

Sintesi

La Commissione della concorrenza (COMCO) è una commissione decisionale composta da dodici membri che ne fanno parte a titolo di milizia. Cinque di questi membri rappresentano gruppi di interesse. La COMCO dispone di una segreteria che si occupa delle inchieste e sottopone alla Commissione delle proposte di decisione. Sotto il profilo del diritto procedurale, segreteria e Commissione sono due organi solo in parte distinti. Le decisioni della COMCO possono essere impugnate davanti al Tribunale amministrativo federale (TAF) o al Tribunale federale (TF).

Nel 2012, nel quadro di un progetto relativo a una revisione della legge sui cartelli (LCart), oltre a modifiche materiali della legislazione venne valutata anche una riforma sul piano istituzionale: il Consiglio federale propose una soluzione in cui l'autorità in materia di concorrenza assumeva, in quanto autorità inquirente, la forma di istituto di diritto pubblico mentre il TAF diventava l'autorità decisionale di prima istanza. Il Consiglio degli Stati, nel suo ruolo di Camera prioritaria, decise invece di riformare soltanto alcuni aspetti, nonché di ridurre e professionalizzare l'organico della Commissione. Il Consiglio nazionale non entrò nel merito del progetto di revisione, che di conseguenza non venne realizzato.

Nel novembre 2021 il Consiglio federale ha avviato la consultazione relativa alla revisione parziale della LCart avanzando diverse proposte di modifica. Il progetto non prevedeva alcuna riforma dell'autorità in materia di concorrenza. Tuttavia, nel quadro della procedura di consultazione, da più parti è giunta la richiesta di una riforma istituzionale. Di conseguenza il 17 marzo 2023 il Consiglio federale ha deciso di intraprendere una riforma istituzionale disgiunta dalla revisione parziale della LCart in corso, e ha incaricato il Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca (DEFR) di istituire una commissione di esperti. Quest'ultima ha ricevuto dal DEFR il mandato di definire i principi di una riforma istituzionale che fosse solida sotto il profilo materiale e ampiamente condivisa.

La struttura attuale è stata oggetto di diverse critiche. Alcune concernevano il rispetto dello stato di diritto, e il fatto che la funzione inquirente (segreteria) e quella giudicante (Commissione) non sono distinte in modo sistematico, soprattutto considerando che le sanzioni dirette, applicate conformemente alla legislazione sui cartelli, secondo la Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) sarebbero di natura penale o para-penale. Per analogia con il diritto processuale penale, si chiede pertanto una riforma istituzionale incentrata su una coerente separazione tra organi inquirenti e organi giudicanti. Altre critiche rilevavano la lunga durata dei procedimenti e la forte dipendenza della COMCO dalla politica oppure la composizione della commissione, in particolare sotto il profilo della rappresentanza di gruppi di interesse.

In considerazione delle critiche suddette, la commissione di esperti ha valutato proposte di miglioramento e alcune possibili alternative. A questo scopo ha sentito diversi attori (autorità, organizzazioni economiche, associazioni di categoria), esaminato la basi giuridiche determinanti in materia procedurale e a livello internazionale, analizzato l'organizzazione dell'autorità in materia di concorrenza di diversi Paesi e comparato la struttura della COMCO con quella di altre autorità preposte a sorveglianza e regolamentazione dell'economia, in particolare quelle che emettono sanzioni amministrative para-penali.

Sulla scorta di queste informazioni la commissione di esperti ha discusso alcuni possibili modelli di organizzazione raggruppandoli secondo i seguenti parametri:

- la forma di separazione tra autorità inquirente e autorità giudicante:
 - status quo, con un certo grado di separazione, comunque non totale;
 - un unico livello di autorità amministrativa, senza alcuna separazione tra attività inquirente e attività giudicante;
 - due livelli di autorità amministrativa, con una corrispondente separazione tra attività inquirente e attività giudicante;
 - un tribunale che decide in prima istanza su proposta di un'autorità inquirente.

- l'assetto giuridico delle autorità in materia di concorrenza:
 - per l'autorità non giudiziale sono state presi in considerazione:
 - l'attuale struttura della commissione decisionale;
 - l'istituto di diritto pubblico.
 Sono stati esclusi: l'unità amministrativa senza personalità giuridica propria e l'organismo esterno all'Amministrazione federale, come il Ministero pubblico della Confederazione;
 - per l'autorità giudiziale sono stati presi in considerazione:
 - il TAF, se del caso con modifiche;
 - un tribunale speciale della concorrenza;
- l'assetto giuridico della via di ricorso:
 - se le decisioni di prima istanza competono a un'autorità amministrativa, esse devono poter essere impugnate davanti a un tribunale che esamini in piena autonomia le questioni di merito e di diritto; un'altra autorità può limitarsi a un esame degli aspetti giuridici e valutare la fattispecie soltanto in relazione all'arbitrarietà;
 - se le decisioni di prima istanza competono a un tribunale, un'altra autorità può limitarsi a un esame degli aspetti giuridici e valutare la fattispecie soltanto in relazione all'arbitrarietà; si può prevedere un ulteriore grado del giudizio.

I parametri suddetti sono serviti alla commissione di esperti per approfondire gli aspetti critici rilevati.

Separazione tra istruttoria e decisione

La separazione tra autorità inquirente e autorità giudicante è tipica del procedimento penale ordinario, ma estranea al procedimento amministrativo, in cui un'autorità amministrativa indaga e decide, e la sua decisione può essere impugnata davanti a un tribunale. La situazione è analoga nel caso della procedura del decreto d'accusa e della procedura penale amministrativa. Questa forma procedurale è sufficiente per le esigenze costituzionali e del diritto delle convenzioni, a condizione che la decisione dell'autorità possa essere impugnata davanti a un tribunale che valuti le questioni di merito e di diritto, come avviene nel caso del TAF. La critica che talora viene fatta al TAF, secondo cui non farebbe uso della sua facoltà di esame, non trova conferma nella legislazione sui cartelli. Dunque la struttura attuale soddisfa i requisiti costituzionali e del diritto delle convenzioni. Una separazione più netta tra istruttoria e decisione non è necessaria. Non sarebbe però da escludere: sotto il profilo dello stato di diritto sarebbe addirittura auspicabile. Si porrebbe tuttavia la questione relativa alla necessità di procedere allo stesso modo con tutte le altre autorità amministrative che emettono sanzioni qualificabili come penali o para-penali. Inoltre le critiche inerenti allo stato di diritto che vengono sollevate nei confronti della procedura vigente possono essere affrontate anche ricorrendo ad altre misure.

Durata dei procedimenti

Con l'attuale sistema spesso i procedimenti relativi alla legislazione sui cartelli hanno una durata eccessiva. Le cause non risiedono però nei tempi richiesti dalle attività della COMCO – che da un raffronto internazionale risultano sostenibili – bensì in quelli dei tribunali, in particolare del TAF. Perciò anche migliorando l'organizzazione della COMCO non si riuscirebbe a ridurre sostanzialmente la durata dei procedimenti. Le riforme sono necessarie sul piano giudiziario. Sarebbe ipotizzabile la creazione di uno speciale tribunale della concorrenza: questa soluzione si imporrebbe in un modello giudiziario, in cui in prima istanza decide un tribunale. In questo caso la durata del procedimento fino al primo grado di giudizio sarebbe maggiore di quella attuale – davanti alla COMCO – ma inferiore a quella che porta alla sentenza del TAF. In questo modello si potrebbe poi ricorrere anche al TF. Negli altri modelli considerati dalla commissione di esperti la creazione di un tribunale della concorrenza risulterebbe estranea al sistema; in quei casi occorrerebbe mantenere e riformare il TAF come autorità di ricorso.

Indipendenza

La questione dell'indipendenza dalla politica si pone soprattutto se le autorità in materia di concorrenza non sono organi giudiziari. Sotto questo profilo sostanzialmente non sussistono differenze rilevanti tra una commissione decisionale e un istituto di diritto pubblico. La scelta della forma organizzativa dipende piuttosto dal fatto di perseguire o meno la separazione delle fasi di istruttoria e di decisione. I modelli con due livelli di autorità amministrativa presuppongono una bipartizione degli ambiti, istruttorio e decisionale; a questo scopo la struttura attuale – segreteria e Commissione – potrebbe essere mantenuta e se del caso modificata in alcuni suoi aspetti. Invece il modello con un solo livello di autorità amministrativa e il modello giudiziario non implicano alcuna bipartizione dell'autorità amministrativa in autorità inquirente e autorità decisionale; in questo caso si impone un'autorità unitaria sotto forma di istituto di diritto pubblico. In merito all'attuale composizione della Commissione, la prassi secondo cui di regola vi sono rappresentate cinque associazioni risulta problematica. Indipendentemente da ciò, secondo la commissione di esperti occorre urgentemente ridurre il numero di membri della Commissione (che dovrebbe essere formata da almeno 5 e al massimo 7 membri).

Alla luce di queste riflessioni, oltre allo status quo la commissione di esperti ha esaminato quattro modelli:

- *status quo ottimizzato*: riduzione e professionalizzazione dei membri della Commissione, singole modifiche nella ripartizione dei compiti tra Commissione e segreteria, nonché interventi di miglioramento dei procedimenti. Via di ricorso: davanti al TAF e successivamente al TF;
- *modello con due livelli di autorità amministrativa*: separazione sistematica, sul piano istituzionale e delle risorse umane, tra segreteria e Commissione. Alla segreteria competono le istruttorie e le proposte di decisione alla Commissione; a quest'ultima spettano le decisioni. Via di ricorso: davanti al TAF e successivamente al TF;
- *modello con un unico livello di autorità amministrativa*: le decisioni competono a un'unica autorità in materia di concorrenza, sotto forma di istituto di diritto pubblico. Nessuna separazione tra autorità inquirente e autorità decisionale. Via di ricorso: davanti al TAF e successivamente al TF;
- *modello giudiziario*: un'unica autorità amministrativa sotto forma di istituto di diritto pubblico svolge le istruttorie. Un tribunale della concorrenza decide su proposta dell'autorità in materia di concorrenza. Via di ricorso: davanti al TF.

In tutti i casi in cui è mantenuto il ricorso al TAF, la commissione di esperti propone che questo tribunale venga riformato, non soltanto riguardo alla legislazione sui cartelli.

In seguito la commissione di esperti ha valutato i modelli in base a diversi criteri: efficacia attuativa, efficienza (breve durata dei procedimenti e impiego di risorse non eccessivo), conformità allo stato di diritto, indipendenza, oneri attuativi e conformità al sistema. Se fossero dotate di un assetto ottimale, le autorità in materia di concorrenza dovrebbero potersi occupare in futuro anche della vigilanza sui sussidi.

È stata inoltre esaminata la possibilità di centralizzare i procedimenti civili della legislazione sulla concorrenza presso un tribunale civile federale di prima istanza. Questo tipo di soluzione sarebbe però richiesto unicamente se si optasse per il modello giudiziario e fosse costituito un tribunale speciale della concorrenza: quest'ultimo dovrebbe logicamente avere anche la facoltà di decidere in prima istanza sulle azioni civili in materia di cartelli (analogamente al Tribunale federale dei brevetti).

In *conclusione*, la commissione di esperti raccomanda all'unanimità il modello *status quo ottimizzato*, accompagnato da riforme del TAF (riduzione dei membri e professionalizzazione della Commissione; nomina di giudici specialisti attivi a titolo accessorio presso il TAF; diverse modifiche del diritto processuale concernenti la Commissione e il TAF). Questo modello permette di rispondere alle critiche

fondate di cui è stato oggetto il sistema attuale. Il modello in questione soddisfa i requisiti inerenti allo stato di diritto, garantisce efficacia ed efficienza, è conforme al sistema e sul piano attuativo comporta oneri ridotti sotto il profilo legislativo e finanziario.

Il *modello giudiziario* effettivamente soddisfa le esigenze che qualcuno ha manifestato in relazione a una separazione totale tra autorità inquirente e autorità giudicante, e permette di giungere rapidamente a una decisione giudiziaria. Tra tutti i modelli considerati è però quello che necessita i maggiori interventi in ambito legislativo e organizzativo. Inoltre sarebbe in contrasto con il sistema della procedura amministrativa, e si porrebbe la questione relativa alla necessità di applicare un modello analogo in tutti i casi in cui vengono emesse sanzioni amministrative. Da ultimo non corrisponde al sistema delle autorità in materia di concorrenza prevalente in Europa. Per queste ragioni la maggioranza dei membri della commissione di esperti ritiene che questo modello sia da escludere, e che perfino lo status quo sarebbe preferibile.

La commissione di esperti ritiene invece che i modelli con *un unico livello* o *con due livelli di autorità amministrativa* non siano adeguati, visto che non comportano alcun valore aggiunto significativo. Pur generando oneri amministrativi e finanziari maggiori, il modello a due livelli non permette comunque di avvicinarsi, come era stato auspicato, alla procedura secondo i principi del procedimento penale. Il modello con un unico livello di autorità amministrativa sarebbe conforme alla procedura amministrativa e potrebbe certamente consentire una certa accelerazione delle procedure davanti alle autorità in materia di concorrenza; tuttavia porterebbe alla perdita di competenze specifiche esterne e dei meccanismi di controllo ad esse associati.