

Diritto svizzero dei cartelli: cambiamento radicale

dossierpolitica

4 giugno 2012

Numero 12

Revisione della legge sui cartelli. Nel suo messaggio del 22 febbraio 2012 concernente la revisione della legge sui cartelli, il Consiglio federale propone un cambiamento radicale del diritto della concorrenza: tre tipi di accordi orizzontali e due verticali saranno vietati, a meno che essi non siano giustificati da motivi d'efficienza economica (introduzione di un «divieto parziale dei cartelli»). Nel settore istituzionale, il progetto di legge prevede la creazione di un'autorità della concorrenza dotata di uno statuto autonomo e la creazione di un tribunale della concorrenza collegato al Tribunale amministrativo federale. Si passerebbe così da una procedura amministrativa ad una procedura giudiziaria. L'introduzione di una «Compliance Defence» costituisce un'altra novità importante. *economiesuisse* è aperta ad una modernizzazione del diritto dei cartelli, ma ritiene che il progetto non soddisfi per ora pienamente i criteri economici e le esigenze di ordine pratico.

La posizione di *economiesuisse*

- ▶ La revisione deve orientarsi ad obiettivi e criteri economici, senza cedere alle sirene di un miope populismo.
- ▶ L'ordinanza relativa alle possibilità di giustificazione nell'ambito del divieto parziale dei cartelli deve essere resa pubblica per garantire una valutazione economica affidabile.
- ▶ L'introduzione di una «Compliance Defence» incita le imprese a rafforzare i loro investimenti destinati a prevenire le violazioni del diritto dei cartelli.
- ▶ Prevedendo una separazione più netta tra inchieste e decisioni, la riforma delle istituzioni risponde ad un'esigenza essenziale.
- ▶ Affinché una sanzione possa essere pronunciata, spetta alle autorità - e non alle imprese - fornire la prova di un'infrazione alla legge sui cartelli.

Dal metodo detto «del saldo» al diritto della concorrenza moderno

► Dal 1962, il diritto svizzero della concorrenza è considerevolmente cambiato

Nel 1962, al momento dell'istituzione della legge sui cartelli (LCart), il legislatore svizzero era ancora relativamente lontano da una visione moderna della concorrenza. All'epoca, la commissione dei cartelli cercava unicamente di valutare i vantaggi e gli inconvenienti dei cartelli (metodo detto «del saldo»).

Da allora, la legge è considerevolmente cambiata. La sua revisione totale nel 1995 e l'abbandono del «metodo del saldo» hanno segnato una svolta importante. L'obiettivo della nuova legge è quello di garantire una protezione efficace della concorrenza. Sul piano istituzionale, la competenza decisionale del DFE è stata trasferita alla Commissione della concorrenza. Nel 2003, gli strumenti a disposizione di quest'ultima e del suo segretariato sono stati rafforzati: grazie all'introduzione di sanzioni dirette, è ora possibile punire le infrazioni gravi al diritto della concorrenza dopo la loro constatazione.

► Nel 2009, il gruppo di valutazione ha ritenuto che il concetto avesse superato le prove, ma ha identificato un certo potenziale di miglioramento

Occorre una revisione in tre settori

Durante la revisione parziale della legge su i cartelli nel 2003, il legislatore ha integrato una disposizione relativa alla valutazione dell'efficacia della legge. All'inizio del 2009, il gruppo di valutazione della Confederazione incaricato di procedere a questo esame ha pubblicato le proprie raccomandazioni nel suo rapporto di sintesi.¹ Parallelamente, economiesuisse ha proceduto alla propria valutazione e pubblicato i suoi risultati nello studio «Les entreprises et la concurrence».² Il gruppo di esperti della Confederazione nonché economiesuisse sono giunti alla conclusione che il concetto introdotto nel 1995 era ormai collaudato. Si è tuttavia identificato un potenziale di miglioramento per quanto concerne i seguenti punti:

- **Istituzioni e procedure:** Allo scopo di migliorare la certezza giuridica e il rispetto dei principi dello Stato di diritto nelle procedure, occorre separare maggiormente le funzioni investigative da quelle decisionali, vegliando a garantire l'indipendenza dell'autorità della concorrenza.
- **Cambiamenti di ordine materiale:** Per quanto concerne le restrizioni verticali occorre, nel senso di una valutazione caso per caso, rinunciare alla presunzione ancorata nella legge secondo la quale la concorrenza è soppressa. Per contro, occorre mantenere delle sanzioni in caso di intese illecite sui prezzi minimi o fissi e di restrizioni territoriali.
- **Fusioni:** il controllo delle concentrazioni di imprese deve essere mantenuto nell'interesse della certezza giuridica, ma deve limitarsi ad una focalizzazione sui rischi manifesti di abuso di posizione dominante. Il gruppo di esperti della Confederazione raccomanda di armonizzare la procedura con quella dell'UE, in particolare per quanto concerne i criteri di divieto.

Il gruppo di esperti della Confederazione si è inoltre dichiarato favorevole alla conclusione di un accordo di cooperazione con i principali partner commerciali della Svizzera, allo scopo di permettere scambi formali d'informazioni confidenziali tra autorità svizzere e straniere competenti in materia di concorrenza.

¹ Cf. Gruppo di valutazione legge sui cartelli, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Berna, 2008 (esiste un riassunto in francese).

² economiesuisse, Les entreprises et la concurrence. Evaluation de la loi sur les cartels, Zurich, 2009 (disponibile sul sito www.economiesuisse.ch).

Preparazione della revisione in tre parti

► Prima parte della revisione della LCart: sei misure destinate a modernizzare le istituzioni

Riforma delle istituzioni

Il Consiglio federale si è basato sulla valutazione della legge in vigore per elaborare un primo progetto di revisione posto in consultazione il 30 giugno 2010. Quest'ultimo concerne i sei punti seguenti:

- Separazione delle istituzioni; riforma dell'autorità della concorrenza
- Miglioramento della procedura d'opposizione
- Revisione del trattamento degli accordi verticali
- Semplificazione del controllo delle fusioni
- Miglioramento della collaborazione con le autorità di concorrenza straniere
- Rafforzamento della procedura civile del diritto dei cartelli

Grazie a queste misure, il Consiglio federale intendeva mettere in atto le proposte di miglioramento del gruppo di valutazione.

economiesuisse ha valutato con occhio critico e costruttivo le grandi linee del progetto e sottoposto altre proposte di miglioramento, in particolare nel settore delle istituzioni.

► Seconda parte della revisione della LCart: presa in considerazione di programmi di Compliance e introduzione di sanzioni nei confronti di persone fisiche

Riduzione delle sanzioni in caso di programmi di Compliance e introduzione di sanzioni nei confronti di persone fisiche (mozione Schweiger)

Indipendentemente dalla prima revisione parziale della legge sui cartelli, il Parlamento ha adottato, a fine 2010, la mozione Schweiger. Quest'ultima prevede la presa in considerazione dei programmi di conformità quale fattore di riduzione di sanzioni («Compliance Defence»). La mozione chiede anche che i manager e i collaboratori che partecipano ad accordi orizzontali infrangendo le disposizioni delle loro imprese possano essere perseguiti penalmente. Il Consiglio federale ha sostenuto la prima parte della mozione, ma ha respinto l'introduzione di sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche.

economiesuisse approva l'introduzione del concetto di «Compliance Defence» che ritiene appropriato per rafforzare la prevenzione. Per contro, essa ha respinto le due varianti proposte per l'introduzione di sanzioni nei confronti delle persone fisiche, ritenendo che esse lascino troppe questioni aperte.

► Terza parte della revisione della LCart: misure tendenti ad un maggiore riversamento dei guadagni di cambio

Il diritto dei cartelli come strumento di lotta contro gli effetti del franco forte?

Nel contesto della forte valutazione del franco, si sono levate numerose voci che chiedevano misure supplementari allo scopo di garantire che i guadagni di cambio fossero maggiormente riversati ai consumatori svizzeri. Il Consiglio federale vi ha dato seguito proponendo, contrariamente alla prima consultazione, un'estensione della presunzione d'illiceità di alcuni accordi orizzontali o verticali.

economiesuisse si è dichiarata aperta all'esame di una simile modifica, sempre che le presunzioni siano economicamente giustificate e munite di possibilità di giustificazione appropriate. Essa ha tuttavia ritenuto che gli effetti del franco forte debbano essere combattuti con altri mezzi. Lo scopo del diritto dei cartelli non è quello di controllare i prezzi, bensì quello di garantire una concorrenza efficace.

Progetto attuale del Consiglio federale

I tre progetti in consultazione sono stati raggruppati in un unico progetto di revisione: il 22 febbraio 2012 il Consiglio federale ha adottato e sottoposto all'approvazione delle Camere federali il messaggio concernente la revisione della legge sui cartelli (LCart). Questa revisione prevede di dare un miglior assetto istituzionale alle decisioni delle autorità della concorrenza e di vietare le forme di intese cartellistiche particolarmente dannose. Inoltre, le concentrazioni di imprese devono poter essere vietate o accompagnate da riserve o condizioni se costituiscono un forte ostacolo alla concorrenza che non è compensata da guadagni d'efficienza economica (oggi l'accento è posto sulla posizione del mercato). L'obiettivo della revisione della LCart è quello di accelerare e migliorare le procedure, ciò che permetterà di intensificare la concorrenza in Svizzera e di rafforzare durevolmente la piazza economica.

► Le principali novità proposte sono una riforma delle istituzioni, un divieto di cinque tipi di accordi, un rafforzamento dell'aspetto civile del diritto dei cartelli, un controllo moderno delle concentrazioni di imprese, l'introduzione della «Compliance Defence» e un miglioramento della procedura d'opposizione

Conformemente alla decisione del Consiglio federale del 16 novembre 2011, il messaggio propone sei elementi di riforma:

- Una riforma istituzionale, con la creazione di un'autorità della concorrenza in qualità di istituto indipendente nell'ambito dell'amministrazione federale e l'adozione di una nuova camera del Tribunale amministrativo federale (finora prima istanza d'appello) quale tribunale della concorrenza. Così, da una parte, l'autorità della concorrenza rimarrebbe indipendente e, dall'altra parte, il tribunale della concorrenza sarebbe l'autorità incaricata delle decisioni di prima istanza in caso di accordi illeciti e di abuso di posizione dominante ai sensi degli articoli 5 e 7 LCart. Per garantire un legame sufficiente con la pratica, occorrerà nominare dei giudici che dispongano di competenze economiche, in particolare in economia industriale e che abbiano una conoscenza del mondo imprenditoriale;
- Una revisione dell'articolo 5, capoversi 3 e 4 LCart che preveda un divieto parziale di cinque tipi di accordi - già oggi soggetti a sanzioni dirette - munita di possibilità di giustificazione. Le giustificazioni saranno regolate tramite ordinanza;
- Un rafforzamento dell'aspetto civile del diritto dei cartelli tramite l'estensione della qualità di ricorso delle economie domestiche e dei poteri pubblici quali clienti finali e la sospensione dei termini di prescrizione durante le inchieste dell'autorità della concorrenza;
- Una modifica dei criteri di valutazione nel caso di concentrazioni di imprese. Si prevede di introdurre il test SIEC («Significant Impediment to Efficient Competition») applicato correntemente in Europa, nonché di semplificare il controllo delle concentrazioni per le imprese attive a livello internazionale;
- Un regolamento sul piano legale che permetta una riduzione della sanzione quando un'impresa può provare di avere messo in atto un programma efficace tendente a lottare contro le infrazioni alla legge sui cartelli (programma di Compliance);
- Un miglioramento della procedura d'opposizione.

Conformemente alla propria decisione del 16 novembre 2011 di respingere l'introduzione di sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche, il Consiglio federale ha sottoposto al Parlamento il rapporto sullo stralcio della mozione Schweiger (07.3856): «Diritto dei cartelli. Equilibrare il dispositivo delle sanzioni e renderlo più efficace». In questo rapporto il Consiglio federale propone di attuare la prima misura espressa nella mozione, ossia la presa in considerazione dei programmi di Compliance quale fattore di riduzione di sanzioni. Per contro, il Consiglio federale si oppone alla seconda esigenza, ossia l'introduzione di sanzioni penali nei confronti di persone fisiche che hanno violato la normativa sui cartelli.

Importanza di una concorrenza efficace per la piazza economica svizzera

► economiesuisse si impegna fermamente a favore della concorrenza e contro un isolamento del mercato

L'applicazione di un diritto della concorrenza moderno è indispensabile per una politica economica credibile. E' questa la conclusione di economiesuisse nella propria valutazione della legge sui cartelli³ e dei «Principi della politica della concorrenza» formulati in questo documento. economiesuisse si impegna con determinazione a favore di una concorrenza efficace e contro un isolamento del mercato. Si oppone inoltre agli interventi dello Stato che possono danneggiare la concorrenza. In questo contesto, economiesuisse si dichiara fondamentalmente aperta ad una modernizzazione della legge sui cartelli.

Il Consiglio federale ha tenuto conto delle principali rivendicazioni formulate da economiesuisse nell'ambito di tre procedure di consultazione.

La separazione delle competenze contribuisce al miglioramento dello Stato di diritto e alla valutazione dei casi

► Occorre stabilire in un rapporto complementare le conseguenze per la pratica

La separazione tra l'istanza incaricata di condurre l'inchiesta e l'istanza decisionale equivale ad un miglioramento dello Stato di diritto. In effetti, la valutazione dei casi è più oggettiva quando è affidata ad un'autorità decisionale indipendente. Considerato il rischio di multe elevate, il passaggio da una procedura amministrativa ad una procedura giudiziaria è opportuno, anche nel caso di eventuali costi supplementari. L'adozione del progetto non risponde tuttavia alle questioni importanti, da qui la necessità di un rapporto complementare destinato ad analizzare le conseguenze di questi cambiamenti di ordine pratico.

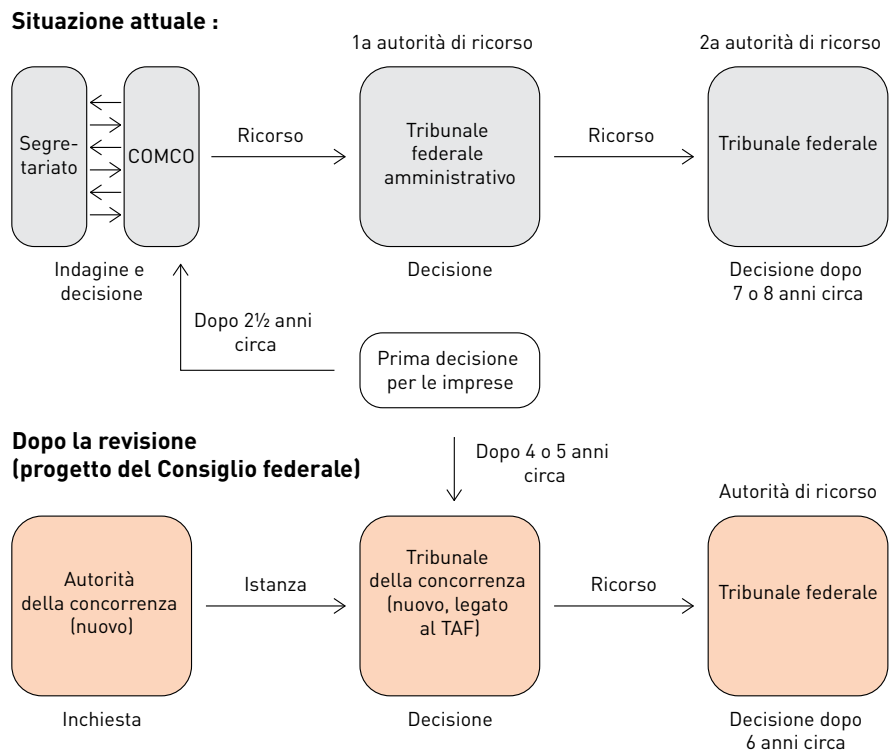
³ economiesuisse, Les entreprises et la concurrence. Evaluation de la loi sur les cartels, Zurich, 2009 (il documento può essere consultato sul sito www.economiesuisse.ch).

Grafico 1

► La creazione di un tribunale della concorrenza quale prima istanza permette di sopprimere un'istanza di ricorso e permette una riduzione della durata totale della procedura. Tuttavia, il termine stimato fino alla decisione del tribunale della concorrenza deve essere nettamente abbreviato rispetto a quanto prevede il progetto.

Riorganizzazione delle istituzioni

Situazione attuale e progetto del Consiglio federale



Fonte: economiesuisse.

► L'autorità della concorrenza decide in quali casi debba essere aperta un'inchiesta

L'autorità della concorrenza svolge un ruolo determinante. Essa decide in quali casi avviare un'inchiesta. Se si tratta di una concentrazione di imprese, essa decide de facto anche da sola. Inoltre, essa integra nel dibattito le preoccupazioni della politica della concorrenza. In qualità di «portavoce della concorrenza», l'autorità della concorrenza lancia dei segnali. E' dunque necessario dotarla di uno statuto autonomo. La sua indipendenza nei confronti non solo degli attori privati, ma anche delle istanze pubbliche durante le inchieste che condurrà, ne risulterà rafforzata. Nel contempo, è opportuno che la sorveglianza di questa autorità rafforzata sia esercitata da un consiglio di sorveglianza indipendente. Un consiglio i cui compiti e gli attributi non devono essere sottovalutati, poiché sarà questo a designare le persone responsabili dell'autorità della concorrenza e a fissare le priorità di quest'ultima. Il consiglio di sorveglianza sarà dunque incaricato di definire, entro i termini di legge, i grandi assi della politica della concorrenza in Svizzera, evitando tuttavia di immischiarsi nei casi concreti.

E' necessario che gli ambienti economici e i partner sociali siano rappresentati nell'ambito del consiglio di sorveglianza dell'autorità della concorrenza. Se fosse composto unicamente da attori provenienti dalla giustizia e dall'amministrazione, il consiglio di sorveglianza si ridurrebbe ad un organo amministrativo e la determinazione delle priorità strategiche dipenderebbe dall'esclusiva competenza della direzione dell'autorità di sorveglianza. Non vi è un controllo effettivo. Per questo il consiglio dovrebbe contare più dei cinque membri previsti dal progetto di legge. Per contro, esso dovrebbe riunirsi meno spesso dell'attuale Comco.

► Grazie al tribunale della concorrenza, si assicura che i giudizi di prima istanza siano decretati da un tribunale indipendente, ciò che permette di sopprimere un'istanza

► I giudici devono poter disporre di una buona esperienza imprenditoriale

L'istituzione di un tribunale della concorrenza come corte distinta collegata al Tribunale amministrativo federale permette di assicurarsi che i giudizi di prima istanza siano decretati da un tribunale indipendente. Essa è anche indispensabile per ottenere la soppressione di un'istanza.⁴ Considerato l'onere di lavoro già considerevole del Tribunale amministrativo federale, è tuttavia lecito dubitare della pertinenza dell'integrazione completa di questa prima istanza al suddetto tribunale. Sarebbe più opportuno mettere in atto un'istanza efficiente e autonoma con giudici a tempo parziale che dispongano di buone conoscenze economiche. Il tribunale della concorrenza sarebbe un'istanza nuova, il cui orientamento differisce fundamentalmente da quello del Tribunale amministrativo federale. Quest'ultimo è in effetti un'istanza di ricorso, mentre il tribunale della concorrenza sarebbe chiamato a decretare i giudizi di prima istanza. Non ci si può accontentare di dotare la camera attuale⁵ di giudici e di competenze supplementari. Per questo i membri del tribunale della concorrenza dovrebbero essere eletti separatamente. Se si intendono garantire procedure efficaci e rapide, i giudici del tribunale della concorrenza devono potersi dedicare completamente ai casi che dipendono dal diritto della concorrenza e non essere chiamati ad esaminare altre questioni.

Dal momento che le decisioni in materia di concorrenza hanno un forte impatto economico, è imperativo che alcuni giudici siano persone che abbiano una forte dimestichezza con il mondo imprenditoriale e che abbiano conoscenze di economia industriale. Si garantirebbe così che i membri dell'autorità della concorrenza, ma anche i giudici del tribunale della concorrenza, dispongano delle conoscenze economiche richieste. La necessità di ricorrere a giudici che abbiano questo tipo di conoscenze deriva anche dal fatto che il nuovo tribunale della concorrenza non deciderà più come istanza di ricorso, ma come prima istanza. L'esercizio del potere d'esame completo da parte dei giudici del tribunale della concorrenza è pertanto indispensabile. Non è sufficiente concedere questo potere al tribunale della concorrenza. E' necessario che essi possano effettivamente esercitarlo grazie alla loro esperienza e alle loro conoscenze economiche.⁶ A questa condizione sarà possibile comprendere e interpretare correttamente le richieste dell'autorità della concorrenza. Questi specialisti non dovranno rivestire un ruolo di giudici di «seconda classe».

⁴ Nel decreto Menarini Diagnostics/Italia [decreto CEDH 43509/08 del 27.09.2011], la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che basti una sola istanza di ricorso con piena competenza d'esame. Il cambiamento non è dunque imposto dalla CEDH, ma si basa su un'opinione propria.

⁵ In merito alla composizione del tribunale federale della concorrenza, il messaggio precisa ciò che segue (pp. 3642 e 3643): „Questa istanza (il tribunale federale della concorrenza) dovrebbe comporsi di giudici che trattano attualmente le questioni relative al diritto dei cartelli nell'ambito del Tribunale amministrativo federale (TAF) e di esperti indipendenti (...) che assicurano il legame con la vita economica quotidiana e la teoria economica in materia di concorrenza”. Alle pagine 3688 e 3689, il messaggio non fornisce nessun'altra informazione a proposito dei giudici che trattano attualmente questioni che dipendono dal diritto dei cartelli in seno al TAF.

⁶ E' questo ad esempio il caso della commissione britannica della concorrenza, dove gli economisti possono esercitare un'influenza determinante sulle decisioni e la loro preparazione. Questi economisti lavorano anche a tempo parziale e dispongono di una vasta esperienza del mondo economico.

► La legge dovrebbe fissare in maniera vincolante una durata più breve per le procedure del diritto della concorrenza

Il previsto allungamento della procedura fino alla decisione di prima istanza (cf. grafico) è inaccettabile. Le procedure davanti alla Comco durano attualmente dai sei agli otto mesi. Ora, questo termine deve essere abbreviato. Per ragioni di certezza giuridica, la decisione di prima istanza deve cadere al massimo nei dodici mesi successivi alla fine dell'istruzione. Una durata più lunga dovrebbe, se del caso, essere esplicitamente menzionata nella decisione e debitamente motivata dal tribunale. Una durata corta vincolante è indispensabile e dovrebbe essere ancorata nella legge sotto forma di una disposizione d'ordine. Appare chiaramente che l'indipendenza organizzativa e del personale del tribunale della concorrenza nei confronti delle procedure del Tribunale amministrativo federale è una necessità assoluta.

La durata eccessiva della procedura dipende anche dal diritto attuale. Si è qui lasciata sfuggire la chance di semplificare, in maniera globale, le procedure economiche complesse. Piuttosto che continuare a ricorrere a rinvii alle procedure amministrative e penali, occorre a lungo termine elaborare regole specifiche che permettano di decretare dei giudizi in tempo utile senza ledere i diritti delle parti. Sarebbe opportuno farlo nell'ambito di una legge procedurale, ciò che permetterebbe di tener conto in maniera appropriata del carattere specifico delle «procedure in materia di sanzioni nel settore dei cartelli» e di definire e garantire i diritti corrispondenti in materia di difesa.

L'adozione di un divieto parziale dei cartelli deve essere giustificato da un punto di vista economico

► Il divieto parziale dei cartelli apporta semplificazioni e avvicina le regole svizzere a quelle dell'UE

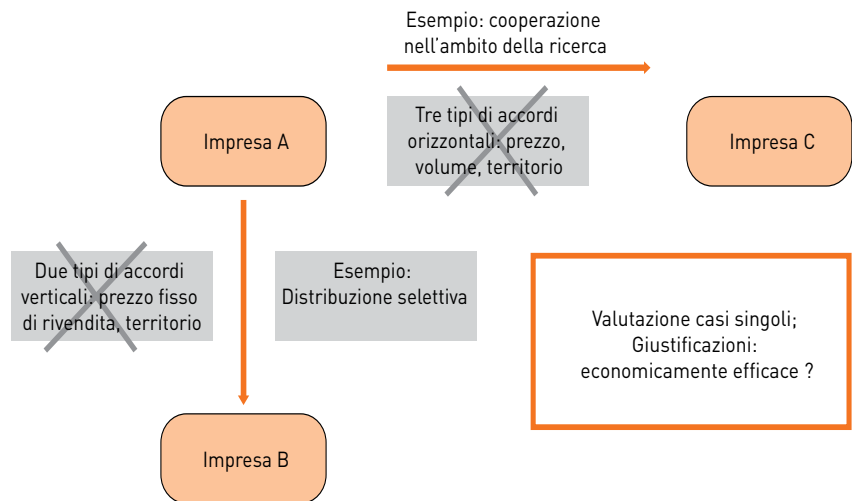
Il cambiamento materiale più importante è l'adozione di un divieto parziale dei cartelli con possibilità di giustificazione. Questo cambiamento apporta una semplificazione e - a prima vista - avvicina le regole svizzere a quelle dell'UE, a condizione che ogni caso sia come in passato esaminato alla luce delle circostanze concrete e non in modo schematico. Dall'altra parte, il divieto parziale dei cartelli è incompatibile con un approccio liberale. In un primo tempo tutto è vietato, poi nuovamente autorizzato in modo selettivo tramite un'ordinanza (appena annunciata). Un divieto parziale dei cartelli contraddice anche in una certa misura il principio dell'abuso di posizione dominante fissato dall'articolo costituzionale, anche se il Tribunale federale e il messaggio relativo alla nuova ordinanza ritengono che alcuni divieti siano ammissibili.

Grafico 2

► Il divieto parziale dei cartelli concerne solo i tipi di accordi enumerati, ma giustamente non la vendita selettiva. L'esame di ogni caso in merito ai motivi di giustificazione è un elemento centrale del divieto parziale dei cartelli.

Principale novità: il divieto parziale dei cartelli

Il divieto parziale dei cartelli esclude cinque tipi di intese



Fonte: economiesuisse.

Se il carattere dannoso dei cartelli è ampiamente riconosciuto dall'economia per quanto concerne gli accordi orizzontali, esso è molto contestato per quelli verticali.⁷ Il messaggio non fornisce una giustificazione economica trasparente del nuovo metodo. Il Parlamento deve chiedere a questo proposito un rapporto supplementare. La relazione con la ripercussione dei guadagni di cambio posta in evidenza nel messaggio non ha una dimensione economica, bensì piuttosto politica.

► Ciò che è autorizzato nell'UE deve restare possibile in Svizzera, ma la Svizzera può essere più liberale in casi giustificati

L'avvicinamento verso il diritto dell'UE per evitare di svantaggiare le imprese con la loro sede in Svizzera e il fatto di basarsi sul criterio dell'efficienza economica a titolo di giustificazione meritano di essere salutati. Ciò che è autorizzato nell'UE deve esserlo anche in Svizzera, ma il diritto svizzero può essere più liberale del diritto dell'UE. In mancanza di vincoli, non è necessario vietare in Svizzera tutto ciò che è proibito nell'UE.

Non si capisce ancora chiaramente come l'efficienza economica debba essere dimostrata e valutata. Regolare questi aspetti tramite un'ordinanza non sembra così semplice, poiché l'efficienza economica o la mancanza di efficienza costituiscono il fatto di valutazione del divieto di cartelli. Le possibilità di giustificazione e gli ostacoli all'efficienza devono essere descritti con precisione per garantire il principio della certezza giuridica. In virtù del principio della legalità, una simile descrizione dovrebbe già essere tracciata a livello legale, e non solo in un'ordinanza, poiché gli abusi sono passibili di sanzioni. Per questo i criteri dell'efficienza economica devono essere definiti con precisione nella revisione della legge sui cartelli, per soddisfare il principio della certezza giuridica. Le ripercussioni del progetto di legge potranno essere valutate solo quando l'ordinanza sarà in vigore. Per questo motivo il testo dovrà essere disponibile - almeno sotto forma di progetto - durante i dibattiti parlamentari.

⁷ Anche degli accordi orizzontali duri, come l'istituzione di una cooperativa d'acquisto al fine di fungere da contrappeso agli attori economici potenti o degli accordi limitati nel tempo sui prezzi, allo scopo di garantire gli investimenti necessari per la costruzione di infrastrutture (ad esempio fabbricazione di fibre di vetro) possono tuttavia essere giustificati da un punto di vista economico.

► I motivi di giustificazione devono lasciare sufficiente margine di manovra imprenditoriale

Se ci si attendesse al divieto (parziale) dei cartelli, ma si volesse comunque disporre di una regolamentazione moderna in materia di concorrenza, le possibili giustificazioni dovranno imperativamente lasciare un margine di manovra imprenditoriale sufficiente agli attori del mercato. Sarà il solo mezzo per prevenire un interventismo dannoso. Se le possibili giustificazioni dovessero ispirarsi, a giusto titolo, a quelle ammesse dall'UE, il cambiamento del sistema avrebbe solo effetti minori, poiché le ultime decisioni della Comco tengono già conto della regolamentazione europea. Queste decisioni non sono ancora entrate in vigore, ma la certezza giuridica prevista - in particolare in relazione agli accordi cartellistici internazionali - verrebbe rapidamente introdotta con la loro conferma.

Il previsto avvicinamento al diritto europeo della concorrenza suscita altre questioni. Non si sa con certezza se la pratica della commissione dell'UE consistente nell'analizzare ogni caso isolatamente e la giurisprudenza dei tribunali dell'UE possano servire da base per interpretare gli elementi costitutivi del divieto parziale dei cartelli secondo il motto «ciò che è autorizzato nell'UE non è vietato in Svizzera». In questo caso, non si sa più con chiarezza se i regolamenti d'esenzione per categoria dell'UE possano essere citati a titolo di giustificazione o di freno all'efficienza economica. L'UE prevede inoltre un divieto degli accordi che è di competenza dell'art. 101 cpv. 1 TFUE e non può essere abolito in virtù dell'art. 101 cpv. 3 TFUE o di un'esenzione per categoria. La questione della certezza giuridica in caso di autovalutazione non è più risolta nell'UE. Tuttavia, i regolamenti d'esenzione per categoria offrono almeno una certa «sfera di sicurezza». In Svizzera, simili «sfere di sicurezza» ed esempi concreti sono ancora lacunosi.

► L'inversione dell'onere della prova a scapito delle imprese è contraria al principio «in dubio pro reo» e porta a interventi eccessivi

L'inversione dell'onere della prova non è accettabile, nonostante le modifiche apportate al progetto. Nell'avamprogetto, il Consiglio federale chiedeva che le imprese giustificassero le loro decisioni con dei fatti. Ora, non è possibile fornire simili prove e questa pratica sarebbe stata in totale contraddizione con la presunta innocenza che va da sé in uno Stato di diritto: in effetti, l'impresa avrebbe dovuto dimostrare le ripercussioni del proprio comportamento sull'economia al posto delle autorità, mentre essa non ha giustamente il diritto di raccogliere dati sui suoi concorrenti. In realtà, questo porta ad un'asimmetria informativa dannosa per le imprese. Nel messaggio si è leggermente modificato il tiro. Tuttavia, si ignora ciò che succederebbe se non potesse essere fornita nessuna prova. Non è ammissibile che in caso di dubbio vengano prese decisioni nei confronti delle imprese e nemmeno che le sanzioni amministrative possano essere di svariati milioni di franchi. Questo sarebbe molto discutibile dal punto di vista dei principi dello Stato di diritto e creerebbe un'incertezza. Questa incertezza giuridica potrebbe spingere le imprese a rinunciare ad intese economiche utili e a comportamenti giustificati. Anche l'economia chiede che il principio della presunzione d'innocenza («in dubio pro reo») sia mantenuto senza restrizioni, anche nel diritto dei cartelli, fintanto che la Corte europea di giustizia abbia nel frattempo confermato che le sanzioni penali della legge sui cartelli saranno rette dalla legge sul diritto penale amministrativo. Non è auspicabile aggirare i principi del diritto al solo scopo di facilitare il compito alle autorità. Anche con un divieto parziale dei cartelli, un'analisi caso per caso è comunque necessaria. Soltanto l'apertura di un'inchiesta è stata semplificata. In caso di dubbio, occorrerebbe almeno rinunciare alla sanzione.

Sarebbe pericoloso allontanarsi dalle norme internazionali in materia con un intento populista. Sarebbe ad esempio il caso se degli impegni di fornitura difficili da mantenere fossero accompagnati da prezzi imposti dalla Svizzera, come chiede la mozione Birrer-Heimo. Il Consiglio federale ha rifiutato giustamente di avventurarsi su questa pista.

L'obbligo di contrarre previsto dalla mozione Birrer-Heimo non va nella giusta direzione

Nell'ambito delle discussioni sulle misure destinate a lottare contro l'apprezzamento eccessivo del franco, il Consiglio nazionale ha preso atto della mozione inoltrata dalla consigliera nazionale Prisca Birrer-Heimo (SP)⁸, che vuole introdurre un obbligo di approvvigionare le imprese o i consumatori in Svizzera a prezzi e condizioni applicabili all'estero. Una simile «Lex Nivea» potrebbe modificare la situazione attuale, secondo la quale i consumatori svizzeri sono obbligati ad effettuare i loro acquisti presso un importatore o una filiale in Svizzera e dunque a pagare prezzi più elevati degli acquirenti esteri. Le imprese devono tuttavia mantenere la possibilità di praticare prezzi differenziati. Il Consiglio federale respinge la mozione e il Consiglio nazionale discuterà del progetto nell'ambito della revisione della legge sui cartelli.

Questa mozione politicamente seducente dà l'impressione che sia possibile giungere ad una «parità dei diritti» che si tradurrebbe in una diminuzione dei prezzi in Svizzera. Essa induce tuttavia in errore: la modifica richiesta farebbe pesare su tutti un obbligo di contrarre derivante dal dirigismo economico (la mozione non prevede una restrizione ai paesi vicini europei), anche se la possibilità di continuare a differenziare i prezzi resta possibile. Si tratterebbe di un attacco alla libertà economica e di un fatto unico nella politica della concorrenza.⁹ Gli obblighi di fornire rispondono alle esigenze del diritto della concorrenza - e dunque al diritto dei cartelli in vigore (Art. 7) - solo in relazione al comportamento abusivo di imprese che dominano il mercato, ma non sull'insieme del territorio. Questa proposta non è realistica, poiché costringerebbe le autorità svizzere a determinare «i prezzi e le condizioni valide all'estero». Gli altri paesi si opporrebbero a simili comportamenti da parte dei funzionari svizzeri, come fa la Svizzera nel caso inverso. Inoltre, i produttori svizzeri sarebbero penalizzati, mentre essi devono giustamente differenziare i loro prezzi in funzione delle condizioni locali quando si insediano su nuovi mercati. Un intervento «senza che la prova di un'intesa o di un dominio sul mercato sia fornita» come chiede la mozione - sottolineando la difficoltà di fornire una simile prova - condurrebbe ad una restrizione della libertà imprenditoriale da parte dello Stato e recherebbe dunque pregiudizio all'economia di mercato.

⁸ Testo della mozione: „Il Consiglio federale è incaricato di completare la legge sui cartelli con un articolo riguardante le diversificazioni illecite dei prezzi. In tal modo deve essere definito il principio secondo il quale imprese che vendono i loro prodotti all'estero a prezzi più bassi che in Svizzera si comportano in modo illecito se si rifiutano di rifornire le aziende o i consumatori svizzeri, passando da servizi di vendita esteri, ai prezzi e alle condizioni commerciali ivi applicate o se applicano misure volte a impedire che terzi possano rispondere alla domanda in svizzera”.

⁹ La Commissione europea menziona espressamente nelle direttive che: Per fissare le sue priorità in materia d'applicazione, la Commissione parte dal principio che, in generale, un'impresa, sia essa dominante o meno, dovrebbe avere il diritto di scegliere i propri partner commerciali e di disporre liberamente dei propri beni. La Commissione ritiene di conseguenza che un intervento basato sul diritto della concorrenza debba essere accuratamente soppesato quando l'applicazione dell'articolo 82 rischia di sfociare nell'imposizione di un obbligo di fornitura all'impresa dominante. [Comunicazione dell'UE concernente i rischi di abuso delle imprese dominanti; 2009/C 45/02].

Da un punto di vista economico, non bisogna perdere di vista che i prezzi dipendono dall'offerta e dalla domanda. Il gioco dell'offerta e della domanda deve poter avvenire liberamente. Gli ostacoli derivanti da intese verticali sui prezzi e da isolamenti territoriali devono essere contrastati. Le attuali disposizioni della legge sui cartelli permettono già di intervenire in caso di intese concernenti i prezzi o le chiusure dei mercati. Questi strumenti sono stati ulteriormente rafforzati con le modifiche proposte dall'art. 5 (divieto parziale dei cartelli). Secondo l'art. 4 LCart, un'impresa domina il mercato se adotta un comportamento significativamente indipendente rispetto ad altri partecipanti al mercato. Questo è anche il caso quando una sola impresa è in grado di imporre unilateralmente le proprie condizioni ai suoi partner commerciali e se non esistono alternative. Si dovrebbe poter inserire una precisazione analoga alle disposizioni in vigore nell'UE. Una simile via è maggiormente compatibile con i principi economici dell'opzione di agire in materia isolata sul piano legislativo. Il Consiglio federale è giunto alla stessa conclusione quando ha giustificato il rifiuto della mozione.

I programmi di Compliance vanno nella giusta direzione

► I programmi di Compliance rispondono al principio della responsabilità e promuovono le misure destinate a prevenire ogni violazione del diritto dei cartelli

L'introduzione di un programma di conformità nella legge sui cartelli va nella giusta direzione e può servire da esempio per altre ordinanze giuridiche. Attualmente, si dice - a torto - che gli sforzi di conformità nel diritto europeo dei cartelli possono avere un effetto severo sulla responsabilità della società madre di un gruppo di imprese. Sono tuttavia necessari degli elementi di prevenzione affinché il diritto della concorrenza possa essere applicato efficacemente. Per svolgere i loro effetti, le misure preventive devono basarsi sul principio della responsabilità, poiché solo la responsabilità può influenzare in modo adeguato il futuro comportamento. Nelle imprese, bisogna porre l'accento sulla responsabilità dell'organizzazione. Occorre così concedere grande attenzione alle misure preventive intraprese dalle imprese. Un'eccessiva accentuazione degli elementi puramente repressivi porta ad interventi eccessivi e a comportamenti troppo prudenti da parte delle imprese, che hanno ripercussioni economiche negative («business chilling»). Negli Stati Uniti, le imprese assumono da tempo misure di Compliance sulla base di linee direttive federali. In Francia e nel Regno Unito, il diritto dei cartelli prevede da poco la presa in considerazione proattiva di misure di conformità.

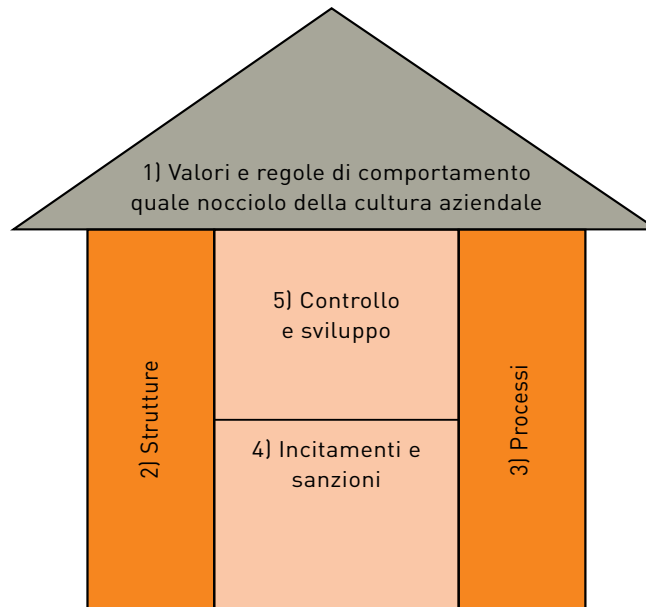
In base alle regolamentazioni in vigore in questi paesi, il diritto svizzero dei cartelli dovrebbe contenere indicazioni concrete - che vadano oltre il messaggio - sull'adozione di misure di Compliance serie. Soltanto regole chiare e trasparenti daranno alle imprese incitamenti sufficientemente forti per intraprendere misure di prevenzione.

Grafico 3

► La «Compliance-House», basata su cinque elementi fondamentali, è un approccio per mettere in atto un sistema di Compliance efficace. Gli sforzi in questo settore dovranno essere attuati nel settore della concorrenza tra imprese.

I cinque pilastri della Compliance

Bisogna tener conto degli sforzi attuati nella procedura delle autorità della concorrenza



Fonte: economiesuisse.

Per contro, il Consiglio federale non ha accettato la seconda parte della mozione Schweiger che chiedeva sanzioni individuali per i collaboratori responsabili di un'impresa colpevole. La questione del rafforzamento degli sforzi di Compliance delle imprese e delle misure di prevenzione mirate dalla mozione resta dunque aperta e la posizione dell'economia a tale proposito è condivisa. Lo scopo della mozione di perseguire penalmente le persone colpevoli di una violazione intenzionale del diritto dei cartelli nel caso di accordi orizzontali è comprensibile e giustificato. D'altra parte, potrebbero sorgere grandi problemi durante la messa in atto.

Presenza in considerazione dei pagamenti nell'ambito delle procedure civili

► L'estensione delle possibilità d'azione nel diritto civile potrebbe incentivare una «cultura delle azioni di gruppo collettive» secondo il modello americano

Con le modifiche proposte per la parte civile del diritto dei cartelli e l'introduzione di un diritto d'azione legale per i consumatori, vi è il grande rischio d'importare nel nostro sistema giuridico strumenti e procedure straniere, come le azioni di gruppo collettive, e di indebolire così l'economia svizzera. Le pretese dei rappresentanti (sovente autodesignati) delle parti lese sarebbero attizzate, come lasciano supporre diverse reazioni alla proposta. Contrariamente alle spiegazioni relative al progetto, non esistono ancora in Europa strumenti suscettibili di rafforzare l'attrattività della via del diritto civile senza incoraggiare contemporaneamente una cultura delle azioni di gruppo. L'UE è ancora in fase di ricerca. Anche se si ammette che non bisogna «importare pratiche americane», una simile evoluzione non è da escludere. Per questo le soluzioni studiate nei paesi vicini sono ancora molto controverse.

Oltre alla regolamentazione speciale del pacchetto civile del diritto dei cartelli, l'art. 41 CO prevede già la possibilità di far valere dei diritti per riparare ai danni. Contrariamente ad una parte della dottrina, si fatica a comprendere perché una violazione del diritto dei cartelli non basti per motivare un'illiceità che permetta di far valere delle pretese di danni.

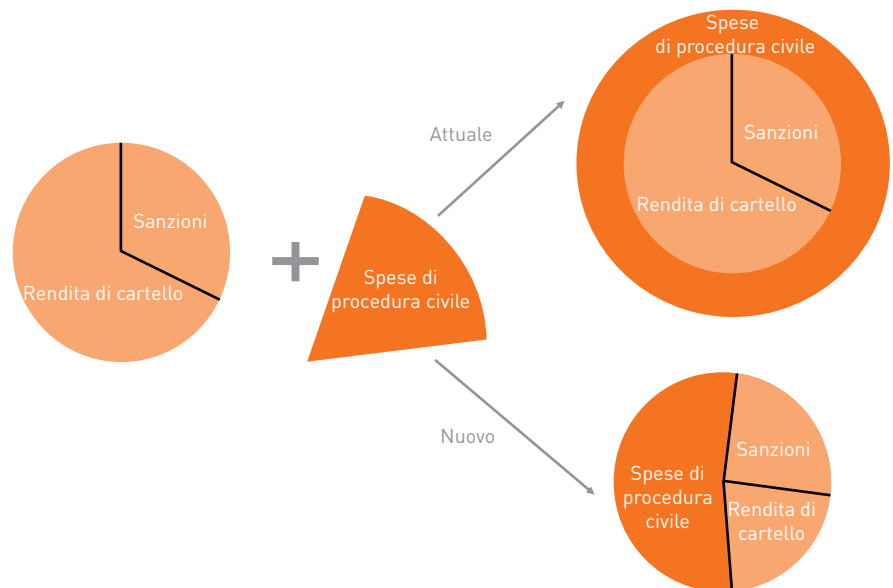
Tuttavia, è garantito che se le multe inflitte dallo Stato limitano de facto una rendita di cartello, esse possono essere ridotte durante le vertenze civili in danni e interessi. Da un punto di vista economico, sarebbe sbagliato che lo Stato si arricchisca con le multe, mentre gli attori effettivamente lesi non vengono indennizzati o le imprese ricevono due volte la rendita di cartello. Mettendo in funzione dei «vasi comunicanti», il legislatore svizzero si mostra molto progressista, in particolare rispetto all'UE. Le possibilità di compensazione devono tuttavia essere offerte anche sotto forma di soluzioni formali adottate di comune accordo. Altrimenti, i consumatori lesi da un cartello sarebbero costretti ad inoltrare denuncia e a sollecitare inutilmente i tribunali civili.

Grafico 4

► In passato, gli indennizzi civili rappresentavano multe più elevate per le imprese tenute a versare simili somme. Lo Stato incassava la totalità della rendita di cartello e le parti lese ricevevano eventualmente un indennizzo civile. Ora, l'indennità civile è presa in considerazione quando la sanzione è pronunciata. Questa possibilità di compensazione permette di evitare un doppio onere.

Riduzione delle sanzioni nelle procedure civili

La possibilità di compensare le indennità civili e una rendita di cartelli attenua la doppia sanzione



Fonte: economiesuisse.

Altre modifiche

► L'introduzione del test SIEC risponde all'evoluzione registrata nei paesi industrializzati comparabili e permette una valutazione differenziata

L'avvicinamento del controllo delle concentrazioni verso i criteri di valutazione europei delle fusioni di imprese ottenuto con l'introduzione del test SIEC merita di essere salutato con favore. Questo test utilizzato in un numero crescente di paesi corrisponde alla norma in vigore nell'insieme dei paesi dell'UE, nonché negli Stati Uniti e in Canada.¹⁰ Questo test, che valuta direttamente gli effetti in termini di concorrenza, permette di tener meglio conto dei vantaggi in termini di

¹⁰ Un'analisi comparativa dell'OCSE lo mostra: tutti i paesi che hanno introdotto il test SIEC negli ultimi anni hanno registrato un miglioramento.

efficienza. Esso costituisce dunque una norma ampiamente accettata per controllare le fusioni di imprese transfrontaliere. L'introduzione del test SIEC in Svizzera costituisce di conseguenza una tappa importante e permette di evitare che siano utilizzati strumenti di controllo diversi e che le autorità di regolazione della concorrenza prendano eventualmente decisioni divergenti. Occorre tuttavia ammettere che un test SIEC può comportare spese supplementari. Considerato come i valori soglia rimangano invariati, queste spese dovrebbero essere sopportabili. Fortunatamente, l'esenzione delle fusioni transfrontaliere con deboli ramificazioni in Svizzera porta per contro ad importanti semplificazioni e a una diminuzione dei compiti amministrativi.

► La procedura d'opposizione attuale non crea una certezza giuridica sufficiente

La procedura d'opposizione è una contropartita indispensabile all'introduzione di sanzioni dirette. Solo a questo prezzo la sicurezza del diritto sarà garantita alle imprese che hanno adottato un comportamento conforme. Queste ultime beneficeranno di una protezione giuridica sufficiente. Altrimenti esse saranno costrette ad adottare un comportamento difensivo ostacolando l'innovazione, ciò che porterebbe ad un «business chilling effect» dannoso per l'economia. Lo stesso vale in caso d'incertezza a proposito delle procedure d'opposizione a seguito della durata inabitualmente lunga di queste. Nella sua decisione 135 II 60 il Tribunale federale ha sfortunatamente rifiutato di costringere la Comco a pronunciarsi sull'ammissibilità del progetto annunciato conformemente all'art. 49a cpv. 3 LCart nell'ambito di una decisione di costatazione. La situazione attuale è lungi dall'essere soddisfacente, come hanno affermato il gruppo d'esperti della Confederazione ed economiesuisse nei loro rapporti di valutazione. Urge una revisione di questo aspetto.

► Le modifiche proposte vanno nella giusta direzione, ma non bastano

economiesuisse condivide la riduzione a due mesi del tempo di reazione dell'autorità della concorrenza. In questo modo, l'impresa incorre in una sanzione solo a contare dall'apertura di un'inchiesta formale - con una soglia più elevata - e non dall'apertura di un'inchiesta preliminare informale, come è attualmente il caso. Tuttavia, questa proposta non elimina il rischio d'investimento al quale le imprese si espongono. L'autorità della concorrenza può aprire un'inchiesta formale la cui durata non è limitata nel tempo. Le imprese sono dunque confrontate ad un rischio d'investimento. Un'impresa che effettua investimenti durante l'inchiesta preliminare corre inoltre il rischio di essere costretta a fare delle concessioni verso l'autorità della concorrenza per salvare i propri investimenti. Per evitare una procedura d'inchiesta, l'impresa farà nella maggior parte dei casi le concessioni richieste dall'autorità della concorrenza.

Conclusione: sfruttare le opportunità per migliorare lo Stato di diritto

► Una concorrenza sana costituisce la base di un'economia di mercato liberale

economiesuisse ritiene che la politica della concorrenza debba godere di grandi attenzioni. Una sana concorrenza costituisce il fondamento di un'economia di mercato liberale. Proteggere e promuovere questa economia di mercato liberale è un compito politico centrale chiaramente sostenuto dall'economia. Un regime di economia di mercato garantisce la libertà imprenditoriale e numerose possibilità di scelta, di sviluppo e d'investimento. Esso promuove l'innovazione e il progresso tecnico, favorisce i guadagni di produttività e permette di proporre un'offerta ampiamente diversificata a favore dei consumatori. Questi fattori sono nell'interesse di tutta l'economia. La concorrenza è una condizione importante per ottenere questi effetti positivi del regime dell'economia di mercato.

► Soltanto un fondamento economico e una procedura corretta permettono di adottare decisioni fondate e di fare in modo che gli attori economici abbiano fiducia nel diritto della concorrenza

Le decisioni in materia di concorrenza devono essere fondate da un punto di vista economico, altrimenti esse nuocciono al benessere. In caso di dubbi, la priorità dev'essere concessa alla libertà imprenditoriale, anche durante la negoziazione di contratti con partner commerciali. La sicurezza del diritto, nonché le procedure conformi allo spirito dello Stato di diritto sono essenziali per il buon funzionamento della concorrenza. Soltanto a questa condizione sarà possibile prendere decisioni fondate ed ottenere la necessaria fiducia di tutti gli attori economici. Nello studio di valutazione svolto nel 2009, economiesuisse ha messo in evidenza l'importanza di questi aspetti ed emesso raccomandazioni in proposito.

economiesuisse chiede perciò un'analisi economica più approfondita e la conseguente integrazione nella legge sui cartelli delle novità istituzionali proposte. Questa chiara separazione e gli altri aspetti trattati in questa presa di posizione diventano ancora più importanti se il cambiamento di paradigma postulato dal Consiglio federale nella legge sui cartelli viene messo in vigore in modo completo.

Informazioni:

thomas.pletscher@economiesuisse.ch

Impressum

economiesuisse, Federazione delle imprese svizzere
Hegibachstrasse 47, Casella postale, CH-8032 Zurigo
www.economiesuisse.ch