

Riassunto

I Scopo e contenuto della valutazione

La **legge sui cartelli (LCart) del 1995** ha profondamente modificato il diritto svizzero della concorrenza e ha gettato le basi del sistema attuale. Essa si articola in tre ambiti fondamentali: gli accordi in materia di concorrenza tra le imprese, le pratiche illecite di imprese che dominano il mercato e i controlli delle concentrazioni di imprese. Con la **revisione parziale del 2003** le autorità svizzere della concorrenza (la Commissione della concorrenza [Comco] e la sua Segreteria) sono state dotate di nuovi strumenti grazie ai quali possono creare condizioni atte a promuovere e a garantire una concorrenza efficace. La revisione del 2003 era incentrata sull'introduzione di **sanzioni dirette** e di nuovi strumenti (programma d'immunità, procedura di opposizione e perquisizioni). La modifica della legge sui cartelli è entrata in vigore il 1° aprile 2004.

L'articolo 59a della legge sui cartelli riveduta nel 2003 formula il **mandato di valutazione**: il Consiglio federale fa valutare l'efficacia delle misure e l'esecuzione della legge sui cartelli, riferisce all'Assemblea federale entro la primavera 2009 e formula proposte per il seguito. La valutazione tiene conto delle direttive del Dipartimento federale dell'economia, della procedura d'esame della politica svizzera in materia di concorrenza condotta dall'OCSE nel 2006 (*peer review*) e di otto interventi parlamentari (interpellanza J. Alexander Baumann, 06.3237, 11.05.2006; postulato della Commissione degli affari giuridici CN, 06.3634, 03.11.2006; interpellanza Eduard Engelberger, 07.3142, 22.03.2007; interpellanza Christophe Darbellay, 07.3192, 23.03.2007; mozione Rolf Schweiger, 07.3856, 20.12.2007; iniziativa parlamentare Hans Kaufmann, 08.443, 13.06.2008; mozione Dominique de Buman, 08.3509, 23.09.08; interpellanza Luc Recordon, 08.3640, 03.10.08).

Oggetto della valutazione erano, da un lato, i nuovi strumenti e le nuove disposizioni della riveduta legge sui cartelli, in particolare le sanzioni dirette, il programma d'immunità, la procedura di opposizione, le perquisizioni, l'articolo 3 capoverso 2 sulla protezione intellettuale, l'articolo 5 capoverso 4 sugli accordi verticali e la clausola concernente le PMI. Si trattava, d'altro lato, di valutare per quanto possibile l'impatto della legge sui cartelli. Infine, la valutazione doveva determinare quali aspetti della legge sui cartelli richiederanno delle modifiche.

Il presente **rapporto di sintesi** si fonda su 15 rapporti e studi redatti nell'ambito della valutazione della legge sui cartelli. Esso fa il punto sugli effetti e sul funzionamento della legge sui cartelli, rileva gli adeguamenti necessari e conclude con una serie di raccomandazioni rivolte al legislatore e agli organi esecutivi (Consiglio federale, Dipartimento federale dell'economia e autorità della concorrenza).

L'esecuzione della valutazione è stata affidata al **Gruppo di valutazione Legge sui cartelli**, composto da un **gruppo di pilotaggio** e da un **gruppo di contatto**. L'istituzione del gruppo di pilotaggio e la selezione dei membri hanno permesso di fornire una duplice garanzia: la valutazione ha potuto fondarsi su un'ampia base di conoscenze e di esperienze ed essere effettuata con la necessaria indipendenza dagli ambienti politici e dalle autorità. Il gruppo di pilotaggio aveva tra l'altro il compito di approvare diversi rapporti (rapporti di valutazione, studi, rapporti di sintesi) redatti e curati dal gruppo di contatto. I lavori di valutazione, iniziati nel marzo 2007, si sono conclusi nel dicembre 2008.

Il gruppo di pilotaggio era composto dai seguenti **membri**: R. Corazza (Segreteria della Comco, direttore, responsabile del progetto di valutazione della LCart e presidente del gruppo di pilotaggio), U. Böge (ex presidente del Bundeskartellamt tedesco e dell'International Competition Networks ICN), A. Brunetti (SECO, capo della Direzione della politica economica), W. Bussmann (UFG, responsabile della valutazione legislativa e delle questioni riguardanti il federalismo), D.

Herren (Università di Berna, Istituto di diritto economico) e V. Martenet (Università di Losanna, vicepresidente della Comco). Il gruppo di contatto era composto da: F. Stüssi (Segreteria della Comco, referente, capo del progetto di valutazione della LCart), B. Zirlick (Segreteria della Comco, capo del centro di competenza Diritto), S. Michal (SECO, capo sostituto del settore Sviluppo economico e politica della concorrenza) e S. Rutz (Segreteria della Comco, capo del centro di competenza Economia).

I singoli **progetti di valutazione** trattavano vari temi a diversi livelli di valutazione: l'efficacia della legge, i risultati delle attività delle autorità della concorrenza, la concezione e l'esecuzione della legge. I risultati si fondano su studi condotti in parte all'interno e in parte all'esterno dell'Amministrazione. Per i progetti esterni sono stati coinvolti gli istituti, le imprese e i periti seguenti: Polynomics AG, il Centro europeo di ricerca economica in collaborazione con il Centro di ricerche congiunturali del PFZ, A. Heinemann, C. Baudenbacher e R. Specht (Specht Consulting GmbH). Le analisi interne all'Amministrazione sono state effettuate da collaboratori della Segreteria della Comco, della SECO e dell'UFG.

II Risultati

Effetti della legge sui cartelli

Gli studi commissionati sull'**analisi degli effetti** hanno evidenziato i noti limiti dei metodi di misurazione quantitativa degli effetti. Quantificare gli effetti economici di una singola legge sull'economia è difficile in quanto quest'ultima, oltre che dalla legge sui cartelli e dalle attività delle autorità della concorrenza, è influenzata da tutta una serie di fattori quali l'andamento congiunturale, le innovazioni tecniche o gli interventi statali. Altrettanto difficoltosa è l'analisi degli effetti delle decisioni concrete prese dalle autorità della concorrenza su mercati rilevanti.

Ciò nonostante, gli esperti hanno tentato di quantificare gli **effetti macroeconomici della legge sui cartelli** in tre settori (commercio al dettaglio, *retailbanking* e approvvigionamento energetico). Le conseguenze di decisioni concrete prese dalla Comco sono inoltre state misurate in base a cinque casi di studio riguardanti alcuni settori chiave della legge sui cartelli (accordi orizzontali, abuso di posizione dominante, concentrazioni di imprese e accordi verticali). Sono state esaminate le cinque seguenti decisioni della Comco: pavimentazioni stradali (DPC 2000/4, p. 588 segg.), Swisscom ADSL (DPC 2004/2, p. 407 segg.), progetto di fusione tra Pfizer e Pharmacia (DPC 2003/2, p. 314 segg.), comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali nel settore della distribuzione d'automobili alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza (DPC 2002/4, p. 770 segg.), sistema dei prezzi imposti e prezzo unico del libro (DPC 2007/2, p. 341 segg.).

Gli studi mostrano *in primo luogo* che un **diritto dei cartelli moderno** e un'**autorità della concorrenza dinamica e indipendente** presentano grandi vantaggi economici per la Svizzera. La legge sui cartelli e la Comco hanno quindi contribuito in modo decisivo al guadagno di efficienza nel campo dell'approvvigionamento energetico. Anche il mercato dei libri ha tratto profitto dall'intervento della Comco. *Secondo*, gli studi evidenziano i **vantaggi di un impiego misurato degli strumenti previsti dal diritto dei cartelli**; un intervento troppo risoluto rischia di indurre disfunzioni nella regolamentazione. In base agli studi effettuati nel commercio al dettaglio e nel *retailbanking*, gli interventi delle autorità della concorrenza hanno comportato rapidi adeguamenti nei settori interessati e hanno consentito economie di scala. *Terzo*, gli studi concernenti i controlli delle concentrazioni di imprese e il trattamento degli accordi verticali nel mercato automobilistico hanno indicato che il **diritto dei cartelli deve essere efficace e le autorità della concorrenza devono disporre di strumenti incisivi** e che l'onere amministrativo delle imprese dev'essere ridotto al minimo. *Quarto*, l'inchiesta condotta sul mercato dell'ADSL ha mostrato che le **regolamentazioni statali possono influire notevolmente sulla concorrenza** e che la **legge**

sui cartelli può correggere solo in parte le lacune esistenti. E *quinto*, la via scelta dal legislatore con l'istituzione dei nuovi strumenti nella legge sui cartelli si è dimostrata atta a rafforzare la concorrenza efficace e a generare così effetti positivi per l'economia.

Effetti dei nuovi strumenti

Le pratiche anticoncorrenziali sono vantaggiose per le imprese fintanto che lo Stato non modifica il loro rapporto costi-vantaggi con un intervento ad hoc (aumentando i costi). La minaccia credibile di dure sanzioni di vario tipo contribuisce a impedire tali pratiche. In questo contesto i nuovi strumenti introdotti con la revisione della legge sui cartelli costituiscono un'importante componente della politica svizzera in materia di concorrenza. Il loro impatto è stato oggetto di **indagini** approfondite presso i diretti interessati: due indagini presso circa 70 avvocati specializzati nel diritto dei cartelli, due indagini presso 100 imprese e 50 associazioni, tre indagini presso i collaboratori della Segreteria della Comco, interviste strutturate uniche presso sette avvocati specializzati nel diritto dei cartelli, dieci grandi imprese svizzere e quattro associazioni, un'indagine presso esperti stranieri.

Le indagini hanno mostrato che, **complessivamente**, i **nuovi strumenti** istituiti dalla revisione della legge sui cartelli – sanzioni dirette, programma d'immunità, perquisizioni, procedura di opposizione e disposizione finale – si sono rivelati **utili** poiché contribuiscono a **impedire o a individuare le limitazioni della concorrenza** nonché a **promuoverla**. È inoltre emerso che la revisione della legge sui cartelli ha accresciuto **l'effetto preventivo** della legge, la **conformità al diritto dei cartelli** e il **timore delle imprese** che le autorità preposte alla concorrenza individuino dei comportamenti illeciti. Si constata pertanto una maggiore diffusione di programmi di collaborazione in materia di antitrust (*antitrust compliance programs*). I nuovi strumenti introdotti hanno aumentato la **disponibilità a cooperare** delle imprese e hanno rafforzato la **posizione delle autorità della concorrenza**.

L'obiettivo del legislatore è quindi in linea di principio raggiunto. Gli effetti indotti dalla revisione della legge sui cartelli derivano soprattutto dalla possibilità di applicare **sanzioni dirette** e di effettuare **perquisizioni**. Dalle esperienze acquisite dalle autorità della concorrenza, riscontrabili anche sul piano internazionale, risulta che il **programma d'immunità** si profila sempre di più come strumento indispensabile per individuare e dimostrare l'esistenza di ostacoli alla concorrenza.

I nuovi strumenti comportano però anche **un carico di lavoro più elevato** e un maggior fabbisogno di risorse. La revisione ha inoltre determinato, benché solo temporaneamente, una **diminuzione della sicurezza giuridica**. Alcuni segnali hanno indotto a pensare che il nuovo diritto tende a considerare determinate pratiche delle imprese e delle autorità più problematiche rispetto al precedente.

Esiste un **potenziale di miglioramento** per quanto riguarda la *procedura di opposizione* e le risorse disponibili. Riguardo alla *possibilità di sanzionamento diretto* di accordi di cartello particolarmente dannosi, è inoltre importante chiarire la nozione di *confutazione della presunzione di illiceità*.

- Al fine di adempiere la volontà del legislatore, occorre confermare nella formulazione dell'articolo 49a capoverso 1 LCart (*sanzioni dirette*) che gli accordi particolarmente dannosi in materia di concorrenza (cartelli *hard core*) sono punibili a prescindere dalla confutazione della presunzione di soppressione della concorrenza efficace.
- L'introduzione delle possibilità di sanzionamento rende necessaria una corrispondente *procedura di opposizione* onde instaurare la maggiore sicurezza giuridica possibile. Questa procedura consente alle imprese di sottoporre all'esame delle autorità della concorren-

za il potenziale di dannosità racchiuso nei loro progetti di strategie commerciali e di prodotti. La possibilità di applicare sanzioni dirette nella procedura di opposizione non dovrebbe tuttavia essere ripristinata all'apertura di un'inchiesta preliminare, bensì all'apertura di un'inchiesta, e il termine legale di cinque mesi dovrebbe essere abbreviato. Sarebbe ipotizzabile un termine di due fino a tre mesi o un termine di un mese con opzione di proroga di due mesi (analogamente a quanto avviene per il controllo delle concentrazioni di imprese).

- I nuovi strumenti comportano un carico di lavoro più elevato. Benché fosse stato previsto, nell'ambito della revisione del 2003, di dotare la Segreteria della Comco di 15 posti supplementari, i mezzi stanziati fino a fine novembre 2008 le hanno permesso di creare solo cinque nuovi posti. Per rendere il diritto dei cartelli ancora più efficace è necessario migliorare la dotazione di *risorse finanziarie e umane* della Segreteria della Comco.

Durata, esito e numero delle procedure avviate dalle autorità della concorrenza

Un'analisi approfondita della durata di 142 inchieste preliminari e 79 inchieste dal punto di vista del grado di avanzamento e delle vie ricorsuali indica che la **durata delle procedure** varia fortemente e dipende da molti fattori o dalle circostanze specifiche. Anche se l'efficienza della procedura può quasi sempre essere ottimizzata, in linea di massima l'analisi non ha dimostrato che le autorità della concorrenza dovrebbero prendere provvedimenti immediati. Non vi sono elementi per affermare che le procedure esaminate erano troppo lunghe.

L'analisi dell'**esito delle procedure** avviate dalle autorità della concorrenza intendeva accertare il tasso di *successo* della Comco, sia per la causa principale che per cause secondarie. Sono state esaminate anche le varie tappe delle procedure di ricorso e il bilancio della Comco davanti alle singole istanze ricorsuali, ossia la ex Commissione di ricorso in materia di concorrenza (REKO/WEF), il Tribunale amministrativo federale (TAF) e il Tribunale federale (TF). Sono state prese come dati di riferimento le decisioni pubblicate nella DPC tra il 1997 e il 2007. L'analisi indica che il *bilancio globale della Comco* è positivo. Il 70% delle decisioni pronunciate le hanno dato ragione (nelle cause secondarie l'80%). L'analisi particolareggiata delle decisioni del TAF e del TF mostra che la Comco vince più spesso le cause avviate presso il TF che non presso il TAF (o soprattutto presso l'ex REKO/WEF). Il bilancio leggermente più negativo davanti al TAF è tuttavia relativizzato dalle decisioni pronunciate dal TF e dai cambiamenti di pratiche delle imprese (nonostante il successo ottenuto nelle cause). Davanti alle istanze ricorsuali la Comco presenta un maggior tasso di successo nelle cause secondarie che non nelle cause principali.

Il **numero delle procedure** delle *autorità della concorrenza svizzere* è stato **confrontato**, sulla base di un campione, con quello delle *autorità europee*. Il **confronto, effettuato tenendo conto del budget e della dotazione di personale (numero di persone occupate)**, indica che tra il 2002 e il 2005 le autorità della concorrenza svizzere hanno trattato **quasi lo stesso numero di procedure** delle autorità della concorrenza europee.

Riassumendo, le analisi del *numero*, della *durata* e dell'*esito* delle procedure avviate dalle autorità della concorrenza tracciano un quadro soddisfacente.

La legge sui cartelli nel confronto internazionale

Un confronto effettuato tra il diritto svizzero dei cartelli e quello di altri **Paesi e comunità** (UE, Francia, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito, USA) ha mostrato che, in seguito alle riforme del 1995 e del 2003, il diritto svizzero si è avvicinato alle migliori pratiche (*best practice*) internazionali. Gli obiettivi perseguiti e gli strumenti previsti corrispondono in ampia misura alle esigenze di una legislazione moderna in materia di cartelli.

In alcuni settori, tuttavia, il diritto svizzero dei cartelli non soddisfa gli standard internazionali. Ciò è dovuto, da un lato, al fatto che alcune riforme previste in Svizzera nel quadro delle passate revisioni sono state rinviate e, dall'altro, al fatto che nel frattempo le condizioni legali all'estero sono progredite. Nei seguenti settori sono **necessari degli adeguamenti**: a) organizzazione istituzionale (professionalizzazione e attribuzione più chiara delle competenze), b) collaborazione internazionale (possibilità di cooperare con le autorità estere per combattere le pratiche anti-concorrenziali), c) trattamento di accordi verticali (trattamento caso per caso, adeguamento alla complessità del mercato e alla dottrina economica attuale), d) controllo delle concentrazioni di imprese (modernizzazione dei test e modifica dei criteri soglia), e) procedura civile (generale rafforzamento delle azioni di diritto civile), f) sanzioni applicabili alle persone fisiche (introduzione di sanzioni amministrative individuali).

Questi ambiti sono stati esaminati minuziosamente nella valutazione. Attuando le **raccomandazioni** proposte dal Gruppo di valutazione Legge sui cartelli, si permetterebbe al diritto svizzero dei cartelli di integrare le conoscenze più recenti in quest'ambito.

Aspetti istituzionali

Gli studi effettuati nell'ambito della valutazione mostrano che la Commissione e la sua Segreteria necessitano di **miglioramenti** anche se l'organizzazione prevista dalla legge e dal regolamento interno permette in linea di principio di svolgere un buon lavoro. Per migliorare la professionalità e l'efficienza delle autorità della concorrenza è indispensabile, in primo luogo, modificare le disposizioni legali (*de lege ferenda*). Prima che le modifiche entrino in vigore (e in parte indipendentemente da ciò) si possono, in secondo luogo, già conseguire sostanziali miglioramenti nell'ambito del sistema vigente mediante l'adozione di misure a breve e medio termine concernenti l'organizzazione della Commissione e la trattazione degli affari (metodi di lavoro presso la Comco e la Segreteria) (*de lege lata*).

Al fine di ottimizzare le modalità strutturali e di funzionamento delle autorità della concorrenza previste dalla legge sono necessari i seguenti **adeguamenti della legislazione** (*de lege ferenda*):

- Le autorità della concorrenza – sia che presentino una forma di organizzazione a uno o due livelli – devono essere strutturate in modo **completamente indipendente**: sul piano politico, non devono includere rappresentanti di interessi o mandati amministrativi; la messa a concorso di posti per l'organo decisionale avviene in base a una proposta di un gruppo di specialisti e la scelta è effettuata dal Consiglio federale o dal Parlamento.
- L'**organo decisionale** dell'autorità strutturata a uno o due livelli dev'essere professionalizzato in funzione delle dimensioni (da tre a cinque membri), delle competenze (equilibrio tra esperti di diritto dei cartelli e diritto amministrativo ed esperti economici di microeconomia ed economia industriale), del grado di occupazione (almeno presidenza a tempo pieno) e del reclutamento nonché degli incentivi pecuniari e alla carriera.
- L'attribuzione delle competenze all'interno delle autorità della concorrenza - della Commissione (autorità decisionale) e della sua Segreteria (autorità d'inchiesta) - dev'essere definita più chiaramente, sia tramite l'unificazione delle due autorità (**autorità a un solo livello**) sia tramite la loro chiara separazione (**autorità a due livelli**). Il Gruppo di valutazione Legge sui cartelli propende per la variante dell'**autorità a un solo livello**.

De lege lata le **misure** a breve e medio termine comportano notevoli miglioramenti, con un onere accettabile, per i lavori della legislatura corrente. Esse consentono di migliorare le prestazioni, la gestione e i processi decisionali della Comco, l'orientamento dei processi e la cultura imprenditoriale nella Segreteria della Comco e il coordinamento tra la Commissione e la Segreteria. Le

misure devono essere attuate nell'ambito di un progetto che beneficia di un'assistenza esterna e sono già state avviate. Il 15 settembre 2008 la Comco ha quindi deciso di adottare provvedimenti corrispondenti che vanno accolti favorevolmente. Lo stesso giorno la Commissione ha deciso di rinunciare al modello delle camere a favore del modello della presidenza. Anche questa decisione è considerata positiva. La presidenza dovrebbe tuttavia essere completata dalla presenza di un economista indipendente (secondo vice presidente).

Collaborazione con le autorità estere

In seguito all'infittirsi delle interazioni economiche mondiali e alla crescente liberalizzazione, sono aumentate anche le **limitazioni transfrontaliere della concorrenza** comprese nella sfera di competenza delle autorità di diversi Paesi. Lo scambio internazionale tra specialisti su temi giuridici ed economici legati alla concorrenza riveste un'importanza crescente per il lavoro quotidiano delle autorità della concorrenza. Questo scambio aumenta le conoscenze nazionali e internazionali delle autorità e la possibilità di perseguire le limitazioni transfrontaliere della concorrenza.

La collaborazione internazionale della Svizzera **si limita** tuttavia a uno **scambio informale di informazioni**. Da un lato, esistono possibilità informali di cooperazione tra le autorità svizzere ed estere in materia di concorrenza. Dall'altro, le organizzazioni internazionali offrono una piattaforma per lo scambio informale astratto su "questioni pratiche in materia di concorrenza" (ad es. OCSE, International Competition Network ICN). Lo scambio di informazioni si svolge per principio indipendentemente da casi concreti.

La Svizzera non ha finora sottoscritto alcun *accordo di cooperazione internazionale* esaustivo e non prevede alcuna *norma legale* nazionale che disciplini lo **scambio formale di informazioni** tra le autorità della concorrenza. A livello bilaterale esiste unicamente l'accordo sul trasporto aereo tra la Svizzera e l'UE. Benché la maggior parte degli attuali *accordi di libero scambio* contengano disposizioni in materia di concorrenza che prevedono una cooperazione, il livello di collaborazione varia a seconda dei casi e non include lo scambio di informazioni confidenziali. L'accordo di libero scambio negoziato recentemente con il Giappone contiene un capitolo esaustivo sulla cooperazione in materia di concorrenza, ma non consente ancora uno scambio di informazioni confidenziali in casi concreti.

Lo scambio formale di informazioni confidenziali tra le autorità svizzere ed estere in materia di concorrenza presuppone la conclusione di **accordi di cooperazione** con i principali partner commerciali. Allo stesso scopo è necessario introdurre a titolo complementare nel diritto svizzero una **base legale formale** che consenta alle autorità della concorrenza, a determinate condizioni, di comunicare dati.

Controllo delle concentrazioni di imprese

Il sistema svizzero di **controllo delle concentrazioni** di imprese, rispetto a quello di altri Paesi, non consente interventi a favore della concorrenza e presenta delle lacune. In base al diritto attuale, la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante non sono sufficienti affinché la Comco possa vietare una fusione. La posizione dominante deve anche essere tale da eliminare la concorrenza efficace (e non soltanto da intralciarla notevolmente). Di conseguenza, i limiti al divieto di una fusione in Svizzera sono molto maggiori che negli altri Paesi europei e in altri Paesi industriali con un ordinamento giuridico paragonabile. Vi è così il rischio che si debbano ammettere delle fusioni che provocano notevoli limitazioni della concorrenza ed effetti nocivi per l'economia e i consumatori svizzeri.

Un'**armonizzazione** del sistema svizzero di controllo delle concentrazioni di imprese con quello europeo comporterebbe grandi vantaggi. Oltre a permettere un'analisi degli effetti moderna (*test*

*SIEC, obiezione del guadagno di efficienza, standard dinamico di **benessere dei consumatori***), che offrirebbe maggiori garanzie per l'adozione di decisioni economicamente opportune, prospetterebbe un consolidamento della prassi decisionale nonché una riduzione della mole di lavoro per le autorità e l'economia in caso di fusioni transfrontaliere.

Se il test per l'accertamento di una notevole limitazione della concorrenza (introduzione di un test SIEC) sarà riveduto, si dovranno riesaminare anche i **criteri soglia**: a) **riduzione degli importi limite** a un livello simile a quello di altri Paesi europei, b) conclusione di un **accordo bilaterale con l'UE** (ed eventualmente importanti Stati industriali) riguardo a fusioni transfrontaliere e c) **introduzione di una presunzione di illiceità** per le fusioni non soggette ad autorizzazione (possibilità di esaminare le fusioni non soggette ad autorizzazione che appaiono problematiche). Occorre tener conto in tale ambito delle interdipendenze tra a e c.

Nel caso di una revisione del controllo delle concentrazioni di imprese si dovrebbero inoltre **esaminare attentamente** diverse **questioni giuridiche** che sono emerse nel corso della valutazione delle concentrazioni. **Ad esempio**, le esigenze relative a un **annuncio** di concentrazioni riguardanti mercati di dimensione internazionale o la possibilità di una proroga dei termini legali per la valutazione di una concentrazione.

Accordi verticali

In occasione della revisione del 2003 il legislatore ha inasprito il diritto dei cartelli per quanto concerne gli accordi verticali tra imprese collocate a diversi livelli di mercato. Il nuovo **articolo 5 capoverso 4 LCart** prevede che la soppressione di una concorrenza efficace è presunta in caso di accordi verticali che impongono prezzi minimi o fissi e in caso di accordi che assegnano zone nell'ambito di contratti di distribuzione. L'adozione dell'**articolo 5 capoverso 4 LCart** si inserisce nel quadro della discussione - avviata prima della revisione della legge e proseguita anche in seguito - sull'esistenza o meno di un'*isola svizzera dai prezzi elevati*, soprattutto rispetto all'UE.

Dopo l'entrata in vigore del nuovo articolo, la Comco ha adattato al nuovo testo la sua **comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali** (DPC 2007/4, 675 segg.). Con questa comunicazione la Comco indica i criteri secondo cui valuterà la presunzione della soppressione della concorrenza efficace, la portata della limitazione della concorrenza e i motivi giustificativi.

Sia l'articolo di legge che la comunicazione hanno suscitato e continuano a suscitare numerose **critiche**, che nel corso della valutazione sono state esaminate in diverse ottiche. *In primo luogo*, da un **confronto degli ordinamenti giuridici** risulta che a livello internazionale si delinea la tendenza a una *flessibilizzazione* e al *trattamento* delle limitazioni verticali *per singoli casi* in funzione delle condizioni concrete del mercato. Si sta facendo strada l'idea secondo cui non vi è una regola generale per definire gli effetti di alcune categorie di accordi verticali in materia di concorrenza.

In secondo luogo, **la teoria economica e l'analisi empirica** confermano i risultati del confronto internazionale. *Da un lato*, un atteggiamento più restrittivo nei confronti di alcuni accordi verticali non può essere economicamente giustificato. *Dall'altro*, le limitazioni verticali possono rivelarsi uno strumento efficace per risolvere problemi di coordinamento all'interno di catene di produzione verticali e influire positivamente sul livello di benessere. Se la struttura del mercato consente una concorrenza tra marche, è improbabile che le limitazioni verticali abbiano effetti dannosi.

In terzo luogo, su 91 affari concernenti **accordi verticali portati davanti alla Comco** dopo l'entrata in vigore del nuovo articolo e analizzati nell'ambito della valutazione, la maggior parte è risultata **lecita** (o perlomeno non presentava indizi di pratiche illecite). Ciò è dovuto soprattutto al fatto che le pratiche non avevano effetti notevoli sulla concorrenza (quasi il 70% dei casi).

Adottando l'articolo 5 capoverso 4 LCart, il legislatore svizzero si è distanziato dalla prassi internazionale (in particolare quella comunitaria) come pure dalla dottrina e dalle prassi economiche predominanti per il trattamento degli accordi verticali nell'ambito del diritto dei cartelli. Inoltre, con la sua comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali, la Comco ha ulteriormente inasprito la soluzione proposta dal Parlamento. Questo orientamento rischia di intralciare accordi verticali efficaci tra operatori economici che si collocano a diversi livelli di mercato. È pertanto necessario apportare delle **modifiche nella legge e nella sua applicazione**:

- In relazione alle limitazioni verticali occorre rinunciare alla *presunzione della soppressione della concorrenza efficace* prevista dalla legge. Si deve invece *mantenere* il sistema delle *sanzioni dirette* in caso di prezzi minimi o fissi e di limitazioni territoriali.
- Le cifre 10 e 12 della *comunicazione riguardante gli accordi verticali* devono essere adeguati. Il primo, nel senso che la prova di una concorrenza tra fornitori di marche diverse (concorrenza *interbrand*) dev'essere sufficiente per confutare la presunzione della soppressione della concorrenza efficace. Il secondo, nel senso che si deve abbandonare il legame automatico tra limitazioni verticali e notabilità della limitazione. Nel prossimo riesame della *comunicazione della Comco riguardante gli accordi verticali nella distribuzione di automobili* si dovrà tener conto di questo aspetto.

Procedura civile in materia di diritto dei cartelli

Dato il numero esiguo di azioni civili concernenti il diritto dei cartelli condotte davanti ai competenti tribunali cantonali (ovvero le istanze competenti in Svizzera), questo settore in Svizzera non ha molta **rilevanza**. Alle condizioni attuali si riscontrano pareri divergenti sull'opportunità di un rafforzamento della via civile e dello sviluppo dei mezzi e degli strumenti necessari. I tribunali tendono a pronunciarsi contro un tale rafforzamento.

Contrariamente alla cautela manifestata in Svizzera, a livello **internazionale** è in corso un dibattito sull'importanza delle azioni civili nel diritto dei cartelli e sono state prese misure nel senso di un rafforzamento delle disposizioni del diritto dei cartelli in materia civile. Come ben attestano due studi condotti nell'ambito della valutazione, vi sono diversi fattori che si oppongono allo sviluppo delle azioni civili in Svizzera. Per accordare più importanza alle procedure di diritto privato è dunque necessario adattare il quadro giuridico generale in modo tale da incentivare gli interessati a esercitare i loro diritti mediante un'azione civile. Le modifiche dovrebbero essere integrate nel sistema giuridico vigente.

Occorre accordare **più importanza** alle azioni civili in materia di diritto dei cartelli prendendo una serie di misure che diano agli operatori del mercato maggiori possibilità di combattere in modo autonomo contro le limitazioni della concorrenza. Le principali misure riguardano l'assunzione delle prove, la legittimazione ad agire e il risarcimento dei danni. Al fine di evitare gli abusi, conviene rinunciare a integrare i risarcimenti multipli e le azioni collettive (*class actions*). L'azione di diritto privato non è in concorrenza con la procedura amministrativa, ma interviene come strumento supplementare nell'applicazione del diritto dei cartelli. Lo svolgimento parallelo delle procedure civili e amministrative non dovrebbe presentare particolari problemi.

Diritto procedurale e CEDU

La revisione della legge sui cartelli del 2003 ha riguardato solo minimamente il **diritto procedurale**. Ciò è tanto più degno di nota in quanto, in rapporto al diritto superiore (Costituzione federale e CEDU) e alle esigenze di equità, ma anche di efficienza della procedura, le questioni che si ponevano erano molte, soprattutto a causa dell'introduzione delle sanzioni dirette, del programma d'immunità e delle perquisizioni. Nella valutazione si trattava, *da un lato*, di esaminare, in base a una selezione di temi importanti, se e come fosse possibile soddisfare un'applicazione

del diritto dei cartelli efficiente e rispettosa dei principi che reggono l'attività dello Stato, sia dal punto di vista delle persone interessate che delle autorità responsabili. Si doveva, *d'altro lato*, determinare se l'adozione di norme procedurali specifiche per il diritto dei cartelli fosse indicata e se l'applicazione della legge sui cartelli sollevasse problemi (procedurali) nell'ottica della CEDU.

Secondo un'analisi effettuata nell'ambito della valutazione, il diritto procedurale non richiede **modifiche** di fondo. Un diritto specifico per il disciplinamento della procedura nel diritto dei cartelli non è necessario. Molti problemi possono essere risolti mediante l'applicazione pragmatica delle vigenti norme di diritto procedurale e attraverso adeguamenti puntuali. Questo principio vale anche per i problemi (procedurali) che si pongono in rapporto alla **CEDU** nell'applicazione della legge sui cartelli.

*Sono invece opportune **modifiche puntuali** della legge sui cartelli e della legge federale sulla procedura amministrativa (PA).*

- *Da un lato*, la legge contiene diversi *punti vaghi che lasciano un margine d'interpretazione* e ciò implica una certa insicurezza giuridica sia per le autorità che per le imprese. I punti da precisare riguardano in particolare l'obbligo di informare imposto alle parti alla procedura, il *legal privilege*, l'obbligo di pagare gli emolumenti, l'obbligo di pagare gli interessi di mora, la partecipazione della presidenza alle inchieste, il diritto delle parti di esprimersi su un progetto di decisione e la praticabilità delle procedure collettive. In questi ambiti un adeguamento delle basi legali presenterebbe dei vantaggi.
- *D'altro lato*, la *giurisprudenza delle istanze di ricorso* potrebbe richiedere una revisione della legge sui cartelli se intralciasse gravemente o completamente l'azione delle autorità contro le limitazioni della concorrenza. Si tratta essenzialmente di questioni istituzionali riguardanti l'indipendenza delle autorità e più precisamente la delimitazione dei compiti e delle competenze tra autorità incaricate dell'inchiesta e autorità decisionali.

Diversamente, nel caso in cui l'ordinamento in vigore produca effetti positivi, bisognerebbe evitare di modificare e, in particolare, di **indebolire** le norme in vigore che si sono dimostrate valide nell'ordinamento attuale, ad esempio rifiutando di integrare nella legge federale sui giuristi d'impresa una disposizione che riduca l'efficacia delle perquisizioni effettuate nell'ambito del diritto dei cartelli (*legal privilege*) o respingendo l'eliminazione delle sanzioni nei programmi di adesione volontaria (*compliance programs*).

Occorre infine adattare la legge quando si devono **allentare le procedure** o introdurre nuovi strumenti che consentano di meglio individuare le limitazioni illecite della concorrenza (ad es. inversione dell'onere della prova sulle imprese per giustificare le loro azioni, sanzionamento delle persone fisiche, esecutorietà immediata delle decisioni concernenti il diritto dei cartelli, estensione dei mezzi di sorveglianza e di inchiesta, ecc.).

Sanzionamento di persone fisiche

Recentemente si sta affermando *a livello internazionale* l'opinione secondo cui una protezione efficace della concorrenza presuppone il sanzionamento delle persone responsabili oltre che delle imprese. Sia che assumano una forma *amministrativa o penale*, le **sanzioni inflitte alle persone fisiche** hanno un effetto dissuasivo molto maggiore di quelle inflitte alle imprese. L'istituto giuridico della sanzione inflitta alle persone fisiche va considerato, in linea di principio, come uno strumento legislativo adeguato per l'applicazione effettiva del diritto in materia di concorrenza.

Benché l'introduzione di sanzioni nei confronti di persone fisiche possa essere un **mezzo efficace** per *inasprire il diritto dei cartelli*, occorre sottolineare che essa implicherebbe notevoli *cambiamenti del quadro legale*. Attualmente in Svizzera simili misure non sono particolarmente ur-

genti poiché, contrariamente alla maggior parte delle giurisdizioni esaminate nell'ambito dell'inchiesta, in Svizzera non è ancora stato sfruttato tutto il potenziale dell'istituto delle sanzioni amministrative nei confronti delle imprese. Finché le possibilità offerte dall'articolo 49a LCart non saranno esaurite sarà difficile paragonare la situazione della Svizzera con quella degli Stati Uniti, dell'UE o della Germania. Un sistema di sanzioni deve essere giudicato nella sua globalità (diritto amministrativo, penale e privato).

Benché l'introduzione di **sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche** (incluse le pene privative della libertà) abbia un notevole potenziale dissuasivo, non è per il momento pertinente.

Sarebbe invece opportuno prendere in considerazione l'introduzione di **sanzioni amministrative nei confronti delle persone fisiche** (ovvero multe). La loro introduzione può essere uno strumento efficace per inasprire la legge sui cartelli. Le autorità della concorrenza dovrebbero però dapprima sviluppare, in base al diritto in vigore, una prassi consistente di sanzioni amministrative nei confronti delle imprese emanando principi direttivi che garantiscano alle imprese e alle persone fisiche responsabili prevedibilità e sicurezza giuridica. Le sanzioni individuali dovrebbero **aggiungersi alle sanzioni nei confronti delle imprese**. La loro introduzione consentirebbe una ripartizione più equa delle responsabilità tra le imprese e i singoli collaboratori. Bisognerebbe tuttavia evitare che le imprese scarichino le loro responsabilità sui collaboratori. Si dovrebbero limitare le sanzioni agli **accordi orizzontali "hard core" particolarmente dannosi**. Onde evitare la separazione delle competenze, la facoltà di sanzionare amministrativamente dovrebbe essere trasferita per quanto possibile all'autorità amministrativa, quindi alla Comco e al Tribunale amministrativo federale. Per mantenere l'effetto preventivo si dovrebbe inoltre legiferare in modo tale che la sanzione individuale inflitta a un collaboratore non si ripercuota sull'impresa, che si troverebbe in definitiva a farne le spese. Infine, le sanzioni amministrative individuali dovrebbero poter essere combinate con un **programma d'immunità per le persone fisiche**.

Rapporto tra la proprietà intellettuale e il diritto dei cartelli

Il Tribunale federale si era pronunciato, nella sua sentenza Kodak (DTF 126 III 129 segg.), a favore del principio dell'*esaurimento nazionale* nel **diritto dei brevetti**. Allo stesso tempo, aveva constatato che la prerogativa di impedire importazioni parallele poteva, in alcune circostanze, essere in contrasto con la concorrenza, e che il diritto dei cartelli poneva dei limiti all'esaurimento nazionale nel diritto dei brevetti. Il legislatore ha successivamente riveduto l'articolo 3 capoverso 2 LCart. L'importanza pratica dell'articolo 3 capoverso 2 LCart risiede in particolare nel suo rapporto con le importazioni parallele di beni brevettati. Se le importazioni parallele sono vietate o limitate a causa di accordi contrattuali e di una pratica, di fatto, "corrispondente" del detentore dei diritti di protezione, il caso può essere valutato in base alle disposizioni di diritto materiale della legge sui cartelli.

La valutazione indica che in pratica il **margin**e di manovra per l'applicazione dell'articolo 3 capoverso 2 LCart è **ristretto**. Evidentemente, l'insicurezza giuridica o il rischio sono oggi troppo elevati per gli attori potenzialmente interessati, i quali preferiscono rinunciare alle importazioni parallele piuttosto che affidarsi agli eventuali effetti della legge sui cartelli. In tal caso viene meno anche la pressione disciplinante dovuta alla possibilità di effettuare importazioni parallele. Non sorprende il fatto che la giurisprudenza sia scarsa. Anche in futuro non ci si dovranno attendere grandi effetti dall'articolo 3 capoverso 2 LCart. Se si vogliono promuovere le importazioni parallele e impedire gli effetti di isolamento che possono derivare dall'esaurimento nazionale e che intralciano la concorrenza, sarebbero più efficaci misure correttive nel diritto dei brevetti, attualmente sottoposto all'esame del Parlamento.

Clausola PMI e comunicazione sull'utilizzazione degli schemi di calcolo

Nel 2005, basandosi sul nuovo articolo 6 capoverso 1 lettera e LCart (*clausola PMI*), la Comco ha adottato la *comunicazione sulle PMI* (DPC 2006/1 p. 209 segg.) e dopo due anni ne ha *controllato* gli effetti. Ha inoltre esaminato l'effetto della *comunicazione sull'utilizzazione degli schemi di calcolo* (DPC 1998/2, p. 351 segg.).

L'obiettivo della **comunicazione sulle PMI** è di permettere alle PMI di meglio identificare le pratiche problematiche dal punto di vista del diritto dei cartelli. Nella **comunicazione sull'utilizzazione degli schemi di calcolo**, la Comco stabilisce a quali condizioni gli accordi tra imprese collocate allo stesso livello di mercato riguardanti l'utilizzazione di schemi di calcolo e le corrispondenti attività intermedie di associazioni di categoria o di terzi possono, in generale, essere giustificati per motivi di efficienza economica.

Dopo l'analisi, le autorità della concorrenza sono giunte alla conclusione che una modifica della comunicazione sulle PMI e della comunicazione sull'utilizzazione di schemi di calcolo non era urgente e che una parte delle richieste espresse da alcuni ambienti professionali (ad es. ammissibilità di accordi orizzontali *hard core* per le PMI) era incompatibile con la legge sui cartelli. Le autorità della concorrenza hanno sufficientemente dimostrato che le due comunicazioni hanno creato una **sicurezza giuridica** e prodotto i loro **effetti**. Una revisione di queste due comunicazioni non è opportuna.

III Sintesi e raccomandazioni

Il rendimento e il potenziale di crescita di un'economia a lungo termine dipendono da numerosi fattori riguardanti la politica economica e le condizioni economiche quadro. È dimostrato che una concorrenza efficace è una delle condizioni principali per il raggiungimento di un'efficienza economica totale e quindi anche un'ottimizzazione del benessere. La legge sui cartelli, che secondo il suo articolo 1 ha lo scopo di promuovere una **concorrenza efficace**, deve quindi essere incisiva.

Complessivamente il concetto della legge sui cartelli **ha dato buoni risultati**. Gli strumenti introdotti dalla revisione della legge sui cartelli, in particolare, soddisfano le aspettative del legislatore. Sono tuttavia **possibili** e **necessari** dei **miglioramenti** in diversi punti, ragione per cui il Gruppo di valutazione Legge sui cartelli ha redatto le 14 raccomandazioni seguenti. Per concretizzare le raccomandazioni nella legge e formulare gli articoli di legge corrispondenti è necessario istituire un gruppo di esperti.

Raccomandazioni

La raccomandazione n. 1 costituisce la **principale constatazione** della valutazione.

1. Si deve mantenere il **concetto della legge sui cartelli** introdotto nel 1995 e riveduto nel 2003. Non è necessaria una rielaborazione fondamentale degli strumenti aggiunti nel 2003 (sanzioni dirette, programma d'immunità e perquisizioni).

I miglioramenti considerati nelle raccomandazioni n. 2 – 5 sono **prioritari** e giustificano una revisione della legge sui cartelli.

2. Le **autorità della concorrenza** devono essere totalmente **indipendenti dagli ambienti politici ed economici** e **gli organi decisionali devono essere professionalizzati**. La **Commissione e la Segreteria** devono essere **riunite** in un'autorità **a un solo livello**.

3. Per poter procedere a uno scambio formale di informazioni confidenziali tra le autorità della concorrenza svizzere ed estere, vanno conclusi **accordi di cooperazione** con i principali partner commerciali. È inoltre importante, allo stesso scopo, introdurre una **base legale formale** nel diritto svizzero che, a determinate condizioni, autorizzi le autorità della concorrenza a comunicare dati.
4. Si deve armonizzare il **controllo delle concentrazioni** di imprese svizzero con quelli dell'UE. Istituzione del test SIEC e dell'obiezione del guadagno di efficienza con uno standard di benessere adatto alla Svizzera (standard dinamico di benessere dei consumatori). Parallelamente si devono adattare i criteri soglia (in particolare abbassare gli importi soglia).
5. In relazione alle **limitazioni verticali** occorre abbandonare la presunzione di soppressione della concorrenza prevista dalla legge. Si deve invece mantenere il sistema delle sanzioni dirette in caso di prezzi minimi o fissi illeciti e di limitazioni territoriali illecite.

Nell'ambito di una revisione si devono inoltre attuare le raccomandazioni n. 6 – 10:

6. Si devono rafforzare gli strumenti **d'affermazione del diritto civile in materia di diritto dei cartelli**. Le imprese, i consumatori e le associazioni interessati dalle limitazioni della concorrenza devono quindi disporre di migliori strumenti per far rispettare i loro diritti (in particolare per quanto riguarda l'assunzione delle prove, la legittimazione ad agire e il risarcimento dei danni).
7. Gli strumenti di applicazione amministrativa del diritto dei cartelli (**diritto procedurale**) devono essere migliorati (in particolare per quanto concerne l'esecutorietà, l'inversione dell'onere della prova, procedure di massa). Si deve invece respingere un *legal privilege* per i giuristi d'impresa e l'assenza di un sanzionamento nell'ambito dei *compliance programs*.
8. Si deve confermare espressamente all'articolo 49a capoverso 1 LCart (**sanzioni dirette**) che gli accordi illeciti particolarmente dannosi (cartelli *hard core*) sono punibili indipendentemente dalla confutazione della presunzione della soppressione della concorrenza efficace.
9. La possibilità di applicare sanzioni dirette nella **procedura di opposizione** ai sensi dell'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart non dev'essere ripristinata all'apertura di un'inchiesta preliminare, bensì all'apertura di un'inchiesta, e il termine legale di cinque mesi deve essere abbreviato.
10. Dev'essere elaborata una proposta concernente l'introduzione di **sanzioni amministrative nei confronti delle persone fisiche**.

Nell'ambito dell'**esecuzione** si devono concretizzare, senza modifiche legislative, le raccomandazioni n. 11 – 14:

11. Le cifre 10 e 12 della **comunicazione riguardante gli accordi verticali** devono essere adattati. Il primo, nel senso che la prova di una concorrenza tra fornitori di marche diverse (concorrenza *interbrand*) dev'essere sufficiente per confutare la presunzione della soppressione della concorrenza efficace. Il secondo, nel senso che si deve abbandonare il legame automatico tra limitazioni verticali e notabilità della limitazione. Nel prossimo riesame della **comunicazione riguardante gli accordi verticali nella distribuzione di automobili** si dovrà tener conto di questo aspetto.
12. Le misure a breve termine elaborate in occasione dell'analisi funzionale volta a migliorare il metodo di lavoro delle **autorità della concorrenza** devono essere poste in atto nell'ambito di un progetto che beneficia di un'assistenza esterna.

13. La **presidenza della Comco** dev'essere completata dalla presenza di un economista indipendente in qualità di secondo vice presidente.
14. Per rendere ancora più efficace il diritto dei cartelli, è importante migliorare la **dotazione** di risorse finanziarie e umane della Segreteria della Comco.