorità della concorrenza dispone tuttavia del proprio personale e non dipende perciò da prestazioni dell'Amministrazione ministeriale.

La direzione dell'Autorità della concorrenza viene nominata per un mandato di quattro anni, il che favorisce la sua indipendenza. Il personale rimanente dell'Autorità della concorrenza viene reclutato dalla direzione. Il disciplinamento del rapporto di servizio continua ad essere retto dalla legislazione sul personale della Confederazione (capoverso 2).

Articolo 25 Segreto d'ufficio e d'affari

L'articolo 25 sancisce, come sinora, l'obbligo per l'Autorità della concorrenza di serbare il segreto d'ufficio e di non svelare segreti d'affari nelle sue pubblicazioni. La regolamentazione esplicita del segreto d'ufficio è necessaria in considerazione della particolare funzione dell'Autorità della concorrenza, che opera spesso con dati aziendali particolarmente sensibili.

Per motivi di sistematica della legge, il segreto d'ufficio e d'affari relativo al Tribunale federale della concorrenza è disciplinato separatamente all'articolo 25g.

2.5.2 Tribunale federale della concorrenza (sezione 2)

Articolo 25a Principio

Il capoverso 1 definisce il Tribunale federale della concorrenza quale tribunale di prima istanza della Confederazione, istituendo in tal modo un tribunale speciale per le controversie in materia di concorrenza. Al Tribunale federale della concorrenza compete in via esclusiva la valutazione delle limitazioni illecite della concorrenza, l'adozione di misure nell'ottica della loro eliminazione (o, eventualmente, l'approvazione di conciliazioni) nonché, in casi sanzionabili, l'inflizione di sanzioni o pene. Esso sostituisce la Comco, sinora competente. Sono fatte salve le procedure civili.

Il capoverso 2 definisce la seconda funzione principale del Tribunale federale della concorrenza. Infatti, esso non funge unicamente da prima istanza per le questioni di limitazione della concorrenza, ma anche, in via di principio, quale prima istanza di ricorso nei casi in cui l'Autorità della concorrenza stessa emana decisioni (l'eccezione concernente i provvedimenti coercitivi è disciplinata all'articolo 44 capoverso 1). Oltre alle decisioni di ordine procedurale dell'Autorità della concorrenza (concernenti ad esempio l'obbligo di fornire informazioni), ora menzionate all'articolo 20 capoverso 1, ciò concerne soprattutto l'esame delle concentrazioni di imprese giudicate dall'Autorità della concorrenza in prima istanza.

Il capoverso 3 integra il Tribunale federale della concorrenza nella struttura complessiva e sancisce che esso decide in quanto autorità di grado inferiore al Tribunale federale. Con la via di ricorso diretta fino al Tribunale federale si intende contribuire ad accelerare il più possibile le procedure fino alla decisione in ultima istanza.

Il capoverso 4 sancisce che le disposizioni della legge federale del 22 marzo 2009 sul Tribunale federale dei brevetti (LTFB) si applicano per analogia al Tribunale federale della concorrenza, salvo disposizione contraria della legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza. Non possono essere applicati per analogia in particolare gli articoli 1, 8, 9, 10, 21, 26 e 4 LTFB, motivo per cui vengono sostituiti dai presenti articoli da 25a fino a 25h.

In deroga alla LTFB, per le procedure dinanzi al Tribunale federale della concorrenza trovano applicazione, in via di principio, le disposizioni della PA integrate con le necessarie garanzie procedurali.

Articolo 25b Competenze

La lettera a della disposizione stabilisce che il Tribunale federale della concorrenza è competente unicamente per le decisioni secondo la legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza che non siano espressamente riservate a un'altra autorità. Ciò significa che al Tribunale federale della concorrenza compete la valutazione delle limitazioni illecite della concorrenza, l'adozione di misure nell'ottica della loro eliminazione (o, eventualmente, l'approvazione di conciliazioni) nonché, in casi sanzionabili, la loro ponderazione. In assenza di una limitazione illecita della concorrenza o se una tale limitazione non può essere comprovata, il Tribunale federale della concorrenza delibera in merito alla sospensione dell'inchiesta.

Secondo la lettera b, il Tribunale federale della concorrenza è ora competente anche per la disposizione di misure cautelari – già oggi adottabili – in particolare nell'ambito procedura amministrativa.

Articolo 25c Composizione:

Il Tribunale della concorrenza valuta i casi situati al confine tra l'economia pratica e il diritto, il che esige dai giudici che se ne occupano profonde conoscenze in entrambi i campi. La nomina di giudici con formazione o esperienza sia giuridica che economica rappresenta perciò una premessa indispensabile per una giurisprudenza appropriata di prima istanza. È importante che i giudici vantino sufficienti esperienze in materia di diritto della concorrenza e di economia. Ciò vale sia per i giudici con formazione giuridica sia per coloro chiamati ad instaurare una relazione tra collegio giudicante da un lato e prassi aziendale e dottrina economica dall'altro. Non devono essere interessati tanto a questioni di gestione aziendale e di economia industriale (economia della concorrenza) in sé, quanto essere in grado di attuare in termini giuridici le loro esperienze e conoscenze nei relativi campi. In caso contrario verrebbe a mancare proprio il necessario collegamento tra le conoscenze pratiche in economia da un lato e le competenze giuridiche dall'altro. I requisiti formali non devono essere oggetto di un disciplinamento dettagliato; in sede di elezione dei membri del tribunale, l'autorità addetta deve disporre del necessario margine di manovra e il ventaglio dei potenziali candidati non dev'essere ristretto inutilmente. Per la maggior parte dei giudici non di carriera il criterio principale rimane quello dell'esperienza aziendale o delle conoscenze economiche, in particolare nell'ambito dell'economia della concorrenza. Deve comunque essere garantita una certa permeabilità tra le funzioni di giudice ordinario e di giudice non di carriera.

Il Tribunale federale della concorrenza può essere composto di circa quattro giudici ordinari, di cui, per ragioni economiche, 1-2 a tempo parziale. Il Tribunale federale della concorrenza è presieduto da un presidente e un vicepresidente (cfr. art. 18 LTFB). La ripartizione dei compiti tra i membri ordinari del tribunale (il presidente deve trasmettere regolarmente l'istruzione agli altri giudici ordinari) evita i possibili rischi legati all'affidamento di funzioni centrali a un'unica persona e garantisce la continuità della giurisprudenza. Si evita, in particolare, che la giurisprudenza venga influenzata in modo svantaggioso da un'unica persona.

I giudici non di carriera dovrebbero essere tra sei e nove. Spetta alla direzione, nella quale deve sedere almeno un loro rappresentante, decidere se impiegarli nelle singole procedure.

Articolo 25d Elezione

Nel capoverso 1 l'Assemblea federale viene investita della competenza di eleggere i giudici. In sede di preparazione dell'elezione, la Commissione giudiziaria dovrà badare a che i candidati dispongano delle adeguate esperienze e conoscenze ai sensi dell'articolo 25c. Per garantire l'elezione di giudici che vantino la suddetta esperienza, la Commissione giudiziaria può, alla vigilia delle elezioni dei giudici non di carriera, consultare le cerchie interessate.

Il capoverso 2 definisce i requisiti di eleggibilità. L'elezione dei giudici del Tribunale federale della concorrenza presuppone il diritto di voto politico ai sensi dell'articolo 136 capoverso 1 Cost.

Articolo 25e Incompatibilità con altre funzioni

Capoverso 1: la lettera a si ispira al principio della divisione dei poteri (cfr. articolo 144 capoverso 1 Cost.).

La lettera b si orienta all'articolo 6 capoverso 2 LTF e all'articolo 6 capoverso 2 LTAF. La disposizione vieta, sotto forma di una clausola generale, l'esercizio di attività che potrebbero pregiudicare l'adempimento dei doveri d'ufficio, l'indipendenza o la dignità del Tribunale federale della concorrenza. Questo divieto sarà rilevante soprattutto – ma non soltanto – per i giudici attivi a tempo parziale e per quelli non di carriera.

La lettera c riprende, per il Tribunale federale della concorrenza, il disciplinamento dell'articolo 6 capoverso 3 LTF e dell'articolo 6 capoverso 3 LTAF, ma in forma leggermente più liberale, in quanto non vieta a livello generale l'accettazione di titoli o decorazioni. La disposizione non esclude dalla cerchia dei potenziali membri del tribunale gli esperti di cittadinanza svizzera che rivestono una carica ufficiale in seno a un'organizzazione internazionale di cui la Svizzera è firmataria.

La lettera d intende garantire che singole comunità d'interessi non esercitino un influsso sul tribunale, il quale deve rimanere vincolato unicamente agli obblighi di legge. Benché nell'attuale Comco i rappresentanti delle organizzazioni d'interessi non abbiano dovuto ricusarsi più spesso degli altri membri della Commissione, essi non devono poter far parte del Tribunale della concorrenza. Un dipendente è soggetto a determinati obblighi di fedeltà. Perciò, i rappresentanti delle associazioni saranno sempre esposti alla critica di rappresentare in tribunale le posizioni politiche generali del loro datore di lavoro. L'affiliazione ad associazioni non viene esclusa se è intesa piuttosto come volontariato, a condizione che l'associazione in questione non persegua l'obiettivo di tutelare gli interessi economici dei suoi membri, ruolo che un'associazione tipicamente esercita.

A complemento della clausola generale, la lettera e disciplina un'importante incompatibilità: la rappresentanza in giudizio di terzi a titolo professionale non è conciliabile con la carica di giudice ordinario. L'inserimento nella legge del motivo di incompatibilità costituito dalla rappresentanza in giudizio di terzi a titolo professionale è opportuna, dato che i giudici ordinari possono essere impiegati anche a tempo parziale. La conseguente possibilità di assumere altre cariche aumenta il rischio di una commistione problematica tra un'eventuale attività di avvocato e quella di giudice. Il divieto di esercitare la carica di avvocato oltre a quella di giudice ordinario si trova anche in varie leggi cantonali sull'organizzazione dei tribunali. Esso garantisce il diritto costituzionale dei cittadini di essere giudicati, nelle cause giudiziarie, da un tribunale indipendente e imparziale (articolo 30 capoverso 1 Cost.). Per i giudici non di carriera, per contro, è ipotizzabile l'esercizio in parallelo della funzione di avvocato, ma – per ragioni di indipendenza – non nell'ambito del diritto in materia di concorrenza né in campi affini (cfr. art 25f cpv.4).

La lettera f è rilevante solamente in relazione ai giudici ordinari. I severi criteri che i giudici ordinari devono soddisfare impediscono che un'affinità eccessiva con l'economia metta in discussione l'indipendenza del Tribunale federale della concorrenza. Alla luce del loro onere lavorativo ridotto, i giudici non di carriera devono comunque poter disporre di possibilità occupazionali adeguate e anche

sufficientemente redditizie. Ma anche da essi ci si aspetta un elevato grado di indipendenza: è ipotizzabile che lavorino in un'impresa o che gestiscano persino una piccola ditta, tuttavia, rimane preclusa l'elezione di membri di un consiglio di amministrazione o manager di grandi imprese o di collaboratori di imprese con interessi diretti nell'ambito della legislazione sui cartelli.

Il capoverso 2 subordina l'esercizio di qualsiasi attività lucrativa all'obbligo di notifica. Tale obbligo assolve una funzione di trasparenza, in quanto garantisce la dichiarazione di qualsiasi attività lucrativa. Il capoverso in questione si ispira all'articolo 7 LTAF. I giudici ordinari impiegati a tempo parziale necessitano di un'autorizzazione per l'esercizio di attività lucrative al di fuori del Tribunale federale della concorrenza. La valutazione di tali casi compete alla direzione del Tribunale. Il membro del tribunale che presenta una richiesta di autorizzazione deve ricusarsi. I giudici non di carriera, per contro, non necessitano di alcuna autorizzazione da parte del Tribunale federale della concorrenza per l'esercizio della loro attività principale. Le decisioni a discrezione della direzione potrebbero pregiudicare oltremodo le possibilità occupazionali. Essendo reclutati da un pool di esperti, nel singolo caso possono essere evitate eventuali incompatibilità in sede di composizione del collegio giudicante.

Articolo 25f Collegio giudicante

Il capoverso 1 disciplina la composizione della direzione del Tribunale, costituita da due giuridici ordinari e da un giudice non di carriera. La direzione nomina il collegio giudicante nei singoli casi.

Il Tribunale federale della concorrenza emana le sue decisioni nella composizione di cinque giudici (capoverso 2). Depongono a favore della composizione a cinque soprattutto l'equilibrio tra una giurisprudenza efficiente da un lato e l'emanazione di decisioni basata su un ampio consenso dall'altro. Inoltre, un collegio a cinque rientra anche nell'interesse dell'evoluzione del diritto e dell'omogeneità della giurisprudenza. Tale collegio è composto di almeno due giudici ordinari (capoverso 3). Gli altri tre membri del collegio giudicante possono essere giudici ordinari o non di carriera. Questa composizione garantisce una giurisprudenza giuridicamente competente e specialistica in materia di concorrenza.

Viene fatta salva la competenza del giudice unico ai sensi dell'articolo 23 LTFB. Oltre a ciò, la facoltà di disporre misure cautelari viene conferita – per ragioni di praticabilità e impellenza – al presidente del Tribunale federale della concorrenza in qualità di giudice unico (capoverso 3).

Al presidente non compete forzatamente la direzione della procedura, motivo per cui il relativo onere può essere ritenuto sostenibile (cfr. articolo 35 LTFB). Dato che il Tribunale federale della concorrenza è composto, idealmente, di quattro giudici ordinari, il suo operato non dovrebbe risultare compromesso da assenze per malattia o per ferie (cfr. articolo 25c).

La direzione deve garantire caso per caso che non facciano parte del collegio giudicante membri che abbiano propri interessi economici nel settore in questione (capoverso 5).

Articolo 25g Segreto d'ufficio e d'affari

Questo articolo contiene, in tre capoversi, prescrizioni rivolte al Tribunale federale della concorrenza per il mantenimento del segreto d'ufficio e d'affari. La regolamentazione corrisponde ampiamente alle prescrizioni attualmente applicabili alla Commissione della concorrenza e alla sua Segreteria e, d'ora innanzi, all'Autorità della concorrenza. Unicamente l'articolo 25 capoverso 3, che consente all'Autorità della concorrenza di trasmettere determinate informazioni al Sorvegliante dei prezzi, non si riflette nelle prescrizioni concernenti il Tribunale federale della concorrenza. Inoltre, contrariamente all'Autorità della concorrenza (cfr. articolo 25 capoverso 4), è a discrezione del Tribunale federale della concorrenza decidere se e in che modo tutelare i segreti d'ufficio ad esempio nell'ambito della pubblicazione di una sentenza. Questa decisione, che nel singolo caso deve essere il risultato di una ponderazione degli interessi, deve restare di sua competenza.

Articolo 25h Finanziamento

Il finanziamento del Tribunale federale della concorrenza avviene, in primo luogo, mediante tasse di giustizia (cfr. 59c LCart e art. 31 e 33 LTFB). Tuttavia, il Tribunale federale della concorrenza sarà finanziato anche con i fondi generali stanziati dalla Confederazione, analogamente al Tribunale federale o al Tribunale amministrativo federale. Nella costituzione di tali fondi rientrano anche le pene pecuniarie.

2.6 Disposizioni procedurali (capitolo 5)

2.6.1 Limitazioni illecite della concorrenza (sezione 1)

Articolo 27 Avvio di un'inchiesta

Titolo: in analogia con l'articolo 26, l'articolo 27 non concerne solamente l'aspetto dell'avvio, ma riguarda la procedura d'inchiesta in generale, motivo per cui il titolo dell'articolo è stato adeguato.

Capoverso 1: al posto dell'attuale Segreteria, sarà ora la sola Autorità della concorrenza a occuparsi in modo autonomo dell'avvio e della conduzione delle inchieste.

In via di principio, l'Autorità della concorrenza è tenuta, in base al principio di officialità, ad aprire un'inchiesta d'ufficio ogniqualvolta esistano indizi di una limitazione illecita della concorrenza. Dato che, a causa della limitatezza delle sue risorse, non può esaminare tutte le limitazioni della concorrenza ipotizzabili (anche esigue), quest'obbligo viene *de facto* relativizzato per ragioni di opportunità. Deve essere effettuata una definizione delle priorità, vale a dire che vanno esaminati innanzitutto i cartelli e le altre limitazioni della concorrenza con effetti nocivi in termini economici e sociali, in particolare quelli direttamente sanzionabili. Ma anche all'evoluzione del diritto mediante decisioni guida deve essere accordata la necessaria importanza. Il rapporto annuale rende trasparente la ripartizione delle priorità. Tale ripartizione è oggetto di una valutazione periodica (cfr. articolo 59a).

Come sinora, il DFE deve poter richiedere un'inchiesta, ad esempio se viene a conoscenza di informazioni che facciano supporre una possibile limitazione illecita

della concorrenza. Tuttavia, l'Autorità della concorrenza è del tutto libera sia nella conduzione dell'inchiesta che nel trarre le relative conclusioni. Se il DFE farà raramente ricorso a questa possibilità, la disposizione in questione non dovrebbe creare alcun problema in termini di indipendenza.

Capoverso 2: nella legge viene sancito esplicitamente il principio secondo cui l'Autorità della concorrenza (ossia l'ex-Segreteria) non si limita ad aprire le inchieste, ma le conduce anche in modo autonomo e indipendente.

Articolo 29 Conciliazione

Capoverso 1: come sinora, le imprese coinvolte nella procedura possono convenire con l'Autorità della concorrenza una conciliazione sulle modalità di soppressione della limitazione della concorrenza. Tuttavia, in virtù di una tale convenzione non viene meno la sanzionabilità della pratica illecita esercitata in passato. Essa disciplina esclusivamente il comportamento futuro delle imprese coinvolte. Tuttavia, non sono possibili intese vincolanti tra imprese e autorità della concorrenza sulle sanzioni da infliggere, in quanto la decisione sulle sanzioni compete in ultima istanza al Tribunale federale della concorrenza. L'Autorità della concorrenza, per contro, può comunicare alle parti quale sanzione intende richiedere al Tribunale federale della concorrenza. Se l'Autorità della concorrenza e le parti sono concordi sulla soppressione della limitazione della concorrenza, l'Autorità della concorrenza può rinunciare, per ragioni di economia procedurale, a ulteriori approfondimenti e trasferire il caso al Tribunale federale della concorrenza con una proposta.

Capoverso 2: la conciliazione convenuta tra l'Autorità della concorrenza e le parti è sempre vincolata all'approvazione da parte del Tribunale federale della concorrenza. Quest'ultimo può approvare o rifiutare la regolamentazione, ma non modificarla unilateralmente. In caso di rifiuto della conciliazione e/o in caso di superamento del quadro delle sanzioni preventivato dall'Autorità della concorrenza, spetta al Tribunale federale della concorrenza decidere sui provvedimenti da adottare e sulle sanzioni, eventualmente sulla base di una propria raccolta complementare di prove. Eventualmente può rinviare il caso all'Autorità della concorrenza, incaricandola di approfondire ulteriormente i fatti e di avanzare nuovamente una proposta.

Articolo 30 Proposta e decisione

Capoverso 1: viene operata una distinzione più netta di quella attuale tra lo stadio inquisitivo e quello decisionale: l'Autorità della concorrenza assume una funzione inquirente e propositiva (nell'ambito della quale possono anche essere prese decisioni guida o intermedie), mentre il Tribunale federale della concorrenza emana le decisioni ed eventuali sanzioni nell'ambito delle procedure d'inchiesta relative a limitazioni della concorrenza.

Capoverso 1^{bis}: a seguito della riorganizzazione istituzionale e del venir meno della Commissione della concorrenza, il Sorvegliante dei prezzi non può più partecipare alle sue sedute con voto consultivo (art. 5 cpv. 2 LSPr). Una sua presenza nel nuovo Tribunale federale della concorrenza è esclusa, vista la sua insufficiente indipendenza dal DFE. Tuttavia, la collaborazione tra l'Autorità della concorrenza e la Sorveglianza dei prezzi continua a essere garantita in virtù dell'articolo 5 capoversi 2, 3 e 4 LSPr. Inoltre, l'Autorità della concorrenza deve consultare il Sorvegliante dei prezzi, in analogia all'articolo 5 capoverso 4 LSPr (obbligo di

consultare l'Autorità della concorrenza per determinate questioni), nelle procedure concernenti gli abusi di prezzo e le vendite sottoprezzo rivolte contro determinati concorrenti.

È stata esaminata l'opportunità di istituzionalizzare per legge la collaborazione con gli organi di regolamentazione settoriali (in particolare la Comcom, l'Elcom, e il Regolatore postale) analogamente a quanto è stato fatto con la Sorveglianza dei prezzi. Tuttavia, una regolamentazione settoriale troppo rigida potrebbe compromettere indirettamente la forza d'impatto della LCart, in quanto l'Autorità della concorrenza non dovrebbe più valutare unicamente le questioni di concorrenza, ma anche altre questioni di carattere regolativo. In virtù degli articoli 8 e 11, il Consiglio federale ha già oggi la facoltà di rilasciare autorizzazioni eccezionali qualora risulti necessario nell'interesse pubblico. Manca dunque un meccanismo di coordinamento soltanto per la collaborazione tra l'Autorità della concorrenza e gli organi di regolamentazione settoriali indipendenti e non vincolati a direttive del Consiglio federale. Qualora vi siano delle interdipendenze con l'operato dell'Autorità della concorrenza, per tali organi deve essere trovata un'altra forma istituzionalizzata di collaborazione, che dovrà essere discussa con le istanze interessate nell'ambito della consultazione.

Capoverso 2: in futuro, il diritto di audizione delle parti nelle procedure dell'Autorità della concorrenza si evince, in particolare, direttamente dall'articolo 29 segg. PA. Una regolamentazione particolare dell'audizione dinanzi all'Autorità della concorrenza e il Tribunale federale della concorrenza non è necessaria. In particolare, un parere rivolto all'Autorità della concorrenza in merito al suo progetto di proposta ritarderebbe la procedura. In futuro, le parti beneficerebbero di un accesso diretto all'organo decisionale (il Tribunale federale della concorrenza), nell'ambito di una procedura giuridica corretta, a partire dal momento in cui l'Autorità della concorrenza presenta la sua proposta.

Come fa attualmente la Commissione della concorrenza, il Tribunale federale della concorrenza potrà svolgere consultazioni; se ritiene opportune ulteriori misure d'indagine, può adottarle autonomamente in virtù della divisione tra stadio inquisitivo e stadio decisionale. Solamente in casi eccezionali può essere effettuato un rinvio del caso all'Autorità della concorrenza per ulteriori approfondimenti. Una citazione separata di queste competenze non è più necessaria.

2.6.2 Concentrazioni di imprese (sezione 2)

Articolo 32 Avvio della procedura di esame

La diversità tra le regole procedurali svizzere e quelle europee pone sia le imprese sia le autorità in materia di concorrenza di fronte a problemi di coordinamento che generano costi amministrativi. Nell'UE, oltre a essere più lunghi, i termini sono persino prorogabili (p. es. per l'esame degli oneri e delle condizioni o su richiesta delle imprese). Di regola, le imprese cercano di evitare che le autorità svizzere in materia di concorrenza decidano prima di quelle dell'UE. Le modifiche proposte mantengono invariato il termine principale, ma introducono la possibilità di compensare mediante proroghe la differenza dei termini tra la Svizzera e l'UE,

sgradita sia dalle imprese che dalle autorità. Affinché l'Autorità della concorrenza non possa prorogare il termine di propria iniziativa, il consenso delle imprese notificanti costituisce la premessa per una tale proroga (per ragioni di economia procedurale, sono le imprese notificanti a dover dare il loro assenso). I «motivi importanti» per una proroga di cui all'articolo in questione (in particolare l'esame di condizioni e oneri e il coordinamento con le procedure di concentrazione all'interno dell'UE) devono essere definiti, successivamente a questa revisione parziale, nell'ordinanza concernente il controllo delle concentrazioni di imprese.

La durata massima della proroga si calcola nel modo seguente: nell'UE il termine per un esame preliminare è di 25 giorni lavorativi, il che corrisponde a circa cinque settimane o 35 giorni (temine più lungo di 4-7 giorni ossia di quasi una settimana rispetto a quello svizzero). Nell'UE il termine può essere prorogato di 10 giorni lavorativi, il che corrisponde a circa due settimane o 14 giorni. Di conseguenza, la possibilità di proroga in Svizzera deve essere di al massimo tre settimane, ossia di 21 giorni.

Articolo 33 Procedura di esame

Capoverso 2: l'aggiunta «su richiesta delle imprese partecipanti» garantisce, in analogia all'articolo 32 capoverso 2 della LCart vigente, che l'iniziativa per un'esecuzione anticipata (precedente la decisione dell'Autorità della concorrenza) parta dalle imprese. Ciò corrisponde alla prassi attuale.

Capoversi 3 e 4: per un esame approfondito delle concentrazioni di imprese sussiste la possibilità di una proroga del termine, analogamente all'articolo 32 e per le stesse ragioni. I singoli motivi per una proroga (esame di condizioni e oneri su richiesta delle imprese notificanti e coordinamento con le procedure di concentrazione dell'UE) devono essere definiti in seguito a questa revisione parziale nell'ordinanza concernente il controllo delle concentrazioni di imprese. La durata massima della proroga si calcola nel modo seguente: nell'UE il termine per un esame approfondito è di 90 giorni lavorativi, il che corrisponde a circa 18 settimane o 126 giorni (temine più lungo di 3-6 giorni rispetto a quello svizzero). Nell'UE, il termine può essere prorogato di 35 giorni lavorativi, il che corrisponde a circa sette settimane o 49 giorni. Inoltre, i giorni festivi dell'UE in cui il termine quadro non decorre devono essere parzialmente compensati. Di conseguenza, in Svizzera la possibilità di proroga del termine dovrà essere di poco più di otto settimane, ossia di due mesi.

Capoverso 5: le concentrazioni di imprese devono rispettare scadenze pressanti. Le imprese esposte alla concorrenza necessitano di decisioni chiare e tempestive. Per questo motivo, l'esame delle concentrazioni di imprese da parte dell'Autorità della concorrenza deve avvenire entro determinate scadenze. Se le imprese contestano la decisione dell'Autorità della concorrenza (nel caso di un divieto o di un'autorizzazione vincolata a oneri e condizioni), esse devono poter contare su una rapida verifica legale. Una procedura di ricorso troppo lunga può indurre le imprese a desistere dal proposito di presentare ricorso. Per la valutazione di un ricorso da parte del Tribunale federale della concorrenza è perciò prevista l'introduzione di un termine quadro di tre mesi, che inizia a decorrere dall'inoltro del ricorso.

2.6.3 Altre disposizioni procedurali (sezione 3)

Articolo 39: Principio

La riformulazione non comporta alcuna modifica legislativa. Sullo sfondo della chiara suddivisione proposta tra autorità inquirente (ora Autorità della concorrenza) e istanza decisionale (ora Tribunale federale della concorrenza) e alla luce del fatto che la proposta dell'Autorità della concorrenza (art. 30 cpv. 1) con cui si conclude la fase d'inchiesta non rappresenta una decisione ai sensi della PA, la riformulazione comporta unicamente un chiarimento della situazione giuridica: come sinora, l'intera procedura – dall'avvio dell'inchiesta alla decisione di prima istanza – si orienta al medesimo diritto procedurale, ossia alla PA. In particolare, anche in futuro il diritto all'esame degli atti sussisterà già durante l'inchiesta dell'Autorità della concorrenza (cfr. articolo 27 PA).

Per contro, mediante l'inchiesta preliminare ai sensi dell'articolo 26 LCart – quale procedura (preliminare) ampiamente «informale» – l'Autorità della concorrenza mira unicamente a valutare e soppesare in modo possibilmente rapido e informale eventuali limitazioni della concorrenza in vista di un'inchiesta ufficiale. Secondo la giurisprudenza, la PA non è direttamente applicabile all'inchiesta preliminare, motivo per cui quest'ultima non è inclusa nel rinvio dell'articolo 39.

Articolo 41a Collaborazione con le autorità estere della concorrenza

Il nuovo articolo 41a prevede una regolamentazione che consente all'Autorità svizzera della concorrenza di collaborare con le autorità estere omologhe allo scopo di applicare le disposizioni del diritto dei cartelli, vale a dire di trasmettere loro informazioni e di coordinare con loro gli atti istruttori. Lo scambio di informazioni comprende, da un lato, la comunicazione delle circostanze effettive e giuridiche compresi i dati confidenziali, tra cui figurano in particolare i segreti aziendali e d'affari, nonché la trasmissione dei documenti e dei dati corrispondenti. D'altro lato, lo scambio d'informazioni è previsto anche nel caso inverso, in cui l'autorità svizzera in materia di concorrenza richieda tali informazioni alle autorità estere, le riceva e le utilizzi come mezzi di prova. All'articolo 41b sono specificate le particolari condizioni per la comunicazione di informazioni.

Articolo 41b Rilascio di informazioni ad autorità estere in materia di concorrenza

Il capoverso 1 elenca le premesse per la comunicazione di informazioni confidenziali, in particolare di segreti d'affari, ad autorità estere della concorrenza. Secondo il criterio della doppia illiceità, una collaborazione ai sensi della disposizione è possibile unicamente se le pratiche sotto esame nello Stato che riceve le informazioni sono illecite anche secondo il diritto svizzero. Inoltre, l'autorità estera deve dimostrare di essere vincolata al segreto d'ufficio o di sottostare a un obbligo di segretezza analogo (lett. b punto 1). La comunicazione di informazioni presuppone pure la garanzia del principio di specialità, secondo cui le informazioni possono essere utilizzate unicamente allo scopo di applicare le disposizioni del diritto in materia di cartelli e come mezzo di prova in relazione all'oggetto dell'inchiesta per il quale è stata presentata la richiesta (lett. b punto 2). L'autorità estera deve anche assicurare di tutelare i diritti procedurali e di parte in una maniera

analoga a quella svizzera (lett. b punto 3). Oltre a ciò, le informazioni possono essere comunicate unicamente alle autorità estere il cui ordinamento giuridico consente di concedere la reciprocità (lett. b punto 4). In più, l'eventuale collaborazione presuppone la garanzia da parte dell'autorità estera che le informazioni vengano utilizzate in una procedura penale solo qualora l'assistenza giudiziaria in materia penale non sia esclusa a causa del tipo di reato (lett. b punto 5). Infine, secondo il capoverso 1 lettera b punto 6, dev'esservi la garanzia che le informazioni trasmesse non vengano utilizzate in eventuali procedure civili.

Il capoverso 2 disciplina la comunicazione di informazioni ricavate dall'autorità svizzera in materia di concorrenza nel corso di procedure relative a concentrazioni di imprese o in virtù della collaborazione di imprese finalizzata alla rilevazione e all'eliminazione di una limitazione della concorrenza (art. 49a cpv. 2 LCart). Tali informazioni possono essere trasmesse all'autorità estera solamente previo consenso dell'impresa che le ha fornite. La regolamentazione impedisce innanzitutto che lo scambio di informazioni a livello di autorità anticipi la notifica di progetti di concentrazione all'estero. Per quanto concerne il programma di clemenza, essa garantisce inoltre che le imprese possano contribuire anche all'estero all'individuazione e all'eliminazione di limitazioni della concorrenza. Infine, la disposizione previene anche un eventuale abuso, impedendo che la comunicazione di informazioni possa essere bloccata mediante l'offerta da parte delle imprese di informazioni già note all'autorità svizzera in materia di concorrenza. Infatti, la comunicazione non è ammessa unicamente se le informazioni sono state portate a conoscenza dell'Autorità della concorrenza in virtù della suddetta compartecipazione delle imprese.

L'assistenza giudiziaria in materia penale può essere concessa solamente previo esame approfondito del contesto giuridico (cpv. 3). La decisione sull'esclusione o meno dell'assistenza giudiziaria viene presa – come già menzionato – dall'Autorità della concorrenza d'intesa con l'Ufficio federale di giustizia. Il capoverso 3 sancisce inoltre che le violazioni di disposizioni in materia di diritto dei cartelli non sono da considerarsi reati in materia di politica monetaria, commerciale o economica ai sensi dell'articolo 3 capoverso 3 della legge del 20 marzo 1981 sull'assistenza in materia penale.

In relazione alla collaborazione con le autorità estere, infine, va menzionato l'articolo 6 della legge federale sulla protezione dei dati (LPD). L'Autorità della concorrenza deve rispettare anche le premesse elencate in tale disposizione, in considerazione dell'eccezione definita all'articolo 2 capoverso 2 lettera c LPD. Prima di trasmettere dati a un'autorità estera della concorrenza di un Paese che non dispone di una legislazione che assicuri una protezione dei dati adeguata, l'Autorità della concorrenza è tenuta a osservare l'articolo 6 capoverso 2 LPD (vale a dire che devono essere soddisfatte ulteriori premesse).

Articolo 42 Misure d'inchiesta

Sinora, le perquisizioni domiciliari e i sequestri venivano disposti da un membro della presidenza della Comco su proposta della Segreteria. A seguito della riorganizzazione istituzionale, la competenza di disporre, nell'ambito di un'inchiesta, perquisizioni domiciliari e sequestri di mezzi di prova viene ora

trasmessa interamente all'autorità d'inchiesta. Ciò corrisponde anche alla ripartizione delle competenze prevista dal nuovo codice di procedura penale svizzero.

Le misure coercitive di cui l'Autorità della concorrenza dispone in virtù dell'articolo 42 capoverso 2 LCart corrispondono in larga misura alla situazione odierna. Viene operata unicamente un'estensione moderata alla possibilità di disporre perquisizioni di persone. Ciò si è reso necessario poiché, come ha dimostrato la prassi, i collaboratori di un'impresa soggetta a perquisizioni potrebbero essere tentati a impadronirsi di eventuali mezzi di prova e a nascondersi su di sé. In assenza di una base legale che preveda la perquisizione di persone, questi oggetti (come pure altri mezzi di prova che le persone normalmente portano su di sé quali il telefonino) potrebbero essere sottratti all'Autorità della concorrenza in tutta semplicità. Inoltre, menzionando esplicitamente le perquisizioni di beni mobili si intende precisare che possono essere soggetti a perquisizione da parte dell'Autorità della concorrenza anche i beni non direttamente attribuibili ai locali aziendali, come ad esempio i veicoli.

Articolo 44 Protezione giuridica

All'articolo 44 vengono riorganizzate le attuali vie di ricorso.

Il capoverso 1 disciplina la via di ricorso relativa alle decisioni dell'Autorità della concorrenza. La prima frase sancisce il principio secondo cui il Tribunale federale della concorrenza è l'istanza di ricorso ordinaria contro le decisioni dell'Autorità della concorrenza. Entrano in linea di conto soprattutto le decisioni relative a procedure su concentrazioni di imprese ai sensi dell'articolo 32 segg. (p. es. autorizzazione vincolata a condizioni o divieto della concentrazione), le decisioni (guida) intermedie relative a procedure d'indagine su limitazioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 26 segg. (p. es. sulla ricasazione o sulla proroga dei termini) nonché le decisioni su determinate misure coercitive ai sensi dell'articolo 40 (p. es. obblighi di fornire informazioni e di edizione).

In deroga al suddetto principio, la seconda frase del capoverso 2 stabilisce che i ricorsi contro le decisioni relative a misure coercitive ai sensi dell'articolo 42 capoverso 2 (perquisizioni domiciliari, di persone e di beni mobili nonché i sequestri) disposte dall'Autorità della concorrenza sono da rivolgere alla Corte dei reclami del Tribunale penale federale. Evitando di coinvolgere il Tribunale federale della concorrenza già in sede di valutazione della liceità di determinate misure coercitive (concernenti, in particolare, la valutazione dei presupposti per un indizio di reato sufficiente) durante la fase inquisitiva, si può ovviare al problema dell'incompatibilità da prevenzione, che potrebbe risultare problematico sotto il profilo del principio di legalità. In tal caso, dovrebbero essere dichiarate applicabili alla procedura di ricorso dinanzi al Tribunale penale federale le disposizioni della legge federale sul diritto penale amministrativo. Le decisioni di ricorso del Tribunale penale federale possono essere impugnate davanti al Tribunale federale.

Secondo il capoverso 2, le decisioni del Tribunale federale della concorrenza possono essere impugnate dinanzi al Tribunale federale, a prescindere se il Tribunale federale della concorrenza abbia giudicato in prima o in seconda istanza (vale a dire quale prima istanza di ricorso ai sensi del capoverso 1).

Il capoverso 3 legittima l’Autorità della concorrenza a interporre ricorso dinanzi al Tribunale federale. Secondo il precedente articolo 103 lettera c OG («ogni persona, organizzazione o autorità cui la legislazione federale riconosce il diritto di ricorrere») era sufficiente una base legale a livello di ordinanza per motivare il diritto della Comco di ricorrere presso il Tribunale federale. Per contro, l’articolo 89 capoverso 2 lettera d LTF (LTF, RS 173.110) attualmente in vigore esige una base giuridica formale. La presente regolamentazione tiene conto sia dell’esigenza del Tribunale federale di avere una base giuridica formale sia della volontà del Consiglio federale di mantenere l’indipendenza dell’Autorità della concorrenza nell’ambito delle procedure di ricorso dinanzi al Tribunale federale. Con questa soluzione, oltre alle parti coinvolte nella procedura anche l’Autorità della concorrenza può decidere indipendentemente e sotto la propria responsabilità – vale a dire senza la compartecipazione del DFE mediante un ricorso delle autorità ai sensi dell’articolo 89 capoverso 2 lettera a della legge sul Tribunale federale – di impugnare davanti al Tribunale federale una decisione del Tribunale federale della concorrenza o della Corte dei reclami del Tribunale penale federale concernente l’Autorità della concorrenza.

Articolo 44a Principio di trasparenza

Analogamente a tutti i tribunali federali, anche il Tribunale federale della concorrenza, da istituirsi, non rientra nel campo d’applicazione della legge sulla trasparenza (art. 2 LTras) – che si concentra innanzitutto sulle attività dell’Amministrazione federale – ma sottostà ai principi di trasparenza che valgono per i poteri giudiziari.

Tuttavia – analogamente alla regolamentazione vigente prevista dall’organizzazione giudiziaria federale relativa agli altri tribunali federali (art. 28 LTF, art. 30 LTAF, art. 64 LOAP) – l’articolo 44a dichiara parzialmente applicabili per analogia le disposizioni della legge sulla trasparenza: al principio di trasparenza sono però sottoposti unicamente i documenti che concernono l’amministrazione del Tribunale federale della concorrenza, ossia le direttive interne, le valutazioni di questioni amministrative o i documenti relativi a progetti informatici. Per contro, le decisioni e le sentenze nonché gli atti procedurali che ne costituiscono la base non sono subordinati al suddetto principio.

Per contro, all’Autorità della concorrenza si applica, in via di principio, la LTras. Tuttavia, devono essere eccettuate esplicitamente le procedure per la valutazione di limitazioni della concorrenza ai sensi degli articoli da 26 a 30 LCart. Infatti, sarebbe poco logico non sottoporre ai principi della LTras gli atti procedurali del tribunale giudicante, ma farlo invece con gli atti in gran parte identici dell’Autorità della concorrenza inquirente e proponente azione, la quale prepara la procedura giudiziaria. Inoltre, le imprese coinvolte in procedure ai sensi degli articoli da 26 a 30 LCart hanno una notevole esigenza di protezione, del tutto paragonabile a quella che si manifesta nel corso di procedimenti penali – anch’essi non soggetti alla LTras (cfr. art. 3 cpv. 1 lett. a punto 2). La relativa eccezione viene attuata mediante il nuovo punto 7 dell’articolo 3 capoverso 1 lettera a LTras.

2.7 Sanzioni (capitolo 6)

2.7.1 Sanzioni amministrative (sezione 1)

Articolo 49a Sanzione in caso di limitazioni illecite della concorrenza

Capoverso 1: cfr. spiegazioni all'articolo 5 capoverso 4 della nuova LCart.

Capoverso 1^{bis}: la prima, la seconda e la quarta frase sono state riprese tali e quali dall'attuale capoverso 1 e trasferite, per motivi sistematici, nel nuovo capoverso 1^{bis}.

Capoverso 3: cfr. spiegazioni all'articolo 6 della nuova LCart.

Capoverso 4: la presente revisione si attiene alla concezione di base approvata dal legislatore nel 2003, ossia al sanzionamento nonostante notifica, ma soltanto a determinate condizioni. Tuttavia, due modifiche mirano a migliorare notevolmente nella prassi il funzionamento della procedura di opposizione sia per le imprese che per l'Autorità della concorrenza.

In primo luogo, il termine entro il quale l'Autorità della concorrenza deve intervenire viene ridotto da cinque a due mesi. Di conseguenza, la sanzionabilità del progetto notificato viene definitivamente meno se l'Autorità della concorrenza non avvia un esame preliminare o non apre un'inchiesta entro due mesi. Se, a posteriori, il comportamento dovesse rivelarsi incompatibile con la legge sui cartelli, i tribunali potrebbero vietarlo solamente per il futuro.

In secondo luogo, solamente l'avvio di un'inchiesta formale ai sensi dell'articolo 27 LCart espone ora le imprese al rischio di essere sanzionate. Sinora, ciò avveniva già con l'avvio di un'inchiesta preliminare informale ai sensi dell'articolo 26 LCart. Ora, l'impresa può dunque scegliere di attuare il suo progetto «in via provvisoria» (vale a dire fino all'eventuale avvio di un'inchiesta formale e, quindi, oltre il periodo di due mesi) senza esporsi al rischio di sanzionamento. Lo scopo è quello di poter giudicare in base ai risultati di mercato se, nella prassi, i progetti critici (ossia quando la loro notifica non comporta immediatamente l'avvio di un'inchiesta o quando una tale inchiesta non fa rapidamente seguito all'esame preliminare) esercitano o meno un effetto negativo sulla concorrenza.

Se, alla fine di un esame preliminare, l'Autorità della concorrenza giunge alla conclusione che la pratica notificata (eventualmente in forma adattata) presenta effettivamente, sulla base dei suoi effetti concreti di mercato, indizi di una limitazione illecita della concorrenza, essa comunicherà all'impresa l'avvio imminente di un'inchiesta. Fino a tale momento, l'impresa ha la possibilità di rinunciare alla pratica limitativa della concorrenza o di adeguarla, d'intesa con l'Autorità della concorrenza. L'impresa rischia di essere sanzionata soltanto se continua ad attuare, anche dopo l'avvio di un'inchiesta formale, la pratica contestata e se quest'ultima si rivela poi essere incompatibile con la LCart.

2.8 Valutazione (capitolo 8)

Articolo 59a Valutazione

Dopo la pubblicazione del rapporto del Consiglio federale sulla valutazione della LCart e sulla procedura da seguire in futuro, l'attuale articolo sulla valutazione è da considerarsi adempiuto. Convinto che la procedura seguita in passato si sia dimostrata valida, il Consiglio federale propone di prevedere, a scadenze regolari, una valutazione da presentare al Parlamento sull'efficacia e sui provvedimenti disposti dalla LCart. Mediante tale valutazione, il Consiglio federale e il Parlamento avranno regolarmente l'opportunità di esprimersi in merito all'operato dell'Autorità della concorrenza – entità indipendente e non vincolata a direttive – e delle istanze superiori.

2.9 Tasse (capitolo 9)

Articolo 59b Tasse dell'Autorità della concorrenza

Per ragioni sistematiche, l'obbligo di versare tasse per procedure e prestazioni previste dalla LCart – che sinora era già disciplinato in una propria sezione del capitolo 4 all'articolo 53a – viene ora trasferito nel nuovo capitolo 9.

A causa degli adeguamenti istituzionali, nell'ingresso del capoverso 1 dev'essere specificato che l'articolo 59b disciplina la riscossione di tasse da parte dell'Autorità della concorrenza.

Con l'eliminazione della dicitura «le decisioni relative a» all'inizio della lettera a del capoverso 1, si intende specificare che le imprese possono essere costrette al versamento di tasse qualora un'inchiesta preliminare contro di loro evidenziasse la presenza di indizi di una limitazione illecita della concorrenza, anche se tale inchiesta venisse sospesa unicamente in virtù di un adeguamento o dell'eliminazione della pratica in questione da parte delle imprese interessate. Questa regolamentazione, improntata invece al principio di causalità e di soccombenza e derivata attualmente dall'articolo 3 capoverso 2 lettera b dell'ordinanza sugli emolumenti LCart, necessita di un chiarimento nella LCart, dato che le inchieste preliminari ai sensi dell'articolo 26 – benché menzionate esplicitamente nell'attuale rimando del capoverso 1 lettera a – non vengono concluse mediante una decisione.

Nel contempo, con l'integrazione della lettera c viene fissata in una base legale esplicita l'attuale prassi delle autorità in materia di concorrenza secondo cui sia il ricorso a consulenze che la trattazione di annunci in una procedura di opposizione sono soggetti a tasse. Tali tasse vengono attualmente riscosse in base al capoverso 1 lettera c quali «altre prestazioni» e in base all'articolo 1 capoverso 1 lettera b dell'ordinanza sugli emolumenti LCart. Quest'obbligo di versare tasse, mai messo in discussione, deriva dal principio di causalità. Analogamente all'obbligo di versare tasse per perizie, esso porta a una regolamentazione uniforme dell'obbligo di versare tasse nei casi in cui l'Autorità della concorrenza viene consultata dalle imprese per il chiarimento di una questione di diritto dei cartelli.

Il capoverso 2 dispone che, nei casi che culminano in una decisione del Tribunale federale della concorrenza ai sensi dell'articolo 30 capoverso 1 LCart, le tasse dell'Autorità della concorrenza relative alle procedure da lei condotte secondo gli articoli 26-31 non vengono imposte dall'autorità stessa, bensì dal Tribunale federale della concorrenza nell'atto stesso della decisione. Ciò avviene in considerazione del principio di soccombenza, come fissato nel capoverso 3 lettera c. Prima della decisione del tribunale non si può dichiarare se gli indizi di una limitazione della concorrenza si siano rivelati fondati o meno.

Capoverso 3: qui si consolida a livello di legge la situazione giuridica specificata sinora dagli articoli 2 e 3 dell'ordinanza sugli emolumenti LCart. In tal modo, la LCart dispone ora di una regolamentazione chiara sia in relazione all'obbligo di versare tasse ispirato al principio di causalità (prima frase) sia per i casi in cui non vengono riscosse tasse in virtù del principio di soccombenza (seconda frase). I casi di esenzione da tasse elencati alle lettere da a-c corrispondono, sul piano del contenuto, alla regolamentazione prevista dalla suddetta ordinanza (cfr. art. 3 cpv. 2 OEmLCart).

Capoverso 5: menzionando esplicitamente nella LCart i casi di esenzione da tasse, sinora disciplinati nell'ordinanza sugli emolumenti (art. 3 cpv. 2), la competenza regolamentare del Consiglio federale viene limitata al disciplinamento dell'obbligo di versare tasse delle autorità della Confederazione, dei Cantoni, dei Comuni e delle organizzazioni intercantonali. In tal modo si crea una base legale per il disciplinamento dell'articolo 3 capoverso 1 dell'ordinanza sugli emolumenti LCart.

Il Consiglio federale dovrà conformare l'ordinanza sugli emolumenti LCart alle suddette modifiche.

Articolo 59c Tasse del Tribunale della concorrenza

Secondo il capoverso 1, per quanto concerne le tasse, l'articolo 63 PA è applicabile per analogia, vale a dire che si applica alle procedure di prima istanza dinanzi al Tribunale federale della concorrenza. È fatta salva la tassa ai sensi dell'articolo 59b capoverso 2 della nuova LCart. Il capoverso 2 prevede l'emanazione da parte del Tribunale federale della concorrenza di un regolamento sulle tasse di giustizia e sulle indennità per le parti, i patrocinatori d'ufficio, i periti e i testimoni (cfr. art. 16 cpv. 1 lett. LTAF).

2.10 Disposizioni transitorie e finali

Nell'eventualità di una revisione della legge che preveda una riorganizzazione istituzionale e modifiche materiali, saranno elaborate per il messaggio disposizioni transitorie e finali. Queste ultime dovranno riferirsi, in particolare, alle procedure pendenti e a eventuali termini transitori nonché all'assunzione di personale per le autorità in materia di concorrenza attuali.

3 Ripercussioni

3.1 Ripercussioni per la Confederazione

La creazione di un tribunale federale della concorrenza determina costi supplementari rispetto all'organizzazione attuale. Le risorse in termini finanziari e di

personale del Tribunale federale della concorrenza possono provenire da due fonti: diversi giudici del Tribunale amministrativo federale, unitamente a cancellieri e personale di segreteria, si occupano già oggi ampiamente di questioni attinenti al diritto della concorrenza. Dal momento che, secondo l'avamprogetto, il Tribunale amministrativo federale non sarà più l'istanza di ricorso, questi posti possono essere assegnati al Tribunale federale della concorrenza. Inoltre l'odierna Comco dispone attualmente di 705'000 fr.

Un determinato onere supplementare per l'attuazione, di rilevanza economica, della politica della concorrenza non è tuttavia da escludere e può contribuire a una maggiore qualità della politica svizzera in tale ambito. Le procedure condotte con risorse esigue comportano lunghe procedure di ricorso e un maggiore rischio che le imprese imputate possano sottrarsi infine ai provvedimenti previsti lamentando vizi di procedura.

3.2 Ripercussioni per i Cantoni

Attualmente, l'applicazione del diritto dei cartelli viene effettuata in larga misura mediante la via del diritto pubblico. Essendo gli organi della Confederazione competenti in questa materia, la riforma apporta solo pochi cambiamenti all'onere per i Cantoni. L'ampliamento degli strumenti di diritto civile potrebbe portare a un maggiore ricorso ai tribunali penali cantonali. Tuttavia, nel caso delle azioni di risarcimento è più probabile che verranno disciplinate confrontando l'esito della procedura di diritto amministrativo e che porteranno a un processo civile solo in casi sporadici. Contrastare i cartelli regionali (che possono sfuggire all'Autorità della concorrenza e che danneggiano i clienti finali) rientra nell'interesse dell'efficienza economica dei singoli Cantoni.

3.3 Ripercussioni per l'economia

3.3.1 Necessità di un intervento statale

L'evoluzione istituzionale e procedurale del diritto in materia di cartelli non ha tenuto sufficientemente conto dell'evoluzione del diritto materiale. Inoltre, il Consiglio federale intende prendere in considerazione i risultati emersi dalla valutazione della LCart in tempo utile.

3.3.2 Ripercussioni per i vari attori economici

Accordi

Nel caso di accordi concernenti il diritto dei cartelli le imprese beneficeranno in futuro di maggiore chiarezza e sicurezza giuridica in merito alla loro libertà di manovra imprenditoriale. Secondo la valutazione della LCart, la regolamentazione attuale, che prevede per le due forme di accordi verticali la presunzione di soppressione della concorrenza (art. 5 cpv. 4 LCart) ha generato gli stessi effetti di un divieto assoluto di tali accordi. I consulenti giuridici hanno dovuto – anche per la

manca di una prassi giudiziaria – sconsigliare tali accordi, anche nel caso in cui avrebbero potuto determinare una maggiore efficacia economica. La variante 1 chiarisce il margine di manovra delle imprese in merito al rischio di sanzioni. La variante 2 crea un porto sicuro per le imprese. La restante insicurezza relativa alla possibilità di sanzioni non è maggiore rispetto a quella di altre norme di legge ed è valutabile attraverso la procedura di opposizione.

Non si prevedono conseguenze sfavorevoli per i consumatori a seguito della riforma. Per quanto riguarda il trattamento degli accordi verticali, da un lato entrambe le varianti consentono di agire anche in futuro contro gli accordi problematici. Dall'altro, queste soluzioni permettono l'attuazione di accordi verticali efficienti, il che ricade a vantaggio dei consumatori. Nella variante 2 è previsto che alcuni dettagli vengano precisati in una comunicazione o in un'ordinanza.

Controllo delle concentrazioni

Nel caso delle concentrazioni internazionali, la revisione dei criteri di notifica (criteri d'intervento) comporta uno sgravio amministrativo per le imprese e per l'Autorità della concorrenza. Le fusioni che concernono il SEE o mercati più grandi non devono più essere notificate.

La revisione dei criteri di valutazione (criteri d'ammissione) comporta, in entrambe le varianti, maggiore concorrenza sui mercati, in particolare nella variante 1. La realizzazione della variante 1 aumenta gli oneri a carico delle imprese che si fondono; il test basato sul modello dell'UE (test SIEC) è relativamente oneroso. Dall'altro lato questa variante permette alle imprese di far valere, a determinate condizioni, incrementi di efficienza. Qualora venissero vietate sempre più fusioni, i clienti e i fornitori sarebbero avvantaggiati dalla minore concentrazione di imprese sul mercato corrispondente. Occorre tuttavia considerare anche il fatto che la limitazione del numero di concentrazioni accentuerebbe la restrizione dei diritti di proprietà relativi alle imprese.

La variante 2 della revisione dei criteri di valutazione limita l'onere amministrativo supplementare generato dalla variante 1. Rispetto ad oggi il controllo delle concentrazioni verrebbe inasprito solo nella misura minima indispensabile a livello economico. In molti casi l'attuale controllo delle concentrazioni è solo una pratica amministrativa vuota e senza alcuna utilità economica. Tuttavia la variante 2 non permette di rilevare tutte le limitazioni negative della concorrenza che le concentrazioni possono originare. Inoltre non tiene conto nemmeno dei guadagni di efficienza. Anche in questo caso si giungerebbe a una restrizione dei diritti di proprietà, sebbene in misura minore rispetto alla variante 1.

Cooperazione internazionale

L'ampliamento delle possibilità a livello di cooperazione internazionale dovrebbe consentire agli organi della concorrenza di agire più efficacemente contro il numero crescente di accordi globali. Ciò rientra nell'interesse dei consumatori e delle imprese che rispettano il diritto dei cartelli.

Diritto civile in materia di cartelli

Il lieve ampliamento del diritto civile in materia di cartelli consente a coloro che sono colpiti da limitazioni della concorrenza di rivendicare meglio i propri diritti, a

prescindere dall'ordine di priorità fissato dalle autorità, e di farsi indennizzare per i danni subiti.

3.3.3 Ripercussioni macroeconomiche

Adeguamenti del diritto materiale

Gli adeguamenti del diritto materiale, già trattati al punto 3.3.2, contribuiscono nel loro complesso a promuovere la concorrenza nel senso di una libera economia di mercato. Le indagini economiche affidate a terzi nell'ambito della valutazione della LCart (tra cui Hüschelrath, Kai et al (2009) hanno dimostrato i vantaggi macroeconomici derivati dall'ampliamento degli strumenti della legislazione sui cartelli operato nel 2003. Riprendendo determinati punti critici messi in luce dalla valutazione, le modifiche qui proposte migliorano ulteriormente i vantaggi che l'economia può ricavare dal testo di legge.

Riforma delle istituzioni

Le intenzioni fondamentali espresse dal Consiglio federale nel rapporto di valutazione redatto in adempimento dell'articolo 59a restano quindi valide, in particolare il potenziamento dell'indipendenza, l'accelerazione delle procedure, il chiarimento del ruolo della Segreteria e della Comco attraverso la creazione di un'unica autorità o attraverso la separazione delle due istituzioni e infine l'esame di un'apertura delle regolamentazioni istituzionali all'inclusione di sanzioni contro le persone fisiche. Le proposte qui illustrate per l'attuazione di tali obiettivi consentono di rafforzare lo Stato di diritto, un aspetto centrale della vita economica.

In particolare si garantisce che le decisioni rilevanti della politica svizzera in materia di concorrenza vengano prese nel modo più indipendente possibile, ma tenendo conto al contempo delle conoscenze e delle esperienze della vita economica reale. La maggiore indipendenza e un grado occupazionale più elevato dei giudici consentono di giungere a una qualità ottimale del processo decisionale, migliorando quindi anche l'efficacia economica della legge sui cartelli.

Inoltre la riduzione del numero di istanze dalle attuali quattro (Segreteria, Comco, Tribunale federale amministrativo e Tribunale federale) a tre (Autorità in materia di concorrenza, Tribunale federale della concorrenza e Tribunale federale) contribuisce a mantenere brevi le procedure fino all'esame delle decisioni in ultima istanza, il che rientra nell'interesse di tutti gli attori economici e in ultima analisi giova anche alla sicurezza degli investimenti.

L'avamprogetto, tuttavia, si spinge anche oltre i limiti della pura politica del sistema economico. Grazie a una riforma al passo con i tempi si riduce nettamente il rischio che lo strumentario attuale in materia di diritto dei cartelli perda improvvisamente incisività nel caso di un esito sfavorevole di alcune sentenze ancora pendenti. Il venir meno dell'effetto preventivo della legge sui cartelli negli anni necessari al legislatore per reagire a tali sentenze avrebbe degli effetti negativi sull'economia nel suo complesso.

3.3.4 Altre regolamentazioni possibili

Adeguamenti del diritto materiale

Dal punto di vista del diritto materiale, l'avamprogetto in consultazione presenta, in due punti, delle varianti. Nella parte generale si rinvia più volte ad altre regolamentazioni possibili.

3.3.5 Idoneità all'attuazione

Uno degli obiettivi perseguiti dal Consiglio federale con questa riforma è l'accelerazione delle procedure. Tale obiettivo viene raggiunto sostanzialmente sostituendo la prima istanza di ricorso con un Tribunale speciale e creando al contempo un'autorità unica, la cui funzione è di muovere l'accusa in presenza di pratiche suscettibili di sanzioni. La specializzazione delle autorità dovrebbe ridurre la frequenza dei casi che, come oggi capita, restano a lungo pendenti dinanzi alla Comco e al Tribunale amministrativo. La revisione permette d'altronde di chiarire alcune questioni giuridiche correlate alle lacune del modello istituzionale attuale e che hanno dato adito a lunghi ricorsi giudicati, per il momento, solo in parte dalle istanze di ricorso.

Questa constatazione dimostra pure che la revisione determina una migliore adeguatezza delle autorità. L'unico inconveniente è che non sia previsto alcun esame giudiziario dell'accertamento dei fatti da parte del Tribunale federale della concorrenza. Un'eventuale estensione del potere d'esame del Tribunale federale è stata respinta dal Parlamento nel corso dei lavori relativi alla legge sull'organizzazione delle autorità penali, motivo per cui non viene riproposta in questa sede.

3.4 Altre ripercussioni

Non ci sono altre ripercussioni di rilievo (ad es. sulla politica estera, l'ambiente e il paesaggio, la pianificazione del territorio, la politica regionale, le agglomerazioni, le generazioni future, le pari opportunità tra uomo e donna, i disabili). La documentazione rispetta le norme sulla protezione dei dati.

4 Rapporto con il programma di legislatura

Il progetto di revisione non è stato preannunciato nel programma di legislatura. I risultati della valutazione non erano ancora disponibili nel momento in cui sono stati definiti gli obiettivi dell'attuale legislatura.

Ciò che depone a favore di una rapida attuazione del progetto di revisione è il fatto che la riforma istituzionale dovrebbe impedire un'improvvisa ristrutturazione delle istituzioni a seguito di tali decisioni guida. A ciò si aggiunge l'incremento di efficienza economica dato dalle riforme del diritto materiale.

Elenco delle abbreviazioni e glossario

CEDU	Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («Convenzione europea dei diritti dell'uomo»)
CET-N	Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio nazionale
CET-S	Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati
COMCO	Commissione della concorrenza
CP	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (CO; RS 311.0)
CPP	Codice di procedura penale svizzero
DFE	Dipartimento federale dell'economia
DPA	Legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo (DPA; RS 313.0)
LCart	Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart; RS 251).
LSPr	Legge del 20 dicembre 1985 sulla sorveglianza dei prezzi (LSPr; RS 942.20)
LTF	Legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (LTF; RS 173.110)
LTFB	Legge federale del 20 marzo 2009 sul Tribunale federale dei brevetti (Legge sul Tribunale federale dei brevetti, LTFB; RS 173.41).
OCCI	Ordinanza del 17 giugno 1996 concernente il controllo delle concentrazioni di imprese (OCCI; RS 251.4)
OEm-LCart	Ordinanza del 25 febbraio 1998 sugli emolumenti nell'ambito della legge sui cartelli (ordinanza sugli emolumenti LCart, OEm-LCart; RS 251.2)
OS LCart	Ordinanza del 12 marzo 2004 sulle sanzioni in caso di limitazioni illecite della concorrenza (LCart – Ordinanza sulle sanzioni, OS LCart; RS 251.5)
PA	Legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA; RS 172.021)
RG	Regolamento interno del 1° luglio 1966 della Commissione della concorrenza (regolamento interno, RG; RS 251.1)
SEE	Spazio economico europeo
SIEC	Significant Impediment to Effective Competition: test correntemente in uso nell'UE per valutare le concentrazioni di imprese

Bibliografia

- Baudenbacher, Carl (2009): Evaluation Kartellgesetz - Institutionelles Setting / Vertikale Abreden / Sanktionierung von Einzelpersonen / Zivilrechtliche Verfahren, Bern
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02365/index.html>
- Der Schweizerische Bundesrat (2009): Bericht des Bundesrates gestützt auf Artikel 59a Kartellgesetz über die Evaluation des Kartellgesetzes und Vorschläge zum weiteren Vorgehen, Bern
<http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/15254.pdf>
- Evaluationsgruppe Kartellgesetz (2008): Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008
<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html>
- Heinemann, Andreas (2009): Evaluation Kartellgesetz - Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Bern
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02367/index.html>
- Hüschelrath, Kai et al. (2009): Evaluation Kartellgesetz - Fallstudien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes, Bern
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02363/index.html>
- Motta, Massimo et al. (2009): Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view
http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BE R.pdf
- OECD (2005): Switzerland - The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, Paris
<http://www.oecd.org/dataoecd/53/12/36488752.pdf>
- Worm, Heike et al. (2009): Evaluation Kartellgesetz - Volkswirtschaftliche Outcome-Analyse, Bern
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02361/index.html>