



Berna, 24 novembre 2021

---

# **Revisione parziale della legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart)**

## **Rapporto esplicativo**

---



## Indice

<b>1</b>	<b>Situazione iniziale</b> .....	<b>3</b>
1.1	Valutazione della legge sui cartelli e revisione del 2021 .....	3
1.2	Sviluppi dal 2012 .....	3
1.2.1	Crescente digitalizzazione dei mercati .....	3
1.2.2	Accordo di cooperazione con l'UE .....	5
1.2.3	Iniziativa per prezzi equi .....	5
1.3	Obiettivi della revisione .....	5
1.3.1	Il Consiglio federale propone una revisione parziale .....	5
1.3.2	Adempimento della mozione 16.4094 Fournier .....	6
1.3.3	Adempimento della mozione 18.4282 Français .....	6
1.4	Interventi parlamentari pendenti .....	7
<b>2</b>	<b>Punti essenziali del progetto</b> .....	<b>7</b>
2.1	Contenuto della normativa proposta e soluzioni analizzate .....	7
2.1.1	Modernizzazione del controllo delle concentrazioni di imprese .....	7
2.1.2	Rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli .....	11
2.1.3	Miglioramento della procedura di opposizione .....	12
2.1.4	Introduzione di termini ordinatori per le procedure amministrative .....	13
2.1.5	Introduzione di spese ripetibili per i costi delle procedure amministrative .....	13
2.1.6	Revisione dell'articolo 5 LCart .....	14
2.2	Questioni collegate all'attuazione .....	17
<b>3</b>	<b>Diritto comparato, in particolare rapporto con il diritto europeo</b> .....	<b>17</b>
<b>4</b>	<b>Commento ai singoli articoli</b> .....	<b>19</b>
<b>5</b>	<b>Ripercussioni</b> .....	<b>31</b>
5.1	Ripercussioni per la Confederazione .....	31
5.2	Ripercussioni per i Cantoni e i Comuni, per i centri urbani, gli agglomerati e le regioni di montagna .....	32
5.3	Ripercussioni sull'economia .....	32
5.3.1	Ripercussioni per i vari attori economici .....	32
5.3.2	Ripercussioni per l'insieme dell'economia .....	34
5.4	Ripercussioni per la società .....	35
5.5	Ripercussioni per l'ambiente .....	35
<b>6</b>	<b>Aspetti giuridici</b> .....	<b>35</b>
6.1	Costituzionalità .....	35
6.2	Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera .....	35

## 1 Situazione iniziale

### 1.1 Valutazione della legge sui cartelli e revisione del 2021

La legge federale del 6 ottobre 1995<sup>1</sup> sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (legge sui cartelli, LCart) ha origine in primo luogo nel programma di «rinnovamento economico del mercato» che il Consiglio federale ha avviato dopo il rifiuto della Svizzera di entrare nello Spazio economico europeo (SEE) nel 1992<sup>2</sup>. Il Governo intendeva così migliorare le condizioni quadro della piazza economica svizzera emanando una legge sui cartelli più severa<sup>3</sup>. La revisione della LCart nel 1995 ha significato un drastico riorientamento del diritto svizzero della concorrenza, sotteso a promuovere una concorrenza efficace. Dal punto di vista materiale, la LCart del 1995 si fonda sui tre pilastri seguenti: lotta contro gli accordi illeciti in materia di concorrenza (art. 5 LCart), lotta contro le pratiche illecite di imprese che dominano il mercato (art. 7 LCart) e controllo delle concentrazioni di imprese (art. 9 LCart.)

La revisione parziale della LCart, entrata in vigore il 1° aprile 2004, intendeva perfezionare il cambiamento di paradigma avviato con la revisione del 1995, segnatamente con l'introduzione di sanzioni dirette, la formulazione di un programma di clemenza e la possibilità di eseguire perquisizioni domiciliari.

Nel 2012 il Consiglio federale ha proposto una revisione della LCart<sup>4</sup> sulla base della valutazione della legge prevista dal legislatore nell'articolo 59a LCart<sup>5</sup>. Dalla valutazione è emerso che i nuovi strumenti introdotti nel 2004 avevano dato buoni risultati, ma che una nuova revisione era necessaria sotto diversi punti di vista. Il Consiglio federale ha quindi trasmesso al Parlamento un progetto di legge che proponeva una riforma istituzionale delle autorità garanti della concorrenza e la modifica di diverse disposizioni di diritto materiale. Queste ultime riguardavano in particolare il divieto legale di cinque tipi di accordi particolarmente dannosi seppure con alcune possibilità di giustificazioni, la revisione della procedura civile nella legislazione sui cartelli, la modernizzazione del controllo delle concentrazioni di imprese, il miglioramento della procedura di opposizione per le imprese e la riduzione della sanzione per le imprese che adottano un programma di conformità efficace<sup>6</sup>. Il 21 marzo 2013 il Consiglio degli Stati ha deciso di entrare in materia su questo progetto di revisione, ma il 17 settembre 2014 il Consiglio nazionale ha confermato la sua precedente decisione di non entrare in materia, pertanto la revisione non ha avuto luogo. La mancata realizzazione è in parte riconducibile ai suoi obiettivi ambiziosi. La valutazione non si riferiva soltanto ai punti contemplati dalla revisione del 2004, ma fondamentalmente a tutti gli ambiti della LCart. La riforma istituzionale e la revisione dell'articolo 5 sono stati particolarmente controversi.

### 1.2 Sviluppi dal 2012

#### 1.2.1 Crescente digitalizzazione dei mercati

La rapida digitalizzazione dell'economia ha notevoli ripercussioni sulla concorrenza e può porre nuove sfide nell'ambito della regolamentazione o della relativa applicazione. I mercati digitali presentano spesso le seguenti caratteristiche: effetti di rete importanti sui mercati bilaterali (piattaforme), costi variabili bassi e costi fissi elevati (che producono effetti di scala) e accesso ai dati degli utenti che svolgono un ruolo sempre più importante. A causa

---

<sup>1</sup> RS 251

<sup>2</sup> Messaggio del 24 febbraio 1993 sul programma di governo dopo il no allo SEE (FF 1993 I 609)

<sup>3</sup> Cfr. messaggio del 23 novembre 1994 concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (FF 1995 I 389).

<sup>4</sup> Messaggio del 22 febbraio 2012 concernente la revisione della legge sui cartelli e una legge sull'Autorità della concorrenza (FF 2012 3469)

<sup>5</sup> In questo senso cfr. anche il rapporto del 25 marzo 2009 fondato sull'art. 59a della legge sui cartelli e le proposte per il seguito dei lavori. Consultabile all'indirizzo: [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > In diritto e documentazione > Valutazione della legge sui cartelli (solo in tedesco).

<sup>6</sup> Quest'ultimo punto rispondeva a un'esigenza espressa nella mozione Schweiger (07.3856 «Un sistema di sanzioni più equilibrato ed efficace per la normativa svizzera sui cartelli») trasmessa dal Parlamento il 21 settembre 2010.

degli effetti di rete i mercati tendono spesso a una maggiore concentrazione e corrono il rischio che un'unica piattaforma si imponga come fornitore dominante.

Le conseguenti sfide che la politica della concorrenza è chiamata ad affrontare sono state trattate dal Consiglio federale in un rapporto pubblicato nel 2017<sup>7</sup> secondo cui i principi fondamentali del diritto della concorrenza in Svizzera rimangono validi anche in un mondo sempre più digitale. In particolare le disposizioni della LCart sono formulate in modo piuttosto aperto, quindi presumibilmente in grado di adeguarsi all'evoluzione del mercato. Nel contempo è stata rilevata l'esigenza di discutere il controllo delle concentrazioni di imprese. In proposito occorre verificare in particolare la necessità di adeguare i criteri di intervento affinché le autorità possano controllare le fusioni e le acquisizioni di piattaforme e imprese online ancora «giovani». Inoltre si ritiene opportuno modernizzare i test impiegati nei controlli.

Dopo aver esaminato questi aspetti, il Consiglio federale ritiene indicato introdurre un test più moderno per il controllo delle concentrazioni in considerazione della digitalizzazione. Ciò consentirebbe di vietare anche le concentrazioni che non creano o rafforzano una posizione dominante sul mercato (cfr. n. 1.3). Un test più moderno consentirebbe inoltre di considerare meglio le peculiarità dei mercati digitali. Il Consiglio federale non ritiene tuttavia necessario adeguare le disposizioni legali in riferimento alle piattaforme e alle imprese online (cfr. n. 2.1.1).

Negli ultimi anni la Commissione della concorrenza (COMCO) ha analizzato alcuni casi di piattaforme online tenendo in considerazione le peculiarità dei mercati bilaterali. Nell'ambito delle soluzioni di pagamento online ha segnatamente esaminato se Apple<sup>8</sup> avesse ostacolato l'utilizzo sui suoi dispositivi dell'app svizzera TWINT a favore di Apple Pay. Ha altresì vietato alcune clausole contrattuali anticoncorrenziali di piattaforme di prenotazione online<sup>9</sup>. Infine, le autorità della concorrenza hanno tenuto conto delle peculiarità delle piattaforme nel loro esame approfondito della concentrazione di mercato dei portali d'impiego JobCloud e JobScout24<sup>10</sup>.

Di recente sono stati inoltre presentati in Svizzera nuovi progetti di regolamentazione di alcuni aspetti dei mercati digitali. In adempimento della mozione Bischof (16.3902 «Vietare le clausole di parità tariffaria stabilite dalle piattaforme di prenotazione on line a scapito degli albergatori»), il Consiglio federale propone al Parlamento di modificare la legge federale del 19 dicembre 1986<sup>11</sup> contro la concorrenza sleale (LCSI), introducendovi una nuova disposizione che vieti l'utilizzo di clausole di imposizione dei prezzi nei contratti tra le piattaforme di prenotazione online e gli alberghi<sup>12</sup>. Inoltre, nel quadro dei dibattiti sull'iniziativa popolare federale «Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi (Iniziativa per prezzi equi)» (cfr. anche n. 1.2.3), il Parlamento ha introdotto nella LCSI una nuova disposizione che prevede il divieto di massima dei geoblocchi (*geoblocking*) non ordinati dallo Stato (geoblocchi adottati dalle imprese)<sup>13</sup>.

Infine, le Camere federali hanno adottato la revisione totale della legge federale sulla protezione dei dati (LPD)<sup>14</sup> a fine settembre 2020<sup>15</sup>. Essa prevede, tra l'altro, il diritto alla portabilità dei dati personali, secondo cui chiunque può chiedere a un fornitore di servizi (p. es. un offerente di servizi online) di consegnargli i dati personali che lo riguardano in un formato elettronico usuale per poterli trasmettere a un altro offerente. Si intende così rafforzare la

<sup>7</sup> Rapporto del Consiglio federale dell'11 gennaio 2017 sulle condizioni quadro dell'economia digitale, pag. 159 segg. (solo in francese e tedesco).

<sup>8</sup> Cfr. Diritto e politica della concorrenza (DPC) 2019/1.

<sup>9</sup> Cfr. DPC 2016/1.

<sup>10</sup> Cfr. DPC 2016/1.

<sup>11</sup> RS 241

<sup>12</sup> Cfr. comunicato stampa del Consiglio federale del 17 novembre 2021 «Le clausole di imposizione dei prezzi nei confronti delle aziende alberghiere devono essere vietate». Il disegno di legge e il relativo messaggio non sono ancora stati pubblicati nel Foglio federale.

<sup>13</sup> Cfr. il nuovo art. 3a nLCSI che entrerà in vigore il 1° gennaio 2022.

<sup>14</sup> RS 235.1

<sup>15</sup> FF 2020 6695

concorrenza tra fornitori<sup>16</sup>. L'entrata in vigore della nuova legge è prevista nel secondo semestre del 2022.

## 1.2.2 Accordo di cooperazione con l'UE

L'Accordo tra la Confederazione Svizzera e l'Unione europea concernente la cooperazione in merito all'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza<sup>17</sup> è entrato in vigore il 1° dicembre 2014. Consente una più stretta collaborazione tra la COMCO e le autorità della concorrenza della Commissione europea. Le autorità hanno così la possibilità di comunicarsi e coordinare reciprocamente le misure esecutive e di scambiarsi informazioni. Nel rispetto di condizioni rigorose, è ammesso anche lo scambio di informazioni confidenziali necessarie per condurre inchieste<sup>18</sup>. Con l'entrata in vigore dell'accordo, che prevedeva la possibilità di scambiare informazioni confidenziali, è stato necessario introdurre nella LCart il nuovo articolo 42b.

## 1.2.3 Iniziativa per prezzi equi

La LCart è stata recentemente oggetto di modifiche a seguito dell'iniziativa popolare federale «Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi (Iniziativa per prezzi equi)», depositata il 12 dicembre 2017. L'iniziativa punta a rafforzare la competitività internazionale delle imprese con sede in Svizzera e a contrastare il fenomeno dei prezzi elevati nel nostro Paese. A tal fine propone di abbassare, nella legge sui cartelli, la soglia a cui si ritiene che un'impresa detenga una posizione di potere sul mercato introducendo la nozione di «posizione dominante relativa» e, in particolare, di imporre a determinate imprese un obbligo di fornitura<sup>19</sup>. Si vuole così modificare la soglia d'intervento del controllo in materia di abusi, che costituisce il secondo pilastro della LCart.

Il Consiglio federale ha ritenuto che le misure proposte dall'iniziativa si spingessero troppo lontano, quindi ha elaborato un controprogetto indiretto<sup>20</sup> che prevedeva l'introduzione nella LCart della nozione di «posizione dominante relativa» proposta dall'iniziativa, ma limitandone il campo di applicazione ai casi di isolamento del mercato svizzero.

Anche il Parlamento ha elaborato a sua volta un controprogetto indiretto nel quale sono ampiamente confluite le richieste dell'iniziativa e che è stato approvato dalle Camere federali il 19 marzo 2021<sup>21</sup>. Dopo il ritiro condizionato dell'iniziativa il 25 marzo 2021<sup>22</sup>, il termine di referendum per il controprogetto indiretto è trascorso infruttuosamente. La modifica della LCart entra in vigore il 1° gennaio 2022<sup>23</sup>.

## 1.3 Obiettivi della revisione

### 1.3.1 Il Consiglio federale propone una revisione parziale

Dopo la mancata revisione del 2012, il Consiglio federale continua a credere nella necessità di rivedere alcuni ambiti della LCart per migliorarne l'efficacia e l'attuazione. La revisione del controllo delle concentrazioni di imprese era già stata proposta nel progetto di revisione della

<sup>16</sup> Cfr. comunicato stampa del 16 agosto 2019 della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch) > Servizi > Notizie > Ricerca: «Terminato l'esame del disegno di riforma della protezione dei dati».

<sup>17</sup> RS **0.251.268.1**

<sup>18</sup> Cfr. anche il messaggio del 22 maggio 2013 concernente l'approvazione dell'Accordo tra la Confederazione Svizzera e l'Unione europea concernente la cooperazione in merito all'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza, FF **2013** 3295.

<sup>19</sup> L'iniziativa per prezzi equi intende inoltre introdurre un divieto di massima del geoblocco adottato dalle imprese per garantire un commercio online non discriminatorio.

<sup>20</sup> Messaggio del 29 maggio 2019 concernente l'iniziativa popolare «Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi (Iniziativa per prezzi equi)» e il controprogetto indiretto (modifica della legge sui cartelli), (FF **2019** 4059).

<sup>21</sup> Decreto federale concernente l'iniziativa popolare «Stop all'isola dei prezzi elevati – per prezzi equi (Iniziativa per prezzi equi)» (FF **2021** 663).

<sup>22</sup> FF **2021** 758

<sup>23</sup> Cfr. comunicato stampa del Consiglio federale del 17 settembre 2021 «Iniziativa per prezzi equi: entra in vigore il controprogetto indiretto».

LCart del 2012 e sostenuta dal Consiglio degli Stati e dalla Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio nazionale (CET-N). Dal momento che l'attuale sistema di controllo non tiene sufficientemente conto delle ripercussioni negative e positive delle concentrazioni di imprese e la digitalizzazione dei mercati avanza, il Consiglio federale propone di sostituire il test di rilevamento delle posizioni dominanti qualificate previsto dalla LCart con il test SIEC (*Significant Impediment to Effective Competition*) utilizzato, tra l'altro, nell'UE. L'applicazione del test SIEC consentirebbe di impedire più facilmente rispetto al regime attuale le concentrazioni di imprese che ostacolano la concorrenza e i cui effetti negativi non sono compensati da vantaggi in termini di efficienza. Nel suo rapporto del 22 giugno 2016 «Entraves aux importations parallèles»<sup>24</sup>, il Consiglio federale sosteneva che una modernizzazione del controllo delle concentrazioni di imprese avrebbe potuto contribuire a intensificare in una certa misura la concorrenza. In tal modo esisterebbero maggiori possibilità di far usufruire i clienti finali delle condizioni di acquisto più favorevoli ottenute grazie alle importazioni parallele. Il Consiglio federale ha quindi annunciato nel rapporto la preparazione di un progetto di modernizzazione del controllo delle concentrazioni. Un allineamento al test utilizzato nell'UE potrebbe inoltre agevolare la collaborazione in un'economia sempre più digitale e, quindi, senza frontiere.

Il 12 febbraio 2020 il Consiglio federale ha incaricato il Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca (DEFR) di preparare un progetto di revisione parziale della LCart da porre in consultazione. Oltre alla modernizzazione del controllo delle concentrazioni, il presente progetto include due elementi tecnici scaturiti dalla revisione della LCart del 2012, nello specifico il rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli e il miglioramento della procedura di opposizione. Questi elementi, che non erano praticamente stati discussi in Parlamento tra il 2012 e il 2014, sono volti a rendere più efficace la LCart e a migliorarne l'attuazione.

La procedura di consultazione era stata annunciata per il 2020, ma i lavori hanno dovuto essere temporaneamente sospesi per dare la priorità ad altri compiti legati alla pandemia di COVID-19. La presente riforma include anche l'adempimento della mozione 18.4282 Français, approvata dal Parlamento il 1° giugno 2021 (cfr. n. 1.3.3).

### **1.3.2 Adempimento della mozione 16.4094 Fournier**

Il 5 marzo 2018 il Parlamento ha parzialmente adottato la mozione 16.4094 Fournier «Migliorare la situazione delle PMI nei procedimenti in materia di concorrenza», nella quale l'autore ha formulato quattro richieste: semplificare e sveltire i procedimenti giudiziari stabilendone i termini nella legislazione pertinente; pubblicare le informazioni in merito ai procedimenti in corso e le decisioni prese dalla COMCO solo quando sono entrate in vigore; assicurare sanzioni proporzionate per accordi illeciti, che tengano conto delle dimensioni delle imprese e della loro capacità di sopportarne le conseguenze; indennizzare le parti delle spese ripetibili in tutte le fasi del procedimento. Il Consiglio federale aveva proposto di respingere la mozione, mentre il Consiglio degli Stati l'ha approvata il 27 settembre 2017. Il 5 marzo 2018 il Consiglio nazionale ha votato separatamente le quattro richieste formulate dalla mozione, approvando i punti 1 e 4, ossia l'introduzione di termini nella legislazione e l'indennizzo delle spese ripetibili nei procedimenti amministrativi, e respingendo gli altri due. Compete dunque al Consiglio federale proporre una modifica della LCart che adempia queste due esigenze. La proposta concernente la mozione è integrata nel progetto di revisione parziale della LCart.

### **1.3.3 Adempimento della mozione 18.4282 Français**

La mozione 18.4282 Français «La revisione della legge sui cartelli deve prendere in considerazione criteri sia qualitativi che quantitativi per valutare l'illiceità di un accordo» chiede che sia precisato l'articolo 5 LCart affinché siano considerati sia i criteri qualitativi sia quelli

<sup>24</sup> Rapporto del Consiglio federale del 22 giugno 2016 in adempimento del postulato 14.3014 «Semplificazione delle formalità doganali e promozione delle importazioni parallele grazie al riconoscimento di altri documenti attestanti l'origine di un prodotto», consultabile all'indirizzo [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Servizi e pubblicazioni > Consumo e prezzi > Differenze di prezzo.

quantitativi nell'esame degli elementi costitutivi di un accordo illecito. È stata presentata in seguito alla sentenza del Tribunale federale del 28 giugno 2016 sul caso *Gaba*<sup>25</sup>. Il Consiglio federale ha proposto di respingere la mozione, che è stata invece accolta dal Consiglio degli Stati il 15 dicembre 2020 e dal Consiglio nazionale il 1° giugno 2021. Una proposta di adempimento è integrata nel presente progetto di revisione.

#### **1.4 Interventi parlamentari pendenti**

Tre interventi parlamentari correlati al diritto in materia di cartelli sono attualmente pendenti in Parlamento. A seconda dell'andamento dei dibattiti parlamentari, anche questi interventi potrebbero esigere una revisione della LCart.

Il 27 settembre 2018 è stata depositata in Consiglio nazionale la mozione 18.3898 Pfister «Garantire l'applicazione della legge sui cartelli nel commercio di autoveicoli». L'autore chiede di far confluire in un'ordinanza del Consiglio federale il contenuto della Comunicazione della COMCO riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore del commercio di autoveicoli (nella versione del 2002). Il Consiglio federale ha proposto di respingere la mozione. Il Consiglio nazionale l'ha approvata il 16 settembre 2020, mentre non è ancora stata trattata dal Consiglio degli Stati.

Il postulato 21.3240 Schlatter «Influenza dei giganti della tecnologia sull'economia svizzera. Servono nuove regole?» è stato depositato in Consiglio nazionale il 17 marzo 2021. Chiede la presentazione di un rapporto che indichi, tra l'altro, le ripercussioni della sempre maggiore concentrazione di piattaforme digitali sulla concorrenza e valuti la necessità di adattare le basi legali. Il Consiglio federale propone di respingere il postulato, che non è stato ancora trattato in Parlamento.

Il 30 settembre 2021 è stata depositata al Consiglio degli Stati la mozione 21.4189 Wicki «Mantenere il principio inquisitorio: no all'inversione dell'onere della prova nella legge sui cartelli». Chiede che la LCart sia precisata in relazione con la presunzione di innocenza sancita nella Costituzione, in particolare con il rafforzamento del principio inquisitorio. Il Consiglio federale propone di respingere la mozione, che non è stata ancora trattata dal Parlamento.

## **2 Punti essenziali del progetto**

### **2.1 Contenuto della normativa proposta e soluzioni analizzate**

#### **2.1.1 Modernizzazione del controllo delle concentrazioni di imprese**

##### *Passaggio al test SIEC*

Il controllo delle concentrazioni previsto nella LCart persegue uno scopo preventivo ed è volto a evitare future limitazioni della concorrenza. Al raggiungimento di determinate soglie di intervento (art. 9 LCart o ordinanza del 17 giugno 1995<sup>26</sup> concernente il controllo delle concentrazioni di imprese), la COMCO procede a un esame preliminare (art. 10 cpv. 1 LCart) per accertare se la concentrazione crei o rafforzi una posizione dominante (art. 4 cpv. 2 LCart). In tal caso, la COMCO può accertare con un esame ai sensi dell'articolo 33 LCart se la concentrazione dà adito a problemi di concorrenza. In concreto, si tratta di rispondere ai due interrogativi seguenti: la concentrazione crea o rafforza una posizione dominante sul mercato che potrebbe sopprimere la concorrenza efficace e quali sono le sue conseguenze sulle condizioni di concorrenza su altri mercati?

Secondo l'attuale approccio integrato nella legge, le concentrazioni problematiche che creano una posizione dominante sul mercato possono essere tollerate purché non sopprimano una concorrenza efficace. L'effetto preventivo perseguito con il controllo delle concentrazioni non è dunque pienamente ottenuto. L'attuale sistema di controllo delle concentrazioni non tiene sufficientemente conto degli effetti negativi e positivi delle concentrazioni. Nei mercati

<sup>25</sup> DTF 143 II 297.

<sup>26</sup> RS 251.4

concentrati sarebbe opportuno riservare un'attenzione particolare agli effetti dannosi delle concentrazioni, come l'aumento dei prezzi, il deterioramento della qualità o l'estromissione dei concorrenti. Il Consiglio federale propone quindi che il test di rilevamento delle posizioni dominanti qualificate, attualmente utilizzato dalla COMCO, sia sostituito dal test SIEC, che non si concentra più unicamente sui casi di posizione dominante sul mercato, bensì riguarda tutte le concentrazioni che intralciano la concorrenza in misura notevole.

L'esame degli abusi di posizione dominante secondo l'articolo 7 LCart è certamente uno strumento che consente di mitigare o correggere *a posteriori* determinati effetti nocivi sulla concorrenza. Questo esame non può tuttavia sostituire un controllo strutturale come quello in materia di concentrazioni. È essenziale considerare più rigorosamente di oggi gli effetti nocivi, ossia unilaterali<sup>27</sup> e coordinati<sup>28</sup> di una concentrazione, pur attribuendo un ruolo adeguato ai vantaggi in termini di efficienza. Nell'ambito del test SIEC sono tenuti in considerazione anche gli effetti unilaterali al di sotto della soglia di posizione dominante. Viene unanimemente riconosciuto a livello internazionale che il controllo delle concentrazioni deve fornire strumenti adeguati per impedire ogni concentrazione che costituisca un intralcio significativo alla concorrenza<sup>29</sup>. In particolare nell'ambito dell'economia digitale e delle piattaforme online, l'attenzione a livello internazionale si concentra sulla necessità di intervenire *anticipatamente* su questi mercati.

La riforma del controllo delle concentrazioni era già stata proposta nell'ambito della revisione della LCart del 2012. In seguito alla decisione del 2016 del Consiglio federale di riproporre questa riforma, sono stati commissionati due studi per approfondire le conseguenze di un passaggio al test SIEC. Il primo studio<sup>30</sup> fornisce una visione d'insieme delle regole relative al controllo delle concentrazioni in vigore in Svizzera e nell'UE e dimostra che il passaggio al test SIEC è giustificato in un'ottica economica. Giunge inoltre alla conclusione che l'introduzione in Svizzera di un controllo delle concentrazioni equivalente a quello utilizzato nell'UE potrebbe contribuire a ridurre le tendenze alle concentrazioni sui mercati. Il secondo studio<sup>31</sup> analizza ipoteticamente, sulla base di un confronto con la prassi nell'UE, fino a che punto i casi in Svizzera avrebbero potuto essere valutati diversamente. In alcuni casi, il ricorso al test SIEC avrebbe potuto condurre a decisioni più rigorose o, addirittura, a vietare fusioni in considerazione del danno potenziale di determinate concentrazioni<sup>32</sup>. Dallo studio risulta che i test come il SIEC sono più idonei e più efficaci nel contesto di un'economia digitale, poiché si basano meno su dati strutturali (come le quote di mercato) rispetto ai test di rilevamento delle posizioni dominanti qualificate.

Un'alternativa all'introduzione del test SIEC consisterebbe nell'adeguare il test attuale concentrandolo sulla creazione o sul rafforzamento di una posizione dominante, mentre si

<sup>27</sup> Per «effetti unilaterali» si intende il fatto che le imprese coinvolte nella concentrazione possono essere incentivate a modificare le condizioni di mercato, se la pressione della concorrenza diminuisce in seguito a una concentrazione o, addirittura, si instaura una posizione dominante. Per esempio, potrebbero aumentare i prezzi, con un conseguente adeguamento delle pratiche adottate dalle altre imprese attive su questo mercato, che potrebbero aumentare i prezzi a loro volta. La plausibilità di questi timori è confermata da studi empirici: gli effetti unilaterali producono in media aumenti dei prezzi dal 5 al 7 per cento (cfr. Swiss Economics, 2017, *Einführung des SIEC-Tests: Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle* (di seguito «studio Swiss Economics»), pag. 12 segg.; consultabile all'indirizzo: [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Servizi e pubblicazioni > Concorrenza e servizio pubblico > Legge sui cartelli).

<sup>28</sup> Si descrive come «effetti coordinati» una situazione in cui una concentrazione comporta una diminuzione del numero di imprese sul mercato e induce le imprese rimanenti a coordinare le loro pratiche a scapito dei loro clienti.

<sup>29</sup> Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), 2020, *Merger Control in the Time of COVID-19*; OCSE, 2020, *Merger Control in Dynamic Markets*; International Competition Network (ICN), 2017, *Recommended Practices for Merger Analysis*; OCSE, 2016, Executive Summary of the Roundtable on Jurisdictional Nexus in Merger Control Regimes; OCSE, 2013, *Report on Country Experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review*.

<sup>30</sup> Studio Swiss Economics, 2017 (cfr. nota 27).

<sup>31</sup> Polynomics e Prager Dreifuss, 2020, *Juristisch-ökonomisches Gutachten zum Einfluss des SIEC-Tests auf die Fusionspraxis der Wettbewerbsbehörden* (di seguito: studio Polynomics e Prager Dreifuss); consultabile all'indirizzo: [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Servizi e pubblicazioni > Concorrenza e servizio pubblico > Legge sui cartelli.

<sup>32</sup> Cfr. studio Polynomics e Prager Dreifuss, 2020, pag. 11 segg. (acquisizione di Steffen-Ris Holding AG da parte di Fenaco) e pag. 14 segg. (acquisizione di Denner da parte di Migros).

potrebbe rinunciare all'analisi della potenziale soppressione di una concorrenza efficace. Tuttavia, questa tipologia di test, cosiddetto test di dominanza semplice, non terrebbe conto degli sviluppi degli standard internazionali né porterebbe a un'armonizzazione con la prassi dell'UE. Era applicato dall'UE in passato e utilizzato dalla Germania fino al 2013. Gli unici Stati membri dell'UE che lo utilizzano tuttora sono l'Austria e l'Italia.

#### *Evitare sovrapposizioni di compiti in caso di concentrazioni internazionali*

L'attuale controllo delle concentrazioni annunciate a livello internazionale mobilita troppe risorse. Spesso le concentrazioni transfrontaliere di imprese di una certa dimensione che operano a livello internazionale sono oggi annunciate e sottoposte a esame parallelamente in diversi Stati. Ciò causa un sovraccarico di lavoro in particolare per le imprese, spesso senza che la procedura condotta in Svizzera generi valore aggiunto<sup>33</sup>. Il Consiglio federale propone quindi una semplificazione dell'obbligo di annuncio delle concentrazioni transfrontaliere di imprese per i mercati che comprendono la Svizzera e, almeno, lo SEE. Ciò potrebbe evitare che le concentrazioni siano esaminate parallelamente dalle autorità della concorrenza dell'UE e della Svizzera e consentirebbe di risparmiare risorse (finanziarie e di personale) sia per le imprese che per le autorità della concorrenza.

#### *Armonizzazione delle proroghe dei termini*

È previsto di armonizzare le proroghe dei termini con quelle dell'UE per semplificare le procedure internazionali se un esame del progetto di concentrazione è necessario anche in Svizzera a causa della delimitazione geografica del mercato.

#### *Applicazione dello standard dinamico di benessere dei consumatori*

Lo standard di benessere applicato nell'ambito dell'analisi dei guadagni di efficienza determina come sono considerati questi vantaggi. Si ripercuote dunque sul livello della soglia di intervento per il controllo delle concentrazioni. In generale si distingue tra due standard di benessere: lo standard di benessere dei consumatori<sup>34</sup> e lo standard di benessere globale<sup>35</sup>.

In Svizzera la LCart è fondamentalmente orientata al benessere globale, quindi sarebbe logico considerare questo standard nell'ambito del controllo delle concentrazioni poiché tiene conto degli effetti economici globali. Tuttavia, l'applicazione pratica dello standard di benessere globale in relazione con il controllo delle concentrazioni è difficile perché, oltre agli effetti sul surplus del consumatore, devono essere determinate anche le conseguenze per il surplus dei produttori, ossia delle parti interessate dalla concentrazione e dei loro concorrenti. Un'analisi così dettagliata è difficile da svolgere, soprattutto se si considerano i termini posti al controllo delle concentrazioni. Appare dunque opportuno orientarsi allo standard del benessere del consumatore applicato nell'UE anche nell'ottica di un'armonizzazione. A differenza dell'UE e per salvaguardare i vantaggi economici dello standard del benessere globale, il Consiglio federale propone tuttavia di applicare uno standard dinamico di benessere dei consumatori. Si tratta di una forma ibrida di standard di benessere dei consumatori e dei produttori che considera la massimizzazione a lungo termine del benessere dei consumatori.

Su questo punto l'armonizzazione con le pertinenti disposizioni dell'UE non è dunque piena, ma consente di prendere in considerazione importanti effetti economici a lungo termine. Tale scostamento rispetto al diritto europeo è giustificato anche dal fatto che la legislazione svizzera in materia di cartelli mira prima di tutto a salvaguardare la concorrenza e non specificamente alla protezione di determinate categorie di attori.

<sup>33</sup> Cfr. 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, pag. 38 segg.

<sup>34</sup> Questo standard considera come criterio di valutazione l'evoluzione dei prezzi attesa dai fornitori sul mercato in questione. Nel diritto europeo in materia di cartelli la nozione di «consumatore» non comprende solo gli utenti finali, ma anche le imprese situate sui livelli di mercato a valle.

<sup>35</sup> Una concentrazione può essere consentita sulla base dello standard di benessere globale se il benessere aumenta complessivamente per il consumatore e il produttore.

*Nessun cambiamento della soglia di intervento né considerazione del valore della transazione come nuova soglia.*

Nel suo rapporto dell'11 gennaio 2017 «Condizioni quadro dell'economia digitale», il Consiglio federale ha incaricato il DEFR di accertare l'opportunità di adeguare i criteri di intervento nelle concentrazioni di imprese per consentire alle autorità garanti della concorrenza di esaminare le fusioni o le acquisizioni di piattaforme online ancora «giovani» nell'ottica della politica della concorrenza. Di fronte alla crescente digitalizzazione dell'economia ci si chiede anche se i tradizionali criteri di intervento sotto forma di soglie di fatturato siano ancora sufficienti<sup>36</sup>. In linea di principio è possibile che imprese (destinate a diventare) importanti realizzino (attualmente) solo fatturati relativamente modesti sui mercati digitali, di conseguenza una concentrazione potenzialmente rilevante non è soggetta all'obbligo di annuncio. Questa «falla» nel controllo potrebbe essere colmata mediante il criterio sussidiario dei valori dell'operazione, che riflettono il potenziale di mercato di un'impresa al momento della sua acquisizione. Secondo uno studio<sup>37</sup> commissionato dalla SECO, per una piccola economia come la Svizzera l'esigenza di intervenire in tale ambito non è impellente. Non esiste alcuna evidenza empirica che in Svizzera questa «falla» esista. Per il momento non sembra dunque necessario introdurre valori soglia riferiti all'operazione. Equivarrebbe infatti a una «regolamentazione anticipata» e porterebbe soltanto a inutili annunci di progetti di concentrazione e a un conseguente aggravio per le imprese e le autorità della concorrenza. Il Consiglio federale non intravede alcuna necessità impellente di intervenire, pertanto il presente progetto non include una proposta di modifica in materia.

Nell'UE sono state fatte considerazioni simili. La Commissione europea ha trattato il tema della soglia basata sul valore dell'operazione nell'ambito delle sue consultazioni in merito alla valutazione degli aspetti di procedura e di competenza del controllo delle fusioni nell'UE<sup>38</sup>. I partecipanti alla consultazione riconoscono che alcune operazioni a valore elevato potrebbero sfuggire al controllo delle concentrazioni nell'UE a causa del modesto fatturato dell'impresa target (soprattutto nei settori del digitale, dei medicinali e della biotecnologia). La maggioranza dei partecipanti ha tuttavia respinto l'introduzione di ulteriori soglie di intervento<sup>39</sup>. Così come il Consiglio federale, si è temuto soprattutto che potesse derivarne un inutile onere amministrativo con effetti negativi sull'innovazione e sugli investimenti, tanto più che il prezzo d'acquisto è soggettivo e non fornisce alcuna indicazione sulla possibile rilevanza dell'operazione per la situazione della concorrenza. Nella sua valutazione, la Commissione europea sottolinea che i valori soglia basati sul fatturato si sono dimostrati efficaci per rilevare importanti concentrazioni sul mercato interno dell'UE. Non giunge alla conclusione che si viene a creare una falla per l'assenza di valori soglia basati sull'operazione<sup>40</sup>.

La possibilità di considerare il valore dell'operazione è stata discussa anche in diversi Stati membri dell'UE. In Francia l'autorità garante della concorrenza ha annunciato, il 7 giugno 2018, diverse misure per sgravare e agevolare i progetti delle imprese nell'ambito del controllo delle concentrazioni<sup>41</sup>. Dai risultati di una consultazione pubblica ha concluso che l'introduzione di

<sup>36</sup> Commissione europea, 2019, *Competition Policy for the digital age*, pag. 105 segg.

<sup>37</sup> Cfr. studio Swiss Economics, 2017, pag. 57 segg.

<sup>38</sup> Cfr. comunicato stampa del 7 ottobre 2016, «Concentrations: la Commission souhaite recueillir des avis sur certains aspects du contrôle des concentrations dans l'UE».

<sup>39</sup> Sintesi dei pareri consultabili all'indirizzo: [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) > Temi A-Z > Concorrenza > Consultazioni > Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control > Summary of replies.

<sup>40</sup> Consultabile all'indirizzo: [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) > Temi A-Z > Concorrenza > Consultazioni > Merger policy package of 26 March 2021: Evaluation and follow-up actions. Tuttavia, per considerare gli sviluppi del mercato negli ultimi anni (p. es. aumento del numero delle concentrazioni con la partecipazione di imprese con un fatturato modesto al momento dell'acquisizione), la Commissione europea desidera incoraggiare il rinvio dei casi dagli Stati membri alla Commissione, in particolare laddove non siano raggiunti i valori soglia nazionali per il controllo delle concentrazioni di imprese. Ha quindi avviato una consultazione pubblica per elaborare alcuni aspetti procedurali del controllo delle concentrazioni nell'UE che si è conclusa il 18 giugno 2021. La valutazione dei risultati della consultazione è in corso. Cfr. comunicato stampa della Commissione europea del 26 marzo 2021 «Concentrazioni, aspetti procedurali e giurisdizionali del controllo UE: la Commissione annuncia i risultati della valutazione e le misure di follow-up».

<sup>41</sup> Cfr. comunicato stampa del 7 giugno 2018 dell'autorità francese della concorrenza, «Modernisation et simplification du contrôle des concentrations».

un controllo sulla base del valore dell'operazione non è giustificabile per l'economia francese. Viceversa, il 9 luglio 2018 le autorità austriache e tedesche della concorrenza hanno pubblicato la versione finale della loro guida comune alla nuova soglia del valore dell'operazione in risposta alle basi introdotte nel loro rispettivo diritto nazionale<sup>42</sup>. Questa soglia del valore dell'operazione è sottesa ad analizzare le concentrazioni nelle quali l'impresa target non ha (ancora) raggiunto valori rilevanti del fatturato, ma ha un elevato potenziale di mercato in termini di politica della concorrenza, il che si riflette solitamente nel valore della controprestazione<sup>43</sup>.

### **2.1.2 Rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli**

Il rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli, utilizzato molto raramente nella prassi attuale, può rivelarsi utile per garantire una protezione efficace della concorrenza. Oltre a offrire la possibilità di risarcire a tutte le parti interessate i danni derivanti da limitazioni della concorrenza, il diritto civile in materia di cartelli è importante anche per un'applicazione efficace del diritto della concorrenza in senso generale. Il suo rafforzamento consentirebbe alla COMCO di concentrarsi ancora meglio sui casi di particolare interesse pubblico.

Tuttavia, i processi civili per violazioni del diritto sui cartelli sono molto rari nella prassi in Svizzera. Coloro che sono interessati da limitazioni illecite alla concorrenza preferiscono spesso la procedura amministrativa, sostanzialmente gratuita, anche se questa strada preclude loro la possibilità di avanzare pretese di risarcimento del danno, riparazione morale e consegna dell'utile. La presente revisione si prefigge dunque di incentivare il ricorso alla procedura di diritto civile mediante modifiche conformi al sistema. Al riguardo il Consiglio federale riprende gli elementi della mancata revisione del 2012. Infine, l'impianto legislativo svizzero in materia di cartelli è configurato in modo piuttosto rudimentale nel raffronto internazionale<sup>44</sup>. Tra l'altro vale la pena di menzionare che sono del tutto positive le esperienze sinora compiute nell'UE, dove il diritto civile sui cartelli è stato continuamente rafforzato negli ultimi anni con l'adozione della direttiva UE sul risarcimento del danno antitrust<sup>45</sup>.

Nell'ambito del diritto civile sui cartelli sono stati proposte le seguenti modifiche:

- la legittimazione attiva che consente di intervenire nelle questioni legate al diritto dei cartelli deve essere estesa a tutti coloro che sono minacciati o lesi nei loro interessi economici da una limitazione illecita della concorrenza, quindi anche ai consumatori e agli enti pubblici (p. es. i committenti pubblici). Secondo l'articolo 12 capoverso 1 LCart, solo le imprese a cui è impedito l'accesso o l'esercizio della concorrenza da una limitazione illecita della stessa sono legittimate a intentare un'azione civile;
- in analogia con il progetto di revisione del 2012, il Consiglio federale propone la sospensione del termine di prescrizione applicabile alle azioni civili intentate per limitazione illecita della concorrenza dall'avvio dell'inchiesta della COMCO fino all'entrata in vigore della decisione. Ciò significa che le parti lese hanno più tempo per far valere pretese civili;
- alle tre azioni previste dal diritto in vigore in relazione a limitazioni illecite della concorrenza (art. 12 cpv. 1 LCart) si aggiunge il diritto di far constatare l'illiceità della

<sup>42</sup> Cfr. comunicato stampa del 9 luglio 2018 del Bundeskartellamt «Gemeinsamer Leitfaden zur neuen Transaktionswert-Schwelle in der Fusionskontrolle – finale Version in Österreich und Deutschland veröffentlicht».

<sup>43</sup> Le pertinenti disposizioni si trovano nel § 19 capoverso 1a numero 3 della legge tedesca contro le limitazioni della concorrenza (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) e nel § 9 capoverso 4 numero 3 della legge austriaca sui cartelli (Kartellgesetz, KartG).

<sup>44</sup> Per esempio, nell'UE sono stati adottati numerosi strumenti per agevolare le procedure in materia nell'ottica di un'armonizzazione minima degli ordinamenti nazionali di diritto civile e nella sostanza posti in vigore nei singoli Stati membri entro la fine del 2016, cfr. Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, GU. L349 del 5 dic. 2014, pag. 1 (di seguito: direttiva UE sul risarcimento del danno antitrust).

<sup>45</sup> Cfr. riferimento alla nota 44.

limitazione della concorrenza (già previsto nella LCart del 1985) in analogia con l'articolo 9 capoverso 1 lettera c LCSi e l'articolo 28a capoverso 1 numero 3 CC<sup>46</sup>;

- per evitare di duplicare gli oneri e incoraggiare maggiormente la riparazione volontaria del pregiudizio causato da una limitazione illecita della concorrenza, anche le prestazioni di risarcimento danni versate dopo la decisione della COMCO dovranno essere prese in considerazione in vista di ridurre l'eventuale sanzione amministrativa;
- infine, vengono riproposte due ulteriori modifiche formali nel diritto civile in materia di cartelli (abrogazione dell'art. 12 cpv. 3 LCart e modifica dell'art. 13 lett. a LCart) già incluse nella mancata revisione della legge sui cartelli del 2012.

Per il diritto civile in materia di cartelli occorre considerare anche l'articolo 15 LCart: conformemente al capoverso 1, se sorge una contestazione in merito alla liceità di una limitazione della concorrenza secondo l'articolo 5 o 7 LCart nel corso di una procedura civile, la causa è trasmessa per parere alla COMCO. Per rafforzare il diritto civile in materia di cartelli, ci si interroga anche sull'opportunità di modificare la disposizione, poiché comporterebbe un incremento del numero di pareri richiesti alla COMCO, che potrebbe ulteriormente aumentare con l'entrata in vigore, il 1° gennaio 2022, della normativa concernente la posizione dominante relativa che il Parlamento ha introdotto nell'ambito del suo controprogetto indiretto all'iniziativa per prezzi equi<sup>47</sup>. Questi sviluppi rischiano di oberare di lavoro la COMCO, che in linea di principio non può rifiutare le richieste dei tribunali civili. Non è ancora chiaro in quale misura le procedure civili concernenti il diritto sui cartelli aumenteranno e porteranno i tribunali civili a rivolgersi alla COMCO. In considerazione di questi elementi di incertezza, il Consiglio federale rinuncia per il momento a modificare l'articolo 15 LCart, ma si riserva di riprendere in mano la questione in funzione degli sviluppi della prassi.

### **2.1.3 Miglioramento della procedura di opposizione**

La procedura di opposizione (art. 49a cpv. 3 lett. a LCart) prevede che un'impresa possa annunciare alle autorità della concorrenza pratiche che intende adottare e potrebbero essere qualificate come limitazioni illecite e direttamente sanzionabili della concorrenza prima che esplichino i loro effetti. Se le autorità della concorrenza non intervengono entro il termine di opposizione, decade il rischio di sanzione per l'impresa in merito alla pratica annunciata. Nella prassi, la procedura di opposizione è stata attivamente utilizzata con una media di oltre 20 casi l'anno dal 2004, quando è stata introdotta, fino al 2011, ma negli ultimi dieci anni è stata quasi abbandonata con al massimo due casi l'anno. La presente revisione intende renderla più funzionale e incentivarne l'uso. Ciò è importante soprattutto per l'economia digitale, dove nuove forme di cooperazione che coinvolgono dati rilevanti ai fini della concorrenza possono dare adito a incertezze giuridiche.

Se la necessità della procedura di opposizione è poco contestata, nella sua declinazione attuale risultano problematici in particolare due punti.

In primo luogo, il termine di cinque mesi stabilito dalla legge è ritenuto troppo lungo. Soprattutto nei mercati dinamici le imprese non sono incentivate a prendere seriamente in considerazione la possibilità dell'annuncio. Il Consiglio federale propone quindi di ridurre da cinque a due mesi il termine legale della procedura di opposizione. Le autorità della concorrenza devono dunque decidere entro due mesi se è necessario avviare un'inchiesta preliminare o aprire direttamente un'inchiesta formale. Se ciò non avviene, il rischio di sanzione per la pratica annunciata cade definitivamente. Le imprese sarebbero più propense a ricorrere alla procedura di opposizione in considerazione dei tempi più brevi della decisione.

In secondo luogo, il rischio di sanzione diretta per le imprese non si ripresenta a partire dall'avvio di un'inchiesta preliminare secondo l'articolo 26 LCart, ma solo dall'apertura di un'inchiesta formale secondo l'articolo 27 LCart. Da un lato, le imprese possono continuare ad attuare la prassi annunciata durante l'inchiesta preliminare senza rischio di sanzioni, dall'altro

---

<sup>46</sup> RS 210

<sup>47</sup> Cfr. FF 2021 757

la segreteria della COMCO potrà analizzare le ripercussioni concrete che la limitazione della concorrenza attuata esplica sul mercato e decidere su questa base se sia necessario aprire un'inchiesta. Durante l'inchiesta preliminare, la segreteria della COMCO è vincolata unicamente al termine ordinatorio di cui all'articolo 44a capoverso 1 AP-LCart.

Questo miglioramento della procedura di opposizione era già oggetto della mancata revisione del 2012 e allora non aveva dato adito a sostanziali controversie.

#### **2.1.4 Introduzione di termini ordinatori per le procedure amministrative**

Nel quadro dell'adempimento della mozione 16.4094 Fournier, il Consiglio federale propone di inserire nella LCart termini ordinatori per lo svolgimento di procedure amministrative presso le autorità in materia di concorrenza e i tribunali. Le procedure amministrative possono durare diversi anni e generare oneri elevati per le imprese e i tribunali, pertanto è opportuno introdurre termini ordinatori che consentano di accelerarle. In proposito occorre tuttavia osservare che la necessità di svolgere indagini e adottare decisioni entro termini stabiliti può ridurre la qualità. Inoltre, tali disposizioni sollevano interrogativi in merito all'indipendenza della giustizia e alla parità di trattamento. Non si riscontrano motivi oggettivi per considerare prioritarie le procedure fondate sul diritto in materia di cartelli rispetto alle altre procedure (di diritto amministrativo). La mozione 16.4094 Fournier non contiene indicazioni precise sulla durata massima della procedura nell'ambito del diritto dei cartelli. Dall'apertura dell'inchiesta da parte della COMCO fino alla decisione in ultima istanza una procedura può durare in media otto anni<sup>48</sup>.

Il Consiglio federale propone di limitare la durata massima a cinque anni, calcolata dall'apertura di un'inchiesta formale (senza considerare l'inchiesta preliminare) fino al passaggio in giudicato della decisione in tutte le istanze. Per questo motivo il progetto prevede l'introduzione di termini ordinatori sulla base del principio «comply or explain», ossia conformarsi o spiegare l'inosservanza. Del termine complessivo di 60 mesi, 30 sono per la COMCO, 18 per il Tribunale amministrativo federale e 12 per il Tribunale federale. Alla COMCO viene accordato un termine più lungo poiché l'accertamento dei fatti (p. es. delimitazione del mercato, analisi del mercato e della concorrenza) implica un lavoro maggiore. Nell'ambito di un rinvio all'istanza precedente, il termine ordinatorio è ogni volta di 12 mesi, poiché gli accertamenti necessari sono già stati effettuati in gran parte nella prima valutazione. Le autorità sono quindi tenute a osservare i termini ordinatori in tutte le fasi della procedura, nell'intento di consentire un trattamento più rapido dei casi. Il progetto di revisione intende inoltre aumentare la certezza del diritto e mitigare le conseguenze finanziarie e sulla reputazione che possono derivare da procedure protrattesi per anni.

#### **2.1.5 Introduzione di spese ripetibili per i costi delle procedure amministrative**

La seconda richiesta accolta della mozione 16.4094 Fournier riguarda l'introduzione di un indennizzo alle parti per i costi delle procedure amministrative, che nel diritto in materia di cartelli sono spesso complesse, lunghe e onerose per le imprese. Il Parlamento intende quindi prevedere nella LCart che sia accordata un'indennità alle parti in funzione dell'esito della procedura. Occorre altresì osservare che stabilire come prioritarie le procedure fondate sul diritto in materia di cartelli va a scapito della durata di altre procedure (di diritto amministrativo). Anche altre procedure amministrative (p. es. concernenti l'assetto del territorio o i mercati finanziari) possono essere lunghe, complesse e onerose. Non si riscontrano motivi oggettivi per una disparità di trattamento a favore delle procedure del diritto dei cartelli.

La LCart non disciplina in modo specifico un indennizzo nell'ambito del diritto amministrativo. Secondo l'articolo 39 LCart, la legge federale del 20 dicembre 1968<sup>49</sup> sulla procedura amministrativa (PA) è applicabile alle procedure amministrative del diritto dei cartelli. Le spese ripetibili non derivano da un principio procedurale generale né sono consuete nelle procedure amministrative di prima istanza, pertanto necessitano di un'esplicita base legale<sup>50</sup>. Il diritto

---

<sup>48</sup> Calcoli propri.

<sup>49</sup> RS 172.021

<sup>50</sup> Cfr. DTF 132 II 47, pag. 62, consid. 5.2.

vigente disciplina l'assegnazione di un'indennità nella procedura di ricorso (presso il Tribunale amministrativo federale: art. 64 PA in combinato disposto con l'art. 37 LTAF<sup>51</sup>; presso il Tribunale federale: art. 68 LTF<sup>52</sup>). Questa richiesta della mozione implica dunque una modifica della LCart con la quale sia disciplinata la modalità per accordare spese ripetibili alle imprese già in prima istanza. In concreto, la nuova disposizione accorda spese ripetibili alle imprese interessate se la procedura d'inchiesta di cui all'articolo 27 LCart è stata sospesa completamente o in parte senza conseguenze dalle autorità della concorrenza. Il nuovo disciplinamento intende rimediare al fatto che le inchieste fondate sul diritto in materia di cartelli richiedono un'analisi dettagliata a causa dei vincoli procedurali, quindi possono durare diversi anni. In futuro le imprese avranno la possibilità di essere indennizzate delle spese procedurali in funzione dell'esito della procedura amministrativa in questione.

### 2.1.6 Revisione dell'articolo 5 LCart

La mozione 18.4282 Français trasmessa al Parlamento incarica il Consiglio federale di sottoporre al Parlamento una precisazione dell'articolo 5 LCart. La modifica richiesta fa seguito alla sentenza del Tribunale federale nella causa *Gaba*<sup>53</sup>.

#### *Sentenza del Tribunale federale nella causa Gaba*

Il Tribunale federale ha ritenuto che gli accordi particolarmente dannosi in materia di concorrenza enunciati nell'articolo 5 capoversi 3 e 4 LCart (accordi orizzontali sul prezzo, la quantità e il territorio, accordi verticali sui prezzi e protezione territoriale assoluta) raggiungono *di norma* la soglia di notabilità<sup>54</sup> ossia adempiono *in linea di principio* il criterio della notabilità<sup>55</sup> secondo l'articolo 5 capoverso 1 LCart. Il criterio della notabilità costituisce quindi una clausola bagatellare<sup>56</sup>. Il legislatore ha voluto alleviare il lavoro della COMCO, pertanto non ha previsto un esame completo e articolato della notabilità nel singolo caso. Una valutazione economica caso per caso deve essere attuata soltanto nell'ambito dell'esame dell'efficienza economica (l'art. 6 LCart specifica quindi unicamente gli aspetti dell'efficienza economica e non quelli concernenti la notabilità<sup>57</sup>), che deve stabilire se un accordo che limita la concorrenza abbia o meno conseguenze positive<sup>58</sup>. Si sottolinea infine che la decisione del Tribunale federale nella causa *Gaba* non comporta modifiche relative all'onere della prova. La COMCO deve continuare a provare l'esistenza di un accordo in materia di concorrenza conformemente all'articolo 4 capoverso 1 LCart.

Il sostanziale carattere di notabilità di questi cinque tipi di accordi non implica automaticamente la loro illiceità. Una volta constatata la notabilità, occorre poi accertare l'efficienza economica dell'accordo in questione. Un accordo che intralcia notevolmente la concorrenza sul mercato ai sensi dell'articolo 5 LCart è illecito solo se non è giustificato da motivi di efficienza economica ai sensi dell'articolo 5 capoverso 2 LCart.

---

<sup>51</sup> RS 173.32

<sup>52</sup> RS 173.110

<sup>53</sup> DTF 143 II 297, consid. 5.1.4.

<sup>54</sup> DTF 143 II 297, consid. 5.2.5, *Gaba*.

<sup>55</sup> DFT 143 II 297, consid. 5.6, *Gaba*, cfr. in proposito anche la procedura parallela del Tribunale federale *Gebro Pharma GmbH contro la Commissione della concorrenza*, sentenza 2C\_172/2014 consid. 2.3 del 4 aprile 2017.

<sup>56</sup> DTF 143 II 297, consid. 5.1, *Gaba*.

<sup>57</sup> DTF 143 II 297, consid. 5.1.4, *Gaba*.

<sup>58</sup> DTF 143 II 297, consid. 5.3.2, *Gaba*.

### *Trattamento dei consorzi secondo la LCart*

I dibattiti parlamentari sulla mozione 18.4282 Français si sono occupati essenzialmente del trattamento dei consorzi (le cosiddette comunità di lavoro o ARGE) nel diritto in materia di cartelli, soprattutto nel settore delle costruzioni. Si è temuto che la giurisprudenza del Tribunale federale non li ammettesse più nella prassi o almeno che la loro legittima costituzione fosse gravata da una notevole incertezza del diritto.

Nel caso di un consorzio la questione centrale nell'ottica del diritto dei cartelli è se costituisce un «accordo in materia di concorrenza» ai sensi della LCart (cfr. art. 4 cpv. 1 LCart). Un consorzio si basa indubbiamente su un contratto (quindi su un'intesa o un accordo nel linguaggio corrente), ma non è propriamente assimilabile agli accordi in materia di concorrenza ai sensi della LCart, che sussistono soltanto «nella misura in cui si prefiggono o provocano una limitazione della concorrenza» (art. 4 cpv. 1 LCart). Generalmente i consorzi non rispondono a questa definizione. Al contrario, di norma la cooperazione promuove la concorrenza, poiché solo in virtù di essa le imprese (in particolare le PMI) sono in grado di sottoporre un'offerta per un determinato progetto e realizzarlo. Di conseguenza, per i consorzi non si pone la questione dell'intralcio notevole alla concorrenza ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LCart. Infine, compete esclusivamente alle autorità garanti della concorrenza dimostrare l'esistenza di un accordo che limiti la concorrenza. Alle sole autorità incombe l'onere della prova. Nonostante i timori suscitati, la sentenza del Tribunale federale nella causa *Gaba* non ha modificato queste regole in alcun modo.

I consorzi possono essere illeciti secondo il diritto in materia di cartelli se limitano la concorrenza, per esempio riducendo il numero di offerte concorrenti (come nel caso in cui le imprese edili partecipanti a una procedura mediante invito si riuniscono in un consorzio per non farsi concorrenza tra loro, mentre ognuna di loro potrebbe realizzare la commessa da sola senza problemi). Spesso questi tipi di accordi non sono consorzi veri e propri, ma nell'ottica della LCart effettivi accordi sugli appalti che le autorità della concorrenza devono comunque dimostrare. Il chiarimento dell'articolo 5 LCart conseguente alla sentenza *Gaba* riguarda solo la questione della «notabilità». Negli accordi sugli appalti proprio questo aspetto non aveva alcun ruolo nella pratica anche prima della sentenza *Gaba*, in quanto tali accordi costituivano un ostacolo notevole alla concorrenza già secondo la prassi precedente, poiché i partecipanti occupavano sempre una quota elevata del mercato rilevante (altrimenti i cartelli mascherati da consorzi avrebbero poco senso per le imprese partecipanti). Di conseguenza, la sentenza *Gaba* non comporta un inasprimento della valutazione dei consorzi né nell'ottica giuridica teorica né nella prassi da allora seguita dalle autorità della concorrenza.

### *Proposta di adempimento della mozione 18.4282 Français*

La mozione parla di «precisare» l'articolo 5 LCart al fine di aumentare la certezza del diritto per le imprese. Nei dibattiti parlamentari è emerso chiaramente che i timori di un'insufficiente certezza del diritto riguardavano soprattutto la formazione di consorzi<sup>59</sup>. Anche se la prassi relativa all'articolo 5 non è in relazione alla tematica dei consorzi (cfr. riquadro in alto), dando seguito al desiderio esplicito del Parlamento, il Consiglio federale propone una revisione dell'articolo 5 capoverso 1 LCart che preveda la considerazione di criteri quantitativi anche negli accordi verticali o orizzontali *hard core* in materia di concorrenza. È tuttavia opportuno astenersi dal fissare soglie statiche soprattutto a causa della diversità e della complessità della realtà economica e dell'ampio margine interpretativo inerente allo strumento della delimitazione

<sup>59</sup> Cfr. per esempio i voti dei consiglieri agli Stati Feller e Noser nel dibattito del 15 dicembre 2020, BU 2020 pag. 1374 segg.

del mercato. Di conseguenza viene proposta una soluzione flessibile che quantifichi il limite dell'elemento della notabilità caso per caso.

Con questa norma sarebbero verificati gli aspetti economici di ogni accordo orizzontale e verticale *hard core* in materia di concorrenza per il quale la presunzione di soppressione di una concorrenza efficace può essere confutata per quanto riguarda sia la notabilità sia, come sinora, la giustificazione per motivi di efficienza economica. La richiesta formulata dalla mozione è così soddisfatta.

Questa revisione comporta tuttavia notevoli svantaggi per le imprese e le autorità (autorità della concorrenza e tribunali): oltre a una maggiore incertezza del diritto e a un aggravio supplementare per le autorità garanti della concorrenza e i tribunali, vanifica gli sforzi del Parlamento per abbreviare le procedure amministrative inerenti ai cartelli conformemente alla mozione 16.4094 Fournier e quelli del Consiglio federale nel diritto civile in materia di cartelli.

Infine, la revisione contraddirebbe anche il controprogetto indiretto elaborato dal Parlamento all'iniziativa per prezzi equi, che ha abbassato notevolmente la soglia di intervento prevista dal diritto dei cartelli. Introdurre un'analisi quantitativa delle conseguenze economiche caso per caso anche per i due accordi verticali *hard core* in materia di concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 4 LCart equivarrebbe di fatto a favorire la compartimentazione del mercato svizzero da parte di imprese nazionali ed estere. Queste potrebbero impedire le importazioni in Svizzera con un'apposita configurazione contrattuale, cosa che le nuove disposizioni concernenti la posizione dominante relativa vogliono proprio evitare in caso di comportamento unilaterale di alcune imprese situate al di sotto della soglia di posizione dominante sul mercato. Una valutazione più permissiva degli accordi orizzontali e verticali *hard core* comporterebbe inoltre una diminuzione della pressione concorrenziale in Svizzera, quindi il rischio di un aumento dei prezzi.

#### *Altre varianti esaminate*

Altre varianti di attuazione sono state esaminate e poi respinte. Il contenuto e i motivi sono sintetizzati di seguito.

Prima di tutto è stata esaminata la possibilità di chiarire a livello di legge la sostanziale innocuità dei consorzi in combinazione con l'introduzione di un divieto per le autorità della concorrenza di intervenire in casi di modesta entità, in conformità alla decisione del Consiglio degli Stati nel quadro della mancata revisione della LCart del 2012<sup>60</sup>. Questa variante terrebbe conto delle preoccupazioni in merito alla costituzione di consorzi e all'intervento da parte delle autorità della concorrenza in casi di esigua importanza, come chiede la mozione 18.4282 Français, senza tuttavia modificare l'articolo 5 LCart come espressamente auspicato dalla mozione.

In secondo luogo, alla richiesta della mozione 18.4282 Français potrebbe essere dato seguito anche mediante una revisione della Comunicazione PMI<sup>61</sup>. Tuttavia, nell'ambito delle comunicazioni, la COMCO può disporre solo in merito alla propria prassi e a quella giudiziaria conformemente alle disposizioni in vigore della LCart. Dopo che il Tribunale federale ha valutato gli accordi *hard core* come notevole intralcio alla concorrenza nella sua sentenza nella causa *Gaba*, la COMCO non può ignorare questa interpretazione della legge da parte della suprema autorità giudiziaria. La questione dei consorzi potrebbe essere affrontata con una modifica che codifichi la prassi attuale (in particolare relativamente all'art. 4 cpv. 1 LCart). Tuttavia la COMCO è un'autorità indipendente e non può essere incaricata dal Consiglio federale di modificare una comunicazione o pubblicarne una nuova.

In terzo luogo, il Consiglio federale esclude la possibilità di emanare un'ordinanza (concernente le PMI) conformemente all'articolo 6 capoverso 1 (lett. e) LCart. In proposito si rinvia a quanto enunciato nel precedente paragrafo.

<sup>60</sup> Secondo l'articolo 27 capoverso 1<sup>bis</sup> dell'allora progetto di legge, le autorità competenti in materia non si occupano delle limitazioni che hanno un influsso trascurabile sulla concorrenza.

<sup>61</sup> Comunicazione relativa agli accordi con effetto limitato sul mercato (Comunicazione PMI) – Decisione della Commissione della concorrenza del 19 dicembre 2005, consultabile all'indirizzo: [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > In diritto e documentazione > Comunicazioni > Comunicazione PMI del 19 dicembre 2005.

## 2.2 Questioni collegate all'attuazione

Le disposizioni di diritto materiale rivedute non sollevano per il momento problemi di attuazione. Si tratta di disposizioni legali simili a quelle in vigore in numerosi Stati europei, senza che abbiano dato adito a problemi di esecuzione a causa del loro contenuto. L'unico aspetto da segnalare è un certo sovraccarico di lavoro causato dall'introduzione del test SIEC per le concentrazioni di imprese che si rivelano problematiche e richiedono un esame approfondito (in media due su circa 30 concentrazioni annunciate ogni anno<sup>62</sup>).

Neppure l'adempimento delle due richieste approvate della mozione 16.4094 Fournier dovrebbe porre problemi, in quanto comporta unicamente tempi ristretti per le autorità della concorrenza e i tribunali (introduzione di termini ordinatori) e un certo aggravio per le finanze federali (introduzione delle spese ripetibili per le procedure amministrative di prima istanza).

L'adempimento della mozione 18.4282 Français aumenterà il lavoro a carico delle autorità della concorrenza e dei tribunali, quindi allungherà i tempi delle procedure. Inoltre, l'adozione di criteri quantitativi da stabilire caso per caso per giudicare la notabilità dell'intralcio alla concorrenza comporta logicamente una maggiore incertezza del diritto. Per il resto, questo elemento della revisione non pone alcun problema di attuazione.

## 3 Diritto comparato, in particolare rapporto con il diritto europeo

### *Osservazioni di fondo*

Gli elementi ripresi nel presente progetto di revisione consentono un ravvicinamento al diritto in materia di cartelli dell'Unione europea, fatta eccezione per l'attuazione della mozione 18.4282 Français, con la quale si instaurerebbero nuove differenze con la normativa comunitaria.

### *Controllo delle concentrazioni*

Nel controllo delle concentrazioni, test come il SIEC sono diventati uno standard internazionale. Dalla revisione del regolamento comunitario sulle concentrazioni<sup>63</sup> avvenuta nel 2004, la Commissione europea utilizza esplicitamente il test SIEC. In risposta a questi cambiamenti, sono sempre più numerosi gli Stati membri dell'UE che hanno riadattato i propri test per armonizzare la legislazione nazionale con quella comunitaria. Ad eccezione dell'Italia e dell'Austria, la maggioranza degli Stati membri dell'UE è passata dal test di rilevamento delle posizioni dominanti sul mercato al test SIEC. In alcuni Paesi la transizione è stata più rapida e fluida che in altri. In Germania, per esempio, dove il test di dominanza era lo standard di audit, alcune modifiche sono state adottate nel 2005 prima che venisse introdotto il test SIEC (2013)<sup>64</sup>. A differenza della maggior parte degli altri Stati membri dell'UE, Francia, Irlanda, Spagna, Ungheria e Malta utilizzano un test con il quale accertano una significativa diminuzione della concorrenza (*Significant Lessening of Competition*, cosiddetto test SLC<sup>65</sup>). Questi Paesi non hanno dovuto modificare il proprio sistema per adeguare lo standard di audit a quello dell'UE. Infatti, il test SIEC e il test SLC sono simili in quanto non si concentrano sulla struttura del mercato, bensì sulle conseguenze di una concentrazione sulla situazione della concorrenza<sup>66</sup>. Anche il Regno Unito e gli Stati Uniti utilizzano il test SLC. Il trattamento delle concentrazioni di imprese su mercati che, oltre alla Svizzera, comprendono almeno lo SEE,

<sup>62</sup> Calcoli basati sui dati dei rapporti annuali della COMCO dal 2011 al 2019, consultabili all'indirizzo: [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Prassi > Rapporti annuali.

<sup>63</sup> Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»), GU L 24.

<sup>64</sup> Monopolkommission, 2012, Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht.

<sup>65</sup> Il test SIEC è una sorta di test ibrido tra il test SLC e il test di rilevamento delle posizioni dominanti sul mercato, poiché tiene conto degli effetti sulla concorrenza così come dell'intralcio a una concorrenza efficace (cfr. in proposito anche Polynomics e Prager Dreifuss, 2020, pag. 8).

<sup>66</sup> Botteron V., 2020, Le contrôle des concentrations d'entreprises. Analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain, tesi presentata alla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Neuchâtel, pag. 340 segg.

potrà essere notevolmente semplificato poiché tali concentrazioni sono già state valutate dalle autorità europee. In questo caso viene ripreso il giudizio espresso in sede comunitaria.

Dopo l'introduzione, nel 2004, del test SIEC nell'UE non si sono osservate modifiche significative nella prassi<sup>67</sup>. Il tasso d'intervento è rimasto stabile<sup>68</sup> e non sono emerse conseguenze negative sulla certezza del diritto.

In considerazione dello standard di benessere utilizzato nell'analisi, le autorità statunitensi<sup>69</sup> e dell'UE<sup>70</sup> preposte al controllo delle concentrazioni si orientano a uno standard di benessere dei consumatori, mentre per esempio Canada, Australia e Nuova Zelanda si basano sullo standard del benessere globale.

#### *Diritto civile in materia di cartelli*

Il rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli è un'esigenza diffusa a livello internazionale. L'UE attribuisce un ruolo importante a questa branca del diritto, che ha continuamente rafforzato negli ultimi vent'anni. Oltre alle importanti decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE),<sup>71</sup> la direttiva UE sul risarcimento del danno antitrust adottata nel 2014 costituisce una pietra miliare. Essa contiene un ricco ventaglio di misure per un'ampia armonizzazione minima degli ordinamenti nazionali di diritto civile nell'ambito della legislazione in materia di cartelli. Gli Stati membri avevano tempo sino alla fine del 2016 per recepire la normativa nel loro diritto nazionale. Le esperienze compiute da allora nell'UE con il rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli sono positive e il timore spesso paventato di un moltiplicarsi delle procedure giudiziarie non si è materializzato. Infine, anche negli Stati Uniti, dove la cultura delle azioni civili è ben radicata, il diritto civile in materia di cartelli è considerato già da tempo rilevante per un'attuazione efficace del diritto dei cartelli.

La presente revisione intende rafforzare il diritto civile dei cartelli anche in Svizzera, pur considerando che i punti previsti della revisione vanno molto meno lontano del diritto comunitario (da quando è stata attuata la direttiva UE sul risarcimento del danno antitrust menzionata nel paragrafo precedente). In un solo punto della revisione la Svizzera si spinge oltre la direttiva UE, più precisamente con la possibilità di ridurre le sanzioni amministrative in caso di risarcimenti dei danni alle parti lese.

#### *Adempimento della mozione 18.4282 Français*

Con l'adempimento della mozione 18.4282 Français si viene a creare una differenza rispetto al diritto comunitario, secondo cui gli accordi orizzontali e verticali *hard core* in materia di concorrenza costituiscono sempre un notevole intralcio alla concorrenza (nel diritto comunitario si parla di accordi che limitano «sensibilmente» la concorrenza). L'UE prevede inoltre una cerchia molto più ampia di accordi *hard core* e verticali (nel diritto comunitario si parla di «restrizioni fondamentali»), in analogia con il regime che vige sostanzialmente anche nel diritto nazionale in materia di cartelli dei suoi Paesi membri<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> OCSE, 2009, Roundtable on the 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, pag. 8; Röller L.H. e de la Mano M., 2006, «The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control», European Competition Journal, pag. 9-28; Kuhn, T., 2020, «The 15<sup>th</sup> Anniversary of the SIEC Test Under the EU Merger Regulation – Where Do We Stand? Part 1», Journal for Competition Law 2020, 1, pag. 1–51 e «The 15<sup>th</sup> Anniversary of the SIEC Test Under the EU Merger Regulation – Where Do We Stand? Part 2», Journal for Competition Law 2020, 153, pag. 153-214).

<sup>68</sup> Botteron V., 2020, Le contrôle des concentrations d'entreprises. Analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain, tesi presentata alla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Neuchâtel, pag. 345; studio Swiss Economics, 2017, pag. 35.

<sup>69</sup> Ginsburg D. H., 2014, «Bork's «Legislative Intent» and the Courts», *Antitrust Law Journal*, Vol. 79, n. 3, pag. 949.

<sup>70</sup> Botteron V., 2020, Le contrôle des concentrations d'entreprises. Analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain, tesi presentata alla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Neuchâtel, pag. 28 segg.

<sup>71</sup> Cfr. in particolare CGUE, sentenza del 20 settembre 2001, Courage e Crehan, C 453/99, ECLI:EU:C:2001:465; CGUE, sentenza del 13 luglio 2006, Manfredi, C 295/04, ECLI:EU:C:2006:461.

<sup>72</sup> Cfr. in proposito tra l'altro l'armonizzazione totale (di fatto) delle disposizioni del diritto sui cartelli concernenti gli accordi in materia di concorrenza secondo l'art. 3 par. 1 e 2 del regolamento n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre

## 4 Commento ai singoli articoli

### Limitazioni illecite della concorrenza (capitolo 2, sezione 1)

Articolo 5 Accordi illeciti

*Capoverso 1<sup>bis</sup> (nuovo)*

La regolamentazione proposta, che adempie la mozione 18.4282 Français, consente di chiarire a livello legale che la notabilità di un accordo in materia di concorrenza deve essere sempre esaminata sulla base di criteri qualitativi e quantitativi. La ponderazione di questi due criteri è effettuata caso per caso nel quadro di una valutazione complessiva. Un ostacolo grave dal punto di vista qualitativo può essere notevole nonostante le conseguenze quantitativamente modeste. Viceversa, un ostacolo con conseguenze gravi a livello quantitativo può essere notevole pur non essendo considerevole nell'ottica qualitativa. In conformità al testo della mozione, qui viene volutamente scelta una formulazione aperta, in particolare perché la diversità e la complessità della realtà economica non consentono di adottare un sistema rigido di valori limite fissi, come le soglie di quote di mercato.

### Concentrazioni di imprese (capitolo 2, sezione 2)

Articolo 9 Annuncio di progetti di concentrazione

*Capoverso 1<sup>bis</sup> (nuovo)*

Una parte delle concentrazioni annunciate alle autorità della concorrenza riguarda imprese internazionali. La loro portata transfrontaliera fa sì che debbano essere valutate parallelamente dalle autorità della concorrenza di diversi Stati, con conseguenti sovrapposizioni di compiti e inefficienze nell'utilizzo delle risorse. La modifica proposta nell'articolo 9 capoverso 1<sup>bis</sup> AP-LCart è volta ad ridurre questa moltiplicazione degli oneri.

Nell'UE<sup>73</sup> e nello SEE<sup>74</sup> le concentrazioni di dimensione comunitaria sono valutate da un'unica autorità, la Commissione europea. In questi casi nessun esame è svolto dalle autorità degli Stati membri dell'UE o dello SEE. In considerazione delle strette relazioni economiche tra la Svizzera e l'UE/lo SEE e dell'applicazione dello stesso strumento di analisi, il test SIEC, appare improbabile che in Svizzera e nell'UE/nello SEE si giunga a formulare valutazioni discordanti. Di conseguenza, quando è chiamata a valutare un progetto di concentrazione, la Svizzera può decidere autonomamente di mettersi nella posizione di uno Stato membro dell'UE o dello SEE e di rinunciare a un proprio esame in materia di diritto dei cartelli. Infine, il disciplinamento proposto comporta agevolazioni anche per le imprese. Compete alle imprese valutare se sono soddisfatte le condizioni per rinunciare all'annuncio in quanto i mercati reali interessati dal progetto comprendono la Svizzera e l'UE/lo SEE.

*Capoverso 1<sup>ter</sup> (nuovo)*

L'obbligo di annunciare le concentrazioni di imprese i cui prodotti e servizi secondo il diritto in materia di cartelli appartengono a mercati che comprendono almeno la Svizzera e l'UE o lo SEE dovrà essere notevolmente semplificato. Infatti, nella misura in cui le autorità dell'UE vietano le concentrazioni su questi mercati o le vincolano a oneri e condizioni, la decisione esplica i suoi effetti in tutta l'UE o nello SEE, indipendentemente dal singolo Paese. In questi casi una valutazione da parte delle autorità svizzere non è necessaria<sup>75</sup>. È sufficiente che la COMCO sia informata del processo di concentrazione in corso e della decisione dell'UE. L'articolo 9 capoverso 1<sup>ter</sup> AP-LCart prevede l'obbligo di annunciare il progetto di concentrazione alla COMCO entro dieci giorni dalla notifica alla Commissione europea. Le

---

2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, GU L 1 del 4.1.2003, pag. 1.

<sup>73</sup> Cfr. al riguardo il regolamento comunitario sulle concentrazioni.

<sup>74</sup> Cfr. art. 57 par. 2 lett. a dell'accordo SEE.

<sup>75</sup> Il rischio ipotetico che un'impresa si impegni nello SEE ad adottare un comportamento a cui tuttavia non si attiene in Svizzera appare tollerabile, tanto più che le autorità svizzere della concorrenza hanno sempre la possibilità di basarsi sugli art. 5 e 7 LCart come strumenti per intervenire a posteriori contro limitazioni della concorrenza.

autorità garanti della concorrenza possono così verificare in modo semplice e rapido la plausibilità delle condizioni di esonero dall'obbligo di annuncio in Svizzera. Se le autorità ritengono che l'annuncio in Svizzera sia comunque obbligatorio, sulla base del principio della fiducia ci si può attendere una reazione rapida da parte loro nei confronti delle imprese partecipanti. Nel caso in cui, al momento dell'annuncio, le imprese abbiano erroneamente presupposto che le condizioni di cui all'articolo 9 capoverso 1<sup>bis</sup> LCart erano soddisfatte, ma nel corso della valutazione da parte della Commissione europea si rivela il contrario (p. es. perché alcuni mercati sono nazionali), le imprese devono annunciare a posteriori la concentrazione anche in Svizzera.

#### *Capoverso 5*

L'articolo 9 capoverso 5 LCart prevede che l'Assemblea federale possa, con decreto federale di obbligatorietà generale non sottostante a referendum, adeguare alle mutate circostanze i valori soglia di cui ai capoversi 1–3 e vincolare a particolari condizioni l'obbligo di annuncio delle concentrazioni di imprese in alcuni settori economici. Secondo il legislatore, questa disposizione era giustificata perché consentiva un intervento rapido, ma dalla sua entrata in vigore non è mai stata utilizzata dall'Assemblea federale. Il suo vantaggio essenziale consiste nel fatto che i valori soglia possono essere adeguati senza modificare la legge, quindi non è necessario seguire l'iter legislativo ordinario. In considerazione della sua scarsa rilevanza pratica, il Consiglio federale ritiene che questa disposizione possa essere abrogata, tanto più che l'Assemblea federale può modificare in qualunque momento le norme del diritto dei cartelli, inclusi i valori soglia di cui all'articolo 9 LCart.

### Articolo 10 Valutazione delle concentrazioni

#### *Capoversi 1 e 2*

A livello internazionale esiste un ampio consenso sulla necessità di disporre di strumenti idonei, nel quadro del controllo delle concentrazioni, per impedire operazioni nocive all'economia nazionale, come ad esempio gli accorpamenti di imprese nei mercati concentrati in cui singole imprese detengono quote elevate di mercato. È vero che il controllo degli abusi di cui all'articolo 7 LCart consente, in determinati casi, di correggere a posteriori o di attenuare gli effetti anticoncorrenziali delle concentrazioni di imprese, tuttavia è opinione condivisa che non può sostituire un controllo strutturale come quello in materia di concentrazioni.

L'attuale controllo delle concentrazioni non considera sufficientemente questi effetti inibitori della concorrenza, per contro la modifica proposta dell'articolo 10 capoversi 1 e 2 AP-LCart (utilizzo del test SIEC applicato dalle autorità dell'UE) consente un esame completo degli effetti negativi, ma anche di quelli positivi. La formulazione dell'articolo 10 LCart e, in particolare, l'uso del termine «ostacolare» si basa sulla formulazione utilizzata dall'UE e non sull'articolo 7 LCart. Lo stesso dicasi per l'aggettivo «significativo», attinto dal regolamento comunitario sulle concentrazioni. La scelta lessicale è dunque identica nella versione francese e in quella italiana del suddetto regolamento e del presente avamprogetto: «significativo» in italiano e «significatif» in francese. Questa terminologia sarà recepita nella LCart. Nella versione tedesca della normativa comunitaria viene invece utilizzato «erheblich», quindi notevole. Tale differenza lessicale mira a effettuare una distinzione rispetto al termine «Erheblichkeit» (notabilità) ai sensi dell'articolo 5 capoverso 1 LCart (nel diritto comunitario viene utilizzato «spürbar» nel contesto dell'esame degli accordi in materia di concorrenza conformemente all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Analogamente all'attuale controllo delle concentrazioni di imprese, il test SIEC offre la possibilità di vietare le concentrazioni o di vincolarle a oneri e condizioni. Il divieto o l'autorizzazione condizionata sarà possibile in singoli casi con il testo SIEC anche laddove il progetto di concentrazione ostacoli in modo significativo la concorrenza, senza che debba essere creata o rafforzata una posizione dominante sul mercato.

In analogia con la collaudata normativa comunitaria, il passaggio al test SIEC consente di considerare i vantaggi in termini di efficienza di una concentrazione di imprese (art. 10 cpv. 2

lett. b AP-LCart), eliminando così una grave lacuna dell'attuale regime. Nella misura in cui, per i consumatori, i vantaggi in termini di efficienza compensano gli effetti negativi della concentrazione, le autorità in materia di concorrenza devono approvare la concentrazione. Le imprese sono tenute a dimostrare le ragioni di efficienza. La considerazione dei vantaggi va di pari passo con la scelta di un grado di benessere o dello standard di benessere da adottare. Per l'articolo 10 AP-LCart, il Consiglio federale propone di utilizzare uno standard di benessere dei consumatori dinamico (anche le autorità europee e diverse altre autorità garanti della concorrenza prescindono, ai fini del controllo delle concentrazioni, dallo standard globale di benessere). Esso pone in primo piano la massimizzazione del benessere dei consumatori nel tempo. Devono quindi essere soppesati non solo gli effetti statici, ma anche importanti effetti dinamici sul piano economico: per esempio, potranno essere considerate le sinergie create da una concentrazione nel settore Ricerca e Sviluppo che non esplicano effetti immediati, ma che a medio termine influiranno sicuramente sui prezzi dei prodotti o dei servizi. Affinché i vantaggi in termini di efficienza possano essere contemplati nella valutazione di un progetto di concentrazione sotto il profilo del diritto dei cartelli, l'efficienza deve essere *verificabile e specifica alla concentrazione*. Inoltre, i vantaggi devono andare a beneficio dei consumatori.

L'introduzione del test SIEC consente di impedire, meglio che con l'attuale regime, le concentrazioni di imprese che ostacolano la concorrenza e i cui effetti negativi non sono compensati da vantaggi in termini di efficienza. Il raffronto internazionale mostra inoltre che il passaggio al test SIEC comporta pochi cambiamenti per quanto riguarda il numero di interventi (cfr. n. 3), la certezza del diritto e la complessità e che le esperienze sono generalmente positive<sup>76</sup>. Il test SIEC consente di rilevare più facilmente le concentrazioni complesse e di esaminare in modo esaustivo gli effetti negativi e positivi. A fini di completezza, occorre tuttavia precisare che le inchieste qui menzionate si riferiscono al test «classico» (secondo cui una concentrazione può essere vietata se crea o rafforza una posizione dominante sul mercato) e non al test di dominanza «qualificata» utilizzato in Svizzera (secondo cui, per essere vietata, una concentrazione deve non solo creare o rafforzare una posizione dominante sul mercato, ma anche sopprimere una concorrenza efficace).

Neppure per la Svizzera si prevedono importanti cambiamenti riguardo alla certezza del diritto, alla complessità e all'onere. Le fasi di valutazione delle autorità in materia di concorrenza rimangono sostanzialmente le stesse, salvo per quanto attiene alla considerazione dei vantaggi in termini di efficienza. Inoltre, la COMCO potrà riferirsi all'ampia prassi giuridica esistente nell'UE (in particolare agli orientamenti della Commissione europea<sup>77</sup>). In relazione all'annuncio della concentrazione, l'onere a carico delle imprese non dovrebbe variare rispetto a quello attuale, dato che dovranno inoltrare le stesse informazioni che servono all'attuale controllo delle concentrazioni, indipendentemente dai motivi di efficienza adottati.

Per le concentrazioni che si rivelano problematiche e che vanno esaminate approfonditamente (in media due sulle 30 annunciate ogni anno<sup>78</sup>), l'onere a carico delle imprese e delle autorità in materia di concorrenza risulterà più elevato a causa del diverso grado di valutazione. Le concentrazioni non considerate problematiche non dovrebbero per contro presentare un onere maggiore. Quanto al cambiamento del numero di interventi, occorre tenere conto del fatto che, se il test SIEC comporta un abbassamento della soglia che giustifica un intervento, quest'ultima è poi rialzata grazie al criterio dell'efficienza. Mentre a livello internazionale il passaggio al test SIEC non ha sostanzialmente alterato il numero di interventi, in Svizzera si potrà registrare un lieve aumento; è infatti opinione diffusa che il vigente controllo svizzero delle concentrazioni non tenga sufficientemente conto degli effetti anticoncorrenziali.

<sup>76</sup> OCSE, 2009, Roundtable on the 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, pag. 8.

<sup>77</sup> Commissione europea, Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GU C 031 del 5 febbraio 2004, pag. 5.

<sup>78</sup> Calcoli basati sui dati dei rapporti annuali della COMCO dal 2011 al 2019, consultabili all'indirizzo: [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Prassi > Rapporti annuali.

Dal momento che i valori soglia determinanti per l'obbligo di notifica non vengono abbassati, non è da prevedere una modifica del numero delle concentrazioni da notificare.

### **Disposizioni di procedura civile (cap. 3)**

#### *Articolo 12* Azioni per limitazioni illecite della concorrenza

L'attuale tenore dell'articolo 12 capoverso 1 LCart consente solo a chi è impedito nell'accesso o nell'esercizio della concorrenza di intentare un'azione in materia di diritto dei cartelli presso un tribunale civile. Ciò è inaccettabile, poiché il danno risultante da una limitazione illecita della concorrenza viene sistematicamente riversato, sotto forma di maggiorazioni di prezzo, sui livelli di mercato a valle e, quindi, sui clienti finali che, secondo il vigente articolo 12 capoverso 1 LCart, non sono legittimati a promuovere azioni. È dunque opportuno estendere la legittimazione attiva a chiunque sia interessato da una limitazione illecita della concorrenza, quindi in particolare ai consumatori e agli enti pubblici (p. es. i committenti pubblici). Le organizzazioni dei consumatori possono avviare un'azione secondo le disposizioni generali di procedura civile se i crediti sono ceduti dai consumatori. Possono inoltre annunciare la partecipazione a un'inchiesta avviata dalla COMCO conformemente all'articolo 43 capoverso 1 lettera c LCart. Nella regolamentazione proposta non è più richiesta la condizione dell'ostacolo alla concorrenza, bensì quella che gli interessati siano minacciati o lesi nei loro interessi economici, quindi occorre modificare il titolo marginale dell'articolo 12 AP-LCart e la formulazione dell'articolo 12 capoverso 1 lettera a AP-LCart e stralciare il capoverso 2 divenuto superfluo. Il criterio dell'«interesse economico» è volto a limitare la cerchia degli aventi diritto a chi è direttamente colpito o minacciato dalla limitazione della concorrenza in questione. Lo stesso criterio fattuale si ritrova nell'articolo 9 capoverso 1 LCSl, secondo cui chi è lesa o minacciata da concorrenza sleale nella clientela, nel credito, nella reputazione professionale, negli affari o in genere negli interessi economici può far valere determinate pretese civili. Il Tribunale federale intende questo requisito nell'ambito della LCSl nel senso di una partecipazione propria alla concorrenza economica, per cui è richiesto un interesse diretto a preservare o migliorare la propria posizione concorrenziale grazie al successo dell'azione intentata<sup>79</sup>. Non sono invece richiesti un rapporto di concorrenza<sup>80</sup> né un'attività imprenditoriale, pertanto anche i consumatori possono far valere le proprie pretese. D'altro canto, interessi astratti, per esempio, non sono sufficienti ai fini di una legittimazione attiva. Lo stesso dicasi per coloro che sono indirettamente interessati, per esempio gli azionisti<sup>81</sup>.

Alle tre azioni civili previste dal diritto in vigore in relazione a una limitazione illecita della concorrenza si aggiunge il diritto di far constatare l'illiceità della limitazione della concorrenza in analogia con l'articolo 9 capoverso 1 lettera c LCSl e l'articolo 28a capoverso 1 numero 3 CC nonché in correlazione con la LCart del 1985. Il diritto di chiedere la constatazione dell'illiceità è inserito nell'articolo 12 capoverso 1 lettera b AP-LCart.

L'attuale capoverso 3 viene stralciato senza essere sostituito. Questa disposizione, che risale ancora alla LCart del 1985, risulta 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 (nuovo)* Prescrizione

Le pretese riguardanti la cessazione, la soppressione e la constatazione dell'illiceità della limitazione della concorrenza di cui all'articolo 12 capoverso 1 lettere a e b dell'avamprogetto non cadono in prescrizione. Secondo l'opinione prevalente, alle pretese derivanti da una

<sup>79</sup> DTF 126 III 239 consid. 1 a.

<sup>80</sup> DTF 121 III 168 consid. 3 b.

<sup>81</sup> DTF 90 IV 39 in riferimento al diritto di sporgere querela ai sensi dell'art. 23 LCSl.

limitazione illecita della concorrenza ai sensi dell'articolo 12 capoverso 1 lettere c e d AP-LCart si applica invece il termine di prescrizione relativo ai sensi dell'articolo 60 del Codice delle obbligazioni (CO)<sup>82</sup>. Con la revisione del diritto della prescrizione<sup>83</sup>, entrato in vigore il 1° gennaio 2020, il termine di prescrizione relativo per le azioni civili derivanti da atti illeciti conformemente all'articolo 60 CO è stato esteso da uno a tre anni. Tuttavia, spesso neppure tre anni sono sufficienti a garantire che possano essere effettivamente intentate azioni «follow on» (azioni civili in seguito a una decisione delle autorità in materia di concorrenza). Infatti, le procedure amministrative durano spesso più di tre anni. L'introduzione di termini ordinatori dovrebbe accelerare le procedure, ma è da escludere che l'insieme delle vie legali rimanga al di sotto dei tre anni. È dunque opportuno introdurre una sospensione della prescrizione delle richieste di risarcimento danni nell'ambito del diritto civile durante la procedura d'inchiesta interna all'amministrazione. In concreto la prescrizione rimane sospesa oppure non decorre nel lasso di tempo che intercorre fra l'apertura dell'inchiesta interna all'amministrazione ai sensi dell'articolo 27 LCart da parte delle autorità garanti della concorrenza (o della Commissione europea nel caso di un'inchiesta aperta sulla base dell'Accordo sul trasporto aereo) e l'entrata in vigore della decisione. Questa disposizione si applica al termine di prescrizione relativo così come a quello assoluto. Conformemente all'articolo 134 capoverso 2 CO, la prescrizione comincia infine il suo corso oppure lo prosegue. La formulazione scelta copre i crediti sia delle persone lese direttamente sia di quelle lese indirettamente. Comprende anche i crediti che una parte lesa vanta nei confronti di un altro partecipante all'infrazione al diritto sui cartelli, quindi non nei confronti della persona personalmente al centro dell'inchiesta. Analogamente, sono inclusi eventuali crediti che la parte lesa vanta nei confronti di una società del gruppo diversa da quella direttamente al centro dell'inchiesta, qualora si debba presumere che quest'altra società appartenga anche all'«impresa» ai sensi dell'articolo 2 capoverso 1<sup>bis</sup> LCart che ha commesso l'infrazione al diritto dei cartelli. La nuova possibilità ora offerta di poter aspettare la procedura dell'autorità in materia di concorrenza preserva, da un lato, le imprese coinvolte in un procedimento amministrativo in materia di cartelli da azioni civili precipitose, 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. Infine, la disposizione proposta permette di evitare che chi infrange il diritto dei cartelli sia tentato di portare la decisione della COMCO davanti ai tribunali unicamente per sottrarsi a richieste di risarcimento dei danni nell'ambito del diritto civile.

### **Articolo 13**    Esercizio dell'azione di soppressione e di cessazione

In conformità con la mancata revisione della legge sui cartelli del 2012, si propone di modificare l'articolo 13 LCart. Il Tribunale federale<sup>84</sup> parte dal principio che le pratiche rilevanti sotto il profilo del diritto dei cartelli sono nulle *ex tunc* al più tardi a partire dall'applicazione delle sanzioni dirette. Di conseguenza, nell'articolo 13 lettera a AP-LCart non si parla più di ordinare la nullità dei contratti (*ex nunc*) bensì di constatarne la nullità (*ex tunc*). Le modifiche linguistiche nella lettera b risultano dalla nuova forma della legittimazione all'azione di cui all'articolo 12 dell'avamprogetto. Non comportano cambiamenti a livello materiale.

## **Inchieste su limitazioni della concorrenza (capitolo 4, sezione 2)**

### **Articolo 27**    Apertura di un'inchiesta

#### **Capoverso 1**

La modifica proposta nel capoverso 1 secondo periodo precisa che il DEFR può incaricare la segreteria della COMCO di aprire un'inchiesta solo se esistono indizi di una limitazione illecita della concorrenza. L'attuale tenore dell'articolo 27 capoverso 1 secondo periodo LCart implica

<sup>82</sup> RS 220

<sup>83</sup> Maggiori informazioni concernenti il progetto di revisione sono consultabili all'indirizzo: [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch) > Attività parlamentare > Curia Vista > Ricerca > 13.100.

<sup>84</sup> DTF 134 III 438 consid. 2.1 f.

che questa condizione deve essere soddisfatta solo in caso di apertura di un'inchiesta da parte della segreteria della COMCO d'intesa con un membro della presidenza della COMCO e non per l'apertura di un'inchiesta su invito del DEFR.

### **Esame delle concentrazioni di imprese (capitolo 4, sezione 3)**

*Articolo 32*    Avvio della procedura di esame

*Capoverso 3 (nuovo)*

Le diverse regole procedurali della Svizzera e dell'UE pongono alcuni problemi di coordinamento sia alle imprese sia alle autorità in materia di concorrenza provocando costi amministrativi. Da un lato, i termini dell'UE sono più lunghi, dall'altro vi è nell'UE la possibilità di prorogarli (p. es. in caso di esame degli oneri e delle condizioni oppure su richiesta delle imprese). 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 alla loro proroga, per evitare decisioni contraddittorie. Affinché la COMCO non possa prorogare da sé il termine, le imprese che si notificano devono dare il loro consenso. I motivi «importanti» richiesti dalla legge per l'estensione del termine (in particolare l'esame di condizioni e oneri o la concertazione con la procedura dell'UE relativa alle concentrazioni) dovranno essere fissati successivamente a questa revisione parziale nell'ordinanza concernente il controllo delle concentrazioni di imprese (OCC)<sup>85</sup>. L'estensione del termine compete alla COMCO o alla sua camera per le concentrazioni di imprese. In considerazione dei giorni festivi stabiliti dalla Commissione europea, può essere accordata un'estensione del termine di un mese al massimo.

*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 della COMCO) provenga dalle imprese. Ciò corrisponde anche all'attuale prassi. Gli altri adeguamenti sono di tipo linguistico e non comportano modifiche materiali.

*Capoverso 4 (nuovo)*

Per l'esame approfondito di concentrazioni di imprese, analogamente all'articolo 32 AP-LCart e per gli stessi motivi, sarà prevista la possibilità di prorogare il termine. In Svizzera la possibilità di estensione del termine nella seconda fase dovrà essere al massimo di due mesi. L'estensione del termine compete alla COMCO o alla sua camera per le concentrazioni di imprese.

*Articolo 34*    Effetti giuridici

In seguito alle possibilità descritte di prorogare il termine (art. 32 cpv. 3 e art. 33 cpv. 4 AP-LCart), il rinvio che figura nell'articolo 34 AP-LCart è integrato da queste due nuove disposizioni.

### **Procedura e rimedi giuridici (sezione 4)**

*Articolo 39*    Principio

*Capoverso 2 (nuovo)*

Il nuovo capoverso 2 trasferisce dal Dipartimento alla COMCO la legittimazione di ricorrere davanti al Tribunale federale contro le decisioni del Tribunale amministrativo federale

---

<sup>85</sup> RS 251.4

(cfr. anche l'art. 42 cpv. 3 AP-LCart). La disposizione tiene conto sia delle esigenze del Tribunale federale di disciplinare formalmente nella legge questo diritto di ricorrere sia della volontà del Consiglio federale di preservare l'indipendenza della COMCO nelle procedure di ricorso davanti al Tribunale federale.

#### *Articolo 42* Misure di inchiesta

##### *Capoverso 2*

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 (e anche altri possibili mezzi di prova, che i collaboratori portano normalmente su di sé, p. es. il cellulare) potrebbero semplicemente essere sottratti ai responsabili dell'inchiesta. Si precisa inoltre esplicitamente che anche oggetti non chiaramente riferibili ai locali (p. es. veicoli) possono essere perquisiti dall'Autorità della concorrenza. Questi strumenti possono essere utilizzati anche da tutte le altre autorità inquirenti che effettuano perquisizioni domiciliari conformemente agli articoli 45–50 della legge federale del 22 marzo 1974)<sup>86</sup> sul diritto penale amministrativo (DPA). La perquisizione di persone e oggetti deve essere ordinata, così come le perquisizioni domiciliari e i sequestri, da un membro della presidenza su domanda della segreteria. Nell'articolo 42 capoverso 2 terzo periodo «perquisizioni domiciliari» è quindi da sostituire con «perquisizioni». Sulla base dell'autorizzazione ricevuta da un membro della presidenza, la segreteria può decidere sul posto le persone e gli oggetti da perquisire.

##### *Capoverso 3 (nuovo)*

Diversamente dal principio sancito nell'articolo 39 LCart, i ricorsi contro decisioni riguardanti misure coercitive di cui all'articolo 42 capoverso 2 (perquisizione domiciliare, di persone e oggetti, nonché messa al sicuro di mezzi di prova) vanno rivolti 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 amministrativo federale non viene coinvolto, durante la fase inquirente, nella verifica dell'ammissibilità di queste misure coercitive (in particolare relativamente all'esame della condizione di un sufficiente indizio di reato), è possibile ovviare a qualsiasi parzialità, problematica sotto il profilo dello Stato di diritto, ed evitare sovrapposizioni di compiti nei procedimenti giudiziari (tra il Tribunale penale federale e il Tribunale amministrativo federale). Alla procedura di ricorso dinanzi al Tribunale penale federale sono applicabili le disposizioni della DPA. La COMCO può impugnare dinanzi al Tribunale federale anche le decisioni su ricorso del Tribunale penale federale al pari di quelle del Tribunale amministrativo federale. La disposizione in oggetto crea dunque una base legale chiara per questo diritto di ricorso e preserva al riguardo l'indipendenza della COMCO nelle procedure di ricorso.

#### *Articolo 42a* Inchieste nelle procedure secondo l'Accordo sul trasporto aereo tra la Svizzera e l'UE

Nell'articolo 42a AP-LCart è apportata una modifica di carattere redazionale. Con l'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona, la denominazione ufficiale della «Comunità europea» è diventata «Unione europea».

---

<sup>86</sup> RS 313.0

#### *Articolo 44a (nuovo) Termini ordinatori*

La mozione 16.4094 Fournier chiede di stabilire termini nei procedimenti giudiziari amministrativi. A fini di coerenza, il progetto del Consiglio federale introduce termini per tutte le fasi della procedura, quindi anche quelle che implicano le autorità in materia di concorrenza. La disposizione proposta potrebbe imporre maggiori vincoli temporali alle autorità garanti della concorrenza e ai tribunali. I diritti procedurali delle parti e la qualità delle decisioni devono rimanere comunque intatti perché continui a essere garantita la certezza del diritto. Per questo motivo i termini ordinatori sono preferibili a termini rigidi. Occorre inoltre osservare che la priorità accordata alle procedure fondate sul diritto in materia di cartelli va a detrimento della durata di altre procedure (di diritto amministrativo). Non si riscontrano motivi oggettivi per tale disparità di trattamento.

#### *Capoverso 1*

La mozione non si esprime in merito alla durata concreta dei termini ordinatori. Il Consiglio federale propone che la durata massima per tutte le istanze dei procedimenti non debba di norma superare i cinque anni. Viene dunque proposto di fissare un termine ordinatorio complessivo di 60 mesi, sulla base del principio «*comply or explain*», tra l'apertura di un'inchiesta e l'entrata in vigore della decisione dell'ultima istanza e di ripartirlo come segue: 30 mesi per la COMCO (cpv. 1 lett. b), 18 mesi per il Tribunale amministrativo federale (cpv. 1 lett. c) e 12 mesi per il Tribunale federale. Per le inchieste preliminari il progetto di legge prevede un termine di 12 mesi (cpv. 1 lett. a). In tutte le fasi dei procedimenti sono dunque introdotti termini ordinatori nell'intento di accelerarle e renderne prevedibili i tempi.

Anche se la mozione 16.4094 Fournier non lo chiede, il Consiglio federale propone di introdurre un termine di trattamento dei ricorsi davanti al Tribunale amministrativo federale per il controllo delle concentrazioni di imprese (cpv. 1 lett. d), che avvengono sempre sotto una forte pressione temporale. Le imprese esposte alla concorrenza necessitano di decisioni in tempi brevi. Per questo motivo vengono imposti termini alla COMCO per l'esame delle concentrazioni. Se le imprese non sono d'accordo con una decisione della COMCO (in caso di divieto o di autorizzazione vincolata a oneri e condizioni), devono poterla contestare rapidamente per via giudiziaria. Una lunga procedura di ricorso potrebbero dissuadere le imprese dall'impugnare la decisione. Per l'esame del ricorso da parte del Tribunale amministrativo federale viene quindi introdotto un termine di tre mesi che decorre dalla presentazione del ricorso. Dall'articolo 34 AP-LCart risulta, *a contrario*, che si tratta di un termine ordinatorio (e non di un termine di perenzione come per la COMCO), nel senso di un appello all'istanza di ricorso di decidere in tempi brevi.

#### *Capoverso 2*

Nell'ambito di un rinvio all'istanza precedente, i termini ordinatori sono di 12 mesi per ogni istanza, poiché gran parte degli accertamenti necessari sono già stati effettuati nell'ambito della prima valutazione.

#### *Capoverso 3*

Con il prolungamento della procedura imputabile ai partecipanti, in particolare il ricorso contro le decisioni incidentali e le apposizioni di sigilli secondo l'articolo 50 capoverso 3 DPA, i termini menzionati nei capoversi 1 e 2 si estendono di conseguenza.

#### *Capoverso 4*

Se un'inchiesta è molto complessa e, quindi, richiede più tempo, le autorità in materia di concorrenza e i tribunali sono tenuti a comunicare per scritto ai partecipanti i motivi per i quali il termine non è stato rispettato immediatamente dopo la sua scadenza.

## **Sanzioni amministrative (sezione 6)**

*Articolo 49a* Sanzione in caso di limitazioni illecite della concorrenza

*Capoversi 3 e 4 (nuovo: procedura di opposizione)*

Con la presente revisione si mantiene la concezione di base della procedura di opposizione adottata dal legislatore nel 2003 (l'annuncio di limitazioni della concorrenza in programma esonera l'impresa dal rischio di sanzioni, sempre che non sia stato aperto alcun procedimento). La procedura di opposizione non è più disciplinata nel capoverso 3, bensì in un nuovo capoverso 4 a sé stante, pertanto viene abrogato il capoverso 3 lettera a. Sono inoltre apportate due modifiche intese a migliorare il funzionamento della procedura di opposizione nella prassi sia per le imprese sia per le autorità in materia di concorrenza.

In primo luogo, il termine entro il quale le autorità in materia di concorrenza devono intervenire sarà d'ora in poi ridotto da cinque a due mesi. La sanzionabilità del progetto notificato decade quindi definitivamente a meno che le competenti autorità non aprano entro due mesi dall'annuncio un'inchiesta preliminare o un'inchiesta formale. La pratica che si rivela in seguito contraria alla legislazione sui cartelli può essere vietata solo in futuro, ma non è sanzionabile.

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 LCart), di concretizzare il suo progetto sino all'eventuale apertura di un'inchiesta formale, senza rischiare di essere sanzionata. Lo scopo è quello di poter valutare, grazie all'osservazione della situazione effettiva sul mercato, se le pratiche delicate notificate e non qualificabili a priori come permesse o vietate rappresentino o meno una limitazione illecita della concorrenza.

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

*Capoverso 5 (nuovo; considerazione di prestazioni di risarcimento dei danni nel calcolo della sanzione)*

Secondo il diritto vigente, la COMCO può considerare ai fini della riduzione della sanzione solo le prestazioni di risarcimento dei danni versate prima della sua decisione. I criteri di calcolo della sanzione sono attualmente basati sull'articolo 49a capoverso 1 LCart. Segnatamente le prestazioni di risarcimento dei danni versate possono essere considerate nell'ambito della «gravità della violazione» o del «presunto guadagno» conseguito dall'impresa con la limitazione illecita della concorrenza o sulla base delle disposizioni di cui agli articoli 2, 3 e 6 dell'ordinanza del 12 marzo 2004<sup>87</sup> sulle sanzioni (OS LCart). Per determinare l'ammontare di riduzione della sanzione o della restituzione occorre osservare le circostanze caso per caso, in particolare l'entità delle prestazioni di risarcimento del danno e il momento del loro versamento (p. es. prima o dopo la decisione della COMCO): quanto più le prestazioni sono elevate e quanto prima vengono versate, tanto maggiore sarà il loro computo nella sanzione. Per esempio, la COMCO ha ridotto di circa 3 milioni di franchi, da 14 a 11 milioni, le sanzioni applicate nell'inchiesta «Strassenbau», che riguardava accordi conclusi tra dodici imprese di costruzione stradale nei Grigioni settentrionali e meridionali dal 2004 al 2010, poiché prima della decisione della COMCO nove delle dodici imprese avevano concluso accordi con le parti lese nei quali si sono impegnate a indennizzare con sei milioni di franchi il Cantone e i Comuni grigionesi interessati<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> RS 251.5

<sup>88</sup> Cfr. rapporto annuale 2019 della COMCO al Consiglio federale, pag. 6.

Un'impresa colpita da una sanzione nella procedura amministrativa può sottoporre una domanda di revisione alla COMCO oppure all'istanza di ricorso che ha preso la decisione finale qualora fornisca volontariamente (ossia senza esservi obbligata da un tribunale civile) prestazioni di risarcimento dei danni in una fase più avanzata della procedura. In questo caso la COMCO o l'istanza di ricorso può ridurre in misura adeguata la sanzione amministrativa inflitta oppure, se nel frattempo l'impresa avesse già pagato la sanzione, ordinare la restituzione di una parte adeguata dell'importo versato. Nel diritto sui cartelli, le sanzioni perseguono uno scopo penale e, nel contempo, incidono sull'utile. Se un'impresa, che ha violato il diritto sui cartelli, indennizza totalmente o parzialmente le parti lese, occorre ridurre di conseguenza la parte della sanzione che incide sull'utile. Le prestazioni versate sono computate non interamente, ma comunque «in misura adeguata». Questa disposizione intende costituire un incentivo, per le imprese che hanno violato il diritto in materia di cartelli, a cercare quanto prima nella procedura e in modo esaustivo una composizione amichevole con le parti lese dalla limitazione illecita della concorrenza. Nella prassi le relazioni commerciali tra gli autori di una violazione del diritto sui cartelli e le parti lese sussistono spesso anche dopo la scoperta e la sanzione di una limitazione illecita della concorrenza. Questa disposizione contribuisce così alla pace giuridica. Contrariamente alla formulazione scelta nella mancata revisione del 2012, il Consiglio federale propone ora di considerare solo le prestazioni di risarcimento dei danni fornite «volontariamente». In tal modo si intende, da un lato, incentivare le composizioni extragiudiziali, dall'altro evitare la situazione in cui, anche nel caso di una composizione extragiudiziale, le parti debbano ottenere una decisione formale di un tribunale civile, come avverrebbe qualora fosse stata ripresa la formulazione del progetto di revisione del 2012.

## **Emolumenti e spese ripetibili (sezione 7)**

### *Modifiche di carattere redazionale nella sezione 7*

L'introduzione di un nuovo articolo 53b AP-LCart che disciplina le spese ripetibili comporta la conseguente modifica del titolo della sezione 7. Le modifiche redazionali riguardano anche l'articolo 53a, al quale viene aggiunto il titolo, poiché non è più l'unico della sezione 7.

### *Articolo 53a Emolumenti*

#### *Capoverso 1*

La frase «le decisioni relative a inchieste concernenti limitazioni della concorrenza» nell'articolo 53a capoverso 1 lettera a è sostituita con «le procedure». In tal modo si chiarisce che gli emolumenti possono essere riscossi anche per inchieste preliminari di cui all'articolo 26 LCart, le quali non si concludono con l'emanazione di una decisione (in particolare se il procedimento è abbandonato perché l'impresa ha modificato le sue pratiche; per il caso contrario art. 53a cpv. 1<sup>bis</sup> lett. b AP-LCart). Sotto il profilo materiale, ciò non comporta alcuna modifica. Nel contempo, completando la lettera c del capoverso 1, viene sancita in una base legale esplicita una prassi ormai indiscussa delle autorità in materia di concorrenza riguardo alla riscossione di emolumenti per consulenze e procedure di opposizione.

#### *Capoverso 1<sup>bis</sup> (nuovo)*

Introducendo un nuovo articolo 53a capoverso 1<sup>bis</sup> AP-LCart, la situazione legale concretizzata con gli articoli 2 e 3 capoverso 2 dell'ordinanza del 1° gennaio 2013<sup>89</sup> sugli emolumenti LCart (OEm-LCart) è disciplinata a livello di legge. La LCart contiene quindi ora una chiara regolamentazione per quanto riguarda l'obbligo di versare emolumenti derivante dal principio di causalità (primo periodo) e i casi in cui non sono riscossi emolumenti, segnatamente sulla scorta del principio della parte soccombente (secondo periodo).

---

<sup>89</sup> RS 251.2

### *Articolo 53b (nuovo) Spese ripetibili*

La mozione 16.4094 Fournier chiede l'introduzione delle spese ripetibili in tutte le fasi della procedura. Il diritto svizzero non prevede sostanzialmente spese ripetibili nelle procedure amministrative di prima istanza. Fa eccezione unicamente l'articolo 115 capoverso 1 della legge federale del 1° gennaio 2021<sup>90</sup> sull'espropriazione (LEspr). L'autore della mozione 16.4094 ritiene che le procedure amministrative fondate sul diritto in materia di cartelli siano particolarmente complesse, lunghe e onerose e costituiscano un onere finanziario considerevole per le PMI. È dunque giustificata una regolamentazione particolare.

Attualmente non esiste alcuna disposizione che disciplini specificamente le spese ripetibili nelle procedure fondate sul diritto in materia di cartelli. L'articolo 39 LCart rinvia alla PA, che all'articolo 64 prevede indennità per le procedure di ricorso. Il nuovo articolo 53b AP-LCart, basato sull'articolo 64 PA, prevede spese ripetibili per i costi della procedura amministrativa dalla prima istanza.

#### *Capoverso 1*

In caso di sospensione completa o parziale senza conseguenze di una procedura d'inchiesta secondo l'articolo 27 LCart, è possibile accordare ai partecipanti un'indennità d'ufficio o su richiesta. Per evitare che la procedura di ricorso sia frazionata e, quindi, che le decisioni emesse siano contraddittorie, è necessario fissare le spese ripetibili unitamente alla decisione finale, come è consuetudine anche in altri regolamenti di procedura (cfr. per esempio l'art. 421 Codice di procedura penale, CPP<sup>91</sup>). Le condizioni che danno diritto a un'indennità devono basarsi sui seguenti punti salienti, che derivano dalla prassi in vigore in materia di spese ripetibili (in particolare l'art. 64 PA).

Il tenore dell'articolo 53b capoverso 1 AP-LCart si rifà all'articolo 64 capoverso 1 PA. Sancisce che la COMCO o l'istanza di ricorso accorda alle persone oggetto di un'inchiesta ai sensi dell'articolo 27 LCart, d'ufficio o su richiesta, un'indennità dall'apertura della stessa, purché la procedura contro di loro sia stata completamente o parzialmente sospesa. In conformità all'articolo 99 DPA, l'indennità può essere negata in tutto o in parte qualora l'inquisito abbia determinato per sua colpa l'apertura dell'inchiesta o abbia con temerarietà intralciato o prolungato il procedimento.

Nella prassi la COMCO constata talvolta solo nei considerando che è stata commessa un'infrazione non sanzionabile alla LCart e rinuncia a ordinare misure concernenti le pratiche seguite, per esempio perché non c'è rischio di recidiva. Qui, tuttavia, le spese procedurali sono addossate alla parte poiché ha infranto la LCart e ha causato il procedimento. Il criterio «senza conseguenze» precisa che in questo caso la parte in questione non ha diritto alle spese ripetibili. In caso di sospensione parziale, per esempio se si è avvalorato soltanto uno di diversi sospetti, è ipotizzabile una riduzione delle spese ripetibili accordate.

#### *Capoverso 2*

In conformità con l'articolo 95 capoverso 3 CPC, il capoverso 2 precisa che cosa comprendono le spese ripetibili, ossia le spese necessarie e le spese per la rappresentanza professionale in giudizio.

#### *Capoverso 3*

Per disciplinare i dettagli, già ampiamente delineati nell'avamprogetto, e per fissare le tariffe è previsto che il Consiglio federale modifichi l'ordinanza sulla riscossione di emolumenti nella legge sui cartelli, per cui la competenza viene iscritta in un'apposita norma legale.

---

<sup>90</sup> RS 711

<sup>91</sup> RS 312.0

## *Articolo 57 Procedura e rimedi giuridici*

### *Capoverso 1*

Nell'articolo 57 LCart viene apportata una modifica redazionale, con la quale la citazione della DPA segue la pratica in vigore. Non comporta alcun cambiamento sul piano materiale.

## **Valutazione (capitolo 6a)**

### *Articolo 59a Valutazione*

Con la pubblicazione, il 25 marzo 2009, del rapporto del Consiglio federale relativo alla valutazione della LCart e al seguito della procedura, l'articolo vigente sulla valutazione è concretizzato. 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. Una valutazione periodica consentirà al Consiglio federale e al Parlamento di verificare l'orientamento della legislazione in materia di cartelli e, se del caso, di riformularla. Per eseguire la valutazione, il Consiglio federale dovrà coinvolgere la COMCO.

## *Articolo 62 Disposizioni transitorie*

### *Capoverso 1*

L'articolo 1 stabilisce che ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni riguardanti l'esame di concentrazioni di imprese rimane applicabile il diritto vigente e più precisamente sia le disposizioni materiali sia quelle di diritto procedurale.

### *Capoverso 2*

Il capoverso 2 stabilisce che le disposizioni concernenti i termini ordinatori ai sensi dell'articolo 44a AP-LCart e le spese ripetibili ai sensi dell'articolo 53b AP-LCart si applicano unicamente alle procedure avviate dalla COMCO dopo la loro entrata in vigore.

### *Capoverso 3*

Nel capoverso 3 si prevede che alle procedure di opposizione (art. 49a cpv. 5 AP-LCart) continuerà ad applicarsi il termine di cinque mesi previsto dal diritto anteriore, 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 di cinque mesi a, in futuro, due mesi possa comportare un cambiamento per un termine ancora decorrente secondo il diritto anteriore. A prescindere dal termine, le nuove disposizioni sono già applicabili a simili procedimenti dal momento in cui entrano in vigore. 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.

### *Capoverso 4*

Per i crediti derivanti da una limitazione della concorrenza ai sensi degli articoli 5 o 7 LCart che è oggetto di una procedura ai sensi dell'articolo 27 LCart, l'impedimento o la sospensione della prescrizione di cui all'articolo 12a AP-LCart decorre al momento dell'entrata in vigore di questa nuova disposizione. Secondo il capoverso 4, i crediti una volta prescritti rimangono prescritti<sup>92</sup>. Non sarebbe certamente conciliabile con la certezza del diritto se un credito già prescritto potesse nuovamente beneficiare della prescrizione a posteriori, in seguito all'entrata in vigore dell'articolo 12a AP-LCart. Se, invece, un credito non si è ancora prescritto al momento dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, si applicherà l'articolo 12a AP-LCart.

---

<sup>92</sup> Per analogia con la DTF 124 III 266.

## 5 Ripercussioni

### 5.1 Ripercussioni per la Confederazione

Le ripercussioni finanziarie per la Confederazione derivano unicamente dall'attuazione della mozione 16.4094 Fournier in merito all'introduzione di spese ripetibili anche nelle procedure amministrative di prima istanza. Se le autorità in materia di concorrenza sospendono un'inchiesta completamente o in parte senza conseguenze, alle imprese in questione saranno versate spese ripetibili, a carico dello Stato, anche in prima istanza.

Negli ultimi 15 anni la COMCO ha svolto inchieste contro circa 350 imprese. La richiesta formulata nella mozione 16.4094 Fournier sarebbe stata applicabile a una sessantina di casi. Inoltre, numerosi procedimenti giudiziari (circa 100) sono attualmente pendenti, pertanto il numero delle spese ripetibili, teoriche per il passato, aumenterà ancora. In assenza di precedenti, attualmente non è possibile fornire informazioni attendibili sul costo medio delle indennità per ogni caso. Le parti non devono neppure trasmettere note spese alla COMCO. Il Consiglio federale stima che le conseguenze sui costi potrebbero variare notevolmente da un caso all'altro. Inoltre, le procedure fondate sul diritto in materia di cartelli sono spesso onerose e rivolte contro numerose parti, il che può condurre a spese ripetibili elevate. Tuttavia, dovranno essere pagati soltanto i costi effettivi e non forfait per singolo caso, dal momento che le procedure sono troppo diverse per applicare un importo forfettario.

Si conoscono soltanto i costi a carico delle autorità in materia di concorrenza nell'ambito delle procedure di sanzione e fatturati alle imprese in questione. Le spese della COMCO e della sua segreteria ammontano in media a 124 880 franchi<sup>93</sup> per impresa e per procedura d'inchiesta, tuttavia è presumibile che le spese sostenute dalle parti nelle procedure amministrative di prima istanza siano spesso più elevate di quelle a carico delle autorità in materia di concorrenza, soprattutto perché le prime non usufruiscono degli effetti di sinergia. Come menzionato in precedenza, negli ultimi 15 anni l'indennità richiesta dalla mozione 16.4094 Fournier per le procedure amministrative di prima istanza sarebbe stata applicabile a una sessantina di casi, quindi in media quattro casi l'anno. Per definire la voce da inscrivere nel preventivo del DEFR o della COMCO e tenendo conto delle suddette procedure di ricorso ancora in sospeso, è opportuno prevedere due ulteriori casi l'anno come margine di sicurezza. Per il momento, sono noti soltanto i costi della COMCO e della sua segreteria, pari in media a 124 880 franchi per impresa e per procedura d'inchiesta. Di conseguenza, per il preventivo si stima il quadruplo di tale importo per le spese ripetibili generalmente massime, ossia 500 000 franchi per impresa che ha vinto una causa. Ne risulterebbe un preventivo annuo per l'allocatione delle spese nelle procedure amministrative di prima istanza di 3 milioni di franchi. Questi importi appaiono accettabili rispetto alle entrate che le sanzioni generano per la Confederazione. Nel periodo 2010–2020 i ricavi ordinari a consuntivo risultanti dalle sanzioni ammontano a 52 257 203 franchi, i ricavi straordinari a 594 269 105 franchi. In totale, hanno dato adito a sanzioni 47 casi, da dieci dei quali sono risultati i ricavi straordinari. Nella media pluriennale, la Confederazione incassa quindi circa 1,4 milioni di franchi per ogni caso se si contano soltanto i ricavi ordinari e 13,7 milioni di franchi per caso considerando anche i ricavi straordinari delle sanzioni, ma queste cifre variano notevolmente a seconda del periodo considerato. Non è altresì da escludere che la possibilità di computare le pretese di diritto civile nel calcolo delle sanzioni di diritto amministrativo porti a una riduzione delle entrate della Confederazione.

La revisione parziale della LCart non dovrebbe avere ripercussioni sull'effettivo del personale della Confederazione. Le spese supplementari indotte da alcuni adeguamenti legislativi (p. es. controllo delle concentrazioni di imprese, procedura di opposizione, considerazione delle prestazioni di risarcimento di danni) possono essere compensate dalle risorse esistenti. In particolare, non comporterebbe spese supplementari o aumenti di organico presso le autorità garanti della concorrenza (COMCO e la sua segreteria) e i tribunali federali (Tribunale federale e Tribunale amministrativo federale). Tuttavia, l'introduzione del test SIEC per le concentrazioni di imprese potrebbe implicare un sovraccarico di lavoro nella fase di attuazione per la COMCO e la sua segreteria<sup>94</sup>. Gli adeguamenti di diritto materiale nell'ambito del controllo delle

<sup>93</sup> Calcoli basati sui dati della COMCO.

<sup>94</sup> Cfr. studio Swiss Economics, 2017, pag. 47.

concentrazioni non comportano invece un maggiore fabbisogno di personale e finanziario che non possa essere coperto con il preventivo della COMCO. Inoltre, anche le novità introdotte in materia di procedura di opposizione potrebbero aumentare gli oneri delle autorità della concorrenza, in previsione di un maggior numero di annunci e di conseguenti procedure di opposizione. Nel complesso, alle suesposte spese supplementari presunte sarà possibile fare fronte con le risorse esistenti.

Il rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli ha ripercussioni in particolare per i tribunali civili cantonali e, di conseguenza, per i Cantoni. Non è da escludere che il numero di casi concernenti il diritto civile su cui il Tribunale federale sarà chiamato a pronunciarsi aumenti, ma semmai solo leggermente.

La proposta attuazione della mozione 18.4282 Français darà adito a un'incertezza del diritto, poiché è contraria alla sentenza del Tribunale federale sul caso *Gaba*. Dal momento che dovranno essere considerati criteri sia qualitativi che quantitativi, le autorità garanti della concorrenza e i tribunali dovranno fare fronte a un sovraccarico di lavoro.

## **5.2 Ripercussioni per i Cantoni e i Comuni, per i centri urbani, gli agglomerati e le regioni di montagna**

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. Il rafforzamento del diritto civile potrebbe comportare un maggiore ricorso ai tribunali civili cantonali. Per quanto riguarda le 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 sulle quali le autorità in materia di concorrenza non intervengono e contro le quali i clienti finali promuovono un'azione civile rientra nell'interesse dei Cantoni. Infine, anche i Cantoni e i Comuni saranno legittimati a promuovere un'azione, che sarà nel loro interesse in particolare in riferimento agli accordi sugli appalti.

## **5.3 Ripercussioni sull'economia**

### **5.3.1 Ripercussioni per i vari attori economici**

#### *Controllo delle concentrazioni*

Il diritto in materia di cartelli ha, in particolare, l'obiettivo di proteggere la concorrenza efficace. Il controllo delle concentrazioni di imprese svolge un ruolo importante al riguardo, poiché può esaminare *ex ante* le concentrazioni di mercato che potrebbero limitare la concorrenza, eventualmente vietarle o vincolarle a oneri o condizioni. Il test di rilevamento delle posizioni dominanti qualificate ottiene solo parzialmente l'auspicato effetto preventivo del controllo delle concentrazioni per impedire future limitazioni della concorrenza. Ciò è ascrivibile in particolare all'insufficiente considerazione degli effetti unilaterali, che sinora non sono stati considerati al di sotto della soglia di posizione dominante sul mercato. Tra questi si annoverano gli aumenti dei prezzi, i peggioramenti della qualità e l'estromissione dei concorrenti conseguenti a una concentrazione, il che può portare a distorsioni dei mercati. Con l'introduzione del test SIEC, che comprende sia gli aspetti negativi sia quelli positivi di una concentrazione, è possibile impedire *ex ante* tali potenziali distorsioni.

È difficile prevedere le concrete ripercussioni economiche dell'introduzione del test SIEC in Svizzera, ma le esperienze internazionali seguite alla sua introduzione sono sostanzialmente positive e il numero di interventi delle autorità garanti della concorrenza non è generalmente aumentato (cfr. n. 3)<sup>95</sup>. Tuttavia, considerando la soglia di intervento relativamente elevata dell'attuale controllo delle concentrazioni, non è da escludere che il numero aumenti leggermente in Svizzera<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Studio Swiss Economics, 2017, pag. 64.

<sup>96</sup> Studio Swiss Economics, 2017, pag. 64.

L'adozione del test SIEC non induce a prevedere una minore certezza del diritto, anche se nella fase introduttiva emergeranno domande riguardanti l'attuazione concreta del nuovo test, ma queste incertezze dovrebbero essere rapidamente eliminate nella prassi<sup>97</sup>.

Il test SIEC secondo il modello dell'UE potrebbe comportare costi supplementari per le imprese soprattutto nella fase di implementazione e di transizione. Con l'abbassamento della soglia d'intervento, la COMCO sarà chiamata a esaminare un maggior numero di progetti di concentrazione, sebbene il presente progetto di revisione non preveda adeguamenti dei valori soglia basati sul fatturato. Questi costi supplementari dovrebbero tuttavia rimanere contenuti, non appena gli standard di audit si saranno consolidati nella prassi. La modernizzazione del controllo delle concentrazioni di imprese non dovrebbe avere effetti negativi soprattutto per le PMI, al contrario: proprio le PMI potrebbero beneficiare del test SIEC, poiché le tendenze alla concentrazione che nuocciono ai loro mercati a monte e a valle saranno tenute in migliore considerazione.

Inoltre, l'introduzione del test SIEC ha effetti positivi sui consumatori grazie a una maggiore valutazione degli effetti unilaterali anche al di sotto della soglia di posizione dominante sul mercato, per esempio i futuri aumenti di prezzo dovuti ad accorpamenti di imprese su mercati concentrati.

Infine, la rinuncia a trattare autonomamente le concentrazioni internazionali, ossia quelle che riguardano lo SEE o mercati più ampi e includono la Svizzera, comporta agevolazioni amministrative per le imprese.

#### *Diritto civile in materia di cartelli*

La proposta di potenziare in modo moderato la via civile del diritto in materia di cartelli vuole permettere a coloro che sono colpiti da limitazioni della concorrenza di far valere più facilmente 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, il che favorirebbe le imprese (in particolare le PMI) e i consumatori. Inoltre, la modifica del diritto civile in materia di cartelli potrebbe scongiurare una discriminazione a livello di 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.

#### *Procedura di opposizione*

La revisione della procedura di opposizione va intesa come una risposta alle considerazioni, formulate in più occasioni, circa la necessità di migliorare l'adempimento della funzione che il legislatore ha previsto per tale procedura. La riduzione del termine si traduce per le imprese in un aumento immediato della certezza del diritto, in particolare sui mercati dinamici. Nel caso di progetti che, secondo la COMCO, non presentano rischi palesi o non concernono fattispecie direttamente sanzionabili, le imprese (incerte circa la liceità del loro progetto) ottengono ora già entro due mesi la certezza di non esporsi al rischio di essere sanzionate per l'attuazione del progetto in questione. Con la seconda modifica si intende soprattutto ridurre l'effetto inibitorio che la minaccia di sanzioni può esercitare sugli investimenti. Dato che in futuro il rischio di sanzioni scatterà soltanto nel momento in cui sarà notificata l'apertura di un'inchiesta, il periodo in cui un progetto potrà in ogni caso essere attuato senza incorrere in sanzioni risulterà prolungato rispetto alla situazione odierna; alle imprese sarà inoltre data la possibilità di adattare costantemente le proprie pratiche alle ripercussioni sul mercato e di evitare così di essere sanzionate. Le imprese saranno così incoraggiate a non rinunciare a un comportamento potenzialmente lecito.

#### *Termini ordinatori*

Con l'introduzione di termini ordinatori a livello di legge si intende accelerare le procedure fondate sul diritto in materia di cartelli, affinché soprattutto le imprese coinvolte dispongano di decisioni definitive in tempi più brevi, con una conseguentemente maggiore certezza del diritto.

---

<sup>97</sup> Studio Swiss Economics, 2017, pag. 40.

### *Spese ripetibili*

Nelle procedure di diritto amministrativo le spese ripetibili serviranno ad alleviare l'onere finanziario dei partecipanti alla procedura purché non siano responsabili dell'apertura di un'inchiesta. Questa misura sgrava le imprese e, in particolare, le PMI nei casi in cui la procedura ha per loro esito favorevole. Secondo il diritto vigente, le parti non hanno alcun diritto a ricevere indennità nelle procedure davanti alla COMCO e alla sua segreteria, ma soltanto nelle procedure di ricorso in tribunale. Tuttavia, le procedure sono generalmente molto complesse, lunghe e onerose e costituiscono un dispendio considerevole, soprattutto per le PMI. Garantire un'indennità alle parti in ogni procedimento di diritto amministrativo in materia di concorrenza, in funzione del suo esito, alleviando così il loro onere finanziario, può essere molto utile, in particolare alle piccole imprese.

### *Revisione dell'articolo 5 LCart*

L'attuazione della proposta revisione dell'articolo 5 LCart sulla base della mozione 18.4282 Français autorizza alcuni accordi orizzontali e verticali *hard core* in materia di concorrenza, a prescindere dalla loro efficienza economica. L'introduzione dell'esame dell'elemento quantitativo della notabilità per gli accordi *hard core* avrà verosimilmente un impatto sulla durata della procedura, poiché potrebbe comportare un considerevole dispendio aggiuntivo e spese procedurali e di difesa più elevate per le autorità garanti della concorrenza e i tribunali, ma anche per le imprese coinvolte. Questi effetti sarebbero contrari alla richiesta formulata nella mozione 16.4094 Fournier, che mira ad abbreviare le procedure di diritto amministrativo in materia di leggi sui cartelli. Inoltre, l'analisi caso per caso degli accordi orizzontali e verticali *hard core* implicherà una notevole incertezza del diritto, che potrebbe tradursi in un aumento dei costi per la consulenza giuridica e i programmi di conformità volti a evitare violazioni al diritto sui cartelli.

Per le imprese (in particolare le PMI), i consumatori e gli enti pubblici (p. es. i committenti pubblici), la legalizzazione di alcuni accordi orizzontali e verticali *hard core* (come le restrizioni contrattuali all'importazione in Svizzera) e la conseguente diminuzione della pressione concorrenziale potrebbero implicare un aumento del livello dei prezzi per i beni e i servizi in questione. In altre parole, dovrebbero finanziare il cosiddetto profitto derivante dal cartello delle imprese partecipanti all'accordo. Inoltre, per le parti lese sarebbe molto più difficile far valere eventuali pretese di diritto civile contro i potenziali autori di violazioni del diritto dei cartelli, poiché in un processo civile dovranno provare, oltre all'esistenza di un accordo *hard core* in materia di concorrenza come elemento qualitativo della notabilità, anche il suo carattere quantitativo, il che è generalmente impossibile senza un'analisi completa del mercato e comprometterebbe gli sforzi compiuti dal Consiglio federale per migliorare la parte civile del diritto dei cartelli.

### **5.3.2 Ripercussioni per l'insieme dell'economia**

I proposti adeguamenti di diritto materiale, fatta eccezione per l'attuazione della mozione 18.4282 Français, migliorano l'effetto preventivo della LCart come pure la certezza del diritto e l'efficienza nell'applicazione della LCart. Nei prossimi anni (fino alle nuove decisioni del Tribunale federale), la mozione Français potrebbe dare adito a un'incertezza del diritto, prolungare i tempi della procedura, alleggerire la pressione della concorrenza e, quindi, spingere al rialzo i prezzi. A prescindere dalla revisione dell'articolo 5 LCart richiesta dalla mozione 18.4282 Français, gli adeguamenti proposti nel presente progetto di revisione contribuiscono a promuovere la concorrenza nell'interesse di un'economia di mercato fondata su un ordine liberale. Il rafforzamento della concorrenza potrebbe favorire la produttività e incentivare l'innovazione. Questi cambiamenti potrebbero accrescere l'attrattiva della piazza finanziaria svizzera, con conseguenti effetti tendenzialmente positivi sulla crescita del PIL in Svizzera. Anche il livello dei prezzi svizzeri subisce l'impatto di una maggiore concorrenza, che nel lungo termine dovrebbe portare a una diminuzione dei prezzi sui mercati concentrati del Paese. Infine, le misure proposte consentiranno di avvicinare il diritto svizzero in materia di cartelli agli standard internazionali (UE, Stati Uniti ecc.), rafforzando ulteriormente la piazza economica svizzera orientata a livello internazionale.

#### **5.4 Ripercussioni per la società**

Il presente progetto di revisione non comporta ripercussioni per la società.

#### **5.5 Ripercussioni per l'ambiente**

Non si ipotizzano ripercussioni per l'ambiente, poiché le modifiche proposte della LCart non dovrebbero influenzare in modo decisivo le pratiche ambientali delle imprese.

### **6 Aspetti giuridici**

#### **6.1 Costituzionalità**

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.

#### **6.2 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera**

La revisione parziale della LCart non contravviene né agli impegni internazionali della Svizzera né ai suoi impegni nei confronti dell'Unione europea.