

Le imprese e la concorrenza: valutazione del diritto dei cartelli

economiesuisse ha effettuato la propria valutazione del diritto dei cartelli del 2003, parallelamente ai lavori del Consiglio federale. Il suo studio si basa su consultazioni e resoconti di esperienze fatte da imprese svizzere. Questa edizione del dossier politica espone i risultati di questo studio.

La posizione di economiesuisse

Il diritto svizzero dei cartelli mostra i suoi effetti. Le imprese elvetiche hanno profuso sforzi supplementari per attenersi strettamente alle norme del diritto della concorrenza. Lo studio mostra pure che alcune regole del diritto della concorrenza sono fonte d'insicurezza giuridica e possono tradursi in misure imprevedibili. In caso d'incertezza le imprese diventano più caute, a scapito della dinamica del mercato. Nell'interesse della concorrenza sono pertanto necessarie modifiche puntuali del diritto dei cartelli. Inoltre, occorre rispettare ancora più rigorosamente i diritti procedurali. Nell'interesse di una politica globale della concorrenza, bisogna prevedere la creazione di una nuova autorità di concorrenza integrata.

16 marzo 2009

Numero 7

dossier politica

Valutazione della legge sui cartelli

La concorrenza: un pilastro dell'economia di mercato

1 La protezione della concorrenza, un compito centrale di politica economica economiesuisse si impegna per un'economia di mercato aperta. Un simile regime economico non solo garantisce ai soggetti economici una libertà d'azione, di decisione e d'innovazione estese, ma produce pure migliori risultati in termini d'efficienza, di produttività, di benessere e d'occupazione rispetto ad altri sistemi economici. Tuttavia, l'economia di mercato svolge i suoi effetti positivi a condizione che la concorrenza sia efficace. Proteggere e promuovere la concorrenza è il compito della politica della concorrenza. E' possibile intensificare la concorrenza non solo attraverso il diritto della concorrenza, ma soprattutto grazie a:

- una politica economica estera liberale basata sul libero scambio,
- una politica del mercato interno che elimini le barriere doganali,
- una politica di apertura a lungo termine nel settore dei mercati delle infrastrutture,
- un processo di appalto dei mercati trasparente e flessibile, e
- una politica che elimini le regolamentazioni che ostacolano la concorrenza, come le prescrizioni speciali o le regolamentazioni settoriali.

economiesuisse fa la propria valutazione

Per le imprese il diritto della concorrenza riveste un'importanza determinante. Il rafforzamento della lotta contro i cartelli ed altre restrizioni della concorrenza legate alla revisioni del diritto della concorrenza del 1995 e del 2003 hanno spinto le imprese svizzere ad esaminare nel dettaglio il diritto dei cartelli e a procedere agli adeguamenti richiesti dal nuovo quadro giuridico. A causa dell'importanza della politica della concorrenza per lo sviluppo dell'economia di mercato in Svizzera e dell'interesse manifestato dalle imprese per un quadro generale che offra condizioni giuridiche sicure ed un ambiente concorrenziale, economiesuisse ha deciso di procedere alla propria valutazione¹ della situazione al fine di intervenire in maniera costruttiva nel dibattito² sullo sviluppo del diritto della concorrenza nel nostro paese e di attirare l'attenzione degli ambienti interessati sulla necessità di agire.

Sviluppo della legge sui cartelli

2 Valutazione della legge sui cartelli

La politica della concorrenza seguita dal nostro paese negli scorsi anni ha dinamizzato la concorrenza sul mercato svizzero. In generale, la decisione di optare per la protezione di una concorrenza efficace ha dato i suoi frutti. Il forte aumento delle spese legate alla consulenza giuridica e alla conformità alle regole mostra che le imprese operano grandi sforzi per rispettare le disposizioni del diritto dei cartelli. Il sistema di sanzioni introdotto nel 2003 ha svolto bene i suoi effetti incitativi sull'economia privata. Da una parte, il sistema di sanzioni agisce in maniera preventiva, poiché incoraggia le imprese ad adottare un comportamento conforme al diritto della concorrenza e ad introdurre programmi di conformità. Dall'altra parte, esso introduce un elemento fortemente dissuasivo che rischia di suscitare nelle imprese e nei loro collaboratori una prudenza tale, da impedire loro di trarre pienamente profitto dalle potenzialità offerte dal mercato, a scapito della competitività dell'economia. Per contrastare questi aspetti negativi le imprese devono poter contare sulla sicurezza giuridica e su un'azione efficace e prevedibile della Commissione della concorrenza (Comco). A causa del loro carattere penale e della loro severità, le sanzioni esigono un rispetto ancora più stretto delle regole di procedura e degli imperativi dello Stato di diritto.

¹ Cf. economiesuisse, Unternehmen im Wettbewerb. Evaluation des Kartellgesetzes, Zurigo 2009 : http://www.economiesuisse.ch/web/de/PDF%20Download%20Files/studie_evaluation-kartell_20090316.pdf.

² L'art. 59a LCart 2003 precisa che il Consiglio federale veglia affinché l'esecuzione della legge sui cartelli e l'efficacia delle misure prese siano oggetto di una valutazione. Gli viene inoltre richiesto di presentare un rapporto al Parlamento al più tardi cinque anni dopo l'entrata in vigore della legge. Il corrispondente rapporto di sintesi è stato presentato il 15 gennaio 2009 dal gruppo di esperti, cf. Gruppo di valutazione Legge sui cartelli, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Berna 2008

Evitare lo « chilling effect » del diritto della concorrenza

2.1 Esigenze materiali per un diritto moderno della concorrenza

E' comunemente ammesso che la concorrenza costituisca il miglior « processo di scoperta ». La concorrenza è dinamica, spontanea, pluridimensionale e spesso effettiva in presenza di un piccolo numero di prestatori. Un diritto moderno della concorrenza deve tener conto di questi aspetti. La garanzia della sicurezza giuridica riveste pure un'importanza centrale. Essa permette alle imprese di partecipare liberamente al mercato concorrenziale. L'insicurezza si traduce per contro in una gestione insufficiente delle opportunità (« chilling effect of competition law »).

Definizioni

Concorrenza tra marche (*interbrand*)

Concorrenza tra vari prodotti equivalenti proposti da diversi fabbricanti (esempio: la concorrenza tra le diverse marche di automobili)

Concorrenza *intra*brand

Concorrenza tra i diversi distributori di uno stesso prodotto (esempio: la concorrenza tra diversi canali di distribuzione [garages] su una stessa marca di automobili)

Integrazione verticale

Associazione di imprese situate a diversi livelli di produzione e di commercializzazione di un prodotto (esempio: le marche proprie di grossi dettaglianti)

Gli accordi verticali

Se le disposizioni relative agli accordi orizzontali illeciti (art. 5, cpv. 1-3 LCart) hanno globalmente mostrato la loro efficacia, la regolamentazione relativa agli accordi verticali (art. 5, cpv. 4) e la relativa comunicazione della Comco³ non sono soddisfacenti sotto diversi aspetti. Il Gruppo di valutazione della Confederazione l'ha pure constatato. La presunzione della soppressione della concorrenza non può essere rovesciata dalla sola prova dell'esistenza di una concorrenza tra fornitori di marche diverse (*interbrand*), bensì soltanto quando esiste pure una concorrenza *intra*brand o guadagni d'efficienza particolari. I possibili effetti pro-concorrenziali degli accordi verticali vengono ignorati. Dal punto di vista dell'economia il carattere dannoso di questi accordi viene sopravvalutato⁴. In alcuni testi si costata inoltre una differenza preoccupante con il diritto dell'Unione europea (UE)⁵, anche se il presidente della Comco afferma che gli accordi verticali ammessi nell'UE devono pure esserlo in Svizzera⁶.

Gli accordi verticali rivestono grande importanza per una distribuzione efficiente. Per questo motivo non dovrebbero essere vietati, ma analizzati caso per caso. Soprattutto se associati ad una posizione dominante sul mercato essi possono porre problemi. Una posizione troppo restrittiva nei confronti degli accordi verticali spinge i produttori ad un'integrazione verticale o all'adozione di un modello d'agenzia, che riduca così sensibilmente il margine di manovra dei partner di distribuzione. Dal punto di vista delle imprese il concetto che sottintende la disposizione del diritto dei cartelli relativa agli accordi verticali (art. 5 cpv. 4 LCart) è sbagliato. Con la sua comunicazione la Comco non ha migliorato, bensì al contrario aggravato la situazione.

Rischio d'insicurezza giuridica

Contrariamente al diritto dei cartelli europeo ed americano, in Svizzera le raccomandazioni di prezzo sono oggetto di una « suspicion generalizzata » in virtù del cap. 11 della comunicazione⁷. E' difficile sapere quali raccomandazioni di prezzo sono ancora autorizzate. Gli elementi di valutazione concernenti il livello dei prezzi all'estero e le successive raccomandazioni dei prezzi, in particolare, sono situati al di fuori della sfera d'influenza delle imprese. Il catalogo dei criteri è considerevolmente più severo di quanto non lo sia nell'ambito dell'Unione europea, per la quale le raccomandazioni di prezzo sono illecite soltanto quando costituiscono un'imposizione di prezzo mascherata, ossia quando esse sono effettivamente osservate a seguito dell'esercizio di pressioni o alla concessione di vantaggi.

³ Cf. Comco, comunicazione concernente la valutazione degli accordi verticali, decisione della Comco del 2 luglio 2007

⁴ Cf. Saurer M., « La politique de la concurrence en Suisse. Protection de l'institution ou de ses acteurs? » Documento di discussione di Avenir Suisse 02/08 », Zurigo 2008

⁵ Cf. cap. 6 delle Linee direttive della Commissione europea sulle restrizioni verticali

⁶ Stoffel W., Vertikalabsprachen und Marktabschottung. Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission. Discorso tenuto in occasione della « Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung » del 22 gennaio 2008 a Zurigo e della Geneva Conference « Economic Experts in Competition Law » del 1. febbraio 2008

⁷ Cf. in proposito cap. 225 delle Linee direttive della Commissione europea sulle restrizioni verticali, in: JO 2000 C 291/1

Raccomandazione

Alla luce delle teorie economiche più recenti, il divieto di taluni accordi verticali introdotto all'art. 5, cpv. 4 LCart nel corso della revisione del 2003 deve essere rimesso in discussione e abolito. La regolamentazione attuale provoca insicurezza giuridica e il rischio di interventi eccessivi. La comunicazione concernente la valutazione degli accordi verticali deve pure essere riveduta, in particolare per quanto concerne le raccomandazioni relative ai prezzi. Occorre rinunciare ad ogni restrizione che superi l'ambito del diritto europeo. Le sanzioni dirette relative ai prezzi di vendita minimi e fissi nonché le restrizioni geografiche non sono rimessi in discussione.

Posizione dominante

L'abuso di posizione dominante è proibito

L'abuso di posizione dominante, ad esempio il fatto di imporre condizioni commerciali non eque, è illecito e può essere oggetto di una sanzione diretta. Per le imprese è essenziale poter determinare in anticipo in quale misura esse occupano effettivamente una posizione dominante e possono agire in altre parole, dal punto di vista delle autorità di sorveglianza della concorrenza, indipendentemente dagli altri attori del mercato e fino a quale punto le condizioni commerciali, in particolare, possono essere qualificate come non eque. La Comco e il suo segretariato sono stati chiamati ad esaminare una serie di casi sotto il punto di vista dell'art. 7 LCart e a stilare delle perizie concernenti la questione del dominio su un mercato. I tribunali civili hanno pure dovuto pronunciarsi su tali situazioni. L'esame di questi casi segue uno schema per principio costante e abituale a livello internazionale. Si può attestare che in questo settore la Comco applichi per quanto possibile i principi di "best practice".

E' difficile prevedere se un comportamento è lecito

Le imprese possono raggiungere rapidamente quote di mercato elevate, ad esempio introducendo una nuova prestazione su un mercato parziale. Un'impresa è spesso nell'impossibilità di determinare in anticipo se le autorità di sorveglianza della concorrenza, chiamate a pronunciarsi sul loro caso, pongano fine all'esistenza di una posizione dominante e di un abuso di quest'ultima. Il comportamento di un'impresa in situazione di dominio può a priori anche essere l'espressione di una concorrenza auspicata invece che una strategia di ostruzionismo o di gestione abusiva. A ciò si aggiunge il fatto che un restringimento dei limiti (geografici o materiali) del mercato può cambiare radicalmente la posizione di un'impresa. Questa incertezza è strettamente legata al sistema della concorrenza in quanto processo di scoperta.

L'insicurezza giuridica non deve recare pregiudizio ai concorrenti

E' evidente che bisogna agire a titolo preventivo per evitare che le imprese in posizione dominante adottino comportamenti chiaramente illeciti e riportarle sulla via del diritto. Ma, nella misura in cui non è affatto possibile prevedere se le autorità possano ritenere illegittima una determinata pratica di tale impresa, l'insicurezza giuridica non deve recare pregiudizio alle imprese. Questa annotazione concerne la minaccia di sanzioni colossali e non la possibilità di un intervento delle autorità in sé.

Se gli attori del mercato diventano eccessivamente prudenti, la dinamica di mercato ne soffre

Oggi la minaccia di sanzioni che pesano sulle imprese le costringono ad una prudenza estrema. Tale regolamentazione deve evitare in ogni caso che le imprese diano prova di un eccesso di prudenza sul mercato. Questa situazione frenerebbe la dinamica del mercato e indebolirebbe la nostra economia. La concorrenza riguarda imprese attive e non passive. In occasione di un nuovo esame del diritto svizzero dei cartelli, si tratterà di conseguenza di considerare anche questo aspetto.

Raccomandazione

L'onere della prova relativo alle pratiche abusive di imprese in posizione dominante deve sempre spettare alle autorità. A questo proposito le esigenze in materia di solidità della prova devono essere elevate. L'insicurezza giuridica attuale deve sistematicamente andare a favore di un'impresa accusata e contribuire a ridurre la sanzione.

Alle imprese deve essere data la possibilità di annunciare un progetto allo studio ma non ancora posto in vigore. In caso di mantenimento dell'esigenza secondo la quale una pratica deve essere messa in atto per poter essere valutata⁸, esse dovrebbero beneficiare dell'immunità di sanzione fino alla chiusura definitiva della procedura. Se la procedura di notifica non viene migliorata conformemente alle considerazioni descritte, bisognerebbe introdurre una pretesa legale sul modello dell'art. 25 LPA.

Tutti gli elementi devono essere accuratamente esaminati in occasione della fissazione delle sanzioni relative a pratiche definite all'art. 7 LCart (abuso di posizione dominante). Nella valutazione di un caso concreto, occorre tenere debitamente conto dell'imperativo della determinazione (« Bestimmtheitsgebot »), della prevedibilità insufficiente, nonché degli sforzi concreti profusi dall'impresa (ad esempio la sua richiesta di un parere di diritto per determinare l'ammissibilità di tale o tal altro comportamento). Se un'impresa si trovasse nell'impossibilità o quasi di prevedere l'illiceità di un comportamento questa assenza o quasi di prevedibilità, pertanto la difficoltà di attribuire il comportamento repressibile, deve tradursi nella diminuzione, o perfino nell'annullamento della sanzione.

Occorre semplificare il controllo delle fusioni

Controllo delle concentrazioni di imprese

Il diritto svizzero si mostra più esigente del diritto europeo a proposito delle fusioni. La maggioranza delle indagini condotte in Svizzera concernono fusioni internazionali che riguardano solo marginalmente il mercato svizzero, ma devono essere notificate in virtù dei valori soglia. Giuridicamente oggi in Svizzera non è stata validamente vietata nessuna fusione. Ciò si giustifica in un piccolo paese la cui economia è aperta verso l'estero, poiché le imprese sono avantutto confrontate alla concorrenza internazionale. In particolare allo scopo di accelerare il processo, le imprese interessate hanno dovuto perfino accettare degli oneri eccessivi che presuppongono un'ingerenza nella gestione operativa. A questo proposito, il controllo delle fusioni nella sua forma attuale solleva varie questioni. Tuttavia, la rinuncia al controllo delle fusioni comporterebbe il rischio di interventi eccessivi per abuso di posizione dominante.

Raccomandazione

Il controllo delle fusioni deve essere svolto con prudenza e qualsiasi ingerenza nella gestione operativa delle imprese deve se possibile essere evitata. Gli oneri relativi alla fusione devono essere fissati con flessibilità e poter essere esaminati separatamente.

L'introduzione di valori soglia differenziati deve permettere di escludere le fusioni internazionali che concernono solo marginalmente il mercato svizzero dal campo d'applicazione dell'obbligo di notifica.

Riserve circa il rispetto dei principi dello Stato di diritto per quanto concerne la fissazione delle sanzioni

Forte aumento delle sanzioni pronunciate

2.2 Procedure e sanzioni

Le infrazioni al diritto della concorrenza sono oggetto di sanzioni severe, in Svizzera e nell'UE. Le multe hanno indubbiamente contribuito ad una migliore applicazione del diritto della concorrenza, come lo provano gli sforzi consentiti dalle imprese preoccupate di rispettare la legge.

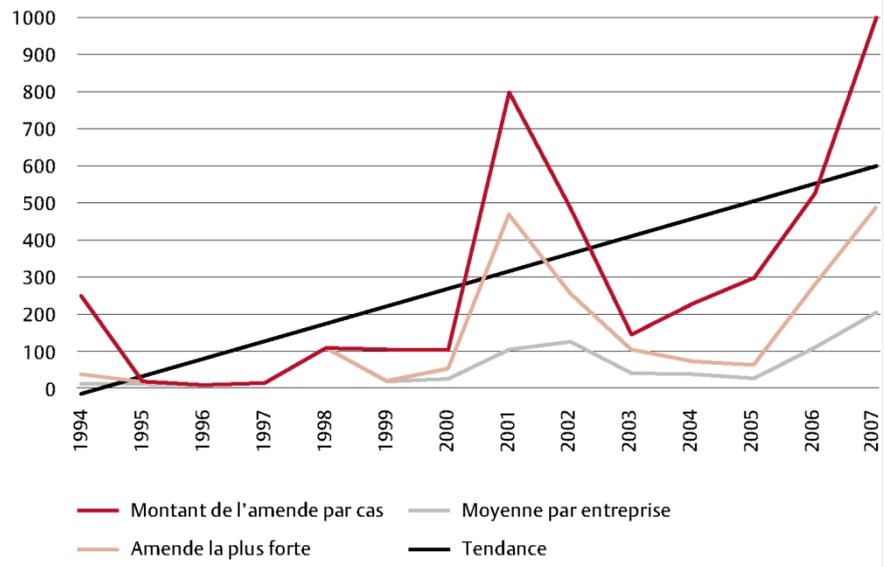
Nell'UE l'importo totale delle sanzioni inflitte è fortemente aumentato negli scorsi anni⁹. La Comco sembra seguire l'esempio dell'UE. I mezzi d'azione sono stati considerevolmente rafforzati, grazie non soltanto ad efficaci strumenti d'inchiesta, ma anche alla possibilità di liberare dalla sanzione l'impresa che per prima denuncia una pratica contraria alla concorrenza ("programma di clemenza"). Occorre pertanto, nell'interesse di un processo equo, che i principi del diritto della procedura vengano applicati alla lettera.

⁸ Secondo una decisione confermata dal Tribunale federale, le operazioni pianificate devono essere messe in atto per poter essere notificate nell'ottica di una liberazione dalla sanzione. In caso contrario non sarebbe possibile valutare le conseguenze economiche.

⁹ Schwarze J., Bosch W., Bechtold R., Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft. Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, Stoccarda 2008

Le multe inflitte dalla Commissione europea per le infrazioni alla legge sui cartelli hanno raggiunto negli scorsi anni livelli storici. Se si considerano le multe più elevate pronunciate nel corso degli ultimi quattordici anni, si vede chiaramente come la Commissione europea infligga sanzioni sempre più elevate in questo settore.

Evoluzione delle multe inflitte dalla Commissione europea
In mio di euro



Fonte : Schwarze et al. (2008)

Separazione dei poteri conformemente allo Stato di diritto anche nella politica della concorrenza

La separazione dei poteri è insufficiente

Dal punto di vista delle imprese è essenziale che le procedure siano messe in atto nel rispetto dei principi dello Stato di diritto. Secondo la Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), un "giudice indipendente" decide nelle procedure penali, che comprendono anche le procedure in cui vengono pronunciate sanzioni finanziarie elevate. In Svizzera pongono problemi soprattutto la ripartizione dei compiti e la cooperazione tra il segretariato della Comco e la commissione, che deve infine pattuire l'importo delle sanzioni. In effetti, il segretariato della Comco non solo conduce le inchieste e prepara le decisioni della commissione, ma partecipa pure alle deliberazioni di quest'ultima, contrariamente alle parti incriminate. Questa situazione non è soddisfacente anche se essa è paragonabile a quella prevalente nell'UE. Il Tribunale amministrativo federale dispone certamente del pieno potere d'esame, ma le esperienze sono insufficienti per giudicare l'efficacia di questa protezione giuridica. Nell'UE il tribunale di prima istanza esercita la sua competenza d'esame con molta prudenza.

La Comco non agisce in maniera indipendente

Occorre inoltre precisare che né la Comco, né la Commissione europea agiscono in maniera indipendente. Al contrario, poiché esse sono integrate all'amministrazione e le autorità politiche dispongono di un margine di influenza considerevole¹⁰. Sarà interessante osservare l'evoluzione della pratica del Tribunale amministrativo federale in quanto istanza di ricorso contro le decisioni della Comco. Negli affari dipendenti dal diritto dei cartelli, il tribunale gode pure del pieno potere d'esame. Il Tribunale amministrativo presenta così le condizioni istituzionali richieste per agire come correttivo¹¹.

¹⁰ Elezione dei membri della commissione, designazione della direzione, budget, direttive relative all'apertura di una procedura e possibilità di annullare una decisione

¹¹ Nonostante l'indipendenza organizzativa e funzionale del Tribunale amministrativo federale, ci si può chiedere se quest'ultimo sia effettivamente in grado di compensare l'indipendenza giudiziaria insufficiente della Comco, poiché le condizioni per tale compensazione non sono assolte: il Tribunale amministrativo federale possiede i pieni poteri d'esame di giudice ma non de facto, poiché non ha la possibilità di amministrare la prova in modo esaustivo, lasciando regolarmente alla Comco, l'istanza inferiore, l'onere della valutazione tecnica. In mancanza di basi sufficienti per prendere una decisione, esso non è

Creazione di un diritto procedurale specifico	L'adozione di un diritto procedurale specifico permetterebbe di meglio tener conto delle particolarità del diritto della concorrenza. Nel caso in esame bisognerebbe garantire un abbreviamento delle procedure, molto lunghe, senza rinunciare alla protezione derivante dai principi dello Stato di diritto.
Raccomandazione	<p>La procedura della sanzione derivante dal diritto dei cartelli deve meglio tener conto dei principi del diritto di essere sentito, del diritto a non incriminarsi da soli e della parità delle armi, stabilendo una ripartizione più rigida dei compiti tra le autorità d'inchiesta e di decisione.</p> <p>Per quanto attiene all'indipendenza dell'autorità di concorrenza, essa deve essere rafforzata grazie alla separazione di quelle dell'amministrazione e alla diminuzione dell'influenza diretta del potere esecutivo (per analogia all'autorità di sorveglianza in materia di revisione o all'autorità di sorveglianza dei mercati finanziari (FINMA); competenza in materia di elezione, budget autonomo, nessuna istruzione del dipartimento).</p>
I programmi di conformità contribuiscono all'adozione del diritto della concorrenza	<p><i>Tener conto degli sforzi di conformità delle imprese</i></p> <p>Gli sforzi di conformità legale delle imprese contribuiscono efficacemente all'applicazione del diritto della concorrenza e devono essere promossi nell'interesse della libera concorrenza. Nella pratica, tuttavia, non è chiaro come questi sforzi consentiti in Svizzera o in Europa possano condurre alla riduzione, anzi ad un'esenzione totale delle sanzioni (contrariamente a quanto avviene negli Stati Uniti). Le imprese esigono che le misure da esse adottate al fine di impedire le pratiche anticoncorrenziali si traducano in una diminuzione o in un annullamento delle sanzioni. In questo senso l'economia sostiene la mozione inoltrata dal consigliere agli Stati Rolf Schweizer¹². Le sanzioni non devono essere pronunciate senza esame preliminare della responsabilità. Se è provato che l'impresa rispetta i suoi doveri di diligenza (messa in vigore di un programma di conformità efficace), essa deve potersi disculpate.</p>
Raccomandazione	<p>Bisogna promuovere gli sforzi delle imprese in materia di programmi di conformità e di procedure interne di analisi dei rischi, al fine di evitare le pratiche contrarie alla concorrenza. Si tratta in particolare, in assenza di responsabilità diretta dell'impresa e di messa in atto delle misure di conformità adeguate da parte di quest'ultima, di rinunciare a qualsiasi sanzione o, perlomeno, di ridurre le sanzioni.</p> <p>La questione delle sanzioni contro i collaboratori che, nonostante i programmi di conformità, partecipano deliberatamente a intese cartellistiche deve essere esaminata in relazione all'introduzione della « compliance defence ».</p>
L'assenza del segreto professionale è un inconveniente per la Svizzera	<p><i>« Legal Privilege » per i giuristi aziendali</i></p> <p>Le misure di prevenzione messe in atto nell'ambito delle imprese al fine di prevenire i comportamenti illegali, quali le infrazioni alla legge sui cartelli o la corruzione, possono svolgere pienamente i loro effetti soltanto se i giuristi aziendali sono coperti dal segreto professionale, ciò che non è attualmente il caso. E' ora di rimediare a questa situazione¹³. I lavori in corso al fine di fissare nella legge un diritto al segreto professionale per i giuristi aziendali in occasione dell'annunciata procedura di consultazione sulla legge sui giuristi aziendali, sono pienamente sostenuti dalle imprese.</p>
Il segreto professionale rafforza il rispetto delle regole di conformità	<p>La protezione del segreto professionale per i giuristi aziendali è importante soprattutto nell'ottica di un rafforzamento del rispetto delle regole di conformità nell'ambito delle aziende. I giuristi aziendali svolgono oggi un ruolo determinante in materia di conformità legale delle imprese. Ma affinché essi possano prevenire le infrazioni alle regolamentazioni, devono avere accesso alle informazioni relative ai rischi e alle possibili lacune nell'ambito della loro impresa. Ora, essi non riceveranno tali informazioni se esiste un reale pericolo che le autorità possano esigere che queste ultime vengano loro trasmesse.</p>
	<p>in realtà in grado di stilare un decreto suscettibile di riformare una decisione. Ciò vale pure per la « Court of First Instance » dell'UE.</p>
	<p>¹² Cf. mozione 07.3856. Diritto dei cartelli. Equilibrare il dispositivo delle sanzioni e renderlo più efficace</p>
	<p>¹³ Cf. mozione 07.3281. Doveri e diritti degli impiegati che svolgono un'attività di consulenza giuridica o di rappresentante in giustizia. Assimilazione agli avvocati indipendenti</p>

Raccomandazione

Occorre fissare nella legge un diritto generale al segreto professionale per i giuristi aziendali.

Ottimizzare le procedure

La sicurezza giuridica nelle procedure

Il legislatore introduce all'art. 49a, cpv. 3 LCart una disposizione che ha sollevato numerose questioni nella realtà. In origine, vale a dire nel progetto di modifica della legge sui cartelli, era previsto che nessuna sanzione venisse pronunciata se un'impresa annunciava una restrizione alla concorrenza prima che gli effetti si facessero sentire¹⁴. Il legislatore intendeva così evitare che un'impresa debba assumere il rischio di un errore di valutazione del proprio comportamento¹⁵. In effetti, era stato ritenuto discutibile dal punto di vista costituzionale collegare delle sanzioni dirette alla presunzione di illiceità ai sensi dell'art. 5, cpv. 3 e 4 LCart o alla presunzione di abuso ai sensi dell'art. 7 LCart, senza che fosse stato possibile chiarire preliminarmente la situazione giuridica¹⁶. I dibattiti delle Camere hanno portato all'introduzione della procedura detta d'opposizione, secondo la quale un annuncio libera da una sanzione soltanto se la Comco non apre una procedura nei cinque mesi che seguono il suddetto annuncio. Questa possibilità d'opposizione annulla quasi totalmente gli attesi effetti dell'annuncio, e ciò per varie ragioni:

- Il segretariato e la Comco non possono farsi un'idea obiettiva e precisa dei progetti annunciati, nella misura in cui questi ultimi devono essere comunicati *prima* che non svolgano i loro effetti.
- In caso di dubbi sulla posizione da adottare, poiché il progetto non è manifestamente lecito né manifestamente illecito, la Comco o il suo segretariato minacciano di aprire un'inchiesta se il progetto dovesse essere posto in esecuzione¹⁷. L'annuncio porta così, senza che vi sia un esame di fondo, a un divieto puro e semplice della pratica.
- Considerato come la disposizione in vigore relativa alla possibilità di annuncio possa sfociare in un divieto di fatto, essa pone problemi dal punto di vista costituzionale.
- Il termine di cinque mesi concesso alla Comco per fare opposizione è troppo lungo (« time to market »).

Il timore di vedere abusare le imprese della possibilità d'annuncio, che le libererebbe automaticamente dalla sanzione, per ottenere una rendita di cartello o altra rendita durante la durata della procedura, è secondo noi ingiustificata. In effetti, la Comco ha sempre la possibilità, mediante misure previsionali, di tagliare corto rapidamente alle manifeste infrazioni alla legge sui cartelli.

Raccomandazione

Quando un progetto viene annunciato prima di svolgere i suoi effetti, una sanzione ulteriore non dovrebbe più essere possibile. Le imprese dovrebbero avere la possibilità di sottoporre al segretariato un progetto previsto, ma non ancora messo in opera senza esporsi a sanzioni. In caso di mantenimento dell'esigenza secondo la quale una pratica deve essere stata messa in vigore per poter essere annunciata, l'impresa dovrebbe beneficiare dell'immunità di sanzione fino alla chiusura della procedura. Se la procedura di notifica non fosse migliorata, bisognerebbe allora introdurre una pretesa legale sul modello dell'art. 25 LPA.

Durante la redazione delle future comunicazioni o della revisione di comunicazioni esistenti, occorre tenere maggiormente conto del criterio della sicurezza giuridica formulando eccezioni più vincolanti e insistendo maggiormente sull'armonizzazione con le regole dell'UE.

¹⁴ Cf. messaggio relativo alla revisione della legge sui cartelli del 7 novembre 2001, in: FF 2002 I, pp. 1911-1944

¹⁵ Cf. *ibid.*, p. 1927

¹⁶ Cf. Rhinow R., Gurovits A. A., « Avis de droit sur la constitutionnalité de l'introduction de sanctions directes dans la loi sur les cartels à l'intention du Secrétariat général du Département fédéral de l'économie (DFE) » del 5 luglio 2001, in: DPC 2001/3, p. 601

¹⁷ Cf. DPC 2008/2, p. 361 ss.

Le sanzioni sono di natura penale e devono fondarsi su basi legali chiare

Fissazione dell'ammontare della sanzione

In virtù della legge sui cartelli in vigore un'impresa, in caso di restrizioni illecite alla concorrenza, può essere tenuta al pagamento di un importo che può andare fino al 10% della cifra d'affari realizzata in Svizzera nel corso degli ultimi tre esercizi. Denominata "sanzione amministrativa" (titolo della sezione 6 della LCart), questa multa può rapidamente avere conseguenze finanziarie gravi per le imprese che presentano un debole margine beneficiario netto in particolare (commercio al dettaglio o all'ingrosso), e mettere in pericolo la loro stessa esistenza. Essendo confermata la loro possibile severità, le sanzioni previste all'art. 49° LCart sono di *natura penale*, conformemente ai principi della CEDU. In quanto sanzioni di natura penale, le "sanzioni amministrative" secondo l'art. 49a LCart devono preservare i diritti fondamentali delle imprese interessate. Ammettendo un fondamento legale e una chiara separazione dei poteri, occorre in particolare tener conto dei seguenti punti :

- *Principio di responsabilità* (nulla poena sine culpa): considerato l'importo delle sanzioni, occorre stabilire pienamente il principio della responsabilità nel diritto della concorrenza. Bisogna evitare che le sanzioni divengano dei delitti formali. Un'impresa può essere punita solo se
 - i suoi organi hanno deliberatamente partecipato a restrizioni illecite alla concorrenza o
 - essa non ha assunto tutte le misure d'organizzazione obiettivamente necessarie per evitare l'infrazione (diritto penale delle imprese, art. 102 CP).
- *Presunzione d'innocenza* (in dubio pro reo): spetta alla Comco provare la restrizione illecita alla concorrenza.
- Diritto di mantenere il silenzio e di non contribuire alla propria incriminazione (nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se ipsum prodere).

Il rispetto dei diritti fondamentali può essere garantito grazie alle seguenti misure:

- La Comco deve fornire la prova della responsabilità dell'impresa. In occasione della fissazione dell'importo della sanzione, essa deve tener conto in particolare dei programmi di conformità: quando succede che un'impresa ha preso misure appropriate e durevoli per rispettare il diritto dei cartelli, bisogna abbandonare le accuse contro di essa (conseguenza: rinuncia alla sanzione o riduzione di quest'ultima).
- Adattamento del programma di clemenza al fine di chiarire le questioni dell'autodenuncia e della garanzia illimitata della massima inquisitoria.

Raccomandazione

Il calcolo dell'ammontare della sanzione deve basarsi prioritariamente sul principio della responsabilità. In assenza di responsabilità diretta le imprese che hanno messo in vigore un programma di conformità appropriato devono essere liberate interamente o parzialmente da ogni sanzione (« compliance defence »).

Inoltre, il calcolo della sanzione deve imperativamente tener conto dei danni-interessi, necessariamente prevedibili, da versare ai clienti e concorrenti e di multe che sarebbero pronunciate da altre giurisdizioni nello stesso affare.

Composizione della Comco

2.3 Istituzioni

Nei rapporti dell'OCSE¹⁸ sulla politica della concorrenza della Svizzera, alcuni ambienti specializzati, ma in parte anche il presidente della Comco, emettono alcune critiche all'indirizzo della dimensione attuale e della composizione della Comco. Già durante la revisione del 2003 era stato proposto di abolire il diritto di proposta delle associazioni. Il Consiglio federale non aveva più fatto questa proposta al Parlamento a seguito di una presa di posizione chiara degli interessati durante la procedura di consultazione. La partecipazio-

¹⁸ Cf. OCSE, Il ruolo della politica della concorrenza nella riforma della regolamentazione. Riforma della regolamentazione in Svizzera, OCSE, Rapporto sulla riforma della regolamentazione, Parigi 2006

La scienza e la pratica sono complementari	<p>ne di rappresentanti della prassi corrisponde ad una volontà politica chiara, espressa a più riprese dal legislatore¹⁹.</p>
Mantenere un'autorità articolata su due livelli	<p>La Commissione della concorrenza è attualmente composta da dodici membri eletti dal Consiglio federale. Questo gruppo comprende sette professori. L'elezione di quattro membri è proposta dalle associazioni economiche e dai sindacati, dal momento che il Consiglio federale è libero nelle proprie scelte. Un membro proposto dalle organizzazioni dei consumatori appartiene alla Corte d'appello (Obergericht) di Zurigo. I membri proposti apportano le loro conoscenze pratiche indipendentemente dalle istruzioni degli attori del mercato. Non fosse che per ragioni di confidenzialità, essi non possono discutere casi individuali al di fuori dell'ambito della Comco. Il contributo apportato dai membri alle decisioni non rappresenta una difesa unilaterale degli interessi. Si tratta di un apporto che completa la prospettiva dogmatica maggioritaria di professori qualificati come indipendenti. I membri proposti possono essere paragonati a giudici specializzati dei tribunali commerciali.</p>
Occorre prevedere la creazione di un tribunale specializzato nel diritto dei cartelli sul modello dei tribunali del commercio	<p>Se il Gruppo di valutazione del Consiglio federale propone la creazione di un'autorità integrata, ciò è soprattutto per ragioni di efficacia. Tuttavia, questo raggruppamento dell'inchiesta e della decisione reca pregiudizio ai diritti della difesa. Occorre avantutto preoccuparsi che gli argomenti di scarico non siano affatto o insufficientemente presi in considerazione durante l'inchiesta. Siccome il Tribunale amministrativo federale non è specializzato nella valutazione delle questioni della politica della concorrenza, la minaccia di un onere eccessivo che pesa su di esso è evidente.</p>
Raccomandazione	<p>Dal punto di vista dell'economia occorrerebbe esaminare la creazione di un tribunale dei cartelli secondo il modello dei tribunali commerciali in vigore oggi in Svizzera in quattro Cantoni. Almeno due giudici, specializzati nei cartelli, assicurerebbero la presidenza e la vice-presidenza, funzioni che svolgerebbero a titolo principale. I giudici specializzati che esercitano la loro funzione a titolo accessorio apporterebbero le loro conoscenze di determinati settori specializzati. Tale autorità indipendente avrebbe logicamente bisogno di un certo appoggio amministrativo sotto forma di segretario.</p>
Esaminare l'introduzione del « modello del ministero pubblico »	<p>I membri della Comco dovrebbero proseguire la loro attività nell'ambito del sistema di milizia. Le persone i cui nomi sono proposti da gruppi d'interesse dovrebbero poter continuare ad apportare le loro conoscenze in quanto giudici specializzati. La competenza economica della commissione, della presidenza e del segretariato deve essere potenziata.</p> <p>Bisogna rafforzare la separazione tra le funzioni d'inchiesta e di decisione. La Commissione deve poter discutere e decretare le proprie decisioni indipendentemente dal segretariato.</p> <p>Occorre studiare la pianificazione della Comco in quanto tribunale dei cartelli, analogamente ai tribunali commerciali: una presidenza permanente garantita da persone che svolgono questa funzione a titolo principale, dei giudici specializzati degli ambienti scientifici e dei rappresentanti dei principali attori economici (associazioni mantello dell'economia, sindacati e consumatori) che esercitano la loro funzione a titolo accessorio.</p>
	<p><i>Funzione del segretario</i></p> <p>Il segretariato garantisce il ruolo di autorità d'investigazione. E' dunque opportuno permettergli di aprire pure delle inchieste senza consultazione preliminare della Comco, autorità decisionale. Questa rivalutazione dovrebbe manifestarsi con la creazione di un'identità propria. economiesuisse propone dunque di esaminare l'introduzione di un modello che si ispiri al modello del "ministero pubblico della Confederazione". Il segretariato attuale abbraccerebbe così una funzione di autorità d'accusa e non sarebbe nel contempo un organo di sostegno della Comco.</p>

¹⁹ Cf. ad esempio Müller J.P., parere legale del 15 marzo 2007 relativo alla decisione della Commissione della concorrenza del 5 febbraio 2007 concernente le spese finali per il mercato della telefonia mobile (32-0158), 2007

Raccomandazione

Il segretariato deve essere maggiormente orientato sulla sua missione d'inchiesta e d'accusa (« modello del ministero pubblico »), in quest'ottica esso deve beneficiare di un'identità propria e rimanere al di fuori delle deliberazioni.

Per redigere i propri decreti la commissione deve disporre di un'autorità indipendente dal segretariato incaricato dell'investigazione.

Creazione di una nuova autorità in materia di concorrenza

Rapporti con le autorità settoriali

La politica della concorrenza deve applicare a tutte le imprese gli stessi principi. Eccezioni specifiche a taluni settori devono restare una rarità. L'economie suisse propone di ispirarsi ai modelli australiano e olandese e studiare il raggruppamento di tutte le autorità settoriali e della Comco in una sola autorità della concorrenza. Sarebbe così possibile concentrare più efficacemente le risorse delle autorità garanti della concorrenza. Sarebbero da prevedere gremi specializzati per creare conoscenze specialistiche.

Raccomandazione

Le regole della politica della concorrenza devono logicamente essere fissate nel diritto dei cartelli, in un approccio armonizzato. Esse non devono essere oggetto di leggi settoriali supplementari. Occorre rinunciare il più possibile alle deroghe alla legge sui cartelli per settori specifici.

E' necessario esaminare se le autorità settoriali e la sorveglianza dei prezzi possano essere raggruppati con la Comco in una sola (nuova) autorità della concorrenza. Un'altra soluzione consisterebbe nel separare più rigorosamente le competenze delle autorità settoriali e della Comco. Se l'autorità di regolazione di un settore è dotata di competenze estese, la Comco non dovrebbe avere nessuna competenza suscettibile di entrare in conflitto con queste ultime.

La Svizzera deve utilizzare il margine di manovra di cui dispone per sviluppare le proprie soluzioni

2.4 Confronto con l'Europa

Il diritto della concorrenza regge la concorrenza internazionale. Laddove si osserva un comportamento dipendente dal diritto dei cartelli in Svizzera o nell'UE, le due autorità garanti dei cartelli verificano la sua ammissibilità. Per facilitare le loro attività di fronte alla concorrenza mondiale garantendo la sicurezza del diritto, le imprese svizzere preconizzano una politica eurocompetitiva, che faccia in modo che ciò che è autorizzato nell'UE lo sia pure sul territorio svizzero²⁰. In tutte le questioni dipendenti dal diritto dei cartelli dove le disposizioni dell'UE sembrerebbero eccessive, la Svizzera è per contro pienamente legittimata a mostrarsi più liberale e ad usare la propria indipendenza per applicare soluzioni – ad esempio in materia di procedura o di valutazione delle sanzioni.

Accordo di cooperazione con l'UE

L'attuale commissario europeo alla concorrenza ha proposto alla Svizzera di concludere un accordo di cooperazione. Il presidente della Comco richiede pure tale accordo. Attualmente hanno luogo tra esperti discussioni esplorative tecniche a questo proposito. Già oggi le autorità della concorrenza si scambiano un dialogo professionale intenso. Una collaborazione concreta con scambi d'informazione su casi individuali non è tuttavia possibile a causa della situazione giuridica, tranne per il caso di fusione e tramite l'accordo delle parti. Tenuto conto della ristrettezza dei rapporti economici che intratteniamo con i nostri vicini, occorre esaminare con cura la prospettiva di un'adeguata cooperazione con l'UE. L'economia accompagna tuttavia la messa in atto di negoziati in questo senso a condizioni molto chiare. Prima di qualsiasi negoziato su un accordo di cooperazione, essa chiede che siano eliminate le riserve attuali concernenti le lacune sui principi dello Stato di diritto (CEDU). Inoltre, si tratta di osservare le regole fondamentali dell'assistenza amministrativa e giudiziaria. L'economia dà pure importanza al « principio di specialità ». Infine, la confidenzialità e la protezione giuridica devono rimanere garantite in ogni momento.

²⁰ Le imprese devono poter far valere anche in Svizzera i motivi di deroga previsti dai regolamenti dell'UE concernenti l'esenzione per categorie (ad esempio il regolamento CE n° 2790/1999 relativo agli accordi verticali o il regolamento CE n° 358/2003 concernente talune categorie di accordi nel settore delle assicurazioni).

Raccomandazione

La Svizzera deve autorizzare le pratiche ammesse dal diritto europeo della concorrenza.

Per contro, essa non deve riprendere il diritto europeo della concorrenza nei settori in cui esso è stato riconosciuto lacunoso. Il diritto svizzero è perfettamente legittimato, se del caso, a mostrarsi più preoccupato dei principi dello Stato di diritto e del liberalismo. La Svizzera deve utilizzare il margine di manovra a sua disposizione per sviluppare soluzioni personali.

Prima di avviare negoziati su un accordo di collaborazione, occorrerà innanzitutto assicurarsi che i principi dello Stato di diritto siano rispettati, poi stabilire le regole fondamentali dell'assistenza giudiziaria e amministrativa e instaurare la protezione del segreto professionale dei giuristi aziendali.

Sviluppare il diritto dei cartelli nell'interesse della concorrenza

3 Conclusione

Le revisioni del diritto della concorrenza del 1995 e del 2003 hanno nettamente rafforzato il diritto svizzero della concorrenza e l'hanno nel contempo avvicinato alle regole europee. L'economiesuisse saluta l'orientamento scelto che risponde agli interessi dell'economia di mercato. Negli scorsi anni le imprese elvetiche hanno operato sforzi supplementari a tutti i livelli per attenersi strettamente alle norme del diritto della concorrenza. La legislazione messa in vigore ha dunque effetti positivi. Le esperienze realizzate dalle imprese mostrano tuttavia anche che s'impongono modifiche puntuali. Le imprese hanno tutto l'interesse a che le misure e le procedure previste dal diritto della concorrenza siano più efficaci ed offrano una sufficiente sicurezza giuridica. Sulla base della presente valutazione e di diverse iniziative parlamentari in corso, il Consiglio federale sottoporrà al Parlamento proposte concrete. L'economia deve poter partecipare direttamente a questi lavori.

Informazioni:

thomas.pletscher@economiesuisse.ch

silvan.lipp@economiesuisse.ch