

12.000

**Messaggio
concernente la revisione della legge sui cartelli e una legge
sull’Autorità della concorrenza**

del ...

Onorevoli presidenti e consiglieri,

con il presente messaggio vi sottoponiamo, per approvazione, il disegno di revisione della legge federale sui cartelli e su altre limitazioni della concorrenza al quale è allegato un disegno di legge sull’Autorità della concorrenza.

Gradite, onorevoli presidenti e consiglieri, l’espressione della nostra alta considerazione.

...

In nome del Consiglio federale svizzero:

La presidente della Confederazione, Eveline Wildmer-Schlumpf
La cancelliera della Confederazione, Corina Casanova

La revisione del testo non è ancora conclusa

Compendio

La legislazione in materia di concorrenza riveste un'importanza capitale ai fini di un'economia efficiente. Per questo motivo, la legge sui cartelli (LCart) è stata rivisitata in quest'ottica nel 1995 e, allo scopo di renderla più incisiva, è stata dotata di nuovi strumenti d'intervento nel 2003 (sanzioni dirette contro le imprese e regime 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 dell'Autorità della concorrenza. In secondo luogo, è risultato necessario rivedere una serie di disposizioni di diritto materiale. Indipendentemente dalla valutazione, la necessità di procedere a una revisione è stata evidenziata da altri fattori di rilievo: il mandato del Parlamento relativo alla trasmissione della mozione Schweiger (07.3856) – che incarica il Consiglio federale di riconsiderare il sistema delle sanzioni – e la situazione economica determinata dall'apprezzamento del franco svizzero, che rende necessaria l'adozione di misure atte a garantire una migliore trasmissione ai clienti finali dei vantaggi offerti da una moneta forte nell'effettuare acquisti all'estero.

Sul fronte della riforma istituzionale, la legge vigente prevede che le decisioni in materia di diritto dei cartelli siano prese da una commissione decisionale indipendente – la Commissione della concorrenza (COMCO) – che si avvale di una propria segreteria. Con la revisione del 2003 le decisioni della COMCO hanno assunto ancor più un carattere pressoché penale. Sotto il profilo del principio di legalità, non convince il fatto che sanzioni amministrative dell'ordine di milioni di franchi vengano emanate da un organo di cui fanno parte anche rappresentanti di associazioni economiche. Per questo motivo, la riforma mira a istituire un'Autorità della concorrenza indipendente che conduca le inchieste e proponga azione dinanzi a un tribunale di prima istanza indipendente, il quale statuisce sui casi. In questo Tribunale della concorrenza la prassi economica sarebbe rappresentata da giudici specializzati, che devono soddisfare severi requisiti in termini di indipendenza da interessi economici e politici. Questo nuovo tribunale sarà integrato a pieno titolo nel Tribunale amministrativo federale.

Dal punto di vista del diritto materiale, il Consiglio federale domanda in primo luogo un adeguamento dell'articolo 5 LCart. Il 17 agosto 2011 l'Esecutivo ha deciso di vietare per legge gli accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone, come pure le imposizioni verticali dei prezzi e gli isolamenti geografici, ammettendo tuttavia alcune possibilità di giustificazione. Questo al fine di rendere più dinamica la concorrenza sul mercato svizzero. La differenza fondamentale rispetto al diritto vigente risiede nel fatto che, nel progetto di revisione proposto, il carattere illecito degli accordi orizzontali e verticali particolarmente nocivi è determinato dalla loro tipologia. Per quanto riguarda le cinque tipologie di accordi già oggi direttamente sanzionabili, non è quindi più necessario provare che pregiudicano considerevolmente la concorrenza.

In secondo luogo, la revisione riguarda la procedura civile relativa al diritto dei cartelli. Oggi sono legittimati all'azione soltanto gli operatori economici il cui accesso alla concorrenza o esercizio della stessa risulta compromesso. Estendendo il diritto d'azione ai clienti finali, si intende correggere la situazione odierna in cui questi ultimi non possono chiedere il risarcimento dei danni subiti a causa di un cartello.

In terzo luogo, il controllo svizzero delle concentrazioni dovrà essere potenziato e semplificato. 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 e i loro effetti deleteri. Per fronteggiare meglio le accumulazioni di potere economico va pertanto ridefinito il criterio di valutazione. Inoltre si intendono ridurre le sovrapposizioni nella verifica delle concentrazioni con definizione internazionale di mercato, nonché armonizzare i termini procedurali con quelli in vigore nell'Unione europea.

In quarto luogo, in risposta all'adozione della mozione Schweiger (07.3856), il Consiglio federale chiede che le sanzioni amministrative siano ridotte per le imprese che adottano misure efficaci ed adeguate al fine di rispettare le disposizioni in materia di cartelli (programmi di conformità). A tal fine occorre adeguare l'articolo 49a LCart.

Infine, urge ottimizzare la procedura di opposizione. Tale procedura ha lo scopo di consentire alle imprese, alla luce della minaccia di ingenti sanzioni, di appurare anticipatamente la liceità di determinate pratiche potenzialmente critiche sotto il profilo del diritto dei cartelli. Per migliorare la funzionalità della procedura di opposizione, l'impresa interessata deve poter essere sanzionata soltanto dopo l'apertura di un'inchiesta formale e non, come sinora, già all'apertura di un'inchiesta preliminare.

La revisione della LCart deve servire a rafforzare la dinamica della concorrenza sul mercato svizzero nell'ottica di una libera economia di mercato. Nello stesso tempo, va aumentata la certezza del diritto. Tra gli strumenti introdotti nel 2003, quelli che si sono rivelati più efficaci devono essere ancor più legittimati attraverso la riforma istituzionale. La revisione tiene conto anche dell'evoluzione della legislazione europea al fine di garantire che l'inquadramento giuridico della concorrenza sia conforme alle esigenze di un'economia caratterizzata da uno dei redditi pro capite più alti al mondo.

Indice

Compendio	2
Abbreviazioni	6
1 Punti essenziali del progetto	9
1.1 Situazione iniziale	9
1.1.1 Evoluzione e valutazione della legge sui cartelli	9
1.1.2 Mozione Schweiger (07.3856)	11
1.1.3 Misure derivanti dall'apprezzamento del franco svizzero	12
1.1.4 Altri interventi parlamentari	12
1.1.5 Obiettivi della revisione secondo il Consiglio federale	14
1.2 Soluzioni analizzate	14
1.2.1 Prima procedura di consultazione	14
1.2.2 Seconda procedura di consultazione: mozione Schweiger	16
1.2.3 Terza procedura di consultazione: articolo 5 LCart	16
1.2.4 Proposte scartate nel quadro della presente revisione	17
1.3 La nuova normativa proposta	18
1.3.1 Resoconto dei risultati della consultazione	18
1.3.2 Potenziamento dell'indipendenza istituzionale	19
1.3.3 Revisione dell'articolo 5 LCart	25
1.3.4 Rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli	27
1.3.5 Controllo delle concentrazioni	28
1.3.6 Riduzione delle sanzioni per le imprese grazie ai programmi di conformità	30
1.3.7 Miglioramento della procedura di opposizione	31
1.4 Spiegazione e valutazione della soluzione proposta	33
1.4.1 Procedure di consultazione	33
1.4.2 Valutazione generale della prima consultazione	34
1.4.3 Valutazione generale della seconda consultazione	35
1.4.4 Valutazione generale della terza consultazione	36
1.5 Correlazione tra compiti e risorse finanziarie	37
1.6 Diritto comparato e relazione con il diritto europeo	37
1.7 Attuazione	39
2 Commento	40
2.1 Modifica della legge sui cartelli	40
2.1.1 Modifiche redazionali	40
2.1.2 Ingresso	40
2.1.3 Disposizioni di diritto materiale (capitolo 2)	40
2.1.3.1 Limitazioni illecite della concorrenza (sezione 1)	40
2.1.3.2 Concentrazioni di imprese (sezione 2)	45
2.1.4 Disposizioni di procedura civile (capitolo 3)	49

2.1.5	Procedura di diritto amministrativo (capitolo 4)	50
2.1.5.1	Autorità della concorrenza e Tribunale della concorrenza (sezione 1)	50
2.1.5.2	Limitazioni della concorrenza (sezione 2)	51
2.1.5.3	Concentrazioni di imprese (sezione 3)	54
2.1.5.4	Procedura e rimedi giuridici (sezione 4)	55
2.1.5.5	Sanzioni amministrative (sezione 6)	60
2.1.5.6	Emolumenti (capitolo 7)	63
2.1.6	Sanzioni penali (capitolo 5)	64
2.1.7	Valutazione (capitolo 6a)	64
2.1.8	Modifiche nella legge sul Tribunale amministrativo federale (LTAF)	64
2.1.9	Modifica della legge sulla trasparenza	68
2.1.10	Disposizioni transitorie e finali	69
2.2	Legge sull'Autorità della concorrenza (LFAcon)	70
2.2.1	L'Autorità della concorrenza	70
2.2.2	Personale	77
2.2.3	Finanziamento e gestione finanziaria	78
2.2.4	Indipendenza e vigilanza	82
2.2.5	Disposizioni finali	83
3	Ripercussioni	85
3.1	Per la Confederazione	85
3.2	Per i Cantoni e i Comuni	86
3.3	Per l'economia	86
3.3.1	Necessità di un intervento statale	86
3.3.2	Per i vari attori economici	86
3.3.3	Ripercussioni macroeconomiche	89
4	Rapporto con il programma di legislatura	90
5	Aspetti giuridici	90
5.1	Costituzionalità e legalità	90
5.2	Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera	93
5.3	Subordinazione al freno delle spese	93
5.4	Conformità alla legge sui sussidi	93
5.5	Delega di competenze legislative	93

Legge federale sui cartelli e su altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart) (Disegno)

Legge federale concernente l'organizzazione dell'Autorità della concorrenza (Legge sull'Autorità della concorrenza, LFAcon) (Disegno)

Abbreviazioni

AFF	Amministrazione federale delle finanze
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
CO	Legge federale del 30 marzo 1911 di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni; RS 220)
COMCO	Commissione della concorrenza
Cost.	Costituzione federale del 18 aprile 1999 della Confederazione Svizzera (RS 101)
CP	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (RS 311.0)
CPP	Codice di procedura penale svizzero del 5 ottobre 2007 (RS 312.00)
DFE	Dipartimento federale dell'economia
DPA	Legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo (RS 313.0)
ICN	International Competition Network
LCart	Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli; RS 251)
LCo	Legge federale del 18 marzo 2005 sulla procedura di consultazione (Legge sulla consultazione; RS 172.061)
LCSI	Legge federale del 19 dicembre 1986 contro la concorrenza sleale (RS 241)
LFACon	Legge federale del ... concernente l'organizzazione dell'Autorità della concorrenza (Legge sull'Autorità della concorrenza)
LIVA	Legge federale del 12 giugno 2009 concernente l'imposta sul valore aggiunto (Legge sull'IVA; RS 641.20)
LMI	Legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno (RS 943.02)
LNA	Legge federale del 21 dicembre 1948 sulla navigazione aerea (RS 748.0)
LOTC	Legge federale del 6 ottobre 1995 sugli ostacoli tecnici al commercio (RS 946.51)
LPers	Legge del 24 marzo 2000 sul personale federale (RS 172.220.1)

LResp	Legge federale del 14 marzo 1958 sulla responsabilità della Confederazione, dei membri delle autorità federali e dei funzionari federali (Legge sulla responsabilità; RS 170.32)
LRTV	Legge federale del 24 marzo 2006 sulla radiotelevisione (RS 784.40)
LSPr	Legge federale del 20 dicembre 1985 sulla sorveglianza dei prezzi (RS 942.20)
LSu	Legge federale del 5 ottobre 1990 sugli aiuti finanziari e le indennità (Legge sui sussidi; RS 616.1)
LTAF	Loi del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale (RS 173.32)
LTC	Legge del 30 aprile 1997 sulle telecomunicazioni (RS 784.10)
LTFB	Legge del 20 marzo 2009 sul Tribunale federale dei brevetti (RS 173.41)
LTras	Legge federale del 17 dicembre 2004 sul principio di trasparenza dell'amministrazione (Legge sulla trasparenza; RS 152.3)
LTF	Legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (RS 173.110)
LTFB	Legge del 20 marzo 2009 sul Tribunale federale dei brevetti (RS 173.41)
MPC	Ministero pubblico della Confederazione
OCCI	Ordinanza del 17 giugno 1996 concernente il controllo delle concentrazioni di imprese (RS 251.4)
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
OEm-LCart	Ordinanza del 25 febbraio 1998 sugli emolumenti nell'ambito della legge sui cartelli (Ordinanza sugli emolumenti LCart; RS 251.2)
OIVA	Ordinanza del 27 novembre 2009 concernente l'imposta sul valore aggiunto (Ordinanza sull'IVA; RS 641.021)
OPers	Ordinanza del 3 luglio 2001 sul personale federale (RS 172.220.111.3)
OS LCart	Ordinanza del 12 marzo 2004 sulle sanzioni in caso di limitazioni illecite della concorrenza (LCart – Ordinanza sulle sanzioni; RS 251.5)
PA	Legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (RS 172.021)
RG	Regolamento interno del 1° luglio 1996 della Commissione della concorrenza (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)
TAF	Tribunale amministrativo federale
UE	Unione europea

Messaggio

1 Puntii essenziali del progetto

1.1 Situazione iniziale

1.1.1 Evoluzione e valutazione della legge sui cartelli

In seguito alla decisione della Svizzera di non aderire allo Spazio economico europeo (SEE) nel 1992 e al fine di migliorare le condizioni quadro d'intervento per tenere conto della globalizzazione dei mercati, abbiamo elaborato, all'inizio degli anni Novanta, un ampio programma di «rinnovamento dell'economia di mercato»; uno degli obiettivi del programma consisteva nella definizione di una legge sui cartelli più dissuasiva¹. La revisione del 1995 della LCart ha dato il via a un riorientamento radicale del diritto in materia di concorrenza svizzera, il cui criterio centrale consisteva nell'incentivare una concorrenza efficace. Sul piano materiale, la LCart del 1995 poggia su tre pilastri: la lotta contro gli accordi illeciti in materia di concorrenza (art. 5 LCart) e le pratiche illecite delle imprese che dominano il mercato (art. 7 LCart), nonché il controllo delle concentrazioni d'impreses (art. 9 LCart).

La revisione parziale della LCart, entrata in vigore il 1° aprile 2004, aveva l'obiettivo di completare il cambiamento di paradigma annunciato nella revisione del 1995, in particolare mediante l'introduzione di sanzioni dirette, di un regime di clemenza e della possibilità di effettuare perquisizioni domiciliari. Nonostante queste importanti modifiche di natura materiale, da allora la struttura istituzionale è rimasta sostanzialmente inalterata.

Conformemente all'articolo 59a LCart, nel 2008 il gruppo addetto alla valutazione della legge sui cartelli (Gruppo valutazione) ha avviato una valutazione della legge, affinché il nostro Collegio potesse presentare, entro i termini stabiliti, un rapporto alle vostre Camere. Il 5 dicembre 2008 il Gruppo valutazione ha trasmesso il proprio rapporto di sintesi al Dipartimento federale dell'economia (DFE)². Il rapporto presenta un bilancio complessivamente positivo dell'attuazione della legge: in particolare i nuovi strumenti introdotti nel 2003 consentono di migliorare l'effetto preventivo e devono dunque essere mantenuti.

Tuttavia, il Gruppo valutazione ha individuato, a più livelli, una necessità d'intervento e un potenziale di sviluppo, il che depone a favore di una revisione, riguardante soprattutto una riforma della struttura istituzionale. Per quanto riguarda le modifiche da apportare alla legge, è apparso prioritario: conferire maggior indipendenza alle autorità della concorrenza e professionalizzare gli organi decisionali

¹ Messaggio del 23 novembre 1994 concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (FF 1995 I 389).

² Cfr.: <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/01035/index.html?lang=it>.

mediante un grado occupazionale più elevato; definire una base legale formale che, a determinate condizioni, consenta una collaborazione più stretta con le autorità della concorrenza estere; armonizzare i controlli svizzeri sulle concentrazioni di imprese con quelli dell'Unione europea (UE); nonché, per le restrizioni agli accordi verticali, rinunciare alla presunzione di soppressione della concorrenza prevista nella legge in vigore. Il Gruppo valutazione menziona anche altri miglioramenti auspicabili nell'ambito di una revisione della legge, quali il potenziamento delle disposizioni del diritto civile in materia di cartelli, il miglioramento del diritto procedurale, la conferma della sanzionabilità dei cartelli duri («hard core») illeciti (a prescindere dalla confutazione della soppressione della concorrenza), il miglioramento della procedura di opposizione e l'esame della possibilità di sanzionare le persone fisiche.

Il Gruppo valutazione ha basato il proprio lavoro sulle principali raccomandazioni emanate dal Comitato Concorrenza dell'OCSE nel 2006 in seguito a un esame della politica svizzera in materia di concorrenza³. Secondo queste raccomandazioni era necessario: rendere più indipendente l'autorità decisionale, potenziare l'effetto dissuasivo della LCart, inasprire il controllo delle concentrazioni, sanzionare le persone fisiche, accelerare le procedure e intensificare la collaborazione internazionale.

Il 25 marzo 2009 il nostro Collegio ha approvato il rapporto, indirizzato al Parlamento, sulla valutazione della LCart conformemente all'articolo 59a LCart⁴, comunicando nel contempo i provvedimenti che intendeva adottare. Nel proprio rapporto il nostro Collegio ha fondamentalmente ripreso i risultati della valutazione, proponendo al legislatore di mantenere in sostanza l'attuale approccio della LCart come pure i nuovi strumenti. Analogamente al Gruppo valutazione, anch'esso ha riconosciuto varie lacune nella legge odierna e ha incaricato il DFE di elaborare un progetto di revisione entro la primavera del 2010. L'incarico si basava sugli aspetti emersi dalla valutazione, ai quali il nostro Collegio ha aggiunto un punto che si è rivelato essenziale per la riforma istituzionale, ossia la necessità di esaminare provvedimenti volti ad accelerare le procedure e, se del caso, di elaborare proposte di modifica della legge che vadano in tal senso.

Il progetto di revisione della LCart, in consultazione dal 30 giugno al 19 novembre 2010, prevedeva dunque sei punti: la riforma istituzionale dell'Autorità della concorrenza, il miglioramento della procedura di opposizione, la revisione del trattamento degli accordi verticali, il rafforzamento e la semplificazione del controllo delle concentrazioni, una migliore cooperazione – sancita nella legge – con le autorità

³ Cfr. OCSE, *Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation*, «La réforme de la réglementation en Suisse: le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation», Parigi, 2006 (esame dell'OCSE della riforma della regolamentazione in Svizzera; disponibile in inglese, francese e spagnolo).

⁴ Scaricabile (in francese e tedesco) dal sito:
<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/01035/index.html?lang=it>

della concorrenza estere e il rafforzamento della procedura civile in materia di cartelli.

1.1.2 Mozione Schweiger (07.3856)

In concomitanza con la valutazione e con i conseguenti lavori, da cui è scaturito il primo progetto di revisione della LCart posto in consultazione nel giugno 2010, il Parlamento ha trattato la mozione Schweiger (07.3856) «Un sistema di sanzioni più equilibrato ed efficace per la normativa svizzera sui cartelli». 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 della sanzione e, secondariamente, che la LCart preveda sanzioni penali anche contro le persone fisiche. Essendoci sempre opposti all'attuazione della mozione Schweiger, abbiamo proposto di respingerla, temendo che, in generale, essa potesse ridurre la forza d'impatto della LCart.

Inizialmente la mozione chiedeva che l'adozione dei suddetti programmi di conformità comportasse l'esenzione completa dalle sanzioni. Ritenendola tuttavia una misura eccessiva, il Consiglio nazionale ha modificato questo punto della mozione, prevedendo unicamente un'attenuazione delle sanzioni. Il 21 settembre 2010 il Consiglio degli Stati ha adottato la nuova versione della mozione.

I dibattiti in seno al Consiglio degli Stati si sono basati su un documento dell'Amministrazione in cui venivano presentate diverse opzioni d'attuazione⁵ e su una perizia della cui redazione il dipartimento competente aveva incaricato alcuni esperti di diritto penale durante il primo trimestre 2010⁶, in vista della prospettata trasmissione della mozione Schweiger. Sulla base di questa perizia (redatta dai professori di diritto penale Günter Heine, Università di Berna, e Robert Roth, Università di Ginevra), nonché dei lavori interni all'Amministrazione, il 30 marzo 2011 abbiamo avviato una seconda procedura di consultazione, che si è conclusa il 6 luglio 2011. In questo contesto ci siamo dichiarati disposti a recepire la prima parte della mozione, ossia la riduzione della sanzione per le imprese che adottano programmi di conformità, ma abbiamo ribadito le nostre riserve sull'introduzione di sanzioni penali contro le persone fisiche.

⁵ Disponibile sul sito: <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=it>

⁶ Disponibile (in francese e tedesco) sul sito:
<http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=it>

1.1.3 Misure derivanti dall'apprezzamento del franco svizzero

In seguito al forte apprezzamento del franco svizzero, alcuni settori, in particolare quello dell'esportazione, stanno affrontando difficoltà economiche. Questa situazione preoccupante ci ha spinti ad adottare, il 17 agosto 2011, un pacchetto di misure destinate a sostenere la piazza economica svizzera⁷. Alle misure proposte è sottesa l'intenzione di stimolare la concorrenza in Svizzera al fine di garantire una migliore trasmissione dei benefici sui costi di cui usufruiscono le imprese che fanno acquisti all'estero. Gli accordi tra imprese possono ostacolare questo effetto e pregiudicano così la concorrenza nazionale perché le imprese attive sul mercato svizzero od orientate all'esportazione e i clienti finali non possono beneficiare dei vantaggi legati ai cambi. Per questa ragione, il DFE è stato incaricato di rivedere l'articolo 5 LCart allo scopo di rendere più efficace il divieto degli accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone come pure le imposizioni verticali dei prezzi e gli isolamenti geografici, ammettendo tuttavia alcune possibilità di addurre motivi di giustificazione per tali accordi.

Per garantire la rapida attuazione di un adeguamento della legge, la terza procedura di consultazione sulla revisione della LCart si è svolta (a seguito della decisione del 23 settembre 2011) il 5 ottobre 2011 sotto forma di conferenza, in virtù dell'articolo 7 della legge federale sulla procedura di consultazione (LCo). Ai partecipanti invitati è stata comunque data la possibilità di inviare un parere scritto entro il 10 ottobre 2011.

1.1.4 Altri interventi parlamentari

Il 19 settembre 2011 il Consiglio nazionale ha respinto, per un solo voto e senza discussioni, la mozione de Buman (10.3302) «A favore di una vera concorrenza e di prezzi più bassi». La mozione riprendeva le raccomandazioni di base scaturite dall'esame della politica svizzera in materia di concorrenza svolto dall'OCSE nel 2006 (cfr. n. 1.1.1).

L'iniziativa parlamentare Kaufmann (08.443): «Mulle contro i cartelli. Rischi per l'esistenza delle imprese», in fase di deliberazione parlamentare, chiede che, in presenza di programmi di conformità, sia ammessa l'esenzione da sanzioni e che siano introdotte pene detentive per i collaboratori che partecipano intenzionalmente a un accordo in materia di concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 3 LCart riunendo imprese che assieme rappresentano una parte di mercato superiore al 30 per cento. Chiedendo l'esenzione da sanzioni, tale l'iniziativa si spinge oltre la

⁷ Cfr. comunicati stampa sui seguenti siti:
<http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=it&msgid=40629> e
<http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=it&msgid=40867>

versione della mozione Schweiger trasmessa dal Consiglio nazionale. Il 30 marzo 2010, tenuto conto dei lavori avviati nel quadro della trattazione della mozione Schweiger, la Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati (CET-S) ha deciso di non dare seguito, almeno per il momento, all'iniziativa parlamentare. L'oggetto dovrà ora essere dibattuto in seno al Consiglio nazionale.

Nel quadro delle discussioni sulla forza del franco e sulla trasmissione – ritenuta insufficiente – dei vantaggi legati alle valute, il 30 settembre 2011 sono state presentate quattro mozioni al Consiglio nazionale.

- La mozione Birrer-Heimo (11.3984): «Revisione della legge sui cartelli contro le diversificazioni illecite dei prezzi» incarica il nostro Collegio di definire, in un nuovo articolo della legge sui cartelli, il principio secondo cui le imprese che vendono i loro prodotti all'estero a prezzi più bassi che in Svizzera assumono un comportamento illecito, se si rifiutano di rifornire le aziende o i consumatori svizzeri, passando da servizi di vendita esteri, ai prezzi e alle condizioni commerciali ivi applicate o se applicano misure volte a impedire che terzi possano rispondere alla domanda in Svizzera.
- La mozione Birrer-Heimo (11.3985): «Revisione della legge sui cartelli al fine di rafforzare i diritti delle organizzazioni dei consumatori» incarica il nostro Collegio di modificare l'articolo 26 LCart in modo da rafforzare i diritti delle organizzazioni dei consumatori, conferendo loro la facoltà di effettuare inchieste preliminari.
- La mozione Birrer-Heimo (11.3986): «Misure efficaci contro i prodotti d'importazione eccessivamente cari» incarica il nostro Collegio di sottoporre al Parlamento una modifica della legge sulla sorveglianza dei prezzi affinché il campo d'applicazione del sorvegliante dei prezzi sia applicabile, ai sensi dell'articolo 2, anche alle imprese che vendono prodotti di marca d'importazione in Svizzera a prezzi notevolmente più alti di quelli applicati nel Paese d'origine.
- La mozione Leutenegger Oberholzer (11.4004): «Divieto di stipulare accordi anticoncorrenziali» incarica il nostro Collegio di garantire, modificando in particolare l'articolo 5 LCart, una lotta realmente efficace contro la stipula di contratti anticoncorrenziali al fine di favorire la riduzione dei prezzi elevati in Svizzera. Concretamente, l'autore della mozione chiede che, in generale, vengano vietati tutti gli accordi, fatta eccezione per quelli stipulati per esigenze aziendali la cui necessità dovrà comunque essere comprovata dalle singole aziende.

Il nostro Collegio propone di respingere queste quattro mozioni per le ragioni menzionate nelle risposte del 16 novembre 2011. Il 21 dicembre 2011 il Consiglio nazionale ha respinto le ultime tre mozioni di cui sopra; ha invece approvato la mozione Birrer-Heimo (11.3984) con 113 voti contro 74. Il Consiglio degli Stati non ha ancora trattato l'oggetto; poiché resta da decidere se la mozione sarà trasmessa, la questione non è approfondita in questa sede.

1.1.5 Obiettivi della revisione secondo il Consiglio federale

La revisione parziale della LCart ha lo scopo di promuovere la *dinamica della concorrenza* sul mercato svizzero nell'ottica di una libera economia di mercato. Per potenziare gli *strumenti efficaci sul versante della prevenzione*, introdotti nel quadro della revisione della LCart nel 2003, la revisione in oggetto si propone di aumentare la *certezza del diritto* nonché l'*efficacia* nell'attuazione della politica di concorrenza, garantendo in particolare la *netta separazione* tra le inchieste e le decisioni in materia di diritto dei cartelli. Essa tiene inoltre conto dell'evoluzione della legislazione europea al fine di garantire che l'attuazione della normativa in materia di cartelli rifletta le esigenze di un'economia all'avanguardia e altamente integrata nel commercio internazionale.

1.2 Soluzioni analizzate

1.2.1 Prima procedura di consultazione

Struttura istituzionale

Con la revisione inviata in consultazione il 30 giugno 2010 si proponeva di istituire un'autorità della concorrenza indipendente che conducesse le inchieste e proponesse azione, nonché un tribunale di prima istanza indipendente che valutasse i casi.

In primo luogo, l'attuale segreteria della Commissione della concorrenza (COMCO) doveva essere valorizzata e divenire un'autorità autonoma in materia di concorrenza, cioè indipendente dal Consiglio federale e da interessi di ordine economico.

In secondo luogo, si proponeva di istituire un nuovo Tribunale federale della concorrenza, indipendente dall'Autorità della concorrenza, incaricato di decidere in materia di accordi illeciti e abusi del potere di mercato e di infliggere le sanzioni del caso. Il Tribunale sarebbe stato composto dei giudici del Tribunale amministrativo federale (TAF) preposti alle questioni concernenti la legislazione sui cartelli e di esperti indipendenti che (analogamente ai membri della COMCO) fossero imparziali e potessero garantire il legame con la realtà economica e con la giurisprudenza pronunciata in materia di concorrenza.

In terzo luogo, si proponeva che le decisioni del Tribunale della concorrenza fossero direttamente impugnabili dinanzi al Tribunale federale in modo da accelerare considerevolmente le procedure di ricorso fino all'emanazione della decisione di ultima istanza.

Disposizioni materiali

Il nostro Collegio ha inoltre proposto di modificare la procedura di opposizione ai sensi della LCart (art. 49a cpv. 3 lett. a LCart): questa prevede che un'impresa possa preannunciare all'Autorità della concorrenza le pratiche che intende adottare nel caso in cui tali pratiche possano essere considerate limitazioni illecite della concorrenza. La nostra proposta era di ridurre da cinque a due mesi dalla ricezione della notifica il termine entro il quale l'Autorità della concorrenza deve agire affinché

un'impresa possa essere sanzionata per la pratica che intende perseguire. Le imprese, inoltre, avrebbero dovuto essere esposte al rischio di essere sanzionate solamente all'avvio di un'inchiesta formale ai sensi dell'articolo 27 LCart e non già, come sinora, all'apertura di un'inchiesta preliminare ai sensi dell'articolo 26 LCart.

Per quanto riguarda la proposta di adeguamento dell'articolo 5 capoverso 4 LCart, concernente gli accordi sui prezzi e sulle delimitazioni geografiche (assegnazione di zone), stipulati tra imprese appartenenti a diversi livelli di mercato (cosiddetti accordi verticali), il nostro Collegio ha presentato due soluzioni finalizzate entrambe a un trattamento differenziato di tali accordi; affinché, piuttosto che essere vietati a priori, questi accordi siano valutati caso per caso. La prima variante prevedeva di confutare la presunzione di soppressione della concorrenza dovuta agli accordi verticali sui prezzi e la ripartizione per zone (l'art. 5 cpv. 4 LCart andrebbe quindi abrogato) e di passare sistematicamente a una valutazione caso per caso mantenendo però le sanzioni di cui all'articolo 5 capoverso 4 per entrambe le forme di accordi. Nella seconda variante veniva invece mantenuta la presunzione di soppressione della concorrenza alla luce dell'elevato potenziale di nocività dei due tipi di accordi; la disposizione veniva però completata con la creazione di «zone di sicurezza» per gli accordi verticali che toccano una quota di mercato esigua o che sono conformi alle disposizioni dello SEE.

Nell'ottica di modernizzare il controllo delle concentrazioni di imprese, il nostro Collegio ha proposto innanzitutto di identificare meglio gli effetti anticoncorrenziali derivanti dalle concentrazioni di imprese e, secondariamente, di diminuire gli oneri amministrativi in caso di concentrazioni con definizione internazionale del mercato, affrontando così il problema delle sovrapposizioni di compiti o di competenze che si verificano in caso di fusioni internazionali. Quanto alla modifica dei criteri di valutazione del controllo di concentrazioni, il nostro Collegio ha proposto due varianti: la prima prevedeva di adottare i criteri applicati nell'UE (test SIEC [*Significant Impediment to Effective Competition*]) al fine di vietare le concentrazioni che comportano un notevole pregiudizio della concorrenza; la seconda, invece, prevedeva di mantenere come criterio rilevante per la valutazione di una concentrazione solo quello del controllo del mercato, omettendo la condizione dell'eliminazione della concorrenza attraverso la concentrazione. Nel quadro della revisione si proponeva inoltre di armonizzare i termini e le procedure con quelli dell'UE e di imporre al Tribunale della concorrenza un termine ordinatorio di tre mesi per decidere in merito a eventuali ricorsi riguardanti il controllo delle concentrazioni.

Sempre parte del progetto di revisione era la proposta 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.

Il nostro Collegio ha infine proposto di potenziare le disposizioni di diritto civile, estendendo il diritto d'azione, oggi prerogativa dei concorrenti, a tutte le parti coinvolte nel cartello. Inoltre, il termine di prescrizione nel diritto civile in materia di cartelli sarebbe stato sospeso dall'avvio di un'inchiesta fino al passaggio in giudicato della decisione.

1.2.2 Seconda procedura di consultazione: mozione Schweiger

La revisione proposta nel quadro della seconda procedura di consultazione era costituita da due parti, corrispondenti alle due richieste espresse nella mozione Schweiger. In primo luogo, la mozione chiedeva che le imprese operanti secondo programmi di conformità potessero beneficiare di una riduzione della sanzione. Per soddisfare tale richiesta, occorreva fare in modo che tali programmi fossero menzionati espressamente nella legge, ossia modificare l'articolo 49a LCart affinché i provvedimenti adeguati all'attività commerciale e al settore interessato volti a impedire violazioni del diritto dei cartelli fossero considerati un fattore atto a ridurre le sanzioni, a condizione che le imprese fornissero una documentazione sufficiente sull'adozione e l'efficacia di tali provvedimenti.

La seconda richiesta della mozione, relativa all'introduzione di sanzioni nei confronti di persone fisiche, si è tradotta nell'elaborazione di due varianti d'attuazione, proposte nel quadro del progetto di revisione: l'emanazione di provvedimenti amministrativi (variante A) o di sanzioni penali (variante B). I provvedimenti amministrativi previsti nella prima variante consistevano, da un lato, nel divieto totale o parziale di esercitare l'attività professionale per le imprese che partecipano a un accordo di cartello e, dall'altro, nella possibilità di confiscare le parti del salario (p. es. bonus) ottenuti dal collaboratore responsabile in seguito al cartello. Le sanzioni penali proposte nella seconda variante, che interpretava la mozione Schweiger alla lettera, consistevano in una pena pecuniaria o una pena detentiva sino a tre anni. La variante B prevedeva due procedure indipendenti tra loro: l'inchiesta dell'Autorità della concorrenza, che si conclude con la decisione del Tribunale federale della concorrenza, sarebbe stata rivolta unicamente contro l'impresa, mentre la procedura nei confronti del collaboratore responsabile doveva essere condotta dal Ministero pubblico della Confederazione (MPC) ed essere deferita al Tribunale penale federale per la decisione di prima istanza.

1.2.3 Terza procedura di consultazione: articolo 5 LCart

Le proposte di revisione relative all'articolo 5 LCart presentate durante la prima procedura di consultazione avevano un duplice obiettivo: si voleva, da un lato, aumentare la certezza del diritto sulle due tipologie di accordi sanzionabili direttamente rinunciando alla presunzione di soppressione della concorrenza e, dall'altro, consentire un'analisi più differenziata degli accordi verticali che tenesse maggiormente in considerazione i loro effetti sulla concorrenza (intralcio e incentivazione). Entrambe le varianti si iscrivevano nella tendenza profilata nella dottrina economica di non vietare a priori tutti i tipi di accordi verticali, ma di valutarli caso per caso: gli accordi in grado di stimolare l'efficienza o addirittura incentivare la concorrenza dovevano quindi essere ammessi, senza con ciò trascurare la lotta contro le compartizioni del mercato e i prezzi eccessivamente elevati.

Sebbene il duplice obiettivo di cui sopra restasse valido anche per la terza consultazione, la decisione adottata il 17 agosto 2011 riguardante il divieto, per legge, di cinque tipologie di accordi orizzontali e verticali ha reso nulle le proposte di modifi-

ca dell'articolo 5 presentate nel quadro della prima procedura di consultazione. Ciò non si traduce tuttavia in un cambiamento radicale di posizione: l'emanazione di un divieto parziale degli accordi di cartello resta uno strumento ottimale sotto il profilo della certezza del diritto; la proposta presentata nella terza procedura di consultazione fa inoltre esplicita menzione della necessità di analizzare singolarmente ogni accordo tenendo conto delle considerazioni di efficienza economica. La differenza fondamentale rispetto al diritto vigente e alle due varianti proposte nel primo progetto di revisione della LCart risiede nel fatto che, nel nuovo disegno posto in consultazione, il carattere illecito di un accordo è determinato dalla sua tipologia e non più dai suoi effetti diretti sull'economia, ossia dal notevole intralcio che esso potrebbe arrecare alla concorrenza. In altre parole, nella nuova LCart venivano indicate esplicitamente alcune tipologie illecite di accordi e precisamente le cinque tipologie già oggi direttamente sanzionabili. L'abbandono degli effetti economici diretti quale criterio determinante per stabilire il carattere illecito di un singolo accordo a favore della sua tipologia rappresentava, perlomeno dal punto di vista della certezza del diritto, un netto miglioramento. In effetti, la presunzione di soppressione della concorrenza è stata regolarmente confutata soprattutto dopo la prima sentenza del Tribunale federale sulla questione del prezzo fisso dei libri⁸, ragione per cui va abrogata dalla legge. La nuova proposta intendeva inoltre assimilare la normativa svizzera concernente la lotta contro i cartelli agli standard internazionali e soprattutto a quelli dell'Unione europea, senza tuttavia riprodurli, dato che il regime legislativo dell'UE, pur essendo incentrato sui divieti, è attenuato da determinate possibilità di esenzione.

1.2.4 Proposte scartate nel quadro della presente revisione

Tra le revisioni proposte nel quadro delle procedure di consultazione, nel presente progetto sono stati scartati i seguenti elementi:

- il primo progetto di revisione proponeva di sancire, nella LCart, una base giuridica per promuovere la cooperazione tra l'autorità svizzera della concorrenza e le omologhe autorità estere. Il rafforzamento della cooperazione avrebbe dovuto servire a lottare in maniera più efficace contro i cartelli internazionali. Dalla procedura di consultazione sono tuttavia emerse riserve nei confronti di una disposizione iscritta nella legge che traducesse la volontà della Svizzera di cooperare con tutte le autorità della concorrenza estere; le cerchie consultate hanno invece espresso una chiara preferenza per l'opzione della reciprocità sulla base di accordi di cooperazione internazionali in materia di concorrenza. A tal fine sono in corso trattative con l'UE per instaurare una cooperazione nel settore della concorrenza tra l'autorità svizzera della concorrenza e la Commissione europea. L'accordo

⁸ DTF 129 II 18 consid. 9.

di cooperazione in programma non prevede il recepimento del diritto europeo, ma piuttosto che le autorità svizzere ed europee affrontino i singoli casi in modo coordinato, facendo leva su un *acquis* giuridico convergente nel settore della concorrenza.

- Nel secondo progetto di revisione si proponeva di introdurre sanzioni penali contro le persone fisiche che hanno partecipato ad accordi di cartello (2^a richiesta della mozione Schweiger). Considerati i pareri negativi espressi al riguardo nell'ambito della procedura di consultazione, il nostro Collegio propone di scartare tale richiesta. Per maggiori approfondimenti si rinvia al «Rapporto del Consiglio federale sullo stralcio della mozione Schweiger (07.3856): Un sistema di sanzioni più equilibrato ed efficace per la normativa svizzera sui cartelli»⁹.

1.3 La nuova normativa proposta

1.3.1 Resoconto dei risultati della consultazione

Il nostro Collegio sottolinea la necessità di concentrare la revisione della LCart sull'*ambito istituzionale*. A tal fine occorre innanzitutto separare meglio l'autorità incaricata di condurre le inchieste da quella decisionale, come emerso chiaramente dai pareri inoltrati nel quadro della prima procedura di consultazione (30 giugno 2010). Il punto focale della revisione consiste dunque nell'istituire un'autorità della concorrenza indipendente e un tribunale della concorrenza di prima istanza.

L'Autorità della concorrenza è concepita come «istituto autonomo di diritto pubblico» e ha soprattutto il compito di condurre inchieste nei casi di limitazione della concorrenza, ossia di avviare ed eseguire procedure nei casi di cui agli articoli 5 e 7 LCart per presentare poi una proposta al TAF, nonché quello di valutare i casi di concentrazioni di imprese di cui agli articoli 9–10 LCart, sui quali statuisce autonomamente.

Il TAF decide, quale Tribunale della concorrenza di prima istanza, nei casi di accordi di cartello illeciti e abuso di posizione dominante secondo gli articoli 5 e 7 LCart, basando le proprie decisioni su quanto proposto dall'Autorità della concorrenza. L'organo decisionale va inoltre professionalizzato e deve includere giudici con una formazione giuridica, impiegati a tempo pieno o comunque con una percentuale di servizio elevata. Deve inoltre prevedere giudici dotati di conoscenze nell'ambito dell'economia industriale e di esperienza aziendale. La procedura deve infine essere accelerata semplificando le vie di ricorso.

⁹ Cfr. FF

Per poter rafforzare la dinamica di concorrenza sul mercato svizzero, il nostro Collegio propone inoltre alcuni adeguamenti materiali che tengano conto dell'evoluzione della normativa europea. L'idea è di creare un diritto dei cartelli che rifletta le esigenze di un'economia all'avanguardia altamente integrata nel commercio internazionale. Concretamente, si suggerisce di procedere a una revisione negli ambiti riportati qui di seguito.

Innanzitutto, si propone di *adeguare l'articolo 5 LCart* (come nella revisione sottoposta alla terza procedura di consultazione) e di rafforzare la procedura civile (come previsto nel quadro della prima procedura di consultazione). La revisione dell'articolo 5 dovrebbe consentire di lottare meglio contro l'isolamento del mercato svizzero. Il diritto civile in materia di cartelli va invece rafforzato in misura contenuta, così come si prevedeva appunto nell'avamprogetto, in modo da mitigare il timore che un'estensione del diritto di azione possa generare un'ondata di ricorsi.

Per quanto riguarda il *controllo delle concentrazioni*, è indubbio che oggi si creano sovrapposizioni tra le autorità nazionali dato che una stessa fusione è passata al vaglio in più Stati. Tutti gli interpellati auspicano una semplificazione della situazione. Il nostro Collegio è favorevole a una semplificazione delle procedure e a un'uniformazione dei termini con quelli dell'UE. È inoltre necessario riconsiderare gli attuali criteri di valutazione in modo che l'Autorità della concorrenza possa adottare la procedura più appropriata per giudicare i casi rilevanti di concentrazioni sul mercato.

Il nostro Collegio propone inoltre di regolamentare sul piano legale una riduzione della sanzione nel caso di attuazione di *programmi di conformità* adeguati ed efficaci (*compliance*), rispondendo in questo modo a una delle richieste della mozione Schweiger.

Il miglioramento della *procedura di opposizione* deve infine garantire una maggiore certezza del diritto alle imprese: a tal fine occorre ridurre a due mesi il termine entro il quale l'Autorità della concorrenza è chiamata ad agire e fare in modo che le sanzioni possano essere comminate soltanto dal momento in cui è avviata un'inchiesta formale e non, com'è attualmente il caso, dall'apertura di una semplice inchiesta preliminare.

1.3.2 Potenziamento dell'indipendenza istituzionale

Obiettivi

Nella sua veste di organo decisionale, la COMCO continua a essere una grande commissione di milizia, non separata in modo chiaro dall'autorità inquirente (la sua segreteria). Il modello attuale, secondo il quale non vi è alcuna separazione tra la Commissione e la sua segreteria, non è più giudicato adatto ai tempi (cfr. l'esame

della politica svizzera in materia di concorrenza effettuato nel 2006 dall'OCSE, il parere giuridico relativo all'esame della LCart realizzato da Carl Baudenbacher¹⁰, il rapporto del Consiglio federale del 25 marzo 2009¹¹ e il rapporto e le analisi comparative del Gruppo valutazione del 2008¹²). I casi, sempre più complessi, rappresentano un onere crescente per un semplice sistema di milizia. Ciò non significa che il sistema attuale non funzioni, ma semplicemente che ha dei limiti. È necessario e anche possibile migliorarlo senza tuttavia dover «accademizzare» il diritto in materia di cartelli.

Nel condurre le inchieste, l'Autorità della concorrenza deve rispondere a criteri di indipendenza, efficienza e autorevolezza. In presenza di fattispecie che possono dare adito a divieti, le decisioni devono essere prese da un tribunale che sia indipendente tanto dall'ambiente politico quanto dall'organo inquirente. Per questa ragione, oltre a giudici di formazione – considerata l'importanza delle sanzioni inflitte, la professionalizzazione è essenziale – nel nuovo organo decisionale vi devono essere giudici dotati di esperienza pratica in ambito aziendale nonché delle conoscenze necessarie nel settore dell'analisi economica e industriale. Dinanzi a questo tribunale deve potersi svolgere una procedura equa e trasparente tra la parte convenuta (ovvero la o le imprese cui sono contestate le violazioni della LCart) e l'Autorità della concorrenza.

Infine, le strutture istituzionali devono essere organizzate in modo tale che le procedure precedenti la decisione siano svolte in ultima istanza nel modo più rapido possibile. Le procedure che rimangono a lungo in sospeso pregiudicano il buon funzionamento del mercato e dell'economia. L'apertura dei mercati aumenta il rischio che la situazione economica esistente al momento del passaggio in giudicato delle sentenze non corrisponda più a quella in atto all'inizio dell'inchiesta.

Nei pareri relativi alla procedura di consultazione del 30 giugno 2010 è stata criticata la proposta di rafforzare il legame tra l'Autorità della concorrenza e l'Amministrazione centrale, perché questo significherebbe una maggiore subordinazione dell'Autorità alle istruzioni emanate dai servizi superiori. Per questa ragione, al termine della consultazione si è optato per la forma giuridica dell'istituto, con la quale è possibile mantenere l'indipendenza funzionale dell'Autorità (così com'è stato il caso per la COMCO sinora). Soprattutto per enti preposti a compiti di vigilanza nella loro funzione di organo superiore, quella dell'istituto è una forma d'organizzazione appropriata, con cui viene sottolineato, oltre all'indipendenza,

¹⁰ Baudenbacher Carl, 2009, *Evaluation Kartellgesetz – Institutionelles Setting / Vertikale Abreden / Sanktionierung von Einzelpersonen / Zivilrechtliche Verfahren*, Berna.

¹¹ Disponibile sul sito:
<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/01035/index.html?lang=it> (in tedesco e francese)

¹² Disponibile sul sito:
<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/01035/index.html?lang=it>

anche il carattere di diritto pubblico dei compiti assunti dall'Autorità della concorrenza. In questo modo viene inoltre elegantemente risolta la questione della vigilanza criticata nell'ambito della consultazione.

La scelta della forma giuridica dell'istituto è conforme alle spiegazioni riportate nel rapporto del 13 settembre 2006 del Consiglio federale sullo scorporo e la gestione strategica di compiti della Confederazione (Rapporto sul governo d'impresa; FF 2006 7545) e ai rapporti che ne sono scaturiti¹³. In base a questi rapporti, un istituto di diritto pubblico è un'entità dell'Amministrazione federale decentralizzata e autonoma dal punto di vista finanziario e organizzativo, svolge un compito pubblico e dispone delle proprie risorse umane e finanziarie, il che è particolarmente utile soprattutto per l'assunzione di compiti supremi ed eventualmente per le relazioni con autorità estere che operano in ambiti al confine con quello giudiziario¹⁴. Tale scelta si giustifica anche perché, nel caso specifico, l'Autorità della concorrenza è chiamata a verificare le concentrazioni in modo autonomo e a decidere della loro esecuzione.

La realizzazione di tutti gli obiettivi prestabiliti rappresenta una grande sfida. Per questo la revisione in oggetto propone una sostanziale riorganizzazione istituzionale.

Soluzione

In primo luogo si intende valorizzare l'attuale segreteria della COMCO, rendendola un'Autorità della concorrenza autonoma, indipendente dal Consiglio federale, da interessi economici e dagli organi decisionali. Nei casi di limitazione della concorrenza, essa deve poter condurre le inchieste e proporre un'azione davanti al Tribunale della concorrenza (cfr. qui di seguito). Inoltre, deve poter assistere le imprese, farsi pubblicamente garante della concorrenza ed esprimere il suo parere nell'ambito di procedure di consultazione. 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. Inoltre, nelle procedure di controllo delle concentrazioni deve sussistere «soltanto» un elemento in grado di influenzare le future condizioni di mercato e non vi è più alcun elemento di sanzione; di qui la logica di lasciare che la prima decisione sia presa da un'autorità e che il Tribunale della concorrenza intervenga soltanto in caso di ricorso.

¹³ Rapporto supplementare del 25 marzo 2009 del Consiglio federale concernente il Rapporto sul governo d'impresa – Attuazione dei risultati del dibattito in Consiglio nazionale (FF 2009 2225); Rapporto esplicativo del 13 settembre 2006 dell'Amministrazione federale delle finanze concernente il Rapporto del Consiglio federale sul governo d'impresa.

¹⁴ Cfr. Rapporto esplicativo del 13 settembre 2006 dell'Amministrazione federale delle finanze concernente il Rapporto del Consiglio federale sul governo d'impresa, pag. 15 segg.

In secondo luogo, nei casi di limitazioni illecite della concorrenza, vi sarà una separazione più netta tra la fase decisionale e quella d'inchiesta. L'Autorità della concorrenza condurrà l'inchiesta e il Tribunale della concorrenza deciderà e infliggerà le eventuali sanzioni. Poiché, in futuro, il tribunale incaricato di decidere in prima istanza sarà già conforme alla Costituzione federale¹⁵ e alla CEDU¹⁶, le imprese che desiderano un procedimento dinanzi a un tribunale non saranno più obbligate a interporre ricorso, come succede invece oggi dopo una decisione della COMCO. Il Tribunale federale della concorrenza farà parte del Tribunale amministrativo federale, nel quale verrà probabilmente istituita a tal fine una nuova Camera. Considerata la complessità tecnica delle pratiche relative al diritto dei cartelli, è necessario che il collegio giudicante sia composto anche di giudici con conoscenze in ambito economico ed esperienza in campo aziendale. A tal fine occorrerà eleggere giudici che soddisfino questi criteri, prevedendo eventualmente un tasso di occupazione più basso. Anch'essi dovranno essere garanti dei principi di indipendenza propri di un'autorità giudiziaria e non potranno quindi rappresentare alcun gruppo di interessi.

In terzo luogo, le decisioni del Tribunale della concorrenza devono essere direttamente impugnabili davanti al Tribunale federale. Ciò comporta una notevole accelerazione delle procedure di ricorso che precedono la decisione di ultima istanza.' La divisione suggerita tra inchiesta e proposta, da un lato, e decisione e calcolo delle sanzioni, dall'altro, compensa un eventuale indebolimento (oggetto di critiche) della protezione giuridica in seguito alla soppressione di un'istanza di ricorso. Questa divisione rafforza notevolmente la parità di trattamento tra le parti e l'Autorità della concorrenza.' La normativa sui cartelli continuerà ad essere attuata sulla base dell'organizzazione giudiziaria federale, in particolare della legge federale sulla procedura amministrativa. Soprattutto le sentenze in materia di cartelli e di abusi di posizione dominante partono dal presupposto che, per ripristinare un mercato concorrenziale, occorre definire istruzioni precise di pratiche lecite e divieti. La presenza di conoscenze specifiche in settori economici in seno al Tribunale è ancora più indispensabile se si considera l'obiettivo di ristabilire una situazione di concorrenza e non solo di dissuadere mediante sanzioni.'

In quarto luogo, e in conseguenza dei primi tre punti, all'Autorità della concorrenza spetta avviare la fase decisionale sulle limitazioni illecite della concorrenza inviando al Tribunale della concorrenza una «proposta»¹⁷ nella quale precisa le azioni rimproverate alle imprese, spiega il suo apprezzamento sulla scorta della legislazione in materia di cartelli e propone le decisioni da adottare. Il Tribunale della concorrenza decide, caso per caso, come procedere: di norma, dispone uno scambio di scritti.

¹⁵ Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost.; RS 101).

¹⁶ Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («Convenzione europea dei diritti dell'uomo», CEDU; RS 0.101).

¹⁷ La legge sul Tribunale amministrativo federale prevede unicamente l'azione (concepita come strumento atto a dirimere controversie tra collettività territoriali) e il ricorso.

Valuta poi se ordinare un'udienza istruttoria e assumere prove. Il Tribunale della concorrenza non è né di diritto né di fatto vincolato alla proposta dell'Autorità della concorrenza e, se ritiene che i fatti ivi illustrati siano incompleti, può rinviarle la proposta affinché la rielabori. Di norma, il Tribunale giudica in via definitiva nella composizione di cinque giudici.

Nesso con il vigente modello istituzionale

Più partecipanti alla consultazione hanno proposto di modificare il modello istituzionale e giuridico esistente operando una distinzione più netta tra l'autorità incaricata di condurre le inchieste e quella decisionale. Dopo aver esaminato nel dettaglio la possibilità di dissociare meglio la COMCO dalla sua segreteria, siamo giunti alla conclusione che questa soluzione non permette di raggiungere a pieno l'obiettivo prefisso. Per poter accelerare la procedura senza generare conseguenze finanziarie consistenti, occorre andare al di là di una separazione «artificiosa».

Cercare di separare la fase dell'inchiesta da quella decisionale nel modello esistente, ovvero dissociare fisicamente (in termini di ubicazione e personale) la COMCO dalla sua segreteria presupporrebbe che la prima disponesse di personale e risorse proprie. In una situazione del genere, tuttavia, la COMCO non potrebbe più avvalersi della sua segreteria per adempiere ai propri compiti, non potrebbe cioè più fare appello alle competenze dei collaboratori della segreteria che si occupano dell'elaborazione e della motivazione delle sue decisioni. Una separazione del genere causerebbe quindi rapidamente un onere consistente visto che i collaboratori della COMCO che farebbero capo direttamente a lei (cancellieri) dovrebbero riesaminare ogni pratica, il tutto a scapito di un rapido disbrigo delle procedure. La credibilità e l'accettazione delle decisioni sarebbero inoltre pregiudicate di più se si effettuasse una separazione interna piuttosto che una separazione tra autorità inquirente e tribunale.

Se, attraverso la separazione tra fase d'inchiesta e fase decisionale, la COMCO diventasse un'autorità giudiziaria (o con funzione giudiziaria), si finirebbe praticamente per concretizzare la nostra proposta di trasformare la COMCO in un Tribunale della concorrenza. Per economizzare risorse e aumentare l'efficienza, proponiamo di incorporare questo tribunale nel TAF aggiungendo a quest'ultimo una camera. Questa soluzione sarebbe quindi completa, al contrario di quella della separazione più netta tra COMCO e segreteria, che implicherebbe sì la creazione di un'entità a sé stante (nell'ipotesi di una separazione di sedi e personale), ma senza definirne chiaramente la qualifica di autorità giudiziaria ai sensi della Costituzione e della CEDU. Anche in questo scenario sarebbe comunque necessaria un'autonomia completa da qualsiasi gruppo d'interesse.

La soluzione intermedia della separazione più netta richiederebbe maggiori risorse e non abbrevierebbe le procedure. Conformemente alla Costituzione federale e alla CEDU, non è necessaria un'autorità di ricorso anteposta al Tribunale federale se a decidere in prima istanza è un tribunale conforme alla Costituzione federale e alla CEDU (si veda l'esempio del Tribunale penale federale). Ciò significa che, confe-

rendo al Tribunale della concorrenza (integrato nel TAF) la facoltà di decidere in prima istanza si evita la procedura di ricorso dinanzi al TAF e si abbrevia così la procedura. Questa soluzione consente inoltre di raggiungere un secondo obiettivo, ovvero la professionalizzazione dell'organo decisionale raccomandata tra l'altro dall'OCSE. I giudici e i cancellieri impiegati sinora nell'autorità di ricorso del TAF si occupano in particolare delle procedure d'istruzione e sarebbero integrati nel Tribunale della concorrenza. Per mantenere il legame con la prassi, particolarmente importante in sede di prima istanza, occorrerà fare appello a giudici aventi esperienza in campo aziendale e richiamarsi alla dottrina in ambito economico. Assumendo una nuova funzione, il TAF dovrà quindi dotarsi di nuovi giudici che soddisfino i requisiti richiesti. Il sistema concepito potrà essere realizzato facilmente creando un'unità organizzativa (camera) nel TAF preposta alle questioni attinenti al diritto della concorrenza.

La soluzione delineata qui sopra presenta il vantaggio di risolvere i problemi che resterebbero se ci si limitasse a operare una separazione più netta tra la COMCO e la sua segreteria. Essa consente innanzitutto di accelerare le procedure e, secondariamente, di limitare le spese, visto che vi sarebbe un risparmio non solo di tempo ma anche di risorse grazie all'integrazione del nuovo tribunale in uno esistente e al fatto che non sarebbe più necessaria un'istanza di ricorso. Inoltre, l'autorità di decisione verrebbe professionalizzata spogliandosi così della sua veste di organo di milizia. La separazione tra autorità d'inchiesta e autorità decisionale risulterebbe altresì più credibile all'esterno; l'impressione che i collaboratori della segreteria della COMCO incaricati di condurre l'inchiesta possano influenzare quelli preposti alla redazione della decisione non è confutata erigendo delle cosiddette «muraglie cinesi» all'interno di una stessa autorità.

Per quanto riguarda l'accelerazione delle procedure occorre precisare che la fase decisionale dinanzi alla COMCO (arco di tempo trascorso tra la proposta della segreteria della COMCO e la decisione di quest'ultima) dura attualmente almeno sei mesi. Se, in seguito a una separazione più netta dalla sua segreteria, la COMCO divenisse un'autorità giudiziaria (o quasi giudiziaria), le procedure a lei sottoposte durerebbero circa un anno. In caso di ricorso contro le sue decisioni, passerebbero circa 17 mesi prima di arrivare alla decisione del TAF¹⁸. Adottando il modello che proponiamo, invece, si risparmia il tempo delle procedure dinanzi alla COMCO e al TAF (circa 23 mesi). Tra il trasferimento della proposta della COMCO al Tribunale della concorrenza e la decisione di quest'ultimo dovrebbero trascorrere circa 12 mesi, ossia un anno in meno del tempo necessario secondo il modello della separazione interna più netta.

¹⁸ Cfr. rapporto di valutazione, «Verfahrensdauer kartellrechtlicher Verfahren», rapporto di progetto P6, 2008 (in tedesco).

1.3.3 Revisione dell'articolo 5 LCart

Obiettivo

Conformemente alla sua decisione presa il 17 agosto 2011 in un contesto caratterizzato da un franco forte, ovvero quella di stimolare la concorrenza in Svizzera, intendiamo vietare più efficacemente, oltre agli accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone di cui all'articolo 5 capoverso 3 LCart, anche quelli verticali sui prezzi e le delimitazioni geografiche di cui al capoverso 4. Nell'odierno scenario economico, occupano un posto di rilievo soprattutto le delimitazioni geografiche. L'intenzione sottesa alla proposta è quella di contrastare nel lungo termine il livello dei prezzi in Svizzera e promuovere la concorrenza elvetica sul piano internazionale. Oltre a fare in modo che le imprese operative in Svizzera possano acquistare e importare le materie prime di cui necessitano alle stesse condizioni applicate ai loro concorrenti, occorre che i consumatori abbiano accesso a merci importate a prezzi assimilabili a quelli praticati all'estero; un meccanismo del genere, infatti, incrementa il benessere generale e, contemporaneamente permette di contenere l'aumento del costo della vita e, di conseguenza, gli elementi di rincaro nella progressione dei salari. Anche il tasso di cambio nominale può rafforzare la competitività di prezzo sia delle imprese esportatrici sia di quelle nazionali nei confronti dei prodotti importati. Il rafforzamento della concorrenza è anche la ragione alla base della maggiore lotta contro le altre tipologie di accordi in materia di concorrenza che si propone appunto di vietare.

Soluzione

D'ora in avanti le cinque tipologie di accordi di cui all'articolo 5 capoversi 3 e 4 LCart saranno illecite, a meno che da una valutazione fatta a posteriori, caso per caso, non emerga che sono giustificati da motivi di efficienza economica.

La revisione proposta, ossia l'introduzione di un divieto parziale dei cartelli con possibilità di giustificazione, può essere attuata con un lavoro legislativo esiguo. Non vi è infatti alcun cambiamento in termini di differenziazione tra gli accordi classici di cui al capoverso 1, che possono essere vietati, e i cinque tipi di accordi *hard core* di cui ai capoversi 3 e 4 (accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone, nonché imposizioni verticali dei prezzi e delimitazioni geografiche), che comportano una sanzione. L'elenco dei vari tipi di accordi illeciti in materia di concorrenza e soggetti a sanzione (fatta salva la possibilità di giustificazione) è esaustivo.

La revisione è finalizzata ad accelerare e semplificare le procedure riguardanti il diritto in materia di cartelli. L'accelerazione deriva paradossalmente dal fatto che il processo introdotto dal legislatore nel 1995 per abbreviare la procedura in caso di accordi particolarmente dannosi per la concorrenza non dovrà più essere applicato. La presunzione legale della soppressione della concorrenza, prevista sinora per questi tipi di accordi, veniva quasi sistematicamente confutata nella prassi (soprattutto dopo la prima sentenza del Tribunale federale sulla questione del prezzo fisso dei

libri¹⁹) e non rispondeva quindi all'intenzione del legislatore di semplificare la procedura. In seguito alla definizione della nozione di concorrenza residua fatta nella sentenza sul prezzo fisso dei libri, anche nei casi di accordi riconosciuti come particolarmente dannosi occorre dimostrare, caso per caso, che il pregiudizio arrecato alla concorrenza era effettivamente consistente, il che implicava oneri notevoli. Dal 2003 la presunzione legale è inoltre stata all'origine di una certa confusione sulla sanzionabilità dell'accordo, confusione che può ora essere eliminata grazie all'introduzione di un divieto formale. La semplificazione consiste nel fatto che la rilevanza economica di queste cinque tipologie di accordi (il cui effetto inibitorio sulla concorrenza è giudicato, in termini generali e astratti, particolarmente grave) non deve più essere dimostrata caso per caso. Il criterio determinante dal punto di vista della legge non sarà la forma dell'accordo, bensì il suo contenuto ossia i suoi effetti economici. Si dovrà trattare cioè di un accordo sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone oppure di un accordo verticale dei prezzi (nel senso di prezzi minimi o fissi) o di una delimitazione geografica assoluta. Anche il diritto dell'UE prevede che, in presenza di restrizioni di questo genere (cosiddette restrizioni fondamentali), sia necessario esaminare soltanto l'aspetto dell'efficienza (e non anche gli effetti economici dell'accordo nel caso specifico). Eventualmente la rilevanza economica di un accordo può servire quale criterio d'intervento ed essere tenuta in considerazione quando viene fissata la sanzione. Inoltre, in quasi tutti i Paesi le leggi in materia di cartelli vietano in un modo o nell'altro le tipologie di accordi di cui sopra.

Dal punto di vista economico, l'introduzione di un divieto generale per determinati tipi di accordi pone alcuni problemi, in quanto potrebbe precludere la realizzazione di collaborazioni economicamente efficienti tra le imprese. Ciò vale soprattutto per le due forme di accordi verticali direttamente sanzionabili in virtù dell'attuale articolo 5 capoverso 4 LCart. D'altronde, nel 2003, è stato il legislatore e non il Consiglio federale ad aver equiparato queste due tipologie di accordi ai cartelli orizzontali *hard core*, ossia agli accordi sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone, di cui tutti riconoscono gli effetti nocivi. Nell'ambito della consultazione sul primo progetto di revisione della LCart, il nostro Collegio voleva correggere questa situazione lasciando invariato l'articolo 5 capoverso 3 LCart (accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone), ma introducendo nel capoverso 4 dello stesso articolo un'analisi caso per caso che, all'epoca, includeva ancora la valutazione della rilevanza economica dell'accordo. Con il passaggio alla tipologia quale criterio determinante per stabilire il carattere illecito di un accordo, questa modifica si applicherà sia agli accordi di cui all'attuale capoverso 3 sia, e soprattutto, a quelli di cui all'attuale capoverso 4 dell'articolo 5 LCart.

Ciononostante, è opportuno continuare a tenere presenti le considerazioni economiche che depongono a favore di un'analisi caso per caso. Conformemente alla nostra

¹⁹ DTF 129 II 18 consid. 9

decisione del 17 agosto 2011, gli accordi di cui all'articolo 5 capoversi 3 e 4 LCart devono essere considerati leciti nel singolo caso quando motivi preponderanti di efficienza economica indicano che possono essere tollerati. Quello che si mantiene in termini di efficienza deriva dall'attuale capoverso 3 (nuovo capoverso 2) dell'articolo 5, che viene ripreso senza modifiche e che dovrà essere precisato a livello di ordinanza, tenendo conto della Comunicazione della COMCO riguardante la valutazione degli accordi verticali (ComVert)²⁰.

In ultima analisi, questa nuova soluzione non solo semplifica e velocizza le procedure e accresce la certezza del diritto a beneficio delle imprese e delle autorità, ma assimila anche il dispositivo svizzero della lotta contro i cartelli agli standard internazionali (e in particolare alla legislazione dell'UE, senza tuttavia riprenderla).

1.3.4 Rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli

Obiettivi

In sede di applicazione pratica della LCart è oggi in primo piano la procedura dinanzi alle autorità. Per contro, l'invocazione della legge da parte dei privati dinanzi ai tribunali civili riveste un'importanza secondaria. 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 breve²¹. 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 (se il caso si chiude a favore del consumatore) consente di evitare i costi e i rischi di un processo civile e migliora la loro situazione futura.

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 migliorare l'applicazione del diritto dei cartelli nel suo complesso. Le esperienze maturate in altri Paesi europei dimostrano che è possibile aumentare l'attrattiva della via civile, senza per questo generare una quantità eccessiva di azioni. L'obiettivo della riforma è quello di consentire a coloro che sono colpiti dalle limitazioni della concorrenza di agire più autonomamente per poter essere indennizzati (p. es. tramite azioni di risarcimento danni), ovvero di poter prendere l'iniziativa in senso lato (p. es. azione

²⁰ Cfr. *Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza*. Decisione della Commissione della concorrenza del 28 giugno 2010.

²¹ Cfr. il rapporto relativo all'avamprogetto di revisione del Codice delle obbligazioni (diritto di prescrizione), agosto 2011.

di cessazione) e, in tal modo, di non dipendere più dall'ordine delle priorità dell'Autorità della concorrenza.

Soluzione

Il nostro Collegio propone in primo luogo di estendere il diritto d'azione, che oggi è prerogativa dei concorrenti, a tutte le parti coinvolte nel cartello. In tal modo i consumatori e i committenti pubblici potranno 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).

1.3.5 Controllo delle concentrazioni

Obiettivi

Attualmente, il controllo delle concentrazioni di imprese in Svizzera non tiene sufficientemente conto dei loro effetti negativi e positivi e consente di raggiungere solo parzialmente gli obiettivi della LCart. In presenza di mercati concentrati, le fusioni di imprese possono creare un potere di mercato tanto grande da risultare nocive non soltanto per i partner commerciali (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 globale. Per questa ragione il nostro Collegio propone di sostituire il test di dominanza attualmente applicato dalla COMCO con il test SIEC. Quest'ultimo non si concentra unicamente sui casi di posizione dominante sul mercato, ma riguarda tutte le concentrazioni che pregiudicano notevolmente la concorrenza.

Dev'essere riveduta la concezione attuale secondo cui anche le concentrazioni problematiche che portano a una posizione dominante sul mercato possono essere tollerate nella misura in cui non danneggiano la concorrenza. È vero che l'esame degli abusi di posizione dominante conformemente all'articolo 7 LCart consente di attenuare e addirittura correggere a posteriori determinati effetti nocivi delle concentrazioni di imprese. Questo esame, tuttavia, non può sostituire un controllo strutturale qual è quello del controllo di concentrazioni. In effetti, è essenziale adottare un approccio più rigido nei confronti degli effetti nocivi (cioè unilaterali e coordinati) delle concentrazioni²², senza trascurare però i benefici in termini di efficienza. Le

²² Cfr. i commenti all'art. 10 LCart (n. 2.1.3.2).

concentrazioni devono quindi essere valutate non soltanto in termini di creazione o rafforzamento di una posizione dominante, ma anche di ostacoli alla concorrenza.

Anche a livello internazionale sono questi i criteri di valutazione adottati nel quadro del controllo delle concentrazioni; di qui il passaggio da un test della dominanza al test SLC (soprattutto negli USA) o SIEC²³ (soprattutto nell'UE). Per armonizzare le pratiche svizzere con quelle dell'UE, appare opportuno introdurre il test SIEC anche in Svizzera. Il nostro Collegio riconosce in questo modo la tendenza che si sta delineando a livello internazionale verso l'adozione di test diversi da quello della dominanza.

Va inoltre osservato che l'odierno controllo delle concentrazioni rischia di mobilitare inutilmente delle risorse nel caso di fusioni internazionali. Oggi, le fusioni di imprese attive su più mercati nazionali vengono spesso notificate ed esaminate parallelamente in vari Stati. Ciò comporta oneri supplementari sia per le imprese sia 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. La semplificazione proposta in caso di fusioni internazionali consente alle imprese e all'Autorità della concorrenza di risparmiare risorse.

Per agevolare le procedure internazionali si prevede di armonizzarne i termini applicati in Svizzera con quelli in uso nell'UE per i casi in cui la concentrazione va esaminata anche in Svizzera perché comporta una limitazione della concorrenza nazionale in determinati mercati.

L'obiettivo della revisione è quindi, in primo luogo, quello di poter individuare meglio gli effetti anticoncorrenziali 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.

Soluzione

Il nostro Collegio intende in primo luogo affrontare il problema delle sovrapposizioni di compiti o di competenze che si verifica in caso di fusioni internazionali. In Svizzera le fusioni concernenti almeno il mercato svizzero e quello del SEE oppure mercati più ampi dovranno, in futuro, essere trattate 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 di personale che possono destinare a scopi più utili.

In secondo luogo, presentiamo una proposta di modifica dei criteri di valutazione con l'obiettivo di affrontare meglio i casi di concentrazioni aventi effetti nocivi sull'economia nazionale. A tal fine, proponiamo di adottare i criteri di valutazione applicati nell'UE e nella maggior parte delle moderne nazioni industriali (test SIEC).

²³ Dal punto di vista economico, i test SIEC e SLC sono comparabili.

Le imprese, dal canto loro, possono far valere ragioni di efficienza a giustificazione del progetto di concentrazione. Questa nuova modalità di valutazione ha pertanto il vantaggio di tenere conto delle ripercussioni negative e positive che le concentrazioni possono avere sull'economia e sui consumatori. Inoltre, il controllo delle concentrazioni viene armonizzato con quello dell'UE.

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 nostra proposta mira a eliminare queste discordanze. Alla revisione della legge dovrà pertanto fare da corollario l'adeguamento dell'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. Questo consentirà di tenere conto del fatto che le concentrazioni di imprese devono il più delle volte avvenire in tempi brevi e, in caso di ricorso, offrirà la possibilità di esaminare meglio il progetto di concentrazione vietato dall'Autorità. Inoltre, le condizioni e gli oneri saranno più spesso oggetto di verifica, il che porterà alla formazione di una prassi giuridica consolidata in questo campo.

1.3.6 Riduzione delle sanzioni per le imprese grazie ai programmi di conformità

L'istituzione e l'attuazione di programmi di conformità adeguati ed efficaci vanno approvate senza riserve. In molti casi, simili programmi consentono di impedire pratiche illecite da parte di dirigenti e collaboratori e, quindi, violazioni della LCart. Questi programmi forniscono un importante contributo al raggiungimento dello scopo della LCart di impedire gli effetti nocivi in termini economici e sociali dovuti alle limitazioni della concorrenza.

Il Consiglio federale attira tuttavia l'attenzione sul fatto che la prevista riduzione della sanzione, richiesta dalla mozione Schweiger per le imprese che attuano programmi di conformità, rappresenta una sorta di «ricompensa» – finora sconosciuta all'ordinamento giuridico svizzero, perlomeno in questa forma – per coloro che si sforzano senza successo di adottare un comportamento conforme al diritto. A livello internazionale, la conformità a requisiti rigorosi come motivo di riduzione della sanzione rappresenta inoltre un'eccezione in materia di diritto dei cartelli: in seguito alla modifica della loro giurisprudenza, da molti anni i tribunali dell'UE si rifiutano di tenere conto dei programmi di conformità ai fini di una riduzione della sanzione, adducendo che, in caso di violazione del diritto dei cartelli, tali programmi non avrebbero cambiato il fatto che una violazione è effettivamente stata commessa. Sulla base di tali considerazioni, la riduzione della sanzione in seguito a programmi di conformità rappresenta un'importante concessione a favore delle imprese.

Questa novità non cambia minimamente il concetto di sanzione formulato in occasione della revisione della LCart del 2003: la prova di una colpa commessa nel quadro dell'organizzazione dell'impresa continua a non essere una condizione necessaria per poter comminare una sanzione per violazione della LCart secondo l'articolo 49a. Per l'attuazione della mozione trasmessa, il fatto che un'impresa abbia operato secondo un programma per il rispetto della normativa sui cartelli conforme a requisiti rigorosi deve tuttavia essere preso in considerazione nella determinazione della sanzione.

Soluzione

Attraverso la revisione proposta, viene esplicitamente iscritta in una disposizione della LCart la richiesta della mozione di tener conto dei programmi di conformità ai fini di una riduzione della sanzione.

Una riduzione della sanzione entra in considerazione solo per i programmi di conformità che forniscono un contributo efficace all'esecuzione del diritto dei cartelli. Spetta all'Autorità della concorrenza o ai tribunali decidere se, nei singoli casi, sono soddisfatte le condizioni per una riduzione della sanzione. Tale decisione si fonderà sulle informazioni in base alle quali è possibile dimostrare l'efficacia dei meccanismi instaurati.

L'importo della riduzione della sanzione deve essere soppesato nei singoli casi dalle autorità e dai tribunali: una riduzione commisurata rappresenta un incentivo supplementare a evitare pratiche anticoncorrenziali, mentre una riduzione troppo marcata (in casi estremi la quasi totale esenzione dalla sanzione) potrebbe indurre a creare programmi finalizzati fondamentalmente a produrre le prove necessarie all'elusione delle sanzioni. Nonostante la riduzione della sanzione, il guadagno conseguito dall'impresa con le pratiche illecite (cosiddetto profitto derivante dal cartello) dovrebbe in ogni caso essere confiscato. I programmi di conformità consentono di ridurre o addirittura di evitare una sanzione finanziaria superiore al guadagno conseguito. Per la loro stessa natura, le sanzioni amministrative devono contribuire a ripristinare una situazione di mercato corretta, ossia non distorta da imprese che possono reinvestire i guadagni realizzati con accordi illeciti.

Inoltre, la prospettiva di una riduzione della sanzione in seguito all'adozione di un programma di conformità non può spingersi a un punto tale che lo strumento dei programmi di clemenza (vecchio art. 49a cpv. 2, nuovo art. 49a cpv. 3 LCart), introdotto con la revisione della LCart del 2003 e rivelatosi molto efficace, perda la sua attrattiva – in un'ottica di rischi/benefici – e non sia quindi più utilizzato.

A seconda delle esperienze che si faranno, il Consiglio federale potrà dover adottare disposizioni più dettagliate in futuro.

1.3.7 Miglioramento della procedura di opposizione

Obiettivi

La procedura di opposizione ai sensi della LCart (sinora art. 49a cpv. 3 lett. a LCart) offre a un'impresa la possibilità di comunicare all'Autorità della concorrenza le

pratiche che potrebbero essere repute limitazioni illecite della concorrenza. Secondo la legge in vigore, le pratiche che un'impresa intende adottare non possono essere sanzionate se l'Autorità della concorrenza non avvia una procedura entro cinque mesi. Tale procedura consente alle imprese di apprendere in tempo utile dall'Autorità della concorrenza se una determinata pratica corre effettivamente il rischio di essere sanzionata.

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 in presenza di 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 condizioni. In questo modo si corre il rischio che le imprese rinuncino a un comportamento ragionevole dal punto di vista economico e che sarebbe in effetti lecito. Questo rischio appare ancora più reale se si considera che, non dovendo fornire motivazioni, l'Autorità della concorrenza è propensa ad aprire un'inchiesta preliminare ogniqualevolta non può escludere con certezza l'esistenza di problemi in materia di diritto dei cartelli.

Soluzione

Il Consiglio federale propone in primo luogo di ridurre da cinque a due mesi dalla ricezione 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) 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 infatti necessari indizi di una limitazione illecita della concorrenza. Dato che soltanto il Tribunale della concorrenza può concludere un'inchiesta (contrariamente a quanto avviene per un'inchiesta preliminare), l'Autorità della concorrenza ha tutto l'interesse a non aprire inchieste alla leggera, tanto più che, in caso di sospensione o di soccombenza, dovrà coprire le spese procedurali e pagare le ripetibili alle imprese interessate.

La riduzione del suddetto termine comporta immediatamente un aumento della certezza del diritto per le imprese. Annunciando le pratiche potenzialmente illecite, le imprese possono contare sul fatto che, nell'arco di due mesi, sapranno se sono potenzialmente sanzionabili. Poiché, il rischio di essere sanzionate si innesca soltanto alla notifica dell'apertura di un'inchiesta formale, il periodo durante il quale la pratica annunciata può essere adottata senza incorrere in sanzioni risulta più lungo rispetto a quello odierno. La seconda modifica ha lo scopo di impedire che le imprese, intimorite dal rischio di una sanzione, rinuncino a comportamenti di per sé ragio-

nevoli e leciti. La revisione consente quindi di ridurre l'effetto inibitore sugli investimenti indotto dalla minaccia di sanzioni. L'impresa può infatti attuare la pratica annunciata senza alcun rischio di sanzione sia durante i due mesi della procedura d'opposizione sia dopo l'inchiesta preliminare (fino all'apertura di un'inchiesta formale).

Se 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, l'Autorità della concorrenza comunicherà all'impresa l'avvio imminente di un'inchiesta. Fino a tale momento, l'impresa ha ancora la possibilità – entro un termine convenuto – di eludere una sanzione scartando o modificando la pratica ritenuta limitativa della concorrenza.

1.4 Spiegazione e valutazione della soluzione proposta

1.4.1 Procedure di consultazione

In agosto e settembre 2009, il gruppo di progetto istituito nell'aprile 2009 dal DFE allo scopo di preparare una proposta di revisione della LCart ha svolto indagini conoscitive presso vari gruppi d'interesse e autorità direttamente coinvolte. Sono stati consultati i gruppi d'interesse attualmente rappresentati nella COMCO (economieuisse, Unione svizzera dei contadini, Unione svizzera delle arti e mestieri, Unione sindacale svizzera, organizzazioni dei consumatori [Fondazione per la protezione dei consumatori, Forum dei consumatori e Federazione romanda dei consumatori]), le organizzazioni 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 COMCO e il Sorvegliante dei prezzi).

Sono seguite tre procedure di consultazione organizzate dal DFE su incarico del Consiglio federale (cfr. n. 1.2.1-1.2.3). Il numero di partecipanti alle consultazioni è riportato nella tabella 1.

Tabella 1: Numero di partecipanti e procedure di consultazione

	Cantoni	Partiti politici	Associazioni economiche e altre organizzazioni
1^a procedura	23	6	70
2^a procedura	25	5	42

3^a procedura	14	4	41
--------------------------------	----	---	----

1.4.2 Valutazione generale della prima consultazione

La netta maggioranza dei partecipanti alla consultazione approva espressamente la migliore separazione tra autorità inquirente e autorità decisionale.

Diversi partecipanti criticano l'istituzione di un nuovo Tribunale della concorrenza, temendo soprattutto un allungamento delle procedure. Molti di essi sarebbero tuttavia disposti a sostenere un Tribunale della concorrenza in seno al Tribunale amministrativo federale (TAF) o annesso a quest'ultimo. Un numero contenuto di partecipanti non ritiene necessario intervenire nel settore istituzionale e confida nel fatto che la legalità delle procedure sia garantita dal TAF (conformemente all'art. 6 n. 1 CEDU).

Per quanto riguarda le procedure, alcuni partecipanti pensano che l'Autorità della concorrenza potrebbe probabilmente svolgere meglio il proprio lavoro nell'ambito di una procedura amministrativa che non di una procedura giudiziaria. Secondo i pareri espressi soprattutto da ambienti di avvocati, le procedure condotte nel quadro dell'attuale struttura istituzionale presentano invece un numero considerevole di lacune dal punto di vista della legalità. In molti casi si chiede che l'Autorità della concorrenza sia più indipendente dall'Amministrazione.

Il miglioramento della procedura di opposizione riscuote ampi consensi, soprattutto per quanto concerne la riduzione dei termini. Alcune cerchie fanno tuttavia notare che in questo modo il rischio d'investimento per le imprese non è ancora sufficientemente attenuato. Nessuno contesta comunque il fatto che la proposta di riforma comporti dei miglioramenti.

Alcuni partecipanti alla consultazione approvano la proposta di abbandonare il principio del legame automatico tra accordo verticale e rilevanza della limitazione della concorrenza. Altri sono nettamente contrari a un'attenuazione delle disposizioni, introdotte dal Parlamento nel 2003, relative al sanzionamento diretto di determinate forme di accordi verticali. Altri ancora ritengono che questo punto della revisione non sia strettamente necessario o che sia prematuro. Essi precisano che la COMCO ha adeguato la sua ComVert alle condizioni in vigore nell'UE solo a partire dal 1° luglio 2010, confermando così un'esperienza ancora esigua in materia. Per quanto riguarda le due varianti presentate nell'avamprogetto posto in consultazione, non si riscontra una chiara preferenza per l'una o per l'altra; molti partecipanti hanno suggerito di combinare elementi di entrambe le varianti.

La facilitazione in materia di fusioni internazionali è stata in generale accolta favorevolmente, così come l'adeguamento dei termini. In merito ai criteri di valutazione, le due varianti hanno trovato un numero equivalente di sostenitori, ma la variante 2 (eliminazione del doppio criterio) è stata tendenzialmente meno criticata. Una modernizzazione dei criteri di valutazione (variante 1) è considerata opportuna da circa la metà dei partecipanti alla consultazione.

Per quanto riguarda il miglioramento delle possibilità di collaborazione internazionale, le cerchie consultate preferiscono l'opzione della reciprocità sulla base di accordi di cooperazione internazionali in materia di concorrenza a una disposizione unilaterale iscritta nella LCart.

Il rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli è visto di buon occhio soprattutto dagli ambienti dei consumatori, che trarrebbero beneficio dalla riforma, ma è considerato poco utile nella forma proposta. La limitazione del rischio finanziario per il consumatore che ricorre alle vie legali è fermamente respinta dalle organizzazioni del settore della produzione e della distribuzione, le quali temono possibili azioni collettive o un aumento dei costi amministrativi in seguito ai ricorsi individuali presentati da numerosi consumatori.

1.4.3 Valutazione generale della seconda consultazione

La prima richiesta espressa nella mozione Schweiger, ovvero la proposta di introdurre a livello legale una riduzione della sanzione per le imprese che adottano un programma di conformità efficace, è stata accolta con favore da una lieve maggioranza dei partecipanti alla consultazione. Ciononostante, la maggioranza dei Cantoni vi si oppone. Alcuni partecipanti, soprattutto tra le cerchie economiche, considerano giustificate le preoccupazioni espresse nella mozione sull'ancoraggio legale dei programmi di conformità, ma respingono in generale il progetto di revisione. Alcuni partecipanti ritengono che il principio della colpa non sia attuato in maniera coerente. Diversi partecipanti criticano il fatto che siano le imprese a dover dimostrare l'efficacia dei programmi di conformità adottati (inversione dell'onere della prova). Numerosi partecipanti rilevano che esistono già le basi giuridiche per la riduzione della sanzione (artt. 3 e 6 dell'ordinanza sulle sanzioni [OS LCart]) e che sia quindi superfluo integrare questo aspetto nella legge. Secondo alcuni partecipanti, le procedure rischiano di diventare più lunghe. Gran parte dei partecipanti chiede che le piccole e medie imprese (PMI) possano derogare alla regolamentazione proposta o almeno che quest'ultima sia adeguata in funzione delle loro esigenze. Alcuni partecipanti chiedono che, qualora la revisione della LCart dovesse essere rinviata o abbandonata, l'OS LCart venga modificata per tenere conto degli sforzi compiuti dalle imprese allo scopo di soddisfare i requisiti di conformità.

Per quanto riguarda la seconda richiesta espressa nella mozione, la maggior parte dei partecipanti si oppone all'introduzione di sanzioni nei confronti delle persone fisiche, ritenendo che la criminalizzazione dei collaboratori sia in contraddizione con la tradizione giuridica della Svizzera. Il diritto dei cartelli ha lo scopo di ripristinare la concorrenza in caso di abuso: la correzione del comportamento dell'impresa in questione e il suo sanzionamento devono restare gli aspetti cardine della legislazione. Alcuni partecipanti temono che la direzione dell'impresa possa far ricadere la responsabilità sui propri dipendenti. Altri ritengono che simili sanzioni nei confronti di persone fisiche sono già attuabili nel quadro della LCart in vigore (almeno in caso di recidiva, nell'ambito del diritto penale amministrativo). Secondo un certo numero di partecipanti, la prova della premeditazione sarà difficile da produrre e non farà che allungare e complicare le procedure, il tutto con ripercussioni incerte. Diversi

partecipanti ritengono che sia difficile coordinare le procedure nei confronti dell'impresa e delle persone fisiche. Un sistema del genere funzionerebbe soltanto se le sentenze nei confronti delle persone fisiche fossero emesse unicamente dopo la condanna definitiva dell'impresa, il che significherebbe che le persone fisiche dovrebbero attendere il verdetto per anni. Quasi la metà dei partecipanti che si oppongono alle sanzioni nei confronti delle persone fisiche si è dichiarata favorevole alle sanzioni amministrative (variante A) e assolutamente contraria all'introduzione di sanzioni penali (variante B). Tra i partecipanti che invece sostengono l'adozione di sanzioni nei confronti delle persone fisiche, i più sarebbero favorevoli alla variante B, ma fanno notare che l'impostazione concreta di questa variante andrebbe studiata più a fondo.

1.4.4 Valutazione generale della terza consultazione

La maggior parte dei partecipanti alla consultazione, e in particolare le cerchie economiche, ha criticato l'adeguamento dell'articolo 5 LCart nell'ottica di un divieto parziale dei cartelli. Sebbene la volontà di migliorare il trasferimento dei vantaggi legati ai cambi sia vista di buon occhio, la modifica dell'articolo 5 LCart non sembra essere la soluzione idonea. Molti hanno inoltre criticato il legame stabilito tra la forza del franco e gli accordi di cartello. Alcuni hanno sottolineato il fatto che gli strumenti attualmente a disposizione sono di per sé sufficienti e che, mancando l'esperienza pratica, i tempi non sono maturi per procedere a una modifica di questa portata. I Cantoni e le associazioni dei consumatori hanno sostenuto invece, in linea generale, la soluzione del divieto parziale dei cartelli con possibilità di giustificazione. Anche la maggioranza dei partiti politici si è schierata a favore di un adeguamento dell'articolo 5.

Una gran parte dei partecipanti ha inoltre espresso la propria insoddisfazione per i tempi troppo stretti con cui si è svolta la procedura di consultazione, soprattutto considerato che si tratta di una revisione ad ampio raggio della concezione giuridica. Alcuni hanno lamentato il fatto che, nel rapporto esplicativo, non siano state affrontate le conseguenze economiche derivanti dalla modifica.

Numerosi partecipanti hanno inoltre rilevato che le proposte avanzate sono contrarie all'articolo 96 Cost., dato che l'accento è spostato dalle conseguenze rilevanti che un accordo potrebbe avere sulla concorrenza alla tipologia di tale accordo. La questione dell'inversione dell'onere della prova è un punto alquanto controverso.

Alcuni partecipanti preferirebbero che i motivi di giustificazione venissero precisati a livello di ordinanza e non in una comunicazione della Commissione della concorrenza (COMCO).

Più partecipanti hanno infine fatto notare il cambiamento di posizione del Consiglio federale rispetto alla prima proposta di valutazione degli accordi verticali sottoposta a consultazione il 30 giugno 2010.

1.5 Correlazione tra compiti e risorse finanziarie

Secondo l'OCSE, il numero di effettivi della COMCO e della sua segreteria è, nel confronto internazionale, un po' scarso. Le risorse disponibili non consentono di separare meglio l'ambito decisionale da quello relativo all'inchiesta. Il trasferimento di alcune competenze decisionali chiave da una commissione a un tribunale permetterebbe invece di abbreviare la via ricorsuale. Una riforma istituzionale così ambiziosa, finalizzata a migliorare lo Stato di diritto, sarebbe così realizzata senza un eccessivo dispendio finanziario.

1.6 Diritto comparato e relazione con il diritto europeo

Il passaggio da quella che è stata sinora una legislazione incentrata sulla lotta contro gli abusi a una legislazione che relativizza tale lotta in virtù di un divieto parziale dei cartelli si traduce, da un punto di vista prettamente concettuale, in un avvicinamento del diritto svizzero dei cartelli agli standard internazionali, i quali poggiano appunto su divieti piuttosto che sulla repressione di abusi. L'adeguamento dell'articolo 5 LCart e la precisazione nell'ordinanza dei motivi di giustificazione degli accordi orizzontali e verticali fanno in modo che per le imprese risulti più semplice individuare i comportamenti considerati accettabili sotto il profilo del diritto della concorrenza. Nel fissare i principi di efficienza economica, il legislatore terrà inoltre conto della normativa europea. Il legame con il diritto dell'UE e il fatto di tenere conto della giurisprudenza che ne consegue fanno sì che – nonostante in Svizzera il numero di casi sia contenuto – le imprese potranno contare in tempi relativamente brevi su una certezza del diritto sufficiente.

In futuro, le concentrazioni di imprese in mercati che, oltre alla Svizzera, coprono almeno anche lo SEE, saranno oggetto di procedure molto più semplificate, dato che saranno già passate al vaglio delle autorità europee. In questi casi ci si baserà sulla valutazione di tali autorità. L'introduzione del test SIEC rappresenta un grande avvicinamento del controllo svizzero delle concentrazioni alla normativa vigente dell'UE e della maggior parte dei suoi Stati membri.

Aumentare l'attrattiva della via civile adeguando il quadro giuridico rispecchia un'esigenza diffusa a livello internazionale. Nel farlo, occorre tuttavia impedire che ne risulti una quantità eccessiva di azioni civili, come accade per esempio negli Stati Uniti. Anche l'UE ha lo stesso obiettivo, ma prevede una legittimazione dei clienti finali nelle questioni in materia di diritto dei cartelli. Si propone di adottare la stessa strategia nell'ambito del diritto svizzero, sebbene gli adeguamenti previsti in ambito di diritto civile non siano della stessa portata di quelli pianificati nell'UE (p. es. azione collettiva sotto forma di azioni rappresentative).

Una particolarità svizzera consiste nel disciplinare per legge la riduzione della sanzione per le imprese che soddisfano i requisiti di conformità. Nonostante abbia di recente pubblicato un opuscolo in cui viene sottolineata l'importanza che rivestono i programmi di conformità per evitare le pratiche anticoncorrenziali interne all'impresa, la Commissione europea non ritiene che tali programmi possano servire

a ridurre le sanzioni²⁴. Secondo le informazioni a disposizione, nessuno Stato membro dell'UE o dell'OCSE prevede una normativa in questo senso.

Il mandato negoziale per un accordo di cooperazione con l'UE nel settore della concorrenza approvato dal Consiglio federale il 18 agosto 2010 poggia sulla comparabilità tra le disposizioni materiali e procedurali della Svizzera e quelle dell'UE. Il disegno di legge proposto consente di rafforzare la base legale dell'accordo perché, alla stregua della normativa dell'UE, si riallaccia sotto il profilo formale a tipologie di accordi specifiche in materia di concorrenza. I risultati in ambito di concentrazioni di imprese, inoltre, si approssimeranno sempre di più, visto che in futuro in Svizzera saranno adottati gli stessi metodi di valutazione impiegati nell'UE. Occorre però tenere conto del fatto che il diritto svizzero deve occuparsi da solo di quanto in Europa viene intrapreso parallelamente dal diritto degli Stati membri e da quello dell'UE, ossia della valutazione delle concentrazioni in termini di ripercussioni sugli Stati membri e a livello unionale. Nel complesso, il presente disegno rafforza la base legale per un accordo sulla cooperazione, a condizione che si rinunci all'attuazione della seconda richiesta della mozione Schweiger (07.3856) ossia all'introduzione di sanzioni nei confronti di persone fisiche.

Nell'ottica di migliorare la concorrenza sul territorio elvetico, l'assimilazione di diversi aspetti del diritto elvetico a quello dell'UE agevolerà l'attività delle imprese che operano contemporaneamente in Svizzera e nell'UE: queste potranno per esempio stipulare contratti di distribuzione uniformi. Questa armonizzazione va anche a beneficio della certezza del diritto, sebbene il numero esiguo di casi in Svizzera non consenta un'evoluzione del diritto.

All'assimilazione materiale e, in parte, anche concettuale del diritto in materia di concorrenza svizzero a quello europeo non è associata un'armonizzazione a livello istituzionale: innanzitutto, le istituzioni che negli Stati membri sono preposte al diritto in materia di concorrenza sono già di per sé concepite in maniera molto eterogenea e neppure la soluzione adottata a livello dell'UE può o deve fungere da modello. In secondo luogo, per il momento non si intravede alcuna tendenza a un modello europeo unitario in termini di concezione delle istituzioni preposte al diritto in materia di concorrenza. Poiché non esiste un modello europeo ideale (cfr. il rapporto di valutazione intitolato «Internationaler Vergleich», *Rapporto di progetto P9*, 2008), la soluzione proposta risponde in modo coerente alle problematiche nazionali e soprattutto alla necessità di separare la fase dell'inchiesta da quella

²⁴ Cfr. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/compliance_matters_en.pdf. European Commission, Competition Directorate: *Compliance matters – What companies can do to better respect EU competition rules*, Special first edition, novembre 2011, in particolare pag. 20: «... the mere existence of a compliance programme will not be considered as an attenuating circumstance (see, for example, Joined Cases T-101/05 and T-111/05, BASF and UCB, paragraph 52, and Case T-138/07, Schindler Holding, paragraph 282). Nor will the setting-up of a compliance programme be considered as a valid argument justifying a reduction of the fine in the wake of investigation of an infringement».

decisionale: le inchieste dovrebbero cioè essere condotte da un'autorità indipendente e le decisioni prese da un tribunale, il tutto – diversamente da quanto proposto nel testo andato in consultazione – tenendo conto delle prescrizioni dell'ordinamento istituzionale del luogo. L'intervento di un tribunale a uno stadio iniziale non è un caso isolato in Europa: l'Austria e il Belgio propendono infatti per una soluzione analoga. In Germania, l'autorità garante della concorrenza (il «Bundeskartellamt») non può infliggere sanzioni se non viene trovata una conciliazione; deve addirittura far intervenire il Ministero pubblico di un «Land» per poter fare valere in giudizio delle sanzioni. Questo indica che diversi Stati hanno scelto un modello giudiziario per poter infliggere sanzioni relative ai cartelli. Le competenze sanzionatorie di un'autorità della concorrenza sono ampie e il modello proposto non farebbe della Svizzera un caso speciale, ma rappresenterebbe piuttosto un passo in avanti e permetterebbe di eliminare gli attuali problemi relativi alla legalità delle procedure.

1.7 Attuazione

Uno degli obiettivi che il nostro Collegio persegue con questa riforma è quello di accelerare le procedure applicabili agli articoli 5 (accordi di cartello) e 7 (abuso della posizione di mercato), il che può essere fatto sostanzialmente rinunciando alla prima istanza di ricorso, dato che a decidere sarà un tribunale che agisce in conformità con i principi costituzionali e con quelli sanciti nella CEDU. Nel contempo, la segreteria della COMCO viene valorizzata diventando un istituto, il che consente di implementare i fondamenti del governo d'impresa nell'adempimento di compiti sovrani nell'ambito della sorveglianza dell'economia. Grazie all'accostamento a questo modello e alla migliore attuazione di principi giuridici fondamentali, quali la separazione tra l'autorità d'inchiesta e quella decisionale, risultano ampiamente garantite sia l'operabilità delle procedure sia la legittimazione delle decisioni in materia di cartelli.

Le modifiche materiali non dovrebbero sollevare problemi a livello di attuazione. Le legislazioni di diversi Stati europei prevedono disposizioni dal contenuto analogo e la loro attuazione non sembra causare difficoltà. Occorre semplicemente tenere conto dell'aumento di lavoro associato all'introduzione del test SIEC per le concentrazioni di imprese che si rivelano problematiche e che richiedono quindi un esame approfondito (in media dai 4 ai 28 casi all'anno).

2 **Commento**

2.1 **Modifica della legge sui cartelli**

2.1.1 **Modifiche redazionali**

A seguito della più netta divisione tra inchiesta e decisione all'insegna del riordino istituzionale nel diritto sui cartelli, tesa a rivalutare l'attuale segreteria della COMCO in una vera e propria Autorità della concorrenza e l'attuale COMCO in un Tribunale della concorrenza di prima istanza quale parte del Tribunale amministrativo federale, è necessaria una serie di modifiche redazionali nella LCart.

Tali modifiche redazionali, 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 di seguito nei dettagli.

2.1.2 **Ingresso**

La presente revisione parziale offre l'opportunità di stralciare dall'ingresso l'articolo 27 capoverso 1 Cost., indicato per errore in quanto non sancisce alcuna competenza legislativa della Confederazione.

2.1.3 **Disposizioni di diritto materiale (capitolo 2)**

2.1.3.1 **Limitazioni illecite della concorrenza (sezione 1)**

Art. 5 Accordi illeciti

Capoverso 1: Principio

Come avvenuto sinora, gli accordi in materia di concorrenza sono di norma illeciti solo se, da un lato, pregiudicano notevolmente la concorrenza e, dall'altro, non sono giustificati da motivi economici. Rispetto alla versione attuale, si rinuncia a menzionare esplicitamente la soppressione di una concorrenza efficace. Questa formulazione si riferiva in primo luogo soprattutto a tipi di accordi della concorrenza che sono ora disciplinati nel capoverso 2 sotto forma di un divieto parziale di cartelli. Del resto questa menzione è comunque ridondante, poiché ogni soppressione di una concorrenza efficace implica sempre un notevole danno a una concorrenza efficace e la possibilità di giustificare un accordo che sopprime la concorrenza è già esclusa dall'articolo 5 capoverso 3 lettera b (attualmente art. 5 cpv. 2 lett. b). Questo passaggio può quindi essere stralciato senza conseguenze.

Capoverso 2: Accordi gravi in materia di concorrenza

Rispetto al capoverso 1, il nuovo capoverso 2 prevede una regola speciale per determinati tipi di accordi della concorrenza o cartelli particolarmente gravi («duri»). La legge si ricollega però sempre all'oggetto concreto, vale a dire al contenuto economico dell'accordo, e non al suo aspetto formale. Si deve trattare nello specifico di un accordo orizzontale relativo ai prezzi, ai quantitativi o alle zone oppure di un accordo verticale inerente ai prezzi nel senso di prezzi minimi o fissi o di una delimitazione geografica nel senso di una protezione assoluta di una zona. Simili accordi duri sono sempre illeciti, quindi indipendentemente dalla prova che sussista una limitazione notevole della concorrenza, salvo possano essere giustificati nel singolo caso da motivi di efficienza economica. Il capoverso 2 riprende dal profilo materiale e senza modificarli i cinque tipi di accordi già menzionati esplicitamente negli attuali capoversi 3 e 4, qualificati dal legislatore come particolarmente gravi e già oggi quindi direttamente sanzionabili in virtù dell'articolo 49a LCart. Per mantenere inalterata la possibilità di sanzionarli, è necessario adeguare il rinvio contenuto nell'articolo 49a capoverso 1 LCart.

La lieve differenza nella definizione della fattispecie della delimitazione geografica (protezione territoriale assoluta) nella lettera b numero 2 puramente linguistica ed è dovuta all'impostazione proposta. Poiché questo lemma fa riferimento a «distributori», l'elemento della frase «nell'ambito di contratti di distribuzione» diventa superfluo, per cui la sua eliminazione non comporta alcuna modifica materiale.

Capoverso 3: Giustificazione per motivi di efficienza economica

La norma giuridica vigente (cpv. 2) è ampiamente ripresa; in particolare rimane invariato il catalogo dei possibili motivi di giustificazione.

La situazione riguardante la ripartizione dell'onere della prova è chiarita nei suoi diversi aspetti. Occorre sottolineare preliminarmente che tale precisazione non modifica affatto i principi su cui si regge l'inchiesta: questi ultimi continuano a valere ancora, vale a dire l'autorità deve ancora accertare la fattispecie rilevante d'ufficio e più precisamente sia riguardo ai punti aggravanti sia a quelli attenuanti. Lo stesso vale anche per il tribunale. La ripartizione dell'onere della prova regola unicamente il modo di procedere qualora non sia provata né l'esistenza né la non esistenza di una determinata fattispecie. A giusta ragione non può essere richiesta né dall'autorità né dalle imprese una prova (impossibile) per la non esistenza di un fatto (prova negativa).

L'onere della prova per l'esistenza di un accordo sui cartelli, e nel caso del capoverso 1 in particolare anche per la sua rilevanza, incombe all'autorità. Ciò significa che non è dato un comportamento in violazione dell'articolo 5 se l'esistenza di questi punti non è comprovata, ma ad esempio solo supposta. Se, tuttavia, questa prova è fornita, occorre esaminare in una seconda fase l'esistenza di motivi di efficienza. Affinché l'autorità possa adempiere al suo obbligo di cercare sempre oltre alle argomentazioni aggravanti anche quelle attenuanti, le imprese interessate devono però anche spiegare quali riflessioni relative all'efficienza le abbiano indotte ad accettare l'accordo in questione e inoltrare la documentazione disponibile. Infatti, da un'impresa che fa ricorso allo strumento possibilmente vietato (e persino grave)

dell'accordo sui cartelli, si può attendere che chiarisca già in anticipo approfonditamente (eventualmente in una procedura di opposizione di cui all'art. 49a LCart) se l'accordo previsto possa essere giustificato o meno esibendo anche la corrispondente documentazione. Questo vale soprattutto per i divieti circoscritti ai cartelli di cui al capoverso 2. Qualora, a livello di risultati, simili motivi di efficienza *non* siano presentati dall'Autorità della concorrenza, dalle parti e dal tribunale, è dato un accordo illecito della concorrenza sulla base della ripartizione dell'onere della prova, ora sancito espressamente nella legge.

Questa regola comporta una ripartizione adeguata dell'onere della prova, dal momento che né le autorità né le imprese dovranno sopportare l'onere della prova per la non esistenza di un fatto (secondo il Tribunale federale *non* spetta alle autorità provare la non esistenza di motivi di efficienza economica²⁵). Secondo il Tribunale federale²⁶ risulta già dal tenore della legge vigente che pregiudizi alla concorrenza in violazione dell'articolo 5 capoverso 1 LCart sono ammissibili solo se giustificati effettivamente da motivi di efficienza economica e non già quando simili motivi non possono essere esclusi o paiono in un certo senso plausibili. Una mancanza di prove riguardo ai motivi di efficienza si ripercuote di conseguenza a svantaggio delle imprese che hanno concluso un simile accordo. Secondo l'attuale giurisprudenza del Tribunale federale, ad esse incombe quindi l'onere oggettivo della prova, principio che dovrà ora essere esplicitamente indicato nel testo di legge. Va tuttavia considerato che, per l'esistenza di motivi di efficienza, non va richiesta una serie sproporzionata e irrealistica di prove. Le analisi economiche denotano un'incertezza a causa dei dati disponibili sovente lacunosi o della rappresentazione solo approssimativa della realtà, ragione per cui una prova rigorosa di motivi di efficienza non può essere richiesta. Piuttosto è sufficiente disporre di una giustificazione di un accordo se il motivo di efficienza invocato è dato con un elevato grado di probabilità.

Questa ripartizione dell'onere della prova corrisponde inoltre sostanzialmente alla normativa dell'UE e di quasi tutti gli Stati membri dell'UE (art. 2 regolamento UE 1/2003), sebbene non si spinga così lontano. Secondo l'articolo 101 capoverso 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, le imprese nell'UE devono appor- tare cumulativamente quattro prove per poter giustificare accordi per motivi di efficienza: l'accordo deve a) produrre un aumento dell'efficienza, b) essere indispensabile per ottenere i vantaggi indicati sul piano dell'efficienza, c) rendere partecipi i consumatori all'utile realizzato e d) non può in nessun caso sopprimere la concorrenza. Di questi quattro criteri, il terzo manca in Svizzera in questa forma specifica, vale a dire che una parte dei vantaggi in termini di efficienza deve raggiungere i consumatori. La legge svizzera sui cartelli non deve attenersi a uno standard volto a garantire un determinato benessere dei consumatori, bensì a un benesse-

²⁵ DTF del 6.2.2007, 2A.430/2006, consid. 10.3.

²⁶ DTF del 6.2.2007, 2A.430/2006, consid. 10.3.

re macroeconomico. Ai fini di una considerazione macroeconomica del benessere è tuttavia sempre indicativo il fatto di stabilire se i vantaggi a livello di efficienza siano da riversare sulle fasi a valle, poiché l'importante è che la concorrenza nel mercato interessato abbia e mantenga un'intensità sufficiente e in ogni caso non si verifichi la quarta costellazione, ovvero l'esclusione della concorrenza. Un'ulteriore differenza rispetto alla normativa dell'UE sta nel fatto che in Svizzera, secondo la regola immutata sancita nell'articolo 5 capoverso 3 lettera b (prima cpv. 2 lett. b), l'Autorità della concorrenza (e non le imprese come nell'UE) sopporta l'onere oggettivo della prova riguardo all'eliminazione della concorrenza efficace.

Per quanto concerne la giustificazione dei vantaggi di efficienza richiesti, non è sufficiente dimostrare un aumento della capacità operativa sul piano economico-aziendale. È necessario adottare un'ottica macroeconomica. Detti vantaggi di efficienza devono quindi anche ricadere nello spazio economico svizzero. I vantaggi per le imprese devono essere confrontati con gli svantaggi riconducibili a una riduzione dell'intensità della concorrenza che risulterebbe dall'accordo. Riguardo ai tipi di accordi di cui al capoverso 2, il legislatore presume che simili svantaggi si verifichino e per questa ragione devono essere sottoposti a un divieto parziale dei cartelli. Per compensare le difficoltà che un'impresa potrebbe dover affrontare nell'autovalutare l'esistenza di motivi di giustificazione (per quanto a tale proposito entri in gioco la dimensione macroeconomica), la legge sui cartelli consente di ricorrere, in caso di accordi passibili di sanzioni, alla procedura di opposizione; negli altri casi l'Autorità della concorrenza può essere chiamata in causa per una consulenza. In particolare, se la valutazione necessita di dati relativi al mercato, per i quali le imprese hanno accesso solo difficilmente o non hanno affatto accesso (p. es. dati dei concorrenti), l'avvio di una procedura di opposizione (o il ricorso a una consulenza) è opportuna per le imprese. Se tuttavia un'impresa conclude un accordo secondo uno dei cinque tipi sanzionabili senza procedere ai necessari chiarimenti (o avviare una procedura di opposizione), essa non può successivamente addurre come scusa che non aveva a disposizione i dati relativi al mercato necessari alla valutazione.

Alla luce della crescente importanza conferita ai motivi di efficienza economica e allo scopo di dare alle imprese la maggior certezza giuridica possibile, appare opportuno formulare in maniera comprensibile i motivi di giustificazione d'ora in poi menzionati nell'articolo 5 capoverso 3 (invariato) (attuale art. 5 cpv. 2 LCart) sulla base della competenza in vigore a livello di ordinanza sancita nell'articolo 6 LCart. Le regole per la giustificazione devono basarsi sui materiali esistenti nonché sulla prassi dell'Autorità della concorrenza e dei tribunali e, in considerazione delle condizioni giuridiche ed economiche vigenti in Svizzera, tenere conto del corrispondente diritto dell'UE, allo scopo di evitare un isolamento dei mercati svizzeri e creare la certezza del diritto. A questo riguardo va osservato che gli effetti positivi in termini di efficienza di accordi orizzontali duri (in futuro art. 5 cpv. 2 lett. a) sono di regola minimi se comparati al danno macroeconomico causato dalla limitazione della concorrenza. Un'eccezione a questa regola sono, a determinate condizioni, le cooperazioni nell'ambito degli acquisti. Per contro, gli accordi verticali (e in partico-

lare gli accordi su prezzi minimi o fissi e le delimitazioni geografiche sotto forma di una protezione assoluta di determinate zone, in futuro art. 5 cpv. 2 lett. b) permettono, in alcuni casi, di ottenere guadagni di efficienza che controbilanciano le ripercussioni negative degli accordi (p. es. eliminazione di comportamenti parassitari da parte dei commercianti o accesso a nuovi mercati geografici o di prodotti)²⁷. Preannunciando la futura ordinanza, è possibile prevedere già in questa sede che, in caso di accordi verticali, le imprese potranno far valere segnatamente i seguenti motivi di efficienza²⁸: una protezione limitata nel tempo di investimenti per l'accesso a nuovi mercati geografici o di nuovi prodotti; la garanzia di uniformità e qualità dei prodotti contrattuali; la protezione di investimenti contrattuali specifici che non possono essere utilizzati al di fuori della relazione commerciale o lo possono essere ma solo con grandi perdite (problema dell'*hold-up*); la rinuncia a misure di promozione delle vendite poco incisive ed inefficaci (p. es. prestazioni di consulenza) che possono risultare se un fabbricante o un commerciante può approfittare degli sforzi di promozione delle vendite di un altro fabbricante o commerciante (problema delle imprese parassitarie); la rinuncia a un margine doppio sul prezzo che può risultare se sia il fabbricante sia il commerciante detengono una posizione dominante sul mercato (problema della doppia marginalizzazione); la richiesta di trasmissione di conoscenze essenziali e la garanzia di impegni finanziari (p. es. mutui) che non sarebbero forniti dal mercato dei capitali.

L'articolo 6 capoverso 1 lettera e LCart ammette una giustificazione agevolata per gli accordi tra PMI che hanno solo un effetto limitato sul mercato. La Comunicazione vigente limita questa agevolazione – in sintonia con il diritto europeo – alla categoria degli accordi non direttamente sanzionabili in Svizzera. Anche il concetto di effetto minimo sul mercato dovrà essere precisato nella nuova ordinanza quale regola «de minimis». Per quanto riguarda i cinque tipi di accordi menzionati, direttamente sanzionabili, non si prevede attualmente di introdurre una simile regola (quest'ultima potrebbe però essere considerata per cooperazioni nell'ambito degli acquisti).

Articolo 8 Autorizzazione eccezionale per motivi preponderanti di interesse pubblico

²⁷ Cfr. Bühler, Stefan, Halbheer, Daniel, 2010, *Okonomische Grundlagen und Grundbegriffe*, in: Marc Amstutz und Mani Reinert (ed.), *Basler Kommentare, Kartellgesetz*, pag. 33 e segg., 46 e segg.; Gruppo di valutazione Legge sui cartelli, studi relativi a singole disposizioni (art. 3 cpv. 2 LCart: limitazioni della concorrenza, proprietà intellettuale; art. 5 cpv. 4 LCart: accordi verticali), valutazione LCart, 2008.

²⁸ Questi cosiddetti motivi di efficienza sono già contenuti nella Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza del 28 giugno 2010 (Comunicazione sugli accordi verticali, ComVert).

Dal momento che gli accordi in materia di concorrenza e le pratiche di imprese dominanti il mercato non sono più dichiarati illeciti da un'«autorità», bensì da un tribunale competente, l'articolo 8 subisce una modifica redazionale, che viene apportata sulla scorta dell'articolo 11.

2.1.3.2 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 parallelamente dalle autorità della concorrenza di vari Stati. Ciò comporta oneri supplementari per le imprese e le autorità della concorrenza interessate. Con l'adeguamento proposto dell'articolo 9 capoverso 1^{bis} LCart si intende ridurre tale sovraccarico di lavoro.

L'obbligo di notifica sarà notevolmente semplificato in futuro per concentrazioni di imprese i cui prodotti e prestazioni di servizi sono offerti su mercati che, sotto il profilo del diritto dei cartelli, includono almeno la Svizzera e lo SEE. Infatti, per quanto in questi mercati le istanze dell'UE vietino o vincolino a oneri e condizioni le concentrazioni, la decisione esplicherebbe il suo effetto – a prescindere dal Paese – all'interno dello SEE e, quindi, anche in Svizzera. Una valutazione da parte delle autorità svizzere non è necessaria in questi casi. È sufficiente che le imprese informino l'Autorità della concorrenza delle procedure di concentrazione in corso e della decisione dell'UE. 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 della concentrazione da parte della Commissione europea sia stato dimostrato il contrario (p. es. se alcuni mercati si rivelano essere nazionali), le imprese devono notificare a posteriori la concentrazione anche in Svizzera.

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

Art. 10 Valutazione delle concentrazioni

Attualmente è riconosciuto a livello internazionale che il controllo delle concentrazioni dovrebbe approntare strumenti atti a impedire concentrazioni dannose per

l'economia²⁹. In particolare in mercati che sono concentrati e in cui singole imprese presentano elevate quote di mercato, le concentrazioni di imprese possono rivelarsi dannose per l'economia generale. È vero che il controllo degli abusi secondo l'articolo 7 LCart rappresenta uno strumento che permette in alcuni casi di correggere o mitigare a posteriori ripercussioni anticompetitive di determinate concentrazioni. Tutti sono però unanimi nell'affermare che il controllo degli abusi non può sostituirsi a un controllo della struttura, come sostanzialmente lo è il controllo delle concentrazioni. Un controllo moderno delle concentrazioni deve basarsi sul contesto economico e avvalersi di uno strumentario adeguato. Quest'ultimo deve poter tener conto sia degli effetti anticompetitivi di concentrazioni sia di quelli volti ad aumentarne l'efficienza.

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 le ricerche economiche, le due categorie di effetti nocivi riportate qui di seguito.

- *Effetti non coordinati (unilaterali)*: se la pressione della concorrenza diminuisce 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. Di conseguenza, le altre imprese presenti sul mercato sono pure indotte ad adattare il loro comportamento, ad esempio aumentando anch'esse i prezzi.
- *Effetti coordinati*: se sul mercato rimangono attive soltanto poche imprese, una concentrazione può anche indurre i rimanenti attori a coordinare il loro operato, in modo esplicito o tacito, a scapito dei loro clienti.

Il controllo vigente delle concentrazioni non considera sufficientemente queste ripercussioni inibitorie della concorrenza proprie delle concentrazioni di imprese. Per contro la modifica proposta dell'articolo 10 capoversi 1 e 2 LCart consente un esame completo degli effetti negativi, ma anche di quelli positivi di una concentrazione grazie al modello del test SIEC («Significant Impediment to Effective Competition») applicato dalle autorità dell'UE. La corrispondente formulazione nell'articolo 10 (in particolare riguardo al termine «ostacolare») si basa sulla formulazione dell'UE (non sull'art. 7). Analogamente al controllo vigente delle concentrazioni, il test SIEC offre la possibilità di vietare concentrazioni o di vincolarle a oneri

²⁹ Cfr. *International Competition Network ICN (2010), Recommended Practices for Merger Analysis*; OECD (2009), *Standard for Merger Review, with a particular Emphasis on Country Experience with the Change of Merger Review Standard from the Dominance Test to the SLC/SIEC Test*, DAF/COMP(2009)21; gruppo di valutazione Legge sui cartelli (2008), controllo delle concentrazioni, verifica della necessità di una revisione, rapporto di progetto P17 della valutazione LCart secondo l'art. 59a LCart, Berna.

e condizioni. Un divieto o un'ammissione vincolata a oneri e condizioni è possibile, a seconda dei casi, anche quando ci si trova in presenza di un ostacolo significativo alla concorrenza, senza che debba essere costituita o rafforzata una posizione dominante sul mercato.

Con il passaggio al test SIEC – conformemente alla normativa collaudata dell'UE – si prendono in considerazione i vantaggi di efficienza di una concentrazione (art. 10 cpv. 2 lett. b LCart), eliminando una notevole debolezza dell'attuale regime. Nella misura in cui, per gli acquirenti, i vantaggi di efficienza compensano gli effetti negativi della concentrazione, le autorità della concorrenza devono approvare la concentrazione. I motivi di efficienza devono essere presentati dalle imprese. La considerazione dei vantaggi di efficienza va di pari passo anche con la scelta di un grado di benessere o di uno standard di benessere da adottare. Il Consiglio federale propone per l'articolo 10 LCart l'utilizzazione di uno standard di benessere dei consumatori dinamico³⁰ (anche le autorità europee della concorrenza e diverse altre autorità prescindono, ai fini del controllo delle concentrazioni, dallo standard globale di benessere³¹). Esso tiene conto di una massimizzazione a breve termine del benessere dei consumatori e tiene conto non solo degli effetti statici, bensì anche di importanti effetti dinamici sul piano economico: se, per esempio, una concentrazione crea possibili sinergie nel settore Ricerca&Sviluppo che non esplicano effetti immediati, ma è dimostrato che a breve termine agiranno sui prezzi dei prodotti o delle prestazioni di servizi, queste saranno considerate. Affinché i guadagni di efficienza possano essere contemplati nella valutazione di un progetto di concentrazione sotto il profilo del diritto della concorrenza, oltre alla condizione citata secondo cui tali guadagni devono riversarsi sugli *acquirenti*, devono pure soddisfare due esigenze, vale a dire l'efficienza dev'essere verificabile e specifica alla concentrazione.

Con l'introduzione del test SIEC si possono impedire, meglio che non nell'attuale regime, le concentrazioni che inibiscono la concorrenza e i cui effetti negativi non sono compensati da vantaggi di efficienza. Il raffronto internazionale mostra che il passaggio al test SIEC comporta pochi cambiamenti per quanto riguarda il numero degli interventi, la certezza del diritto e la complessità e che le esperienze in generale sono positive³². In Stati che hanno modificato il loro criterio di valutazione, il numero degli interventi non è in linea di massima aumentato, la certezza del diritto non è stata influenzata negativamente e il test SIEC non si è rivelato nemmeno più complesso di un test riguardante le posizioni dominanti sul mercato. In compenso, il

³⁰ Cfr. Gruppo di valutazione legge sui cartelli, controllo delle concentrazioni menzionato nella nota n. 29.

³¹ Per i diversi motivi riguardanti la scelta di questo standard di benessere cfr. gruppo di valutazione Legge sui cartelli, controllo delle concentrazioni (menzionato nella nota 29), pag. 32 e seg.

³² Da OCSE (2009), pag. 8 e seg., menzionato nella nota n. 29.

test SIEC permette una descrizione più semplice di problematiche complesse (si ricorre meno al criterio del dominio collettivo del mercato) e l'esame completo dei suoi effetti negativi e positivi.

Anche per la Svizzera non si prevedono grandi cambiamenti riguardo alla certezza del diritto, alla complessità e all'onere amministrativo. Le fasi di valutazione dell'Autorità della concorrenza rimangono sostanzialmente le stesse, salvo per quanto attiene alla considerazione dei vantaggi di efficienza. La pubblicazione di una direttiva analoga a quella dell'UE³³ può contribuire a una maggiore chiarezza e certezza del diritto. Inoltre, l'Autorità della concorrenza si appoggerà alla prassi giuridica vigente nell'UE. In relazione alla notifica della concentrazione, l'onere per le imprese non varierà rispetto a quello attuale, dato che indipendentemente dai motivi di efficienza devono, in linea di massima, inoltrare le stesse informazioni che servivano al controllo delle concentrazioni. Per le concentrazioni che si rivelano problematiche e che vanno esaminate approfonditamente (in media 4 su 28 concentrazioni notificate all'anno), l'onere per le imprese e l'Autorità della concorrenza risulterà più elevato a causa del diverso grado di valutazione. Concentrazioni non considerate problematiche non dovrebbero per contro presentare un onere più elevato.

Riguardo al cambiamento del numero degli interventi, nel caso della Svizzera occorre tener presente quanto segue. La soglia che giustifica un intervento viene posta con il test SIEC da un lato più in basso ma, dall'altro, è nuovamente rialzata poiché entra in considerazione il criterio dell'efficienza. Mentre a livello internazionale il numero degli interventi è rimasto in linea di massima uguale con il passaggio al test SIEC, in Svizzera potrà aumentare lievemente; è infatti opinione diffusa che il controllo svizzero vigente delle concentrazioni tiene conto troppo poco degli effetti anticompetitivi.

Dal momento che i valori soglia che determinano l'obbligo di notifica non vengono abbassati, non è da prevedere una modifica del numero delle concentrazioni da notificare. Il passaggio al test SIEC non comporta nemmeno una variazione di tale numero.

³³ Unione europea (2004), Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese; URL: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205\(02\):EN:NOT\[29.11.11\]](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0205(02):EN:NOT[29.11.11]).

2.1.4 Disposizioni di procedura civile (capitolo 3)

Articolo 12 Azioni per limitazioni illecite della concorrenza

Sulla base del tenore vigente, a detta di molti, i clienti finali e in particolare i consumatori non possono far valere pretese di diritto civile in caso di limitazione illecita della concorrenza. Ciò comporta fra l'altro una lacuna inaccettabile a livello di responsabilità, dato che chi conclude un cartello non è tenuto a rispondere nei confronti di nessuno e, nella maggior parte dei casi, può difendersi contro pretese di risarcimento di danni avanzate da imprese obiettando che queste ultime non hanno subito nessun danno in senso giuridico, poiché avrebbero potuto riversare il prezzo maggiorato derivante dalla limitazione illecita della concorrenza sui livelli di mercato successivi (da ultimo sui consumatori) (*passing on defence*). Le pretese dei consumatori danneggiati da questo gioco di «scaricabarile» non possono quindi essere fatte valere a causa della mancanza menzionata di legittimazione attiva legale. Se si estende la legittimazione attiva a tutti coloro che sono minacciati o lesi nei loro interessi economici da una limitazione illecita della concorrenza, occorre accordare un diritto d'azione anche a consumatori danneggiati sul piano finanziario come pure a tutti gli altri clienti finali; in questo modo si può eliminare la suddetta lacuna in materia di responsabilità. Le organizzazioni dei consumatori possono avviare un'azione secondo le disposizioni generali di procedura civile se le pretese possono essere cedute dai consumatori.

Dato che d'ora in poi non si fa più valere un ostacolo alla concorrenza, occorre modificare la nota marginale dell'articolo 12 nonché la formulazione delle disposizioni dell'articolo 12 capoverso 1 lettera a e stralciare il capoverso 2 divenuto superfluo.

Sulla base dell'articolo 9 capoverso 1 lettera c LCSL, dell'articolo 28a capoverso 1 numero 3 CC e in correlazione con la LCart del 1985 nel capoverso 1 lettera a^{bis} viene quindi recepito un diritto alla constatazione dell'illiceità della limitazione della concorrenza.

L'attuale capoverso 3 va per contro stralciato senza essere sostituito. Questa disposizione, che risale ancora alla LCart del 1985, risulta attualmente persino in contraddizione con il sistema, poiché sancisce una responsabilità di diritto civile per una pratica ammissibile nell'ottica del diritto amministrativo in materia di cartelli.

Articolo 12a Prescrizione

Le pretese riguardanti la cessazione, la soppressione e la constatazione della limitazione della concorrenza di cui all'articolo 12 capoverso 1 lettere a e a^{bis} non cadono in prescrizione. D'ora in poi la prescrizione di pretese derivanti da una limitazione illecita della concorrenza di cui all'articolo 12 capoverso 1 lettere b–c non prende inizio e rimane sospesa qualora sia iniziata, durante un'inchiesta dell'Autorità della concorrenza (che, conformemente all'Accordo sulla navigazione aerea, può essere anche la Commissione europea), vale a dire nel lasso di tempo che intercorre fra l'apertura dell'inchiesta e la decisione passata in giudicato. Secondo l'articolo 134

capoverso 2 della legge federale del 30 marzo 1911³⁴ di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) la prescrizione comincia il suo corso o lo prosegue. In tal modo si intende ovviare al problema del termine di prescrizione relativo di un anno di cui all'articolo 60 CO, secondo molti applicabile ai sensi del diritto vigente, che costringe la vittima di una violazione della normativa sui cartelli ad avviare precocemente un'azione, compromettendone così l'esito positivo. La nuova possibilità ora offerta di poter aspettare la procedura dell'Autorità della concorrenza preserva, da un lato, le imprese coinvolte in un procedimento amministrativo in materia di cartelli da azioni civili precipitose, mentre dall'altro consente al danneggiato di far valere più facilmente le sue pretese di diritto civile, rafforzando nel complesso la normativa civile in materia di cartelli. Il messaggio in fase di elaborazione riguardante la revisione del diritto sulla prescrizione riprenderà la presente disposizione. In vista dell'uniformazione e dell'armonizzazione del diritto sulla prescrizione in generale occorrerà considerare ed esaminare se si può rinunciare a questo speciale disciplinamento nella LCart.

Articolo 13 Esercizio dell'azione di soppressione e cessazione

Rispetto all'attuale versione della lettera a, secondo cui il tribunale «ordina» la nullità dei contratti, la nuova formulazione non introduce nessuna modifica materiale. Il testo di legge è unicamente adeguato alla dottrina dominante secondo la quale le disposizioni contrattuali che violano la LCart sono nulle sin dall'inizio e la decisione del tribunale non esplica quindi alcun effetto. Le modifiche linguistiche nella lettera b risultano dalla nuova forma della legittimazione all'azione di cui all'articolo 12.

2.1.5 Procedura di diritto amministrativo (capitolo 4)

2.1.5.1 Autorità della concorrenza e Tribunale della concorrenza (sezione 1)

Articolo 24a Autorità d'inchiesta e decisionali

Per raggiungere lo scopo previsto dalla LCart, la Confederazione istituisce un'Autorità della concorrenza (cpv. 1), che è garante della concorrenza. Essa svolge concretamente le funzioni attribuite attualmente alla segreteria della COMCO, ma anche compiti che ricadono oggi sulla stessa COMCO e non sul Tribunale della concorrenza. Si pensi soprattutto alla valutazione di concentrazioni d'impresa soggette a notifica. Oltre alla funzione d'inchiesta e, occasionalmente, decisionale

³⁴ RS 220

l'Autorità della concorrenza esercita anche una funzione consultiva, vale a dire in virtù dell'articolo sullo scopo della legge consiglia uffici e imprese in merito a questioni relative alla LCart. In tal modo questi ultimi possono ricevere importanti informazioni sulla valutazione, sotto il profilo del diritto della concorrenza, di eventuali limitazioni della concorrenza. L'Autorità della concorrenza non deve tuttavia attivarsi solo su richiesta, bensì anche autonomamente e se del caso intervenire in settori con problemi di questo tipo. Tale competenza (cosiddetto ruolo di «*advocacy*») risulta anche dall'articolo 46, che autorizza l'Autorità della concorrenza a formulare raccomandazioni rivolte alle autorità nell'interesse della concorrenza e a esprimersi nelle procedure di consultazione. Anche con questa funzione, il compito dell'Autorità della concorrenza esula da quello di un'autorità d'inchiesta inteso in senso stretto e motiva la scelta della forma dell'istituto. In sintonia con la forma dell'istituto vi è infine il mantenimento della possibilità di emanare, oltre a ordinanze, anche comunicazioni al fine di concretizzare la prevista applicazione della legge sui cartelli.

Il compito principale dell'Autorità della concorrenza consisterà nell'eseguire inchieste su limitazioni della concorrenza che saranno poi giudicate dal Tribunale della concorrenza. L'Autorità della concorrenza può effettuare autonomamente queste procedure, anche nell'ambito delle decisioni di avvio di procedimenti. Nella valutazione di concentrazioni d'impresa, l'Autorità della concorrenza è essa stessa competente per le decisioni. Questa attribuzione di competenze risulta dalla particolare urgenza di decisioni corrispondenti per le imprese coinvolte in una concentrazione soggetta a notifica.

Nel capoverso 2 si sancisce che l'Autorità della concorrenza mette a disposizione le sue conoscenze e collabora allo sviluppo del diritto in materia di cartelli e di atti correlati, nonché alla valutazione della legge sui cartelli.

Secondo il capoverso 3, il Tribunale amministrativo federale funge da Tribunale della concorrenza della Confederazione. Mentre nel presente messaggio la designazione «Tribunale della concorrenza» indica quell'unità organizzativa del Tribunale amministrativo federale incaricata di giudicare i casi che rientrano nel diritto della concorrenza, nella legge sui cartelli è utilizzata in maniera uniforme la designazione «Tribunale amministrativo federale». L'Autorità della concorrenza decide in prima istanza sui casi enumerati nell'articolo 36a LTAF (ma non su azioni di diritto civile). Riguardo alla valutazione delle decisioni dell'Autorità della concorrenza (previste soprattutto nel controllo della composizione, possono includere anche decisioni di avvio di procedimenti), il Tribunale della concorrenza è l'istanza di ricorso.

2.1.5.2 Limitazioni della concorrenza (sezione 2)

Articolo 27 *Inchiesta*

Titolo: il titolo dell'articolo è adeguato conformemente al contenuto della disposizione (e in analogia all'art. 26).

Capoverso 1: per l'apertura di un'inchiesta sarà competente in futuro l'Autorità della concorrenza. A tale scopo essa non necessita in particolare dell'approvazione di un organo superiore. Come avvenuto sinora, il DFE deve poter richiedere l'avvio di un'inchiesta. Anche in questo caso, l'Autorità della concorrenza è tuttavia completamente libera nella gestione dell'inchiesta e nelle sue conclusioni. Questa disposizione non dovrebbe dare adito a problemi riguardanti l'indipendenza dell'Autorità della concorrenza, sempre che tale possibilità sia sfruttata con moderazione dal DFE. Al Tribunale della concorrenza non spetta invece il diritto di esigere l'apertura di un'inchiesta, dato che l'Autorità della concorrenza richiedente dev'essere indipendente dal tribunale giudicante. Una volta avviate, le inchieste possono essere concluse solo dal Tribunale della concorrenza.

Il capoverso 2 stabilisce che l'Autorità della concorrenza (in precedenza la segreteria della COMCO) è la sola a effettuare le inchieste e a fissare le priorità in questo contesto, e più precisamente (in senso implicito) in maniera autonoma e indipendente.

Articolo 29 Conciliazione

Capoverso 1: come avvenuto sinora con la segreteria della COMCO, le imprese potranno convenire con la nuova Autorità della concorrenza una conciliazione in cui si accordano sulle modalità per la soppressione di una limitazione della concorrenza. In caso di conciliazione, l'Autorità della concorrenza può prescindere da misure supplementari d'inchiesta per motivi di economia procedurale, il che permette di contenere le spese ripetibili e quelle procedurali. La sanzionabilità della pratica illecita attuata in passato non viene tuttavia a cadere con un simile accordo e anche accordi relativi a sanzioni continueranno a non essere possibili, dato che la decisione circa la sanzione spetta al Tribunale della concorrenza. Per contro, l'Autorità della concorrenza può comunicare alle parti quale sanzione intende richiedere al Tribunale della concorrenza.

Capoverso 2: la conciliazione convenuta fra l'Autorità della concorrenza e le parti sottostà all'approvazione del Tribunale della concorrenza. Quest'ultimo può approvare o respingere un simile accordo, ma non modificarlo unilateralmente. Se la conciliazione è respinta o se i limiti della sanzione previsti per le imprese dall'Autorità della concorrenza sono superati, spetta al Tribunale della concorrenza prendere una decisione sulle misure e sanzioni da adottare.

Articolo 30 Proposta e decisione

Capoverso 1: diversamente da quanto avviene oggi, nel nuovo capoverso viene fatta una netta distinzione fra lo stadio dell'inchiesta e quello della decisione. L'Autorità della concorrenza svolge l'inchiesta e fa la sua proposta (fra cui figurano anche decisioni di avvio di un'inchiesta o decisioni incidentali). Il Tribunale della concorrenza adotta le decisioni che prevedono eventuali sanzioni. Questa netta separazione può eccezionalmente essere infranta, segnatamente se ciò si rivela inevitabile ai fini

della protezione delle parti (p. es. in caso di comunicazione relativa all'emanazione di una sanzione a una persona che ha richiesto un bonus (regime di clemenza); attualmente art. 11 in combinato disposto con l'art. 9 cpv. 3 OS LCart).

Capoverso 2: con l'inoltro della proposta dell'Autorità della concorrenza il procedimento è pendente presso l'omonimo Tribunale. La proposta dell'Autorità della concorrenza riveste nel nuovo diritto una funzione diversa dalla proposta della segreteria della COMCO nel diritto vigente: sinora la proposta era stata inviata alle imprese. Essa conferiva loro la possibilità di esprimere il loro parere al riguardo, prima che la COMCO iniziasse a occuparsi del caso. La proposta rappresentava quindi un disegno di decisione in merito al quale le imprese potevano esprimersi. In futuro la proposta darà avvio al procedimento dinanzi al Tribunale della concorrenza, dove diviene un oggetto pendente. Essa dovrà pertanto essere indirizzata anche al Tribunale della concorrenza, il quale dovrà decidere sull'ulteriore modo di procedere, in particolare sulla trasmissione agli interessati affinché esprimano il proprio parere. La proposta non servirà più in futuro quale garanzia per le imprese di essere sentite; piuttosto la sua funzione sarà comparabile a quella di una querela o di una citazione. L'enumerazione dei punti da designare nella proposta non necessita di spiegazioni e mostra che la proposta secondo il nuovo diritto corrisponde sul piano materiale e per la sua portata alla proposta attualmente esistente (cpv. 2 lett. a-g). Conseguentemente alla mutata funzione della proposta nel nuovo diritto, la norma del vigente capoverso 2 non è ripresa nella nuova normativa. Sono ancora applicabili le prescrizioni generali relative al diritto d'audizione delle parti (art. 29 e segg. PA).

Capoverso 3: una partecipazione del Sorvegliante dei prezzi alla direzione dell'Autorità della concorrenza nonché al Tribunale della concorrenza (come sinora presso la COMCO) è esclusa a causa dell'insufficiente indipendenza della sorveglianza dei prezzi dal DFE. La collaborazione fra Autorità della concorrenza e sorveglianza dei prezzi è tuttavia ancora garantita (art. 5 cpv. 2, 3 e 4 LSPR). D'ora in poi, in analogia all'articolo 5 capoverso 4 LSPR, l'Autorità della concorrenza deve consultare il Sorvegliante dei prezzi in procedimenti riguardanti abusi a livello di prezzi e vendite sotto prezzo rivolte contro determinati concorrenti prima di formulare la sua proposta al Tribunale della concorrenza. La mancata ripresa nel nuovo diritto della norma contenuta nel capoverso 3 non comporta alcun cambiamento materiale. La possibilità di revocare o modificare una decisione in seguito a un cambiamento essenziale della situazione di fatto o giuridica esiste comunque già in virtù dei principi di portata generale di diritto amministrativo che saranno applicati in relazione a decisioni durature.

Capoverso 4: il Tribunale della concorrenza non è vincolato alla proposta dell'Autorità della concorrenza e può decidere anche altre misure e sanzioni amministrative inferiori o superiori rispetto a quanto postulato dall'Autorità della concorrenza. Conformemente alla sua funzione quale prima istanza con pieno potere d'esame, esso constata d'ufficio la fattispecie e può senz'altro assumere le prove (cfr. le spiegazioni ad art. 39 cpv. 1 LCart). La funzione vera e propria d'inchiesta è però esercitata dall'Autorità della concorrenza che è dotata dei poteri corrispondenti. Qualora ritenga che le misure d'inchiesta supplementari necessarie siano eccessive,

il Tribunale della concorrenza può rinviare la proposta all'Autorità della concorrenza. Questo si verifica in particolare quando il Tribunale della concorrenza ritiene necessari accertamenti di vasta portata inerenti al mercato, ad esempio intervistando numerosi attori coinvolti. Nonostante la conclusione (momentanea) di un affare pendente presso il Tribunale della concorrenza, il rinvio non è una decisione finale dell'ultima istanza. Il procedimento va infatti giudicato in ogni caso nuovamente dalla stessa (ossia la prima) istanza, vale a dire dal Tribunale della concorrenza, indipendentemente dal nuovo tenore della proposta dell'Autorità della concorrenza. L'impugnabilità del rinvio è retta pertanto dall'articolo 93 della legge sul tribunale federale e non dovrebbe essere data regolarmente.

Capoverso 5: se l'Autorità della concorrenza stessa propone di abbandonare un'inchiesta, per ragioni di economia processuale e analogamente alla disposizione sullo stralcio di procedimenti divenuti privi di oggetto (art. 23 cpv. 1 lett. a LCA), è opportuno che la decisione rientri nella competenza di un'unica istanza.

2.1.5.3 Concentrazioni di imprese (sezione 3)

Articolo 32 Avvio della procedura d'esame

In caso di concentrazioni di imprese transnazionali, le diverse regole procedurali della Svizzera e dell'UE pongono problemi di concertazione sia alle imprese sia alle autorità della concorrenza provocando costi amministrativi. Da un lato, i termini dell'UE sono più lunghi, dall'altro vi è nell'UE la possibilità di prolungarli (p. es. esame degli oneri e delle condizioni o su richiesta delle imprese). Di regola le imprese vogliono evitare che l'Autorità della concorrenza svizzera decida prima dell'UE. Con le modifiche proposte è mantenuto il termine principale, pur offrendo la possibilità di mitigare le differenze di termini fra la Svizzera e l'UE grazie al loro prolungamento. Affinché l'Autorità della concorrenza non possa prolungare da sé il termine, il consenso delle imprese notificanti rappresenta una condizione per l'estensione del termine. I motivi «importanti» richiesti dalla legge per l'estensione del termine (in particolare l'esame di condizioni e oneri, concertazione delle procedure di concentrazione UE) dovranno essere fissati successivamente a questa revisione nell'ordinanza sul controllo di concentrazioni di imprese.

La durata massima dell'estensione dei termini si calcola come segue: il termine per l'esame provvisorio è di 25 giorni lavorativi nell'UE, il che di regola corrisponde a cinque settimane o 35 giorni (vale a dire fra 4-7 giorni o sino a una settimana in più rispetto alla Svizzera). Nell'UE il termine può quindi essere prolungato di 10 giorni lavorativi, per un totale di circa due settimane o 14 giorni. Di conseguenza la possibilità di estensione del termine in Svizzera è al massimo di 3 settimane o 21 giorni.

Articolo 33 Procedura di esame

Capoverso 2: l'aggiunta «su richiesta delle imprese partecipanti», in analogia al vigente articolo 32 capoverso 2 LCart, garantisce che l'iniziativa per un'esecuzione

anticipata (prima della decisione dell'Autorità della concorrenza) provenga dalle imprese. Ciò corrisponde anche all'attuale prassi. Gli altri adeguamenti sono di tipo linguistico e non comportano modifiche materiali.

Capoverso 4: per l'esame approfondito di concentrazioni di imprese, analogamente all'articolo 32 e per gli stessi motivi, sarà prevista la possibilità di prolungare il termine. La durata massima di prolungamento del termine è calcolata come segue: il termine nell'UE è di 90 giorni lavorativi per l'esame approfondito, il che di regola corrisponde a 18 settimane o 126 giorni (3–6 giorni in più rispetto alla Svizzera). Il termine può essere prolungato nell'UE di 35 giorni lavorativi, per un totale di sette settimane o 49 giorni. Inoltre i giorni festivi dell'UE, durante i quali il termine ordinario è sospeso, vanno compensati. Di conseguenza la possibilità di estensione del termine in Svizzera è al massimo di poco più di 8 settimane o due mesi.

Capoverso 5: le concentrazioni sono effettuate in tempi molto stretti. Per le imprese concorrenti è importante prendere decisioni efficaci in breve tempo. Per questa ragione l'esame di concentrazioni da parte dell'Autorità della concorrenza è vincolato a termini. Se le imprese non sono d'accordo con una decisione dell'Autorità della concorrenza (nel caso di un divieto o un'autorizzazione vincolata a oneri e condizioni), l'esame del tribunale deve aver luogo rapidamente. Se si prospetta una lunga procedura di ricorso, le imprese potrebbero non ricorrere. Per questa ragione, per la valutazione di un ricorso da parte del Tribunale della concorrenza è introdotto ora un termine di tre mesi che inizia a decorrere dal ricevimento del ricorso. Dall'articolo 34 LCart si deduce che si tratta di un termine ordinatore (e non di un termine di perenzione come per l'Autorità della concorrenza) e va inteso più precisamente nel senso di un appello all'istanza di ricorso affinché questa emetta una decisione in tempi rapidi.

Articolo 34 Effetti giuridici

In seguito alla possibilità descritta di prolungare il termine (art. 32 cpv. 3 e art. 33 cpv. 4 LCart), nell'articolo 34 LCart il rinvio esistente è completato con queste due nuove disposizioni.

2.1.5.4 Procedura e rimedi giuridici (sezione 4)

Articolo 39 Principio

Il capoverso 1 disciplina il diritto procedurale applicabile. Per l'Autorità della concorrenza valgono le stesse norme sinora vigenti per la COMCO o la sua segreteria (il che consente di basarsi sulla vigente giurisprudenza e bibliografia). Fatte salve le disposizioni derogatorie della LCart (p. es. art. 39a e segg. e 53a LCart) la procedura è retta dalle disposizioni della PA. Per il Tribunale della concorrenza occorre tener presente quanto segue: fatte salve disposizioni particolari nella LCart, la procedura è retta dalla LTAF e dalla PA. A seconda che il Tribunale della concorrenza sia attivo

quale istanza di ricorso o quale prima istanza (cfr. al riguardo le spiegazioni all'art. 24a LCart), sono applicabili solo alcune disposizioni della PA. La funzione quale istanza di ricorso era già esercitata sinora dal Tribunale amministrativo federale, ragione per cui eventuali aggiunte sono superflue. In determinate procedure del diritto dei cartelli il Tribunale della concorrenza opererà però d'ora in poi quale prima istanza. Al riguardo, le norme procedurali applicabili lasciano al Tribunale della concorrenza un notevole margine di manovra nell'elaborazione dello svolgimento concreto di simili procedimenti. Ciò consente una procedura commisurata al caso concreto e il configurarsi graduale di una prassi riferita a una determinata casistica. Di seguito è illustrato un possibile decorso procedurale per il caso in cui l'Autorità della concorrenza proponga misure e sanzioni amministrative.

Tutti i procedimenti in cui il Tribunale della concorrenza è attivo quale prima istanza sono innescate da una proposta dell'Autorità della concorrenza (oggetto pendente). L'Autorità della concorrenza deve trasmettere al Tribunale della concorrenza la proposta unitamente agli atti. D'ora in poi avrà luogo regolarmente uno scambio epistolare, vale a dire l'inoltro della proposta alle imprese interessate e l'indicazione del termine per il parere. Sovente è pure opportuno richiedere una replica e una duplice. Questo scambio epistolare si fonda su un'applicazione analoga dell'articolo 31 PA, fermo restando che anche l'articolo 30 PA potrebbe servire da base. In seguito il giudice dell'istruzione incaricato di dirigere il procedimento dovrebbe decidere se ed eventualmente quali prove debbano essere prese in consegna nell'ambito della fase istruttoria (cfr. art. 39 LTAF). È anche possibile che a questo momento si mostri la necessità di un rinvio della proposta all'Autorità della concorrenza (cfr. al riguardo le spiegazioni all'art. 30 LCart). Se, ed eventualmente a quale momento, appaia opportuna l'esecuzione di un dibattimento nell'ambito dell'istruzione (ad esempio per chiarire malintesi) dipende dal caso concreto, ma dev'essere tenuto in considerazione quale possibilità. In conclusione ha luogo un dibattimento pubblico (cfr. art. 40 cpv. 1 lett. c LTAF), tranne nel caso in cui l'Autorità della concorrenza o le altre parti vi rinuncino. La deliberazione e la pronuncia della sentenza da parte del Tribunale della concorrenza avvengono conformemente agli articoli 41 e 42 LTAF.

Il capoverso 2 sancisce esplicitamente nella legge la prassi vigente che ammette provvedimenti cautelari anche in procedimenti amministrativi in materia di diritto dei cartelli volti a indagare su limitazioni della concorrenza. Per il rimanente è citato l'articolo 56 LTAF quale norma applicabile per analogia. Non vi sono modifiche materiali per il capoverso 2. Si chiarisce invece che i provvedimenti cautelari non possono essere ordinati dall'Autorità della concorrenza. Ciò è in sintonia con il diritto vigente nel quale la COMCO, e non la sua segreteria, è competente per l'ordinazione di provvedimenti cautelari. Nell'ambito del controllo delle concentrazioni, disposizioni speciali stabiliscono in modo più pertinente una norma diversa (art. 32 cpv. 2 e art. 33 cpv. 2 LCart): qui decide l'Autorità della concorrenza (anche istanza decisionale di merito nel controllo delle concentrazioni) se va autorizzata un'esecuzione provvisoria della concentrazione.

In pratica l'iniziativa per l'ordinazione di provvedimenti cautelari proviene per lo più dalle imprese. A seconda dello stato del procedimento esse devono procedere in maniera diversa: se, nel momento in cui un'impresa chiede l'ordinazione di provvedimenti cautelari (o la modifica o l'abrogazione di provvedimenti cautelari ordinati), il procedimento è già pendente presso il Tribunale della concorrenza, essa deve inviare la sua richiesta direttamente al tribunale. Le imprese non possono però avviare da sé un procedimento dinanzi al Tribunale della concorrenza (cfr. art. 30 cpv. 1 LCart e art. 36a LTAF). Fintanto che non è pendente un procedimento presso il Tribunale della concorrenza, devono rivolgersi con una domanda di ordinazione di provvedimenti cautelari all'Autorità della concorrenza. L'Autorità della concorrenza esamina quindi se ritiene opportuno o meno ordinare provvedimenti cautelari in virtù dell'interesse pubblico alla protezione della concorrenza efficace (cfr. DTF 130 II 149 consid. 2.4). Nel primo caso presenterà una corrispondente domanda al Tribunale della concorrenza a cui farà pervenire anche la richiesta dell'impresa. Nel secondo caso occorre nuovamente operare una distinzione: se a quel momento non è stata avviata un'inchiesta secondo l'articolo 27 LCart, l'Autorità della concorrenza comunica all'impresa il rifiuto di provvedimenti cautelari mediante una lettera informale (DTF 130 II 521 cons. 2.7.4). L'iter di diritto civile (che in questo caso s'impone) rimane consentito all'impresa. Se per contro è già stata avviata un'inchiesta, l'Autorità della concorrenza può comunicare dapprima all'impresa che non ritiene opportuno ordinare provvedimenti cautelari invocando interessi di ordine pubblico. Se l'impresa non ritira la sua richiesta, l'Autorità della concorrenza inoltra la richiesta dell'impresa unitamente alla propria proposta di rifiuto al Tribunale della concorrenza, fermo restando che essa deve tener conto dell'urgenza della misura richiesta. Il Tribunale della concorrenza dovrà in seguito decidere.

Il capoverso 3 legittima l'Autorità della concorrenza a ricorrere contro decisioni del Tribunale della concorrenza dinanzi al Tribunale federale, indipendentemente dal fatto che il Tribunale della concorrenza si sia attivato quale prima istanza o istanza di ricorso (cfr. anche art. 42 cpv. 3). Il presente disciplinamento tiene conto sia delle esigenze del diritto federale di disporre di una base legale in una legge formale per questa legittimazione al ricorso sia della volontà del Consiglio federale di tutelare l'indipendenza dell'Autorità della concorrenza in procedure ricorsuali dei tribunali federali.

Articolo 39a Spese procedurali e spese ripetibili

L'articolo 39a disciplina le conseguenze in termini di spese e ripetibili in procedimenti destinati a indagare su limitazioni della concorrenza, sempre che la decisione spetti al Tribunale della concorrenza. Per i procedimenti che terminano presso l'Autorità della concorrenza questa disposizione non è quindi applicabile.

Secondo il capoverso 1, gli articoli 63–65 PA sono applicabili per analogia, per quanto la LCart non preveda disposizioni derogatorie. Simili eccezioni sono previste nei capoversi 2 e 3.

Dato che questi procedimenti del Tribunale della concorrenza sono procedimenti di prima istanza piuttosto onerosi, nel capoverso 2 si giustifica il raddoppio della tassa di decisione massima del Tribunale, prevista nell'articolo 63 capoverso 4^{bis} PA, a 100 000 franchi. Va menzionato a tale riguardo che le tasse per i costi dell'Autorità della concorrenza, pure applicate dal Tribunale della concorrenza, non fanno parte di questa tassa di decisione, ma vanno aggiunti alla stessa.

Il capoverso 3 prevede che i terzi coinvolti (come sinora dinanzi alla COMCO) non ricevano né un'indennità né debbano versarne una ad altre persone coinvolte che sono parti in causa, salvo il caso in cui abbiano ostacolato intenzionalmente o per negligenza grave il procedimento. Essi possono però essere chiamati a partecipare alle spese procedurali se nel procedimento hanno qualità di parte.

Concretamente, quanto previsto nell'articolo 39a significa riguardo alle spese procedurali quanto segue: le spese procedurali sono addossate di regola alla parte soccombente (art. 63 cpv. 1 PA). Fra queste figura anche la tassa che il Tribunale della concorrenza fisserà per le spese sopportate dall'Autorità della concorrenza in seguito alla procedura di cui agli articoli 26–30 (art. 53a cpv. 2 LCart). Se il Tribunale della concorrenza ordina misure contro un'impresa o le impone sanzioni, questa impresa sopporta le relative spese procedurali. Lo stesso vale per l'approvazione di una conciliazione da parte del Tribunale della concorrenza. Se il Tribunale della concorrenza decide contrariamente alla proposta dell'Autorità della concorrenza, a quest'ultima non sono messe a carico spese procedurali per la parte soccombente secondo l'articolo 63 capoverso 2 PA. Nel caso di terzi che partecipano all'inchiesta, il loro obbligo di pagare determinate spese procedurali dipende dal fatto che siano o meno parti ai sensi dell'articolo 6 PA. Ai terzi senza qualità di parte non possono essere addossate di regola le spese procedurali. Per contro, ai terzi con qualità di parte vanno imposte di regola spese procedurali se le loro proposte non sono accolte. Nel determinare l'ammontare delle spese procedurali da addossare, il Tribunale della concorrenza gode di un notevole margine di apprezzamento (cfr. art. 63 cpv. 4^{bis} PA), nell'ambito del quale può anche considerare in che misura le richieste di terzi con qualità di parte coincidevano con le proposte dell'Autorità della concorrenza o risultassero eccessive causando un aumento corrispondente delle spese.

Riguardo all'assegnazione di indennità, l'articolo 39a fa riferimento all'articolo 64 capoverso 1 PA, che prevede il versamento di un'indennità alla parte vincente. Sono intese le spese che quest'ultima ha sopportato per tutta la fase dell'inchiesta e della decisione. Saranno tuttavia rimborsate soltanto le spese necessarie, il che equivale a un rimborso parziale, in particolare in caso di pareri e ricorsi inutilmente di vasta portata. Se un'inchiesta è abbandonata dal Tribunale della concorrenza, l'indennità a favore dell'impresa contro la quale era rivolta l'inchiesta va sopportata dall'Autorità della concorrenza (art. 64 cpv. 2 PA). Secondo il presente capoverso 3, i terzi coinvolti (con o senza qualità di parte) non devono versare un'indennità fatto salvo il caso d'impedimento intenzionale del procedimento e in particolare nemmeno nel caso in cui siano soccombenti. Si intende in tal modo evitare che in futuro i terzi non partecipino più a procedimenti d'inchiesta relativi a limitazioni della concorrenza per paura di essere obbligati a versare un'indennità, conseguenza questa non auspi-

cabile. Qualora in veste di parte soccombente non siano tenuti ad alcun risarcimento, lo stesso deve valere viceversa nel caso di una loro vittoria. All'Autorità della concorrenza non è assegnata in caso di vittoria un'indennità (ma le sono restituite le spese sostenute per il tramite del Tribunale, cfr. art. 53a cpv. 2 LCart).

Articolo 41 Obbligo di collaborare

L'obbligo di collaborare degli uffici sancito nell'articolo 41 vale sia per l'Autorità della concorrenza sia per il Tribunale della concorrenza. Ne consegue quindi un adeguamento del titolo.

Articolo 42 Misure d'inchiesta

Il capoverso 1 chiarisce che sia l'Autorità della concorrenza sia il Tribunale della concorrenza possono procedere a interrogatori di testimoni e audizioni delle parti o mettere a verbale una dichiarazione suppletoria.

Capoverso 2: in seguito alla riorganizzazione istituzionale, il capoverso 2 conferisce d'ora in poi solo all'autorità d'inchiesta, vale a dire all'Autorità della concorrenza, la competenza di ordinare perquisizioni e il sequestro di mezzi di prova. In seno all'Autorità della concorrenza il direttore è competente per ordinare simili misure (art. 42 cpv. 2 LCart in combinato disposto con l'art. 48 cpv. 3 DPA). Questa norma si ritrova nella ripartizione delle competenze fissata nel nuovo Codice di procedura penale (art. 198 cpv. 1 lett. a CPP).

Le misure coercitive a disposizione dell'Autorità della concorrenza secondo l'articolo 42 capoverso 2 LCart coincidono ampiamente con quelle applicate attualmente. L'estensione, di portata moderata, all'ordinazione di perquisizioni di persone è necessaria, poiché nella prassi si è rivelato che collaboratori di un'impresa interessata da una perquisizione possono essere tentati di portare con sé eventuali mezzi di prova e di nascondersi sulla propria persona. Senza una base legale che legittimi a procedere a una perquisizione di persone, che di regola dovrebbe essere effettuata da rappresentanti della polizia cantonale, questi oggetti potrebbero (e anche altri possibili mezzi di prova, che i collaboratori portano normalmente su di sé, p. es. il cellulare) semplicemente essere sottratti ai responsabili dell'inchiesta. Si precisa inoltre esplicitamente che anche oggetti, che non possono essere chiaramente riferiti ai locali, come ad esempio veicoli, possono essere perquisiti dall'Autorità della concorrenza.

Capoverso 3: diversamente dal principio sancito nell'articolo 39, i ricorsi contro decisioni riguardanti misure coercitive di cui all'articolo 42 capoverso 2 (perquisizione di locali, materiali e persone, nonché sequestri) vanno rivolte alla Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale, la quale è tenuta a giudicare su simili ricorsi anche in altri ambiti giuridici. Visto che il Tribunale della concorrenza non viene coinvolto, durante la fase d'inchiesta, nella verifica dell'ammissibilità di queste misure coercitive (in particolare relativamente all'esame della condizione di

un sufficiente indizio di reato), è possibile ovviare al problema di una decisione anticipata problematica sotto il profilo dello Stato di diritto. Alla procedura ricorsuale dinanzi al Tribunale penale federale sono applicabili le disposizioni della legge federale sul diritto penale amministrativo (DPA). Le decisioni su ricorso del Tribunale penale federale possono essere portate dinanzi al Tribunale federale dall'Autorità della concorrenza, come quelle del Tribunale della concorrenza. La disposizione in oggetto crea dunque una base legale chiara per questo diritto di ricorso e garantisce al riguardo l'indipendenza dell'Autorità della concorrenza nelle procedure ricorsuali.

Articolo 42a Inchieste nelle procedure secondo l'Accordo sul trasporto aereo Svizzera-UE

Con il «Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea» è stata posta fine all'esistenza della Comunità europea (CE), a cui è subentrata l'Unione europea (UE). Il tenore dell'articolo 42a va di conseguenza adeguato, fermo restando che la denominazione del Trattato non va modificata a posteriori. Il riferimento nel capoverso 2 all'articolo 44 LCart, abrogato dal 1° gennaio 2007, può essere stralciato. Questo adeguamento non comporta alcuna modifica materiale.

2.1.5.5 Sanzioni amministrative (sezione 6)

Articolo 49a Sanzioni in caso di limitazioni illecite della concorrenza

Capoverso 2: Attenuazione della sanzione in caso di sforzi di conformità (*compliance*)

L'attuale capoverso 1 è suddiviso in due capoversi. È nuova l'aggiunta alla fine del capoverso 2 la quale attua una richiesta contenuta nella mozione Schweiger – sanzione attenuata grazie ai cosiddetti programmi di conformità (*compliance*) al diritto sui cartelli. Gli sforzi di conformità messi in atto dalle imprese devono fornire un contributo efficace all'esecuzione del diritto sui cartelli. Allo scopo di soddisfare le elevate esigenze della legge, le misure di *compliance* devono essere l'espressione di sforzi durevoli attuati in generale da un'impresa per impedire violazioni del diritto sui cartelli ma anche documentati in particolare con le modalità seguite. La *compliance* va considerata quale parte importante della mentalità imprenditoriale e va tutelata mediante un adeguato sviluppo a livello finanziario, organizzativo e di personale. Sforzi in questo senso devono essere adeguati alla grandezza dell'impresa, all'attività aziendale e al settore, nonché attuati efficacemente all'interno dell'impresa. Non basta allestire direttive comportamentali confidando che saranno rispettate. Piuttosto bisogna analizzare regolarmente i rischi giuridici, trasporre direttive interne e sensibilizzare la gestione e i collaboratori in merito alle esigenze del diritto sui cartelli, predisporre formazioni periodiche a livello del setto-

re, delle funzioni e dei livelli, nonché controllare regolarmente le conoscenze e l'attuazione pratica. Riguardo alle diverse misure organizzative, è pensabile ad esempio che le imprese fissino obiettivi raggiungibili senza violare il diritto sui cartelli. Esse devono inoltre garantire rigorosi ed efficaci meccanismi di controllo interno in grado di individuare il più rapidamente possibile eventuali violazioni della legislazione sui cartelli, di sopprimerli e di sanzionarli internamente (p. es. denunce penali, richieste di risarcimento dei danni, incasso di bonus concessi e licenziamento di collaboratori colpevoli).

La prova di aver attuato e rispettato le misure di conformità spetta alle imprese che desiderano ottenere una riduzione delle sanzioni; le sole parole non bastano. Occorre dimostrare, da un lato, che le misure erano sostanzialmente adeguate e, dall'altro, che hanno ciononostante fallito in un caso specifico a causa di speciali circostanze che non sono imputabili all'impresa. Malgrado la riduzione della sanzione, con la consegna del rendimento procurato dal cartello in un caso specifico l'onere sopportato dalle imprese dovrebbe esaurirsi, ciò può significare che l'impresa deve sì consegnare l'utile conseguito illecitamente mediante il cartello, ma non dovrà sopportare un onere finanziario supplementare.

È chiaro che per ogni caso occorre esaminare accuratamente il programma di conformità e la sua attuazione concreta. In grandi imprese con complesse gerarchie e una fitta ramificazione delle competenze operative e decisionali sono ad esempio indicate misure di conformità più estese che non in piccole imprese, nelle quali la direzione delega di regola poche competenze e quindi agisce per lo più in prima persona quando si tratta di atti pregiudizievoli per la concorrenza. A causa delle diverse situazioni concrete di mercato e della varietà di affari imprenditoriali, non è pressoché possibile formulare anticipatamente principi vincolanti generali- astratti e dettagliati su come occorra approntare una sufficiente conformità. D'altro canto ciò non sarebbe nemmeno ragionevole poiché altrimenti le imprese terrebbero conto ciecamente di tali principi astratti invece di elaborare sulla base delle loro conoscenze un programma adeguato alla situazione concreta. L'Autorità della concorrenza e i tribunali godranno indubbiamente di un ampio margine di apprezzamento nella valutazione.

Capoverso 5: Procedura di opposizione

Con la presente revisione si mantiene la concezione di base della procedura di opposizione adottata dal legislatore nel 2003 – notifica di limitazioni della concorrenza pianificate esenti dal rischio di sanzioni, sempre che non sia stato aperto alcun procedimento. Tuttavia, due modifiche dovrebbero condurre in pratica a un miglioramento notevole del funzionamento della procedura di opposizione per le imprese e per l'Autorità della concorrenza.

In primo luogo, le imprese hanno espresso a più riprese il desiderio di una riduzione dei termini. Il termine entro il quale l'Autorità della concorrenza deve attivarsi è d'ora in poi ridotto da cinque a due mesi. La sanzionabilità del progetto notificato decade quindi definitivamente, sempre che l'Autorità della concorrenza non apra entro due mesi dopo la notifica un'inchiesta preliminare o un'inchiesta. Qualora la

pratica si rivelasse in seguito contraria alla legislazione sui cartelli, potrebbe essere vietata solo in futuro, mentre una sanzione sarebbe esclusa.

In secondo luogo solo l'apertura di un'inchiesta formale secondo l'articolo 27 LCart comporta il rischio di sanzione. L'impresa ha quindi la possibilità, dopo l'apertura di un'inchiesta preliminare (art. 26), di concretizzare il suo progetto «fino a nuovo avviso» (vale a dire sino all'eventuale apertura di un'inchiesta formale) senza incorrere in sanzioni. Lo scopo è quello di poter valutare, grazie all'osservazione della situazione effettiva di mercato, se le pratiche delicate notificate e non qualificabili a priori come permesse o vietate rappresentano o meno una limitazione illecita della concorrenza.

Se, al termine di un'inchiesta preliminare, l'Autorità della concorrenza giunge alla conclusione che determinate pratiche notificate (eventualmente in forma adeguata) evidenziano effettivamente indizi di una violazione della LCart, essa comunicherà all'impresa l'apertura imminente di un'inchiesta affinché l'impresa possa ancora reagire: l'impresa ha la possibilità sino a quel momento di cessare la pratica che limita la concorrenza o (eventualmente d'intesa con l'Autorità della concorrenza) di adeguarla. Solo se anche dopo l'apertura di un'inchiesta formale un'impresa mantiene la limitazione della concorrenza e quest'ultima si rivela in seguito quale grave violazione alla legge sui cartelli (art. 49a LCart), essa rischia di essere sanzionata.

Capoverso 6: Considerazione di prestazioni di risarcimento dei danni

In futuro potrà risultare viepiù in singoli casi (del resto già possibile secondo il diritto vigente) un doppio aggravio iniquo per un'impresa che è condannata dapprima al pagamento di una sanzione amministrativa e in seguito anche al pagamento di un risarcimento di diritto civile dei danni. Se in un momento successivo un'impresa colpita da una sanzione in un procedimento amministrativo effettua pagamenti a titolo di risarcimento dei danni o riparazione morale in virtù di una decisione passata in giudicato di un tribunale civile oppure consegna l'utile conseguito, essa può mediante una richiesta adire l'Autorità della concorrenza. Quest'ultima fa poi domanda al Tribunale della concorrenza affinché condoni la sanzione amministrativa in misura adeguata o, nel caso in cui l'impresa abbia nel frattempo già liquidato la sanzione, ne restituisca una parte adeguata. Va d'altro canto osservato che in casi praticamente rari in cui un'impresa è condannata dapprima al pagamento di un risarcimento dei danni in virtù del diritto civile e solo in un secondo momento al pagamento di una sanzione amministrativa, sulla base del capoverso 2 il pagamento effettuato va già computato nell'importo dell'utile presumibile conseguito.

Articolo 50 Infrazioni contro decisioni e conciliazioni

Nella rubrica e nella formulazione dell'articolo si tiene conto, come nell'articolo 54, del fatto che, a seguito della riforma istituzionale, saranno previste sanzioni solo per infrazioni contro conciliazioni e decisioni del Tribunale della concorrenza e del Tribunale federale (l'attuale variante di fattispecie «[...] a una decisione passata in

giudicato delle autorità in materia di concorrenza» viene stralciata). Ai fini di una migliore leggibilità l'ultima frase dell'articolo è spostata in un nuovo capoverso 2.

2.1.5.6 Emolumenti (capitolo 7)

Articolo 53a

L'articolo 53a LCart disciplina gli emolumenti dell'Autorità della concorrenza, la LTAF quelli del Tribunale della concorrenza, fermo restando che a questo riguardo va pure osservato l'articolo 39a LCart.

All'inizio della lettera a del capoverso 1 la frase «le decisioni relative a inchieste concernenti limitazioni della concorrenza» è sostituita da «le procedure». In tal modo si tiene conto da un lato delle novità istituzionali (il Tribunale della concorrenza decide circa le inchieste) e, dall'altro, si chiarisce che gli emolumenti possono essere riscossi anche per inchieste preliminari di cui all'articolo 26 LCart – simili procedimenti non si concludono con l'emanazione di una decisione (in particolare in caso di abbandono del procedimento in seguito ad adeguamenti delle pratiche delle imprese; per il caso contrario art. 53a cpv. 3 lett. b LCart). Una modifica materiale non è necessaria.

In pari tempo, completando la lettera c del capoverso 1 viene fissata in una base legale esplicita la relativa indiscussa prassi dell'Autorità della concorrenza.

Il capoverso 2 stabilisce che, nei casi in cui il Tribunale della concorrenza è chiamato a decidere giusta l'articolo 30 capoverso 1 LCart, gli emolumenti dell'Autorità della concorrenza riguardanti i procedimenti da essa diretti conformemente agli articoli 26–30 LCart sono stabiliti dal Tribunale della concorrenza e non dall'omonima Autorità. Ciò consente di tenere conto del principio della parte soccombente, come prescritto nel capoverso 3 lettera c. Per completezza occorre pure menzionare perché nel capoverso 2 si rinvia all'articolo 26 LCart: si intende chiarire che le spese risultanti da un'inchiesta preliminare precedente l'inchiesta sono addossate dal Tribunale unitamente alle spese dell'inchiesta stessa. Non si procede ad alcuna suddivisione.

Capoverso 3: è sancita la situazione giuridica concretizzata sinora mediante gli articoli 2 e 3 capoverso 2 dell'ordinanza sugli emolumenti della LCart. Nella LCart figura quindi un nuovo disciplinamento chiaro sia riguardo all'obbligo di pagare gli emolumenti in virtù del principio di causalità (prima frase) sia riguardo a quei casi in cui in particolare non sono riscossi emolumenti in virtù del principio della parte soccombente (seconda frase).

Il capoverso 4 corrisponde al capoverso 2 del diritto vigente, mentre il capoverso 5 coincide con il vigente capoverso 3, recepito nel nuovo diritto con adeguamenti in base al nuovo ordinamento istituzionale.

2.1.6 Sanzioni penali (capitolo 5)

Articolo 54 Reati in materia di decisioni e conciliazioni

Nella rubrica e nella formulazione dell'articolo si tiene conto del fatto che, in seguito alla riforma istituzionale, sono previste sanzioni solo per reati contro conciliazioni e decisioni del Tribunale della concorrenza e del Tribunale federale (l'attuale variante di fattispecie «[...] a una decisione passata in giudicato delle autorità in materia di concorrenza» viene stralciata).

Articolo 56 Prescrizione

Per ragioni di ordine redazionale, occorre adeguare il capoverso 1 alla modifica della rubrica dell'articolo 54.

2.1.7 Valutazione (capitolo 6a)

Articolo 59a

Dopo la pubblicazione del rapporto del Consiglio federale relativo alla valutazione della LCart e al seguito della procedura, l'articolo vigente sulla valutazione è adempito. Il Consiglio federale ritiene che l'attuale modo di procedere si sia dimostrato valido e propone di prevedere a scadenze periodiche una valutazione dell'efficacia e delle misure della LCart a destinazione del Parlamento. Grazie a una valutazione periodica, Consiglio federale e Parlamento dispongono di una possibilità ricorrente di verificare l'orientamento della legislazione in materia di cartelli e se del caso di riformularla. Per eseguire la valutazione, il Consiglio federale coinvolgerà l'Autorità della concorrenza e in particolare il suo consiglio di vigilanza.

2.1.8 Modifiche nella legge sul Tribunale amministrativo federale (LTAF)

Articolo 6 Incompatibilità

I capoversi 1, 3 e 4 rimangono uguali. Il capoverso 2 viene completato: il più delle volte, la funzione di membro di un organo o di impiegato in un'associazione professionale o economica o un'organizzazione di protezione dei consumatori dovrebbe essere incompatibile, già in virtù della clausola generale, con l'attività di giudice del Tribunale amministrativo federale. L'idea che tali organi o impiegati non possano agire quali giudici indipendentemente dalla «loro» organizzazione è sempre presente. La seconda frase introdotta stabilisce esplicitamente che i giudici attivi in procedimenti inerenti al diritto sui cartelli non possono essere membri di un organo o assumere lo statuto di impiegato. In tal modo si vuole evitare che singole associa-

zioni d'interessi influenzino il Tribunale amministrativo federale e, come finora nella COMCO, vi occupino seggi con loro rappresentanti.

Articolo 16 Corte plenaria

I capoversi 1 e 2 rimangono uguali.

Capoverso 3: per poter adempiere alle esigenze nella composizione del collegio giudicante sancite nell'articolo 21 capoverso 3 LTAF, occorre ammettere, diversamente da quanto avviene oggi, che anche giudici con tempi parziali esigui possano essere assunti al Tribunale amministrativo federale. Non sarebbe tuttavia adeguato accordare a questi giudici un diritto di voto completo nel collegio plenario. Per motivi di fattibilità, si prevede pertanto in un certo senso in modo forfettario che essi designino al loro interno un rappresentante per gruppo di tre che goda del diritto di voto, fermo restando che a prescindere dal loro numero essi hanno almeno un rappresentante.

Articolo 21 Composizione

Capoverso 2, secondo periodo: solitamente nel Tribunale amministrativo federale il collegio giudicante è composto di tre giudici, mentre la composizione a cinque rappresenta un'eccezione. Questo principio rimane valido anche per le procedure di ricorso in materia di diritto dei cartelli, il che significa, in particolare nel caso di un ricorso contro una decisione di concentrazione dell'Autorità della concorrenza, che il Tribunale decide se vi sono motivi concreti per passare a una composizione a cinque. Per il giudizio di prima istanza di procedimenti relativi al diritto dei cartelli di cui all'articolo 36a lettere a-c LTAF è invece opportuno capovolgere questa situazione «regola – eccezione». Per questi procedimenti in materia di cartelli è preferibile la composizione a cinque prevista nel secondo periodo dell'articolo 21 capoverso 2 soprattutto in ragione dell'equilibrio fra una giurisprudenza efficace e una decisione basata su un vasto consenso. Un gremio a cinque risponde quindi anche all'interesse dello sviluppo del diritto e dell'uniformità della giurisprudenza. Nel diritto dei cartelli quest'esigenza è molto sentita, in considerazione dell'esiguo numero di casi all'anno e contemporaneamente dell'importanza che essi rivestono a livello macroeconomico a causa del loro effetto pregiudizievole. Per il resto, con una composizione a cinque è più semplice soddisfare le esigenze di composizione del corpo giudicante previste nel capoverso 3 (vale a dire conoscenze economiche ed esperienza imprenditoriale). Rimane quindi consentito al Tribunale della concorrenza scostarsi di fatto nel singolo caso a questa composizione regolare e prevedere eccezionalmente una composizione a tre. Questo è possibile quando si tratta di approvare una conciliazione. Per il resto, è fatta salva la competenza del giudice unico prevista nell'articolo 30 capoverso 5.

Capoverso 3: il Tribunale della concorrenza giudica casi complessi nell'interfaccia fra economia reale e diritto, la cui valutazione competente richiede vaste conoscenze specifiche in questi settori. L'istituzione di un collegio giudicante che riunisce

giudici con formazione giuridica e giudici con formazione economica ed esperienza imprenditoriale rappresenta pertanto una premessa necessaria per l'emanazione di decisioni giuridiche pertinenti. E questo anche in particolare perché il Tribunale amministrativo federale non sarà più attivo quale istanza di ricorso in materia di cartelli (indipendentemente dal controllo delle concentrazioni), bensì giudicherà in prima istanza e, in caso di ricorso al Tribunale federale, le sue constatazioni relative alle fattispecie non saranno più soggette a un esame libero. Per poter soddisfare queste esigenze, è necessario scegliere giudici adeguati per il Tribunale amministrativo federale, che dispongano in particolare di conoscenze economiche ed esperienza imprenditoriale.

Per garantire la presenza delle necessarie conoscenze specifiche nelle procedure di diritto dei cartelli, nel collegio giudicante del Tribunale della concorrenza devono essere adeguatamente rappresentati giudici con conoscenze giuridiche come pure quelli con conoscenze economiche, ovvero quelli con conoscenze macroeconomiche provenienti dal settore dell'economia della concorrenza e quelli con esperienza imprenditoriale. Se il collegio giudicante giudica nella composizione a cinque, dev'essere composto almeno da due giudici con conoscenze economiche, mentre in caso di composizione a tre è richiesta almeno la presenza di un giudice con conoscenze economiche. Eccezioni alla composizione del collegio giudicante possono essere opportune per motivi materiali, ad esempio per ricorsi contro decisioni incidentali. Questa disposizione di legge sarà disciplinata nel regolamento del TF (cfr. art. 24 LTAF).

Affinché l'Assemblea federale elegga le persone con le conoscenze desiderate a giudici del Tribunale amministrativo federale, a complemento dell'articolo 21 capoverso 3 LTAF è opportuno recepire nella legge sul Parlamento una norma che funga da autovincolo del legislatore (art. 40a cpv. 3^{bis} LParl), poiché solo scegliendo giudici con le conoscenze adeguate sarà possibile una composizione conforme alla legge del collegio giudicante del Tribunale della concorrenza.

In considerazione della mole di lavoro prevista, delle supplenze da garantire e delle eventuali compensazioni a seguito di motivi di ricsa, si può presumere che sarà necessario eleggere circa sei di questi giudici, fermo restando che il numero esatto dipende anche dai gradi di occupazione attualmente ancora sconosciuti dei singoli giudici. Le esigenze formali non saranno oggetto di un disciplinamento dettagliato; l'autorità di nomina disporrà del necessario margine di manovra nella scelta di membri adeguati del tribunale e il campo dei potenziali candidati non dovrà essere inutilmente ridotto. Per esperienza potrebbe comunque rivelarsi difficile trovare persone sufficientemente qualificate in ambito economico e imprenditoriale e integrate nella realtà economica, che siano interessate a un'attività quale giudice a tempo pieno o anche parziale, ragione per cui anche gradi d'occupazione bassi devono entrare in linea di conto. I gradi d'occupazione di questi circa sei giudici dovranno rappresentare complessivamente due posti a tempo pieno (200 %).

Articolo 23 Giudice unico

Il capoverso 2 è completato mediante il rinvio alla competenza del giudice unico prevista nell'articolo 30 capoverso 5 LCart.

Articolo 33

L'articolo 33 è completato dalla possibilità di ricorrere al Tribunale amministrativo federale contro la destituzione di un membro del consiglio di vigilanza da parte del Consiglio federale, prevista nell'articolo 4 capoverso 5 della legge sull'Autorità della concorrenza (LFAcon). Un simile complemento non è necessario per il direttore, il cui contratto di lavoro dev'essere approvato dal Consiglio federale secondo l'articolo 5 capoverso 1 lettera f LFAcon; nella maggior parte dei casi, infatti, il ricorso contro decisioni del Consiglio federale (qui la decisione d'approvazione) nel settore del rapporto di lavoro del personale federale è possibile secondo l'articolo 33 lettera a.

Articolo 36a

L'articolo 36a, che figura ora nella nuova sezione 2a «Proposte dell'Autorità della concorrenza», sancisce la competenza del Tribunale della concorrenza a giudicare quale prima istanza sulle proposte dell'Autorità della concorrenza. Lo strumento della proposta è spiegato nel commento all'articolo 30 LCart, a cui si fa riferimento. Occorre evidenziare che la proposta che dà avvio al procedimento di prima istanza presso il Tribunale della concorrenza deve provenire dall'Autorità della concorrenza e solo quest'ultima può stabilire la pendenza del procedimento presso il Tribunale (cfr. art. 30 LCart). Una simile proposta non può provenire da imprese o da terzi, cosicché è fra l'altro chiaro che il Tribunale amministrativo federale non sarà competente neanche in futuro per procedimenti di diritto civile in materia di cartelli. I punti enumerati nelle lettere a–d coincidono con l'enumerazione dell'articolo 30 capoverso 1 LCart (cfr. *ivi*).

Per concludere, occorre anche sottolineare che la competenza del Tribunale amministrativo federale quale istanza di ricorso atta a giudicare le decisioni dell'Autorità della concorrenza, ad esempio nel settore del controllo delle concentrazioni o riguardo a decisioni di avvio di procedimenti, risulta dall'articolo 33 lettera e LTAF, poiché l'Autorità della concorrenza sarà in futuro uno stabilimento ai sensi di questa disposizione. Un'eccezione a questa disposizione è prevista dall'articolo 42 capoverso 3 LCart: per il giudizio di decisioni dell'Autorità della concorrenza concernenti misure coercitive di cui all'articolo 42 capoverso 2 LCart è competente come finora la Corte dei reclami penali del Tribunale federale e non il Tribunale della concorrenza.

Articolo 40 Dibattimento

L'articolo 40 disciplina l'esecuzione di dibattimenti pubblici dinanzi al Tribunale della concorrenza. Rispetto all'attuale normativa, questi rappresentano l'eccezione. Per procedimenti che (come è regolarmente il caso per i procedimenti rilevanti nell'ottica del diritto dei cartelli) ricadono sotto l'articolo 6 capoverso 1 CEDU, secondo il capoverso 1 occorre eseguire un dibattito pubblico, se importanti interessi pubblici lo giustificano (lett. b) o una parte lo richiede (lett. a). Nella lettera c di questo capoverso si prevede ora un capovolgimento della situazione «regola - eccezione» prevista nella lettera a per quei procedimenti di diritto dei cartelli che hanno effetti di rilievo per le imprese (proposte secondo l'art. 36a lett. a-c). In tal caso ha luogo un dibattito pubblico, tranne nel caso in cui tutte le parti (inclusa l'Autorità della concorrenza) vi rinuncino. Questo è giustificato da un lato perché il Tribunale della concorrenza è attivo qui – diversamente dal solito – quale prima istanza e non quale istanza di ricorso e dall'altro in considerazione dell'importanza economica, delle conseguenze di rilievo per le imprese e del notevole effetto pregiudizievole di simili decisioni. Va fatto notare che, a tutela dei segreti d'affari delle imprese, sovente è giustificato escludere in parte il pubblico. Il capoverso 3 ne costituisce la base legale.

Articolo 44

L'adeguamento redazionale nel capoverso 1 serve a chiarire che questa norma – in conformità con il titolo della sezione – si applica unicamente a procedimenti su azioni e non a procedimenti di diritto dei cartelli secondo l'articolo 36a LTAF, in cui il Tribunale amministrativo federale sarà pure attivo quale prima istanza.

2.1.9 Modifica della legge sulla trasparenza

Articolo 3 Campo d'applicazione materiale

Il Tribunale amministrativo federale (Tribunale della concorrenza) sottostà ai principi di trasparenza vigenti per il potere giudiziario e non rientra nel campo d'applicazione della legge sulla trasparenza (art. 2 LTras e contrario; cfr. anche art. 30 LTAF). Per l'Autorità della concorrenza, la LTras, che si focalizza primariamente sull'attività dell'Amministrazione federale, deve per contro valere in linea di massima. Vanno esplicitamente eccettuati i procedimenti atti a giudicare limitazioni della concorrenza secondo gli articoli 26–30 LCart. Sarebbe infatti incoerente da un lato non subordinare gli atti procedurali del Tribunale della concorrenza giudicante ai principi della LTras, prescindendo dalla stessa, quando dall'altro lato la maggior parte degli atti identici dell'Autorità della concorrenza responsabile dell'inchiesta e autrice della proposta, la quale prepara i procedimenti giudiziari, è sottoposta alla LTras (si tratta degli atti dell'inchiesta preliminare di cui all'art. 26 come pure dell'inchiesta di cui all'art. 27). Inoltre le imprese interessate da procedimenti di cui

agli articoli 26–30 hanno un bisogno di protezione rilevante, senz'altro comparabile a quello di persone coinvolte in procedimenti penali che non sottostanno alla LTras (art. 3 cpv. 1 lett. a n. 2 LTras). La relativa eccezione è esplicitata nel nuovo numero 7 nell'articolo 3 capoverso 1 lettera a LTras.

2.1.10 Disposizioni transitorie e finali

Articolo 1 Diritto applicabile all'esame delle concentrazioni d'impresa

L'articolo 1 stabilisce che ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni riguardanti l'esame di concentrazioni d'impresa rimane applicabile il diritto vigente e più precisamente sia le disposizioni materiali sia quelle di diritto procedurale. Di conseguenza per una certa durata, al massimo per un anno dall'entrata in vigore delle nuove disposizioni, l'attuale COMCO rimarrà operativa (cfr. art. 25 LFAcon).

Articolo 2 Diritto procedurale applicabile all'inchiesta relativa a limitazioni della concorrenza

Per le inchieste che, al momento dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, sono pendenti presso la COMCO o la sua segreteria, è decisivo per la questione del diritto procedurale applicabile se la proposta della segreteria della COMCO è già stata comunicata ai partecipanti o meno. Se questo non è il caso, rimangono valide le competenze attuali e il diritto procedurale vigente (cpv. 1); in caso contrario si applica il nuovo diritto (cpv. 2). Questa distinzione è stata scelta sulla base delle diverse funzioni della proposta nel vecchio e nel nuovo diritto (cfr. al riguardo le spiegazioni relative all'art. 30 LCart). Secondo il capoverso 3, nel momento dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, i ricorsi riguardanti i procedimenti di diritto dei cartelli già pendenti dinanzi al Tribunale amministrativo federale continuano a essere giudicati secondo il diritto procedurale vigente. Per un anno la COMCO svolgerà ancora i suoi compiti in questi procedimenti di ricorso, poi le subentrerà l'Autorità della concorrenza.

Articolo 3 Diritto applicabile a procedimenti di cui all'articolo 49a capoverso 5

Nell'articolo 3 si prevede che alle procedure di opposizione (art. 49a cpv. 5 LCart) continuerà ad applicarsi il termine di cinque mesi previsto dal diritto vigente, se la notifica è inviata ancora prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni. Si vuole in tal modo impedire che, in seguito all'entrata in vigore delle nuove disposizioni, la riduzione del termine vigente di cinque mesi a, in futuro, due mesi possa comportare un cambiamento per un termine ancora decorrente secondo il diritto vigente. A prescindere dal termine, con l'entrata in vigore le nuove disposizioni

sono già applicabili a simili procedimenti. Ciò ha per le imprese notificanti il vantaggio che il rischio di sanzione esiste solo dall'apertura di un'inchiesta formale di cui all'articolo 27 LCart.

Articolo 4 Prescrizione di pretese di diritto civile

Secondo l'articolo 4, le pretese una volta prescritte rimangono prescritte (per analogia con la DTF 124 III 266). Non sarebbe certamente conciliabile con la certezza del diritto se una pretesa già prescritta potesse nuovamente beneficiare della prescrizione successivamente in seguito all'entrata in vigore dell'articolo 12a LCart. Se una pretesa non si è ancora prescritta al momento dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, è allora applicabile l'articolo 12a LCart.

2.2 Legge sull'Autorità della concorrenza (LFAcon)

2.2.1 L'Autorità della concorrenza

Articolo 1 Forma giuridica

L'Autorità della concorrenza è istituita quale ente di diritto pubblico dotato di personalità giuridica (cpv. 1). Quale ente indipendente di diritto pubblico fa quindi parte dell'Amministrazione federale decentralizzata come, ad esempio, l'Istituto della proprietà intellettuale (IPI). Essa mantiene la sua sede a Berna; questa si è rivelata in passato una valida soluzione in considerazione della raggiungibilità delle autorità da parte delle imprese interessate nonché della collaborazione con l'Amministrazione.

Nei capoversi 2 e 3 all'Autorità della concorrenza è conferita autonomia organizzativa e gestionale. Essa tiene una contabilità propria ed è gestita secondo principi economico-aziendali.

Articolo 2 Compiti

L'articolo 2 sancisce che l'Autorità della concorrenza adempie i compiti che le sono attribuiti secondo la LFACon, la LCart, la legge del 6 ottobre 1995³⁵ sul mercato interno (LMI) ed altre leggi. A questo riguardo vanno in particolare menzionate la legge del 20 dicembre 1985³⁶ sulla sorveglianza dei prezzi (LSPr), la legge federale del 6 ottobre 1995³⁷ sugli ostacoli tecnici al commercio (LOTIC), la legge del 21

³⁵ RS **943.02**

³⁶ RS **942.20**

³⁷ RS **946.51**

dicembre 1948³⁸ sulla navigazione aerea (LNA), la legge del 30 aprile 1997³⁹ sulle telecomunicazioni (LFT) e la legge federale del 24 marzo 2006⁴⁰ sulla radiotelevisione (LRTV). L'Autorità della concorrenza ha in particolare i seguenti compiti:

- può emanare e pubblicare comunicazioni secondo l'articolo 6 LCart;
- valuta secondo l'articolo 15 LCart la liceità di una limitazione della concorrenza in procedimenti di diritto civile e redige pareri conformemente all'articolo 47 LCart indirizzati ad altre autorità;
- consiglia secondo l'articolo 24a capoverso 1 LCart uffici e imprese in merito a questioni inerenti alla LCart;
- collabora secondo l'articolo 24a capoverso 2 LCart alla preparazione di atti nei settori del diritto della concorrenza;
- fornisce al Sorvegliante dei prezzi dati secondo l'articolo 25 capoverso 3 LCart;
- indaga su limitazioni della concorrenza secondo gli articoli 26–30, 42 e 42a LCart e partecipa a procedimenti dinanzi al Tribunale della concorrenza;
- esamina le concentrazioni di imprese secondo gli articoli 32–38 LCart;
- propone misure cautelari secondo l'articolo 39 capoverso 2 LCart;
- è autorizzata a ricorrere secondo l'articolo 39 capoverso 3 e l'articolo 42 capoverso 3 LCart;
- osserva costantemente la situazione in materia di concorrenza secondo l'articolo 45 capoverso 1 LCart;
- sottopone alle autorità raccomandazioni secondo l'articolo 45 capoverso 2 LCart e redige preavvisi secondo l'articolo 46 LCart;
- può pubblicare le sue decisioni secondo l'articolo 48 capoverso 1 LCart e l'articolo 10a capoverso 1 LMI. Conformemente all'articolo 48 capoverso 2 LCart e all'articolo 10a capoversi 2 e 3 LMI, riunisce le sentenze emesse da tribunali in applicazione della legge sui cartelli e della legge sul mercato interno e le può pubblicare periodicamente;
- informa l'opinione pubblica sulla sua attività secondo l'articolo 49 LCart;
- rappresenta in virtù dell'autorizzazione del Consiglio federale la Confederazione in organizzazioni e associazioni internazionali nell'ambito della sua attività di vigilanza;

38 RS 748.0

39 RS 784.10

40 RS 784.40

- esamina le notifiche di cui all’articolo 49a capoverso 5 LCart;
- indaga su violazioni di cui agli articoli 50–53 LCart e partecipa alla procedura dinanzi al Tribunale della concorrenza;
- conduce le procedure di cui agli articoli 54–55 e 58–59 LCart;
- partecipa alla valutazione di cui all’articolo 59a LCart;
- sorveglia il rispetto della legge sul mercato interno da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni nonché di altri enti incaricati di compiti pubblici secondo l’articolo 8 capoverso 1 LMI;
- può fornire raccomandazioni alla Confederazione, ai Cantoni e ai Comuni in merito ad atti legislativi previsti ed esistenti secondo l’articolo 8 capoverso 2 LMI;
- può effettuare inchieste secondo l’articolo 8 capoverso 3 LMI e fornire raccomandazioni alle autorità interessate;
- garantisce l’esecuzione dell’articolo 4 capoverso 3^{bis} LMI conformemente all’articolo 8 capoverso 4 LMI d’intesa con i Cantoni e gli uffici federali interessati e a questo scopo può emanare raccomandazioni;
- persegue e giudica le violazioni dell’obbligo di informare secondo l’articolo 8c LMI;
- può presentare ricorsi secondo l’articolo 9 capoverso 2^{bis} LMI per far constatare se una decisione limita l’accesso al mercato in modo illecito;
- può allestire perizie secondo l’articolo 10 LMI ed essere sentita dinanzi al Tribunale federale;
- collabora secondo l’articolo 5 LSPr con il Sorvegliante dei prezzi;
- ha diritto di ricorso secondo l’articolo 20a capoverso 3 LOTC contro decisioni di portata generale secondo gli articoli 19 capoversi 7 e 20 LOTC;
- è consultata in materia di dominio del mercato secondo l’articolo 11a capoverso 2 e l’articolo 74 capoverso 2 LRTV.

Articolo 3 Organi

Gli organi dell’Autorità della concorrenza sono il consiglio di vigilanza, la direzione e l’organo di revisione. Conformemente al rapporto sul governo d’impresa del Consiglio federale (FF 2006 7581 e segg.) e al relativo rapporto esplicativo (FF 2009 2225 e segg.) è applicabile il principio secondo cui il numero, la composizione e la collaborazione degli organi devono garantire una direzione e una vigilanza efficaci ed efficienti. Ogni organo deve disporre delle competenze e dei diritti che sono conformi alla sua funzione interna, in modo che direzione e controllo si controbilancino (*checks and balances*) e si evitino doppioni. Le persone che compongono detti organi devono essere in linea di massima indipendenti le une dalle altre.

Articolo 4 Funzione e composizione del consiglio di vigilanza

L'indipendenza dell'Autorità della concorrenza è messa in primo piano anche nella scelta del consiglio di vigilanza. La scelta dei membri si basa sul profilo di requisiti definito dal Consiglio federale. Il consiglio di vigilanza deve dimostrare di possedere esperienza a livello di conduzione (vigilanza su direzione e organizzazione), conoscenze giuridiche, di economia aziendale, economiche e per quanto possibile esperienza in ambito giudiziario.

Il Consiglio federale elegge i membri del consiglio di vigilanza, in particolare designa il presidente. Il coinvolgimento di persone dall'estero è possibile. Per importanti motivi può destituire i suoi membri; in tal caso dev'essere possibile una verifica giudiziaria.

Il consiglio di vigilanza si compone di cinque membri eletti per quattro anni, la cui rielezione è possibile al massimo due volte. I membri del consiglio di vigilanza esercitano la loro funzione a titolo accessorio. Allo scopo di adempiere i suoi compiti, il consiglio di vigilanza dovrebbe tenere all'anno un numero limitato di sedute ordinarie.

Il Consiglio federale disciplina l'indennità per i membri del consiglio di vigilanza. In linea di massima la legge del 24 marzo 2000⁴¹ sul personale federale (LPers) non è applicabile. È tuttavia applicabile direttamente e non solo per analogia l'articolo 6a LPers secondo il campo d'applicazione specificatamente definito. Ciò si ripercuote però solo sui principi che il Consiglio federale deve creare e applicare e sul rapporto del consiglio di vigilanza destinato al Consiglio federale concernente la sua retribuzione. Le condizioni contrattuali sono fissate di regola in un mandato. Fra l'Autorità della concorrenza e i membri del consiglio di vigilanza esiste un contratto di mandato di diritto pubblico (gli art. 394 e segg. CO sono applicabili a titolo complementare), che è costituito mediante il conferimento del mandato da parte del Consiglio federale.

Articolo 5 Compiti del consiglio di vigilanza

Nel capoverso 1 sono elencati i compiti del consiglio di vigilanza. Questi compiti possono essere riassunti nella definizione del quadro organizzativo (lett. a-e), nell'istituzione e nella sorveglianza della direzione (lett. f-h) nonché nell'adozione degli obiettivi strategici, del rapporto di gestione e del preventivo (lett. i-k).

Affinché il consiglio di vigilanza possa svolgere i suoi compiti, la direzione prepara gli affari. La direzione dispone di informazioni di cui il consiglio di vigilanza necessita per adempiere i suoi compiti. Possibili conflitti di competenze fra il consiglio di

⁴¹ RS 172.220.1

vigilanza e la direzione sono disciplinati nell'articolo 7 lettera j mediante una competenza d'esclusione.

Il regolamento organizzativo di cui alla lettera a disciplina in particolare l'organizzazione, l'amministrazione, le competenze e le attività, le modalità del processo decisionale, la politica d'informazione (comprese le pubblicazioni) del consiglio di vigilanza e della direzione, nonché la contabilità. La direzione elabora il regolamento organizzativo che sarà adottato dal consiglio di vigilanza.

Secondo la lettera b il consiglio di vigilanza si adopera ai fini di un sistema di controllo e di una gestione dei rischi interne adeguate. Considerazioni più estese devono essere necessariamente integrate negli obiettivi strategici conformemente al decreto del Consiglio federale del 15 gennaio 2005 (politica in materia di rischi; basi per la gestione dei rischi nella Confederazione).

Secondo la lettera c, il consiglio di vigilanza adotta l'ordinanza sul personale e quella sugli emolumenti preparate dalla direzione, ordinanze che necessitano entrambe dell'approvazione del Consiglio federale. Esso stipula inoltre il contratto d'affiliazione approntato dalla direzione con la cassa pensioni della Confederazione (PUBBLICA) (lett. d). L'organo paritetico per la cassa di previdenza dell'Autorità della concorrenza collabora all'elaborazione del contratto; il suo consenso è condizione per la conclusione del contratto, il quale dev'essere approvato dal Consiglio federale. Secondo la lettera e, il consiglio di vigilanza disciplina la composizione, la procedura di elezione e l'organizzazione dell'organo paritetico per la cassa di previdenza. Lo statuto del personale e della cassa pensioni è di diritto pubblico conformemente alla LPers (cfr. art. 6).

Il consiglio di vigilanza decide sulla costituzione, sulla modifica e sulla risoluzione del rapporto di lavoro con il direttore nonché con gli altri membri della direzione (lett. f, g). Alla luce della responsabilità del Consiglio federale riguardo all'adempimento e alla sua responsabilità politica globale, il Consiglio federale ha il diritto di approvare la costituzione e la risoluzione del contratto di lavoro del direttore. Secondo la lettera h, il consiglio di vigilanza sorveglia inoltre la direzione.

Gli obiettivi strategici di cui alla lettera j rappresentano lo strumento supremo dinamico volto a orientare l'Autorità della concorrenza. Essi collegano il piano del diritto statico vigente a lungo termine con l'attuazione strategico-operativa da parte degli organi di direzione dell'Autorità della concorrenza. Gli obiettivi strategici sono desunti dal mandato legale, da un lato, e da condizioni specifiche esterne e interne dell'Autorità della concorrenza, dall'altro. Le sfide che ne conseguono sono oggetto degli obiettivi strategici.

Secondo il rapporto sul governo d'impresa (FF 2006 7597), le unità con compiti di vigilanza sull'economia e sulla sicurezza devono possedere nel loro lavoro un'indipendenza comparabile a quella richiesta in ambito giudiziario. Per questo motivo il Consiglio federale non deve emanare gli obiettivi strategici né approvarli. L'Autorità della concorrenza fissa pertanto i suoi obiettivi strategici autonomamente. L'Autorità della concorrenza si basa tuttavia per quanto possibile sui criteri del Consiglio federale per la struttura, la forma, la profondità degli obiettivi strategici e

il rapporto sul raggiungimento degli stessi, sempre tenuto conto della richiesta del Parlamento di una direzione maggiormente armonizzata. In tal modo è creato il punto di aggancio con l'alta vigilanza del Parlamento.

Gli obiettivi strategici sono vincolanti per il consiglio di vigilanza e la direzione. Gli obiettivi strategici dell'Autorità della concorrenza sono abbozzati dalla direzione per un orizzonte temporale di quattro anni e presentati al consiglio di vigilanza per decisione. La direzione fa annualmente rapporto al consiglio di vigilanza sul raggiungimento degli obiettivi strategici. Il consiglio di vigilanza sottopone tale rapporto al Consiglio federale. Secondo l'articolo 20 capoverso 2, esso presenta al Consiglio federale almeno una volta all'anno gli obiettivi strategici dell'Autorità della concorrenza.

Secondo le lettere j nonché k, il consiglio di vigilanza adotta il preventivo, richiede le indennità di cui l'Autorità della concorrenza necessita secondo l'articolo 13 per il finanziamento delle sue attività e allestisce per ogni esercizio il relativo rapporto. La direzione prepara i documenti corrispondenti. Il consiglio di direzione presenta al Consiglio federale i documenti riveduti per approvazione. Parallelamente al rapporto di gestione sottopone al Consiglio federale una proposta di discarico.

Il consiglio di vigilanza è obbligato, secondo i capoversi 2 e 3, a tutelare gli interessi dell'istituto. Esso deve fissare in generale nel regolamento organizzativo le regole da applicare per risolvere i conflitti d'interessi, come pure adottare le misure necessarie in singoli casi concreti. L'obbligo d'informazione dei membri del consiglio di vigilanza, come pure dei membri della direzione, sono necessariamente parte del regolamento organizzativo nel caso di un conflitto d'interessi.

Articolo 6 Funzione e composizione della direzione

L'Autorità della concorrenza dispone di una direzione che si compone di almeno tre membri. Ne è responsabile il direttore. La direzione è un organo e in quanto tale esercita le corrispondenti funzioni, non solo il direttore. Gli organi di unità autonome sono in linea di principio indipendenti gli uni dagli altri sul piano del personale. Un membro del consiglio di vigilanza non può quindi far parte della direzione. L'obbligo di fedeltà e l'obbligo di tutela degli interessi della direzione sono retti dalla LPers (cfr. art. 10 cpv. 1), dall'ordinanza sul personale federale e da altri regolamenti aziendali interni ed eventualmente dal contratto di lavoro.

Articolo 7 Compiti della direzione

La direzione è responsabile della gestione operativa e dei compiti materiali (in particolare trattamento dei casi) dell'Autorità della concorrenza. I dettagli vanno disciplinati in un regolamento organizzativo, emanato dal consiglio di vigilanza (art. 5 cpv. 1 lett. a). Fra i compiti della direzione figurano fra l'altro l'emanazione di decisioni, in particolare relative a procedure di concentrazioni, l'apertura di inchieste, la presentazione della proposta al Tribunale della concorrenza e la formula-

zione di raccomandazioni, preavvisi e pareri (lett. b–f). La delega di competenze decisionali dev'essere disciplinata nell'ambito del regolamento organizzativo, così come altri aspetti d'organizzazione interna, quali la partecipazione della direzione a sedute del consiglio di vigilanza.

Secondo la lettera d la direzione esercita la funzione decisionale in procedure di concentrazione. In tale contesto il Tribunale della concorrenza agisce da istanza di ricorso vista la particolare urgenza temporale.

Conformemente alla lettera f, la direzione sottopone raccomandazioni secondo l'articolo 45 LCart, emana preavvisi secondo l'articolo 46 LCart e redige pareri secondo l'articolo 47 LCart.

La direzione rappresenta, in conformità con la lettera g, l'Autorità della concorrenza rispetto ad autorità e governi ed è il referente per le imprese e i cittadini. Parimenti essa rappresenta l'Autorità in organizzazioni internazionali (p. es. nell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici OCSE e quale membro dell'*International Competition Network (ICN)*) e partecipa in rappresentanza della Svizzera ai lavori nell'ambito di convenzioni internazionali.

Affinché il consiglio di vigilanza possa adempiere i suoi compiti, la direzione prepara gli affari (lett. i). Essa lo informa senza indugio circa particolari eventi. Al riguardo la direzione svolge tutti i compiti dell'Autorità della concorrenza, sempre che la presente legge e la legge sui cartelli non li attribuiscono a un altro organo (lett. j). Con questa competenza d'esclusione il legislatore ovvia a possibili conflitti di competenze tra la direzione e gli altri organi dell'Autorità della concorrenza.

La direzione decide quale datore di lavoro fatto salvo l'articolo 5 capoverso 1 lettere f nonché g in merito alla costituzione, alla modifica e alla risoluzione del contratto di lavoro del personale dell'istituto (lett. h).

Articolo 8 Organo di revisione

Conformemente al rapporto sul governo d'impresa del Consiglio federale (FF 2006 7581), al Controllo federale delle finanze (CDF) va conferito obbligatoriamente il mandato di organo di revisione esterno, laddove le società di revisione private esercitano la vigilanza sulle unità rese autonome. Dato che anche le società di revisione private sono contemplate dalla legge sui cartelli, nel capoverso 1 è previsto il CDF quale organo di revisione.

Con il capoverso 2 si rimanda in modo dinamico al disciplinamento del diritto societario, ragione per cui anche il diritto privato andrà automaticamente adeguato. Ai fini della revisione, in tutti i casi sono applicabili per analogia le disposizioni sulla revisione ordinaria. I requisiti posti all'organo di revisione e alla revisione sono elevati.

Il capoverso 3 precisa che l'organo di revisione fa ampiamente rapporto al consiglio di vigilanza e al Consiglio federale sul risultato del suo esame. Con l'ultima frase del capoverso 3 è stabilito che il Consiglio federale ha diritto a una verifica speciale per

analogia all'articolo 697a capoverso 1 CO come gli azionisti nella società anonima (comunque senza che si debbano rispettare le condizioni per una verifica speciale o le corrispondenti prescrizioni procedurali). Le spese di queste eventuali misure di vigilanza del Consiglio federale sono sostenute dall'Autorità della concorrenza.

2.2.2 Personale

Articolo 9 Condizioni d'assunzione del personale

La direzione e il personale sottostanno secondo il capoverso 1 alle disposizioni della legge sul personale federale⁴². Il consiglio di vigilanza fissa a tale riguardo nell'ordinanza sul personale retribuzione, prestazioni accessorie e altre condizioni contrattuali (cpv. 2). Secondo l'articolo 37 capoverso 4 LPers, l'ordinanza sul personale che il consiglio di vigilanza dovrà emanare può derogare all'ordinanza del 3 luglio 2001⁴³ sul personale federale (OPers), sempre che motivi materiali lo esigano. Secondo il capoverso 3 l'Autorità della concorrenza ha le competenze quale datore di lavoro ai sensi dell'articolo 3 capoverso 2 LPers.

Articolo 10 Cassa pensioni

Secondo il capoverso 1, l'Autorità della concorrenza diverrà datore di lavoro sotto il profilo previdenziale. Essa è il datore di lavoro competente sia per il suo personale attivo sia per gli attuali beneficiari di rendite (art. 32b cpv. 2 LPers).

Nel capoverso 2 è sancito che, quale unità amministrativa decentralizzata della Confederazione di cui all'articolo 32b capoverso 2 LPers, l'Autorità della concorrenza è considerata datore di lavoro con sistema previdenziale giuridicamente autonomo. Essa dispone pertanto secondo l'articolo 32b LPers di una propria cassa di previdenza e in tal modo di un proprio contratto d'affiliazione, fermo restando che numerosi datori di lavoro possono costituire una cassa di previdenza comune con l'approvazione del Consiglio federale (p. es. se la grandezza della cassa di previdenza giustifica una gestione comune per motivi economici). Per i datori di lavoro che sottostanno alla LPers, le disposizioni di diritto previdenziale possono derogare a quelle per il personale dell'Amministrazione federale solo per quanto ciò sia necessario per il compito o la struttura del personale del datore di lavoro interessato

⁴² Cfr. le considerazioni nel rapporto aggiuntivo del Consiglio federale al rapporto sul governo d'impresa, FF 2009 2256.

⁴³ RS 172.220.111.3

(messaggio concernente l'istituto di previdenza della Confederazione [Legge su PUBBLICA e modifica della legge sulla CP])⁴⁴.

2.2.3 Finanziamento e gestione finanziaria

Articolo 11 Finanziamento e indennità della Confederazione

Nel capoverso 1 sono precisate le fonti dalle quali l'Autorità della concorrenza finanzia le sue attività (emolumenti e indennità). Gli emolumenti che la Comco e la sua segreteria computavano fra il 2008 e il 2010 ammontavano in media al 10 per cento del loro preventivo, che era pari a circa 10,3 milioni di franchi.

L'Autorità della concorrenza non si finanzia quindi da sé, fra l'altro anche perché non sorveglia un settore che potrebbe partecipare al finanziamento, e necessita anche in futuro per l'adempimento dei suoi compiti di indennità della Confederazione. Un finanziamento più esteso dell'Autorità della concorrenza mediante emolumenti o persino sanzioni non sarebbe opportuno, bensì porrebbe falsi incentivi (l'Autorità della concorrenza deve garantire lo sviluppo del diritto e non focalizzarsi su casi soggetti ad emolumenti o a sanzioni). In questo senso è anche previsto che le multe e le entrate provenienti da sanzioni pagate dalle imprese a seguito di violazioni contro la legge sui cartelli siano incassate dalla Confederazione (cpv. 2). È quindi ragionevole che le risorse per l'Autorità della concorrenza continuino a essere messe a disposizione dalla Confederazione. I contributi della Confederazione sono concessi per i compiti secondo la presente legge e la legge sui cartelli.

Articolo 12 Emolumenti

Secondo l'articolo 53a LCart, l'Autorità della concorrenza riscuote emolumenti per procedure secondo gli articoli 26–30 LCart, l'esame di concentrazioni di imprese secondo gli articoli 32–38 LCart nonché per consulenze, pareri, l'esame di notifiche di cui all'articolo 49a capoverso 5 LCart e altre prestazioni di servizi. Spetta al consiglio federale disciplinare gli emolumenti, fatta salva l'approvazione da parte del Consiglio federale (art. 53a cpv. 5 LCart).

Anche l'articolo 46a della legge del 21 marzo 1997⁴⁵ sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (LOGA) è applicabile quale base legale per la riscossione di emolumenti da parte di unità dell'Amministrazione decentralizzata della Confederazione ai sensi dell'articolo 2 capoverso 3 LOGA (cfr. messaggio sull'articolo 46a LOGA, FF 2003 4999), fermo restando che il Consiglio federale

⁴⁴ FF 2005 5221

⁴⁵ RS 172.010

sarebbe responsabile dell'adozione dell'ordinanza sugli emolumenti. Una base in una legge formale è tuttavia necessaria, dal momento che secondo il rapporto sul governo d'impresa (FF 2006 7587 7596) l'istituto o nel caso presente l'Autorità della concorrenza stessa deve emanare l'ordinanza sugli emolumenti, fatta salva l'approvazione del Consiglio federale. L'Autorità della concorrenza deve tener conto al riguardo del principio d'equivalenza e del principio di copertura dei costi (cpv. 2), che è sancito anche nell'articolo 46a capoverso 3 LOGA.

La definizione di eccezioni alla riscossione di emolumenti (cpv. 3) è necessaria perché l'Autorità della concorrenza è obbligata a riscuotere emolumenti secondo l'articolo 53a LCart. Quali eccezioni saranno possibili, deve deciderlo l'Autorità della concorrenza caso per caso. Il disciplinamento può tener conto della prassi relativa all'ordinanza generale sugli emolumenti.

Articolo 13 Indennità

Secondo le considerazioni esposte in merito all'articolo 11 LFAcon, gli emolumenti dell'Autorità della concorrenza coprono solo una parte delle sue uscite, ragione per cui anche in futuro essa ha bisogno per l'adempimento dei suoi compiti di indennità della Confederazione. Di conseguenza, la Confederazione concede all'Autorità della concorrenza contributi a titolo di compensazione dei compiti di cui all'articolo 13, sempre che questi non siano coperti dagli emolumenti.

Articolo 14 Rendiconto

L'Autorità della concorrenza definisce sulla base dei principi enumerati in questa disposizione lo standard contabile (cfr. al riguardo anche art. 55 della legge federale del 7 ottobre 2005⁴⁶ sulle finanze della Confederazione, LFC) e pubblica lo standard impiegato. Il Consiglio federale può emanare ulteriori prescrizioni in materia di rendiconto.

Articolo 15 Rapporto di gestione

Conformemente all'articolo 5 capoverso 1 lettera k il consiglio di vigilanza allestisce per ogni esercizio il relativo rapporto. Il rapporto di gestione comprende il conto annuale (conto economico, bilancio, allegato) e il rapporto sulla situazione, vale a dire le priorità dell'attività, l'organizzazione interna, il numero e il genere dei casi chiusi e pendenti, l'impiego di personale nonché i mezzi finanziari e materiali, il numero e i risultati di ricorsi contro decisioni e le azioni procedurali dell'Autorità

⁴⁶ RS 611.0

della concorrenza. L'organo di revisione deve esaminare il conto annuale e il rapporto sulla situazione.

Articolo 16 Tesoreria

Per quanto riguarda l'amministrazione della sua liquidità, l'Autorità della concorrenza è annessa alla tesoreria centrale della Confederazione. L'Amministrazione federale delle finanze (AFF) gestisce queste risorse. Per garantire la solvibilità (nell'ambito dell'adempimento dei suoi compiti secondo l'art. 2 LCart), la Confederazione può attribuire all'Autorità della concorrenza mezzi di terzi. Tali mutui sono depositati su un conto corrente dell'Autorità della concorrenza presso la Confederazione. L'Autorità della concorrenza colloca le risorse eccedenti presso la Confederazione senza remunerazione. A fine anno le risorse eccedenti sono lasciate su questo conto e possono essere utilizzate negli anni successivi per eventuali pagamenti di impegni. Gli altri dettagli sono disciplinati fra l'Amministrazione federale delle finanze e l'Autorità della concorrenza in una convenzione distinta.

Articolo 17 Responsabilità

Secondo l'articolo 1 la responsabilità dell'Autorità della concorrenza, dei suoi organi e del suo personale è retta in linea di massima dalla legge federale del 14 marzo 1958⁴⁷ su la responsabilità della Confederazione, dei membri delle autorità federali e dei funzionari federali (Legge sulla responsabilità, LResp). Secondo l'articolo 3 capoverso 1 LResp, la Confederazione risponde del danno cagionato illecitamente a terzi da un funzionario nell'esercizio delle sue funzioni, senza riguardo alla colpa del funzionario. Riguardo alla responsabilità secondo la legge sulla responsabilità si tratta quindi di una responsabilità causale illimitata sul piano dell'importo con un ampio campo d'applicazione. Ciò vale anche per la responsabilità di diritto penale degli organi e del personale dell'Autorità della concorrenza (art. 19 cpv. 2 LResp).

Alla legge sulla responsabilità sono sottoposte tutte quelle persone che direttamente sono incaricate di un compito di diritto pubblico della Confederazione (art. 1 cpv. 1 lett. f LResp). Di conseguenza la responsabilità per l'operato degli organi e impiegati dell'Autorità della concorrenza è retta dalla legge sulla responsabilità. Per quanto altre persone siano direttamente incaricate di compiti di diritto pubblico, è parimenti applicabile la legge sulla responsabilità (art. 1 cpv. 1 lett. f LResp)⁴⁸. Qualora l'Autorità della concorrenza non versi il risarcimento del danno dovuto, la Confede-

⁴⁷ **RS 170.32**

⁴⁸ Cfr. al riguardo messaggio del 1° febbraio 2006 sulla legge federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (Legge sulla vigilanza dei mercati finanziari, LAUFIN), (06.017), pag. 2640 e segg.

razione risponde a titolo sussidiario nei confronti del danneggiato per l'importo scoperto (responsabilità sussidiaria).

Riguardo all'Autorità della concorrenza, nel capoverso 2 lettera a la condizione della violazione di importanti doveri d'ufficio è estesa non solo ad azioni giuridiche bensì anche all'intera attività dell'autorità di vigilanza o agli organi e al personale. In tal modo il criterio dell'illiceità viene circoscritto ed è introdotta la violazione di doveri d'ufficio essenziali. L'Autorità della concorrenza e i suoi incaricati dovranno rispondere per tutto il loro operato solo se hanno esercitato la loro attività in modo chiaramente colpevole. Vista la complessità dei compiti dell'Autorità della concorrenza, una simile limitazione della responsabilità è giustificata⁴⁹.

Conformemente al capoverso 2 lettera b l'Autorità della concorrenza e i suoi incaricati non possono rispondere per errori commessi da imprese ai sensi dell'articolo 2 LCart. Per questa ragione nella lettera b è sancito il principio secondo cui l'Autorità della concorrenza risponde solo se eventuali danni non sono imputabili a violazioni di obblighi da parte di imprese soggette alla legge sui cartelli ai sensi dell'articolo 2 LCart. In analogia alla legge sulla vigilanza dei mercati finanziari (LFINMA), il Consiglio federale ritiene giustificato escludere la responsabilità dello Stato per violazioni dei doveri da parte delle imprese soggette alla legge sui cartelli. Una responsabilità illimitata dello Stato per atti contrari ai doveri da parte di simili imprese che agiscono sotto la propria responsabilità sarebbe incompatibile con il sistema e comporterebbe un notevole rischio sul piano della responsabilità per l'ente pubblico⁵⁰.

Articolo 18 Imposte

Secondo l'articolo 62d LOGA, la Confederazione e i suoi istituti, le sue aziende e fondazioni indipendenti sono esenti da qualsiasi tipo d'imposizione da parte dei Cantoni e dei Comuni. Dato il finanziamento (art. 11) dell'Autorità della concorrenza l'esenzione è giustificata. L'Autorità della concorrenza esercita un'attività in virtù della sovranità e non riscuote di conseguenza alcuna imposta sul valore aggiunto sui suoi emolumenti e non consegue utili. Gli emolumenti che la COMCO e la sua segreteria hanno computato fra il 2008 e il 2010 ammontavano in media al 10 per cento del loro budget. Solo una piccola parte di queste entrate provenienti da emolumenti non è da ricondurre a emolumenti/spese procedurali, bensì a consulenze di imprese previste dalla legge (art. 24a cpv. 1 D-LCart; nella legge vigente art. 23 cpv.

⁴⁹ Cfr. messaggio del 1° febbraio 2006 sulla legge federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (Legge sulla vigilanza dei mercati finanziari, LAUFIN), FF 2006 2640 e segg. nonché 2666 e segg.

⁵⁰ Cfr. al riguardo messaggio del 1° febbraio 2006 sulla legge federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (Legge sulla vigilanza dei mercati finanziari, LAUFIN), (06.017), pag. 2640 e segg. e pag. 2667.

2 LCart). Nell'ambito della sua attività di consulenza, l'Autorità della concorrenza risponde a quesiti di uffici e imprese relativi alla legge sui cartelli e alla sua applicazione. Non si tratta di una prestazione commerciale, bensì di un compito che l'Autorità della concorrenza esegue nell'ambito della sua attività in virtù della sovranità (le entrate provenienti da consulenze rappresentavano fra il 2008 e il 2010 in media lo 0,5% del preventivo, per un totale di circa 51 700 franchi). Secondo la prassi amministrativa concernente il diritto sull'imposta sulla cifra d'affari, tutte le entrate provenienti da emolumenti (compresi gli emolumenti per consulenze) dell'Autorità della concorrenza sono da considerare emolumenti ai sensi dell'articolo 3 lettera g della legge federale del 12 giugno 2009⁵¹ concernente l'imposta sul valore aggiunto (Legge sull'IVA, LIVA). Essi non sono da dichiarare ai fini dell'imposizione né sono tassabili.

L'Autorità della concorrenza è costituita secondo l'articolo 1 della legge federale sull'organizzazione dell'Autorità della concorrenza quale ente di diritto pubblico della Confederazione e, anche nell'ottica dell'imposta sulla cifra d'affari, fa parte della Confederazione. Eventuali prestazioni fra l'Autorità della concorrenza e la Confederazione sono escluse dall'imposta (cfr. art. 21 cpv. 2 n. 28 LIVA, in combinato disposto con l'art. 38 cpv. 2 lett. c dell'ordinanza del 27 novembre 2009⁵² sull'IVA, OIVA).

Articolo 19 Immobili

La Confederazione lascia all'Autorità della concorrenza i necessari immobili in affitto. Questi continuano però ad essere di sua proprietà. La Confederazione provvede alla loro manutenzione e ne concede l'utilizzo all'Autorità della concorrenza dietro pagamento di un adeguato importo. La relazione fra la Confederazione e l'Autorità della concorrenza riguardo agli immobili è di diritto pubblico.

2.2.4 Indipendenza e vigilanza

Articolo 20 Indipendenza

L'articolo 20 sancisce l'indipendenza dell'Autorità della concorrenza e sottolinea in special modo la sua indipendenza da istruzioni di autorità amministrative e del Consiglio federale. L'Autorità della concorrenza sarà subordinata a un dipartimento solo sotto il profilo amministrativo, vale a dire come sinora al DFE, e non sottostà

⁵¹ RS 641.20

⁵² RS 641.201

nelle sue decisioni a istruzioni del Consiglio federale o delle autorità amministrative. A complemento del rapporto di cui all'articolo 5 capoverso 1 lettere i nonché k, l'Autorità della concorrenza illustra almeno una volta all'anno i suoi obiettivi strategici e l'adempimento dei suoi compiti.

Articolo 21 Vigilanza

Secondo l'articolo 8 capoverso 4 LOGA il Consiglio federale sorveglia in linea di massima le unità decentralizzate dell'Amministrazione. La vigilanza amministrativa sull'Autorità della concorrenza e sull'adempimento dei suoi compiti spetta quindi al Consiglio federale. Conformemente al rapporto sul governo d'impresa del Consiglio federale (FF 2006 7591 e segg.), questa vigilanza si distingue per diversi aspetti dalla vigilanza che è attribuita al Consiglio federale nei confronti di unità decentralizzate dell'Amministrazione federale. La vigilanza del Consiglio federale su unità autonome è piuttosto comparabile a un rendiconto. Nel capoverso 2 sono enumerati in maniera non esaustiva gli strumenti più importanti a disposizione del Consiglio federale. L'alta vigilanza del Parlamento rimane salva.

2.2.5 Disposizioni finali

Articolo 22 Istituzione dell'Autorità della concorrenza

L'articolo 22 contiene una serie di regole concernenti il passaggio al nuovo ente di diritto pubblico. La Confederazione definisce il momento in cui l'Autorità della concorrenza consegue la personalità giuridica (cpv. 2). Essa designerà diritti e doveri nonché i valori che per legge passeranno all'ente (cpv. 3). Dato che, per esperienza, quando si tratta di istituire unità decentralizzate dell'amministrazione vi è sovente una necessità di legiferare non prevedibile, il Consiglio federale è autorizzato nel capoverso 4 ad adottare tutti i provvedimenti necessari per questo passaggio e a emanare le disposizioni corrispondenti.

Conformemente alla prassi vigente, nel capoverso 5 è prevista l'esenzione da imposte (in particolare anche tasse di bollo e di mutazione ecc.) e da emolumenti per il trasferimento di diritti, doveri e valori (trasferimento del patrimonio) nonché l'iscrizione nei registri pubblici.

Gli attivi e i passivi designati sono trasferiti nel momento fissato dal Consiglio federale nell'ambito di una successione universale all'Autorità della concorrenza. Il capoverso 7 esclude pertanto espressamente l'applicabilità della legge federale del

3 ottobre 2003⁵³ sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio (Legge sulla fusione; LFus).

Mediante il finanziamento transitorio previsto nel capoverso 4 lettera b si garantisce che l'Autorità della concorrenza disponga sempre, anche nella fase di transizione, delle risorse necessarie per il mantenimento dell'esercizio. Per quanto risulti che l'Autorità della concorrenza debba disporre a breve termine di risorse supplementari per la costituzione, l'AFF deve poter concludere un corrispondente contratto di mutuo con l'ente (cpv. 6).

Articolo 23 Trasferimento dei rapporti di lavoro

I rapporti di lavoro passano per legge all'Autorità della concorrenza. Dato che i rapporti di lavoro del personale dell'Autorità della concorrenza sottostanno alla LPers secondo l'articolo 6, i lavoratori non possono essere licenziati, né l'Autorità della concorrenza deve riassumerli. Rimane salva la nomina del direttore (art. 5 cpv. 1 lett. f). Il Consiglio federale fissa il momento del trasferimento.

Articolo 24 Datore di lavoro competente

L'articolo 24 chiarisce che l'Autorità della concorrenza è il datore di lavoro competente per tutti i beneficiari di rendite per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità della segreteria della COMCO e deve assumere gli obblighi che spettano a un datore di lavoro. Secondo l'articolo 32f capoverso 1 LPers, l'Autorità della concorrenza è responsabile quale nuovo datore di lavoro anche degli attuali beneficiari di rendite dell'unità amministrativa. I beneficiari di rendite subordinati all'Autorità della concorrenza seguono quindi la cassa della previdenza del personale attivo. Il disciplinamento eccezionale dell'articolo 32f capoverso 2 LPers va applicato in maniera restrittiva; nel caso presente non sono dati motivi per farlo valere.

Articolo 25 Altre disposizioni transitorie

L'articolo 25 capoverso 1 disciplina a complemento dell'articolo 23 che i ricorsi che potrebbero esserci al momento del trasferimento dei rapporti di lavoro sono soggetti al diritto vigente.

I capoversi 2 e 3 completano gli articoli 1 e 2 capoverso 1 delle disposizioni transitorie della LCart. Sulla base di queste norme è necessario che la COMCO rimanga operativa ancora per un certo tempo (è previsto un anno) dopo l'entrata in vigore del nuovo ordinamento istituzionale. Nelle procedure interessate l'Autorità della concorrenza assumerà durante un anno le funzioni dell'ex segreteria della COMCO. I

⁵³ RS 221.301

procedimenti di ricorso che risultano da simili decisioni della Comco proprie al diritto transitorio vanno giudicati come i procedimenti di ricorso già pendenti nel momento dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni secondo il diritto procedurale vigente. In questi procedimenti di ricorso, dopo lo scioglimento della COMCO, l'Autorità della concorrenza le subentra quale istanza preliminare davanti alle istanze di ricorso e svolge i compiti che le sono attribuiti. Questo è accettabile poiché non si tratta più di prendere decisioni bensì di fornire preavvisi, ragione per cui, anche sotto il profilo finanziario, sarebbe sproporzionato mantenere in vita la COMCO per un tempo non determinabile anticipatamente. Il Consiglio federale stabilirà l'indennità per la COMCO durante l'anno transitorio. Si presume che per la COMCO vi sarà un onere di lavoro in costante diminuzione nel corso dell'anno transitorio previsto; di questo occorre tenere conto nella determinazione dell'indennità.

3 Ripercussioni

3.1 Per la Confederazione

La riforma istituzionale comporta una valorizzazione dell'Autorità della concorrenza attraverso la forma giuridica dell'istituto; il Tribunale amministrativo federale decide, dal canto suo, in prima istanza (e non più come autorità di ricorso) sui casi riguardanti un ambito centrale del diritto in materia di cartelli, ossia le limitazioni della concorrenza ai sensi degli articoli 5 e 7 LCart.

L'esperienza insegna che l'attribuzione della forma giuridica dell'istituto all'Autorità della concorrenza sarà associata a costi supplementari. Questi ultimi saranno tuttavia coperti con il budget per i membri dell'attuale COMCO, pari a circa 800 000 franchi, che dovrebbe bastare a finanziare anche i nuovi effettivi di personale eventualmente necessari in seguito all'introduzione del test SIEC nel quadro delle concentrazioni di imprese. Il budget della COMCO sarà sufficiente per coprire anche qualsiasi onere aggiuntivo a livello finanziario o di personale associato agli altri adeguamenti del diritto materiale. Inoltre, le imprese che saranno parte vincente nei procedimenti contro l'Autorità della concorrenza si vedranno rimborsate le ripetibili (tali spese non sono però coperte dal budget della COMCO). Non esistono a questo riguardo dati empirici su cui fondarsi, ma si stima che i costi associati alle ripetibili saranno compresi tra gli 0,5 e i 3 milioni di franchi all'anno (l'importo esatto dipende dal numero delle parti implicate in un procedimento). Per la Confederazione tali importi si collocano tuttavia in un rapporto sostenibile con le entrate provenienti da multe e sanzioni.

Sebbene la proposta di creare un Tribunale federale della concorrenza completamente nuovo sia stata abbandonata, non si può non tenere conto dell'onere supplementare che dovrà affrontare il TAF in seguito all'assunzione del nuovo compito. In particolare, si dovranno eleggere nuovi giudici dotati di competenze in ambito economico, calcolando un totale di due posti a tempo pieno. Una procedura di prima istanza è più onerosa di una procedura di ricorso. È vero che un numero, del resto esiguo, di giudici del TAF si occupa già oggi, unitamente a cancellieri e al personale

di segreteria, di questioni attinenti al diritto della concorrenza, ma non si può affermare con certezza che questi saranno in grado di far fronte al carico aggiuntivo associato alla maggiore complessità delle procedure.

Non si può quindi escludere un certo onere supplementare per l'attuazione della politica della concorrenza; tale onere è tuttavia giustificato dagli obiettivi prefissati, ossia l'accelerazione delle procedure, il rafforzamento della legalità delle procedure di prima istanza attraverso la separazione tra la fase dell'inchiesta e quella della decisione, la maggiore indipendenza dell'Autorità della concorrenza e l'assunzione nel TAF di giudici specializzati.

3.2 Per i Cantoni e i Comuni

Attualmente, l'applicazione del diritto in materia di cartelli viene effettuata in larga misura mediante la via del diritto pubblico, essendo gli organi della Confederazione competenti in questa materia. L'ampliamento degli strumenti di diritto civile potrebbe comportare un maggiore ricorso ai tribunali civili cantonali. Nel caso delle azioni di risarcimento danni, è tuttavia più probabile che verranno disciplinate con una transazione giudiziale conforme all'esito della procedura di diritto amministrativo e che sfoceranno solo raramente in un processo civile. Contrastare attraverso la via civile le limitazioni della concorrenza regionali che possono sfuggire all'Autorità della concorrenza e contro le quali i clienti finali promuovono un'azione civile rientra nell'interesse dell'efficienza economica dei singoli Cantoni.

3.3 Per l'economia

3.3.1 Necessità di un intervento statale

Sinora, l'evoluzione istituzionale e procedurale del diritto in materia di cartelli non ha tenuto sufficientemente conto dell'evoluzione del diritto materiale. Le modifiche materiali proposte sono state concepite per prendere atto, in tempo utile, dei risultati emersi dalla valutazione della LCart.

3.3.2 Per i vari attori economici

Riforma istituzionale

Come spiegato sinora, con la riforma istituzionale proposta si perseguono diversi obiettivi: rafforzare la separazione tra l'Autorità della concorrenza e l'autorità decisionale, attribuire in maniera più chiara i compiti di «inchiesta» e di «decisione», accelerare le procedure che precedono la decisione in ultima istanza, migliorare la legalità delle procedure e aumentare il grado di professionalizzazione dell'organo decisionale. Di questi effetti positivi beneficiano innanzitutto gli operatori del mercato, siano essi fornitori o acquirenti, sia grazie a una migliore attuazione della LCart sia in veste di parti implicate nelle procedure.

Accordi

Grazie all'adeguamento proposto le procedure in materia di cartelli risulteranno semplificate e accelerate, dato che in futuro non dovrà più essere concretamente provata la rilevanza economica delle cinque tipologie di accordi che determinano, in termini generali e astratti, una limitazione della concorrenza ritenuta particolarmente pregiudizievole. Inoltre, verranno eliminate le confusioni emerse dal 2003 relative all'effetto sul mercato e alla sanzionabilità dei cartelli. Infine, la chiarezza delle nuove disposizioni e l'armonizzazione con il diritto dell'UE contribuiranno ad aumentare la certezza del diritto.

In linea di principio, le nuove disposizioni non restringono la libertà di manovra imprenditoriale, dato che le comunicazioni della COMCO vanno già in questo senso. In futuro, tuttavia, le imprese non potranno più appellarsi all'Autorità della concorrenza e al Tribunale della concorrenza adducendo che gli accordi hanno un effetto limitato sul mercato, ma dovranno dimostrare l'efficienza economica risultante da tali accordi. In tal caso, potranno decidere se attuare o meno anche gli accordi assoggettati a un divieto parziale. Questa procedura è ampiamente accettata nel caso di accordi orizzontali *hard core*. Per quanto riguarda gli accordi verticali, la libertà d'azione delle imprese viene ridotta in maniera differenziata a seconda dei casi. Sono interessati dal divieto parziale dei cartelli con possibilità di giustificazione soltanto le due tipologie di accordi considerate particolarmente pregiudizievoli sia a livello internazionale sia secondo la normativa nazionale in vigore dal 2004 e soggette a sanzioni dirette, ovvero gli accordi riguardanti prezzi minimi o fissi e quelli che assegnano zone nell'ambito di contratti di distribuzione. Per risolvere i problemi di coordinamento tra commercianti e distributori, le imprese possono avvalersi di una serie di altri strumenti verticali, senza dover quindi addurre obbligatoriamente motivi di efficienza che giustifichino le due tipologie di accordi verticali soggette a un divieto parziale. Per esempio, un comportamento di parassitismo da parte di un distributore può essere corretto attraverso la definizione di determinati requisiti in termini di servizio e qualità invece che attraverso un intervento a livello di prezzi oppure, nell'ottica di una densità commerciale ottimale, si può prevedere una distribuzione selettiva invece che esclusiva.

Controllo delle concentrazioni

Il controllo delle concentrazioni attualmente in vigore non tiene sufficientemente conto degli effetti negativi che le concentrazioni di imprese possono esercitare sulla concorrenza. Introducendo il test SIEC, ossia cambiando i criteri di valutazione (criteri d'intervento) delle concentrazioni, è possibile aumentare la concorrenza sui mercati e contrastare più facilmente le concentrazioni create soprattutto per acquisire parti di mercato e i cui effetti pregiudicano la concorrenza. Poiché, grazie a questo test, le imprese possono dal canto loro far valere, a determinate condizioni, gli incrementi di efficienza che compensano gli effetti negativi, esso consente un esame complessivo degli effetti sia negativi sia positivi di una concentrazione.

Rispetto alla prassi in vigore, il test SIEC rappresenta un accostamento significativo del controllo delle concentrazioni svizzero a quello dell'UE e della maggioranza

degli Stati membri, il che agevola la cooperazione internazionale sia a livello di imprese che di autorità – in particolare per quanto riguarda le concentrazioni internazionali – e consente di ridurre gli oneri amministrativi a carico delle imprese interessate e dell’Autorità della concorrenza. Diverse cerchie ritengono tuttavia che il test SIEC, basato sul modello dell’UE, sia relativamente oneroso e possa quindi generare costi aggiuntivi in caso di concentrazioni di imprese. Occorre tuttavia tenere conto del fatto che questi costi si concretizzerebbero soltanto nel caso di concentrazioni problematiche e che richiedono quindi modifiche più approfondite (in media 4 concentrazioni su 28 notificate ogni anno). Rinunciare a vagliare in modo autonomo le concentrazioni internazionali (cioè quelle che concernono il SEE o mercati più grandi) si traduce in uno sgravio amministrativo per le imprese e per l’Autorità della concorrenza.

Come illustrato nel capitolo 2.1.3.2, il passaggio al test SIEC test comporta pochi cambiamenti a livello di certezza del diritto e di complessità, e le esperienze internazionali al riguardo sono generalmente positive. Anche per la Svizzera la situazione in questo senso dovrebbe essere analoga. Per quanto riguarda le soglie d’intervento, occorre rilevare che da un lato queste verranno abbassate con il test SIEC, ma dall’altro rialzate perché si terrà conto dei benefici in termini di efficienza. In un’ottica internazionale, il tasso d’intervento successivo all’introduzione del test SIEC dovrebbe quindi restare praticamente invariato. Poiché, tuttavia, l’attuale controllo svizzero delle concentrazioni non tiene sufficientemente conto degli effetti anticoncorrenziali, vi potrebbe essere un leggero aumento di tale tasso.

Diritto civile in materia di cartelli

Il lieve potenziamento 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. Questo potrebbe rafforzare la concorrenza sui mercati locali e nel contempo scongiurare una discriminazione dei prezzi che pregiudicherebbe i clienti svizzeri rispetto a quelli dei Paesi limitrofi, sempre che le imprese stesse agiscano contro le forniture incrociate soppresse nelle reti di distributori.

Riduzione delle sanzioni grazie ai programmi di conformità

Già secondo il diritto vigente i programmi di conformità possono essere considerati un fattore di riduzione della sanzione. Sebbene il fatto di esplicitare questa regola nella legge non cambi quindi radicalmente l’attuale situazione giuridica, esso consente nondimeno di chiarire in termini legali che una seria politica di conformità rappresenta una misura preventiva contro le limitazioni illecite della concorrenza e va apprezzata dal giudice chiamato a pronunciarsi sul caso. In futuro, ci si aspetterà che le imprese si impegnino più attivamente per adottare le opportune misure preventive contro le violazioni della LCart. L’aumento dei costi che dovranno affrontare le imprese sarà così bilanciato dalla diminuzione dei casi di violazione della LCart ovvero degli importi delle sanzioni. Anche l’onere a carico delle autorità aumenterà,

visto che saranno chiamate a valutare l'adeguatezza dei programmi di conformità, a cui le imprese si troveranno a fare maggiore ricorso.

Procedura di opposizione

La revisione della procedura di opposizione intende tenere conto delle considerazioni, emerse in più occasioni, riguardanti un migliore adempimento della funzione che il legislatore ha previsto per tale procedura. La riduzione del termine entro il quale l'Autorità della concorrenza deve agire affinché un'impresa possa essere sanzionata si traduce per le imprese in un aumento immediato della certezza del diritto. Per progetti che non presentano rischi palesi 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 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; alle imprese è inoltre data la possibilità di adattare costantemente le proprie pratiche alle ripercussioni sul mercato e di evitare così di essere sanzionate.

3.3.3 Ripercussioni macroeconomiche

Adeguamenti materiali

Gli adeguamenti di natura materiale, affrontati nel capitolo 3.3.2, hanno lo scopo di migliorare l'effetto preventivo della LCart, di aumentare la certezza del diritto e l'efficacia d'attuazione della LCart (miglioramento a livello di esecuzione) e contribuiscono nel loro complesso a promuovere la concorrenza nell'ottica 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 derivanti dall'ampliamento degli strumenti della legislazione sui cartelli operato nel 2003. Le modifiche qui proposte migliorano ulteriormente i vantaggi che l'economia può ricavare dal testo di legge in quanto riprendono determinati punti critici messi in luce dalla valutazione.

Riforma istituzionale

Una forte legittimazione sia della normativa in materia di cartelli sia dell'autorità incaricata di eseguire tale normativa rappresenta un aspetto centrale della vita economica moderna. Le intenzioni che abbiamo espresso nel rapporto di valutazione redatto in adempimento dell'articolo 59a LCart vanno lette in questa chiave. Gli obiettivi sottesi erano quelli di rafforzare l'autonomia delle autorità della concorrenza dissociandole dalle organizzazioni d'interesse, di accelerare le procedure, di chiarire il ruolo della segreteria e della COMCO (attraverso la creazione di un'unica autorità oppure la separazione delle due istituzioni) e di aprire le regolamentazioni istituzionali all'inclusione di sanzioni contro le persone fisiche. Le proposte presen-

tate in questa sede consentono di raggiungere gli obiettivi ritenuti tuttora validi e di migliorare l'attuazione della LCart.

Esse consentono in primo luogo di garantire che le decisioni rilevanti della politica svizzera in materia di concorrenza vengano prese da autorità indipendenti, ma tenendo comunque conto delle conoscenze e delle esperienze del mondo economico grazie alla presenza nel TAF di giudici specializzati nel settore. La maggiore indipendenza e un grado occupazionale più elevato di determinati giudici consentono di ottimizzare il processo decisionale, migliorando quindi anche l'efficacia economica della legge sui cartelli.

La riduzione del numero di autorità implicate da quattro (inchiesta condotta dalla segreteria, decisione adottata dalla COMCO, TAF e Tribunale federale) a tre (inchiesta condotta dall'Autorità in materia di concorrenza, decisione adottata dal Tribunale federale della concorrenza e Tribunale federale) contribuisce ad abbreviare la durata delle procedure che precedono l'esame delle decisioni in ultima istanza, nell'interesse di tutti gli attori economici e, in ultima analisi, anche della sicurezza degli investimenti.

Infine, il testo proposto soddisfa la richiesta di chiarire meglio i ruoli della segreteria e della COMCO. L'istituzione di un tribunale di prima istanza consente inoltre di creare una simmetria nell'iter processuale nel caso in cui a un procedimento contro un'impresa se ne dovesse affiancare uno contro una persona fisica implicata in un accordo in materia di cartelli.

4 Rapporto con il programma di legislatura

La revisione della legge sui cartelli figura nel programma di legislatura 2011–2015 come «altro progetto», per riflettere il fatto che le decisioni fondamentali sulla revisione sono state adottate soltanto nel novembre 2011.

5 Aspetti giuridici

5.1 Costituzionalità e legalità

Le disposizioni proposte si basano sull'articolo 96 capoverso 1 della Costituzione federale, secondo il quale la Confederazione emana prescrizioni contro gli effetti economicamente o socialmente nocivi di cartelli e di altre forme di limitazione della concorrenza.

Il divieto parziale dei cartelli con possibilità di giustificazione previsto nell'articolo 5 LCart è stato oggetto di discussioni nell'ambito della procedura di consultazione. In particolare, è stato rilevato che, diversamente dalla vigente legge sui cartelli, nel nuovo articolo la tipologia dell'accordo diventa l'unico criterio di valutazione per stabilirne il divieto parziale, il che potrebbe comportare il divieto generalizzato degli

accordi in materia di concorrenza, senza passare per un esame individuale dei loro potenziali effetti nocivi o della portata della limitazione della concorrenza. A queste considerazioni si può ribattere come segue.

L'articolo 96 capoverso 1 Cost. autorizza la Confederazione a emanare prescrizioni contro i cartelli e altre limitazioni della concorrenza solo se questi generano effetti economicamente o socialmente nocivi (cfr. anche art. 1 LCart relativo allo scopo della legge). Tuttavia, come si legge nel messaggio concernente la revisione della Costituzione federale del 20 novembre 1996, «il margine di manovra del legislatore [in materia di cartelli] è molto vasto; in determinate circostanze egli può anche avvalersi in parte dello strumento rappresentato dal divieto dei cartelli». L'articolo 96 Cost. non ammette però «che si vietino in generale come tali gli accordi nell'ambito della concorrenza»⁵⁴. Anche il Tribunale federale ha ribadito che l'articolo 96 Cost. non esclude i divieti parziali di accordi o di comportamenti particolarmente dannosi (divieti selettivi *per se*); esso si limita a non ammettere un divieto generalizzato dei cartelli con riserva di autorizzazione⁵⁵. A questo proposito, il nostro messaggio concernente la legge sui cartelli del 1995 precisava già che la facoltà di emanare prescrizioni nell'ambito della LCart non deve essere intesa come una competenza per rimediare agli effetti nocivi «soltanto quanto si sono concretamente manifestati. Occorre invece adottare misure legali preventive per impedire il prodursi di siffatti effetti». Un divieto selettivo dei cartelli volto a combatterne gli effetti nocivi può essere considerato compatibile con l'articolo sui cartelli a condizione che «l'interesse generale lo giustifichi e che sia conforme al principio di proporzionalità [...]. La Costituzione non vieta dunque per se la creazione di norme di proibizione»⁵⁶.

Attraverso il concetto di presunzione di illiceità, che «in ultima analisi è assimilabile a un divieto selettivo dei cartelli»⁵⁷, l'assoggettamento a tale presunzione delle tre tipologie «hard core» di accordi orizzontali, nonché il fatto che tali accordi possano essere sanzionati direttamente viene operata una prima selezione delle tipologie di accordi più dannosi. Nel 2003 il legislatore ha introdotto l'articolo 5 capoverso 4 LCart mettendo intenzionalmente sullo stesso piano dei tre tipi di accordi orizzontali *hard core* due tipologie di accordi verticali (giudicate particolarmente gravi anche in altre giurisdizioni), ossia quelli sui prezzi al dettaglio e sulla ripartizione per zone, e questo sia per quanto riguarda la presunzione di illiceità sia la sanzionabilità diretta. In altre parole, ha esteso a cinque le tipologie di accordi considerati dannosi, ren-

⁵⁴ Messaggio del 20 novembre 1996 concernente la revisione della Costituzione federale; FF **1997** I 1; cfr. anche René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2^a ed., Basilea 2011, pag. 390 seg., n. 21 e 25.

⁵⁵ DTF 135 II 60, 67 consid. 3.1.1

⁵⁶ Messaggio del 23 novembre 1994 concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart); FF **1995** I 389.

⁵⁷ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (nota n. 54), pag. 390, n. 21.

dendo tale elenco esaustivo, includendovi intenzionalmente tre tipi di accordi verticali.

Conformemente alle prescrizioni della Costituzione e delle leggi del 1995 e del 2003, il nuovo divieto proposto riguarda unicamente i cinque tipi di cartelli già qualificati nell'attuale legge come limitazioni della concorrenza particolarmente gravi. Il criterio determinante non è la forma dell'accordo, bensì il suo contenuto reale: si tratta cioè degli accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone nonché le imposizioni verticali dei prezzi (nel senso di prezzi minimi o fissi) e le delimitazioni geografiche assolute. In questo senso, non si può parlare di un divieto generalizzato dei cartelli, bensì di un divieto selettivo o parziale, che non è assoluto o «per se» neppure per i cinque tipi di accordi menzionati sopra, dato che non è esclusa la possibilità di giustificare gli accordi *hard core* adducendo motivi di efficienza economica. In altri termini, se non può essere giustificato da motivi di efficienza economica, in virtù della LCart un cartello *hard core* è considerato dannoso sotto il profilo economico e sociale e va quindi vietato.

Il diverso grado di dannosità di determinate tipologie di cartelli (p. es. orizzontali e verticali) e di accordi effettivi (riguardanti p. es. un intero mercato o accordi praticamente non messi in atto) è considerato a vari livelli: da un lato, è solitamente più semplice giustificare un accordo verticale rispetto a uno orizzontale. Dall'altro, l'importo della sanzione per ogni singolo accordo *hard core* illecito dipende dalla durata e dalla gravità del comportamento concreto (attuale cpv. 1 e futuro cpv. 2 dell'art. 49a LCart). Infine, nello stabilire la sanzione, occorre rispettare il principio della proporzionalità (art. 2 cpv. 2 OS LCart), il che, in determinati casi, può tradursi in una sanzione del tutto simbolica o addirittura ridotta a zero. L'obiezione mossa nell'ambito della consultazione dell'autunno 2011 secondo cui l'unico criterio di valutazione degli accordi sarebbe la loro forma, non è pertanto pertinente.

Per quanto riguarda lo spostamento dell'onere della prova, va semplicemente osservato che, in situazioni come quelle in esame, attribuire alle imprese l'onere di addurre i motivi giustificanti gli accordi è conforme con le garanzie di diritto processuale penale. È tuttavia opportuno prevedere un'esplicita base legale, nel caso specifico costituita dall'articolo 5 capoverso 3 LCart (cfr. anche commenti all'art. 5 cpv. 3). Le osservazioni, formulate nell'ambito della consultazione, concernenti il carattere costituzionale della ripartizione dell'onere della prova possono pertanto essere archiviate.

Sulla scorta di quanto detto, la scelta di inserire nella legge un divieto parziale (con la possibilità di addurre, in determinati casi, motivi di giustificazione) delle cinque tipologie di cartelli ritenute maggiormente dannose dal legislatore è pertanto proporzionale e compatibile con la Costituzione.

5.2 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera

In parte perché alla legislazione sui cartelli si applica il principio dell'effetto, la Svizzera non è soggetta praticamente a nessun obbligo a livello internazionale, fatta eccezione per l'Accordo sulla navigazione aerea con l'UE, per rispettare il quale il progetto di revisione ha subito qualche adeguamento di ordine redazionale.

5.3 Subordinazione al freno delle spese

Il progetto non sottostà al freno delle spese di cui all'articolo 159 capoverso 3 lettera b Cost. poiché non comporta nuove spese uniche superiori ai 20 milioni di franchi né nuove spese ricorrenti superiori ai due milioni di franchi. I mezzi finanziari previsti per la COMCO nel budget della segreteria saranno trasferiti all'Autorità della concorrenza.

5.4 Conformità alla legge sui sussidi

Il sussidio federale a favore dell'Autorità della concorrenza serve a finanziare i compiti di cui all'articolo 2 LFAcon e a coprire i costi d'esercizio legati al loro adempimento. Lo svolgimento di tali compiti e, con esso, l'attuazione della LCart e la garanzia della concorrenza rientrano nell'interesse della Confederazione. Nell'ottica dell'Autorità della concorrenza, questi compiti le vengono attribuiti per legge e il loro adempimento comporta un onere che essa non è in grado di sostenere in modo autonomo, ossia indipendente dalla Confederazione. Se quest'ultima intende assicurare l'applicazione della LCart e, con essa, una concorrenza efficace, dovrà stanziare all'Autorità della concorrenza una parte consistente dei mezzi finanziari necessari sotto forma di indennità. Le condizioni della legge federale del 5 ottobre 1990⁵⁸ sugli aiuti finanziari e le indennità (Legge sui sussidi; LSu), in particolare per quanto attiene all'emanazione di disposizioni in materia di indennità, sono pertanto soddisfatte.

5.5 Delega di competenze legislative

La legge sui cartelli in vigore contiene già diverse norme di delega (artt. 6, 20 cpv. 2 e 53a cpv. 3 LCart), che vengono mantenute nel progetto di revisione. Per ragioni di sistematica, tuttavia, l'attuale articolo 20 capoverso 2 è trasferito nell'articolo 5 capoverso 1 lettera a LFAcon. Inoltre, la norma di delega contenuta sinora nell'articolo 53a capoverso 3 LCart è spostata nel capoverso 5 dello stesso articolo e

⁵⁸ RS 616.1

adeguata alla nuova organizzazione istituzionale, secondo la quale compete unicamente all'Autorità della concorrenza emanare, previa approvazione del Consiglio federale, l'ordinanza sugli emolumenti. L'unica norma di delega completamente nuova è contenuta nell'articolo 5 capoverso 1 lettera c in combinato disposto con l'articolo 9 capoverso 2 LFAcon. Essa consente al consiglio di vigilanza di emanare – fatta salva l'approvazione del Consiglio federale – un'ordinanza sul personale dell'Autorità della concorrenza.

In più parti del messaggio viene preconizzata una normativa più dettagliata a livello di ordinanza, per esempio per quanto riguarda i motivi di efficienza o i motivi importanti in base ai quali può essere accordata una proroga dei termini in caso di valutazione di una concentrazione di imprese. Queste disposizioni saranno emanate in virtù delle norme di delega previste dalla LCart e, nella misura del possibile, saranno integrate in ordinanze già emanate dal nostro Collegio, in particolare l'ordinanza del 17 giugno 1996⁵⁹ concernente il controllo delle concentrazioni di imprese, l'ordinanza del 12 marzo 2004⁶⁰ sulle sanzioni in caso di limitazioni illecite della concorrenza (LCart - Ordinanza sulle sanzioni; OS LCart) e l'ordinanza del 25 febbraio 1998⁶¹ sugli emolumenti nell'ambito della legge sui cartelli (Ordinanza sugli emolumenti LCart; OEm-LCart).

⁵⁹ RS 251.4

⁶⁰ RS 251.5

⁶¹ RS 251.2