

**Messaggio
 concernente una legge federale sui cartelli
 e altre limitazioni della concorrenza
 (Legge sui cartelli, LCart)**

del 23 novembre 1994

Onorevoli presidenti e consiglieri,

Vi sottoponiamo, per approvazione, un disegno di legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (revisione totale).

Nel contempo vi invitiamo a togliere di ruolo i seguenti interventi parlamentari:

- | | | | |
|------|---|-------------|--|
| 1991 | P | 90.706 | Creazione di un Ufficio federale della concorrenza e di un Ufficio federale degli affari bancari e finanziari (N 4.10.91, Eisenring) |
| 1992 | P | 92.3088 | Ufficio federale della concorrenza (N 19.6.92, Loeb François) |
| 1992 | P | ad 92.057-8 | Legge sui cartelli e legislazione CEE (N 23.9.92, Commissione dell'economia e dei tributi) |
| 1992 | M | 92.3200 | Rinnovamento dell'economia mediante un rafforzamento della concorrenza (N 14.12.92, Gros Jean-Michel; S 10.12.92) |
| 1992 | M | 92.3211 | Rinnovamento dell'economia e rafforzamento della concorrenza (S 10.12.92, Coutau; N 14.12.92) |
| 1993 | P | 93.3040 | Per una maggiore concorrenza. Revisione immediata della legislazione sui cartelli (E 17.3.93, Commissione dell'economia e dei tributi) |

Gradite, onorevoli presidenti e consiglieri, l'espressione della nostra alta considerazione.

23 novembre 1994

In nome del Consiglio federale svizzero:

Il presidente della Confederazione, Stich

Il cancelliere della Confederazione, Couchepin

Compendio

La «globalizzazione dell'economia» provoca un'accresciuta concorrenza tra le diverse economie nazionali. In tutti i Paesi la maggiore mobilità dei fattori di produzione costringe il legislatore a dedicare maggiore attenzione alle condizioni quadro dal profilo della capacità concorrenziale a livello internazionale e in particolare a dare maggiore spazio alle forze del mercato. Quest'evoluzione ha indotto il Consiglio federale ad elaborare un programma completo di rinnovamento dell'economia svizzera. Il primo pacchetto di provvedimenti comprende pure la revisione della legge sui cartelli.

Talune peculiarità della legislazione in vigore, come per esempio l'assenza di vere e proprie norme di comportamento nella parte dedicata al diritto amministrativo, rendono necessaria l'adozione di una nuova legge in considerazione degli obiettivi stabiliti (fra l'altro un rapido smantellamento dei cosiddetti cartelli rigidi). Se il principio dell'abuso è stato mantenuto, le norme di diritto materiale in materia cartellistica civile e amministrativa sono state unificate e nuovamente strutturate in modo più incisivo. Nel contempo la «soppressione della concorrenza efficace» è divenuta il criterio centrale di valutazione delle limitazioni della concorrenza. Rispetto alla legislazione attualmente in vigore, il disegno di legge comprende in particolare le seguenti novità:

Per quanto concerne gli accordi orizzontali aventi la caratteristica di cartelli rigidi (accordi in materia di prezzi, di zona e di quantità), il disegno di legge introduce la presunzione – opponibile in taluni casi – che essi sopprimono la concorrenza efficace e sono quindi fondamentalmente illeciti. Gli altri accordi sono leciti purché migliorino l'efficienza economica e perseguano pertanto uno scopo positivo da un profilo economico globale. Il miglioramento dell'efficienza può essere riconosciuto a determinati accordi o categorie. Per motivi politici è altresì possibile dichiarare leciti accordi che sopprimono una concorrenza efficace.

La maggiore severità nei confronti dei cartelli e di altri accordi in materia di concorrenza esige anche un adeguamento del trattamento delle pratiche abusive delle imprese che dominano il mercato. Il disegno di legge prevede pertanto particolari fattispecie di diritto materiale in un elenco completo di possibili abusi. La disposizione corrisponde alle più recenti esperienze in merito in Svizzera e all'estero. Le pratiche in materia di domanda e di offerta sono equiparate, anche quando si tratta di imprese pubbliche.

Non è possibile elaborare una legislazione equilibrata sulla concorrenza senza prevedere un controllo preventivo delle fusioni di imprese. La regolamentazione proposta è piuttosto prudente. L'obbligo dell'autorizzazione interviene a partire da valori soglia molto elevati, di modo che il numero delle fusioni toccate dalla normativa è relativamente ridotto. L'autorizzazione sarà negata unicamente alle concentrazioni suscettibili di sopprimere la concorrenza efficace. Un simile rischio esiste raramente e si incontra di norma soltanto su mercati che sono giuridicamente o effettivamente di difficile accesso ai nuovi concorrenti (esteri).

In campo istituzionale, il disegno di legge contiene soluzioni adeguate alle nuove disposizioni materiali. Le competenze istruttorie e decisionali sono separate, come già nel caso di diversi settori dell'amministrazione federale e delle amministrazioni cantonali. La segreteria della Commissione conduce l'inchiesta unitamente al direttorio e presenta successivamente l'incarto per decisione a un'autorità - la Commissione della concorrenza, che succede alla Commissione dei cartelli - che può avvalersi di ampie conoscenze teoriche e pratiche.

La procedura si svolge in modo consono alla legge federale sulla procedura amministrativa, acquista maggiore trasparenza e efficacia e tiene conto, meglio di oggi, degli aspetti dello Stato di diritto. Il disegno di legge integra inoltre forme moderne di intervento statale, nella misura in cui prevede la possibilità della procedura di conciliazione con le imprese interessate.

Le chiarificazioni in merito all'applicabilità della legge alle imprese che svolgono compiti pubblici o che operano in un regime di mercato di carattere statale migliorano le possibilità di politica della concorrenza nel campo delle limitazioni statali della concorrenza. La legge sui cartelli è applicabile nella misura in cui la legislazione che fonda l'intervento dello Stato non esclude la concorrenza. Per quanto concerne il diritto di intervento come tale, le autorità in materia di concorrenza possono continuare a formulare raccomandazioni.

Il disegno di legge tiene conto della legislazione in materia di concorrenza dell'Unione europea, tranne nei casi in cui la scelta di soluzioni diverse è apparsa più giudiziosa per motivi materiali (nessun divieto generale dei cartelli in Svizzera, controllo più generoso delle fusioni). Questo modo di procedere consente di riprendere elementi di politica della concorrenza ampiamente sperimentati e di evitare che le imprese svizzere attive nell'Unione europea vengano confrontate con norme di comportamento contraddittorie.

Messaggio

1 Parte generale

11 Situazione iniziale

111 Strutture di base della politica di concorrenza

In un'economia di mercato, la concorrenza svolge un certo numero di funzioni fondamentali: orienta l'offerta secondo le preferenze del consumatore, porta a un impiego efficace dei fattori di produzione, crea stimoli al miglioramento della produzione, incoraggia il rinnovamento dei prodotti e dei procedimenti di produzione e costringe ad un continuo adeguamento all'evoluzione della situazione. Scopo primordiale della politica di concorrenza è di creare sul mercato dei beni e dei fattori le condizioni di attuazione di una concorrenza efficace (funzionale). Una concorrenza insufficiente è sinonimo di prezzi troppo elevati, di offerta ridotta, di produzione ristagnante e in definitiva di competitività moribonda nell'ambito dell'economia nazionale.

Un ordinamento efficace della concorrenza suppone innanzitutto il diritto di esercitare liberamente un'attività economica. Gli operatori economici usano di questo diritto e organizzano in modo possibilmente efficiente le loro relazioni economiche. Le prestazioni economiche che ne risultano sono di norma profittevoli all'insieme dell'economia, a condizione che esista concorrenza. L'esistenza della concorrenza non costituisce però un'evidenza, dacché il diritto in quanto tale di esercitare liberamente un'attività economica comprende anche quello di sopprimere o di limitare la concorrenza in misura inauspicata dal profilo dell'economia globale. Tali limitazioni private della concorrenza devono essere combattute con i mezzi di politica di concorrenza a disposizione dello Stato. Siffatte motivazioni esigono altresì che lo Stato eviti di intervenire inutilmente - per esempio per il tramite di regolamenti di polizia - nel libero gioco dell'offerta e della domanda e quindi nella concorrenza¹⁾.

Il compito di una politica statale di concorrenza è di garantire il funzionamento dei meccanismi di mercato e quindi il libero gioco dell'offerta e della domanda. Ma non tutte le limitazioni della libertà concorrenziale degli operatori del mercato pregiudicano tale libero gioco e pertanto l'efficienza della concorrenza. Talune forme di cooperazione tra imprese potenziano l'efficienza economica, soprattutto in senso dinamico, senza peraltro pregiudicare la concorrenza come tale. L'intervento dello Stato in nome della politica di concorrenza è necessario unicamente quando l'analisi del comportamento di un'impresa evidenzia che lo scopo ricercato non è un potenziamento dell'efficienza, bensì il raggiungimento di una rendita cartellistica o di monopolio, ossia un comportamento sfruttatore. Per l'autorità che deve applicare la legge non è facile operare una distinzione tra la sforzo in vista del potenziamento dell'efficienza e lo sfruttamento:

¹⁾ Spesso l'accesso al mercato o perlomeno i processi di mercato innovativi vengano limitati da provvedimenti di regolazione, che provocano compartimentazioni indubbiamente negative per l'economia generale.

infatti allo stato attuale le scienze economiche non consentono di delimitare una simile frontiera - di comportamento e di presupposti (struttura di mercato) - ossia di stabilire una norma ad un tempo generale e applicabile in diritto.

Il *diritto costituzionale economico* assegna alla concorrenza un duplice obiettivo nel sistema dell'economia di mercato: da un canto essa deve garantire che le attività economiche dei concorrenti che desiderano accedere al mercato non siano ostacolate in modo inaccettabile (componente di diritto della personalità) e, d'altro canto, deve consentire l'affermarsi di processi economici dinamici e innovativi i cui risultati, intesi come potenziamento dell'efficienza, siano vantaggiosi per tutti, imprese e consumatori (componente di economia generale). Questi risultati positivi non possono essere raggiunti interamente se i processi economici sono limitati da ostacoli alla concorrenza.

Le limitazioni della concorrenza possono apparire sia nelle relazioni tra lo Stato e i privati, sia in quelle tra i diversi operatori economici privati. Nell'istituire una normativa della concorrenza non basta pertanto garantire la libertà del commercio e dell'industria per prevenire gli interventi dello Stato nella libertà di concorrenza dei privati; occorre invece creare un minimo di regole di gioco per disciplinare le relazioni tra i diversi operatori privati del mercato. Soltanto la tutela orizzontale e verticale della libertà economica consente ad un'economia di mercato fondata sulla concorrenza di raggiungere i suoi obiettivi.

La costituzione economica svizzera non si limita pertanto alla tutela della libertà del commercio e dell'industria contro gli interventi dello Stato (art. 31 Cost.), bensì assegna al legislatore il mandato di porre rimedio alle ripercussioni nocive di ordine economico e sociale dei cartelli o di organizzazioni analoghe (art. 31^{bis} cpv. 3 lett. d Cost.) e di lottare contro le limitazioni private della concorrenza. Dal profilo del diritto costituzionale, l'articolo sui cartelli riveste un proprio significato rispetto all'articolo 31 Cost.; l'articolo sui cartelli getta le basi di una politica statale della concorrenza orientata sul benessere generale. Inoltre la politica di concorrenza è al servizio dell'attuazione del diritto fondamentale della libertà economica e ne concretizza le componenti di diritto oggettivo, che si manifestano nell'organizzazione di un'economia incentrata principalmente sulla concorrenza.

In virtù del mandato costituzionale (art. 31^{bis} cpv. 3 lett. d Cost.), il legislatore ha varato nel 1962 una prima legge sui cartelli²⁾. La legislazione attualmente in vigore³⁾ è stata adottata dopo quindici anni di lavori di revisione. Come esamineremo più sotto, una nuova revisione si è resa necessaria a causa dei profondi mutamenti intervenuti nella politica di concorrenza nel corso degli anni '80.

²⁾ Legge federale del 20 dicembre 1962 sui cartelli e le organizzazioni analoghe (RU 1964 49).

³⁾ Legge federale del 20 dicembre 1985 sui cartelli e le organizzazioni analoghe (LC), RS 251.

112 L'attuale legge sui cartelli

112.1 Concetto di base dell'attuale legge sui cartelli

La legge attualmente in vigore è concepita innanzitutto come atto legislativo di diritto privato. Essa fornisce agli operatori economici privati i mezzi per adire il giudice civile, sia come outsider, contro una limitazione inaccettabile dello svolgimento dell'attività economica eretto da un cartello⁴⁾, sia come membro di un cartello, contro un regime cartellistico troppo rigido⁵⁾. Tali mezzi di diritto civile non dovevano essere sottesi unicamente alla protezione della componente di diritto della personalità nella libertà dell'esercizio di un'attività economica: il legislatore è infatti partito dal principio che la messa a disposizione di strumenti di diritto civile poteva servire indirettamente anche gli obiettivi di economia generale dell'ordinamento sulla concorrenza.

La prassi istituita successivamente all'adozione della legge sui cartelli del 1962 aveva già palesato che gli obiettivi stabiliti non potevano essere raggiunti unicamente per il tramite di strumenti di diritto civile. La procedura dell'outsider vittima di una limitazione della concorrenza può essere particolarmente ricca di rischi: per sua propria natura la legislazione in materia di concorrenza contiene numerosi concetti giuridici impregnati di nozioni economiche che rendono incerto o addirittura impossibilitano l'esito della procedura. A questa circostanza si aggiunge il fatto che, per quanto concerne l'onere della prova, una procedura di diritto civile in materia di cartelli non offre vantaggi rispetto all'ordinaria procedura di diritto civile. L'attore deve addurre la prova che una misura presa da un cartello o da un'organizzazione analoga costituisce un ostacolo alla concorrenza. Ora, è particolarmente difficile dimostrare gli abusi da parte di un'impresa in posizione dominante e fornire le prove che consentono di determinare il mercato in causa, a meno che l'attore abbia accesso ai dati commerciali del convenuto. Lo svolgimento della procedura è reso ancor più difficile dal fatto che in pratica la vittima di un regime cartellistico rigido deve probabilmente aspettarsi sanzioni da parte del cartello se intende far valere i propri diritti in giustizia. Talvolta è l'esistenza stessa della sua impresa che è minacciata. Il problema è pure particolarmente acuto quando si tratta di un fornitore che dipende da un'impresa oggetto di una forte domanda.

Questi problemi erano già stati evocati nell'ambito dei lavori preparatori della revisione del 1985. Per questo motivo si è cercato di dare maggior rilievo alla parte amministrativa della legge per meglio tutelare la concorrenza come istituzione della libera economia di mercato⁶⁾ e quindi di porre l'accento sulle esigenze economiche globali della politica di concorrenza. La revisione della parte amministrativa condotta a quell'epoca aveva lo scopo primario di ancorare nella legge il metodo del saldo, invalso nella prassi. Anche dal profilo materiale si doveva attuare una svolta, nel senso che al fattore «concorrenza» sarebbe stata applicata una maggiore ponderazione nella valutazione degli effetti nocivi

⁴⁾ Art. 6 LC

⁵⁾ Art. 15 segg. LC

⁶⁾ Messaggio a sostegno di una legge federale sui cartelli e le organizzazioni analoghe (LC) del 13 maggio 1981 (qui di seguito messaggio 1981), FF 1981 II 1241.

e positivi di un cartello nell'ambito del metodo del saldo⁷⁾. L'ultima revisione ha posto l'accento su una strutturazione più incisiva e maggiormente orientata sulla concorrenza della sezione di diritto amministrativo della legge sui cartelli.

112.2 L'attuale legge sui cartelli nella prassi

Questo spostamento dalla legislazione di diritto civile a quella di diritto amministrativo è proseguito nell'ambito della legge attualmente in vigore. Al numero relativamente esiguo di procedure di diritto civile fanno riscontro, per quantità e per importanza, numerose procedure amministrative d'inchiesta. La legislazione in materia di cartelli scaturita dalla revisione del 1985 ha prodotto i suoi effetti soprattutto per il tramite delle sue disposizioni di diritto amministrativo. L'accento era stato posto sulla valutazione dei cartelli, mentre l'esame del comportamento delle organizzazioni analoghe o addirittura quello delle fusioni assumeva un ruolo di secondo piano. Nondimeno, le disposizioni e gli strumenti di diritto amministrativo introdotti dalla legislazione in vigore non hanno consentito di attuare il postulato espresso nel messaggio del 1981, ossia un «orientamento più marcato della politica concorrenziale verso i problemi della concentrazione economica, del potere della domanda e di altri fenomeni analoghi»⁸⁾.

Nella valutazione delle pratiche cartellistiche (propriamente dette), la Commissione dei cartelli si è sforzata di assumere il suo mandato conformemente all'articolo 29 LC, ossia di trasporre maggiormente nella realtà l'orientamento sul principio della concorrenza. La Commissione ha registrato taluni successi, contribuendo in particolare all'apertura di determinati mercati. Questo bilancio positivo non riesce però a mascherare i problemi fondamentali di efficienza nell'applicazione delle disposizioni di diritto amministrativo. Il metodo del saldo sancito dall'articolo 29 LC non contiene criteri chiari e precisi che consentano di valutare tempestivamente il comportamento di un'impresa che partecipa a un cartello o a un altro ostacolo alla concorrenza. Essa impone all'autorità incaricata di applicare la legge l'obbligo di tener conto degli aspetti negativi e positivi dell'ostacolo, indipendentemente da qualsiasi distinzione o ponderazione delle componenti concorrenziali e non concorrenziali. Questo metodo è meramente strumentale, ossia è maggiormente orientato verso la realizzazione di obiettivi economici scelti arbitrariamente che non sulla protezione dei meccanismi di mercato.

L'esame approfondito del comportamento dell'impresa in funzione del metodo del saldo non necessita unicamente un accresciuto impegno da parte dell'autorità incaricata di applicare la legge, bensì costituisce un notevole fattore di incertezza giuridica per le imprese interessate. Se si considera il numero di componenti da esaminare, le imprese sono manifestamente nell'impassibilità di prevedere come saranno valutate talune loro pratiche dal profilo della LC e di adeguarle conseguentemente. Alla mancanza di efficienza si aggiunge pertanto l'incertezza giuridica. Da un punto di vista storico, queste debolezze si spie-

⁷⁾ Messaggio 1981, FF 1981 II 1233

⁸⁾ Messaggio 1981, FF 1981 II 1244

gano in parte con il fatto che originariamente la procedura d'inchiesta della legislazione svizzera sui cartelli non era destinata a valutare individualmente le pratiche delle imprese, ma era stata pensata come strumento di vigilanza generale del mercato.

La legge in vigore ha consentito di combattere solo marginalmente – ovvero ben lungi dalle aspettative riposte nell'ultima revisione – gli abusi delle imprese che dominano il mercato. Questo scacco è forse dovuto all'estrema difficoltà incontrata dalla Commissione dei cartelli nell'accertamento dei fatti quando non esistono intese concrete, difficoltà dovuta alla grande imprecisione delle disposizioni. A questa circostanza vanno aggiunte le difficoltà nell'amministrazione delle prove, visto che le vittime di abusi preferiscono in genere concludere un «arrangiamento» con queste imprese dominanti, piuttosto che testimoniare a loro carico, finché non possono contare su una solida politica di concorrenza.

Attualmente gli strumenti di inchiesta sulle concentrazioni di imprese offrono unicamente un margine di manovra ridotto, nel senso che la Commissione dei cartelli non dispone di strumenti di prevenzione e di sanzione⁹⁾. Giusta l'articolo 30, i suoi mezzi d'azione non vanno al di là della competenza generale che le riserva l'articolo 29 LC¹⁰⁾. Occorre sottolineare che l'articolo 30 LC¹¹⁾ adottato nei dibattiti parlamentari non offre spazio alcuno a un controllo strutturale delle concentrazioni di imprese, ma si limita a consentire l'esame del loro comportamento, esame peraltro possibile sulla sola scorta dell'articolo 29 LC. La Commissione dei cartelli non può vietare né smantellare una concentrazione di imprese nell'ambito giuridico attuale; essa può soltanto indirizzare raccomandazioni a imprese partecipanti divenute dominanti.

Ulteriori difficoltà sono emerse nell'applicazione delle disposizioni di diritto amministrativo cartellistico che disciplinano la procedura di inchiesta dinanzi alla Commissione dei cartelli e nelle loro relazioni con la legge sulla procedura amministrativa¹²⁾. Il Tribunale federale¹³⁾ ha fornito chiarimenti su queste relazioni: la PA non si applica alle procedure di inchiesta dinanzi alla Commissione dei cartelli, tranne nei casi¹⁴⁾ espressamente menzionati dalla LC, dacché questa procedura non sfocia in una decisione; una decisione interviene unica-

⁹⁾ Cfr. art 30 LC, giusta il quale la Commissione dei cartelli può decidere l'apertura di un'inchiesta ai sensi degli articoli 29 segg. LC se la fusione ha per effetto di creare o di rafforzare una posizione che influenza il mercato in modo determinante e se esistono inoltre indizi di effetti nocivi di ordine economico e sociale.

¹⁰⁾ Cfr. Schürmann, in: Schürmann/Schlupe, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zurigo 1988, 693

¹¹⁾ Il disegno di legge del 1981 prevedeva la notificazione obbligatoria a seconda del numero dei dipendenti, della cifra d'affari o della quota di mercato e si prefiggeva un controllo preventivo delle concentrazioni al di là di determinate soglie. Dopo lunghi dibattiti i rappresentanti dell'industria e del commercio sono riusciti ad ottenere la soppressione della notificazione obbligatoria. In definitiva, l'articolo 30 capoverso 1 della legge in vigore consacra il principio secondo il quale un'inchiesta deve essere effettuata se la concentrazione ha per effetto la creazione o il rafforzamento di una posizione che influenza il mercato in modo determinante e se esistono inoltre indizi di effetti nocivi di ordine economico e sociale.

¹²⁾ Legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA), RS 172.021

¹³⁾ Cfr. DTF 113 Ib 90 segg.

¹⁴⁾ Cfr. il rinvio all'applicazione degli articoli 15-19 PA dell'articolo 31 capoverso 2 LC.

mente nella procedura dinanzi al Dipartimento federale dell'economia pubblica, procedura a sua volta disciplinata dalla PA¹⁵⁾. Questa precisazione del Tribunale federale ha avuto come conseguenza pratica l'eventuale ripresa dinanzi al Dipartimento della procedura di inchiesta dinanzi alla Commissione dei cartelli; in simili condizioni una valutazione dei fatti pertinenti dal profilo della legislazione in materia di concorrenza appare esclusa a priori.

113 Nuovo contesto della politica svizzera della concorrenza

I problemi emersi nell'applicazione della LC devono essere messi in relazione con i mutamenti intervenuti nel corso degli ultimi anni a livello di politica della concorrenza, mutamenti che hanno indotto praticamente tutti i Paesi industrializzati a sottoporre a revisione le loro rispettive legislazioni in materia.

113.1 Mutamento strutturale dell'economia mondiale

L'economia mondiale ha cominciato un processo di trasformazione in profondità all'inizio degli anni Ottanta, evoluzione generalmente designata con il termine di globalizzazione. I fulcri di questa trasformazione sono stati lo sviluppo e l'espansione delle tecnologie di punta, nonché la modificazione radicale della divisione internazionale del lavoro. Lo smantellamento degli ostacoli al commercio fra gli Stati - sia nell'ambito del GATT che in quello della realizzazione del mercato unico dell'UE - hanno accelerato il movimento in maniera non sottovalutabile.

Questa nuova struttura traspare innanzitutto nell'internazionalizzazione di una parte sempre più importante dell'economia. Le imprese ricercano soluzioni per ripartire su più Paesi i loro mezzi di produzione in modo da ottenere la maggiore efficienza possibile. Tale ottimizzazione globale delle strutture di produzione ha notevoli ripercussioni sulle imprese e sugli Stati in materia di politica della concorrenza:

- L'integrazione dei mercati è un processo che si rafforza autonomamente. Le innovazioni e le imitazioni come fattori di concorrenza si succedono a un ritmo accelerato, circostanza che aumenta la pressione sulle imprese, che sono obbligate ad adeguarsi. Esse tentano di rimanere in corsa gestendo i loro costi in modo razionale. Nel contempo, si tratta di dare all'impresa una dimensione ottimale (sul mercato mondiale), donde il sorgere di nuove forme di cooperazione (joint-ventures e alleanze strategiche).
- L'internazionalizzazione dei mercati aumenta la concorrenza fra Stati per quanto concerne i vantaggi locali. In tutto il mondo questa accresciuta mobilità dei fattori di produzione obbliga il legislatore a dare maggiore importanza alle condizioni quadro economiche sulle quali lo Stato può esercitare il proprio influsso - come per esempio il sistema fiscale, la politica sociale, l'educazione, la politica della concorrenza - nell'intento di favorire la competitività e di dare (nuovamente) maggiore spazio alle forze del mercato.

¹⁵⁾ Cfr. DTF 113 IB 95 segg.

113.2 La politica economica svizzera nel contesto mondiale

Nel corso degli ultimi decenni le condizioni quadro stabilite dallo Stato palezano un certo dualismo nella politica commerciale svizzera.

- Da un canto e più di ogni altro Paese, la Svizzera si è contraddistinta con una politica del commercio estero orientata sul libero scambio e l'apertura del mercato.
- D'altro canto, la politica in materia di mercato interno non ha palesato il medesimo liberalismo. Questo fatto non risulta unicamente dall'elevato grado di cartellizzazione dell'economia svizzera, bensì dall'incuria del principio della concorrenza da parte delle autorità dello Stato; le pratiche protezionistiche applicate sui mercati pubblici, la densità normativa e il perfezionismo delle norme sono i sintomi evidenti di questa evoluzione.

Queste tendenze conservatrici contrastano con l'evoluzione che si è verificata all'estero, dove da tempo ci si è riconciliati con le forze del mercato e sono stati tratti i corrispondenti insegnamenti:

- In campo di politica economica estera, settore nel quale la Svizzera godeva tradizionalmente di posizione avanzata in fatto di liberalizzazione, sono stati registrati progressi decisivi all'estero, grazie soprattutto alla liberalizzazione del commercio mondiale nell'ambito del GATT e al processo d'integrazione regionale in Europa.
- La maggior parte dei Paesi industrializzati, come pure un certo numero di Paesi emergenti e in sviluppo, hanno avviato una vera e propria fase di deregolamentazione e di liberalizzazione del loro mercato interno e rafforzato nel contempo gli strumenti della politica di concorrenza, partendo dal presupposto che in ambito di concorrenza internazionale solo chi rispetta anche in casa propria il principio della concorrenza può affermarsi.

Questo nuovo orientamento politico all'estero ha contribuito ad evidenziare l'assenza di efficienza del mercato interno svizzero. Tali lacune traspaiono nei costi di produzione esagerati che compromettono a loro volta le possibilità dell'economia di esportazione a causa dell'interdipendenza dei diversi settori (subappalti). A questo si aggiunge il fatto che i settori sottratti alla concorrenza (i cosiddetti sheltered sectors) non effettuano gli indispensabili adeguamenti strutturali, minacciando un ulteriore aggravio della situazione della piazza economica svizzera. Si noti che la Svizzera ha in parte perso la sua tradizionale attrattiva in materia di stabilità politica e fiscale. Ne consegue che un numero sempre crescente di imprese preferiscono investire in Paesi che offrono migliori vantaggi.

113.3 Ridefinizione della politica economica svizzera

In un'economia mondiale sempre più interdipendente, per ogni singolo Paese l'efficienza del mercato interno e quindi l'osservanza del principio di concorrenza divengono viepiù un fattore decisivo ai fini della sua attrattiva economica. In Svizzera, l'esigenza di una politica della concorrenza più incisiva è giu-

stificata dall'importanza economica capitale assunta oggigiorno dal principio della concorrenza. Nondimeno, ogni rafforzamento della politica di concorrenza deve essere parte integrante di una politica globale, tesa al potenziamento del mercato interno svizzero e alla competitività dell'economia svizzera.

Il nostro programma di rinnovamento dell'economia tiene conto di queste constatazioni: in una prima fase infatti, oltre alla revisione della legge sui cartelli, verranno elaborate una legge per la soppressione degli ostacoli tecnici agli scambi e una cosiddetta legge sul mercato interno, destinata a eliminare gli ostacoli di diritto pubblico alla libertà di commercio interno (introduzione del principio del *Cassis de Dijon*¹⁶).

La necessità di rendere l'economia svizzera veramente competitiva a livello di mercato interno come presupposto a una migliore capacità concorrenziale all'esterno non dipende dalla nostra scelta in materia di integrazione europea. Con il rigetto dell'Accordo SEE il 6 dicembre 1992 e quindi con la rinuncia provvisoria agli effetti positivi della concorrenza insita in ogni integrazione economica, la revisione della legge sui cartelli e la riaffermazione fondamentale del principio della concorrenza si sono rese ancora più urgenti.

La revisione della LC non viene effettuata su sfondo di politica europea, ma è il risultato dei dibattiti sul miglioramento delle condizioni quadro della piazza economica svizzera. Il nostro rapporto del 1991 sulla politica economica esterna¹⁷ ha ulteriormente alimentato questo dibattito. Nel 1992 le è stato dato un orientamento concreto all'insegna del «rinnovamento» dell'economia. All'inizio del 1993, il nostro Collegio ha avviato il programma di «rinnovamento dell'economia di mercato»¹⁸, programma del quale la revisione delle legge sui cartelli costituisce un elemento essenziale.

12 Lavori di revisione

121 Necessità di una revisione dell'attuale legge

L'intensificazione della concorrenza in ambito internazionale e le attuali lacune della legge sui cartelli (cfr. n. 122.2) ne impongono ora una nuova strutturazione. I cambiamenti strutturali dell'economia mondiale esigono altresì da

¹⁶ Questo principio è stato consacrato dalla Corte di giustizia delle CE nella sua giurisprudenza relativa all'articolo 30 del Trattato CEE. Esso costituisce il fondamento della libera circolazione delle merci all'interno dell'UE (cfr. decisione del 10 febbraio 1979, incarto 120/78, in re *Zewe-Zentral/Monopolio di Stato*, Raccolta della giurisprudenza 1979, pag. 640 segg.). Giusta questo principio, i paesi membri dell'UE possono disciplinare per il loro territorio nazionale le importazioni di merci messe in circolazione in modo regolare in un altro Paese membro soltanto se non esiste ancora alcuna norma comunitaria in materia e se circostanze imperative lo esigono. Per circostanze imperative, la Corte di giustizia delle CE intende per esempio il controllo fiscale, la protezione della salute pubblica, la lealtà degli scambi commerciali, la protezione dei consumatori nonché la protezione dell'ambiente. Giustificazioni analoghe sono recate dall'articolo 3 capoverso 2 dell'avamprogetto di legge federale sul mercato interno.

¹⁷ Cfr. FF 1992 I 841

¹⁸ Messaggio del Consiglio federale del 24 febbraio 1993 sul programma di governo dopo il no allo SEE, FF 1993 I 609.

parte dell'economia svizzera un'integrazione rafforzata in un'economia internazionale contrassegnata dalla divisione del lavoro. Nondimeno tale integrazione potrà essere attuata soltanto se i processi economici all'interno dell'economia svizzera non verranno falsati da limitazioni della concorrenza, che per esempio pregiudicano la competitività dell'industria nazionale a causa del livello troppo elevato dei prezzi o di un ambiente ostile alle innovazioni.

Nel corso del dibattito politico degli ultimi anni è stata postulata a più riprese una revisione della legge svizzera sui cartelli. Il motivo invocato era nella maggior parte dei casi il problema di efficienza dovuto alla durata della procedura¹⁹⁾ in caso di applicazione delle disposizioni di diritto amministrativo cartellistico. Per risolvere il problema non basta, come più volte richiesto, aumentare l'effettivo del personale della segreteria della Commissione dei cartelli. Occorre invece migliorare la legge sui cartelli dal profilo del diritto materiale, delle istituzioni e della procedura.

Le lacune fondamentali della legge sui cartelli sono le seguenti:

- La sezione di diritto amministrativo della LC non contiene norme di comportamento per le imprese²⁰⁾. Nelle sue disposizioni centrali di diritto amministrativo (art. 29 LC) la legge non di rivolge alle imprese che intervengono sul mercato, bensì alla Commissione dei cartelli. Spetta a quest'ultima, per il tramite delle sue inchieste, farsi una visione d'insieme delle condizioni di mercato in determinati settori economici e, successivamente, avvalendosi di riferimenti legali particolarmente imprecisi – come il criterio dell'interesse generale, inteso come saldo delle ripercussioni positive e negative sull'economia e sulla società – sforzarsi di dare una risposta al quesito se il comportamento delle imprese interessate è globalmente «accettabile» o meno dal profilo economico e sociale. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni sul metodo del saldo vengono unicamente enumerati criteri di valutazione non strutturati che non offrono praticamente alcuna possibilità all'autorità di fornire la prova degli effetti nocivi dei cartelli e che lasciano le imprese interessate nell'incertezza sul modo nel quale verrà valutato il loro comportamento da parte delle autorità in materia di concorrenza nell'ambito della procedura di inchiesta. È difficile concretizzare la nozione complessa di interesse generale e trarne norme di comportamento applicabili e utilizzabili per le imprese. In altri termini, il solo ricorso al criterio dell'interesse generale non è soddisfacente dal punto di vista dello Stato di diritto, né adeguato per valutare il comportamento di imprese dal profilo della legislazione in materia di concorrenza.
- Le disposizioni di diritto amministrativo della legislazione non sono equilibrate a livello di contenuto, visto che sono orientate sulle pratiche cartellistiche. Ora, sia la teoria che la prassi in materia di concorrenza indicano che l'attenzione deve essere rivolta non soltanto alle pratiche cartellistiche propriamente dette, bensì ad altri ostacoli alla concorrenza. In questo contesto

¹⁹⁾ Una procedura di inchiesta dura almeno due o tre anni; come già riscontrato in casi estremi, essa può anche protrarsi per dodici anni.

²⁰⁾ Le norme di comportamento della sezione di diritto civile (nell'ottica dei motivi di giustificazione) sono difficilmente utilizzabili e quindi poco efficaci.

vanno in particolare menzionati i comportamenti abusivi delle imprese che dominano il mercato, come pure le concentrazioni di imprese nella misura in cui rendono impossibile una concorrenza efficace su un determinato mercato.

- L'assenza di efficacia che da più parti si lamenta nell'attuale applicazione del diritto, è parzialmente dovuta alle lacune istituzionali della LC. La Commissione dei cartelli, istituzione di milizia, conduce essa stessa la procedura di inchiesta pur non potendo consacrarvi tutto il tempo richiesto da uno svolgimento efficace e nonostante il fatto che la sua composizione non soddisfa in modo ottimale le esigenze imposte da questo compito. Una difficoltà pratica è in particolare costituita dal fatto che la segreteria, dotata di effettivi minimi, deve preparare le inchieste, compito di vasto impegno dal profilo della fattispecie e da quello della situazione in diritto, mentre la Commissione dei cartelli - a causa della complessità della procedura di inchiesta - può esaminare solo pochi cartelli (scelti in un modo o in un altro): nel frattempo la maggior parte delle pratiche identiche o analoghe continuano a manifestarsi indisturbate. Questa situazione è urtante dal punto di vista dalla parità di trattamento. A questo si aggiunge il fatto che la Commissione dei cartelli conduce effettivamente l'inchiesta, ma non può però prendere decisioni, limitandosi alla mera formulazione di raccomandazioni²¹⁾. È soltanto se le imprese partecipanti rifiutano di accettare la raccomandazione che il Dipartimento federale dell'economia pubblica può integrarne il contenuto in una decisione²²⁾. L'assenza di competenze decisionali unita alla struttura lacunosa della procedura di inchiesta dinnanzi alla Commissione dei cartelli ha ulteriormente aggravato i problemi di efficienza.
- Come menzionato più sopra, esistono altresì notevoli insufficienze a livello procedurale. Per quanto concerne l'inchiesta dinnanzi alla Commissione dei cartelli, la LC contiene norme che si scostano su questioni essenziali da quelle della PA. Questa particolare situazione è contestabile dal profilo dell'efficienza e da quello dello Stato di diritto. In merito all'efficienza, si censura in particolare il fatto che prima della decisione del Dipartimento federale dell'economia pubblica l'intera procedura debba essere ripetuta applicando le disposizioni della PA²³⁾. Per quanto concerne invece la legalità, si censurano in particolare le lacune nel diritto di essere sentiti e di consultazione degli atti nella procedura dinnanzi alla Commissione dei cartelli.

Le considerazioni che precedono evidenziano la necessità di un'ampia revisione della legge sui cartelli. A mente della densità dei cartelli e dei prezzi troppo elevati che vengono praticati in Svizzera a causa di pratiche cartellistiche, nel corso degli ultimi anni le organizzazioni internazionali come il GATT²⁴⁾ e l'OCSE²⁵⁾ non hanno mancato di criticare la nostra politica della concorrenza. Le lacune talvolta vistose della legislazione in vigore hanno suscitato dalla metà del 1992 una serie di interventi parlamentari che esigevano in particolare:

²¹⁾ Cfr. art. 32 LC

²²⁾ Cfr. art. 37 LC

²³⁾ Cfr. n. 112.2 in fine e DTF 113 Ib 90 segg.

²⁴⁾ Cfr. GATT, *Mécanisme d'examen des politiques commerciales*: Suisse, Ginevra 1991.

²⁵⁾ Cfr. OCSE, *Études économiques de l'OCDE*: Suisse, Parigi 1992.

- la creazione di un Ufficio federale della concorrenza (mozione Eisenring, 90.706, mozione Loeb, 92.3088; mozione della Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio nazionale (CET), 92.057-8);
- il potenziamento dell'efficacia della procedura e della protezione giuridica (mozione Loeb; mozione CET; mozioni Gros e Coutau, 92.3200 e 92.3211; postulato CET Consiglio degli Stati, 93.3040);
- l'attribuzione della competenza decisionale all' Ufficio federale (mozione CET);
- l'introduzione di un controllo delle fusioni (mozione CET, mozioni Gros e Coutau);
- la descrizione precisa degli abusi in materia di concorrenza (mozioni Gros e Coutau);
- il rafforzamento delle disposizioni penali (mozioni Gros e Coutau);
- l'adeguamento della legislazione svizzera sui cartelli a quella della CE (postulato CET, in complemento alla mozione CET 92.057-8);
- il divieto efficace di accordi sui prezzi, di accordi territoriali e di accordi di contingentamento (postulato CET Consiglio degli Stati);
- la repressione efficace degli abusi commessi dalle imprese che dominano il mercato (postulato CET Consiglio degli Stati);
- la creazione di un articolo costituzionale sulla concorrenza che consenta l'instaurazione di un divieto dei cartelli (iniziativa parlamentare Jaeger, 92.409).

Non tutti questi interventi parlamentari sono stati trasmessi al nostro Collegio, mentre alcuni sono stati trasmessi in forma modificata: L'elenco mostra comunque l'ampiezza del dibattito suscitato dalle lacune della legislazione in vigore.

122 Mandato di revisione

Verso la metà del 1992, il capo del Dipartimento federale dell'economia pubblica ha istituito un gruppo di lavoro interno al Dipartimento con l'incarico di esaminare in quale misura si potesse elaborare entro i limiti della Costituzione in vigore una legge che consentisse una politica efficace e eurocompatibile della concorrenza. Sulla scorta dei lavori preliminari è poi stata istituita una «Commissione di studio per la revisione della legge sui cartelli» alla quale è stato affidato il seguente mandato:

«Nell'ambito della Costituzione in vigore la Commissione ha il compito di elaborare un avamprogetto di legge e un rapporto esplicativo concernente una revisione totale della legge sui cartelli. A tale scopo la Commissione terrà conto dei seguenti punti:

- a) *In materia di cartelli occorre prevedere un disciplinamento fondato sul principio dell'abuso ed avente la concorrenza efficace come criterio centrale. Occorre definire le singole fattispecie presunte impedire la concorrenza efficace e quindi considerate nocive, fatta salva la loro giustificazione per motivi preponderanti.*

- b) *In materia di imprese che dominano il mercato gli elementi costitutivi dell'abuso saranno definiti più concretamente, illustrandoli con esempi di pratiche dalle quali risulti lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante. Per completare queste norme, occorre esaminare l'eventualità dell'introduzione di un controllo preventivo delle fusioni e la possibilità del loro smantellamento.*
- c) *La Commissione deve elaborare proposte sul modo di sensibilizzare maggiormente il legislatore sull'impatto a livello di politica della concorrenza dei provvedimenti dello Stato. Queste considerazioni devono tener conto dei provvedimenti cantonali e comunali.*
- d) *Le questioni istituzionali e di procedura saranno disciplinate in funzione di proposte di soluzioni materiali; la ristrutturazione istituzionale dovrà consentire di sfruttare al massimo la maggiore efficacia auspicata dalle riforme materiali. Occorre esaminare in particolare la questione della creazione di un Ufficio federale della concorrenza e tenere parimenti conto delle relazioni con altre leggi, come quella sulla sorveglianza dei prezzi».*

La Commissione di studio era composta dalle seguenti persone: Marino Baldi, dott. oec., ambasciatore, vicedirettore dell'Ufficio federale dell'economia esterna (presidenza), *Rafael Corazza*, dott. oec., sostituto del sorvegliante dei prezzi; *Kuno Hämisegger*, dott. rer. pol., capo del servizio economico delle segreteria generale del Dipartimento federale dell'economia pubblica; *Gérard Herzig*, prof. dott. iur., Università di Ginevra; *Paul Richli*, prof. dott. iur., Università di Basilea; *Walter R. Schluep*, prof. dott. oec., Università di Zurigo; *Pierre Tercier*, prof. dott. iur., Università di Friburgo, presidente della Commissione dei cartelli, ed il suo supplente *Bruno Schmidhauser*, dott. iur., già direttore della segreteria della Commissione dei cartelli.

Il mandato affidato alla Commissione di studio prevedeva che essa procedesse tempestivamente all'audizione delle cerchie interessate. Pertanto già nella fase iniziale si è potuto tenere conto di punti di vista specializzati e politici. Nel corso dei lavori la Commissione di studio ha inoltre consultato le seguenti istituzioni (nell'ordine di audizione): Commissione dei cartelli, Sorvegliante dei prezzi, Vorort dell'Unione svizzera del commercio e dell'industria, Unione svizzera delle arti e dei mestieri, un gruppo di avvocati specializzati nei problemi di ordine cartellistico, associazioni di consumatori di importanza nazionale e regionale (Federazione svizzera dei consumatori, Federazione per la protezione dei consumatori, Federazione romanda delle consumatrici, Associazione consumatrici della Svizzera italiana e Konsumentinnenforum der deutschen Schweiz), come pure l'Unione sindacale svizzera e la Confederazione dei sindacati cristiani della Svizzera.

123 **Tratti fondamentali dell'avamprogetto**

Scopo principale della revisione della legge era l'elaborazione di un sistema che consentisse di sopprimere rapidamente i cartelli particolarmente nocivi, senza tuttavia istituire un divieto generale dei cartelli che avrebbe necessitato una mo-

difica costituzionale²⁶). Il postulato di una soluzione equilibrata nei contenuti esige peraltro la necessità di stabilire criteri di valutazione più incisivi per esaminare le pratiche abusive delle imprese che dominano il mercato. Inoltre, ai fini di un'applicazione più efficace e nel contempo più coerente della legge occorre migliorare a livello istituzionale e procedurale.

La Commissione di studio si è sforzata di tenere conto di queste preoccupazioni nell'avamprogetto come segue:

- *Norme di comportamento per le imprese*: per quanto concerne i cosiddetti cartelli rigidi, ossia i cartelli solitamente nocivi (accordi orizzontali sui prezzi, quantitativi e la ripartizione geografica), essa ha formulato la presunzione di illiceità onde consentirne direttamente la qualificazione²⁷). Nel contempo, per quanto concerne i cartelli flessibili (forme cooperative) essa ha stabilito a quali condizioni non sussisteva motivo di opposizione²⁸). Occorre infine mettere a disposizione delle imprese che occupano una posizione dominante un elenco di abusi possibili²⁹) affinché esse potessero situare le loro pratiche.
- *Equilibrio dal profilo del contenuto*: la Commissione teneva a trattare in modo uguale dal profilo giuridico, tenuto conto delle loro differenze materiali, le diverse pratiche rilevanti ai fini della legislazione sui cartelli (cartelli, accordi verticali, abusi di imprese in posizione dominante, concentrazioni di imprese). Pertanto l'avamprogetto non prevede unicamente norme sulle pratiche cartellistiche e gli accordi verticali³⁰), bensì parimenti, in misura relativamente ampia, norme sulle imprese che dominano il mercato³¹). Inoltre esso prevede un controllo preventivo delle fusioni per impedire le concentrazioni suscettibili di sopprimere la concorrenza efficace³²).
- *Rafforzamento istituzionale*: l'avamprogetto propone la creazione di un Ufficio federale della concorrenza al quale sarebbe in particolare attribuita la responsabilità della procedura di inchiesta³³) e che appronterebbe quindi le decisioni del Consiglio della concorrenza, inteso come autorità di milizia. L'applicazione delle disposizioni di diritto amministrativo sarebbe pertanto intervenuta nell'ambito di un'organizzazione bipartita, ossia l'Ufficio federale della concorrenza (organo di inchiesta) e il Consiglio della concorrenza (organo di decisione). Il potere decisionale spetterebbe direttamente alle autorità in materia di concorrenza, ossia senza passare per il tramite del Dipartimento federale dell'economia pubblica.
- *Miglioramento della procedura*: la procedura di inchiesta delle autorità in materia di concorrenza non deve più sottostare a una regolamentazione speciale come nell'ambito della LC, bensì essere disciplinata dalle norme gene-

²⁶) Con questo si intendeva parimenti evitare che la discussione in merito alla revisione della LC si polarizzasse sulla questione della costituzionalità di un divieto generale dei cartelli.

²⁷) Cfr. art. 27 disegno LCart

²⁸) Cfr. art. 20 disegno LCart

²⁹) Cfr. art. 22 disegno LCart

³⁰) Cfr. le definizioni di cartelli e di accordi verticali dell'art. 3 cpv. 1 e 2 disegno LCart

³¹) Cfr. art. 22 disegno LCart

³²) Cfr. art. 39 segg. disegno LCart

³³) Cfr. art. 29 disegno LCart

rali della procedura amministrativa (maggiore sicurezza giuridica). Pertanto, fatte salve talune eccezioni³⁴⁾, la PA sarebbe applicabile alle procedure in materia di cartelli.

- **Sanzioni:** visto che l'efficacia della legislazione in materia di concorrenza dipende in modo decisivo dall'effetto preventivo delle sanzioni, l'avamprogetto prevedeva sanzioni che si applicavano sia alle imprese che alle persone che agiscono per loro conto in caso di inosservanza di misure cresciute in giudicato tese alla soppressione degli ostacoli alla concorrenza e di inosservanza degli obblighi nell'ambito della procedura di inchiesta. Nel primo caso si trattava di sanzioni amministrative³⁵⁾ e nel secondo di sanzioni penali³⁶⁾.

13 Procedura di consultazione

131 In generale

Il nostro Collegio ha preso conoscenza il 27 ottobre 1993 dell'avamprogetto della Commissione di studio e ha autorizzato il Dipartimento federale dell'economia pubblica ad avviare una procedura di consultazione sino al 28 febbraio 1994. Tale termine è stato successivamente prorogato sino al 31 marzo 1994, per consentire ai partecipanti alla consultazione di valutare il testo alla luce dell'avamprogetto di legge federale sul mercato interno (legge sul mercato interno, (LMI)), posto in consultazione alla fine del mese di febbraio.

Le cerchie interessate si sono espresse in gran numero e talvolta in modo particolarmente dettagliato sull'avamprogetto di nuova legge sui cartelli. Complessivamente sono stati registrati 155 contributi provenienti da 26 Cantoni, 9 partiti politici, 13 organizzazioni di datori di lavoro e di dipendenti, 5 organizzazioni di consumatori, 6 tribunali e uffici, come pure 96 organizzazioni e persone interessate.

132 Valutazione generale

La necessità di una revisione della legge sui cartelli è stata pressoché unanimemente riconosciuta. In alcuni casi una revisione è stata auspicata soltanto per alcune parti della legge. Le cerchie delle arti e mestieri, per esempio, che hanno respinto le innovazioni materiali dell'avamprogetto, ammettono la necessità - riconosciuta anche da altre cerchie consultate - di intervenire a livello di procedura e a livello istituzionale.

I motivi invocati a sostegno della *necessità di una revisione* sono in particolare i seguenti: mancano disposizioni di fondo e di mezzi istituzionali per correggere efficacemente e rapidamente le strutture di mercato che minacciano la concorrenza o i comportamenti che la limitano; una moderna politica della concorrenza abbisogna di uno strumento efficace di lotta contro gli abusi dei cartelli

³⁴⁾ Cfr. art. 34 cpv. 2 avamprogetto LCart

³⁵⁾ Cfr. art. 52 segg. avamprogetto LCart

³⁶⁾ Cfr. art. 55 avamprogetto LCart

e delle organizzazioni analoghe; esiste uno squilibrio tra la pratica severa nei confronti dei cartelli e il trattamento delle organizzazioni che dominano il mercato; il controllo delle concentrazioni di imprese presenta un vero e proprio deficit di diritto materiale; il rinnovamento dell'economia esige una legge più efficace; occorre migliorare gli strumenti procedurali e la struttura istituzionale per potenziare la protezione e la sicurezza giuridica.

Classificate per gruppi, le *prese di posizione materiali* nell'ambito della procedura di consultazione possono essere riassunte come segue: la maggior parte dei partiti politici sono di per sé favorevoli alla proposta di revisione. Essi hanno in particolare approvato l'introduzione della presunzione di illiceità per taluni cartelli, l'assoggettamento più severo delle imprese che dominano il mercato e l'orientamento europeo dell'avamprogetto. I partiti borghesi rappresentati in seno all'Esecutivo hanno censurato il controllo delle fusioni e la creazione di un Ufficio federale. A livello di associazioni economiche, il Vorort segue la medesima linea dei partiti borghesi di governo, mentre i settori orientati sulle esportazioni hanno emesso un minor numero di riserve. L'Unione svizzera delle arti e mestieri e la maggior parte delle organizzazioni del settore delle arti e mestieri hanno respinto in ampia misura il testo proposto. I sindacati e le organizzazioni dei consumatori ne hanno invece praticamente caldeggiato tutti gli aspetti. Le prese di posizione dei Cantoni sono state complessivamente positive.

133 Problematiche sollevate nella procedura di consultazione

La maggior parte delle risposte pervenute non emettono riserve in merito alla *costituzionalità* dell'avamprogetto; in taluni casi si esprime però il rammarico che la revisione totale della LC non abbia provocato la revisione costituzionale che avrebbe permesso di instaurare una legislazione di divieto ispirata dalla legislazione in materia di concorrenza dell'UE. Le poche prese di posizione che pongono in forse la costituzionalità dell'avamprogetto hanno avanzato l'argomento secondo il quale la presunzione di illiceità introduce di fatto una legislazione di divieto, ossia che il maggior peso dato alla concorrenza efficace non è conciliabile con il principio dell'abuso.

Numerosi contributi attestano che il postulato dell'*eurocompatibilità* è stato ampiamente realizzato. Taluni enti consolati osservano che sarebbe stato auspicabile un maggiore adeguamento alla legislazione dell'UE. Solo in rari casi l'eurocompatibilità dell'avamprogetto è stata contestata. Alcune associazioni settoriali hanno inoltre richiesto disposizioni di eccezione sotto forma di esenzioni per categoria, argomentando che senza di esse la nuova legge sarebbe più severa della legislazione dell'UE.

Le cerchie delle arti e mestieri censurano il fatto che il campo d'applicazione della legge si estende alla raccomandazioni che limitano la concorrenza e agli accordi verticali. Numerosi Cantoni hanno emesso riserve in merito alla formulazione del *campo di applicazione* dal profilo particolare dei monopoli cantonali. Da più parti ci si è chiesto se in considerazione dell'importanza del diritto

privato cartellistico rispetto al diritto amministrativo non si dovesse procedere ad una nuova ristrutturazione sistematica del testo di legge. Si è altresì criticato in parte l'abbandono dell'elenco di esempi dell'articolo 6 LCart, come pure l'introduzione di un diritto di querela a favore delle associazioni ed in particolare a favore delle organizzazioni dei consumatori.

Uno dei principali obiettivi della revisione era la creazione di un *diritto amministrativo cartellistico* incisivo e quindi efficace e conforme alle esigenze dello Stato di diritto. Tale obiettivo è stato raggiunto grazie all'introduzione della presunzione di illiceità e alla concezione più rigida – rispetto al tradizionale metodo del saldo – dello schema di valutazione, che pone ora in primo piano il criterio dell'efficienza.

Nell'ambito delle diverse prese di posizione è stato espresso l'auspicio del mantenimento del metodo del saldo e censurato il fatto che l'imperativo di una norma di comportamento delle imprese orientata in funzione di criteri concreti fosse stato solo parzialmente realizzato dall'avamprogetto. Per poter distinguere un comportamento ammesso da un comportamento vietato si è postulato da più parti l'introduzione di norme di esenzione per categorie, sul modello della legislazione in materia di concorrenza dell'UE. Oggetto di critiche è parimenti stata l'autorizzazione eccezionale per motivi preponderanti di interesse pubblico, ritenuta a seconda dei casi eccessiva o insufficiente.

Le prese di posizione in merito al *controllo delle fusioni* evidenziano una pluralità di pareri, che vanno dall'approvazione senza riserve al rigetto completo, passando dalla critica costruttiva all'approvazione o al rifiuto condizionale. Pareri favorevoli o contrari sono stati espressi da tutti gli enti consultati (pariti, associazioni economiche, Cantoni).

Per quanto concerne le *istituzioni*, si muove alla proposta di creazione di un Ufficio federale della concorrenza il rimprovero di burocratizzare l'economia (concorrenza gestita dall'amministrazione). Inoltre da più parti ci si chiede per quale ragione nella ristrutturazione delle istituzioni non si è ricorso al modello provato della Commissione federale delle banche.

Le relazioni tra l'avamprogetto la *sorveglianza dei prezzi* sono state abordate in più di un contributo. A più riprese è stato suggerito un ripensamento della sorveglianza dei prezzi e da più parti è stata postulata la soppressione di questa istituzione rispettivamente la sua integrazione nella legge sui cartelli. Le cerchie dei consumatori hanno invece accolto positivamente il fatto che l'avamprogetto non pone in forse questa istituzione.

14 Osservazioni di principio sul disegno di legge

Al termine della procedura di consultazione, l'avamprogetto è stato rimaneggiato da un gruppo di lavoro interno, posto sotto la direzione del presidente della Commissione di studio. Pur riprendendo le caratteristiche fondamentali dell'avamprogetto, il disegno di legge tiene conto di un certo numero di critiche mosse nell'ambito della procedura di consultazione.

La differenza più notevole rispetto al testo elaborato dalla Commissione di studio consiste nella nuova classificazione sistematica adottata dal disegno di legge. L'elemento centrale di questa riorganizzazione è l'uniformazione delle disposizioni materiali. Nel disegno di legge l'illiceità di un ostacolo alla concorrenza è valutata in funzione della medesima parte materiale, che si tratti di procedura di diritto civile o di procedura di diritto amministrativo. La parte materiale del disegno di legge contiene un'ulteriore novità nel senso che - a mo' di concretizzazione del modello generale di giustificazione dell'efficienza economica - contiene un elenco degli accordi che, a determinate condizioni, possono essere considerati giustificati dalla Commissione della concorrenza, che succede alla Commissione dei cartelli.

Il disegno di legge non riprende l'obbligo di notificare gli accordi che si presumono illeciti. Visto che l'esecuzione di questo obbligo era vincolata alla validità, dal profilo del diritto civile, degli accordi in questione, nell'ambito della procedura di consultazione era stato da più parti espresso il parere che un simile obbligo non era compatibile con una legislazione fondata sul principio dell'abuso.

Le disposizioni sul controllo delle concentrazioni di imprese sono state precisate nell'intento di garantire la massima sicurezza giuridica possibile. Ulteriori chiarificazioni saranno fornite a livello di procedura nell'ambito dell'ordinanza di esecuzione che verrà elaborata dal nostro Collegio.

Per quanto concerne la parte istituzionale, invece della creazione di un Ufficio federale della concorrenza - creazione spesso criticata nella procedura di consultazione - è stata scelta una struttura possibilmente prossima a quella della Commissione federale delle banche. Per l'esecuzione della procedura di inchiesta, la Commissione della concorrenza disporrà di una segreteria. Per impedire una confusione di punti di vista specificamente concorrenziali e extraconcorrenziali (di economia generale e sociopolitici), la competenza ai fini dell'autorizzazione eccezionale di ostacoli alla concorrenza per motivi preponderanti di interesse pubblico spetta esclusivamente al nostro Collegio che, come autorità politica suprema, è legittimato a prendere una decisione politica. Tale attribuzione di competenza ha parimenti ripercussioni sui rimedi giuridici: la soluzione bipartita a seconda della giustificazione dell'ostacolo alla concorrenza proposta nell'avamprogetto non è più necessaria, visto che il nostro Collegio decide come istanza unica in merito all'autorizzazione eccezionale. Le decisioni della Commissione della concorrenza e della sua segreteria possono essere impugnate in prima istanza dinnanzi alla Commissione di ricorso in materia di concorrenza.

141 L'economia di mercato, principio direttore della politica di concorrenza nell'ordinamento economico della Svizzera

La Costituzione federale sostiene fundamentalmente un sistema di economia di mercato completato da obblighi sociali. Questa posizione si fonda su due pilastri.

Il primo pilastro è il principio della libertà del commercio e dell'industria³⁷⁾. Nell'esercizio delle sue attività, lo Stato deve prendere in considerazione la libertà del commercio e dell'industria dei partecipanti al mercato. Questo significa che gli interventi dello Stato negli affari economici costituiscono l'eccezione e che, conformemente al concetto dell'articolo 31 Cost., le deroghe a questo principio sono possibili soltanto sulla base di speciali riserve sancite dalla Costituzione stessa³⁸⁾. L'importanza fondamentale della libertà del commercio e dell'industria si manifesta nel fatto che le deroghe sono difficilmente possibili: le deroghe ai meccanismi di orientamento fondati sulla concorrenza esigono l'avallo del popolo e dei Cantoni³⁹⁾.

Il secondo pilastro è costituito dall'articolo costituzionale sui cartelli⁴⁰⁾. Conformemente a questa disposizione spetta allo Stato definire un ambito giuridico in materia di concorrenza per le attività economiche che i partecipanti al mercato esercitano in virtù della libertà del commercio e dell'industria. Per il tramite dell'articolo costituzionale sui cartelli, il diritto fondamentale alla libertà economica sancito dal principio della libertà del commercio e dell'industria deve essere attuato anche a livello di operatori economici. Il legislatore deve garantire un'economia fondamentalmente orientata sulla concorrenza. L'articolo costituzionale sui cartelli gli fornisce gli elementi di ponderazione necessari, nel senso che erige a compito della politica dello Stato in materia di concorrenza la lotta contro le ripercussioni nocive di ordine economico e sociale dei cartelli e delle organizzazioni analoghe. L'ambito costituzionale indica pertanto al legislatore le esigenze concrete per la strutturazione della legge sui cartelli.

Nondimeno, sia in ambito di concretizzazione della libertà del commercio e dell'industria che di elaborazione di un ordine della concorrenza fondato sull'articolo sui cartelli, il ruolo centrale non è svolto soltanto dagli aspetti di economia di mercato, bensì dai fattori sociali. La libertà del commercio e dell'industria non fa unicamente riferimento a norme costituzionali specifiche, ma anche a considerazioni sociopolitiche che si sono sviluppate nella pratica nel senso di un impegno sociale. Nell'impedire le ripercussioni nocive di ordine economico o sociale, l'articolo sui cartelli obbliga il legislatore a seguire una politica della concorrenza orientata sull'interesse generale.

142 Concretizzazione dell'articolo costituzionale sui cartelli

L'economia di mercato non può funzionare senza una vera e propria concorrenza. La concorrenza impone un impiego dei fattori di produzione efficace e prossimo alla domanda, stimola il raggiungimento della migliore prestazione economica possibile e promuove il progresso e lo sviluppo di facoltà di adegua-

³⁷⁾ Cfr. art. 31 Cost.

³⁸⁾ Si osserverà in questo contesto che l'applicazione di questo concetto non è sempre così severa in pratica. L'esiguità formale del concetto ha costretto il Tribunale federale ad ammettere, oltre alle misure dello Stato sottese al mantenimento dell'ordine economico, anche misure ispirate da considerazioni sociopolitiche, come per esempio interventi leciti (anche senza base costituzionale diretta) nella libertà di industria e di commercio (cfr. recentemente p. es. DTF 119 I 67 segg. consid. E 6a).

³⁹⁾ Cfr. Rhinow, commento dell'art. 32 Cost., n. 129

⁴⁰⁾ Cfr. art. 31^{bis} cpv. 3 lett. d Cost.

mento ai mutamenti. Quando è insufficiente, la concorrenza non soltanto provoca prezzi esagerati o un'offerta meno attraente, bensì nuoce all'evoluzione della produttività e determina in fin dei conti una perdita di competitività dell'intera economia nazionale. Spetta pertanto al legislatore creare l'ambito legale nel quale le funzioni della concorrenza non siano fundamentalmente compromesse.

L'articolo 31^{bis} capoverso 3 lettera d della Costituzione affida alla Confederazione il mandato di emanare disposizioni «per parare agli effetti nocivi di carattere economico o sociale prodotti dai cartelli e da organizzazioni analoghe». L'introduzione di questo disposto costituzionale fa dipendere la competenza federale dalla giustificazione dell'interesse generale. Nondimeno, tale speciale esigenza posta all'esercizio della competenza non costituisce una limitazione nei confronti dei dati economici più sopra descritti; l'interesse generale giustifica e soprattutto impone l'attuazione di una legislazione sulla concorrenza.

L'articolo costituzionale sui cartelli svolge una funzione normativa ai fini della legislazione svizzera in materia di concorrenza. La legislazione in questione non deve perseguire obiettivi qualunque, bensì lottare contro gli effetti nocivi di ordine economico o sociale dei cartelli e di organizzazioni analoghe. Si tratta di una limitazione costituzionale esplicita che svolge il doppio ruolo di diritto fondamentale (diritto individuale) e di diritto di politica della concorrenza. L'articolo sui cartelli sancisce chiaramente a livello costituzionale che gli interessi della politica della concorrenza legittimano un intervento nel campo della libertà del commercio e dell'industria. Esso fissa inoltre un ambito normativo più elevato in merito all'equilibrio che va attuato fra gli interessi dei diritti fondamentali privati (autonomia privata) e l'interesse pubblico ad una concorrenza efficace. La norma costituzionale riflette pertanto una ponderazione degli interessi: le misure che limitano l'autonomia privata corrispondono a un interesse pubblico preponderante quando sono conformi agli obiettivi dell'articolo sui cartelli.

Inoltre l'articolo costituzionale sui cartelli fornisce taluni riferimenti in merito alla sua concretizzazione da parte del legislatore: l'effetto economicamente o socialmente nocivo costituisce la soglia di intervento della legislazione in materia di concorrenza che dovrà essere emanata. Questo imperativo non è direttamente attuato dall'articolo sui cartelli; i concetti che esprime diverranno operativi nell'ambito della legislazione di esecuzione. Si osservi a questo proposito che la definizione di ciò che è economicamente o socialmente nocivo non può essere stabilita una volta per tutte, ma deve essere riproposta nel tempo. La valutazione dell'effetto nocivo risulta fundamentalmente da fattori concreti (come per esempio l'evoluzione economica e sociale), dai valori dominanti e dalla stato della conoscenza scientifica economica e sociale.

Non è possibile concretizzare in modo isolato l'articolo sui cartelli: la sua attuazione deve intervenire nel contesto della disposizione costituzionale di diritto economico della libertà del commercio e dell'industria. Gli interessi costituzionali della libertà del commercio e dell'industria - come per esempio quello di un'economia di mercato efficiente -, forniscono un contributo decisivo alla concretizzazione del contenuto materiale dell'articolo sui cartelli. Garantendo

la libertà del commercio e dell'industria, la Costituzione si pronuncia a favore di un sistema economico fondamentalmente orientato sulla concorrenza. Questa concezione della libertà del commercio e dell'industria si ripercuote nel significato dell'articolo sui cartelli. Il principio di coordinamento «concorrenza» gode tradizionalmente del primato sugli altri principi di coordinamento economico. Questa situazione traspare nel convincimento che una concorrenza efficace produce normalmente risultati economici e sociali positivi (auspicati) e consente ad un tempo il libero sviluppo individuale.

143 Concetto teorico di concorrenza nella legge sui cartelli

143.1 Concetto di concorrenza nell'attuale legge sui cartelli

La sezione di diritto civile della LC non differisce fondamentalmente da quella della legge sui cartelli del 1962, contrassegnata dal concetto di «concorrenza possibile» elaborato dalla Commissione di studio dei prezzi⁴¹⁾. Ispirandosi a questo concetto della concorrenza, il legislatore del 1962 ha tentato di attuare il mandato costituzionale di emanare un legislazione sugli abusi istituendo un ordinamento sulla concorrenza che non esclude la rinuncia volontaria e collettiva alla concorrenza, ma consente nondimeno a chiunque di fare concorrenza in ogni momento. A mente delle disposizioni di diritto civile della vecchia e della nuova legge, questa idea di base si è soprattutto concretizzata nel divieto di ostacoli notevoli alla concorrenza, fatta salva una giustificazione decisiva. Pertanto le norme di diritto civile della legislazione sui cartelli devono innanzitutto proteggere il singolo individuo nel suo diritto al libero esercizio di un'attività economica.

Oltre alla libera concorrenza, la LC intende parimenti proteggere la concorrenza come istituzione, compito che giusta il messaggio 1981 deve soprattutto essere attuato per il tramite di norme di diritto amministrativo sui cartelli. Spetta quindi al diritto amministrativo cartellistico fare in modo che la concorrenza sia sufficiente anche sui mercati dai quali gli outsider che desiderano esercitare la concorrenza sono assenti: la LC ammette che occorre accordare un'importanza primordiale alla concorrenza in un sistema di economia di mercato, ma parte altresì dal principio che «la concorrenza può anche degenerare ed assumere forme inaccettabili per l'interesse generale» (messaggio del 1981, FF 1981 II 1242). Per poter distinguere i cartelli tollerabili da quelli nocivi, era stato ancorato espressamente nell'articolo 29 LC il metodo del saldo, già applicato dalla Commissione dei cartelli nell'ambito della legge del 1962. Giusta i criteri propri a questo metodo, i cartelli e gli altri ostacoli al commercio sono valutati in funzione dei loro effetti sulla concorrenza e su altri obiettivi sociali o di politica economica. Questo tipo di valutazione era allora conforme a un principio applicato da numerose legislazioni straniere, principio secondo il quale le pratiche degli operatori di mercato devono essere giudicate non soltanto in funzione dei loro effetti sulla concorrenza, bensì anche in funzione dell'interesse generale («public interest» o «bilan économique et social»).

⁴¹⁾ I cartelli e la concorrenza in Svizzera, 31^a pubblicazione della Commissione di studio dei prezzi del Dipartimento federale dell'economia pubblica, Berna 1957.

Visto che l'applicazione del metodo del saldo non esclude la messa in discussione del primato riservato alla concorrenza, nell'elaborazione della LC si ritenne opportuno «accordare maggiore peso ad una concorrenza efficace, esaminando attentamente gli interessi in causa» (messaggio del 1981, FF 1981 II 1243). Come risulta dai dibattiti parlamentari, per il tramite della nozione chiave della concorrenza efficace il legislatore intendeva essere più vicino al concetto di «concorrenza possibile» e elevare la soglia a partire dalla quale si possono giustificare gli ostacoli notevoli della concorrenza, come quelli che inglobano o chiudono un mercato. A questo proposito si rinvia alle considerazioni della Commissione di studio del 1957, giusta le quali «la concorrenza canalizzata e lo sfruttamento di una posizione di supremazia sul mercato sono contrari all'interesse generale non soltanto quando indeboliscono il commercio o quando lo limitano parzialmente o lo spostano (per esempio dal prezzo alla prestazione), ma anche quando la svuotano della sua sostanza nella misura in cui essa non può più esercitare il suo influsso regolatore del mercato»⁴²). La maggiore importanza accordata su questa base agli aspetti concorrenziali rispetto alla legge del 1962 traspare nella ponderazione degli interessi di diritto civile, nel senso che un ostacolo alla concorrenza può essere ammesso in virtù dell'articolo 7 LC unicamente se i suoi effetti non nuocciono all'interesse generale.

Nell'ottica odierna, questa valutazione degli ostacoli alla concorrenza fortemente condizionata dall'interesse generale potrebbe essere considerata una scappatoia dal dilemma che dominava la politica della concorrenza. Per lunghi anni, la politica della concorrenza ha avuto come unico principio direttore teorico la concorrenza «perfetta», senza però giustamente negare che un'applicazione rigida del principio poteva condurre nella pratica a risultati aberranti. Da allora la teoria della concorrenza si è notevolmente sviluppata e consente di meglio orientare la politica della concorrenza sulle realtà economiche; per poter giustificare accordi che migliorano l'efficienza economica non è per esempio più necessario fare direttamente riferimento all'interesse generale.

143.2 Nuovi aspetti della teoria della concorrenza

Il modello di equilibrio della concorrenza perfetta non ha cessato di influenzare la teoria e la politica della concorrenza anche quando si ammetteva da tempo che non poteva più servire come principio direttore. Un dato comune a molti concetti di «workability» sviluppati negli anni Cinquanta e Sessanta dalla cosiddetta scuola della concorrenza di Harvard consiste nell'analizzare se le «imperfezioni» osservate sul mercato costituiscono deroghe ancora ammissibili o meno rispetto all'ideale della (presunta) concorrenza perfetta, nel senso di soluzioni «second best» (quasi ottimali). Nella sua teoria della concorrenza efficace («efficient competition»), Clark⁴³) sosteneva da tempo che queste supposte imperfezioni erano per l'appunto in grado di dinamizzare i processi concorrenziali perché provengono per esempio da prestazioni superiori di singoli compe-

⁴²) I cartelli e la concorrenza in Svizzera, *ibidem*, pag. 161.

⁴³) Cfr. Clark, *Competition as a dynamic Process*, Washington, 1961.

titori o sono il risultato dello sfruttamento di utili scalari. Nondimeno, la scienza dell'impresa e del suo ruolo – fortemente orientata su fattori empirici – e la teoria di Harvard che si fonda su di essa, sono state per lunghi anni contrassegnate da un determinismo strutturale giusta il quale le strutture di un mercato determinano il comportamento delle imprese e, in definitiva, i risultati del mercato. Si constata che questo determinismo strutturale caratterizza per esempio anche il concetto di Kantzenbach di concorrenza efficace «ottimale» (noto in aera linguistica tedesca), giusta il quale le funzioni statiche e dinamiche della concorrenza si realizzano appieno soprattutto nei grandi oligopoli.

Sin dalla metà degli anni Sessanta, la teoria tedesca della concorrenza ha vivamente criticato le nozioni di «workability», che tendono a strumentalizzarsi e sono fondate su una comprensione spesso determinista della concorrenza. Queste censure sono state espresse da Hoppmann⁴⁴⁾ e, in una fase successiva, dai seguaci degli approcci sistemici. Una politica della concorrenza che – proprio come il metodo svizzero del saldo – si sforza di valutare gli ostacoli alla concorrenza un funzione dei loro effetti su un insieme di obiettivi sociali e di politica economica equivale secondo Hoppmann e gli altri seguaci dell'approccio sistematico sociologico a chiedere l'impossibile alle autorità in materia di concorrenza. Conformemente all'approccio sistemico, a causa della complessità dei processi del mercato la teoria e la politica della concorrenza devono limitarsi a spiegare il principio e a stabilire modelli previsionali, come per esempio quelli secondo i quali i cartelli in materia di prezzi, di quantità e di ripartizione geografica sono di norma nocivi all'economia. L'approccio in questione sostiene che la concorrenza (efficace) può essere definita soltanto in funzione della libertà di concorrenza. Dal profilo della politica della concorrenza, si tratta pertanto in generale di impedire le pratiche che «limitano in modo restrittivo» la libertà di concorrenza. A prescindere dalla sua chiara condanna degli accordi orizzontali, l'argomentazione astratta della teoria sistemica è riuscita unicamente ad elaborare un elenco utilizzabile di comportamenti che ostacolano in modo illecito la concorrenza.

La teoria americana della concorrenza si è sviluppata su basi meno astratte ed è molto più orientata sull'analisi dei diversi tipi di ostacoli alla concorrenza. La teoria del mercato e della concorrenza si è sviluppata soprattutto a partire dalla metà degli anni Settanta, approfittando in particolare delle ripercussioni del conflitto teorico tra le scuole di Harvard e di Chicago. Quest'ultima pone al centro delle proprie ricerche la nozione di «mercati contendibili»⁴⁵⁾. L'approccio in questione poggia sull'idea che l'intensità concorrenziale di un mercato non dipende primariamente dal numero degli offerenti, bensì dalle sue condizioni di accesso e di uscita. Ulteriori approcci, come per esempio il concetto delle «barriere alla mobilità»⁴⁶⁾ si sono palesati utili ai fini di una politica pratica della concorrenza, capace di tener conto adeguatamente della pres-

⁴⁴⁾ Cfr. *Hoppmann*, *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, Tübingen, 1988.

⁴⁵⁾ *Baumol/Panzar/Willig*, *Contestable Markets and the Theory of industrial Structure*, New York, 1982.

⁴⁶⁾ *Caves/Porter*, *From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to new Competition*, *Quarterly Journal of Economics* 1977, pag. 241 segg.

sione della concorrenza potenziale, spesso inizialmente sottovalutata. Tutti questi nuovi approcci hanno contribuito a focalizzare lo sguardo di coloro che teorizzano o praticano la concorrenza sul fatto che l'efficienza della concorrenza dipende in minor misura da aspetti statici - come la concentrazione delle imprese -, che da mercati aperti.

Nel corso degli ultimi due decenni, la teoria e la politica della concorrenza hanno altresì subito un'evoluzione dovuta allo sviluppo della «teoria del costo di transazione»⁴⁷⁾, che offre nuovi criteri di valutazione per gli accordi verticali e le forme di cooperazione orizzontale. A determinate condizioni, gli accordi verticali, come i sistemi selettivi di distribuzione, i contratti di franchising ed anche i prezzi imposti in un secondo tempo consentono di risolvere i problemi vincolati ai costi di transazione e di ridurre le spese di distribuzione. Questo approccio fornisce ulteriori argomenti quando - nell'ambito di una valutazione dal profilo della politica della concorrenza - si tratta di operare una precisa distinzione tra cartelli rigidi e cartelli flessibili. Per quanto concerne i primi, ossia i cartelli in materia di prezzi, di quantitativi o di ripartizione geografica, il verdetto rimane perfettamente chiaro. Le altre numerose forme di cooperazione tra imprese (cartelli flessibili) vanno giudicate in modo più positivo dal profilo dell'efficienza in quanto consentono di sfruttare utili scalari non soltanto a livello di produzione, di ricerca e di sviluppo, come pure di acquisti e di distribuzione, ma anche di risparmiare costi di transazione e di facilitare il trasferimento di know-how, operazione che assume sempre maggiore importanza nelle economie sviluppate.

Sotto la spinta delle critiche della scuola di Chicago nei confronti delle vecchie nozioni di «workability», la nuova scuola di Harvard ha modificato dalla metà degli anni Settanta le sue posizioni sulla teoria della concorrenza, adeguandole alle più recenti evoluzioni teoriche. In particolare essa ha allentato la sua primitiva posizione fortemente restrittiva nei confronti di determinati accordi verticali. In definitiva le due maggiori scuole mostrano una *convergenza marcata* non soltanto a livello delle teorie di mercato applicate, ma anche a livello delle posizioni teoriche che difendono. La moderna teoria della concorrenza è soprattutto unanime nell'affermare che i cartelli rigidi (accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi o sulla ripartizione geografica) hanno quasi sempre effetti nocivi sull'economia nazionale. Questa teoria ammette altresì che i mercati aperti sono i migliori garanti del funzionamento dei processi di mercato. Pertanto la soppressione degli ostacoli statali all'accesso al mercato (segnatamente a livello internazionale) come pure la lotta contro le pratiche private intese a vietare l'accesso al mercato di nuovi concorrenti hanno precisamente un'importanza primordiale ai fini della teoria della concorrenza, in particolare nelle economie nazionali di dimensioni ridotte come quella svizzera. Le scuole della concorrenza sono pure unanimi nell'affermare che è in definitiva nell'interesse

⁴⁷⁾ Inizialmente *Coase* (The Nature of the Firm, in *Economia IV*, 1937, pag. 386 segg.) aveva indicato che l'utilizzazione del meccanismo dei prezzi era subordinato a costi. L'aliquota del costo di transazione è stata ulteriormente trasformata in una teoria generale. Le decisioni di carattere economico non sono gratuite, ma vincolate a costi di transazione, ossia a spese per la ricerca di informazioni e per l'elaborazione e il controllo di relazioni contrattuali. Nelle economie pubbliche sviluppate, i costi di transazione costituiscono costi importanti oltre ai costi di produzione.

della sicurezza giuridica che la politica della concorrenza dovrebbe emanare in misura possibilmente ampia norme «a sé», che consentano di evitare una valutazione dettagliata di ogni caso particolare. Si è nondimeno constatato, segnatamente nel settore delle pratiche abusive delle imprese dominanti come pure in quello del controllo delle concentrazioni di imprese, che erano rari i casi in cui si poteva prescindere da una tale valutazione. Non stupisce quindi che uno dei fondatori dell'approccio sistemico⁴⁸⁾ - fondatore che caldeggia con grande determinazione le norme «a sé» - ammetta che la politica della concorrenza non possa rinunciare completamente all'esame dei casi particolari. La teoria della concorrenza è parimenti unanime nell'affermare che attualmente taluni accordi verticali (p. es. prezzi imposti in un secondo tempo) e ostacoli (p. es. discriminazioni in materia di prezzi e pratiche abbinata) che figuravano un tempo nell'elenco dei divieti non impediscono realmente la concorrenza, se sono il fatto di una o più imprese che dominano effettivamente il mercato. Le autorità in materia di concorrenza possono in tal modo accertare con una certa facilità i casi che a priori non dovrebbero porre problemi. L'applicazione della legge sulla concorrenza ne viene facilitata e la sicurezza giuridica dei destinatari ne esce rafforzata.

Eccettuati taluni economisti che professano l'ottimismo del dottor Pangloss di Voltaire⁴⁹⁾ e contestano pertanto la legittimità di ogni politica della concorrenza, le differenze tra le diverse scuole sono attualmente più gradualistiche che di principio, nel senso che in parte pongono ancora diversamente l'accento sulla valutazione degli accordi verticali e delle concentrazioni di imprese. Sullo sfondo di un mercato americano sottoposto a un'intensa concorrenza interna e esterna, la scuola di Chicago situa la soglia critica per le fusioni di imprese un poco più in alto di quanto non faccia la scuola di Harvard⁵⁰⁾. Secondo quest'ultima, anche nelle economie di mercato comparativamente contrassegnate da una più forte concentrazione, è ancora possibile realizzare utili scalari che compensano di norma le perdite di assegnazione. Per quanto concerne gli accordi verticali, la scuola di Harvard dà il primato ai risparmi ottenuti sui costi di transazione rispetto agli aspetti preponderanti della potenza sul mercato. In un'ottica generale, la scuola di Chicago raccomanda alle autorità in materia di concorrenza di concentrarsi sull'eliminazione degli ostacoli importanti alla concorrenza e di lasciare alla concorrenza potenziale il compito di porre rimedio alle posizioni dominanti temporanee.

Similmente alla scuola di Chicago, la nuova scuola di Harvard parte dal principio che il margine di manovra di cui dispone un'impresa dominante per fissare prezzi troppo elevati e per ostacolare i suoi concorrenti dipende molto meno dal volume delle quote di mercato che non dalle condizioni di accesso. Fondandosi sui risultati di numerosi studi empirici, essa giudica invece molto più scettici-

⁴⁸⁾ *Schmidtchen, Fehlrteile über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit*, Ordo 1988, pagg. 111-135.

⁴⁹⁾ Per economia del dottor Pangloss si intende una visione delle cose che corrisponde a quella del celebre precettore di Candido, secondo il quale le forze di autoguarigione del mercato consentono sempre di raggiungere il miglior mondo possibile.

⁵⁰⁾ I seguaci della scuola di Harvard ritengono in generale che la soglia critica corrisponda al 30-40 per cento delle quote di mercato; quelli della scuola di Chicago sostengono invece che essa corrisponde al 50-60 per cento.

camente della scuola di Chicago la maggiore efficienza delle fusioni sui mercati particolarmente concentrati e situa pertanto ad un livello inferiore la soglia critica del loro controllo. Ispirandosi alle concezioni moderne della teoria del mercato, nei loro studi più recenti i teorici di Harvard hanno analizzato attentamente il problema delle imprese che per il tramite di pratiche strategiche tentano di rendere sempre più difficili le condizioni d'accesso al mercato ai loro concorrenti potenziali oppure di aumentare abusivamente i prezzi praticati dai loro concorrenti. A condizione che approfittino di determinate situazioni, le imprese che dominano il mercato possono escluderne i concorrenti pericolosi praticando una politica di sottoprezzo o impedire loro l'accesso al mercato con ostacoli di natura strategica non fondati sui prezzi. Rientrano in questa categoria di ostacoli strategici quelli che rendono più difficile l'accesso al mercato dei concorrenti stranieri. Inserendo nella sua analisi la problematica del costo delle transazioni, la nuova scuola di Harvard considera critici gli accordi verticali, soprattutto quando essi rafforzano la potenza orizzontale sul mercato o creano ostacoli ai concorrenti.

La prassi in materia di politica della concorrenza può anche trovare ispirazione nel cosiddetto concetto di «vizi di coordinamento del mercato» (Koordinationsmängelkonzept), noto soprattutto nell'area linguistica tedesca e sviluppato da Borchert/Grossekettler⁵¹). Questo concetto costituisce piuttosto un test approfondito del mercato che non un principio direttore della concorrenza. Fondandosi su una moderna comprensione del mercato, esso parte dal presupposto che dai meccanismi di mercato ci si aspetta in genere che svolgano un determinato numero di funzioni (vincolate tra di loro): la funzione di epurazione del mercato⁵²), di normalizzazione degli utili⁵³), di erosione della supremazia⁵⁴), di sviluppo della produzione⁵⁵) e di sviluppo dei procedimenti⁵⁶). I seguaci di questa dottrina hanno sviluppato test empirici che consentono di esaminare se queste funzioni sono attuate. Anche se il concetto di «vizi di coordinamento» è perfettamente in grado di soddisfare le esigenze di un moderno test sulla concorrenza, non bisogna scordare che nella prassi questo metodo si presta unicamente a inchieste di mercato a posteriori⁵⁷); come test empirico si fonda infatti sui dati di mercato raccolti su un periodo di più anni.

⁵¹ *Borchert/Grossekettler, Preis- und Wettbewerbstheorie, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1985.*

⁵² In funzione di una capacità determinata, l'offerta e la domanda vengono equilibrate per il tramite di adeguamenti dei prezzi.

⁵³ Accelerando o ritardando la crescita delle capacità, si ottiene un equilibrio degli utili epurati dai rischi rispetto al rendimento normale dell'economia.

⁵⁴ Si impedisce una supremazia durevole mediante cambiamenti strutturali, in particolare per il tramite di accessi al mercato.

⁵⁵ Per il tramite di un raffronto con un mercato comparabile, viene introdotto un numero sufficiente di prodotti nuovi o di qualità differente.

⁵⁶ Per il tramite di un raffronto con un mercato comparabile, viene introdotto un numero sufficiente di procedimenti di fabbricazione nuovi o di qualità differente.

⁵⁷ Per verificare per esempio gli effetti di un regime di assoggettamento dei cartelli ma non per esaminare le ripercussioni future di un nuovo accordo e soprattutto di una concentrazione di imprese.

143.3 La «concorrenza efficace», principio direttore della politica di concorrenza

La politica della concorrenza non ha mai messo effettivamente in pratica i grandi modelli teorici delle scuole tradizionali. Questa constatazione è particolarmente pertinente nel caso dell'attuale politica della concorrenza; infatti la moderna teoria della concorrenza tenta di effettuare una analisi delle diverse limitazioni piuttosto di sviluppare un principio direttore integrale. Per quanto concerne la politica svizzera della concorrenza, occorre constatare che nel corso degli ultimi anni essa è stata fortemente influenzata dalla teoria della concorrenza. È palese che il concetto di «concorrenza possibile» della Commissione di formazione dei prezzi porta l'impronta della scuola «ordo-liberale», mentre il metodo del saldo sviluppato dalla Commissione dei cartelli contiene nella sua struttura strumentale numerosi riferimenti a talune nozioni di «workability» della vecchia scuola di Harvard. Nel corso degli anni Ottanta, la politica americana della concorrenza ha in particolare tentato di introdurre nella prassi le ultime scoperte della teoria della concorrenza. A più riprese è poi apparso che le diverse opzioni teoriche potevano combinarsi e che il legislatore non aveva affatto bisogno di rifarsi ad una determinata scuola. Affinché la politica svizzera della concorrenza possa adeguarsi, occorre che la struttura della legislazione sulla concorrenza non impedisca l'adozione dei progressi della dottrina in materia di mercato e di concorrenza e che le sue clausole generali siano sufficientemente flessibili per poter assumere i metodi di analisi più idonei.

Costituisce per l'appunto una clausola generale della legislazione sulla concorrenza il concetto di «concorrenza efficace» al quale il disegno di legge accorda una particolare importanza, tanto da menzionarlo a più riprese; è dal profilo di questo concetto che nell'ambito di un primo approccio (nell'ottica della concorrenza) ci si chiederà se una accordo o una concentrazione di imprese possono o meno essere tollerati. Anche se questa nozione chiave ha una propria esistenza giuridica in Svizzera e all'estero, la sua portata (moderna, rispettivamente dinamica) può essere valutata unicamente facendo costantemente riferimento alla teoria della concorrenza.

Il concetto di «concorrenza efficace» trae le sue origini dalla nozione di «workability» sviluppata nel corso degli anni Cinquanta e Sessanta dalla scuola tradizionale di Harvard. Da allora quasi tutte le scuole della concorrenza hanno utilizzato questa nozione, attribuendole spesso un contenuto diverso. Per lungo tempo questa nozione ha svolto la funzione di abbreviatura per esprimere un modello di concorrenza che tentasse in modo prammatico di conciliare gli scarti e le irregolarità ancora accettabili a mente dell'ideale (presunto) della concorrenza perfetta. La nozione di concorrenza efficace del disegno di legge si stacca volontariamente da questo significato. Essa è intesa come concorrenza che ispirandosi grandemente alla moderna teoria del mercato e della concorrenza non è vincolata a nessuna ricetta universale⁵⁸⁾. In quest'ottica la concorrenza è un processo dinamico e multiforme e la politica della concorrenza ha (fondamentalmente) lo scopo di garantire che le funzioni statiche e dinamiche

⁵⁸⁾ A seconda dei casi, la concorrenza perfetta e la nozione di mercati contendibili possono costituire modelli di più o meno grande utilità.

della concorrenza siano sufficientemente adempite, ossia che non siano troppo fortemente impedita da limitazioni private della concorrenza (o da disfunzioni dovute alle normative dello Stato). In altri termini, la concorrenza deve incitare se non addirittura forzare le imprese a ottimizzare l'utilizzazione delle loro risorse, ad adeguare i prodotti e la produzione alle condizioni esterne e a innovare i prodotti e i procedimenti di fabbricazione. È pertanto data concorrenza efficace allorché, su un mercato determinato, queste funzioni fondamentali della concorrenza non sono falsate. Non spetta pertanto a una politica della concorrenza fondata su una comprensione dinamica della concorrenza sopprimere le presunte «imperfezioni» dei meccanismi del mercato. I monopoli temporanei provocati da prestazioni particolarmente importanti e gli squilibri dovuti ad altri fattori sono fenomeni caratteristici dei processi concorrenziali.

Il significato dato alla «concorrenza efficace» esclude qualsiasi determinismo strutturale che, fondandosi su criteri strutturali statici (numero delle imprese, concentrazione di quote di mercato, ecc.) concluderebbe all'esistenza di comportamenti o di risultati dovuti alla concorrenza. Da quanto precede non si può però concludere che i criteri di valutazione attualmente applicati - come il comportamento, le strutture e i risultati - siano d'ora in poi superflui. Più ancora che in passato il disegno di legge accorda rilievo alle condizioni di accesso e di uscita dal mercato, come fattori determinanti della situazione concorrenziale. Se si vuole tener conto dell'importanza fondamentale dei mercati aperti, una politica della concorrenza efficace deve opporsi con veemenza alle pratiche (e alle normative dello Stato) che tentano di escludere dal mercato i concorrenti potenziali. Si capisce allora facilmente perché l'apertura di un mercato o le sue condizioni di accesso o di uscita debbano costituire un criterio centrale ai fini della valutazione degli ostacoli concreti alla concorrenza. A mente delle complesse relazioni del mercato sottolineate dai seguaci della teoria sistemica, la politica della concorrenza deve rinunciare a un «fine-tuning» (disciplinamento dettagliato). Intesa in questo senso, la concorrenza efficace implica pertanto in ampia misura che si rinunci ad assegnare obiettivi politici alla politica della concorrenza e che ci si concentri sulla garanzia dell'efficacia dei mercati nelle loro funzioni statiche e dinamiche. Una simile politica della concorrenza è il miglior garante dell'utilizzazione parsimoniosa delle risorse dell'economia nazionale ed è in definitiva proficua all'interesse generale. Per quanto concerne gli altri obiettivi sociali ed economici che sull'esempio della politica regionale e della garanzia dei redditi rientrano nelle attribuzioni dello Stato, nella maggior parte dei casi essi possono essere raggiunti molto meglio per il tramite di misure di politica sociale e economica che non imponendo obiettivi politici alla politica della concorrenza. Inoltre, una politica della concorrenza fondata sulla «concorrenza efficace» consente una protezione del libero esercizio di un'attività economica migliore di quella offerta da una politica della concorrenza utilizzata a scopi politici, che metta direttamente gli atti concorrenziali del singolo individuo al servizio dell'«interesse generale».

Nell'ambito della LC, la nozione di concorrenza efficace svolge già una funzione importante nel senso che in presenza di ostacoli alla concorrenza particolarmente incisivi, essa stabilisce limiti rigidi alla ponderazione degli interessi fondata sull'interesse generale. La nozione di concorrenza efficace non è del

tutto identica nell'ambito dell'attuale LC e del disegno di legge. È una risultante delle differenze strutturali e della posizione preminente che occupa il metodo del saldo nell'ambito della LC. Nel disegno di legge, la concorrenza efficace svolge innanzitutto un importante ruolo di delimitazione tra gli ostacoli illeciti alla concorrenza, in quanto consente di distinguere i cartelli rigidi da quelli flessibili. Tale nozione riveste una funzione simile a livello di concentrazioni di imprese, nel senso che l'autorizzazione è prevista soltanto se la concentrazione non crea una posizione dominante suscettibile di sopprimere la concorrenza efficace. La concorrenza efficace non è invece espressamente menzionata negli articoli relativi alle pratiche illecite delle imprese che dominano il mercato. La difficoltà in questo caso è che a priori queste pratiche possono essere l'espressione di una sana concorrenza o la manifestazione di una strategia abusiva. Pertanto la valutazione deve essere effettuata principalmente nell'ottica del diritto dei terzi al libero esercizio di un'attività economica, anche se il successo di pratiche di impedimento è senz'altro in grado di sopprimere la concorrenza efficace.

Giusta il messaggio del 1981, la codificazione del metodo del saldo è stata effettuata partendo dall'idea che «una concorrenza efficace coincide generalmente (ma non senza eccezioni) con l'interesse generale» (messaggio del 1981, FF 1981 II 1245). Il presente disegno di legge non modifica affatto questa idea direttrice. È invece stata spostata la linea di demarcazione ai fini della valutazione degli accordi in materia di concorrenza. Non è necessario essere un paladino dogmatico dell'economia di mercato per ammettere che i mercati funzionanti esercitano praticamente senza eccezioni influssi positivi sui criteri del metodo del saldo enumerati dall'articolo 29 capoverso 2 LC. Come dimostrato da taluni recenti esempi della storia economica svizzera, questa conclusione si applica sia ai costi di fabbricazione e di distribuzione, ai prezzi, alla qualità, all'approvvigionamento, agli interessi dei lavoratori e dei consumatori che alla struttura di un determinato settore economico. Nell'ambito di un primo approccio è pertanto comprensibile che per delimitare i cartelli buoni da quelli cattivi non ci si fondi su una valutazione interamente impostata sul metodo del saldo, ma si faccia riferimento alla nozione di concorrenza efficace che presiede alla presente revisione.

La legislazione in vigore conosce da un canto un criterio della concorrenza efficace⁵⁹⁾ troppo stretto e rigido nell'ottica della percezione attuale della concorrenza e, d'altro canto, nel metodo del saldo, uno strumento troppo ampio e giuridicamente troppo poco definito per poter svolgere una politica della concorrenza efficace e soddisfacente dal profilo dello Stato di diritto. La nozione di concorrenza efficace ai sensi della moderna teoria della concorrenza sulla quale poggia il disegno di legge non è unicamente caratterizzata dalla sua grande flessibilità, ma definisce con maggiore chiarezza rispetto alla legislazione in vigore i contorni della politica della concorrenza (gli elementi di natura prettamente politica entrano per esempio in considerazione soltanto nella seconda fase di valutazione). Questa flessibilità si esprime all'atto pratico nel

⁵⁹⁾ Nell'ambito della LC, la dottrina dominante definisce per lo più questo criterio come «Rest-Wettbewerb», nel quale si manifesta un modello orientato sulla concorrenza totale.

fatto che numerosi accordi e concentrazioni ispirati dall'efficienza economica e attualmente considerati come un vero e proprio dilemma (perché appaiono ad un tempo come ostacoli alla concorrenza e di «interesse generale»), possono essere perfettamente giustificati dal profilo della concorrenza.

La scelta di questo criterio flessibile può essere intesa come un segnale all'attenzione delle autorità di applicazione della legge affinché – entro i limiti stabiliti dalla legge – esse si sforzino di fare capo ai criteri di valutazione più idonei della teoria del mercato e della concorrenza per giudicare gli ostacoli concreti alla concorrenza. È indifferente a quale scuola di pensiero si rifacciano la teoria e gli argomenti utilizzati: quel che importa è di non erigere nessuna teoria a dogma e di non perdere mai di vista che si tratta di tutelare i meccanismi del mercato.

144 Valutazione dei diversi tipi di limitazioni della concorrenza

144.1 Accordi in materia di concorrenza

Nel valutare un accordo in materia di concorrenza⁶⁰⁾ si tratta innanzitutto di determinare se ci si trova in presenza di una «pregiudizio notevole alla concorrenza» o di una «soppressione della concorrenza efficace». In altri termini, se la concorrenza è «soltanto» pregiudicata notevolmente da un accordo, la concorrenza efficace sussiste e l'accordo può essere giustificato da motivi preponderanti di efficienza economica (quando per esempio si tratta di veri e propri accordi di razionalizzazione o di specializzazione), nella misura in cui fornisce la garanzia che anche i consumatori approfitteranno di questi miglioramenti. L'esame alla luce di questi criteri consente in definitiva di *distinguere, tra i diversi accordi, le limitazioni della concorrenza proficue all'economia globale e quelle che mirano essenzialmente al raggiungimento di una rendita cartellistica*. Se di norma questa differenziazione può bastare, in casi eccezionali ci si può chiedere se la soppressione della concorrenza efficace non dovrebbe per esempio essere ammessa quando il mercato non adempie la sua funzione o quando esistono interessi pubblici preponderanti. Questi due esempi (controllo dell'efficienza economica ai sensi dell'art. 5 cpv. 2 disegno LCart e della liceità di un'eccezione giusta l'art. 8 disegno LCart) sfociano in una bipartizione di fatto del metodo del saldo, importante ai fini della procedura: al controllo della concorrenza dallo stretto profilo del diritto viene abbinato un controllo che coinvolge anche gli aspetti politici. La nuova struttura dei criteri e la loro ponderazione dovrebbero parimenti consentire un'applicazione più efficace della legge.

Anche le *presunzioni proposte*⁶¹⁾ dovrebbero consentire un'applicazione più efficace della legge. Esse corrispondono alla più recente prassi della Commissione dei cartelli conformemente alla legislazione in vigore. Il disegno di legge enumera presunzioni applicabili agli accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione geografica («cartelli classici»). In tal modo vengono posti in evidenza anche quei comportamenti che provocano solitamente (seppure

⁶⁰⁾ Cfr. art. 5 disegno LCart

⁶¹⁾ Cfr. art. 5 cpv. 3 disegno LCart

non sempre) una soppressione della concorrenza efficace. Le presunzioni concernono unicamente le pratiche cartellistiche che per esperienza sopprimono con grande probabilità la concorrenza (gli accordi verticali, anche quelli sui prezzi, ne sono esclusi). Le presunzioni non devono però *provocare un ribaltamento dell'onere della prova*; esse hanno lo scopo di facilitare il compito delle autorità in materia di concorrenza, consentendo loro di concentrarsi sull'esame dell'eventuale esistenza di una presunzione di pregiudizio.

Alle fattispecie di presunzione che corrispondono ai cosiddetti cartelli rigidi fanno riscontro gli accordi di cooperazione, chiamati anche cartelli flessibili. In genere questi ultimi sono sinonimo di una maggiore efficienza economica in materia di prezzi, di qualità o di altri vantaggi, proficua anche ai consumatori, nella misura in cui una concorrenza efficace è ancora possibile sul mercato in questione. Si pensi soprattutto agli accordi di razionalizzazione conclusi tra piccole e medie imprese, in particolare per semplificare i procedimenti di fabbricazione, di distribuzione o di acquisto o per procedere a scambi di esperienze. Le diverse forme di cooperazione nel settore della ricerca e dello sviluppo favoriscono lo scambio di know-how come pure la diffusione e la valorizzazione delle conoscenze tecniche. Si considerano parimenti giustificate la maggior parte delle forme di accordi verticali a causa della diminuzione dei costi di transazione che ne risulta generalmente. Gli accordi verticali devono essere giudicati con occhio critico quando vi partecipa un'impresa che domina il mercato, in altri termini quando un'impresa è in grado di difficoltà l'accesso al mercato a livello di utente.

144.2 Esercizio abusivo di una posizione dominante

Contrariamente alla legislazione in vigore, il disegno di legge prevede norme di diritto amministrativo applicabili all'esercizio abusivo di una posizione dominante⁶². Si tratta di pratiche simili a quelle enumerate nella sezione di diritto civile della legislazione in vigore relativa agli ostacoli alla concorrenza a detrimento di terzi⁶³. Oltre che a questi ostacoli, le norme in questione si applicano anche alle pratiche abusive nei confronti dei partecipanti al mercato ed in particolare agli abusi delle imprese che beneficiano di una potenza di acquisto.

Il nuovo disciplinamento del comportamento delle imprese che dominano il mercato tiene tra l'altro conto del fatto che l'economia svizzera registra un tasso di concentrazione estremamente elevato in numerosi settori economici⁶⁴. Simili prescrizioni sono quindi indispensabili all'attuazione di una politica più rigida e consentono di meglio circoscrivere giuridicamente gli ostacoli alla concorrenza delle imprese pubbliche.

La clausola generale della norma sulle pratiche illecite delle imprese che dominano il mercato si applica a tutte le pratiche che possono riunire la fattispecie

⁶² Cfr. art. 7 disegno LCart

⁶³ Cfr. art. 6 LC

⁶⁴ OCSE, *Études économiques de l'OCDE*, Paris, 1992, pag. 76 segg.

dell'abuso. Le nozioni di «accesso» (alla concorrenza) e di «esercizio» (della concorrenza)⁶⁵⁾ evidenziano il fatto che sono nocive sia le pratiche sottese all'erezione di ostacoli all'accesso e all'uscita dal mercato, come pure alla mobilità, sia quelle che si prefiggono l'allontanamento abusivo di concorrenti o l'aumento dei costi delle imprese rivali.

È difficile giudicare se le imprese hanno abusato della loro posizione dominante a causa dell'*ambivalenza della maggior parte delle pratiche*. Una politica del sottoprezzo, per esempio, può essere l'espressione di un comportamento competitivo ma anche avere per obiettivo l'allontanamento abusivo di un concorrente. Visto che spesso la prova diretta di quest'ultima strategia non è possibile, la pratica in causa deve essere valutata nel suo contesto, avvalendosi di adeguati test di concorrenza. Dato che di norma è vincolata a perdite di guadagno, si parte dall'idea che per un'impresa la politica del sottoprezzo è indicata soltanto se sussistono ostacoli di accesso al mercato che impediscono (nuovamente) l'accesso al mercato ai concorrenti potenziali anche dopo la riuscita dell'operazione e il successivo nuovo aumento dei prezzi.

È altresì difficile fornire la prova di ostacoli non orientati sui prezzi: si tratta infatti di dimostrare che le differenziazioni dei prodotti, le capacità in eccesso, le innovazioni di prodotti o le strategie di ricerca e di sviluppo normalmente auspicabili non hanno una giustificazione concreta («legitimate business reason»), ma sono invece strategie destinate ad eliminare o ad allontanare dal mercato i concorrenti (per il tramite di ostacoli all'accesso al mercato), facendo loro credere che l'accesso al mercato provocherà in ogni caso delle perdite.

144.3 Controllo delle concentrazioni di imprese

Una politica moderna ed equilibrata della concorrenza non può fare a meno di un controllo delle concentrazioni di imprese. La creazione di uno strumento di controllo offre alle autorità in materia di concorrenza la possibilità di accertare tempestivamente le modificazioni della struttura del mercato che minacciano la concorrenza, in modo da poter intervenire se del caso, ossia quando la concentrazione costituisce una minaccia reale di soppressione della concorrenza efficace. Le norme sul controllo delle concentrazioni⁶⁶⁾ completano le disposizioni sugli accordi in materia di concorrenza e sulle pratiche abusive delle imprese in posizione dominante, instaurando in tal modo un sistema coerente di lotta contro tutte le forme di ostacoli alla concorrenza. Inoltre l'introduzione di un controllo delle concentrazioni consentirà di evitare che le imprese eludano le disposizioni sugli accordi in materia di concorrenza per il tramite di concentrazioni o di pratiche similari. All'estero le manovre di questo genere hanno imposto un'estensione del controllo del comportamento delle imprese (legislazione vera e propria sui cartelli) in una direzione contraria al sistema, ossia verso un controllo delle strutture (legislazione in materia di fusioni).

Nel corso dell'ultimo decennio il progresso tecnico e la razionalizzazione hanno profondamente modificato le strutture dell'economia svizzera. La crescita in-

⁶⁵⁾ Cfr. art. 7 cpv. 1 disegno LCart

⁶⁶⁾ Cfr. art. 9 segg. disegno LCart

terna e esterna (che risulta dalle concentrazioni) di numerose imprese ha provocato un aumento considerevole del grado di concentrazione in molti settori⁶⁷⁾. Queste modificazioni strutturali palesano la facoltà di adeguamento delle imprese svizzere all'evoluzione costante delle condizioni quadro. Per il tramite della concentrazioni o delle riprese, le imprese realizzano spesso ingenti risparmi e razionalizzano l'utilizzazione delle loro risorse, potenziando in tal modo la loro efficienza economica e quella dell'economia nazionale. Quando raggiungono una dimensione ottimale, le imprese migliorano inoltre la loro competitività internazionale. Di norma un tasso di concentrazione elevato pone problemi dal profilo della politica della concorrenza soltanto sui mercati di accesso particolarmente difficile, per esempio a causa di ostacoli istituzionali o per l'irreversibilità delle strutture dei costi.

Il controllo delle concentrazioni proposto in questa sede ha lo scopo di impedire l'apparizione o il rafforzamento su un mercato chiuso in Svizzera di una posizione dominante in grado di sopprimere la concorrenza efficace. Se invece la concentrazione interviene su un mercato libero da barriere o su un mercato internazionale competitivo, non esiste il rischio dell'insorgere di una posizione dominante e quindi della soppressione della concorrenza efficace. Il controllo delle concentrazioni deve inoltre essere valutato a mente della deregolamentazione degli ostacoli di accesso al mercato di origine privata o pubblica. Nell'ipotesi di un'apertura rapida del mercato svizzero e dei mercati regionali il controllo delle concentrazioni avrà un'importanza minore. Se invece la deregolamentazione accusa ritardi, il rischio di un aumento delle posizioni dominanti sussisterà finché non si disporrà di un controllo preventivo delle fusioni.

Il controllo delle fusioni non ha lo scopo di mettere in discussione le aspirazioni legittime delle imprese, ossia la ricerca di una dimensione ottimale per rafforzare la loro competitività internazionale. Il disegno di legge recita espressamente che nell'ambito della valutazione degli effetti di una concentrazione sull'efficienza della concorrenza le autorità competenti devono tener conto dell'evoluzione del mercato in causa e della situazione delle imprese nella concorrenza internazionale⁶⁸⁾. Il *concetto di concorrenza efficace* non consente unicamente di tenere conto di questi aspetti, bensì lo esige. Inoltre un controllo limitato alle sole questioni di concorrenza *impedirebbe alle autorità incaricate dell'applicazione della legge di opporsi alle concentrazioni per motivi diversi da quelli fondati sulla concorrenza*. Per rifiutare l'autorizzazione a una fusione non è possibile invocare argomenti di natura interventistica. A titolo eccezionale gli interessi pubblici preponderanti consentono una valutazione più tollerante delle concentrazioni rispetto a quella fondata esclusivamente su aspetti concorrenziali⁶⁹⁾.

In pratica, sulla scorta della normativa proposta, dovrebbero essere rari i casi che potrebbero essere considerati problematici dal profilo della politica della concorrenza. Tali casi si incontrano eventualmente sui mercati ristagnanti e

⁶⁷⁾ Giusta i dati dell'OCSE (Études économiques de l'OCDE: Suisse, Paris, 1992, pag. 78 segg.), la quota ponderata dei dipendenti delle cinque maggiori imprese di ogni settore industriale è passata dal 41 per cento nel 1965 al 52 per cento nel 1985.

⁶⁸⁾ Cfr. art. 10 cpv. 2 disegno LCart

⁶⁹⁾ Cfr. art. 11 disegno LCart

sui quali la concorrenza internazionale non ha presa a causa delle loro peculiarità (p. es. l'elevato volume dei costi a causa della loro distanza). Sui mercati dinamici, caratterizzati in generale dalla concorrenza internazionale, le fusioni non sono soltanto giustificate, ma rientrano nella strategia delle imprese per adeguare le loro dimensioni e le loro strutture alle modificazioni del mercato. Per tener conto di queste realtà la soglia (della cifra d'affari) a partire dalla quale la concentrazione è sottoposta al regime dell'autorizzazione è molto elevata. I casi di applicazione di questo regime saranno quindi poco numerosi e l'onere amministrativo che ne risulterà per le imprese e per l'amministrazione sarà contenuto entro limiti accettabili.

145 Relazioni tra le disposizioni di diritto civile e di diritto amministrativo del disegno di legge

Nell'elaborazione dell'avamprogetto la Commissione di studio è partita dall'idea che il diritto civile cartellistico non doveva subire modificazioni fondamentali. Le eventuali modificazioni avrebbero dovuto limitarsi all'adeguamento delle disposizioni alle nuove norme di diritto pubblico. Al termine della procedura di consultazione si è però constatato che l'auspicato ravvicinamento tra diritto civile e diritto amministrativo era possibile soltanto a condizione di fondere questi due insiemi di prescrizioni su un ordinamento materiale uniforme. È unicamente procedendo in questo modo che si poteva concretizzare il postulato di una maggiore prevedibilità dell'esito del processo civile per il tramite di precise norme materiali di comportamento e quindi di una accresciuta importanza data alle procedure di diritto civile⁷⁰⁾.

L'unificazione delle disposizioni materiali di diritto civile e di diritto amministrativo in materia di cartelli è concretizzata dal capitolo 2 del disegno di legge, intitolato «Disposizioni di diritto materiale»⁷¹⁾. L'unificazione in questione esige una ristrutturazione della sistematica del testo. Le disposizioni materiali precedono pertanto le norme di procedura civile e quelle di procedura amministrativa. La distinzione tra diritto civile e diritto amministrativo cartellistico è importante ai soli fini della procedura.

Per garantire una perfetta coerenza tra diritto civile e diritto amministrativo cartellistico, la procedura di diritto civile prevista dal disegno di legge si limita a stabilire le pretese di diritto civile che derivano da un ostacolo alla concorrenza. Visto che in virtù delle norme materiali del disegno di legge un ostacolo alla concorrenza non è gioco forza illecito, ai fini della procedura civile un ostacolo alla concorrenza non giustifica come tale una pretesa, ma costituisce soltanto il fondamento per farla valere. Nel concetto del disegno di legge la motivazione della pretesa in funzione di un ostacolo illecito risulta da un canto dall'illiceità della limitazione della concorrenza e, d'altro canto, dalla norma speciale dell'articolo 12 capoverso 3 disegno LCart, giusta il quale gli ostacoli che vanno oltre quello che esige l'attuazione di un ostacolo alla concorrenza possono motivare una pretesa di diritto civile ai sensi dell'articolo 12 capoverso 1 disegno LCart.

⁷⁰⁾ Cfr. il rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto di revisione totale della legge sui cartelli, pag. 10

⁷¹⁾ Cfr. art. 5 segg. disegno LCart

Una delle conseguenze dell'auspicata coerenza nell'applicazione del diritto materiale è che giusta il disegno di legge il giudice civile non potrà più procedere alla valutazione del carattere lecito o illecito di un ostacolo alla concorrenza; in caso di controversia tra le parti su questo punto, tale valutazione spetterà esclusivamente alle autorità amministrative in materia di concorrenza e la procedura civile sarà sospesa sino alla loro decisione⁷²⁾.

146 **Autorità in materia di concorrenza**

Per poter essere compresi, gli aspetti materiali della revisione devono rimanere associati ai suoi aspetti istituzionali. È essenziale rammentare che la creazione di un ambito istituzionale ben definito e efficace è una condizione sine qua non della concretizzazione delle norme materiali della legge. A questo va poi aggiunto il fatto che le misure di esame volute dalla legislazione svizzera sui cartelli - esame della concorrenza efficace e ponderazione degli interessi pubblici (motivi di giustificazione) - esigono una struttura bipartita delle autorità in materia di concorrenza.

Nell'ambito della procedura di consultazione la creazione di un Ufficio federale della concorrenza ha suscitato numerose reazioni negative. La struttura delle autorità amministrative è stata pertanto rimaneggiata nel disegno di legge proposto in questa sede. Nella misura del possibile, tali nuovi strutture si ispirano ora maggiormente al modello della Commissione federale delle banche.

Giusta il disegno di legge, la Commissione della concorrenza è incaricata di esaminare dal profilo della concorrenza gli aspetti di una limitazione. Essa procede a questo esame unitamente alla sua segreteria. Per evitare una confusione degli aspetti (giuridici) fondati sulla concorrenza con criteri (politici) che sfuggono a questo settore, ma anche per tenere conto del carattere particolare dell'autorizzazione eccezionale di un ostacolo alla concorrenza per motivi preponderanti di interesse pubblico, la decisione non spetta alla Commissione, che è un'autorità tecnica, bensì ad un'autorità legittimata a livello politico. È la ragione per la quale il disegno di legge prevede che il nostro Collegio è la sola istanza abilitata ad autorizzare in via eccezionale un ostacolo alla concorrenza se questo è necessario alla tutela di interessi pubblici preponderanti⁷³⁾. Questa soluzione garantisce la presa in considerazione di tutti gli aspetti politici di una simile situazione.

Contrariamente a quanto previsto dalla LC, la Commissione della concorrenza dispone di un potere decisionale diretto⁷⁴⁾. Per garantire lo svolgimento efficace della procedura, il disegno di legge prevede che la Commissione prende di norma le sue decisioni in seno a camere⁷⁵⁾. Composta da 11 a 15 membri⁷⁶⁾, la Commissione della concorrenza dovrebbe così poter evitare sovente sedute plenarie fastidiose.

⁷²⁾ Cfr. art. 15 disegno LCart

⁷³⁾ Per quanto concerne gli accordi in materia di concorrenza e le pratiche delle imprese che dominano il mercato, cfr. l'art. 8 disegno LCart; per il controllo delle concentrazioni di imprese, cfr. l'art. 11 disegno LCart.

⁷⁴⁾ Cfr. art. 18 cpv. 3 disegno LCart

⁷⁵⁾ Cfr. art. 18 cpv. 4 disegno LCart

⁷⁶⁾ Cfr. art. 18 cpv. 2 disegno LCart

Compito essenziale della segreteria è la preparazione delle decisioni. A tale scopo essa conduce la procedura di inchiesta⁷⁷⁾; per garantire nell'ambito di detta procedura il contatto particolarmente importante tra la Commissione (organo decisionale) e la segreteria (organo di istruzione), quest'ultima prenderà le decisioni di apertura di una procedura d'intesa con la presidenza della Commissione.

Giusta il disegno di legge, la legge federale sulla procedura amministrativa è applicabile alla procedura di inchiesta⁷⁸⁾. Questa soluzione consente una migliore trasparenza ed efficacia, rafforzando nel contempo i diritti degli interessati. Inoltre le norme della procedura applicabili al controllo delle concentrazioni prevedono termini molto brevi, garantendo alle imprese una procedura rapida.

Il disegno di legge propone un sistema uniforme di rimedi giuridici contro le decisioni della Commissione della concorrenza e della sua segreteria: esse possono essere impugnate con il ricorso alla Commissione di ricorso in materia di concorrenza⁷⁹⁾ (istanza che dovrà essere creata) seguito, con riserva dell'ammissibilità, dal ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale. L'avamprogetto prevedeva ancora una separazione dei rimedi giuridici: talune decisioni potevano essere impugnate dinnanzi al Tribunale federale ed altre dinanzi al nostro Collegio. Questa distinzione è divenuta superflua dacché il nostro Collegio statuisce ormai come istanza unica sulle domande di autorizzazione eccezionale fondate su interessi pubblici preponderanti.

15 Relazioni con altri atti legislativi federali in materia di concorrenza

151 Relazioni con la legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

Considerata la maggiore severità della futura legge sui cartelli, nell'ambito della procedura di consultazione è stata proposta l'abrogazione della legge sulla sorveglianza dei prezzi (LSPR)⁸⁰⁾ o la sua eventuale integrazione nel disegno di legge. In merito occorre constatare che dal profilo formale il disegno di revisione non altera affatto le relazioni tra le due leggi. Dal profilo materiale esso non implica una modificazione fondamentale di questi rapporti.

La revisione proposta in questa sede non modifica l'importanza specifica di entrambe le leggi nell'ambito della nostra Costituzione. La sorveglianza dei prezzi suppone nondimeno in determinati casi una collaborazione con le autorità in materia di concorrenza. Giusta la legge sui cartelli, queste ultime devono allora indicare se una limitazione della concorrenza sopprime la concorrenza efficace. Esse non sono però abilitate a stabilire un prezzo che riterrebbero auspicabile. Conformemente all'articolo 17 capoverso 2 LSPR⁸¹⁾ questa competenza spetta al solo Sorvegliante dei prezzi.

⁷⁷⁾ Cfr. art. 23 cpv. 1 disegno LCart

⁷⁸⁾ Cfr. art. 39 disegno LCart

⁷⁹⁾ Cfr. art. 44 disegno LCart

⁸⁰⁾ RS 942.20

⁸¹⁾ Cfr. Schürmann, in: Schürmann/Schluep, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988, pag. 895.

Ci si può nondimeno chiedere se l'introduzione della presunzione – come per i cartelli in materia di prezzi⁸²⁾ – non potrebbe di fatto avere importanti ripercussioni sull'attività del Sorvegliante dei prezzi. Questo non è il caso se come attualmente il Sorvegliante si occupa unicamente dei prezzi delle imprese pubbliche o private che dominano il mercato ed in particolare dei prezzi amministrati, ossia quelli fissati, approvati o sorvegliati dallo Stato, conformemente agli articoli 14 e 15 LSPr. Per la sua propria natura una legislazione più severa in materia di cartelli non ha che ripercussioni limitate su questo settore.

152 Relazioni con la legge federale sulla concorrenza sleale

La revisione non determina alcuna modificazione dei rapporti della legge sui cartelli con la legge contro la concorrenza sleale (LCSl)⁸³⁾. Le relative questioni sono già state trattate in modo approfondito nell'ambito del messaggio concernente la LCSl⁸⁴⁾.

16 Relazioni con la legge federale sul mercato interno

La futura legge sul mercato interno (LMI) non si situa in un rapporto di concorrenza con il disegno di legge sui cartelli, ma ne costituisce un complemento. La soppressione degli ostacoli privati alla concorrenza perseguita dalla legge sui cartelli non deve essere resa illusoria da restrizioni cantonali o comunali alla concorrenza. Oltre alla soppressione degli ostacoli alla mobilità, la LMI si prefigge l'eliminazione degli ostacoli alla concorrenza fondati sul diritto cantonale o comunale. Il fatto che i disegni di legge sui cartelli e sul mercato interno siano sottesi alla soppressione degli ostacoli alla concorrenza conferisce alle autorità di concorrenza un ruolo di grande importanza, che rimane tuttavia specifico a ciascuna delle due leggi. Se è vero che in virtù della legge sui cartelli le autorità in materia di concorrenza possono decidere in merito agli ostacoli che rientrano nel suo campo di applicazione⁸⁵⁾, tale competenza cessa appena si tratta di ostacoli alla concorrenza di diritto pubblico soggetti alla LMI. In questo caso esse svolgono unicamente un ruolo di vigilanza, nel senso che formulano raccomandazioni⁸⁶⁾ oppure, se del caso, avviano un'inchiesta⁸⁷⁾.

17 Il disegno di legge nel contesto nazionale e europeo

La revisione della legge sui cartelli è stata parimenti avviata a causa dei cambiamenti strutturali intervenuti a livello di economia mondiale. La globalizzazione dell'economia si ripercuote sul comportamento di un grande numero di imprese svizzere. Visto che devono organizzarsi su scala internazionale, esse sono viepiù confrontate con le legislazioni straniere e quindi con prescrizioni straniere in

⁸²⁾ Cfr. art. 5 cpv. 3 lett. a disegno LCart

⁸³⁾ RS 241

⁸⁴⁾ Messaggio sulla legge federale contro la concorrenza sleale, FF 1983 II 985

⁸⁵⁾ Cfr. art. 2 disegno LCart

⁸⁶⁾ Cfr. art. 9 cpv. 2 e 3 LMI

⁸⁷⁾ Cfr. art. 9 cpv. 3 LMI

materia di concorrenza. Appena sviluppano attività all'estero o vi esportano i loro prodotti, le imprese svizzere devono aspettarsi che le loro pratiche verranno esaminate alla luce delle norme di concorrenza applicate al di fuori delle nostre frontiere in quanto provocano ripercussioni che rientrano nel campo di applicazione di tali norme⁸⁸⁾.

Se si ci riferisce ai flussi commerciali e di investimento, occorre ammettere che la legislazione in materia di concorrenza dell'UE e le norme dei suoi Stati membri⁸⁹⁾ rivestono un'importanza capitale per le imprese svizzere. Con l'entrata in vigore il 1° gennaio 1994 dell'Accordo SEE, la legislazione in materia di concorrenza dell'UE è stata estesa su base istituzionale al campo di applicazione di detto Accordo. Pertanto le imprese svizzere che operano all'estero saranno viepiù confrontate con le norme in materia di concorrenza dell'UE e quindi obbligate a orientare le loro pratiche sul patrimonio normativo comunitario («acquis communautaire»).

Fondata sugli articoli 85 e 86 dell'Accordo CEE (nonché sul Regolamento del 1989 del Consiglio delle CE sul controllo delle fusioni⁹⁰⁾), la legislazione europea in materia di concorrenza ha registrato un'evoluzione permanente nel corso degli ultimi trent'anni attraverso le decisioni di principio della Commissione europea e della Corte di giustizia delle CE, come pure per il tramite di tutta una serie di atti legislativi di esecuzione. Attualmente tale legislazione ha raggiunto un elevato grado di concretizzazione e coerenza. Si rammentano in questo contesto gli sforzi considerevoli intrapresi durante gli ultimi anni per lottare contro gli ostacoli alla concorrenza eretti da imprese che godono di uno statuto giuridico speciale, in particolare nel settore dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia.

La legislazione in materia di concorrenza dell'UE svolge indubbiamente un ruolo di *locomotiva* nei confronti della legislazioni nazionali. Questa circostanza si spiega con il fatto che tocca su numerosi punti non soltanto l'ordine giuridico interno degli Stati membri ma anche la legislazione di Stati terzi che mantengono strette relazioni economiche con gli Stati membri. Per questi Stati terzi, il fatto di ispirarsi alla normativa dell'UE non presenta unicamente il

⁸⁸⁾ Si tratta del principio di ripercussione generalmente applicato dalla norme di collisione in materia economica, giusta il quale uno Stato ha la competenza di valutare un comportamento in funzione delle proprie norme non appena tale comportamento produce effetti sul suo territorio.

⁸⁹⁾ Le norme in materia di concorrenza dell'Accordo CEE (art. 65 e 86) sono applicabili se le pratiche che limitano la concorrenza influenzano il commercio tra gli Stati membri. Il campo di applicazione della legislazione in materia di concorrenza dell'UE è pertanto delimitato rispetto alle legislazioni degli Stati membri. In pratica questa esigenza è oggetto di un'interpretazione molto estensiva. Giusta la giurisprudenza della Corte di giustizia delle CE, le norme di diritto comunitario sulla concorrenza possono essere applicate unicamente nei casi in cui un accordo può direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente compromettere la libertà del commercio in misura pregiudizievole alla realizzazione di un mercato interstatale unico (CGCE 61/70, *Coöperatieve Stremsele Kleusefabriek*, raccolta 1981, pag. 851 segg., pag. 867). In ogni caso gli Stati membri possono applicare la loro legislazione nazionale in materia di concorrenza soltanto se l'applicazione uniforme del diritto comunitario non è ostacolata (CGCE 14/68, *Walt Wilhelm*, raccolta 1969, pag. 1 segg., pag. 14).

⁹⁰⁾ Regolamento (CEE) N. 4964/89 del 21 dicembre 1989 del Consiglio relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU n. L 395, pag. 1).

vantaggio di riferirsi a un sistema che ha dato prova: infatti l'adeguamento delle loro norme materiali evita alle imprese di doversi conformare a disposizioni contraddittorie da un sistema all'altro.

È un dato di fatto che nel corso degli ultimi anni la quasi totalità dei Paesi europei si sono conformati al modello dell'UE nella strutturazione della loro legislazione sulla concorrenza. Si tratta in particolare della Spagna (entrata in vigore: 1989), dell'Italia (1990), dell'Irlanda (1991), della Grecia (1991), del Belgio (1993), del Portogallo (1993), della Svezia (1993) e dell'Islanda (1993). Tutti questi Paesi hanno ripreso in ampia misura la normativa in materia di concorrenza dell'UE - la Svezia quasi integralmente - compresi i numerosi atti legislativi secondari. Nell'ambito della revisione della legislazione in materia di cartelli della Finlandia (1992) e della Norvegia (1993), la legislazione europea sulla concorrenza ha parimenti svolto una funzione esemplare, seppure meno estesa. L'ultima novella della legge austriaca sui cartelli (1993) si fonda sull'argomento del ravvicinamento della legislazione dell'UE sul controllo delle fusioni. La Francia ha sottoposto sin dal 1986 la sua legislazione in materia di concorrenza ad una revisione nel senso del diritto comunitario; la Germania dispone sin dagli anni Cinquanta di una legislazione molto rigida in materia di concorrenza. All'epoca tale legislazione si era soprattutto ispirata al diritto americano e aveva successivamente influenzato il diritto comunitario. Si rammenta infine che la legislazione dell'UE ha servito come modello alle legislazioni in materia di concorrenza della Polonia (1990), dell'Ungheria (1990) e della Cecoslovacchia (1991).

L'ondata di revisioni constatata soprattutto a partire del 1989 nei Paesi dell'Europa occidentale ha avuto per conseguenza che 19 Stati dell'OCSE su 25 prevedono attualmente un *divieto di principio dei cartelli* e che due altri (Paesi Bassi e Danimarca) lo menzionano nelle revisioni in corso. Il Lussemburgo, l'Austria e la Svizzera non fanno parte di questa cerchia di Paesi. Ma occorre sottolineare che il divieto dei cartelli previsto dalle CE è per lo meno applicabile al Lussemburgo e all'Austria in virtù della loro appartenenza all'UE o allo SEE per quanto concerne le operazioni soprannazionali. Occorre altresì rammentare che tutti i sistemi sono concordi per quanto concerne il *controllo preventivo delle fusioni*. Complessivamente, 20 Stati membri dell'OCSE dispongono attualmente di un sistema di controllo delle concentrazioni di imprese e 15 di essi di un sistema preventivo abbinato a un regime di autorizzazione.

Alcuni punti del nostro disegno di legge sui cartelli si ispirano parimenti alla legislazione in materia di concorrenza dell'UE. Esistono parallelismi nella formulazione degli elementi costitutivi delle pratiche abusive delle imprese che dominano il mercato come pure nella definizione dei tipi di accordi che si considerano giustificati in materia di concorrenza, che rammenta le esenzioni per categorie. L'adeguamento della legislazione svizzera al modello dell'UE trova i suoi limiti laddove la situazione (p. es. il controllo delle fusioni in un'economia di dimensioni ridotte) o il sistema (la costituzione economica svizzera non autorizza ordinamenti fondati sul divieto) esigono soluzioni specifiche.

2 Parte speciale

21 Osservazioni preliminari

Con la qui proposta revisione totale della legge sui cartelli i presupposti per la valutazione materiale come pure le strutture istituzionali e di procedura amministrativa subiranno una ristrutturazione fondamentale. Nei capitoli che seguono illustriamo sistematicamente le singole disposizioni del disegno di legge. Nel caso di disposizioni già contemplate nella legislazione in vigore il commento si limiterà ad un rinvio all'ordinamento e alla prassi attuali.

22 Disposizioni generali

Le disposizioni generali si applicano a tutte le prescrizioni della legge. Esse definiscono lo scopo, il campo d'applicazione e le relazioni con altre prescrizioni legali e precisano le nozioni essenziali.

221 Scopo (art. 1 disegno LCart)

L'articolo 1 si riferisce al tenore della disposizione della Costituzione federale e al mandato che questa assegna al legislatore. Fondandosi sul contenuto materiale della competenza costituzionale, l'articolo 1 enumera i principi direttori della legge: la concorrenza va promossa a mente della professione di fede della nostra Costituzione in un'un'economia di mercato fondata su un ordine liberale⁹¹⁾. Il termine «promuovere» esprime qui l'idea che la legge sui cartelli non può tradurre da sola questo impegno in realtà, ma costituisce un elemento parziale particolarmente importante nell'ambito del complesso della legislazione economica.

222 Campo d'applicazione (art. 2 disegno LCart)

Tutte le attività delle imprese suscettibili di provocare ostacoli alla concorrenza rientrano nel campo di applicazione della legge, definito in modo molto ampio. Dal profilo della legislazione in materia di concorrenza questo non corrisponde però ancora a una valutazione del comportamento di un'impresa, valutazione possibile unicamente sulla scorta delle disposizioni materiali uniformi di diritto civile e di diritto amministrativo⁹²⁾. Pertanto, il fatto di rientrare nel campo di applicazione della legge non equivale affatto ad un giudizio di valore.

Con l'ausilio di un sistema uniforme di esame, la definizione estesa del campo di applicazione consente di procedere alla valutazione delle limitazioni alla concorrenza nel pieno rispetto della parità di trattamento di tutti gli operatori della vita economica. La liceità o l'illiceità del comportamento di un'impresa non di-

⁹¹⁾ Cfr. le considerazioni del n. 141: L'economia di mercato, principio direttore della politica di concorrenza nell'ordinamento economico della Svizzera

⁹²⁾ Cfr. capitolo 2 disegno LCart: Disposizioni di diritto materiale (art. 5 segg. disegno LCart).

pende unicamente da un criterio qualunque risultante dal campo di applicazione: la decisione viene presa fondandosi sulle norme materiali della legge.

222.1 Campo d'applicazione materiale (art. 2 cpv. 1 disegno LCart)

Il campo d'applicazione materiale si riferisce al concetto di impresa. Per impresa si intende ogni operatore che produce beni o servizi e partecipa pertanto in modo indipendente al processo economico, sia dalla parte dell'offerta che da quella della domanda. Considerata la sua natura economica, il termine di impresa implica che la legge non è applicabile ai consumatori e alla manodopera, circostanza che rende superflua qualsiasi riserva espressa, come quella che figura nella LCart in merito alle convenzioni, decisioni e misure che concernono unicamente i rapporti di lavoro⁹³⁾. Giusta il disegno di legge, anche se questo fatto non è menzionato espressamente, i dipendenti non rientrano nel suo campo di applicazione quando un accordo concerne esclusivamente i rapporti di lavoro. La legge si applica invece pienamente alle misure prese sul mercato del lavoro e destinate unicamente a imporre accordi illeciti sul mercato dei beni e dei servizi, come per esempio le limitazioni che risultano dal bloccaggio di dipendenti.

Nell'applicazione della legge non viene operata una distinzione tra imprese di diritto privato e imprese di diritto pubblico. Ai fini della sua applicazione è fondamentalmente irrilevante se la limitazione è eretta da un'impresa di diritto privato o pubblico. Senza importanza è altresì il fatto che essa appartenga ai poteri pubblici o che si trovi in mani private. L'applicazione è limitata da motivi di diritto pubblico soltanto se i suoi rapporti con altre disposizioni del diritto federale o cantonale lo esigono⁹⁴⁾.

Il campo di applicazione comprende tutte le forme di limitazioni private alla concorrenza. Le legge si applica alle imprese che erigono cartelli – nel senso di accordi orizzontali⁹⁵⁾ – oppure concludono altri accordi in materia di concorrenza. Rispetto alla terminologia in uso nella LC, l'utilizzazione della locuzione «altri accordi in materia di concorrenza» ha lo scopo di rammentare che ai fini dell'applicazione della legge i cosiddetti accordi verticali sono equiparati a quelli orizzontali⁹⁶⁾. L'estensione del campo di applicazione agli accordi verticali non significa però che nell'ambito dell'esame di un accordo non si tenga conto delle diverse ripercussioni degli accordi verticali rispetto a quelle degli

⁹³⁾ Cfr. art. 1 cpv. 2 LC

⁹⁴⁾ Cfr. a questo proposito l'art. 3 disegno LCart e i relativi commenti del n. 223.

⁹⁵⁾ Il termine «cartelli» rinvia alla terminologia utilizzata dall'attuale LC. Considerata l'esigenza del carattere collettivo della limitazione alla concorrenza sancita dalla legislazione in vigore (cfr. la definizione dell'art. 2 cpv. 1 LC), ci si riferisce qui innanzitutto agli accordi orizzontali (accordi sul medesimo livello economico). Cfr. a questo proposito anche il commento del n. 224 relativo alle definizioni dell'art. 4 disegno LCart.

⁹⁶⁾ La disposizione relativa al campo di applicazione della legislazione in vigore parla di cartelli e si riferisce agli accordi orizzontali tra concorrenti effettivi o potenziali ai sensi dell'art. 2, cpv. 1. Gli art. 3 e 5 LC equiparano nondimeno ai cartelli e alle organizzazioni analoghe gli accordi in materia di prezzi del secondo livello (a condizione che siano imposti da un cartello o da un'organizzazione analoga), purché si tratti di accordi in materia di esclusiva e di distribuzione.

accordi orizzontali. Nel senso di un assoggettamento completo dei comportamenti importanti ai fini della legislazione in materia di concorrenza, il campo di applicazione viene esteso anche alle imprese che dominano il mercato o che partecipano ad una concentrazione. Quest'ultima ipotesi è concepita in vista dell'introduzione del controllo delle concentrazioni.

222.2 Campo d'applicazione geografico (art. 2 cpv. 2 disegno LCart)

Il disegno di legge introduce una novità nel senso che per la prima volta il suo campo geografico di applicazione è espressamente definito. La definizione si fonda sul principio delle ripercussioni⁹⁷⁾, generalmente riconosciuto in ambito internazionale e dalla prassi svizzera. Conformemente alla giurisprudenza del Tribunale federale, la legislazione svizzera sui cartelli è applicabile allorchando una limitazione alla concorrenza produce i suoi effetti sul mercato svizzero⁹⁸⁾. Questo principio è stato introdotto dalla sentenza della Corte permanente di giustizia internazionale nell'affare Lotus, decisione giusta la quale il diritto di uno Stato è applicabile a fattispecie che si sono verificate all'estero se gli effetti si fanno sentire sul suo proprio territorio⁹⁹⁾. In materia di legislazione sulla concorrenza, tale situazione si verifica allorchando una limitazione alla concorrenza provoca gravi ripercussioni sul mercato nazionale.

Per quanto concerne le pretese di diritto civile, la delimitazione del campo geografico di applicazione fondata sul principio delle ripercussioni risulta già dalla legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato (LDIP)¹⁰⁰⁾. Giusta il suo articolo 137, le pretese fondate su una limitazione alla concorrenza sono disciplinate dalla legislazione dello Stato sul cui mercato la limitazione produce direttamente i suoi effetti sulla persona lesa¹⁰¹⁾. Per le pretese di diritto privato risultanti da una limitazione alla concorrenza, le norme relative a conflitti di diritto internazionale privato sono pertanto in sintonia con quelle del disegno, anche se queste ultime sono pure applicabili alle disposizioni di diritto pubblico. La menzione all'articolo 2 capoverso 2 disegno LCart del principio delle ripercussioni per le pretese di natura privata non provoca alcun conflitto di norme.

⁹⁷⁾ Al momento dell'adozione della legislazione in vigore, si rinunciò a circoscrivere espressamente il principio delle ripercussioni nel testo di legge. Dai materiali legislativi risulta però chiaramente che si era partiti dall'idea che questo principio era generalmente riconosciuto; inoltre esso era stato ammesso dalla giurisprudenza del Tribunale federale già sotto l'impero della legge sui cartelli del 1962 (cfr. a questo proposito le considerazioni del messaggio del 1981, FF 1981 II 1265 segg.).

⁹⁸⁾ DTF 93 II 192 segg., riconfermato da DTF 118 Ia 142 segg., relativo all'applicazione extraterritoriale delle disposizioni di diritto penale cantonale.

⁹⁹⁾ Sentenza Lotus, Corte permanente di giustizia internazionale dell'Aia, Publications de la Cour permanente de justice internationale, Série A, vol. 10, pag. 18 segg.

¹⁰⁰⁾ RS 291

¹⁰¹⁾ Giusta il commento di Vischer (Heinri/Keller/Siehr/Vischer/Volken, Kommentar zum IPRG, Zürich, 1993, N. 11 ad art. 137 LDIP, con rinvio a Renold, Les conflits de lois en droit antitrust, Zurich, 1991, n. 260 segg. pag. 116 segg.), l'esigenza della lesione diretta significa che il vincolo tra l'ostacolo ed i suoi effetti deve essere stretto.

223 Relazioni con altre prescrizioni legali (art. 3 disegno LCart)

La tecnica legislativa moderna esige che le riserve all'applicazione della legge a favore di altre prescrizioni legali figurino nelle disposizioni generali, dopo il campo d'applicazione¹⁰². La legge ne risulta più chiara e la lettura facilitata.

La volontà, nella revisione della legge, di rinforzare i criteri di valutazione materiali e l'ambito istituzionale ha messo in evidenza la necessità di agire in materia di riserve delle prescrizioni di diritto pubblico. Contrariamente al diritto vigente, le norme di diritto amministrativo del disegno non si limitano soltanto ad una ponderazione generale degli effetti secondo il metodo del saldo. D'ora innanzi occorrerà comparare la prassi delle imprese a norme concrete di comportamento, comprese quelle imprese incaricate dell'esecuzione di compiti pubblici o che beneficiano di diritti speciali. Inoltre, nell'ambito della procedura amministrativa l'autorità della concorrenza non si limiterà più a formulare raccomandazioni¹⁰³ - e quindi alla «soft law»¹⁰⁴ - ma sarà abilitata a prendere decisioni¹⁰⁵ alle quali gli interessati dovranno conformarsi, tra i quali anche le imprese di diritto pubblico o quelle che godono di diritti speciali in virtù del diritto pubblico. La presentazione più concreta delle norme di diritto materiale e il rafforzamento istituzionale esigono dal legislatore un testo sufficientemente chiaro riguardo alle riserve connesse alle disposizioni di diritto pubblico, che contenga già tutte le distinzioni necessarie.

223.1 Riserva di prescrizioni di diritto pubblico (art. 3 cpv. 1 disegno LCart)

Il diritto economico svizzero contiene una serie di prescrizioni di diritto pubblico che ostacolano il libero gioco della domanda e dell'offerta e conseguentemente pregiudicano una buona concorrenza. Legittimate dai mandati costituzionali del legislatore, tali ingerenze concernono i settori nei quali il mercato non svolge, o non svolge sufficientemente, il suo ruolo regolatore nelle relazioni economiche (come nell'ambito dei beni pubblici, ossia dei beni di cui ognuno può disporre senza controparte) oppure quando il mercato non è in grado di salvaguardare gli interessi superiori (fondati per esempio su considerazioni che concernono l'equità o la ripartizione).

¹⁰² Nella LCart le riserve fanno parte delle disposizioni finali (art. 44 cpv. 3 LCart).

¹⁰³ Nella sua prassi la Commissione dei cartelli ha mostrato su questo punto un gran riserbo: invece delle raccomandazioni all'attenzione degli interessati ai sensi dell'articolo 32 LCart ha preferito la possibilità, più flessibile, offerta dall'articolo 25 LCart, secondo la quale la Commissione può presentare al Consiglio federale raccomandazioni sulla politica della concorrenza (in pratica la Commissione dei cartelli ha ampliato la cerchia dei destinatari delle proprie raccomandazioni oltre il Consiglio federale).

¹⁰⁴ Nozione di diritto internazionale pubblico utilizzata per designare norme formalmente non vincolanti ma che in virtù della loro prossimità col diritto possono tuttavia produrre effetti giuridici (su questa nozione cfr. il commento di Thüerer, «Soft Law» - eine neue Form des Völkerrechts», in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1985 I, p. 429 segg.).

¹⁰⁵ Art. 18 cpv. 3, 30 cpv. 1, 32 cpv. 3 e 33 cpv. 4 del disegno LCart.

Questi casi di inefficienza del mercato pongono numerosi problemi complessi per i quali si dispone di varie risposte legislative. L'intensità dell'inefficienza del mercato e la sua valutazione rispetto agli interessi pubblici in gioco devono permettere al legislatore di sviluppare diverse possibili soluzioni. Per esempio, un regime di mercato o di prezzi statali può imporsi per un settore in cui il mercato non è efficiente; tale regime si sostituisce allora al libero gioco dell'offerta e della domanda e svolge una funzione di allocazione tra gli operatori economici interessati. L'apprezzamento politico di una situazione analoga può anche limitarsi ad un intervento puntuale dello Stato, nel senso che per ovviare al problema dell'inefficienza del mercato è sufficiente attribuire diritti speciali ad alcuni operatori del mercato (imprese) affinché lo svolgimento di compiti pubblici possa essere garantito. Il disegno di legge tiene conto di tali aspetti: le sue norme variano a seconda che il sistema dell'economia di mercato debba essere sostituito fundamentalmente da un ordinamento statale¹⁰⁶⁾ oppure se soltanto singoli aspetti parziali di un settore economico debbano essere sottratti al principio della concorrenza¹⁰⁷⁾.

La suddetta distinzione non esiste nella legge attuale. La riserva dell'articolo 44 capoverso 2 lettera b LCart si riferisce in generale all'insieme delle prescrizioni di diritto pubblico che derogano alla legge in quanto istituiscono un regime di mercato o dei prezzi di carattere statale. La distinzione operata nel disegno non era apparsa necessaria nella LCart per due ragioni. Innanzi tutto perché nella sua prassi la Commissione dei cartelli ha dato un senso estremamente lato alla nozione di regime di mercato o dei prezzi: qualsiasi regolamentazione parziale di un settore economico da parte dello Stato è stato sinora assimilata ad un regime statale di mercato o dei prezzi. In secondo luogo, privata della competenza di decisione (competenza riconosciuta ora dal disegno), l'autorità della concorrenza si è soddisfatta dell'articolo 25 LCart - meno rigoroso¹⁰⁸⁾ - come base per le sue raccomandazioni sulle prescrizioni di diritto pubblico (di cui all'art. 44 cpv. 2 lett. b LCart). Non potendo aprire una procedura d'indagine formale ai sensi dell'articolo 29 LCart, la competenza decisionale del Dipartimento federale dell'economia pubblica in materia di prescrizioni non può essere messa a profitto. Il disegno conferisce soltanto all'autorità della concorrenza una competenza decisionale diretta ma contiene anche norme concrete di comportamento all'attenzione delle imprese. Secondo le disposizioni del disegno concernenti il campo d'applicazione della legge¹⁰⁹⁾, tale competenza decisionale esiste indipendentemente dal fatto che un'impresa, o le sue attività, si fondino sul diritto pubblico o sul diritto privato.

223.11 Regime statale di mercato o dei prezzi (art. 3 cpv. 1 lett. a disegno LCart)

Il disegno riconosce che un regime statale di mercato o dei prezzi può escludere la concorrenza in un determinato settore. L'agricoltura costituisce a questo

¹⁰⁶⁾ Cfr. art. 3 cpv. 1 lett. a del disegno LCart.

¹⁰⁷⁾ Art. 3 cpv. 1 lett. b disegno LCart.

¹⁰⁸⁾ Cfr. nota 101.

¹⁰⁹⁾ Art. 2 del disegno LCart.

proposito un buon esempio. Nel promulgare prescrizioni in materia di concorrenza, il legislatore non ha l'intenzione di mettere in dubbio tali regimi statali. Questi continueranno a sussistere anche sotto la nuova legge, sempre che la loro attuazione intendesse effettivamente escludere dal principio della concorrenza il settore in questione. La legge è tuttavia applicabile ad un siffatto regime in un dato settore economico se permette un comportamento concorrenziale e se dunque consente l'applicazione dei criteri del diritto della concorrenza (se del caso, tenendo conto della riserva supplementare di cui all'articolo 3 cpv. 1 lett. b disegno LCart).

223.12 Imprese con diritti speciali (art. 3 cpv. 1 lett. b disegno LCart)

La sostituzione della concorrenza con un regime di mercato o dei prezzi non è la sola possibilità di cui dispone il legislatore per intervenire a livello economico. Per raggiungere obiettivi di interesse comune, la costituzione economica della Confederazione o quelle dei Cantoni dispongono di strumenti di portata più limitata ma di efficacia più puntuale, che consentono di conferire diritti speciali a determinate entità giuridiche (imprese di diritto pubblico o di diritto privato). La deroga al principio della concorrenza che ne può risultare non dev'essere impedita dalla legge sui cartelli, proprio come i regimi statali di mercato o dei prezzi. Ciò spiega perché il disegno prevede pure una riserva per le prescrizioni che fondano diritti speciali, nella misura in cui l'intenzione iniziale del legislatore era effettivamente di escludere la concorrenza da tale settore. La distinzione introdotta dalla lettera b dell'articolo 3 capoverso 1 disegno LCart non significa tuttavia che il settore in cui la concorrenza è parzialmente neutralizzata sfugge del tutto alla legge sui cartelli. In generale, un diritto speciale non giustifica un regime di mercato o dei prezzi generalizzato. Le imprese interessate devono dunque conformarsi ai principi della concorrenza ai sensi della legge sulla concorrenza nella misura in cui il loro ambito d'attività esuli da quello interessato dal regime d'eccezione ¹¹⁰⁾.

223.2 Riserva dei diritti di proprietà intellettuale (art. 3 cpv. 2 disegno LCart)

A tenore dell'articolo 3 capoverso 2 del disegno, la legge non si applica agli effetti sulla concorrenza derivanti esclusivamente dalla legislazione sulla proprietà intellettuale. In questo contesto, la nozione di proprietà intellettuale è intesa in senso lato. Include l'insieme delle disposizioni legali di proprietà intellettuale che conferiscono un diritto particolare all'avente diritto. Questa nozione è inoltre sufficientemente ampia per comprendere i nuovi sviluppi che il

¹¹⁰⁾ Tali principi hanno un'importanza particolare per le aziende in Regia della Confederazione. I vantaggi che queste ricavano da diritti speciali non le dispensano dal rispettare i principi della concorrenza nei settori d'attività non interessati da tali diritti. Ciò vale anche per le imprese i cui diritti speciali derivano dal Cantone.

progresso tecnico permetterà di raggiungere in questo ambito, come nel caso della nuova legge federale sulle topografie¹¹¹⁾.

Dal profilo materiale il disegno non apporta alcun riorientamento di fondo rispetto alla LCart. Le restrizioni della concorrenza che possono risultare da diritti di proprietà intellettuale sotto forma di monopolio sono riservate giusta l'articolo 3 capoverso 2 del disegno soltanto se risultano esclusivamente dal contenuto materiale dei diritti invocati. La frase «dovuti esclusivamente alla legislazione sulla proprietà intellettuale» (art. 3 cpv. 2 disegno LCart) esprime chiaramente l'interpretazione restrittiva della riserva. Questa limitazione deve impedire che diritti di proprietà intellettuale siano (abusivamente) utilizzati soltanto per limitare la concorrenza e non per adempiere il loro obiettivo iniziale, ossia per tutelare la componente del diritto della personalità e assicurare nel contempo la remunerazione di prestazioni particolari. La protezione legittima dei diritti di proprietà intellettuale non deve servire per instaurare restrizioni illecite della concorrenza.

La distinzione tra l'esercizio legittimo dei diritti di proprietà intellettuale e restrizione illecita della concorrenza è piuttosto chiara in teoria; in pratica un po' meno. Criteri di distinzione¹¹²⁾ a prima vista plausibili non devono far dimenticare le circostanze particolari di cui l'apprezzamento giuridico di ogni caso deve tener conto.

I diritti di proprietà intellettuale possono entrare in conflitto con la legge sui cartelli (quale diritto della concorrenza) segnatamente nel caso della proibizione delle importazioni parallele fondata sul diritto svizzero dei marchi. In pratica si tratta in particolare delle importazioni di prodotti di marca dello stesso gruppo destinati al «mercato grigio», alle quali il titolare svizzero della marca oppone in Svizzera la territorialità del suo diritto esclusivo. Dall'entrata in vigore della nuova legge sui marchi¹¹³⁾, questo problema è assai attuale e controverso; tuttavia, non vi è ancora una giurisprudenza del Tribunale federale in materia. Anche se per motivi di politica della concorrenza sarebbe auspicabile una certa flessibilità in materia d'importazioni parallele, la legislazione cartellaria non può avere il compito di intervenire nell'ambito del diritto di pro-

¹¹¹⁾ Legge federale del 9 ottobre 1992 sulla protezione delle topografie di prodotti a semiconduttori, in vigore dal 1° luglio 1993 (RS 231.2).

¹¹²⁾ A questo proposito occorre riferirsi in particolare alla chiara distinzione operata dalla Corte di Giustizia delle CE tra l'«esistenza» giuridica (oggetto specifico del diritto esclusivo) e l'«esercizio» di tale diritto, che necessita di giustificazione (cfr. le considerazioni di principio relative a questa distinzione e la sua applicazione riguardo le norme della concorrenza del TCEE in: CGCE, Ric. 56 e 58/64, *Grundig-Consten/Kommission*, R. 1966, 429 segg., 499 segg.). Questa distinzione può tuttavia essere trasposta nella pratica soltanto in misura limitata, poiché l'esistenza di diritti esclusivi si traduce precisamente nel loro esercizio. Nella pratica corrente concernente l'applicazione delle norme di concorrenza nell'ambito della proprietà intellettuale, la CGCE considera che l'esercizio del diritto esclusivo rientra nell'articolo 85 cpv. 1 TCEE quando costituisce l'oggetto, il mezzo o la conseguenza di un cartello (cfr. segnatamente CGCE causa 258/78, *Nungesser* [semi di granturco], R. 1982, 2051 segg. 2061).

¹¹³⁾ Legge federale del 28 agosto 1992 sulla protezione dei marchi e delle indicazioni di provenienza (legge sulla protezione dei marchi, RS 232.11).

prietà intellettuale¹¹⁴) e in particolare della legge sulla protezione dei marchi, e neanche di anticipare un'eventuale interpretazione del Tribunale federale.

Anche se, rispetto alla LCart, il contenuto materiale delle riserve connesse ai diritti di proprietà intellettuale non è cambiato, giova sottolineare che la loro portata è ben maggiore in virtù dell'inclusione generale degli accordi verticali nel campo d'applicazione della legge¹¹⁵). La nozione di accordo verticale comprende infatti i contratti di licenza, particolarmente importanti, che portano sull'esercizio di diritti esclusivi di proprietà intellettuale¹¹⁶). Al momento di concludere un contratto di licenza, le parti contraenti possono essere tentate di concludere accordi i cui effetti superano i diritti risultanti esclusivamente dalla legislazione sulla proprietà intellettuale. In generale, gli accordi di licenza concernenti i diritti esclusivi di proprietà intellettuale svolgono certo un ruolo centrale, ma rappresentano soltanto una parte delle relazioni d'affari, attuali o future, dei contraenti. Dal profilo della politica della concorrenza è pertanto necessario esaminare a fondo i contratti di licenza per individuarvi eventuali limitazioni della concorrenza non giustificabili in virtù dei diritti di proprietà intellettuale in questione, poiché il loro scopo o il loro contenuto è essenzialmente estraneo al diritto immateriale protetto.

224 Definizioni (art. 4 disegno LCart)

La struttura delle definizioni del disegno si fonda, per quanto concerne il contenuto, su quella della Costituzione federale. Tuttavia, se la Costituzione menziona soltanto i cartelli e le organizzazioni analoghe¹¹⁷), il disegno distingue tre tipi (correnti) di limitazioni della concorrenza: gli accordi in materia di concorrenza, le pratiche delle imprese che dominano il mercato e le concentrazioni d'imprese. Tale chiarezza crea buoni presupposti per apprezzare sistematicamente e correttamente i fatti dal profilo della politica della concorrenza. Sarebbe errato pensare che questa struttura a tre componenti contraddice materialmente quella bipartita della Costituzione (cartelli e organizzazioni analoghe). La struttura delle definizioni del disegno, che differisce anche da quella della LCart, s'impone per due motivi. Da un lato, il diritto svizzero della concorrenza deve adottare la terminologia adottata da tutti i moderni diritti della concorrenza. D'altro lato, i diversi tipi di limitazione della concorrenza non potrebbero fare oggetto di un trattamento differenziato, sia dal profilo materiale che da quello procedurale.

Nella terminologia attuale del diritto della concorrenza il termine «cartello» designa soltanto accordi orizzontali rigidi, mentre prima aveva un senso più lato. Conformemente alla terminologia usata sinora in Svizzera ed iscritta nella Co-

¹¹⁴) Ciò vale anche a livello internazionale. A questo livello occorrerebbe provvedere in primo luogo a garantire mediante accordi lo sfruttamento reciproco internazionale di tali diritti esclusivi.

¹¹⁵) Gli accordi verticali sono trattati nell'ambito del campo d'applicazione dell'articolo 2 del disegno sotto la nozione di «altri accordi in materia di concorrenza».

¹¹⁶) Per ulteriori precisioni concernenti la nozione di accordi verticali cfr. n. 224.I: Accordi in materia di concorrenza (art. 4 cpv. 1 del disegno).

¹¹⁷) Art. 31 cpv. 3 lett. d Cost.

stituzione, il termine è stato mantenuto nel titolo della legge e nei primi due articoli (scopo della legge, campo d'applicazione). Nelle altre disposizioni, tuttavia, figura il termine più corretto di «accordi in materia di concorrenza». A seconda dei livelli economici in questione si distinguerà poi tra accordi orizzontali e accordi verticali.

Il termine di «organizzazione analoga» si applica a una serie di fattispecie che non sono materialmente interessate dalle medesime disposizioni. È pertanto necessario introdurre già nelle definizioni le diverse caratteristiche materiali pertinenti.

224.1 Accordi in materia di concorrenza (art. 4 cpv. 1 disegno LCart)

Per accordi in materia di concorrenza si intendono le convenzioni e le pratiche concordate tra imprese del medesimo livello (accordi orizzontali) o tra imprese di livelli differenti (accordi verticali). Il criterio di limitazione collettiva della LCart perde importanza visto che gli accordi orizzontali e verticali sono parificati. Questi due tipi di limitazione della concorrenza rientrano dunque nel campo d'applicazione della legge. L'apprezzamento materiale del caso particolare non ne risulta tuttavia influenzato.

Siano orizzontali o verticali, gli accordi in materia di concorrenza sono soggetti alla legge anche se le parti contraenti non hanno stipulato contrattualmente il loro comportamento nella concorrenza. La legge si applica anche non appena vi è convenzione senza effetto vincolante (*gentlemen's agreement*, *Frühstückskartell*) oppure quando le imprese agiscono in modo concertato, seguendo ad esempio raccomandazioni. Ciò che è decisivo è che l'azione collettiva delle imprese interessate sia cosciente e voluta. Questa doppia esigenza manca per esempio nel caso di un comportamento uniforme che può risultare spontaneamente da una determinata struttura del mercato (oligopolio).

Un accordo orizzontale (tra imprese di medesimo livello economico) permette a due o più imprese giuridicamente ed economicamente indipendenti di limitare insieme la concorrenza su un dato mercato. Nella categoria di accordo orizzontale rientrano un gran numero di forme di cooperazione come le unità di ricerca e di sviluppo create dai produttori, gli accordi di specializzazione e i gruppi di commercializzazione. Anche se tali accordi possono ostacolare notevolmente la concorrenza, si considera che mirano innanzi tutto ad ottimizzare lo sfruttamento delle capacità economiche. Ciò spiega perché il progetto prevede la possibilità di giustificare siffatti accordi con motivi d'efficienza economica¹¹⁸⁾.

Una limitazione della concorrenza è valutata assai diversamente dal profilo della concorrenza a seconda se serve a fissare prezzi o quantità o a ripartire mercati (oggi si parla a questo proposito sovente di «cartelli rigidi»). Visto che in pratica accordi di questo tipo sono raramente positivi per la concorrenza,

¹¹⁸⁾ Art. 5 cpv. 2 del disegno.

il disegno prevede nelle disposizioni di diritto materiale che nel loro caso è data presunzione di soppressione della concorrenza efficace¹¹⁹⁾.

Contrariamente agli accordi orizzontali, gli accordi verticali (tra imprese di livello differente, per esempio tra grossista e dettagliante) non costituiscono una limitazione *collettiva* della concorrenza. Possono tuttavia avere le medesime ripercussioni negative sulla concorrenza di alcuni accordi orizzontali, per esempio quando impediscono l'importazione di una merce. A differenza dei cartelli rigidi, non si può presumere normalmente che la concorrenza efficace risulti soppressa da certe forme di accordi verticali. La presunzione di cui all'articolo 5 capoverso 3 del disegno concerne pertanto solo alcune forme d'accordi orizzontali e non le intese verticali. In generale la soggezione degli accordi verticali alla legge non pregiudica l'apprezzamento materiale di una siffatta pratica nel singolo caso. Numerosi accordi verticali evidenziano infatti strategie legittime intese a migliorare le relazioni commerciali.

Fra i principali accordi verticali figurano gli accordi d'esclusività sull'acquisto o la vendita di alcuni beni o servizi, contemplati dall'articolo 5 LCart, nonché i prezzi imposti al secondo livello, oggetto dell'articolo 3 LCart. Questi due tipi di accordi non sono trattati come tali dal diritto attuale, ma soltanto a certe condizioni: gli accordi d'esclusiva devono essere dovuti ad un'impresa potente sul mercato e i prezzi imposti ad un cartello o ad un'organizzazione analoga. Queste condizioni non possono essere giustificate dal profilo della politica della concorrenza. Il disegno di legge qui proposto si applica dunque a tutti gli accordi verticali anche se in generale essi creano problemi soltanto se implicano un'impresa potente sul mercato o un cartello¹²⁰⁾. Siffatti aspetti devono tuttavia essere presi in considerazione nell'applicazione del diritto materiale.

224.2 Imprese che dominano il mercato (art. 4 cpv. 2 disegno LCart)

La politica della concorrenza non intende proibire il ricorso alla potenza di mercato. In un'economia fondata sulla concorrenza il successo e lo sviluppo interno possono porre un'impresa in posizione di forza, se non addirittura in posizione dominante. I mercati dinamici sono caratterizzati da posizioni di forza mutevoli che incitano ad una gestione efficace e contribuiscono in tal modo a mantenere viva la concorrenza. Dal punto di vista della politica della concorrenza la potenza sul mercato è accettabile fin tanto che risulta da pratiche miranti ad accrescere le prestazioni dell'impresa e finché la concorrenza è suscettibile di contrastarla. Ne consegue che gli intenti per conservare o aumentare le quote di mercato non sono di per sé illeciti, ma in nome della politica della concorrenza dev'essere possibile intervenire nel caso in cui imprese che dominano il mercato si comportano in modo abusivo..

Il fatto che il comportamento di un'impresa si basi sulla sua *potenza sul mercato* non è sufficiente per qualificare materialmente tale comportamento (con-

¹¹⁹⁾ Art. 5 cpv. 3 del disegno.

¹²⁰⁾ Ciò che può anche fondare la pertinenza della presunzione di cui all'articolo 5 capoverso 3 del disegno.

trariamente a quanto è il caso per determinare il campo d'applicazione della legge, cfr. art. 2 cpv. 1). L'apprezzamento materiale concerne soltanto le pratiche fondate su una potenza qualificata, ossia su una *posizione dominante*.

*La LCart non conosce la nozione di potenza sul mercato né quella di posizione dominante: in questo contesto si avvale della nozione di organizzazione analoga al cartello. Si parla di organizzazione analoga quando un'impresa è in grado di dominare il mercato di determinati beni o servizi o di influenzarlo in modo determinante*¹²¹⁾. Il disegno parte invece soltanto dall'elemento della posizione dominante. Si ha una siffatta posizione quando l'impresa interessata può comportarsi in modo essenzialmente indipendente rispetto agli altri operatori del mercato e ciò, il disegno lo precisa, sia dal lato dell'offerta che da quello della domanda. Come nella LCart, la posizione dominante può essere occupata da una o più imprese.

La definizione di posizione dominante è aperta. Nel disegno si è rinunciato all'elenco dei criteri che figura nella LCart¹²²⁾: questi criteri forniscono certamente alcuni elementi suscettibili di indicare che partendo dalla struttura di un mercato vi è probabilmente una posizione dominante o un'influenza determinante, ma non consentono, come ha dimostrato la pratica, di dedurre direttamente l'esistenza di una posizione dominante. Una siffatta conclusione è possibile soltanto alla luce delle circostanze del caso particolare.

In generale, l'analisi di una situazione dominante terrà conto degli elementi seguenti. All'inizio occorrerà occuparsi della struttura del mercato considerato, senza dimenticare che i criteri strutturali hanno valore relativo: anche ampie quote di mercato non implicano una posizione dominante. L'esistenza di quest'ultima dipende non solo dallo stato attuale della concorrenza, ma anche dal numero, dalla qualità e dalla situazione dei potenziali concorrenti. L'interesse di questi ultimi ad accedere al mercato è funzione delle possibilità di guadagno ivi connesse. Ma l'entrata in un mercato dipende anche dal livello degli ostacoli che lo caratterizzano, siano essi vere e proprie barriere all'accesso o semplici rischi di perdere un investimento in caso di abbandono (sunk costs). Ostacoli di poca importanza rafforzano la disciplina delle imprese già installate. La possibilità di un'impresa di comportarsi in modo indipendente sul mercato in questione risulta dunque anche dal numero e dall'importanza degli ostacoli presenti.

224.3 Concentrazioni di imprese (art. 4 cpv. 3 disegno LCart)

Il disegno distingue due tipi di concentrazioni d'impresa: il caso in cui due o più imprese sino allora giuridicamente ed economicamente indipendenti convergono una *fusione* e quello in cui un'impresa *acquisisce il controllo* di una o più altre imprese sino allora giuridicamente ed economicamente indipendenti.

Dal profilo economico si distingue, per quanto riguarda gli effetti prodotti sulla concorrenza, tre forme di concentrazione d'impresa: le *concentrazioni*

¹²¹⁾ Cfr. le definizioni dell'articolo 4 capoverso 1 LC.

¹²²⁾ Art. 4 cpv. 2 LC.

orizzontali, o integrazione di unità economiche sino allora indipendenti e attive sui medesimi mercati, le *concentrazioni verticali*, che riuniscono unità economiche prima indipendenti e situate a livelli differenti (a monte o a valle) del mercato e i *conglomerati*, formati da unità economiche precedentemente indipendenti e che non sono o non erano attive né nel medesimo mercato e neppure ad altri livelli del mercato. Quest'ultima forma di concentrazione mira soprattutto alla diversificazione per ripartire i rischi.

Dal profilo giuridico, per *fusione*¹²³⁾ s'intende l'unione di due o più imprese in una sola unità economica. L'espressione «sinora indipendenti le une dalle altre» significa che i raggruppamenti di imprese già affiliate non sono toccati dal controllo delle fusioni.

Il concetto di acquisizione del *controllo*¹²⁴⁾ comprende tutte le possibili forme di controllo. Si parla di controllo non appena esiste, tenuto conto delle circostanze, la possibilità di determinare l'attività di un'impresa in materia di produzione, prezzi, investimenti, approvvigionamento, vendita e collocamento dell'utile. La o le imprese che esercitano il controllo devono poter decidere sulle questioni importanti concernenti la gestione e la politica commerciale dell'impresa controllata. Non importa la misura in cui tale possibilità è effettivamente sfruttata. Come precisa il disegno, il controllo può essere acquisito mediante l'acquisto di una partecipazione al capitale o con la conclusione di un contratto. La legge si applica pertanto a tutti i mezzi e a tutte le forme di controllo. Non è possibile stabilire in modo assoluto il livello di partecipazione che definisce l'acquisizione del controllo, poiché ciò dipende in particolare dalla forma giuridica della società e da altri elementi giuridici e fattuali. In una società anonima a carattere personale che conta soltanto pochi azionisti, la soglia si situa al 50 per cento dei diritti di voto. Se la S.A. è aperta al pubblico, il 20 o 30 per cento di tali diritti possono bastare per avere il controllo della società, visto che i piccoli azionisti sono in generale debolmente rappresentati, o rappresentati in modo disparato, all'assemblea generale. Per «conclusione di un contratto» il progetto intende soprattutto i contratti che vincolano gli azionisti o i contratti di management.

Il controllo delle fusioni ai sensi del disegno concerne anche le *imprese comuni*. Considerata l'assenza, nel disegno, di una vera e propria proibizione degli accordi in materia di concorrenza, non vi è alcuna ragione di distinguere a priori, ovvero ai fini dell'autorizzazione, tra le imprese comuni di natura cooperativa e le imprese comuni di natura concentrativa. Il controllo svizzero delle fusioni non deve appesantirsi, al livello del regime d'autorizzazione come tale, con problemi quasi insolubili di delimitazione legati al disciplinamento sul controllo delle concentrazioni dell'UE. La giustificazione, nel contesto del controllo delle fusioni, di un intervento contro imprese comuni è valutato in funzione degli effetti di modificazione delle strutture, oppure della natura dell'impresa risultante, ossia concentrativa o cooperativa. Vi sarà giustificazione (d'intervento materiale ai sensi del controllo delle fusioni) soltanto nel caso di imprese comuni in cui si avrà tale effetto di modificazione delle strutture. Prescindendo

¹²³⁾ Art. 4 cpv. 3 let. a disegno LCart.

¹²⁴⁾ Art. 4 cpv. 3 lett. b disegno LCart.

da queste, nel quadro della concretizzazione del principio d'abuso resteranno le disposizioni del disegno relative all'apprezzamento degli accordi in materia di concorrenza e delle pratiche di imprese che dominano il mercato. Occorre ancora rilevare che le parti interessate preferiscono di regola che la loro creazione d'impresa comune sia soggetta ai criteri (generosi) del controllo delle fusioni piuttosto che alle disposizioni che disciplinano gli accordi in materia di concorrenza.

23 Disposizioni di diritto materiale

Questo capitolo costituisce un elemento centrale del disegno di legge, poiché contiene i criteri di valutazione delle limitazioni alla concorrenza che rientrano nel campo d'applicazione della legge. Le regole materiali, valide sia per il diritto civile che per il diritto amministrativo cartellistico, indicano l'orientamento fondamentale della legge alle imprese e alle autorità in materia di concorrenza.

Le disposizioni di diritto materiale proposte riprendono alcuni elementi della LCart, inclusa la pratica legata all'applicazione dell'articolo 29 LCart. Ritroviamo, in gran parte ristrutturati, i criteri di valutazione attualmente in vigore. Il metodo del saldo della LCart, strumento molto ampio ed impreciso, è stato completamente riveduto: la procedura è diventata più rigida e comprende due tappe. I criteri di valutazione dell'articolo 29 LCart sono stati mantenuti, ma suddivisi in due categorie: quelli concorrenziali e quelli extraconcorrenziali. La loro applicazione non è simultanea, bensì successiva.

Le disposizioni di diritto materiale del disegno di legge poggiano sulla nozione di «concorrenza efficace». La valutazione delle limitazioni alla concorrenza si concentra quindi innanzitutto sugli effetti sulla concorrenza. Gli altri criteri (extraconcorrenziali) intervengono soltanto in un secondo tempo e a titolo eccezionale, quando la valutazione di una limitazione alla concorrenza – dal profilo della concorrenza e dell'efficienza economica – porta ad un divieto.

La separazione dell'esame materiale in due parti, si ritrova anche a livello procedurale. Al fine di non confondere i criteri relativi alla concorrenza con gli altri (di economia generale e sociopolitici), la valutazione dei primi viene effettuata dalla Commissione della concorrenza e quella degli altri da un'autorità politica, ovvero dal Consiglio federale.

I criteri di valutazione delle limitazioni alla concorrenza sono stati separati per tre ragioni: innanzitutto, questa divisione permette di mettere in evidenza il profilo della concorrenza nella valutazione delle limitazioni; appare inoltre logico valutare soltanto criteri paragonabili, e non mettere a confronto, senza alcun altro esame, un danno alla concorrenza con gli obiettivi globali di politica economica o sociale; ed infine la divisione proposta permette di affidare ad un'autorità politica decisioni extraconcorrenziali che generalmente hanno un'ampia portata politica.

A causa del principio di abuso iscritto nella costituzione, una limitazione alla concorrenza è illecita, con la nullità che ne consegue, soltanto se l'illiceità è stata constatata tramite una decisione cresciuta in giudicato. Il principio di a-

buso permette soltanto la nullità ex nunc. Questo vale anche per le presunzioni dell'articolo 5, cpv. 3, disegno LCart. Una limitazione alla concorrenza è sottoposta a questa disposizione, soltanto se vi è la presunzione che essa provochi la soppressione della concorrenza efficace. L'illiceità e quindi la nullità intervengono soltanto dopo che la decisione presa dall'autorità competente è cresciuta in giudicato e se non è stata presentata nessuna richiesta di autorizzazione eccezionale oppure se tale richiesta è stata negata.

231 Accordi in materia di concorrenza (art. 5 disegno LCart)

Conformemente alle definizioni del disegno di legge, gli accordi in materia di concorrenza conclusi dalle imprese, includono sia quelli orizzontali sia quelli verticali. La valutazione materiale di questi accordi consiste nel valutare i loro effetti sulla concorrenza. Criterio centrale di questo esame è la nozione di concorrenza efficace. Si distinguono, a secondo dell'effetto sulla concorrenza, tre tipi di ostacoli: gli ostacoli minori, gli ostacoli notevoli e la soppressione della concorrenza efficace. A secondo del genere e dell'intensità degli effetti provocati sulla concorrenza, il disegno di legge prevede diverse regole materiali.

Per valutare gli effetti sulla concorrenza, occorre innanzitutto definire la nozione di mercato determinante, nozione che assume un significato concreto soltanto in relazione alle circostanze di un caso particolare. Visto che la problematica del mercato determinante si pone anche con la LCart, occorre riferirsi alla prassi attuale.

231.1 Liceità di limitazioni minori alla concorrenza

Le disposizioni materiali del disegno di legge non si applicano alle limitazioni minori alla concorrenza. Le autorità in materia di concorrenza non dovrebbero infatti trattare casi di questo genere. La prima fase d'esame consiste dunque nell'eliminazione delle limitazioni minori alla concorrenza, che sono autorizzate senza nessun altro esame materiale.

Il disegno di legge non precisa la nozione di limitazione «notevole» alla concorrenza. Si farà dunque riferimento alla pratica, che tenta di delineare questa nozione¹²⁵⁾, dato che questo criterio figura già nella LCart come una condizione preliminare all'applicazione delle disposizioni materiali sui cartelli. All'estero inoltre, la maggior parte delle leggi sui cartelli includono criteri che permettono di stabilire se una limitazione provochi effetti notevoli o sensibili.

231.2 Illiceità di limitazioni notevoli alla concorrenza (art. 5 cpv. 1 disegno LCart)

Se la limitazione alla concorrenza è considerata notevole, l'accordo in materia di concorrenza deve essere valutato giusta i criteri degli articoli 5 e 6, disegno

¹²⁵⁾ Cfr. *Schürmann*, in : *Schürmann/Schluep, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz*, Zurigo 1988, 66 segg. con rinvii.

LCart. Queste disposizioni precisano la nozione di nocività dell'articolo 31^{bis}, cpv. 3, lettera d, della Costituzione. Il principio di abuso, derivante dalla Costituzione, prevede che una limitazione alla concorrenza non è di per sé illecita. Sono invece determinanti gli effetti nocivi di ordine economico o sociale. La limitazione è illecita soltanto se vengono constatati questi effetti nocivi.

I vari criteri di valutazione degli articoli 5 e 6 disegno LCart. distinguono, in funzione della gravità della limitazione, tra accordi che pregiudicano notevolmente la concorrenza e quelli che provocano la soppressione della concorrenza efficace. Per questi ultimi, l'illiceità deriva direttamente dall'intensità degli effetti sulla concorrenza, mentre per una «semplice» limitazione notevole alla concorrenza occorre dapprima stabilire se l'accordo non possa essere giustificato per motivi di efficienza economica. Poiché la soppressione della concorrenza efficace non può essere giustificata per motivi di efficienza economica; soltanto motivi non concorrenziali (di un particolare interesse pubblico) possono ancora impedire che le limitazioni in questione siano considerate economicamente o socialmente nocive¹²⁶). La possibilità d'invocare motivi di efficienza economica permette di tener conto degli effetti positivi dei cartelli flessibili (forme cooperative) nonché di numerosi accordi verticali. La giustificazione per motivi di efficienza economica, nei casi che non provocano la soppressione della concorrenza efficace, riflette una visione dinamica del mercato. In effetti, l'efficienza economica obbliga le imprese a ottimizzare l'impiego delle loro risorse. Tale ottimizzazione può tuttavia anche essere raggiunta tramite un accordo con altri operatori economici. Questo tipo di comportamento non solleva nessuna obiezione, fintanto che non siano alterati i meccanismi di allocazione, di adattamento e di miglioramento.

Vista la possibilità di giustificare un accordo per motivi d'efficienza economica, la questione fondamentale è di sapere se un determinato accordo influenza notevolmente la concorrenza o se provoca la soppressione della concorrenza efficace. Questa valutazione deve avvenire innanzi tutto alla luce della concorrenza esistente tra i partecipanti all'accordo (concorrenza interna). Occorre pertanto valutare la posizione occupata dai partecipanti all'accordo sul mercato determinante, dal profilo obiettivo, geografico e temporale e valutare gli effetti dell'accordo sul funzionamento del mercato in questione (concorrenza esterna). Nell'esame di quest'ultimo aspetto non deve essere trascurata la relazione tra il mercato svizzero e quello mondiale. Occorre anche sempre domandarsi se il mercato determinante sia (geograficamente) aperto o se i concorrenti, soprattutto stranieri, possano migliorare la situazione concorrenziale in Svizzera. Si parla di soppressione della concorrenza efficace, quando non esiste più né concorrenza interna né esterna. I cartelli rigidi ne sono un esempio: tutte le imprese presenti su un dato mercato partecipano ad un cartello orizzontale, escludendo qualsiasi vera concorrenza da parte di outsider; oppure tutti i livelli del mercato sono integrati in un cartello verticale, rendendo impossibile a qualsiasi mercato parallelo di sussistere o di svilupparsi.

¹²⁶ Occorre una giustificazione per motivi extraconcorrenziali per applicare l'art. 8, disegno LCart. (autorizzazione eccezionale per motivi preponderanti di interesse pubblico).

231.3 Giustificazione per motivi di efficienza economica (art. 5 cpv. 2, art. 6 disegno LCart)

La distinzione tra gli accordi che pregiudicano notevolmente la concorrenza e quelli che conducono alla soppressione della concorrenza efficace, si ripercuote sulla giustificazione delle limitazioni alla concorrenza. Per un concetto dinamico della concorrenza, una limitazione notevole alla concorrenza deve essere percepita diversamente da una soppressione della concorrenza efficace. Un accordo che pregiudica notevolmente la concorrenza lascia sovente ampi margini di manovra¹²⁷⁾ alle parti in causa; per giustificarlo, è sufficiente dimostrare che tale accordo aumenta l'efficienza economica, giusta i criteri dell'articolo 5 capoverso 2 disegno LCart.

Le conseguenze positive, a volte anche sulla concorrenza, delle limitazioni notevoli alla concorrenza possono compensare o più che compensare gli effetti nocivi. Il criterio di efficienza economica permette di determinare se questi effetti positivi siano effettivamente causati dalla limitazione alla concorrenza. Auspicabili dal profilo economico, le riduzioni dei prezzi o le innovazioni possono essere più facilmente realizzabili in cooperazione che autonomamente ed ancor più quando la situazione di mercato, le condizioni d'esercizio oppure le condizioni tecniche non sono tali da permettere alle imprese di comportarsi da concorrenti autonomi. La concorrenza, per essere dinamica, deve poter ammettere alcune limitazioni al fine di accrescere l'efficienza, in particolare quando le condizioni di mercato garantiscono che la maggiore efficienza così ottenuta vada a profitto dei consumatori. Un accordo volto ad accrescere l'efficienza non deve in nessun caso provocare la soppressione di concorrenza efficace.

L'esempio più importante in questo campo sono gli accordi di razionalizzazione tra piccole e medie imprese. Tuttavia anche imprese di maggiori dimensioni possono essere interessate a cooperare per migliorare l'efficienza economica. L'articolo 5 capoverso 2 disegno LCart non prevede nessun criterio formale d'autorizzazione. La giustificazione per motivi di efficienza economica deve essere stabilita unicamente in base ai criteri materiali dell'articolo 5 capoverso 2 lettere a e b disegno LCart.

L'articolo 5 capoverso 2 lettera a disegno LCart elenca esaurientemente quali motivi di giustificazione possono essere considerati. Questi motivi sono formulati in modo aperto, permettendo così di giustificare un'ampia gamma di accordi di cooperazione. La valutazione dell'efficienza, giusta il disegno di legge, può anche dipendere da aspetti di interesse pubblico, allorché l'accordo esaminato intende sfruttare più razionalmente le risorse o i beni pubblici. Questo sarebbe per esempio il caso di produttori del settore dolciario, i quali, invocando una maggiore efficienza economica, decidono di non presentare più i loro prodotti in confezioni di alluminio ma in imballaggi più ecologici (dal profilo del consumo energetico e dell'eliminazione dei rifiuti, p. es.). L'esigenza di aumentare l'efficienza economica esclude pertanto i motivi d'interesse pubblico che esulano dal processo economico (relativi alla politica culturale, per es.), dei quali si può soltanto tener conto nell'ambito dell'articolo 8 disegno LCart.

¹²⁷⁾ Altrimenti si tratterebbe di soppressione della concorrenza efficace.

Motivi di efficienza economica

Giusta l'articolo 5 capoverso 2 lettera a disegno LCart, un accordo è giustificato da motivi di efficienza economica, qualora sia necessario per ridurre i costi di produzione o di distribuzione. Si fa soprattutto riferimento alla cooperazione tra piccole e medie imprese per motivi di razionalizzazione, in particolare a livello della produzione, della distribuzione o dell'approvvigionamento. Nel caso di accordi verticali, si possono per esempio citare alcuni accordi di distribuzione di nuovi prodotti. Accordi che limitano la concorrenza possono anche essere conclusi per ammortizzare i costi di lancio di un prodotto sul mercato. Grazie al criterio di riduzione dei costi, possono anche essere giustificati, per gli stessi motivi, i sistemi di distribuzione esclusiva o selettiva. Non è possibile dare una definizione generale di quali accordi siano giustificati, occorre effettuare un'analisi concreta delle clausole contrattuali per ogni caso particolare. Questo vale anche per il *controllo dei prezzi di vendita* imposti al consumatore, pratica sovente vietata in numerose leggi straniere sui cartelli. Questo genere di accordo non suscita obiezioni fintanto che gli obiettivi ai quali tende, la garanzia della qualità o del servizio alla clientela, per esempio, possano essere giustificati da motivi di efficienza economica, conformemente alle disposizioni di diritto materiale. Il disegno di legge considera anche il miglioramento del prodotto o del processo produttivo come un aumento di efficienza economica. Ai sensi della pratica attuale, questo potrebbe anche valere per l'assortimento o la qualità di certi prodotti. Il progetto di legge infine, cita gli accordi conclusi per promuovere la ricerca o la diffusione di conoscenze tecniche: accordi per lo sviluppo di nuovi prodotti, accordi per la ricerca e lo sviluppo, licenze e brevetti relativi al know-how.

La giustificazione per motivi di efficienza economica è anche possibile quando l'accordo mira ad uno sfruttamento più razionale delle risorse o dei beni pubblici, dal profilo ecologico o di politica sociale. In altri termini, oltre agli accordi che migliorano l'efficienza delle risorse aziendali, quelli che ottimizzano l'impiego delle risorse pubbliche o dei beni comuni necessari all'impresa, saranno considerati come accordi che aumentano l'efficienza economica. Questa possibilità di giustificazione consente in particolare alle imprese di raggiungere, mediante la maggiore efficienza economica, obiettivi di portata generale (protezione ambientale, impiego energetico più razionale, salute, formazione, sicurezza) nel senso di un'autoregolazione fondata sulla cooperazione.

Necessità degli accordi

Per avvalersi della giustificazione per motivi di efficienza economica non è sufficiente che la limitazione notevole alla concorrenza corrisponda ad una delle categorie di obiettivi enumerata qui sotto. Giusta l'articolo 5 capoverso 2 lettera a disegno LCart, l'accordo deve essere necessario per raggiungere questi obiettivi. Questa esigenza fa quindi riferimento al principio di proporzionalità già noto nel diritto amministrativo¹²⁸⁾. Un accordo è giustificato per motivi di efficienza economica, soltanto se è necessario ed è adatto al raggiungimento degli obiettivi, se è realmente in grado di provocare l'effetto desiderato, se non

¹²⁸⁾ *Merz*, Berner Kommentar, vol. introduttivo, n. 393 segg., art. 2 CC, e rimandi.

esiste nessun altro mezzo meno nocivo per la concorrenza, ed infine, se non limita eccessivamente la concorrenza rispetto allo scopo perseguito.

Profitto ragionevole per i consumatori

Giusta l'articolo 5 capoverso 2 lettera b disegno LCart, un accordo è giustificato per motivi di efficienza economica, soltanto se la situazione concorrenziale offre la garanzia – tenendo in considerazione la limitazione alla concorrenza – che una quota ragionevole dei vantaggi che ne risultano all'impresa andrà a profitto dei consumatori. Questi ultimi devono poter quindi approfittare della limitazione, vantaggio che generalmente si traduce in un miglioramento del rapporto tra le prestazioni e il prezzo. La formulazione del testo di legge proposto non esclude però altre forme di vantaggi per i consumatori. Questi vantaggi devono ripercuotersi sul mercato. Occorre inoltre assicurarsi che i partecipanti all'accordo siano sufficientemente esposti alla concorrenza – tra di loro o con terzi – cosicché la maggiore efficienza invocata per la giustificazione, non vada esclusivamente a profitto delle imprese in questione, ma si ripercuota equamente tra i vari livelli del mercato. A tal riguardo non si deve unicamente considerare la concorrenza attuale, ma anche quella potenziale, valutabile in funzione delle attuali barriere di accesso al mercato. Non è sufficiente che le imprese promettano di mantenere basso il livello dei prezzi, poiché ciò esigerebbe un controllo ufficiale costante e porterebbe a misure interventiste indesiderate.

L'esigenza di un profitto «ragionevole» per i consumatori, significa che un aumento soltanto marginale delle prestazioni economiche è insufficiente. D'altro canto non si può neppure esigere che i vantaggi vadano, in parte o in totalità, unicamente ai consumatori. La ricerca dell'efficienza economica, benché limiti la concorrenza, non deve essere penalizzata; anzi, in un regime di concorrenza dinamica, deve essere una fonte di guadagno per le imprese.

Un accordo mirante ad uno sfruttamento più razionale delle risorse o dei beni pubblici, non implica che le imprese ne traggano un vantaggio immediato che, tramite il mercato, può anche raggiungere il consumatore. Questi accordi sono, per loro natura, positivi per il consumatore e dunque anche per la collettività.

Nessuna soppressione di concorrenza efficace

Gli accordi miranti ad aumentare l'efficienza economica, anche se sono nell'interesse della collettività, non possono andare contro l'obiettivo del mantenimento della concorrenza efficace. Il disegno di legge esclude perciò la possibilità di giustificare per motivi di efficienza economica qualsiasi accordo che permette alle imprese di sopprimere la concorrenza efficace, tenendo non soltanto in considerazione le condizioni attuali della concorrenza, ma anche gli sviluppi futuri dell'accordo. Alle imprese, qualora sotto questo aspetto la valutazione fosse negativa, non rimane più che la possibilità di richiedere un'autorizzazione eccezionale, ai sensi dell'articolo 8 disegno LCart.

Accordi giustificati

Le imprese, durante la procedura di consultazione, hanno ripetutamente espresso l'esigenza di concretizzare le forme di accordo incluse nell'articolo 5 capoverso 2 lettera a disegno LCart. In particolare, hanno richiesto che il dise-

gno di legge prevedesse esenzioni per categoria, simili a quelle del diritto dell'UE. L'articolo 6 disegno LCart, tiene conto di questa esigenza, nella misura in cui permette una legislazione basata sull'abuso.

Giusta l'articolo 6 disegno LCart, spetta alla Commissione della concorrenza di stabilire, per via di ordinanza o di comunicazione, le condizioni secondo le quali un accordo è di norma considerato giustificato da motivi di efficienza economica. La Commissione non è limitata nei mezzi per definire concretamente le forme di accordi considerati giustificati. Le ordinanze emanate in virtù di questa competenza sono sottoposte all'approvazione del Consiglio federale (art. 6 cpv. 3 disegno LCart). Occorre far notare che non sono regolamenti di esenzione per categoria, come quelli del diritto europeo. Il disegno di legge non è fondato sul principio di divieto; pertanto atti legislativi di diritto subordinato non possono esentare delle fattispecie da un divieto (inesistente). In altri termini, una vera e propria esenzione è incompatibile con una legislazione fondata sul principio dell'abuso. La competenza della Commissione della concorrenza di emanare ordinanze di esecuzione o comunicazioni, giusta l'articolo 6 disegno LCart, deve semplicemente consentire ai soggetti giuridici di controllare più facilmente se un accordo attuale o futuro può di norma essere considerato giustificato per motivi di efficienza economica, ai sensi dell'articolo 5 capoverso 2 disegno LCart. La pubblicazione delle comunicazioni nel Foglio federale (art. 6 cpv. 4 disegno LCart) le rende tra l'altro accessibili a tutti.

L'elenco delle categorie di accordi considerati giustificati per motivi di efficienza economica, che figura all'articolo 6 capoverso 1 disegno LCart, il quale concretizza il principio posto all'articolo 5 capoverso 2 lettera a disegno LCart, non è esauriente e non stabilisce nessun ordine di priorità. La Commissione della concorrenza deve acquisire sufficiente esperienza nell'applicazione del diritto, prima di poter formulare concretamente le ordinanze d'esecuzione o le comunicazioni generali. L'enumerazione contenuta nel disegno di legge si ispira alle forme di accordi particolarmente importanti nella pratica e tiene conto dell'esperienza europea in materia di giustificazione di accordi dal profilo della concorrenza. Ispirarsi dall'esperienza comunitaria, non significa in alcun modo che la Commissione svizzera della concorrenza riprenda direttamente la normativa europea nel diritto svizzero. Il diritto europeo della concorrenza si basa sul principio del divieto degli accordi in materia di concorrenza; è inoltre concepito in funzione della realizzazione di un mercato unico che superi le frontiere interne. L'esigenza di distinguere tra il diritto svizzero e quello europeo non significa turravia che i criteri legislativi svizzeri, fondati sull'abuso, debbano essere più severi di quelli del diritto europeo, basati sul divieto.

L'articolo 6 capoverso 1 disegno LCart menziona gli accordi di cooperazione in materia di ricerca e di sviluppo, gli accordi di specializzazione e di razionalizzazione, gli accordi, particolarmente importanti nella pratica, concernenti la concessione di licenze di esclusività di acquisto o di vendita di determinati beni o servizi nonché gli accordi relativi alla concessione di licenze di diritti di proprietà intellettuale. Nel diritto relativo alla concorrenza dell'UE, tutti questi accordi sono regolati dalla comunicazione relativa alla cooperazione tra imprese (1968) oppure dai regolamenti relativi alle esenzioni per categoria. Questi ul-

timi, in particolare, contengono elementi concreti che indicano alle imprese come elaborare i contratti. In virtù della norma di competenza iscritta nel disegno di legge, la Commissione della concorrenza, in base all'esperienza tratta dall'applicazione del diritto, decide il livello di concretezza che caratterizzerà le ordinanze e le comunicazioni.

Le forme di cooperazione enumerate al capoverso 1 dell'articolo 6 del disegno LCart sono comuni a tutti i rami dell'economia, mentre il capoverso 3 riconosce alla Commissione una competenza supplementare, poiché essa può emanare disposizioni d'esecuzione per *forme di cooperazione specifiche ad un settore*. Le esperienze compiute dalla Commissione dei cartelli mostrano che queste disposizioni sono necessarie soprattutto nel settore dei servizi finanziari, ovvero il settore bancario e assicurativo, citato nel progetto. Per le assicurazioni, occorre riflettere innanzitutto sulle varie materie regolate anche a livello dell'UE, nei regolamenti sull'esenzione per categoria. La formulazione restrittiva del disegno di legge «accordi sulla trasposizione razionale di prescrizioni di diritto pubblico per la protezione dei clienti o degli investitori» rivela quale tipo di cooperazione è generalmente ammessa. Questa norma è stata concepita specialmente per quei rami economici sottoposti alla sorveglianza dello Stato. La Commissione della concorrenza, qualora lo desideri, può collaborare con l'autorità di sorveglianza competente, prima di emanare disposizioni di esecuzione.

231.4 Presunzione della soppressione della concorrenza efficace (art. 5 cpv. 3 disegno LCart)

Dal profilo del diritto cartellistico, la soppressione della concorrenza efficace è incontestabilmente nociva. La revisione ha anche come obiettivo prioritario di facilitare il controllo degli accordi che provocano la soppressione della concorrenza efficace. Una lista di accordi considerati atti a provocare la soppressione della concorrenza efficace figura al capoverso 3 dell'articolo 5 disegno LCart.

Il ricorso alla presunzione semplifica notevolmente la lunga procedura d'inchiesta amministrativa che sottostà al principio d'officialità. Le presunzioni enumerate all'articolo 5 capoverso 3 disegno LCart, non si riferiscono al carattere lecito o illecito di un accordo, ma solamente all'aspetto riguardante la soppressione della concorrenza efficace. Se la procedura d'inchiesta non permette di provare che la concorrenza efficace è mantenuta nonostante la presunzione, si ammette senza nessun'altra dimostrazione la soppressione della concorrenza efficace.

Le presunzioni sono da lungo tempo conosciute nelle legislazioni straniere sui cartelli. Questa nozione di diritto interviene soprattutto ripetutamente nella legge tedesca contro le limitazioni alla concorrenza (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB). Questa legge determina le conseguenze della mancanza di prove: se non si può provare la sussistenza di concorrenza efficace nonostante la limitazione, prevale la presunzione. Nella procedura amministrativa, il ricorso alla presunzione non significa che l'onere della prova della concorrenza efficace sia a solo carico delle parti che partecipano all'accordo sotto inchiesta. Le parti hanno certamente il maggior interesse che la presunzione sia

confutata. La dimostrazione però, per essere convincente, deve a volte essere sostenuta da dati sulle condizioni obiettive del mercato, che le parti non possiedono. Qualora necessario, l'autorità di concorrenza deve esaminare se la concorrenza efficace sussiste nonostante l'accordo, tenendo in considerazione il principio d'officiosità e gli argomenti addotti dalle imprese in causa.

Le presunzioni dell'articolo 5 capoverso 3 disegno LCart sono confutabili. A tal riguardo è sufficiente dimostrare che, nonostante l'accordo, sussistono sia la concorrenza esterna che la concorrenza interna. La valutazione della concorrenza esterna ed interna residua è un argomento già esaurientemente sviluppato¹²⁹⁾. Se la presunzione è confutata, occorre determinare se l'accordo influenza notevolmente la concorrenza. Generalmente è così. È inoltre utile domandarsi se, giusta l'articolo 5 capoverso 2 disegno LCart, l'accordo non si giustifichi per motivi di efficienza economica.

Le presunzioni si limitano agli accordi in materia di prezzi, di quantità e di ripartizione dei mercati (cartelli rigidi orizzontali attraverso i quali i concorrenti limitano tra di loro la concorrenza), facendo chiaramente apparire l'esigenza di rapporti di concorrenza tra le imprese in questione. La lista delle presunzioni è esauriente. Gli accordi verticali ne fanno parte soltanto se sono abbinati ad un accordo orizzontale, che fa parte delle categorie di presunzioni. Altrimenti, nessuna presunzione negativa pesa sugli accordi verticali, compresi tutti i vari sistemi di distribuzione nonché gli accordi di licenza, anche qualora contenesero accordi sui prezzi, le quantità o la ripartizione geografica.

L'elenco delle presunzioni indica chiaramente che sono colpiti soltanto gli accordi orizzontali che provocano effetti gravi per la concorrenza. Questa valutazione è anche confermata dalla pratica recente della Commissione dei cartelli. I cartelli rigidi neutralizzano i parametri fondamentali della concorrenza, in assenza dei quali la concorrenza efficace esiste solo in casi eccezionali. Il cartello rigido consente alle imprese partecipanti di escludere tra di loro la concorrenza efficace, la quale ormai può venire soltanto dall'esterno. Dal profilo della concorrenza, per valutare se un accordo corrisponde ad un caso di presunzione, occorre rispondere alla domanda se esiste ancora concorrenza esterna efficace. Occorre ricordare che i cartelli rigidi si assicurano un'esistenza stabile riducendo al minimo o sopprimendo la concorrenza esterna, altrimenti gli outsider attratti dall'elevata rendita cartellistica sarebbero tentati di destabilizzarlo. Se si conclude che un cartello rigido si è mantenuto stabile per un certo periodo, è in pratica assai difficile dimostrare che la concorrenza esterna eventualmente restante è ancora efficace.

L'articolo 5 capoverso 3 enumera le forme di cartelli rigidi colpiti da presunzione.

*Accordi che fissano direttamente o indirettamente i prezzi
(art. 5 cpv. 3 lett. a disegno LCart)*

L'effetto della fissazione dei prezzi è determinante e poco importa come essa sia avvenuta. La presunzione può riguardare ogni elemento o componente che interviene nella fissazione dei prezzi e si applica sia alla fissazione diretta che alla

¹²⁹⁾ Cfr. n. 231.2: Illiceità di ostacoli notevoli alla concorrenza.

fissazione indiretta. La presunzione si applica quindi non soltanto agli accordi su sconti ma anche agli accordi relativi ai criteri d'applicazione degli sconti, nella misura in cui questi ultimi intervengono nella fissazione dei prezzi. Questi principi sono anche validi per gli accordi in materia di metodi di calcolo, qualora questi contribuiscano alla fissazione di elementi del prezzo.

Accordi che limitano i quantitativi di beni o servizi da produrre, acquistare o consegnare (art. 5 cpv. 3 lett. b E)

I cartelli riguardanti quantitativi di beni o servizi da produrre, acquistare o consegnare (cartelli di contingentamento) sono anch'essi una classica forma di cartello. Spesso sono in parallelo a degli accordi sui prezzi, poiché questi ultimi saranno ancor più stabili se i suoi membri sono dissuasi dall'acquistare o fornire quantità superiori a quanto convenuto. Giusta il disegno di legge si presume che, qualsiasi riduzione artificiale delle consegne di beni sopprima la concorrenza efficace ed è dunque illecita. Tra gli accordi in questione figurano tra l'altro la ripartizione preliminare delle quote di mercato tra i membri del cartello e la fissazione di obiettivi quantitativi in determinate regioni. Il boicottaggio rientra anche in questa disposizione, poiché equivale all'azzeramento delle quantità di beni da produrre, acquistare o fornire. Dal profilo della presunzione, non è importante sapere come e per quale livello del mercato sono stati fissati i quantitativi. Un accordo può, per esempio, poggiare sulla percentuale totale delle vendite realizzate in un determinato territorio, su un certo numero di articoli o di tonnellaggi, sulle capacità produttive, sulla dimensione massima delle unità di produzione, su limiti d'investimento o su prescrizioni relative a riduzione di capacità. La prescrizione può anche valere per gli accordi di autolimitazione. La presunzione interviene indipendentemente dal fatto che un accordo sui quantitativi è anche sostenuto da altri accordi (per es. per un sistema d'informazione o un sistema di compensazione).

Ripartizione geografica dei mercati o ripartizione in funzione di partner commerciali (art. 5 cpv. 3 lett. c disegno LCart)

Gli accordi che si prefiggono una ripartizione geografica di un mercato provocano di norma la soppressione della concorrenza efficace. Le imprese possono per esempio spartirsi tra di loro il mercato impegnandosi a non intervenire sul territorio di vendita di un altro membro del cartello. I medesimi effetti sulla concorrenza derivano da una ripartizione in funzione dei partner commerciali. Si tratta, in entrambi i casi, della segmentazione dei clienti o dei fornitori. La presunzione è loro applicabile. Questi cartelli hanno effetti analoghi (spesso li rafforzano) sugli ostacoli di diritto pubblico (cantonale, p. es.) al commercio sul mercato interno svizzero. Nella prospettiva del mercato interno svizzero, è diventato compito urgente eliminare le ripartizioni di origine privata.

232 Pratiche illecite delle imprese che dominano il mercato (art. 7 disegno LCart)

Le imprese che dominano il mercato sono in grado di limitare in modo abusivo la libertà di azione dei loro concorrenti o dei loro partner commerciali e sono

pertanto in grado d'indebolire la concorrenza (pratiche di ostacolamento). Esse possono anche comportarsi in modo da svantaggiare i consumatori, ostacolando la concorrenza (pratiche di sfruttamento). Occorre sottolineare che l'obiettivo della politica di concorrenza non è di impedire il ricorso al potere economico. Le imprese devono poter accedere ad una posizione dominante grazie al loro successo economico ed alla loro crescita interna. Si tratta di un impulso essenziale per motivare le imprese ad operare efficacemente. La concorrenza in fondo non è altro che una lotta per conquistare quote di mercato. Gli sforzi compiuti per conservare o accrescere tali quote non dovrebbero dunque di per sé essere illeciti.

La difficoltà deriva dal fatto che, lo stesso comportamento di un'impresa che domina il mercato può, a priori, essere considerato sia come un comportamento concorrenziale favorevole sia come una pratica abusiva (ostacolamento o sfruttamento). È pertanto necessario esaminare scrupolosamente le circostanze particolari di ogni singolo caso. La pratica di un'impresa in posizione dominante, relativa all'ambito della concorrenza, è di norma illecita quando, senza nessuna giustificazione obiettiva, ostacola l'accesso di altre imprese alla concorrenza o all'esercizio di quest'ultima o svantaggia i partner commerciali. Si parla in particolare di ragione obiettiva che può giustificare una pratica strategica («legitimate business reasons»), quando l'impresa basa il suo comportamento su principi commerciali.

Giusta la clausola generale dell'articolo 7 capoverso 1 disegno LCart, le pratiche di ostacolamento e di sfruttamento di un'impresa che domina il mercato sono illecite, quando l'impresa abusa della propria posizione dominante. In caso di ostacolamento, la strategia nei confronti dei concorrenti deve essere «ingiusta», come per esempio quando la volontà di escludere un concorrente è manifesta. In caso di sfruttamento, vi è abuso (conformemente a numerose legislazioni straniere) quando le condizioni commerciali divergono notevolmente da quelle che sarebbero applicate in una situazione di concorrenza efficace.

L'articolo 7 capoverso 2 disegno LCart concretizza la clausola generale del primo capoverso in una lista, non esauriente, di pratiche illecite. Questo elenco si basa innanzitutto sull'articolo 6 capoverso 2 LCart, sugli ostacoli alla concorrenza nei confronti di terzi, con arricchimenti provenienti dal diritto europeo della concorrenza. Le pratiche citate come esempio non costituiscono presunzioni. Ogni caso deve pertanto essere analizzato approfonditamente per determinare se risponde ai criteri generali di abuso, formulati all'articolo 7 capoverso 1. La lista delle pratiche illecite è la seguente:

Il rifiuto di relazioni commerciali (art. 7 cpv. 2 lett. a disegno LCart):

Si intende per rifiuto di relazioni commerciali, sia la rottura o la limitazione di relazioni commerciali con clienti esistenti, sia il rifiuto di relazioni con clienti potenziali. Se è vero che l'impresa ha la facoltà di scegliere, dal profilo concorrenziale, i partner commerciali e che una posizione dominante non comporta l'obbligo generale a contrarre, nondimeno è di notevole importanza per la politica di concorrenza constatare il rifiuto di relazioni commerciali, poiché indirettamente, in numerosi casi, permette di meglio impedire altre pratiche abusive.

L'esperienza mostra infatti che le imprese di piccole dimensioni di norma non osano difendersi da partner che dominano il mercato, per il timore della rottura totale di ogni relazione commerciale a titolo di rappresaglia.

Le ripercussioni di un rifiuto di relazioni commerciali dipendono innanzitutto dal ruolo dell'impresa dominante sul mercato in questione. Se non vi è possibilità di scelta, il partner penalizzato può trovarsi nell'impossibilità di esercitare la libertà di concorrenza.

Il rifiuto di relazioni commerciali può anche colpire un partner potenziale. Questa pratica tuttavia è illecita soltanto se vi è obbligo a contrarre. Un obbligo di questo genere esiste de jure o de facto quando un'impresa detiene un monopolio di diritto pubblico o quando essa è l'unica a disporre di attrezzature o installazioni indispensabili alla produzione di determinati beni o servizi.

La rottura di relazioni commerciali è obiettivamente giustificata quando per esempio le prestazioni economiche del cliente diventano obiettivamente insufficienti, quando il cliente modifica la propria politica d'acquisto o di consegna, al punto da rendere impossibile all'impresa che domina il mercato di accettare tali condizioni per motivi di ordine economico. Limitazioni nelle consegne sono per esempio giustificate in caso di penuria, a condizione che siano applicate uniformemente a tutti gli acquirenti.

La discriminazione di partner commerciali in materia di prezzi o di altre condizioni commerciali (art. 7 cpv. 2 lett. b disegno LCart)

Giusta il disegno di legge, l'impresa in posizione dominante non è tenuta a sistemáticamente trattare in modo identico i suoi partner commerciali. L'uguaglianza qui richiesta concerne soltanto i partner che, per le loro prestazioni, si trovano nella stessa posizione rispetto all'impresa in posizione dominante. Il criterio determinante non è l'identità di prestazioni, ma la loro equivalenza. Le particolarità dei prodotti e del mercato in questione devono dunque essere valutati correttamente.

La presente disposizione si applica a tutte le discriminazioni in materia di prezzo o di altre condizioni commerciali. La nozione di «altre condizioni commerciali» deve essere intesa in senso lato: comprende tutte le condizioni commerciali fattuali o contrattuali che costituiscono una discriminazione del partner commerciale. Come esempio di ineguaglianza di trattamento possiamo citare il caso di un produttore in posizione dominante che, per un determinato commerciante, applica regolarmente dei termini di consegna diversi da quelli che rispetta con gli altri clienti. La stessa disposizione vale anche per la pratica del fornitore in posizione dominante che consegna ad un acquirente, contro la sua volontà, merce di qualità inferiore, mentre fornisce merce di prima scelta agli altri clienti.

Per rispondere alla domanda se l'ineguaglianza di trattamento compiuta da un'impresa in posizione dominante è illecita, è decisivo stabilire se il partner commerciale leso da questa ineguaglianza è ingiustamente svantaggiato nella concorrenza rispetto a terzi, ossia se l'ineguaglianza è obiettivamente ingiustificata. Il confronto tra prestazioni deve permettere di tener conto delle differenze di fattispecie. Differenze di prezzo possono anche essere obiettivamente

giustificate da risparmi scalari in materia di marketing, trasporto e distribuzione. Il divieto di discriminazione contiene logicamente anche il dovere di trattare diversamente casi dissimili.

L'imposizione di prezzi inadeguati o di altre condizioni commerciali (art. 7 cpv. 2 lett. c disegno LCart)

Occorre valutare se i prezzi o le condizioni commerciali sono ragionevoli rispetto alle prestazioni offerte da un'impresa che domina il mercato. La questione può solamente essere risolta caso per caso. Condizioni commerciali sono inadeguate quando, tenuto conto della fattispecie, sono palesemente ingiuste. La nozione di condizioni commerciali include altresì le restrizioni della libertà d'azione, che l'impresa che domina il mercato impone ai partner. La questione relativa al carattere inadeguato delle condizioni commerciali dipende sia dalla gravità della restrizione della libertà di concorrenza del partner, sia dalle eventuali limitazioni alla concorrenza di terzi.

Giusta la presente disposizione, sconti particolarmente elevati ottenuti da un'impresa, a causa dell'importanza dei suoi acquisti, possono eventualmente essere considerati abusivi. Questo vale anche per termini di pagamento eccezionalmente lunghi, assimilabili ad un credito senza interesse che il fornitore concede all'impresa che dispone della forza d'acquisto. I prezzi possono essere esageratamente alti o bassi, secondo che l'impresa dominante si trovi dalla parte della domanda o dell'offerta. Il controllo degli abusi tuttavia non dovrebbe avere come scopo la protezione di quelle imprese che si lasciano danneggiare da imprese che dominano il mercato.

Ai sensi del disegno di legge, il prezzo ingiusto e le altre condizioni commerciali devono essere stati «imposti». Per esempio, nel caso in cui un'impresa che dispone di una notevole potenza d'acquisto ricorre a metodi di pressione o minaccia di farvi ricorso, per imporre un prezzo preferenziale o qualsiasi altra condizione commerciale a lei favorevole.

La vendita sotto prezzo nei confronti di determinati concorrenti o altre condizioni commerciali (art. 7 cpv. 2 lett. d disegno LCart)

La disposizione concerne una forma classica di comportamento che consiste ad escludere dal mercato un concorrente, con mezzi che non hanno niente a che vedere con le prestazioni. Quando un'impresa dominante effettua sistematicamente vendite a minor prezzo di quelle di un concorrente più debole, senza che questa pratica le permetta di massimizzare gli utili a breve termine, è ammissibile ritenere che tale impresa cerchi di escludere il concorrente dal mercato. Quando quest'ultimo abbandona, l'impresa dominante può aumentare i prezzi al di sopra del livello iniziale e compensare in tal modo la perdita subita. Questo comportamento danneggia sia il concorrente escluso sia i consumatori, i quali alla fine avranno minori possibilità di scelta e dovranno pagare un prezzo superiore.

Per provare l'esistenza di simile strategia (a differenza delle vendite sotto prezzo come sforzo concorrenziale) occorre effettuare una valutazione complessiva delle circostanze relative al caso specifico. Quando un'impresa domi-

nante offre, per un certo periodo, ai clienti di alcuni concorrenti i propri prodotti a prezzi obiettivamente ingiustificabili, è indubbio che cerchi di appropriarseli. La strategia è evidente se, durante lo stesso periodo, l'impresa dominante mantiene i suoi prezzi a livelli ben più elevati per la clientela abituale. Non è indispensabile che le vendite sotto prezzo siano inferiori al prezzo di costo.

Prezzi d'acquisto eccessivamente elevati sono anch'essi un modo per escludere concorrenti dal mercato. In caso di scarsità di materie prime, un'impresa dominante può praticare questo genere di politica dei prezzi per assicurarsi notevoli quantitativi di un determinato prodotto. I concorrenti non hanno più fonti d'approvvigionamento ed i prezzi salgono.

La limitazione della produzione, della vendita o dello sviluppo tecnico (art. 7 cpv. 2 lett. e disegno LCart)

La limitazione deve essere «artificiale» per essere considerata abusiva. L'impresa dominante può essa stessa prendere provvedimenti limitativi oppure obbligare altre imprese ad adottare simili misure. La limitazione è artificiale quando non deriva dall'evoluzione del mercato ma dall'impresa dominante, che cerca di far salire i prezzi o mantenerli ad un livello elevato. La limitazione può vertere sui prodotti, sulle quantità, sulle zone di vendita o sugli acquirenti.

Si può considerare parimenti che un'impresa dominante limiti abusivamente le proprie vendite, quando per esempio essa non vende componenti di un apparecchio che produce, per impedire l'accesso al mercato ad altri produttori, i quali vendono pezzi compatibili con le suddette componenti. Lo scopo di questa operazione è di conservare o rinforzare la propria posizione dominante. La limitazione dello sviluppo tecnico da parte dell'impresa dominante è raramente dimostrabile. Il controllo degli abusi inoltre non deve servire a rendere lo sviluppo tecnico obbligatorio per le imprese dominanti.

Le imprese dominanti che limitano abusivamente lo sviluppo tecnico di altre imprese, soprattutto attraverso i diritti immateriali, sono relativamente frequenti. Se l'impresa dominante ottiene o semplicemente mantiene dei brevetti, può essere considerato abusivo se si tratta di un mezzo per bloccare il progresso tecnico di altre imprese (brevetto di blocco). Sono anche abusivi i contratti volti a costituire pacchetti di brevetti (pool di brevetti) o gli accordi di licenza incrociati (accordi cross-licensing), allorché intendono unicamente creare delle barriere all'accesso del mercato oppure ostacolare l'azione dei concorrenti. Una limitazione abusiva all'innovazione può non avere nessun legame diretto con un diritto di proprietà intellettuale: in particolare, per esempio, se un produttore di beni molto specializzati rifiuta di fornire dati tecnici, per impedire ad altre imprese di mettere a punto dei prodotti destinati a completare questi beni.

La subordinazione della conclusione di contratti all'assunzione o alla fornitura di ulteriori prestazioni da parte del partner (art. 7 cpv. 2 lett. f disegno LCart)

La disposizione deve permettere di impedire che un'impresa potente danneggi oppure ostacoli un'altra impresa, collegando la conclusione di un affare all'as-

sunzione o alla fornitura di prestazioni supplementari, le quali non hanno nessun rapporto ragionevole con la transazione di base. L'analisi del caso specifico deve chiarire se la prestazione supplementare ha un rapporto obiettivo con la transazione di base.

Un abuso di questo tipo può esistere sia da parte della domanda che dell'offerta. Il richiedente della prestazione non può essere obbligato ad accettare prodotti o servizi ai quali non è interessato, perché non gli occorrono oppure perché può acquistarli altrove ad un prezzo inferiore. L'impresa non deve essere inoltre obbligata dall'impresa dominante ad accettare prestazioni che non sono in relazione (oppure lo sono soltanto lontanamente) con la prestazione di base.

Tra le giustificazioni addotte per tali operazioni, sono soprattutto ammessi nella prassi motivi vincolanti di ordine tecnico o economico, alcune esigenze qualitative o questioni di sicurezza: su quest'ultimo punto, può essere perciò giustificato che un fornitore colleghi la vendita di apparecchi all'obbligo di affidargli la manutenzione, se questa comporta dei rischi. È vero inoltre che l'uso commerciale può favorire il marketing comune delle prestazioni in questione, ma non può costituire l'unica motivazione dell'impresa dominante.

233 Autorizzazione eccezionale per motivi preponderanti di interesse pubblico (art. 8 disegno LCart)

La disposizione prevede un'eccezione la quale, in considerazione dello scopo della legge (promozione e mantenimento della concorrenza efficace), dovrebbe essere applicata soltanto raramente. L'autorizzazione eccezionale si limita al caso in cui interessi pubblici preponderanti giustificano una limitazione alla concorrenza che sopprime la concorrenza efficace (oppure è in grado di farlo, giusta l'art. 5 cpv. 2 lett. b disegno LCart), mentre questa limitazione non potrebbe essere autorizzata per motivi d'efficienza economica. Vi è inoltre anche il caso d'applicazione, piuttosto teorico, di una notevole limitazione alla concorrenza che aumenta in maniera insufficiente l'efficienza economica per essere autorizzata dalle autorità di concorrenza.

Nella procedura dinanzi al Consiglio federale, si tratta dunque soprattutto di esaminare accordi in materia di concorrenza che sopprimono o sono atti a sopprimere la concorrenza efficace e che pertanto hanno un notevole potenziale di nocività. Questa valutazione, essenzialmente negativa in partenza, impone l'adempimento di alcune condizioni severe (interesse pubblico preponderante) affinché il Consiglio federale, come autorità politica suprema, rilasci un'autorizzazione eccezionale, ai sensi dell'articolo 8 disegno LCart.

Per giustificare un'autorizzazione non è sufficiente invocare un interesse pubblico qualunque: l'interesse pubblico presentato deve prevalere, dal profilo della concorrenza, sui notevoli inconvenienti dell'accordo o della pratica. La giustificazione invocata deve occupare un posto di rilievo nella scala di valori degli interessi pubblici. Ne costituisce un'esempio, l'autorizzazione concessa in numerosi Paesi, per motivi di politica culturale, al controllo dei prezzi di vendita al consumatore imposto sui libri. Per giustificare un'accordo in materia di

concorrenza si esige inoltre di norma che esso sia un mezzo *necessario*, e non soltanto utile, per garantire l'interesse pubblico invocato; l'idoneità del mezzo non è sufficiente per l'imperativo di necessità.

Le decisioni prese in virtù dell'articolo 8 disegno LCart, oltre al carattere d'eccezione, hanno anche una portata politica particolare. Unicamente il Consiglio federale, nella veste di autorità politica suprema, ha sufficiente legittimità per decidere di giustificare o meno – questione estremamente delicata – una limitazione alla concorrenza, di per sé illecita. La competenza del Consiglio federale offre la garanzia che la decisione tiene conto di tutti gli aspetti pertinenti in materia.

Il Consiglio federale può vincolare la decisione a condizioni e oneri (art. 31 disegno LCart). L'autorizzazione eccezionale è comunque di durata limitata, per poter essere ulteriormente riesaminata e per sapere se si giustifica ancora rispetto alle condizioni del momento.

234 Concentrazioni d'impres

234.1 Obbligo dell'autorizzazione (art. 9 disegno LCart)

L'unico obiettivo del controllo delle concentrazioni d'impres è di prevenire la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante: non concerne pertanto tutte le fusioni. Il controllo riguarda solamente quelle concentrazioni d'impres che adempiono a criteri qualitativi ben precisi. L'obbligo dell'autorizzazione interviene essenzialmente quando la cifra d'affari realizzata dalle impres partecipanti raggiunge un certo limite (un totale di 2 miliardi di franchi oppure 500 milioni di franchi in Svizzera), il criterio determinante per le assicurazioni è il totale annuale lordo dei premi e, per le banche, il 10 per cento della somma di bilancio. Il criterio della cifra d'affari e la somma di bilancio sono dei valori limite e non danno nessuna indicazione sulla nocività delle concentrazioni. Sono soltanto utili per determinare quali concentrazioni sono sottoposte all'obbligo dell'autorizzazione.

Criteri relativi all'obbligo dell'autorizzazione

L'obbligo di autorizzazione riguarda solamente le impres che, in base alla loro cifra d'affari, sono in grado di influenzare sensibilmente la concorrenza. Giusta il disegno di legge, vengono considerate tali le impres che adempiono a due criteri. L'obbligo d'autorizzazione si applica innanzitutto alle impres che hanno realizzato, a livello mondiale, una cifra d'affari di almeno 2 miliardi di franchi durante l'ultimo esercizio. Trattasi di impres che per la loro potenza finanziaria sono in grado di acquisire una posizione dominante. Il secondo criterio invece è pertinente alla Svizzera. In considerazione della notevole apertura internazionale dell'economia svizzera, il controllo delle fusioni deve vertere non tanto su concentrazioni aventi effetti a livello internazionale, quanto su quelle che hanno un impatto soprattutto sul mercato interno svizzero. Grazie al secondo criterio – cifra d'affari di 500 milioni di franchi – il controllo colpisce tutte le operazioni di concentrazione capaci di provocare notevoli ripercussioni sul mercato svizzero.

Giusta l'articolo 9 capoverso 1 lettera b disegno LCart, l'obbligo di autorizzazione interviene soltanto quando almeno due delle imprese partecipanti realizzano in Svizzera una cifra d'affari di almeno 100 milioni di franchi ognuna. Questo criterio aggiuntivo si applica in particolare al caso in cui un'impresa (multinazionale) svizzera rileva un'impresa straniera, la quale non esercita nessuna attività in Svizzera oppure esercita soltanto un'attività limitata (inferiore a 100 milioni di franchi di cifra d'affari); si tratta dunque di un'operazione di concentrazione che prevedibilmente non avrà notevoli ripercussioni sul mercato svizzero. Le imprese possono ovviamente anche in altri casi invocare l'eccezione prevista da questa disposizione. Nell'ambito delle concentrazioni specificamente svizzere, questo criterio assume anche il valore di clausola per i casi di minore importanza.

I valori limite oltre ai quali interviene l'obbligo di autorizzazione sono molto generosi. L'ordine di grandezza è infatti paragonabile ai valori della Francia e della Germania, Paesi di tutt'altra importanza economica, mentre Paesi economicamente paragonabili alla Svizzera, come il Canada, la Svezia o il Belgio, hanno valori limite ben inferiori. Il controllo delle concentrazioni, secondo le disposizioni proposte, dovrebbe concernere un numero relativamente ristretto di casi. È difficile fare previsioni, alcuni dati possono tuttavia essere un utile punto di riferimento. Nel 1993, circa 40 imprese con sede in Svizzera hanno realizzato, a livello mondiale, una cifra d'affari superiore a 2 miliardi di franchi. Durante lo stesso anno, circa 60 imprese che non hanno raggiunto il limite dei 2 miliardi hanno realizzato in Svizzera una cifra d'affari di almeno 500 milioni di franchi. Sempre nel 1993, 4 istituti bancari avevano a bilancio una somma superiore a 20 miliardi di franchi, mentre 12 altri (escluse le banche cantonali) raggiungevano la somma di 5 miliardi di franchi. Tra le compagnie di assicurazioni, 7 società o gruppi hanno incassato quello stesso anno almeno 2 miliardi di franchi di premi lordi, mentre altri 10 gruppi hanno registrato in Svizzera premi lordi per un importo di almeno 500 milioni di franchi¹³⁰.

Il numero di concentrazioni da controllare dipenderà ampiamente dalla propensione di fusione delle imprese. Dalla metà degli anni ottanta, ossia da quando vi è stata una ripresa delle attività di concentrazione, la Commissione dei cartelli ha compilato una lista delle più importanti e note concentrazioni, alle quali hanno partecipato imprese svizzere. Tra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta, sono avvenute circa 300 concentrazioni ogni anno e dal 1992, sono calate a circa 200. Se a quell'epoca, la Svizzera avesse potuto disporre del sistema qui proposto, circa ogni anno dieci o quindici di queste concentrazioni sarebbero state soggette all'obbligo di autorizzazione. La maggior parte di queste concentrazioni poi, dopo i termini di un mese ed in base ad un semplice «esame preliminare», non avrebbe sollevato obiezioni, essendo per lo più avvenute su mercati aperti alla concorrenza internazionale.

Conformemente all'articolo 9 capoverso 3 disegno LCart, l'obbligo di autorizzazione si applica a tutti i casi, vale a dire indipendentemente dai valori limite, giusta i capoversi 1 e 2, quando un'impresa in posizione dominante partecipa alla concentrazione. La disposizione del capoverso 3 si applica unicamente

¹³⁰ Cfr. SHZ, «Top 2000 - Die grössten Unternehmen in der Schweiz 1994».

quando l'autorità in materia di concorrenza ha constatato - durante una procedura d'inchiesta precedente, in virtù dell'articolo 7 disegno LCart, oppure nel corso della procedura d'esame di una concentrazione d'impresa, ai sensi dell'articolo 10 disegno LCart - la posizione dominante ed ha preso in merito una decisione cresciuta in giudicato. La concentrazione deve inoltre concernere il mercato considerato nella decisione constatante la posizione dominante, o un mercato prossimo oppure un mercato a monte o a valle. Pertanto le concentrazioni verticali o quelle aventi come obiettivo un conglomerato al quale partecipa un'impresa dominante non sfuggono alla regola (prossimità dei mercati).

Poiché, a differenza dell'avamprogetto, il progetto di revisione non prevede nessun criterio sussidiario relativo alle quote di mercato¹³¹⁾, l'esigenza di una constatazione formale della posizione dominante offre la possibilità di opporsi alla soppressione della concorrenza efficace derivante da concentrazioni sui mercati regionali o su mercati di modeste dimensioni caratterizzati da un elevato grado di concentrazione¹³²⁾. La presente disposizione permette inoltre alle autorità di concorrenza di intervenire contro le imprese che sono già in una posizione dominante e che tentano di sopprimere la concorrenza efficace tramite acquisizioni di imprese di piccole dimensioni, sfruttando la clausola concernente i casi di minore importanza dell'articolo 9 capoverso 1 lettera b disegno LCart.

Aspetti relativi ai conflitti di legge

L'articolo 9 capoverso 4 disegno LCart prevede la rinuncia al controllo della concentrazione, qualora l'esecuzione di una decisione presa ai sensi della legge sia praticamente impossibile. Il disegno di legge definisce il campo d'applicazione internazionale in funzione del principio dell'effetto provocato. La legge è pertanto applicabile ai fatti che svolgono i loro effetti in Svizzera, anche se i fatti si sono verificati all'estero¹³³⁾. La norma speciale sui conflitti di legge dell'articolo 9 capoverso 4 disegno LCart applicabile al controllo delle concentrazioni, limita in un certo qual senso l'applicazione del principio dell'effetto provocato. L'applicazione del diritto della concorrenza svizzero, in materia di concentrazioni, è limitata nel caso in cui nessuna delle imprese partecipanti è sottoposta alla giurisdizione svizzera e allorquando nessuna parte patrimoniale si trova in Svizzera. Il principio di territorialità e il principio da esso derivante dell'effetto provocato autorizzerebbero di fatto l'applicazione delle norme svizzere a delle fattispecie i cui effetti sono rilevanti per la Svizzera. L'applicazione del diritto svizzero della concorrenza non è davvero giustificata se l'applicazione delle decisioni si urterebbe chiaramente con la realtà o sarebbe soltanto possibile a costo di difficoltà sproporzionate. In virtù del capoverso 4 pertanto, una concentrazione non è sottoposta all'obbligo di autorizzazione se tutte le imprese partecipanti hanno la loro sede all'estero e non sono vincolate alla Svizzera attraverso una filiale attiva sui medesimi mercati o su mercati che le sono prossimi.

¹³¹⁾ Giusta l'art. 39 cpv. 4 AP erano sottoposte all'obbligo di autorizzazione le imprese partecipanti ad una concentrazione, aventi una quota di mercato del 30 per cento.

¹³²⁾ In riferimento soprattutto ai mercati nei quali la concorrenza è limitata per motivi istituzionali.

¹³³⁾ Cfr. formulazione del principio all'art. 2 cpv. 2 disegno LCart.

In caso di non adempimento delle condizioni di applicazione dell'articolo 9 capoverso 4 disegno LCart e nel caso in cui la concentrazione svolge i suoi effetti soprattutto, ma non esclusivamente, all'estero, l'autorità svizzera di concorrenza è autorizzata ad esaminare le conseguenze della concentrazione sul mercato svizzero, conformemente al principio dell'effetto provocato¹³⁴⁾ e ad ordinare le misure che si impongono, se è possibile prevedere che la suddetta concentrazione provochi la soppressione della concorrenza efficace. È utile tuttavia ricordare che la concentrazione è sottoposta all'obbligo di autorizzazione, soltanto se almeno due imprese partecipanti hanno realizzato in Svizzera una cifra d'affari di almeno 100 milioni di franchi ognuna durante l'esercizio precedente alla concentrazione¹³⁵⁾.

Adattamenti e criteri particolari

I valori limite dell'obbligo di autorizzazione sono stati fissati in valori assoluti di cifra d'affari (o somma di bilancio), al fine di garantire una regolamentazione chiara ed univoca¹³⁶⁾. La situazione monetaria e l'ambito economico possono evolvere al punto da esigere un adattamento degli importi. Il disegno di legge prevede di affidare tale competenza, vista l'importanza di tale decisione, all'Assemblea federale, che procede per il tramite di decreti federali di portata generale¹³⁷⁾.

L'andamento economico generale può portare, dal profilo delle concentrazioni, ad una situazione particolarmente critica in alcuni settori. Questo può richiedere l'adozione di norme specifiche (per la stampa e il settore cinematografico, p. es.¹³⁸⁾) ai sensi dell'articolo 9 capoverso 5 lettera b disegno LCart. Queste decisioni, per loro natura politica e per l'esigenza di un'azione rapida, dovrebbero assumere la forma di decreti federali di portata generale non sottoposti a referendum¹³⁹⁾.

234.2 Autorizzazione (art. 10 disegno LCart)

Conformemente all'articolo 10 capoverso 1 lettera a disegno LCart, la Commissione della concorrenza rilascia l'autorizzazione di una concentrazione d'impresе, sottoposte all'obbligo di autorizzazione, se la concentrazione non crea o rafforza una posizione dominante che sopprime la concorrenza efficace. Contrariamente all'articolo 7 disegno LCart (pratiche illecite delle imprese che dominano il mercato), l'articolo 10 disegno LCart precisa la nozione di impresa dominante. La creazione o il rafforzamento della posizione non costituisce un motivo sufficiente per rifiutare l'autorizzazione: occorre altresì che la concentrazione sopprima la concorrenza efficace. Questa formulazione esige di adot-

¹³⁴⁾ Cfr. art. 2 cpv. 2 disegno LCart.

¹³⁵⁾ Art. 9 cpv. 1 lett. b disegno LCart.

¹³⁶⁾ Art. 9 cpv. 1 e 2 disegno LCart.

¹³⁷⁾ Art. 9 cpv. 5 lett. a disegno LCart.

¹³⁸⁾ Per il settore cinematografico esiste un controllo speciale delle fusioni in virtù dell'ordinanza del 24 giugno (RS 443.11). Quanto alla revisione della legge federale del 28 settembre 1962 sul cinema (RS 443.1), il controllo delle fusioni eventualmente, ancora necessario potrebbe essere sostituito da quello previsto all'art. 9 cpv. 5 disegno LCart.

¹³⁹⁾ Art. 9 cpv. 5 lett. b disegno LCart.

tare un *profilo dinamico* - dal punto di vista statico infatti, dominare il mercato implica sopprimere la concorrenza efficace. Diversamente dallo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, la situazione concorrenziale di una concentrazione al momento della valutazione, non è di per sé determinante. Considerando che il controllo delle fusioni porta a decisioni definitive su concentrazioni concretamente previste, l'autorità di concorrenza deve pertanto anche tener conto dell'evoluzione prevedibile del mercato negli anni successivi alla decisione.

Occorre parimenti sottolineare che la soppressione della concorrenza efficace rappresenta un criterio d'intervento abbastanza moderato. In confronto, nel diritto dell'UE ed in numerose legislazioni nazionali, è già sufficiente una limitazione significativa alla concorrenza efficace per vietare una concentrazione. Il criterio proposto nel disegno di legge traduce la volontà di vietare le *concentrazioni solamente* nei casi di concentrazione estremamente elevata sul mercato considerato. È molto probabile che la soppressione della concorrenza efficace verrà raramente presa in considerazione: presuppone infatti l'esistenza di barriere commerciali molto elevate, in grado di proteggere da nuovi concorrenti l'impresa risultante dalla concentrazione. L'autorizzazione alla concentrazione verrà invece probabilmente negata a quelle concentrazioni che operano su un mercato svizzero che, a causa delle specifiche regolamentazioni del mercato pubblico o privato, si trova isolato da quello mondiale oppure anche a quelle concentrazioni che operano su un mercato il quale ha assunto una forma indipendente per tutt'altra ragione, in particolare a causa delle preferenze dei clienti. Sui mercati a struttura internazionale, è improbabile invece che si crei una posizione dominante capace di provocare la soppressione della concorrenza efficace; i concorrenti stranieri infatti baderanno a mantenere un certo grado di concorrenza efficace.

Dalla proposta emerge che il controllo delle fusioni concerne soltanto un numero limitato di concentrazioni. Questa ipotesi è confermata dalle esperienze fatte all'estero. Persino in virtù del controllo delle fusioni dell'*Unione Europea*, il quale riguarda soltanto concentrazioni molto importanti (dal fatturato totale superiore a 5 miliardi di ECU) ed interviene quando vi è una limitazione significativa alla concorrenza efficace e non soltanto in caso di soppressione della concorrenza, rare sono le concentrazioni vietate. Alcuni dati: dal settembre 1990, data dell'entrata in vigore del regolamento europeo relativo al controllo delle fusioni, fino al 15 settembre 1994, 264 concentrazioni sono state presentate all'autorità competente, la Commissione europea, per una richiesta di autorizzazione. Solamente 16 casi sono stati analizzati dettagliatamente ed una sola concentrazione è stata vietata. In dieci casi l'autorizzazione era vincolata ad oneri (smantellamento parziale, p. es.). In *Germania*, su 1100 concentrazioni annunciate per il controllo preventivo, tra la metà del 1993 e la metà del 1994, quattro sono state vietate, mentre in otto altri casi l'annuncio in vista di autorizzazione è stato ritirato o la concentrazione prevista è stata abbandonata dopo che le autorità di concorrenza avevano espresso dubbi riguardo alle imprese partecipanti.

Quando una concentrazione concerne, come spesso accade, produzioni diverse (questo genere di conglomerati serve ad estendere il campo d'attività su più

mercati), occorre analizzare gli effetti separatamente per ogni mercato. Può tuttavia essere a volte necessario considerare gli effetti dal profilo globale e paragonare gli effetti positivi e quelli negativi su mercati diversi secondo determinati criteri. L'articolo 10 capoverso 1 lettera b disegno LCart riflette quest'ottica e istituisce un criterio globale di valutazione. La concentrazione può essere autorizzata, nonostante la soppressione della concorrenza efficace provocata su un determinato mercato, qualora la stessa contribuisca a rafforzare la concorrenza in un altro mercato. Questo tipo di valutazione differenziata interviene in particolare, allorchando una posizione dominante viene creata su un mercato in declino e, simultaneamente, la concorrenza si rafforza su un mercato promettente.

I valori limite molto elevati dell'articolo 9 disegno LCart, sottoporranno verosimilmente all'obbligo di autorizzazione concentrazioni di dimensioni internazionali. L'articolo 10 capoverso 2 disegno LCart vuole garantire una considerazione sufficiente di questo aspetto (al momento della delimitazione geografica del mercato, p. es.), visto che inoltre, proprio a differenza dai cartelli, le fusioni avvengono generalmente su mercati dinamici, caratterizzati dalla concorrenza internazionale. A proposito, occorre notare che il mantenimento della competitività internazionale impone una certa dimensione alle imprese, dimensione che sul piano svizzero può già rappresentare un livello critico di concentrazione.

Giusta l'articolo 10 capoverso 3 disegno LCart, l'autorità di concorrenza può vincolare il rilascio dell'autorizzazione di concentrazione ad esigenze ed oneri. Conformemente al principio di proporzionalità, l'accento non deve essere posto sul divieto di concentrazione. Nell'ambito di un'applicazione flessibile della legge, le esigenze e gli oneri permettono di evitare decisioni troppo interventiste da parte delle autorità di concorrenza. Non occorrerà pertanto vietare le concentrazioni, per garantire il mantenimento della concorrenza efficace, tranne nei casi in cui è stata chiaramente soppressa.

234.3 Autorizzazione eccezionale per motivi preponderanti di interesse pubblico (art. 11 disegno LCart)

Nella procedura dinanzi alla Commissione della concorrenza, a livello dei criteri di valutazione intervengono solamente gli aspetti relativi al diritto di concorrenza, come lo indica la regola materiale del disegno di legge, relativa alla creazione e al rafforzamento di una posizione dominante che sopprimere la concorrenza efficace¹⁴⁰⁾. Per le concentrazioni d'impresa, i criteri extraconcorrenziali possono essere invocati soltanto nell'ambito della procedura di autorizzazione eccezionale del Consiglio federale, in virtù dell'articolo 11 disegno LCart. I criteri di valutazione applicati al controllo delle concentrazioni di imprese da parte del Consiglio federale sono i medesimi di quelli applicati agli accordi in materia di concorrenza e alle altre limitazioni alla concorrenza¹⁴¹⁾.

¹⁴⁰⁾ Art. 10 cpv. 1 disegno LCart.

¹⁴¹⁾ Cfr. commenti del n. 233: Autorizzazione eccezionale per motivi preponderanti di interesse pubblico.

24 Disposizioni di procedura civile

Il disegno di legge non intende soltanto concretizzare le disposizioni di diritto materiale¹⁴²⁾, bensì anche dare un nuovo orientamento alle disposizioni di diritto civile in materia di cartelli. Come già evocato nella parte generale, il diritto civile cartellistico non ha, nella pratica giurisprudenziale attuale, potuto occupare il posto che gli spettava in virtù della volontà del legislatore e dunque anche in virtù delle disposizioni di diritto civile della legge attuale¹⁴³⁾. Grazie all'elaborazione di regole di comportamento concrete per le imprese ed il rafforzamento istituzionale delle autorità in materia di concorrenza (in particolare, la disposizione relativa ad una competenza decisionale), non sussiste più nessun motivo per emanare regole materiali diverse per il diritto cartellistico privato ed il diritto cartellistico amministrativo. Per valutare in modo del tutto coerente le limitazioni alla concorrenza, dal profilo del diritto di concorrenza, s'impone persino che la questione della liceità di una limitazione alla concorrenza, in virtù dell'articolo 5 e segg. disegno LCart, non sia decisa da un giudice civile ma da un'autorità in materia di concorrenza, anche quando avviene nell'ambito di una procedura civile.

Per le ragioni qui citate, il disegno di LCart contiene in questa parte essenzialmente disposizioni procedurali. Queste disposizioni si limitano tra l'altro a disciplinare le pretese di natura privata che le aziende intendono far valere in virtù di una limitazione illecita alla concorrenza¹⁴⁴⁾, o del *carattere esagerato dell'impedimento risultante dall'attuazione di una limitazione lecita alla concorrenza*. La decisione in merito alla liceità o illiceità di una limitazione alla concorrenza - qualora la questione fosse litigiosa¹⁴⁵⁾ e debba essere risolta per poter statuire delle pretese delle parti¹⁴⁶⁾ - compete all'autorità in materia di concorrenza e non al giudice civile. Giusta l'articolo 15 disegno LCart, il giudice deve sospendere la procedura e trasmettere la questione di liceità o illiceità della limitazione alla concorrenza alla competente autorità in materia di concorrenza.

241 Azioni per limitazioni alla concorrenza (art. 12 disegno LCart)

L'articolo 12 disegno LCart descrive le pretese di diritto civile che la parte lesa dalla limitazione alla concorrenza può far valere. Le azioni citate al primo capoverso di suddetta disposizione corrispondono essenzialmente a quelle dell'articolo 8 LCart.

Il disegno di legge non cita l'azione di accertamento dell'illiceità che figura all'articolo 8 capoverso 1 lettera a LCart, ma introduce l'azione di consegna del guadagno illecito giusta le disposizioni della gestione d'affari senza mandato¹⁴⁷⁾.

¹⁴²⁾ Cfr. art. 5-11 disegno LCart.

¹⁴³⁾ Cfr. a proposito n. 112.1.

¹⁴⁴⁾ Cfr. art. 12 cpv. 1 disegno LCart.

¹⁴⁵⁾ La questione non può essere litigiosa tra le parti, nel caso in cui le pretese non si fondano sull'illiceità ma sul carattere esagerato dell'impedimento risultante dalla limitazione lecita alla concorrenza.

¹⁴⁶⁾ Non è necessario rispondere a questa domanda se, per esempio, le pretese si possono comunque fondare sul carattere esagerato dell'impedimento risultante dalla limitazione alla concorrenza.

¹⁴⁷⁾ Cfr. art. 12 cpv. 1 lett. c disegno LCart.

L'azione di accertamento dell'illiceità¹⁴⁸⁾, espressamente menzionata nella LCart, non assume lo stesso significato nella concezione elaborata nel disegno di legge, poiché nel disegno LCart si manifesta nelle disposizioni di diritto materiale relative all'illiceità della limitazione alla concorrenza¹⁴⁹⁾. Sempre giusta questa concezione, soltanto le autorità in materia di concorrenza¹⁵⁰⁾ sono competenti per valutare del carattere lecito o illecito di una limitazione alla concorrenza. Pertanto non spetta più al giudice civile constatare l'illiceità.

Le azioni civili possono essere fondate o su un impedimento causato da una limitazione illecita oppure da una limitazione lecita¹⁵¹⁾; quest'ultimo caso si manifesta quando i partecipanti ad una limitazione alla concorrenza fanno subire a terzi un impedimento più grave di quello che esige l'attuazione della limitazione stessa.

Gli esempi dati al capoverso 2 dell'articolo 12 consentono di precisare che cosa si intende per limitazione alla concorrenza. I due esempi costituiscono due tipiche pratiche d'impedimento. In realtà, ve ne sono altre che parimenti giustificano un'azione civile, giusta l'articolo 12 disegno LCart.

L'azione di soppressione della limitazione deriva da una limitazione già esistente, mentre l'azione di cessazione è diretta contro la minaccia (possibilità) di una limitazione. Le pretese di riparazione del danno e del torto morale presuppongono l'esistenza degli elementi costitutivi dell'atto illecito in generale¹⁵²⁾ e l'adempimento delle condizioni di riparazione morale¹⁵³⁾, giusta le disposizioni del Codice delle obbligazioni.

La pretesa della consegna del guadagno illecito, giusta le disposizioni della gestione d'affari senza mandato, non è espressamente citata nella legge attuale. In virtù dell'articolo 44 capoverso 1 LCart in cui figura la riserva del diritto delle obbligazioni, le disposizioni della gestione d'affari senza mandato possono pertanto già essere all'origine di una pretesa di consegna del guadagno illecito in forza di una limitazione alla concorrenza¹⁵⁴⁾. La citazione esplicita del disegno di legge si rifà alla formulazione delle medesime pretese nel diritto della personalità¹⁵⁵⁾ e nella LCSl¹⁵⁶⁾. Dal profilo materiale, la pretesa di consegna del guadagno può essere fondata, giusta l'articolo 12 capoverso 1 lettera c disegno LCart, se i partecipanti alla limitazione alla concorrenza realizzano, grazie al loro comportamento illecito, un guadagno che l'attore non avrebbe

¹⁴⁸⁾ Cfr. art. 8 cpv. 1 lett. a LCart.

¹⁴⁹⁾ Cfr. art. 5-11 disegno LCart.

¹⁵⁰⁾ Giusta l'art. 15 disegno LCart, il giudice civile deve sospendere la procedura e trasmettere l'affare alla competente autorità in materia di concorrenza per statuire della liceità di una limitazione alla concorrenza.

¹⁵¹⁾ Cfr. art. 12 cpv. 1 disegno LCart.

¹⁵²⁾ Cfr. art. 41 e segg. della legge federale di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni), del 30 marzo 1911 (Codice delle obbligazioni (CO), RS 220).

¹⁵³⁾ Cfr. art. 49 CO.

¹⁵⁴⁾ Cfr. *Schlupe*, in: Schürmann/Schlupe, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zurigo 1988, p. 494 e segg.

¹⁵⁵⁾ Cfr. art. 28a cpv. 3 del Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (Codice civile [CC], RS 210).

¹⁵⁶⁾ Cfr. art. 9 cpv. 3 LCSl.

potuto realizzare, o solamente in minor misura¹⁵⁷⁾. L'attore può esigere la consegna, giusta l'articolo 423 capoverso 1 CO, se i guadagni derivano da una limitazione illecita.

Il terzo capoverso dell'articolo 12 disegno LCart dispone un'estensione dell'ambito delle azioni civili, per dare gli stessi mezzi di diritto civile alla persona lesa da una limitazione *lecita* alla concorrenza ed obbligare così anche i partecipanti a un accordo lecito alla concorrenza di limitare allo stretto necessario l'attuazione dello stesso. Dato che è impossibile definire con un criterio generale quanto sia necessario per l'attuazione di una limitazione alla concorrenza, è necessario, nell'ambito della procedura civile, basarsi sulle circostanze concrete di ogni caso particolare.

242 Esercizio delle azioni di soppressione e di cessazione (art. 13 disegno LCart)

L'articolo 13 disegno LCart descrive, con alcuni esempi, come esercitare le azioni dell'articolo 12 disegno LCart. L'articolo contiene delle disposizioni che il giudice può emanare e che figurano già, accanto ad altri esempi, all'articolo 9 LCart. La riformulazione del disegno di legge ha lo scopo di limitare all'essenziale e di lasciare all'immaginazione delle parti la possibilità di proporre pretese, in virtù del principio dell'autonomia delle parti nell'ambito della procedura civile. L'elenco dell'articolo 13 disegno LCart non è pertanto esauriente.

243 Foro (art. 14 disegno LCart)

Come nella legge vigente¹⁵⁸⁾, la disposizione dell'articolo 14 disegno LCart prescrive ai Cantoni di designare un'istanza unica competente a decidere sulle azioni per limitazioni alla concorrenza ed altre azioni civili connesse. La designazione di un'istanza cantonale unica deve contribuire al fatto che le decisioni siano prese da giudici competenti in questa materia assai complessa.

All'articolo 11 LCart figura una deroga al valore litigioso limite affinché il ricorso al Tribunale federale sia ricevibile (art. 46 OG¹⁵⁹⁾). Il disegno di legge rinuncia a questa deroga. Il valore litigioso deve pertanto essere di almeno 8000 franchi per i ricorsi al Tribunale federale nella procedura civile relativa ai cartelli. Nessuna azione relativa al diritto della concorrenza può in pratica essere intentata dinanzi ai tribunali civili, se il valore litigioso è inferiore al valore limite.

Il secondo capoverso dell'articolo 14 del disegno LCart disciplina la questione del foro per il territorio svizzero. Se la causa implica limitazioni internazionali alla concorrenza, il foro competente non è determinato da queste disposizioni, ma dalle norme pertinenti della legge federale sul diritto internazionale priva-

¹⁵⁷⁾ Cfr. formulazione di *Schluemp*, in: Schürmann/Schluemp, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zurigo 1988, p. 494 e segg.

¹⁵⁸⁾ Cfr. art. 10 LCart.

¹⁵⁹⁾ Legge federale sull'organizzazione giudiziaria (OG, RS 173.110).

to¹⁶⁰). Dal profilo materiale, le disposizioni relative al foro corrispondono nel disegno di legge a quelle della LCart¹⁶¹, poiché le modifiche sono soltanto di tipo redazionale e derivano soprattutto dalle innovazioni terminologiche del disegno di legge¹⁶².

244 Valutazione della liceità di una limitazione alla concorrenza (art. 15 disegno LCart)

L'articolo 15 disegno LCart contiene uno dei punti chiave della revisione della parte di diritto civile della LCart. In quest'ultima, la valutazione di diritto civile della liceità di una limitazione alla concorrenza spetta al giudice civile, giusta i criteri di diritto privato cartellistico¹⁶³. Vista la creazione di norme materiali uniformi per il diritto civile cartellistico e il diritto amministrativo cartellistico, è auspicabile affidare l'applicazione ad un'unica autorità. Nel disegno di legge quest'esigenza si concretizza nella disposizione secondo la quale autorità amministrative competenti decidono in merito alla liceità di una limitazione alla concorrenza anche nelle liti civili. Dal profilo della tecnica giuridica, la concentrazione del potere decisionale nelle mani delle autorità amministrative è attuata tramite l'obbligo del giudice civile – che figura all'articolo 15 disegno LCart – di sospendere la procedura in caso di contestazione in merito alla liceità di una limitazione alla concorrenza e di trasmettere l'affare per esame alla competente autorità in materia di concorrenza.

Le autorità in materia di concorrenza decidono conformemente alle disposizioni degli articoli 5 e segg. disegno LCart. La segreteria apre un'inchiesta giusta l'articolo 27 disegno LCart, la quale si chiude ai sensi degli articoli 29 e 30 disegno LCart. Soltanto una decisione cresciuta in giudicato della Commissione della concorrenza, delle autorità di ricorso o del Consiglio federale, nel caso di una procedura di autorizzazione eccezionale per motivi preponderanti di interesse pubblico¹⁶⁴, consente il proseguimento della procedura civile. Il giudice civile decide in merito alle pretese civili delle parti, nel pieno rispetto della decisione, per lui obbligatoria, delle autorità in materia di concorrenza.

245 Tutela del segreto d'affari (art. 16 disegno LCart)

Nell'ambito di una procedura civile in materia di concorrenza, si può esigere dalle parti di rivelare, nell'amministrazione delle prove, informazioni confidenziali o dati segreti sulle loro pratiche. La presente disposizione mira, come nella legge vigente, a tutelare il segreto d'affari, sia nei confronti della parte avversa sia nei confronti di terzi che non sono parte in causa¹⁶⁵. Una tutela partico-

¹⁶⁰) Cfr. art. 129 LDIP.

¹⁶¹) Cfr. art. 10 cpv. 2 e 3 LCart.

¹⁶²) La nozione di organizzazione analoga ai cartelli non figura più nel disegno di legge, poiché non è abbastanza differenziata; la nozione di cartello è utilizzata soltanto negli articoli relativi allo scopo e al campo d'applicazione della legge (cfr. spiegazioni sui termini impiegati nel disegno di legge al n. 224: Definizioni).

¹⁶³) Cfr. criteri materiali di valutazione di diritto civile degli art. 6 e 7 LCart.

¹⁶⁴) Cfr. art. 8-11 disegno LCart.

¹⁶⁵) Si fa qui soprattutto riferimento alla pubblicazione sconsiderata di una decisione.

lare di questi segreti s'impone specialmente nel diritto della concorrenza. Ha lo scopo di impedire che aventi diritto potenziali rinuncino a far valere i loro diritti per il timore della pubblicazione di informazioni sensibili riguardanti le loro attività.

246 Misure cautelari (art. 17 disegno LCart)

Giusta il diritto vigente, il giudice può ordinare misure cautelari su richiesta delle parti¹⁶⁶⁾. Le modifiche del disegno di legge sono unicamente di carattere redazionale. La disposizione rinvia alle norme di diritto civile relative alla tutela della personalità¹⁶⁷⁾, qui applicabili per analogia.

25 Procedura di diritto amministrativo

Le carenze della legge in vigore interessano in particolare anche l'aspetto istituzionale del diritto amministrativo dei cartelli. Durante l'elaborazione del disegno di legge è stata perciò prestata una particolare attenzione alle strutture in materia di procedure e di autorità sia per garantire un'efficiente svolgimento procedurale che per rispettare la sistematica della legge, che distingue così l'esame degli aspetti legati fondamentalmente alla concorrenza da quello degli aspetti ad essa estranei.

L'obiettivo di una maggiore efficienza è perseguito nella legge mediante l'attribuzione di una competenza decisionale¹⁶⁸⁾ diretta alle autorità in materia di concorrenza. È previsto inoltre di non più chiedere alla Commissione della concorrenza di decidere in seduta plenaria ma di ripartire tale competenza fra le diverse camere, dotate ognuna di potere decisionale¹⁶⁹⁾. La dimensione ridotta delle camere garantisce procedimenti decisionali rapidi. Premessa a tal proposito è la distinzione sistematica fra l'esame degli aspetti legati alla concorrenza e quello degli aspetti da essa indipendenti. Questo esame in due tappe assicura una valutazione unitaria delle limitazioni alla concorrenza, incrementando anche l'efficienza, così che l'autorità competente potrà di volta in volta fare riferimento a una ben definita serie di criteri d'esame.

251 Commissione della concorrenza (art. 18 disegno LCart)

L'esame delle limitazioni alla concorrenza¹⁷⁰⁾ da un punto di vista della concorrenza è di competenza della Commissione della concorrenza. Il disegno di legge non utilizza più il termine «Commissione dei cartelli», poiché la Commissione della concorrenza non si occupa più solamente di cartelli ma anche di tutti i tipi di restrizione alla concorrenza.

¹⁶⁶⁾ Cfr. art. 13 LCart.

¹⁶⁷⁾ Le condizioni relative alle misure cautelari sono esposte agli art. 28c e segg., CC.

¹⁶⁸⁾ Cfr. art. 18 cpv. 3 disegno LCart

¹⁶⁹⁾ Cfr. art. 18 cpv. 4 disegno LCart

¹⁷⁰⁾ Sulla base degli art. 5-7, 9 e 10 disegno LCart

La scelta dei membri della Commissione della concorrenza e la designazione del direttorio spetta al nostro Consiglio, così come avviene con la legge in vigore per i membri della Commissione dei cartelli. Attendendo a tale incombenza dovrà attenersi all'articolo 18 capoverso 2 disegno LCart. La maggioranza di esperti indipendenti deve assicurare che la composizione della Commissione risponda a criteri di professionalità e di competenza; essa deve poter disporre anche di risorse umane sufficienti per prendere decisioni correttamente motivate in un ambito giuridico così complesso. Il previsto numero di membri, da 11 a 15, dovrebbe garantire alla Commissione della concorrenza la formazione delle camere necessarie allo svolgimento del suo lavoro.

La struttura della Commissione prevista dal disegno di legge suppone che l'autorità affidi la propria attività a tre camere. L'attribuzione delle pratiche alle singole camere sarà disciplinato da un regolamento interno¹⁷¹⁾. Le camere devono essere presiedute da un membro del direttorio che, a sua volta, è costituito da un presidente e da due vicepresidenti.

I numerosi compiti del direttorio non permetteranno più ai suoi membri di espletare la propria funzione a titolo accessorio come è stato il caso finora. Nonostante i miglioramenti apportati, l'applicazione sistematica della legge provocherà un aumento notevole della mole di lavoro. Il presidente non deve soltanto presiedere una camera, bensì organizzare l'attività della Commissione conformemente al regolamento interno e rappresentarla verso l'esterno. I membri del direttorio devono inoltre emanare, in collaborazione con la segreteria, le decisioni di procedura¹⁷²⁾. Questi numerosi compiti giustificano il posto a tempo pieno previsto per il presidente e i posti a metà tempo per i vicepresidenti. Gli altri membri della Commissione della commissione esercitano a titolo accessorio.

La competenza decisionale riconosciuta alla Commissione della concorrenza dall'articolo 18 capoverso 3 disegno LCart è molto importante a livello istituzionale. Essa permette di abbandonare il complicato iter che deve attualmente seguire una raccomandazione¹⁷³⁾ della Commissione dei cartelli: soltanto quando gli interessati non l'accettano, il contenuto assume, su proposta della Commissione dei cartelli, la forma di una decisione del Dipartimento federale dell'economia pubblica¹⁷⁴⁾. Questo potere decisionale accresce indubbiamente l'efficacia dell'autorità competente nell'applicazione del diritto, costringendola al rigore giuridico nell'emanazione delle decisioni di cui è direttamente responsabile.

Questa competenza decisionale fa della Commissione della concorrenza un'autorità di decisione di prima istanza in materia di concorrenza. Le sue decisioni possono essere impugnate davanti alla Commissione di ricorso in materia di concorrenza¹⁷⁵⁾. Contro le decisioni di quest'ultima è ammissibile il ricorso amministrativo al Tribunale federale¹⁷⁶⁾.

¹⁷¹⁾ Cfr. art. 19 seg. disegno LCart

¹⁷²⁾ Cfr. art. 23 cpv. 1 disegno LCart

¹⁷³⁾ Cfr. art. 32 LCart

¹⁷⁴⁾ Cfr. art. 37 LCart

¹⁷⁵⁾ Cfr. art. 44 disegno LCart

¹⁷⁶⁾ Cfr. art. 98 lett. e OG

Conformemente all'articolo 18 capoverso 3 disegno LCart, la Commissione della concorrenza è incaricata inoltre di sottoporre raccomandazioni¹⁷⁷⁾ e preavvisi¹⁷⁸⁾ alle autorità politiche e di fornire pareri su questioni di concorrenza¹⁷⁹⁾.

251.1 Organizzazione (art. 19 disegno LCart)

La Commissione della concorrenza è indipendente dall'amministrazione federale, così come previsto anche dall'attuale legge sui cartelli¹⁸⁰⁾. Questa indipendenza è ulteriormente rafforzata dal potere decisionale diretto previsto nel presente disegno. Dal punto di vista istituzionale la Commissione della commissione è ampiamente assimilabile, contesto permettendo, al modello della Commissione federale delle banche. Caratteristiche di entrambe le Commissioni sono infatti l'indipendenza dei membri, gli incarichi affidati a camere con competenze decisionali, la composizione del direttorio (un presidente e due vicepresidenti) e la presenza di una segreteria incaricata di svolgere autonomamente alcuni compiti.

L'aggregazione della Commissione al Dipartimento federale dell'economia pubblica ha una valenza puramente amministrativa e non comporta alcuna conseguenza sul piano dell'indipendenza decisionale e dell'impostazione del lavoro.

251.2 Regolamento interno (art. 20 disegno LCart)

La Commissione della concorrenza deve emanare un regolamento interno, sottoposto alla nostra approvazione, che disciplini i dettagli organizzativi. Questo regolamento dovrà essenzialmente delimitare le competenze del plenum della Commissione, delle singole camere e del direttorio.

251.3 Decisioni (art. 21 disegno LCart)

L'articolo 21 disegno LCart stabilisce le condizioni di validità delle procedure decisionali seguite dal plenum della Commissione e dalle camere. Per i due gremi vale il principio secondo il quale, a parità di voti, decide il voto del presidente della Commissione o del presidente della camera. Il primo capoverso di questa disposizione precisa che una decisione per essere valida deve essere presa da almeno tre membri della Commissione.

251.4 Ricusa di membri della Commissione (art. 22 disegno LCart)

Contrariamente all'attuale legge sui cartelli¹⁸¹⁾, il presente disegno non prevede disposizioni speciali relative alla ricasazione dei membri della Commis-

¹⁷⁷⁾ Cfr. art. 45 cpv. 2 disegno LCart

¹⁷⁸⁾ Cfr. 46 cpv. 2 disegno LCart

¹⁷⁹⁾ Cfr. art. 47 cpv. 1 disegno LCart

¹⁸⁰⁾ Cfr. art. 19 cpv. 1 disegno LCart

¹⁸¹⁾ Cfr. art. 22 LCart

sione, ma rinvia alle norme generali della legge sulla procedura amministrativa¹⁸²⁾. L'articolo 22 capoverso 2 disegno LCart precisa, comunque, che un rappresentante di un'associazione mantello può partecipare alla decisione anche se il caso in esame concerne in senso lato l'associazione mantello (trattandosi ad es. di un'associazione da essa rappresentata). Questa norma interessa i membri della commissione che rappresentano un'associazione economica mantello¹⁸³⁾. La presunzione d'imparzialità dei rappresentanti delle organizzazioni mantello non è da intendersi in modo assoluto. Può succedere che, per circostanze particolari, il rappresentante dell'associazione mantello debba ricusarsi perché ha un interesse personale¹⁸⁴⁾ o altri motivi di prevenzione¹⁸⁵⁾.

Contrariamente all'attuale legge sui cartelli la decisione della Commissione della concorrenza su una ricusazione contestata¹⁸⁶⁾ non è definitiva: decisioni commissionali infatti possono essere impugnate mediante ricorso, conformemente alle norme della procedura amministrativa e quelle complementari del presente disegno.

252 Segreteria

Sul modello della Commissione federale delle banche, la Commissione della concorrenza dispone di una segreteria, che svolge alcuni compiti in modo autonomo: di particolare rilievo è quello di condurre le inchieste. È così realizzata l'auspicata separazione fra autorità inquirente e autorità con competenza decisionale¹⁸⁷⁾, particolarmente importante nell'ambito del diritto svizzero della concorrenza. La Commissione della concorrenza, concepita essenzialmente come un'autorità di milizia¹⁸⁸⁾, non è in grado, per il tempo limitato a disposizione, di garantire una procedura efficace e rapida. Formata da professionisti a tempo pieno la segreteria è posta in condizioni ottimali per condurre velocemente a termine le inchieste e preparare, sulla base dei risultati ottenuti, l'incarto per le decisioni della Commissione.

252.1 Compiti della segreteria (art. 23 disegno LCart)

Il compito principale della segreteria consiste nella conduzione delle inchieste, che verranno svolte autonomamente fintanto che non risultino necessarie decisioni processuali. Conformemente all'articolo 23 capoverso 1 disegno LCart, la segreteria tratta direttamente con gli interessati, i terzi e le autorità, mentre la Commissione non interviene. Il collegamento con la Commissione della concorrenza è stabilito nel corso della procedura d'inchiesta dal fatto che le deci-

¹⁸²⁾ Cfr. art. 10 LPA

¹⁸³⁾ P. es. il Vorort dell'Unione svizzera del commercio e dell'industria (USCI) e l'Unione svizzera delle arti e dei mestieri (USAM).

¹⁸⁴⁾ Cfr. art. 10 cpv. 1 lett. a LPA

¹⁸⁵⁾ Cfr. art. 10 cpv. 1 lett. d LPA

¹⁸⁶⁾ Cfr. art. 22 cpv. 3 LCart

¹⁸⁷⁾ Inchieste e decisioni sono separate anche nell'attività della Commissione federale delle banche.

¹⁸⁸⁾ Ad eccezione del presidente (pieno tempo) e dei vicepresidenti (metà tempo).

sioni di procedura devono essere emanate in collaborazione con il direttorio della Commissione stessa¹⁸⁹⁾ e che quest'ultima può incaricare in maniera vincolante la segreteria di avviare un'inchiesta¹⁹⁰⁾. La Commissione può inoltre stabilire l'ordine nel quale le inchieste devono essere eseguite dalla segreteria¹⁹¹⁾.

Gli altri compiti giusta l'articolo 23 disegno LCart corrispondono ampiamente a quelli attribuiti alla segreteria della Commissione dei cartelli dalla legge in vigore. Il compito di consulenza, previsto all'articolo 23 capoverso 2 disegno LCart, ha assunto nella pratica dell'attuale legge sui cartelli una funzione preventiva che non va sottovalutata; la segreteria può fornire precocemente a coloro che partecipano a una restrizione alla concorrenza o che ne subiscono le conseguenze negative, informazioni importanti sulla valutazione di una misura secondo il diritto della concorrenza.

252.2 Personale della segreteria

Giusta l'articolo 24 disegno LCart il direttorio della segreteria è nominato dal nostro Consiglio mentre il resto del personale dalla Commissione della concorrenza, conformemente al modello della Commissione federale delle banche. La stessa corrispondenza vale per il disciplinamento dei rapporti di servizio, che si fonda sulla legislazione sul personale della Confederazione¹⁹²⁾.

253 Segreto d'ufficio e d'affari (art. 25 disegno LCart)

I membri della Commissione della concorrenza e i collaboratori della segreteria sono tenuti al segreto d'ufficio. Come è già stato specificato a proposito dell'obbligo di proteggere i segreti d'affari nella procedura civile¹⁹³⁾, potrebbe succedere che, nell'ambito di una procedura inerente la concorrenza, informazioni confidenziali finiscano in mani sbagliate. Le autorità in materia di concorrenza quindi devono, giusta l'articolo 25 disegno LCart, utilizzare queste informazioni unicamente allo scopo per il quale sono state richieste¹⁹⁴⁾. Possono essere trasmesse al Sorvegliante dei prezzi soltanto se necessarie allo svolgimento del suo compito¹⁹⁵⁾.

254 Inchieste su limitazioni alla concorrenza

La nuova procedura d'inchiesta è retta essenzialmente dalla legge sulla procedura amministrativa¹⁹⁶⁾ a tutto vantaggio dell'efficienza e della trasparenza. Quest'ultima si manifesta soprattutto nel rafforzamento dei diritti delle parti.

¹⁸⁹⁾ Cfr. art. 23 cpv. 1 disegno LCart

¹⁹⁰⁾ Cfr. art. 27 cpv. 1 disegno LCart

¹⁹¹⁾ Cfr. art. 27 cpv. 2 disegno LCart

¹⁹²⁾ Cfr. art. 24 cpv. 2 disegno LCart

¹⁹³⁾ Cfr. n. 245: Salvaguardia dei segreti di fabbricazione e d'affari.

¹⁹⁴⁾ Cfr. art. 25 cpv. 2 disegno LCart

¹⁹⁵⁾ Cfr. art. 25 cpv. 3 disegno LCart

¹⁹⁶⁾ Cfr. art. 39 disegno LCart

Queste parti non sono interessate dalla suddivisione della procedura fra la segreteria, che si occupa dell'esecuzione delle inchieste, e la Commissione della concorrenza, cui competono le decisioni. Il loro interlocutore principale in materia d'inchieste è la segreteria.

Le autorità in materia di concorrenza dovranno adoperarsi costantemente per concludere rapidamente le procedure d'inchiesta. In linea di massima si dovrà cercare una conciliazione con le parti: obiettivo da perseguire già a livello di inchiesta preliminare¹⁹⁷⁾ senza attendere, cioè, l'apertura dell'inchiesta vera e propria¹⁹⁸⁾. Tale compito compete alla segreteria, incaricata di eseguire l'inchiesta o l'inchiesta preliminare. Se di primo acchito una conciliazione non appare raggiungibile o se le parti si mostrano troppo a lungo inflessibili nonostante gli sforzi della segreteria, la Commissione della concorrenza deve prendere una decisione formale conformemente all'articolo 30 disegno LCart.

254.1 Inchiesta preliminare (art. 26 disegno LCart)

L'inchiesta preliminare si è già rivelata utile nell'ambito dell'attuale legge sui cartelli. Con questa procedura informale è possibile selezionare i casi che necessitano di un'inchiesta e spesso preparare anche l'inchiesta vera e propria.

La segreteria può avviare un'inchiesta preliminare di propria iniziativa, su domanda di una parte interessata o su denuncia di terzi. L'esecuzione di un'inchiesta preliminare non può però essere ritenuta un diritto. Già nel corso della prima fase di questa procedura, la segreteria può sottoporre alle parti interessate le proprie proposte miranti a far cessare o a impedire una limitazione alla concorrenza. Fra le proposte è plausibile, d'intesa con le parti, anche quella di una conciliazione¹⁹⁹⁾. La collaborazione della segreteria al raggiungimento di una conciliazione non implica tuttavia la rinuncia da parte della Commissione della concorrenza o da parte del Dipartimento dell'economia pubblica a incaricare la segreteria dell'esecuzione di un'inchiesta giusta l'articolo 27 capoverso 1 disegno LCart.

La legge sulla procedura amministrativa è per principio pure applicabile all'inchiesta preliminare. Derogando agli articoli 26 e seguenti della LPA, le parti interessate a un'inchiesta preliminare non possono valersi del diritto di consultare la documentazione. Questo sottolinea il carattere informale di questa procedura.

254.2 Inchiesta (art. 27 segg. disegno LCart)

254.21 Apertura di un'inchiesta (art. 27 disegno LCart)

Conformemente all'articolo 27 disegno LCart, la segreteria è tenuta ad aprire un'inchiesta su invito del giudice civile, della Commissione della concorrenza o del Dipartimento federale dell'economia pubblica. Negli altri casi spetta alla segreteria decidere se vi siano indizi di una limitazione illecita alla concorrenza

¹⁹⁷⁾ Cfr. art. 29 disegno LCart .

¹⁹⁸⁾ Cfr. art. 26 cpv. 2 disegno LCart

¹⁹⁹⁾ Anche prima dell'inchiesta vera e propria (cfr. art. 29 disegno LCart).

tali da giustificare l'apertura di un'inchiesta. La decisione della segreteria di aprire un'inchiesta deve tuttavia essere presa d'intesa con il direttorio della Commissione della concorrenza.

L'apertura di un'inchiesta può essere decisa da quattro diverse istanze o organizzazioni²⁰⁰⁾. Per evitare contestazioni in relazione alla priorità delle varie inchieste, l'articolo 27 capoverso 2 disegno LCart prevede che sia la Commissione della concorrenza a stabilire le priorità.

254.22 Comunicazione (art. 28 disegno LCart)

L'apertura di un'inchiesta è comunicata mediante pubblicazione ufficiale giusta l'articolo 28 disegno LCart, al fine di permettere ai terzi interessati di parteciparvi. L'articolo 43 disegno LCart precisa chi è autorizzato a prendere parte all'inchiesta in qualità di terzo. Oltre alle persone colpite da un ostacolo alla concorrenza, sono ammesse le associazioni professionali ed economiche e le associazioni di consumatori d'importanza nazionale o regionale, che possono annunciarsi entro 30 giorni.

La pubblicazione giusta l'articolo 28 capoverso 2 disegno LCart non determina la validità degli atti di inchiesta, ma ha soltanto ripercussioni giuridiche per i terzi.

254.23 Conciliazione (art. 29 disegno LCart)

Qualora la segreteria della Commissione reputi illecita una limitazione alla concorrenza, può proporre alle parti una conciliazione sulle modalità della sua soppressione. Già nell'ambito dell'attuale legge sui cartelli la Commissione dei cartelli ha proposto qualche volta un procedimento analogo. Il disegno di legge istituzionalizza questa prassi. Per garantire una politica coerente della concorrenza, la Commissione della concorrenza deve approvare, nella forma di una decisione, gli accordi di conciliazione raggiunti dalla segreteria con le parti interessate.

254.24 Decisione (art. 30 disegno LCart)

Se le parti non giungono a una conciliazione in tempo utile oppure se la segreteria della Commissione della concorrenza ritiene che, in base alle circostanze del caso, la conciliazione non abbia senso, quest'ultima presenta alla Commissione della concorrenza una proposta di decisione. La Commissione decide sulla liceità o l'illiceità di una limitazione alla concorrenza e le conseguenti misure da prendere. Alla stessa maniera approva, mediante una decisione, una conciliazione raggiunta dalla segreteria e dalle parti interessati²⁰¹⁾.

Oltre al diritto di essere sentite, le parti interessate possono prendere posizione per scritto sulla proposta della segreteria. In tutti i casi la Commissione della concorrenza può ordinare altre audizioni e chiedere alla segreteria di approfondire ulteriormente le inchieste.

²⁰⁰⁾ Il giudice civile, la Commissione della concorrenza, il Dipartimento federale dell'economia e la segreteria della Commissione.

²⁰¹⁾ Cfr. art. 29 cpv. 2 disegno LCart

L'articolo 30 capoverso 3 disegno LCart prevede che qualora, in virtù della dinamica della concorrenza, si dovessero verificare cambiamenti essenziali delle circostanze di fatto o giuridiche, la Commissione della concorrenza può rivedere la propria valutazione di una limitazione alla concorrenza. Segreteria e parti interessate possono domandare, giusta l'articolo 30 capoverso 3 disegno LCart, la revoca o la modifica di una precedente decisione commissionale. Questa disposizione differisce dalle prescrizioni generali in materia di revisione, che ammettono una revisione in seguito al cambiamento di circostanze di fatto (fatti nuovi e rilevanti) soltanto su richiesta dell'interessato e non su iniziativa dell'autorità statuale²⁰²⁾.

254.3 Autorizzazione eccezionale (art. 31 disegno LCart)

Le parti interessate da una limitazione alla concorrenza dichiarata illecita possono, entro 30 giorni da quando è passata in giudicato la decisione della Commissione della concorrenza o di un'istanza di ricorso, chiedere al Dipartimento federale dell'economia pubblica un'autorizzazione eccezionale del Consiglio federale per motivi preponderanti di interesse pubblico. La procedura è disciplinata dall'articolo 31 disegno LCart.

La richiesta deve essere inoltrata al Dipartimento federale dell'economia pubblica, che conduce le procedure secondo le regole della legge sulla procedura amministrativa²⁰³⁾. La valutazione dei fatti nell'ottica del diritto in materia di concorrenza²⁰⁴⁾ non può più essere rimessa in discussione davanti al nostro Consiglio, dove la limitazione alla concorrenza viene giudicata esclusivamente in relazione ad aspetti di politica generale.

La nostra decisione si limiterà ad accordare o a rifiutare l'autorizzazione eccezionale della limitazione alla concorrenza. Il limite temporale di questa autorizzazione ne sottolinea il carattere eccezionale. Essa può essere vincolata a impegni e condizioni. La decisione del nostro Consiglio è definitiva.

255 Esame delle concentrazioni di imprese

La procedura d'autorizzazione delle concentrazioni d'imprese sottoposte ad autorizzazione giusta l'articolo 9 disegno LCart consta di due tappe, come l'esame delle limitazioni alla concorrenza²⁰⁵⁾. Un esame preliminare sommario determina se le condizioni di rilascio dell'autorizzazione sono adempite²⁰⁶⁾; nel corso del processo probatorio si procederà, ove necessario, all'accertamento materiale e approfondito volto a stabilire se la concentrazione minaccia di sopprimere la concorrenza efficace²⁰⁷⁾. Le concentrazioni di imprese sog-

²⁰²⁾ Gysi, Verwaltungsrecht, Berna 1986 p. 315 segg., *Imboden/Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5^a ed., Basilea 1976, n. 43.

²⁰³⁾ Cfr. art. 78 LPA

²⁰⁴⁾ Cfr. art. 5-7 disegno LCart e art. 9 e 10 disegno LCart

²⁰⁵⁾ Cfr. art. 26 disegno LCart (inchiesta preliminare) e art. 27 segg. (apertura di un'inchiesta).

²⁰⁶⁾ Cfr. art. 32 disegno LCart

²⁰⁷⁾ Cfr. art. 33 disegno LCart

gette ad autorizzazione devono essere notificate, prima di essere realizzate, alla Commissione della concorrenza²⁰⁸). Fondandoci sull'articolo 60 disegno LCart, emaneremo un'ordinanza d'esecuzione dettagliata, che conterrà in particolare prescrizioni sul calcolo del valore limite, sulla cerchia delle imprese (affiliate) le cui cifre d'affari devono entrare nel calcolo, sui parametri applicabili alle banche e alle assicurazioni, nonché sul contenuto esatto della domanda d'autorizzazione. Osserviamo in proposito che la domanda d'autorizzazione dovrà contenere soltanto i dati atti a fornire alle autorità in materia di concorrenza indizi di una possibile soppressione della concorrenza efficace. L'ordinanza disciplinerà inoltre le condizioni dell'obbligo di fornire, in casi determinati, dati e informazioni complementari, il contenuto preciso della pubblicazione in caso di apertura di una procedura d'esame, le condizioni della pubblicazione delle decisioni delle autorità in materia di concorrenza in caso di concentrazioni d'imprese, come pure le norme concernenti i termini.

Solo una procedura rapida e discreta conferisce al controllo delle concentrazioni il necessario carattere preventivo. Per questo motivo, è opportuno stabilire, per entrambi le fasi della procedura, termini chiaramente definiti. Per tenere conto del desiderio delle parti di salvaguardare il segreto sui loro accordi di concentrazione, il progetto di concentrazione dovrà essere sì annunciato prima della sua realizzazione, ma soltanto una volta conclusi i negoziati relativi alla stipulazione del contratto di concentrazione.

255.1 Esame preliminare (art. 32 disegno LCart)

A ricezione di una domanda d'autorizzazione, la segreteria avvia senza indugio un esame preliminare tendente ad accertare se le condizioni di rilascio dell'autorizzazione sono adempite giusta i criteri stabiliti dall'articolo 10 disegno LCart. Questo esame deve aver luogo obbligatoriamente entro il termine di un mese. La concentrazione d'imprese soggetta ad autorizzazione non può esser attuata prima del termine dell'esame preliminare, vale a dire fino al rilascio dell'autorizzazione²⁰⁹). Il controllo delle concentrazioni proposto dal presente disegno ha dunque carattere preventivo.

Le imprese partecipanti possono domandare la realizzazione provvisoria della concentrazione alla Commissione della concorrenza, che vi acconsentirà qualora siano addotte ragioni importanti (si pensi in particolare alle fusioni dettate da necessità di risanamento, alle concentrazioni collegate con una offerta pubblica d'acquisto). Se dall'esame preventivo risulta che la concentrazione adempie le relative condizioni, la Commissione, su preavviso della segreteria, rilascia l'autorizzazione mediante decisione²¹⁰).

²⁰⁸) Cfr. art. 9 cpv. 1 disegno LCart

²⁰⁹) Per quanto riguarda le conseguenze giuridiche dell'inosservanza del divieto di procedere alla concentrazione, cfr. le spiegazioni al n. 255.3: effetti giuridici della procedura d'autorizzazione.

²¹⁰) Esperienze fatte all'estero nelle stesse condizioni di concorrenza mostrano che il 90-95 per cento delle concentrazioni soggette ad autorizzazione la ottengono al termine dell'esame preliminare di un mese.

255.2 Esame (art. 33 disegno LCart)

Qualora dall'esame preliminare della concentrazione traspaiano forti sospetti di pregiudizio alla concorrenza efficace, la segreteria propone alla Commissione della concorrenza di procedere all'esame vero e proprio. Soltanto a questo punto vengono pubblicati, nella forma prescritta, l'apertura del procedimento e il contenuto essenziale della domanda d'autorizzazione. I terzi hanno la possibilità di prendere posizione in merito alla concentrazione²¹¹⁾. Tenuto conto delle circostanze e della maggior durata della procedura rispetto a quella d'esame preliminare, la Commissione della concorrenza decide già all'inizio dell'esame se la realizzazione della concentrazione può, eccezionalmente e a titolo provvisorio, essere attuata o se va mantenuta in sospenso.

La Commissione dispone di quattro mesi per portare a termine l'esame. L'osservanza di tale termine dipende in buona parte dalla cooperazione delle imprese partecipanti (comunicazione tempestiva dei dati richiesti, ecc.). Poiché i ritardi non ascrivibili alle autorità in materia di concorrenza non devono abbreviare il lasso di tempo a disposizione per l'esame, l'articolo 33 capoverso 3 disegno LCart dispone che siffatti ritardi comportano una proroga della procedura pari al ritardo provocato. Negli altri casi, la Commissione non ha facoltà di prorogare autonomamente il termine.

Il termine può tuttavia essere prorogato su richiesta delle imprese partecipanti, che possono avvalersi di questo diritto nel loro interesse, per esempio allo scopo di consegnare analisi o informazioni più dettagliate.

255.3 Effetti giuridici della procedura di autorizzazione e del decorso del termine (art. 34 disegno LCart)

Le imprese partecipanti possono realizzare il progetto di concentrazione soltanto dopo l'ottenimento dell'autorizzazione. Gli effetti di diritto civile della concentrazione rimangono pertanto sospesi sino al rilascio dell'autorizzazione. Prima della realizzazione della concentrazione, le transazioni tra le imprese partecipanti, in particolare in vista di acquisire partecipazioni, imprese, parti di imprese oppure opzioni, non sono toccate dal divieto di attuare la concentrazione.

Se queste transazioni sono effettuate nonostante la riserva di autorizzazione, gli effetti dipendono dalla decisione dell'autorità in materia di concorrenza. Gli atti d'esecuzione non sono dunque immediatamente e definitivamente nulli, bensì *momentaneamente inefficaci*. L'inefficacia diventa definitiva simultaneamente alla decisione di divieto; è invece caduca in caso di autorizzazione. L'effetto di una concentrazione soggetta ad autorizzazione rimane dunque sospeso fino a decisione - o in caso di difetto di decisione entro i termini legali²¹²⁾ - della Commissione della concorrenza.

²¹¹⁾ La situazione è diversa rispetto a quella in ordine alle limitazioni alla concorrenza: a causa dell'estrema brevità dei termini, non è auspicabile una vera e propria partecipazione dei terzi alla procedura; cfr. anche art. 43 cpv. 4 disegno LCart.

²¹²⁾ Giusta l'art. 34 disegno LCart, si ritiene autorizzata la concentrazione, se la Commissione della concorrenza non decide entro i termini dell'art. 32 cpv. 1 o dell'art. 33 cpv. 3 disegno LCart.

La trasparenza e la rapidità che si addicono a una procedura di controllo delle concentrazioni impongono una chiara definizione delle conseguenze giuridiche dell'inosservanza, da parte della Commissione, dell'obbligo di statuire entro i termini sanciti dagli articoli 32 capoverso 1 disegno LCart e 33 capoverso 3 disegno LCart. In caso di inoperosità della Commissione, la concentrazione è considerata autorizzata (art. 32 cpv. 1 e 33 cpv. 3 disegno LCart). È salva la proroga dei termini giusta l'articolo 33 cpv. 3 disegno LCart.

255.4 Violazione dell'obbligo di autorizzazione (art. 35 disegno LCart)

Se una concentrazione di imprese soggetta ad autorizzazione non è notificata o è realizzata senza essere notificata, le autorità in materia di concorrenza avviano d'ufficio la procedura secondo gli articoli 32 segg. disegno LCart tosto a conoscenza della fattispecie. A questo punto, la Commissione della concorrenza non dispone ancora delle informazioni necessarie per condurre a termine la procedura: in questo caso, il termine d'esame di quattro mesi previsto dall'articolo 33 capoverso 3 disegno LCart comincia a decorrere dal momento in cui le autorità sono in possesso delle informazioni che devono essere contenute nella domanda d'autorizzazione²¹³⁾.

255.5 Procedura di autorizzazione eccezionale (art. 36 disegno LCart)

Se, al termine della procedura d'esame, la Commissione della concorrenza vieta la concentrazione, le imprese partecipanti possono adire la Commissione di ricorso in materia di concorrenza²¹⁴⁾, la cui decisione può essere impugnata mediante ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale²¹⁵⁾. Qualora la Commissione della concorrenza, la Commissione di ricorso in materia di concorrenza o il Tribunale federale abbiano vietato una concentrazione, le imprese partecipanti possono chiedere al nostro Consiglio, entro 30 giorni da quando la decisione è cresciuta in giudicato, un'autorizzazione eccezionale per motivi preponderanti di interesse pubblico (art. 11 disegno LCart). La richiesta, motivata, deve essere presentata al Dipartimento federale dell'economia pubblica.

Il nostro Consiglio ha quattro mesi per decidere in merito; potremo superare questo termine soltanto per gravi motivi. A differenza di quelli relativi all'esame preliminare e all'esame, si tratta dunque di un mero termine d'ordine. Di conseguenza, il solo scadere del termine (senza una decisione) non permette di dedurre che l'autorizzazione eccezionale è stata accordata.

Se l'autorizzazione eccezionale è accordata, la decisione di divieto della Commissione della concorrenza o l'atto di ricorso sono caduchi. Altrimenti, la decisione cresce in giudicato. La decisione in merito all'autorizzazione eccezionale non è impugnabile.

²¹³⁾ L'ordinanza d'esecuzione preciserà le informazioni che la domanda d'autorizzazione dovrà contenere.

²¹⁴⁾ Art. 44 disegno LCart

²¹⁵⁾ Cfr. art. 98 lett. e OG

255.6 Ripristino della concorrenza efficace

L'articolo 37 disegno LCart si applica sia nel caso di un'autorizzazione che, accordata provvisoriamente, viene vietata in prosieguo di procedura, sia all'attuazione di una concentrazione senza preventiva autorizzazione. Sempre che il nostro Consiglio non abbia accordato l'autorizzazione eccezionale a norma dell'articolo 11 disegno LCart, la Commissione della concorrenza deve ordinare le misure atte a ripristinare la concorrenza efficace pregiudicata dalla concentrazione. Occorrerà ridurre l'accrescimento di risorse e di posizione dominante sul mercato, nella misura necessaria al ripristino della concorrenza efficace. Possono essere anche prese in considerazione misure che, globalmente²¹⁶⁾, migliorino le condizioni di concorrenza su un altro mercato, compensando gli svantaggi derivanti dalla creazione o dal rafforzamento di una posizione dominante. Pur se non conosciamo ricette universali per neutralizzare il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato ed eliminare il rischio che la concorrenza efficace venga soppressa, disponiamo tuttavia di valide misure, quali l'alienazione parziale a terzi dell'oggetto della concentrazione, la separazione delle imprese concentrate, la cessazione degli effetti di controllo o degli intrecci personali²¹⁷⁾. Tali misure di ripristino della concorrenza efficace devono rispettare in ogni caso il principio di proporzionalità.

Decidendo le misure atte a ripristinare la concorrenza efficace, le autorità in materia di concorrenza tengono conto nella misura del possibile dei desideri delle imprese. L'articolo 37 capoverso 2 disegno LCart lo afferma chiaramente: la Commissione della concorrenza può esigere dalle imprese partecipanti proposte vincolanti in merito al ripristino della concorrenza efficace. Se la Commissione della concorrenza approva le proposte, impartisce alle imprese un termine per attuarle. Le imprese possono esprimersi, oltre che sulle misure, sui termini della loro attuazione.

Qualora, nonostante la richiesta della Commissione, le imprese partecipanti non intendano collaborare, la Commissione ordina mediante decisione le misure che ritiene necessarie per ristabilire la concorrenza efficace. L'articolo 37 capoverso 4 disegno LCart propone, in un elenco non esaustivo, la separazione delle imprese o degli attivi concentrati e la cessazione degli effetti di controllo. Vi sono però altre misure che, nel caso specifico, possono ripristinare la concorrenza efficace. Lo smantellamento di una concentrazione è una misura da adottare solo quale ultima ratio.

255.7 Revoca dell'autorizzazione (art. 38 disegno LCart)

La stringatezza dei termini della procedura di controllo delle concentrazioni di imprese non permette alle autorità in materia di concorrenza di verificare l'esattezza di tutti i dati forniti dalle imprese interessate. Per questo motivo, la Commissione della concorrenza deve poter revocare un'autorizzazione rilasciata sulla base di indicazioni inesatte o ottenute in modo fraudolento (art. 38 cpv. 1 lett. a e b disegno LCart).

²¹⁶⁾ Cfr. il principio nell'art. 10 cpv. 1 lett. b disegno LCart

²¹⁷⁾ Cfr. all'art. 37 cpv. 4 disegno LCart l'elenco, non esaustivo, delle misure possibili.

Una situazione analoga si presenta quando le imprese interessate non adempiono gli oneri cui l'autorizzazione è vincolata. Affinché l'istituto dell'onere non venga svuotato del suo significato (l'onere permette di adottare soluzioni più flessibili, nell'interesse delle imprese), l'inosservanza, se grave, potrà comportare la revoca dell'autorizzazione da parte della Commissione della concorrenza. Il nostro Consiglio può, alle stesse condizioni, revocare un'autorizzazione eccezionale²¹⁸⁾.

256 Procedura e rimedi giuridici

256.1 Applicazione della legge sulla procedura amministrativa (art. 39 disegno LCart)

La legge federale sulla procedura amministrativa (LPA) è, per l'essenziale, applicabile alla procedura avanti le autorità in materia di concorrenza, tanto per quanto riguarda l'inchiesta e l'esame preliminare, quanto per l'inchiesta su limitazioni alla concorrenza, l'esame delle concentrazioni di imprese e la procedura di rilascio da parte del nostro Consiglio dell'autorizzazione eccezionale di limitazioni alla concorrenza e di concentrazioni di imprese. Alcune disposizioni del presente disegno prevedono eccezioni all'applicazione della legge sulla procedura amministrativa: le tratteremo qui di seguito²¹⁹⁾.

La LPA garantisce in particolare il diritto di essere sentito²²⁰⁾ e di consultare gli atti²²¹⁾. Quest'ultimo diritto porrà alle autorità in materia di concorrenza problemi di limitazione riguardo al segreto d'ufficio e al segreto d'affari²²²⁾. Interessi pubblici e privati depongono in favore del mantenimento della segretezza circa l'identità di chi ha fornito informazioni, soprattutto quando si tratta di outsider. Il timore di rappresaglie potrebbe altrimenti privare le autorità in materia di concorrenza di importanti informazioni. In considerazione del fatto che il trattamento di dati sensibili concernenti le imprese e il mercato esige grandi precauzioni, alle disposizioni di diritto civile²²³⁾ e amministrativo (e in particolare all'obbligo di osservare il segreto d'ufficio) si aggiunge la protezione dei segreti di fabbricazione e d'affari²²⁴⁾. Occorre rilevare in proposito che le autorità in materia di concorrenza non possono avvalersi contro una parte di atti coperti dal segreto, se a quest'ultima non ne è stato comunicato il contenuto²²⁵⁾.

256.2 Obbligo di fornire informazioni (art. 40 disegno LCart)

L'obbligo di fornire informazioni e di presentare i documenti necessari, che compete alle parti a una limitazione alla concorrenza o a una concentrazione

²¹⁸⁾ Cfr. art. 38 cpv. 2 disegno LCart

²¹⁹⁾ Cfr. art. 40-43 disegno LCart

²²⁰⁾ Cfr. art. 29 LPA

²²¹⁾ Cfr. art. 26 LPA

²²²⁾ Cfr. art. 25 disegno LCart

²²³⁾ Cfr. le spiegazioni al n. 245 (Tutela del segreto d'affari; art. 16 disegno LCart)

²²⁴⁾ Cfr. le spiegazioni al n. 253 (Segreto d'ufficio; art. 25 disegno LCart)

²²⁵⁾ Cfr. art. 28 LPA

d'impresе nonché ai terzi interessati, costituisce un elemento indispensabile, per le autorità in materia di concorrenza, al fine dell'accertamento dei fatti. Il diritto di rifiutare le informazioni è retto dall'articolo 16 LPA, che a sua volta rinvia alle pertinenti disposizioni della procedura civile federale (LPC). Visto che l'obbligo di fornire informazioni previsto dall'articolo 40 disegno LCart comprende anche i segreti d'affari, il detentore di un siffatto segreto può fondare sull'articolo 16 capoverso 2 LPA il rifiuto di fornire informazioni. A questo obbligo di fornire informazioni corrisponde, per quanto riguarda le autorità in materia di concorrenza, l'obbligo di osservare il segreto d'ufficio e di salvaguardare i segreti d'affari²²⁶⁾.

256.3 Assistenza amministrativa (art. 41 disegno LCart)

Aggiungendosi all'obbligo di fornire informazioni dell'articolo 40 disegno LCart, la presente disposizione prevede che i servizi della Confederazione e dei Cantoni sono tenuti a collaborare alle inchieste delle autorità in materia di concorrenza. L'introduzione della partecipazione cantonale, sconosciuta alla vigente legge sui cartelli²²⁷⁾, è dovuta al fatto che, come dimostrato dalla pratica, numerose limitazioni alla concorrenza, coordinate nell'ambito nazionale, sono pure organizzate a livello cantonale e regionale. Le autorità in materia di concorrenza devono dunque poter contare sul sostegno delle autorità cantonali.

256.4 Misure d'inchiesta (art. 42 disegno LCart)

Nel quadro della procedura in materia di concorrenza, retta per la gran parte da regole della LPA, le autorità inquirenti dispongono, per l'accertamento dei fatti, di tutti i mezzi di prova previsti dall'articolo 12 LPA. L'articolo 42 disegno LCart aggiunge una serie di provvedimenti complementari: le autorità possono procedere all'audizione di terzi come testimoni, costringere le parti a testimoniare, ordinare perquisizioni e sequestrare mezzi di prova. Come è norma generale nel diritto amministrativo, queste misure devono rispettare il principio di proporzionalità.

256.5 Partecipazione di terzi all'inchiesta (art. 43 disegno LCart)

Una limitazione alla concorrenza non tocca soltanto le parti direttamente interessate, ma anche una cerchia più vasta di terzi. L'articolo 43 disegno LCart intende precisare, in modo esaustivo, chi sono queste persone e in che misura esse possano partecipare alla procedura amministrativa. Inoltre, la disposizione impartisce loro un termine per annunciare alla segreteria della Commissione della concorrenza la loro intenzione di partecipare all'inchiesta²²⁸⁾. I partecipanti all'inchiesta secondo il capoverso 1 lettere a e b hanno di regola già qualità di parte in virtù dell'articolo 6 LPA.

²²⁶⁾ Cfr. art. 25 disegno LCart

²²⁷⁾ Cfr. art. 36 LC

²²⁸⁾ Cfr. art. 28 disegno LCart

La cerchia dei terzi interessati ai sensi dell'articolo 43 capoverso 1 D può, a seconda del tipo di ostacolo, essere molto ampia. Per non pregiudicare l'efficacia della procedura, il capoverso 2 dispone che i gruppi con interesse identico designino un rappresentante comune. Inoltre, nel caso non abbiano qualità di parte, la segreteria può limitare la loro partecipazione a un'audizione. Nell'interesse di una procedura rapida di controllo delle concentrazioni di imprese, la qualità di parte compete solamente alle imprese partecipanti.

256.6 Commissione di ricorso (art. 44 D)

Le decisioni²²⁹⁾ della Commissione della concorrenza possono essere impugnate mediante ricorso alla (nuova) Commissione di ricorso in materia di concorrenza²³⁰⁾, la quale è una commissione federale di ricorso composta di giudici indipendenti, ai sensi degli articoli 71-71c LPA. Giusta l'articolo 48 LPA, ha legittimazione attiva non soltanto chi ha interesse nella decisione, ma anche i terzi che hanno partecipato alla procedura secondo l'articolo 43 D. Contro le decisioni della Commissione di ricorso in materia di concorrenza, è ammissibile il ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale secondo l'articolo 98 lettera e OG.

26 Altri compiti e competenze dell'autorità in materia di concorrenza

Il disegno di legge non introduce grosse novità per quanto concerne gli altri compiti e competenze dell'autorità in materia di concorrenza.

261 Raccomandazioni alle autorità (art. 45 disegno LCart)

Dal profilo economico è estremamente importante che la Commissione della concorrenza osservi attentamente l'evoluzione della situazione in materia di concorrenza: essa necessita infatti d'una visione globale per praticare una politica della concorrenza coerente. Altrettanto importante è il suo compito di impartire raccomandazioni alle autorità in materia di concorrenza. Ciò le consente di presentare proposte concrete alle autorità impegnate nella rivitalizzazione e nella deregolamentazione dell'economia. Le sue raccomandazioni potranno essere destinate a tutte le autorità, federali, cantonali e comunali²³¹⁾ e non più soltanto al Consiglio federale come attualmente²³²⁾.

262 Preavvisi (art. 46 disegno LCart)

I disegni d'atti normativi della Confederazione rilevanti dal profilo della concorrenza sono già oggi esaminati dalla Commissione dei cartelli e dalla sua se-

²²⁹⁾ La norma concerne evidentemente anche le decisioni incidentali.

²³⁰⁾ Cfr. art. 44 segg. LPA

²³¹⁾ Si tratta in fondo di introdurre nella legge la prassi della Commissione dei cartelli.

²³²⁾ Art. 25 LC

greteria per determinare se sono suscettibili di provocare limitazioni eccessive della concorrenza. Il disegno riprende tale competenza e l'adegua alle nuove strutture. La segreteria della Commissione della concorrenza fornisce il suo preavviso, ad eccezione dei pareri formulati nell'ambito di una procedura di consultazione. Per quanto concerne i disegni di atti normativi di diritto cantonale, non vi è alcun obbligo di intervenire per le autorità della concorrenza. Secondo l'articolo 46 capoverso 2 del disegno LCart, la Commissione della concorrenza può formulare un preavviso se lo vuole.

263 Pareri (art. 47 disegno LCart)

Questa disposizione corrisponde ampiamente all'articolo 27 LC, ma tiene conto della nuova struttura delle autorità in materia di concorrenza. Abilita la Commissione della concorrenza ad incaricare la segreteria di fornire essa stessa i pareri in casi di minore importanza.

264 Pubblicazione delle decisioni e delle sentenze (art. 48 disegno LCart)

Le autorità in materia di concorrenza possono, senza esservi però obbligate, pubblicare le loro decisioni. La pubblicazione, evidentemente, non deve infrangere il segreto di funzione o il segreto d'affari²³³). Spetta alla segreteria riunire e pubblicare le sentenze dei tribunali.

265 Obbligo di informare (art. 49 disegno LCart)

Affinché la politica svizzera in materia di concorrenza sia trasparente, la Commissione della concorrenza e la segreteria sono tenute ad informare il pubblico. La Commissione stabilisce inoltre un rapporto annuale d'attività all'attenzione del Consiglio federale.

27 Sanzioni

L'effetto preventivo delle sanzioni è d'importanza capitale per garantire l'efficacia del diritto della concorrenza. Per i casi di inosservanza di conciliazioni e di decisioni passate in giudicato il disegno prevede innanzi tutto sanzioni amministrative contro le imprese interessate. Non poteva essere altrimenti visto che soltanto le persone fisiche possono essere oggetto di sanzioni penali: secondo la dottrina attuale le imprese, abbiano o meno personalità giuridica, non hanno la capacità delittuosa (non vi è reato soggettivo).

Parallelamente, una corretta applicazione del diritto della concorrenza non poteva rinunciare alla possibilità di sanzionare direttamente, dal profilo del diritto penale, le persone fisiche operanti per conto di un'impresa, anche se la

²³³ Cfr. le disposizioni dell'art. 25 disegno LCart.

complessità del funzionamento delle imprese rende a volte assai arduo attribuire precise responsabilità penali²³⁴⁾. Ciò spiega l'esistenza delle sanzioni penali contemplate dal disegno.

Le sanzioni penali e le sanzioni amministrative sono cumulabili. Il fatto di decidere sanzioni amministrative contro un'impresa non esclude che per gli stessi fatti le infrazioni intenzionali commesse da persone fisiche responsabili implicano pure sanzioni penali. In una legislazione fondata sull'abuso (e non su un divieto generale), la sanzione presuppone l'attuazione effettiva di una pratica abusiva. Le sanzioni amministrative e penali proposte sono pertanto legate alla fattispecie stabilita dalle autorità. La situazione giuridica è quindi chiara per le imprese e i privati.

271 Sanzioni amministrative (art. 50 segg. disegno LCart)

Le sanzioni devono avere sufficiente effetto sulle imprese. Se fossero passibili di sanzioni soltanto le persone fisiche, una multa determinata in base alla loro situazione economica avrebbe un'importanza del tutto marginale e non sarebbe affatto proporzionale ai benefici realizzati grazie alla limitazione illecita della concorrenza. Occorre inoltre considerare che le multe inflitte a persone particolari sarebbero coperte dalle imprese. Esse possono pertanto essere previste quali spese nella contabilità in modo che la sanzione perderebbe tutto il suo effetto preventivo. In tali condizioni, il disegno deve prevedere un sistema di sanzioni il cui importo sia stabilito in funzione del guadagno ricavato grazie alla limitazione illecita della concorrenza. Sanzioni contro l'impresa stessa sono quindi indispensabili. Si giustificano pure per il fatto che le imprese devono essere in misura e devono anzi organizzarsi in modo da poter adempiere i loro obblighi legali.

271.1 Contravvenzioni a conciliazioni e decisioni dell'autorità (art. 50 disegno LCart)

L'articolo 50 sanziona la violazione di misure passate in giudicato e destinate a sopprimere limitazioni illecite della concorrenza. Tra queste misure figurano le conciliazioni approvate dalla Commissione della concorrenza nonché le decisioni delle autorità in materia di concorrenza e le autorità di ricorso.

La sanzione potrà raggiungere il triplo del profitto conseguito. Qualora non sia possibile calcolare o stimare tale profitto, la multa potrà raggiungere il 10 per cento dell'ultima cifra d'affari annuale realizzata in Svizzera. L'importo effettivo della sanzione sarà tuttavia stabilito in funzione delle circostanze concrete. I tassi più elevati saranno applicati soltanto in casi rari ed evidenti. Ciononostante, l'ammontare del guadagno conseguito illecitamente costituirà di regola il limite inferiore della sanzione. La norma dell'articolo 9 capoverso 2 disegno LCart è applicabile per analogia, come base di calcolo, per i casi di sanzioni contro banche e compagnie d'assicurazioni.

²³⁴⁾ L'art. 6 della legge federale sul diritto penale amministrativo (DPA, RS 313.0) resta tuttavia, in una certa misura, uno strumento utilizzabile in questo contesto.

271.2 Contravvenzioni in relazione con concentrazioni di imprese (art. 51 disegno LCart)

L'articolo 51 è una norma speciale e disciplina come tale le sanzioni applicabili in caso di concentrazione d'impresе. Le imprese colpevoli rischiano di dover pagare una multa sino ad un milione di franchi. La sanzione può essere presa se l'impresa effettua senza autorizzazione una concentrazione soggetta ad autorizzazione o una concentrazione proibita, oppure se non ha ottemperato ad una misura destinata a ripristinare la concorrenza efficace. In caso di recidiva, relativa ad un onere connesso all'autorizzazione, l'impresa dovrà pagare un importo che potrà raggiungere il dieci per cento della cifra d'affari realizzata in Svizzera dall'insieme delle imprese interessate. La norma dell'articolo 9 capoverso 2 disegno LCart è applicabile per analogia, quale base di calcolo, alle sanzioni contro banche e compagnie d'assicurazioni.

271.3 Altre contravvenzioni (art. 52 disegno LCart)

Giusta l'articolo 52 disegno LCart, per altre contravvenzioni commesse nella procedura d'indagine, per esempio la violazione dell'obbligo d'informare o di produrre documenti, le imprese dovranno pagare multe fino a 100 000 franchi. Questa disposizione è applicabile alla procedura di controllo delle concentrazioni d'impresе e alla procedura d'indagine svolta negli altri casi di limitazione della concorrenza.

271.4 Procedura e rimedi giuridici (art. 53 disegno LCart)

Conformemente alla ripartizione generale dei compiti tra la Commissione della concorrenza e la sua segreteria, le infrazioni saranno istruite dalla segreteria giusta le disposizioni della PA e giudicate dalla Commissione della concorrenza su proposta della segreteria. Le decisioni della Commissione potranno essere impugnate dinanzi alla Commissione di ricorso per le questioni di concorrenza²³⁵⁾. La prescrizione è retta dai pertinenti principi usuali del diritto amministrativo²³⁶⁾; non è dunque necessario che il disegno preveda un disciplinamento speciale a tal fine.

272 Sanzioni penali (art. 54 segg. disegno LCart)

272.1 Reati in materia di conciliazioni e decisioni amministrative (art. 54 disegno LCart)

La disposizione penale concerne qualsiasi persona che dispone di un potere decisionale (persona fisica) nell'impresa e che ha contravvenuto a misure passate in giudicato destinate ad eliminare limitazioni della concorrenza. La multa può

²³⁵⁾ Cfr. art. 44 disegno LCart

²³⁶⁾ Cfr. *Imboden/Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5^a ed., Basilea 1976, n. 34.

essere inflitta a tutte le persone titolari di attribuzioni che le consentono di decidere liberamente a livello direzionale di un'impresa (gli organi ai sensi del diritto civile). Ne fanno parte gli organi della società e i rispettivi membri, ma anche i direttori e le altre persone che dirigono effettivamente l'impresa. Potrà ad esempio trattarsi di un azionista che domina l'impresa pur senza esercitarvi formalmente una funzione dirigente. La pena corrisponde a quella prevista nella LC²³⁷⁾.

272.2 Altri reati (art. 55 disegno LCart)

I reati intenzionali relativi all'obbligo di fornire informazioni e al regime d'autorizzazione in caso di concentrazione d'impresе sono passibili di multa fino a 20 000 franchi. La norma concerne le medesime persone interessate dall'articolo 54 disegno LCart²³⁸⁾.

272.3 Prescrizione (art. 56 disegno LCart)

La prescrizione è oggetto di un disciplinamento speciale. Considerata l'importanza che può rivestire il fatto di non rispettare le misure passate in giudicato destinate ad eliminare limitazioni della concorrenza, si giustifica un termine di prescrizione di cinque anni, conformemente agli atti legislativi relativi al diritto penale collaterale. L'azione penale cade in ogni caso in prescrizione una volta che questo termine è superato a metà in virtù di un'interruzione. Gli altri reati, segnatamente quelli commessi nel quadro della procedura d'indagine, si prescrivono in due anni.

272.4 Procedura e rimedi giuridici (art. 57 disegno LCart)

Come in materia di sanzioni amministrative, la procedura si svolge conformemente alla ripartizione generale dei compiti tra la segreteria e la Commissione della concorrenza. La segreteria è competente per l'indagine, mentre la Commissione decide la sanzione. La procedura è retta dalla legge federale sul diritto penale amministrativo.

28 Esecuzione di accordi internazionali

Le norme concernenti l'esecuzione di accordi internazionali corrispondono essenzialmente a quelle della LC, ma sono adattate alle caratteristiche del disegno. Lo svolgimento della procedura è inoltre più preciso. Gli articoli 58 e 59 devono offrire la possibilità di eliminare le limitazioni della concorrenza la cui origine è in Svizzera ma che hanno effetto all'estero, se tali effetti sono incompatibili con le disposizioni del diritto della concorrenza contemplate in trattati internazionali e se è probabile che una parte contraente adotti misure di rappre-

²³⁷⁾ Art. 39 LC

²³⁸⁾ Art. 54 disegno LCart

saglia. Si tratta in particolare di *norme internazionali sulla concorrenza non applicabili direttamente*, come quelle figuranti per esempio nell'*Accordo di libero scambio che la Svizzera ha concluso con la CE*²³⁹⁾ o nella *Convenzione dell'AELS*²⁴⁰⁾. Non è necessario promulgare disposizioni esecutive concernenti le norme internazionali sulla concorrenza direttamente applicabili. Le autorità nazionali possono o devono applicarle direttamente. Tali disposizioni possono anche costituire, se del caso, una base legale per l'elaborazione di ordinanze esecutive di diritto nazionale e destinate a disciplinare questioni organizzative o procedurali.

281 Accertamento dei fatti (art. 58 disegno LCart)

Il Dipartimento federale dell'economia pubblica può incaricare la segreteria della Commissione della concorrenza di effettuare un'indagine preliminare se un affare è in rapporto con un accordo internazionale. Si tratta di un'indagine preliminare ai sensi dell'articolo 26 disegno LCart. Tuttavia, contrariamente alle modalità della procedura ordinaria in materia di concorrenza, la proposta della segreteria in merito al seguito dell'affare non è inviata alla Commissione della concorrenza bensì al Dipartimento federale dell'economia pubblica, il quale decide pure sul disbrigo dell'affare, dopo aver sentito le parti interessate.

282 Soppressione delle incompatibilità (art. 59 disegno LCart)

La questione dell'incompatibilità è valutata secondo i principi e la procedura previsti nell'accordo internazionale in questione. La constatazione dell'incompatibilità deve pertanto essere effettuata dall'organo o dall'ente competente giusta le disposizioni dell'accordo. Se nel corso della procedura d'esecuzione si constata che alcune limitazioni della concorrenza sono incompatibili con l'accordo, spetterà al Dipartimento federale dell'economia pubblica, d'intesa con il Dipartimento federale degli affari esteri, proporre alle imprese interessate (nel senso delle raccomandazioni di cui alla legge attuale²⁴¹⁾) una conciliazione per eliminare l'incompatibilità. Se non è possibile giungere tempestivamente ad una conciliazione e se una parte contraente minaccia di adottare misure contro la Svizzera, il Dipartimento può, d'intesa con il Dipartimento federale degli affari esteri, ordinare le misure necessarie per eliminare la limitazione della concorrenza²⁴²⁾.

Le decisioni del Dipartimento fondate su questa disposizione possono essere impugnate con ricorso (ordinario) di diritto amministrativo al Tribunale federale²⁴³⁾.

²³⁹⁾ Accordo del 22 luglio 1972 tra la Confederazione Svizzera e la CEE (Accordo di libero scambio, RS 0.632.401).

²⁴⁰⁾ Convenzione del 4 gennaio 1960 istitutiva dell'Associazione europea di libero scambio (Convenzione AELS, RS 0.632.31).

²⁴¹⁾ Cfr. art. 43 cpv. 1 LC

²⁴²⁾ Il diritto attuale già autorizza una siffatta decisione qualora le raccomandazioni della Commissione dei cartelli siano rifiutate dalle imprese interessate (art. 37 cpv. 1 LC).

²⁴³⁾ Art. 98 lett. b OG.

Il conferimento della competenza decisionale al Dipartimento si giustifica da un lato perché quest'ultimo è più vicino alle parti contraenti e alle istituzioni di un accordo internazionale e, d'altro lato, poiché i rimedi giuridici offerti contro le decisioni del Dipartimento (che possono essere impugnate soltanto dinanzi al Tribunale federale), sono nettamente più rapidi che nel caso della Commissione della concorrenza.

29 Disposizioni finali

291 Esecuzione (art. 60 disegno LCart)

L'articolo 60 contiene l'usuale conferimento al nostro Collegio della competenza di promulgare le disposizioni esecutive. Tra queste disposizioni occorre menzionare l'ordinanza d'esecuzione concernente il controllo delle concentrazioni d'impresa²⁴⁴).

292 Abrogazione del diritto previgente (art. 61 disegno LCart)

L'articolo 61 disegno LCart abroga la totalità dell'attuale legge sui cartelli.

293 Disposizione transitoria (art. 62 disegno LCart)

Non appena entrata in vigore, la legge esplicherà di massima tutti i suoi effetti sulle concentrazioni d'impresa e le limitazioni della concorrenza che rientrano nel suo campo d'applicazione. Fanno eccezione le limitazioni della concorrenza contro le quali la Commissione dei cartelli ha già aperto una procedura in virtù del diritto attuale. Tali procedure diverranno senza oggetto e le imprese interessate disporranno di sei mesi dall'entrata in vigore della legge per adeguare i loro accordi o i loro comportamenti al nuovo diritto. Scaduto il termine di sei mesi, si potrà pure aprire una procedura contro queste limitazioni della concorrenza, secondo il nuovo diritto. I potenziali destinatari di una decisione potranno domandare l'apertura di una procedura secondo il nuovo diritto prima dello scadere del termine di sei mesi.

294 Referendum ed entrata in vigore (art. 63 disegno LCart)

Quale legge federale, il nuovo testo sottostà al referendum facoltativo giusta l'articolo 89 capoverso 2 Cost. L'articolo 63 del disegno ci conferisce la competenza di stabilire la data dell'entrata in vigore, che dovrà essere coordinata con quella di altri atti legislativi importanti per la rivitalizzazione dell'economia. Si tratta in particolare della legge sul mercato interno, della legge sugli appalti e della legge sugli ostacoli tecnici al commercio.

²⁴⁴) Cfr. commento al n. 255: Esame delle concentrazioni d'impresa.

295 **Modificazione del diritto federale vigente**

*Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi*²⁴⁵⁾

Le modificazioni di ordine terminologico previste nel disegno implicano un adeguamento della legge sulla sorveglianza dei prezzi. Tale adeguamento non comporta tuttavia modificazioni di fondo. Si tratta di cambiamenti di denominazioni. «Commissione dei cartelli» e «cartelli o organizzazioni analoghe» saranno rispettivamente sostituiti con «*Commissione della concorrenza*» e «*accordi in materia di concorrenza o imprese che dominano il mercato*».

Un'altra modificazione concerne l'articolo 20 della medesima legge. Si tratta in effetti di equilibrare le vie legali affinché le decisioni del preposto alla sorveglianza dei prezzi possano essere impugnate dinanzi alla Commissione di ricorso in materia di concorrenza.

*Legge federale sulla procedura amministrativa*²⁴⁶⁾

Secondo l'articolo 42 del disegno LCart le autorità in materia di concorrenza possono pure sentire i testimoni. Visto che l'articolo 14 PA disciplina l'audizione dei testimoni, occorre introdurre la Commissione della concorrenza nell'elenco delle autorità suscettibili di ordinare l'audizione di testimoni.

*Legge federale sull'organizzazione e la gestione del Consiglio federale e dell'Amministrazione federale*²⁴⁷⁾

In applicazione delle norme concernenti la Commissione federale delle banche, la Commissione della concorrenza dev'essere introdotta nell'elenco degli uffici federali dell'articolo 58 capoverso 1 lettera D LOA.

*Ordinanza sull'attribuzione degli uffici ai dipartimenti e dei servizi alla Cancelleria federale*²⁴⁸⁾

All'articolo 1 lettera f numero 9 dell'ordinanza occorre attribuire amministrativamente la Commissione della concorrenza al Dipartimento federale dell'economia pubblica. Il decreto del Consiglio federale che dev'essere adottato a tal fine presuppone, giusta l'articolo 60 capoverso 2 LOA, l'approvazione da parte delle Camere federali mediante decreto federale d'obbligatorietà generale non sottoposto a referendum.

3 Ripercussioni finanziarie e sull'effettivo del personale

31 A livello federale

Con la legge proposta si intende creare in Svizzera uno strumento incisivo per poter intervenire efficacemente contro le limitazioni nocive della concorrenza. Gli strumenti contenuti nella legge per lottare contro tali limitazioni hanno senso soltanto se vi sono anche i mezzi per servirsene; in altri termini, le auto-

²⁴⁵⁾ Del 20 dicembre 1985 (LSPr, RS 942.20)

²⁴⁶⁾ Del 20 dicembre 1968 (PA, RS 172.021)

²⁴⁷⁾ Del 19 settembre 1978 (LOA, RS 172.010)

²⁴⁸⁾ Del 24 febbraio 1982 (RS 172.010.14)

rità in materia di concorrenza preposte all'applicazione del diritto devono poter disporre delle risorse necessarie, tecniche e in materia di personale.

Concepita come autorità di milizia, la Commissione dei cartelli dispone oggi di una segreteria che comprende un direttore, sette collaboratori scientifici, due segretarie a tempo pieno ed una segretaria a tempo parziale. Un siffatto stato maggiore non è oggi in grado di adempiere in modo soddisfacente il mandato assegnato dalla attuale legge sui cartelli:

- l'osservazione costante dello stato della concorrenza non è praticamente garantita²⁴⁹⁾; la Commissione dei cartelli dipende ampiamente in questo settore dalle analisi della concorrenza in Svizzera effettuate da istituzioni internazionali (OCSE, GATT, FMI);
- i pareri relativi ai disegni di atti legislativi della Confederazione attinenti al diritto della concorrenza²⁵⁰⁾ portano solo su alcuni aspetti e si limitano allo stretto necessario. Considerato il programma in corso per rivitalizzare l'economia di mercato, questo stretto necessario diverrebbe problematico;
- è particolarmente sorprendente constatare che le limitate risorse di personale della Commissione dei cartelli impediscono a questo organo di controllare sistematicamente ed in un modo corrispondente agli imperativi della politica della concorrenza le pratiche che limitano la concorrenza. Può farlo solo in modo puntuale e, in un certo senso, soltanto in base a criteri di selezione arbitrari.

Il modesto effettivo di personale e i problemi posti da tale situazione alla politica svizzera della concorrenza hanno motivato recentemente non pochi interventi parlamentari. È stata ad esempio criticata la lentezza delle procedure d'indagine connesse al diritto della concorrenza ed è stato chiesto un aumento degli effettivi della segreteria nonché una revisione della legge sui cartelli.

Non sarà possibile adempiere i compiti previsti dal disegno senza aumentare l'effettivo del personale della segreteria. La legge qui proposta implica esigenze in materia di personale ed infrastruttura nettamente superiori rispetto a quella attuale. Soltanto a queste condizioni l'autorità in materia di concorrenza sarà in grado di agire efficacemente:

- l'introduzione di norme concrete di comportamento necessiterà un minimo di controllo del loro rispetto da parte delle imprese. Visto che il disegno comporta l'obbligo di notificare gli accordi cartellari rigidi, l'autorità in materia di concorrenza deve disporre di un effettivo capace di rilevare sistematicamente (e non più solo puntualmente) le pratiche che limitano illecitamente la concorrenza;
- è necessario disporre di un gruppo di collaboratori muniti di conoscenze approfondite del diritto della concorrenza per essere in grado di promulgare ordinanze ed informare formalmente circa le condizioni alle quali gli accordi in materia di concorrenza sono di regola giustificati per motivi d'efficienza economica²⁵¹⁾;

²⁴⁹⁾ Cfr. art. 25 LC

²⁵⁰⁾ Cfr. art. 26 LC

²⁵¹⁾ Cfr. la competenza della Commissione della concorrenza, art. 6 disegno LCart.

- la scoperta di abusi perpetrati da un'impresa che domina il mercato implica un'osservazione sistematica del mercato ed un'analisi dettagliata del mercato (anche in materia di comportamento dal lato della domanda) nell'ambito delle procedure d'indagine da parte dei competenti collaboratori della segreteria;
- infine, l'introduzione di un controllo delle fusioni implica che l'autorità in materia di concorrenza possa disporre di un minimo di effettivo di periti di buona formazione per svolgere correttamente la procedura d'autorizzazione assai tempestivamente, come esige del resto la legge.

Se si vuole realizzare un moderno regime della concorrenza è di primordiale importanza creare un'organizzazione capace di capire teoricamente e praticamente complessi problemi di economia e di diritto economico e suscettibile anche di risolverli in modo adeguato. Per questo la segreteria dell'autorità in materia di concorrenza dev'essere dotata di giuristi e di economisti in proporzioni uguali. I molteplici compiti ai quali dovrà far fronte l'autorità della concorrenza implicano che la sua segreteria comprenda un servizio di ricerca, un servizio giuridico, un servizio economico, un servizio statistico e un servizio amministrativo.

I presupposti della legge qui proposta implicano un aumento degli effettivi della segreteria della Commissione della concorrenza di 30 unità. Tale esigenza può essere soddisfatta in parte mediante l'abbandono o la redistribuzione di vari compiti. Un'altra parte di questi effettivi supplementari potrebbe essere coperta attingendo alla riserva del Consiglio federale; gli altri posti dovrebbero essere creati iscrivendoli nel budget.

Il disegno prevede anche che le decisioni delle autorità in materia di concorrenza possono essere impugnate dinanzi alla nuova Commissione di ricorso in materia di concorrenza²⁵²⁾. I giudici di questa commissione di ricorso eserciteranno tale funzione a titolo accessorio.

32 A livello cantonale e comunale

La nuova legge non avrà ripercussioni finanziarie a livello cantonale e comunale.

4 Ripercussioni sull'ordinamento economico

Secondo i criteri definiti nel nostro rapporto del 13 giugno 1994 sulla prosecuzione delle riforme in favore dell'economia di mercato, ogni nuovo disegno di legge dev'essere esaminato alla luce di sette criteri per valutare l'incidenza che può avere sull'ordine economico.

L'esame del presente disegno circa le sue conseguenze sul regime economico non pare molto pertinente trattandosi di un atto legislativo fondamentale in questo ambito. L'adozione di una legge destinata a combattere gli effetti nocivi

²⁵²⁾ Cfr. art. 44 disegno LCart.

delle limitazioni della concorrenza intende del resto proprio creare e garantire le basi di tale regime economico. Tuttavia, una legge sui cartelli può essere qualificata come *legge costitutiva* dell'ordinamento economico soltanto nella misura in cui non è utilizzata come strumento politico mediante, nel caso del disegno, la concessione di numerose autorizzazioni eccezionali ai sensi degli articoli 8 e 11 del disegno. Fintanto che questo carattere costitutivo della legge è mantenuto in pratica come figura nel disegno, qualsiasi considerazione relativa alle conseguenze di quest'ultimo sul regime economico è superflua.

5 Programma di legislatura

«Apertura all'esterno - Riforme all'interno», questo è il principio che presiede alla politica della legislatura 1991-1995. Dopo il verdetto popolare negativo del 6 dicembre 1992, abbiamo presentato, nel nostro messaggio del 24 febbraio 1993 sul programma di governo dopo il no allo SEE²⁵³⁾, i provvedimenti che occorre adottare e abbiamo annunciato il presente progetto. La rivitalizzazione dell'economia di mercato costituiva già uno dei cardini del programma di legislatura²⁵⁴⁾.

6 Relazioni con il diritto europeo

Contrariamente a quanto persegue il diritto dell'Unione Europea in materia di concorrenza, il disegno non propone una legislazione all'insegna della proibizione, bensì una legislazione di lotta contro gli abusi. Rispetto al diritto della concorrenza vigente nell'UE, il disegno non ha inoltre nemmeno come scopo principale di colpire le limitazioni della concorrenza nei rapporti transnazionali. Per tener conto dei punti di contatto dell'economia svizzera con le economie nazionali degli Stati dell'UE²⁵⁵⁾, il disegno tiene tuttavia conto del diritto della concorrenza dell'UE, per quanto sia giustificato trarne ispirazione in base ai criteri già menzionati. Ciò non permette soltanto di ottimizzare la situazione della concorrenza in Svizzera (grazie all'assunzione di concetti sperimentati) ma anche di offrire alle imprese svizzere operanti in seno all'UE una certa garanzia che i criteri svizzeri e quelli europei per la valutazione delle limitazioni della concorrenza non sono fondamentalmente contraddittori.

7 Costituzionalità

Dal profilo costituzionale il disegno è fondato principalmente sugli articoli 31^{bis} e 64 Cost. Trattandosi di disposizioni di diritto materiale, occorre domandarsi se sono compatibili con l'articolo 31^{bis} Cost. Giusta tale disposizione la Confederazione può, «quando l'interesse generale lo giustifichi», «emanare

²⁵³⁾ FF 1993 I 609

²⁵⁴⁾ Cfr. anche il nostro rapporto del 13 giugno 1994 sulla prosecuzione delle riforme in favore dell'economia di mercato, FF 1994 III 1240.

²⁵⁵⁾ Per questi punti di incontro, cfr. il commento figurante al n. 17: il disegno nel contesto nazionale ed europeo.

disposizioni per parare agli effetti nocivi di carattere economico o sociale prodotti dai cartelli e da organizzazioni analoghe», «derogando ove occorra al principio della libertà del commercio e dell'industria». La legislazione svizzera sui cartelli non è dunque libera di scegliere i suoi fini. L'articolo sui cartelli, in quanto *norma che stabilisce un obiettivo*, conferisce pertanto al legislatore il mandato di *lottare contro le conseguenze nocive, di natura economica o sociale, prodotte dai cartelli e da organizzazioni analoghe*.

La portata di questo articolo sui cartelli ha sempre dato adito ad interpretazioni differenti. I differenti punti di vista illustrano la divergenza delle opinioni circa la costituzione economica svizzera²⁵⁶. La valutazione dei diversi aspetti di diritto costituzionale nel contesto della presente revisione non dipende dalla risposta data a questa questione controversa. L'articolo sui cartelli autorizza in ogni caso il legislatore (se necessario) a derogare al principio della libertà di commercio e d'industria. Trattandosi dell'apprezzamento dei problemi posti dal diritto costituzionale è più importante conoscere qui le condizioni quadro che vanno rispettate dal legislatore che promulga una legge sui cartelli.

La Costituzione non definisce la nozione di «effetti nocivi di carattere economico o sociale»; essa si concretizza con la risposta del legislatore sui cartelli, che dispone pertanto di un ampio margine di azione. Il testo costituzionale non obbliga il legislatore ad utilizzare mezzi precisi e non esige dallo stesso l'astensione dall'usare determinati strumenti. L'articolo sui cartelli si limita a stabilire un obiettivo, definito in modo assai impreciso, da raggiungere mediante una legislazione sui cartelli²⁵⁷. A queste condizioni, detta legislazione è stata occasionalmente caratterizzata come legislazione dell'abuso in opposizione ad una legislazione della proibizione. Queste classificazioni sono tuttavia troppo sommarie e non hanno grande valore²⁵⁸.

È ovviamente possibile considerare che la competenza della Confederazione di lottare contro gli effetti nocivi prodotti dai cartelli non sia una base sufficiente per imporre legalmente una proibizione generale dei cartelli. Ma la competenza di emanare disposizioni intese a lottare contro gli effetti nocivi non dev'essere capita come una competenza di parare a tali effetti soltanto quando si sono concretamente manifestati. Occorre invece adottare misure legali preventive per impedire il prodursi di siffatti effetti. Ciò spiega perché una proibizione selettiva dei cartelli intesa a combattere gli effetti nocivi può essere considerata compatibile con l'articolo sui cartelli²⁵⁹. La condizione è tuttavia che «l'interesse generale lo giustifichi» e che sia conforme al principio di proporzionalità. In altri termini, una siffatta proibizione dev'essere suscettibile di salvaguardare

²⁵⁶ Vedasi tali punti di vista in *Rhinow*, in: Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, art. 31^{bis}, marginale 185.

²⁵⁷ A proposito dell'articolo sui cartelli quale norma che stabilisce un obiettivo, cfr. *Rhinow*, op. cit., marginale 113.

²⁵⁸ A questo proposito cfr. ad esempio *Schluemp*, in: Schürmann/Schluemp, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zurigo 1988, p. 46 seg.

²⁵⁹ Cfr. per esempio *Schluemp*, in: Schürmann/Schluemp, p. 47; Richli, Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze, Berna 1983, p. 145; Zäch, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, in: Aktuelle Juristische Praxis 1992, 861.

l'interesse generale e non può superare quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo. Il fatto di sapere se una proibizione prevista concretamente soddisfa tali condizioni dipende dal livello di nocività (di carattere economico o sociale) che si attribuisce generalmente agli effetti, noti, del tipo di cartello interessato. Se la nocività è da considerarsi elevata, come è il caso per le limitazioni della concorrenza particolarmente pronunciate costituite segnatamente dai cartelli in materia di prezzi, di quantità e di ripartizione geografica, una proibizione selettiva può essere giustificata. La dottrina è pure unanime oggi nell'affermare che l'articolo sui cartelli autorizza di principio l'impiego di qualsiasi mezzo che consenta di raggiungere lo scopo perseguito, compresa la proibizione legale di alcune pratiche cartellarie nocive. La condizione è tuttavia che il mezzo scelto sia concepito ed utilizzato in modo conforme e proporzionale allo scopo perseguito²⁶⁰). La Costituzione *non vieta dunque per se la creazione di norme di proibizione*.

Giusta l'articolo 5 capoverso 1 disegno LCart gli accordi in materia di concorrenza che sopprimono la concorrenza efficace sono considerati nocivi e di principio²⁶¹) illeciti. Giusta l'articolo 5 capoverso 3 disegno LCart, si può presumere che alcuni tipi di cartelli sono tali da sopprimere la concorrenza efficace. Occorre riconoscere la costituzionalità di queste disposizioni per i seguenti motivi: quando un accordo in materia di concorrenza rende impossibile la concorrenza efficace su un determinato mercato occorre, secondo l'esperienza generale, muovere dal principio che una siffatta situazione provocherà un'inefficienza nociva a livello economico a scapito della domanda, ovvero dei consumatori. A lungo termine una siffatta situazione può pregiudicare il rendimento di tutta l'economia nazionale. Le presunzioni di cui all'articolo 5 capoverso 3 disegno LCart non fondano per se la nocività e l'illiceità di alcuni tipi di cartelli, ma consentono semplicemente di giustificare la presunzione, contestabile, che un accordo provocherà la soppressione della concorrenza efficace. Se un accordo non sopprime la concorrenza efficace, ovvero se la concorrenza efficace è ancora possibile, esso può giustificarsi per ragioni di efficienza economica ai sensi dell'articolo 5 capoverso 2 disegno LCart. Inoltre, anche se la concorrenza efficace è eliminata, l'accordo può eccezionalmente essere giustificato da interessi pubblici preponderanti (art. 8 disegno LCart).

Ne risulta pertanto che considerato globalmente il disegno è ben lungi dal costituire una proibizione generale dei cartelli, che non sarebbe conforme alla Costituzione. La soluzione differenziata qui proposta, che mira ad impedire le conseguenze riconosciute come nocive, non oltrepassa la misura richiesta dallo scopo perseguito.

²⁶⁰) Cfr. *Gygi*, Verfassungsrechtliche Richtpunkte einer schweizerischen Kartellgesetzgebung, in: *Gygi*, Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Berna 1986, 157, 160; *Richli*. Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze, Berna 1983, 150; *Rhinow*, in: Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, art. 31^{bis}, rif. 219 segg.; *Schürmann*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2^a ed., Berna 1983, 325; *stesso autore* Der Kartellartikel der Bundesverfassung, in: Wirtschaft und Recht 1958, 199 (anche come «misura estrema della politica in materia di cartelli»); *Zäch*. Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, in: Aktuelle Juristische Praxis 1992, 861.

²⁶¹) Salvo giustificazione eccezionale ai sensi dell'art. 8 disegno LCart.

L'articolo 7 considera nocive, in virtù dei loro effetti, alcune pratiche di imprese potenti sul mercato. Per giungere ad una siffatta conclusione occorre tuttavia che tali effetti risultino da un abuso connesso alla posizione dominante. La concezione di questa disposizione è incontestabilmente conforme alla Costituzione.

Per quanto concerne il controllo preventivo delle fusioni (art. 9 segg. disegno LCart) occorre sottolineare che nel caso di imprese potenti sul mercato vi è un gran rischio che la concorrenza sia notevolmente diminuita, se non addirittura soppressa. Conviene pertanto ammettere la conformità agli obiettivi dell'articolo sui cartelli del controllo delle concentrazioni d'impresе che portano ad una posizione dominante o che la consolidano e dunque della loro proibizione qualora la concorrenza efficace ne risulti o possa risulterne soppressa. Ad alcune condizioni la soluzione proposta conferisce alle imprese il diritto di ottenere l'autorizzazione di realizzare la concentrazione. Inoltre, anche senza soddisfare queste condizioni, una concentrazione può essere eccezionalmente giustificata da interessi pubblici preponderanti²⁶². Anche in questo contesto il disegno di legge è perfettamente conforme all'attuale articolo sui cartelli.

7318

²⁶² Cfr. art. 11 disegno LCart

**Legge federale
sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza
(Legge sui cartelli, LCart)**

Disegno

del

L'Assemblea federale della Confederazione Svizzera,

visti gli articoli 31^{bis}, 64, 64^{bis} e 114^{bis} della Costituzione federale;
viste le disposizioni in materia di concorrenza contemplate dagli accordi inter-
nazionali;

visto il messaggio del Consiglio federale del 23 novembre 1994¹⁾,

decreta:

Capitolo 1: Disposizioni generali

Art. 1 Scopo

La legge ha lo scopo di impedire gli effetti nocivi di ordine economico o sociale dovuti ai cartelli e alle altre limitazioni della concorrenza e di promuovere in tal modo la concorrenza nell'interesse di un'economia di mercato fondata su un ordine liberale.

Art. 2 Campo d'applicazione

¹ La presente legge si applica alle imprese di diritto privato e di diritto pubblico che fanno parte di un cartello o di altri accordi in materia di concorrenza, dominano il mercato o partecipano a concentrazioni di imprese.

² Essa è applicabile a fattispecie che esplicano i loro effetti in Svizzera, anche se si sono verificate all'estero.

Art. 3 Relazioni con altre prescrizioni legali

¹ Sono fatte salve le prescrizioni che vietano la concorrenza per determinati beni o servizi su un mercato, in particolare:

- a. quelle che fondano un regime statale di mercato o dei prezzi;
- b. quelle che incaricano singole imprese dell'esecuzione di compiti pubblici e accordano loro speciali diritti.

² La presente legge non si applica agli effetti della concorrenza dovuti esclusivamente alla legislazione sulla proprietà intellettuale.

¹⁾ FF 1995 I 389

Art. 4 Definizioni

¹ Per accordi in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate da imprese di livello economico identico o diverso, nella misura in cui si prefiggono o provocano una limitazione della concorrenza.

² Per imprese che dominano il mercato si intendono una o più imprese che per il tramite dell'offerta o della domanda sono in grado di comportarsi in modo ampiamente indipendente sul mercato rispetto agli altri partecipanti.

³ Per concentrazioni di imprese si intendono:

- a. la fusione di due o più imprese fino allora indipendenti le une dalle altre;
- b. ogni operazione mediante la quale una o più imprese assumono, in particolare con l'acquisto di una partecipazione al capitale o con la conclusione di un contratto, il controllo diretto o indiretto di una o più imprese fino allora indipendenti o di una parte di esse.

Capitolo 2: Disposizioni di diritto materiale

Sezione 1: Limitazioni illecite della concorrenza

Art. 5 Accordi illeciti

¹ Sono illeciti gli accordi in materia di concorrenza che intralciano notevolmente la concorrenza sul mercato di determinati beni o servizi e che non sono giustificati da motivi di efficienza economica, nonché quelli che provocano la soppressione di una concorrenza efficace.

² Un accordo in materia di concorrenza è considerato giustificato da motivi di efficienza economica:

- a. se è necessario per ridurre il costo di produzione o di distribuzione, per migliorare i prodotti o il processo di fabbricazione, per promuovere la ricerca o la diffusione di conoscenze tecniche o per sfruttare più razionalmente le risorse o i beni pubblici; e
- b. se la situazione concorrenziale offre la garanzia che una quota ragionevole dei vantaggi che ne risultano alle imprese andrà a profitto dei consumatori e se tale accordo non consentirà affatto alle imprese interessate di sopprimere la concorrenza efficace.

³ È data presunzione della soppressione della concorrenza efficace quando tali accordi, nella misura in cui riuniscono imprese effettivamente o potenzialmente concorrenti:

- a. fissano direttamente o indirettamente i prezzi;
- b. limitano i quantitativi di beni o servizi da produrre, acquistare o consegnare;
- c. operano una ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali.

Art. 6 Tipi di accordi giustificati

¹ La Commissione della concorrenza stabilisce per via di ordinanza o di comunicazione le esigenze in virtù delle quali gli accordi in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica. A tale scopo essa prende in particolare in considerazione:

- a. gli accordi di cooperazione in materia di ricerca e di sviluppo;
- b. gli accordi di specializzazione e di razionalizzazione;
- c. gli accordi concernenti l'esclusiva di acquisto o di vendita di determinati beni o servizi;
- d. gli accordi concernenti l'esclusiva di concessione di licenze di diritti di proprietà intellettuale.

² Le ordinanze e le comunicazioni relative a accordi in materia di concorrenza possono considerare di norma giustificate speciali forme di cooperazione in singoli rami economici, in particolare accordi sulla trasposizione razionale di prescrizioni di diritto pubblico per la protezione dei clienti o degli investitori nel settore dei servizi finanziari.

³ Le ordinanze della Commissione della concorrenza sottostanno all'approvazione del Consiglio federale.

⁴ Le comunicazioni della Commissione della concorrenza sono pubblicate nel Foglio federale.

Art. 7 Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato

¹ Le pratiche di imprese che dominano il mercato sono considerate illecite se, abusando della loro posizione sul mercato, tali imprese ostacolano l'accesso o l'esercizio della concorrenza delle altre imprese o svantaggiano i partner commerciali.

² Costituiscono in particolare pratiche del genere:

- a. il rifiuto di relazioni commerciali (p. es. il blocco della consegna o dell'acquisto);
- b. la discriminazione di partner commerciali in materia di prezzi o di altre condizioni commerciali;
- c. l'imposizione di prezzi inadeguati o di altre condizioni commerciali inadeguate;
- d. la vendita sotto prezzo diretta contro determinati concorrenti o ad altre condizioni commerciali;
- e. la limitazione della produzione, dello smercio o dello sviluppo tecnico;
- f. la subordinazione della conclusione di contratti all'assunzione o alla fornitura di ulteriori prestazioni da parte del partner.

Art. 8 Autorizzazione eccezionale per motivi preponderanti di interesse pubblico

Gli accordi in materia di concorrenza e le pratiche delle imprese che dominano il mercato dichiarati illeciti dall'autorità competente possono essere autorizzati dal Consiglio federale su richiesta degli interessati, se sono eccezionalmente necessari alla realizzazione di interessi pubblici preponderanti.

Sezione 2: Concentrazioni di imprese

Art. 9 Obbligo dell'autorizzazione

¹ Le concentrazioni di imprese sottostanno all'autorizzazione della Commissione della concorrenza, sempreché durante l'ultimo esercizio prima della concentrazione:

- a. le imprese partecipanti abbiano realizzato congiuntamente una cifra d'affari di almeno 2 miliardi di franchi o una cifra d'affari in Svizzera di almeno 500 milioni di franchi; e
- b. almeno due delle imprese partecipanti abbiano realizzato in Svizzera una cifra d'affari di almeno 100 milioni di franchi ognuna.

² Nel caso delle compagnie di assicurazione, al posto della cifra d'affari si tiene conto del totale lordo dei premi annui e in quello delle banche ai sensi della legge sulle banche¹⁾ del 10 per cento della somma di bilancio. La quota svizzera della somma di bilancio delle banche risulta dalla percentuale dei crediti da operazioni con persone domiciliate in Svizzera (banche e clienti) rispetto al totale dei crediti.

³ A prescindere dai capoversi 1 e 2, è dato obbligo dell'autorizzazione se risulta da una procedura fondata sulla presente legge e cresciuta in giudicato che un'impresa partecipante alla concentrazione occupa in Svizzera una posizione dominante sul mercato e che la concentrazione concerne questo mercato oppure un mercato situato a monte o a valle o che le è prossimo.

⁴ L'obbligo dell'autorizzazione non è dato se tutte le imprese partecipanti hanno la loro sede all'estero e non sono vincolate a un'impresa con sede in Svizzera, né dispongono in Svizzera di uno stabilimento attivo sui medesimi mercati o su mercati a monte o a valle o che le sono prossimi.

⁵ Per il tramite di decreti federali di obbligatorietà generale non sottoposti al referendum l'Assemblea federale può:

- a. adeguare alle circostanze gli importi stabiliti dai capoversi 1 e 2;
- b. vincolare a speciali esigenze l'obbligo dell'autorizzazione per le concentrazioni di imprese in determinati settori economici.

Art. 10 Autorizzazione

¹ La Commissione della concorrenza rilascia l'autorizzazione se la concentrazione di imprese:

- a. non crea né rafforza una posizione dominante sul mercato che può sopprimere la concorrenza efficace;
- b. crea effettivamente o rafforza una posizione dominante sul mercato, ma determina su un altro mercato un miglioramento delle condizioni di concorrenza tale da avere il sopravvento sugli svantaggi della posizione dominante.

¹⁾ RS 952.0

² Nel valutare gli effetti di una concentrazione di imprese sull'efficienza della concorrenza, la Commissione della concorrenza tiene parimenti conto dell'evoluzione del mercato, nonché della posizione delle imprese nella concorrenza internazionale.

³ La Commissione della concorrenza può vincolare l'autorizzazione a condizioni e oneri.

Art. 11 Autorizzazione eccezionale per motivi preponderanti di interesse pubblico

Le concentrazioni di imprese alle quali è stata negata l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 10 possono essere autorizzate dal Consiglio federale su richiesta delle imprese partecipanti se sono eccezionalmente necessarie alla realizzazione di interessi pubblici preponderanti.

Capitolo 3: Disposizioni di procedura civile

Art. 12 Azioni per limitazioni della concorrenza

¹ Chiunque è impedito nell'accesso o nell'esercizio della concorrenza da una limitazione illecita della stessa può chiedere:

- a. la soppressione o la cessazione dell'ostacolo;
- b. il risarcimento del danno e la riparazione morale giusta il Codice delle obbligazioni¹⁾;
- c. la consegna del guadagno illecito giusta le disposizioni della gestione d'affari senza mandato.

² Si considerano in particolare ostacoli alla concorrenza il rifiuto di relazioni commerciali e le misure discriminanti.

³ Le azioni di cui al capoverso 1 competono anche alla persona che per causa di una limitazione lecita della concorrenza subisce un impedimento più grave di quello che esige l'attuazione della limitazione medesima.

Art. 13 Esercizio dell'azione di soppressione e di cessazione

Per garantire il diritto alla soppressione o alla cessazione della limitazione della concorrenza, il giudice può, su richiesta dell'attore, ordinare in particolare che:

- a. i contratti sono in tutto o in parte nulli;
- b. il responsabile della limitazione della concorrenza deve concludere con la persona impedita contratti conformi al mercato e alle condizioni usuali del settore economico.

¹⁾ RS 220

Art. 14 Foro

¹ I Cantoni designano per il loro territorio un tribunale competente per esaminare come istanza cantonale unica le azioni per limitazioni della concorrenza. Il tribunale è anche competente per esaminare altre azioni civili proposte contemporaneamente all'azione per limitazione della concorrenza e connesse materialmente con quest'ultima.

² È competente il tribunale del domicilio o della sede svizzeri dell'attore o del convenuto. In assenza di domicilio o di sede l'azione può essere intentata nel luogo dell'amministrazione. Se l'azione è diretta contro più persone, l'attore può intentare l'azione al tribunale del domicilio o della sede oppure, in assenza di entrambi, al luogo dell'amministrazione di una di esse.

Art. 15 Valutazione della liceità di una limitazione della concorrenza

Se nel corso della procedura sorge una contestazione in merito alla liceità di una limitazione della concorrenza, la procedura è sospesa e la causa è trasmessa per esame alla competente autorità in materia di concorrenza.

Art. 16 Tutela del segreto d'affari

¹ Nelle contestazioni per limitazioni della concorrenza devono essere tutelati i segreti di fabbricazione e d'affari delle parti.

² La parte avversa ha accesso ai mezzi di prova che potrebbero rivelare tali segreti soltanto nella misura compatibile con la loro tutela.

Art. 17 Misure cautelari

¹ Per garantire le pretese derivanti da una limitazione della concorrenza, il giudice può ordinare le misure cautelari necessarie, su richiesta di una delle parti.

² Gli articoli 28c-28f del Codice civile svizzero¹⁾ si applicano per analogia alle misure cautelari.

Capitolo 4: Disposizioni di procedura civile

Sezione 1: Autorità in materia di concorrenza

Art. 18 Commissione della concorrenza

¹ Il Consiglio federale istituisce la Commissione della concorrenza (Commissione) e designa i tre membri della presidenza.

² La Commissione è composta di 11 a 15 membri. La maggioranza dei membri devono essere esperti indipendenti.

¹⁾ RS 210

³ La Commissione prende tutte le decisioni che non sono espressamente riservate ad altre autorità. Emanando raccomandazioni (art. 45 cpv. 2) e preavvisi (art. 46 cpv. 2) all'attenzione delle autorità politiche e fornisce pareri (art. 47 cpv. 1).

Art. 19 Organizzazione

¹ La Commissione è indipendente dalle autorità amministrative. Essa è suddivisa in camere con competenze decisionali autonome. In singoli casi può autorizzare un membro della presidenza a sbrigare direttamente casi urgenti o di secondaria importanza.

² La Commissione è aggregata amministrativamente al Dipartimento federale dell'economia pubblica (Dipartimento).

Art. 20 Regolamento interno

¹ La Commissione emana un regolamento interno che disciplina in particolare i dettagli organizzativi, segnatamente le competenze della presidenza, delle singole camere e del plenum.

² Il regolamento interno deve essere approvato dal Consiglio federale.

Art. 21 Decisioni

¹ La Commissione e le sue camere deliberano validamente se sono presenti almeno la metà dei membri, ma in ogni caso almeno tre membri.

² Le decisioni sono prese alla maggioranza semplice dei membri presenti; a parità di voti prevale quello del presidente.

Art. 22 Ricusazione di membri della Commissione

¹ I membri della Commissione devono ricusarsi qualora sussista un motivo di ricusazione giusta l'articolo 10 della legge federale sulla procedura amministrativa¹⁾.

² Di norma non si considera che un membro della Commissione abbia interessi personali o che sussistano altri motivi di prevenzione se questi rappresenta un'associazione mantello.

³ Se la ricusazione è contestata, la Commissione o la pertinente camera decidono in assenza del membro interessato.

Art. 23 Compiti della segreteria

¹ La segreteria prepara gli affari della Commissione, esegue le inchieste e emana unitamente a un membro della presidenza le necessarie decisioni di proce-

¹⁾ RS 172.021

dura. Essa presenta proposte alla Commissione e ne esegue le decisioni. Tratta direttamente con gli interessati, i terzi e le autorità.

² La segreteria allestisce preavvisi (art. 46 cpv. 1) e consiglia i servizi e le imprese su questioni concernenti la presente legge.

Art. 24 Personale della segreteria

¹ Il Consiglio federale nomina la direzione e la Commissione il rimanente personale della segreteria.

² Il rapporto di servizio è disciplinato dalla legislazione sul personale della Confederazione.

Art. 25 Segreto d'ufficio e d'affari

¹ Le autorità in materia di concorrenza serbano il segreto d'ufficio.

² Quanto appreso nell'esercizio delle loro funzioni può essere utilizzato unicamente per gli scopi perseguiti dalla raccolta d'informazioni o dalla procedura.

³ Al Sorvegliante dei prezzi possono essere comunicate unicamente le informazioni necessarie allo svolgimento del suo compito.

⁴ Le pubblicazioni delle autorità della concorrenza non devono rivelare alcun segreto d'affari.

Sezione 2: Inchieste su limitazioni della concorrenza

Art. 26 Inchiesta preliminare

¹ La segreteria può effettuare inchieste preliminari d'ufficio, su richiesta degli interessati o su denuncia di terzi.

² Essa può proporre misure per sopprimere o impedire limitazioni della concorrenza.

³ La procedura di inchiesta preliminare non dà diritto alla consultazione degli atti.

Art. 27 Apertura di un'inchiesta

¹ Se esistono indizi di una limitazione illecita della concorrenza, la segreteria apre un'inchiesta d'intesa con un membro della presidenza. L'inchiesta viene aperta in ogni caso se la segreteria vi è invitata dal giudice civile, dalla Commissione o dal Dipartimento.

² La Commissione decide quali delle inchieste aperte devono essere trattate prioritariamente.

Art. 28 Comunicazione

- ¹ La segreteria comunica l'apertura dell'inchiesta mediante pubblicazione ufficiale.
- ² La comunicazione menziona l'oggetto e le persone inquisite e indica inoltre che i terzi devono annunciare entro 30 giorni se intendono partecipare all'inchiesta.
- ³ L'omissione della pubblicazione non impedisce gli atti di inchiesta.

Art. 29 Conciliazione

- ¹ Qualora reputi illecita una limitazione della concorrenza, la segreteria della Commissione può proporre alle parti una conciliazione sulle modalità della sua soppressione.
- ² La conciliazione va redatta per scritto e necessita dell'approvazione della Commissione.

Art. 30 Decisione

- ¹ La Commissione decide su proposta della segreteria le misure da adottare o l'approvazione della conciliazione.
- ² Le parti alla procedura possono prendere posizione per scritto sulla proposta della segreteria. La Commissione può ordinare un'audizione e ordinare alla segreteria ulteriori misure di inchiesta.
- ³ Se le circostanze di fatto o giuridiche hanno subito modificazioni essenziali, la Commissione può revocare o modificare la sua decisione su proposta della segreteria o degli interessati.

Art. 31 Autorizzazione eccezionale

- ¹ Qualora la Commissione, la Commissione di ricorso in materia di concorrenza o il Tribunale federale abbiano deciso che una limitazione della concorrenza è illecita, le parti possono chiedere per il tramite del Dipartimento, entro 30 giorni dal giudicato della decisione, un'autorizzazione eccezionale del Consiglio federale per motivi preponderanti di interesse pubblico.
- ² L'autorizzazione deve essere limitata nel tempo e può essere vincolata a condizioni e oneri.
- ³ Su richiesta degli interessati, il Consiglio federale può prorogare l'autorizzazione se i requisiti del suo rilascio permangono adempiti.

Sezione 3: Esame delle concentrazioni di imprese

Art. 32 Esame preliminare

- ¹ A ricezione di una domanda di autorizzazione di concentrazione di imprese, la segreteria avvia un esame preliminare, della durata massima di un mese, per

accertare se le condizioni di autorizzazione giusta l'articolo 10 capoverso 1 sono adempite.

² Le imprese partecipanti non possono effettuare la concentrazione prima del rilascio dell'autorizzazione, a meno che la Commissione la autorizzi per motivi importanti su loro richiesta.

³ Se dall'esame preliminare risulta che le condizioni dell'autorizzazione giusta l'articolo 10 capoverso 1 sono adempite, la Commissione rilascia l'autorizzazione su proposta della segreteria. La decisione di autorizzazione è motivata sommariamente.

Art. 33 Esame

¹ Se dall'esame preliminare giusta l'articolo 32 traspaiono indizi secondo i quali la concentrazione potrebbe sopprimere la concorrenza efficace, la segreteria propone l'esecuzione di un esame da parte della Commissione. Se la Commissione decide l'esecuzione di un esame, la segreteria pubblica il contenuto essenziale della domanda di autorizzazione di concentrazione e rende noto il termine entro il quale i terzi possono prendere posizione in merito.

² All'inizio dell'esame, la Commissione decide se la concentrazione può essere effettuata eccezionalmente a titolo provvisorio o se va mantenuta in sospeso.

³ La Commissione esegue l'esame entro un termine di quattro mesi sempreché non ne venga impedita da circostanze imputabili alle imprese partecipanti. Tali imprese possono chiedere una proroga del termine.

⁴ Alla conclusione dell'esame la Commissione approva o vieta la concentrazione.

Art. 34 Effetti giuridici della procedura di autorizzazione e del decorso del termine

Fatta salva l'autorizzazione dell'esecuzione provvisoria, gli effetti di diritto civile di una concentrazione soggetta ad autorizzazione sono sospesi sino al rilascio della stessa. La concentrazione è considerata autorizzata se la Commissione non decide in merito entro i termini stabiliti dagli articoli 32 capoverso 1 o 33 capoverso 3.

Art. 35 Violazione dell'obbligo di autorizzazione

Se una concentrazione di imprese soggetta ad autorizzazione viene effettuata senza autorizzazione, la procedura giusta gli articoli 32-38 è avviata d'ufficio. In questo caso il termine giusta l'articolo 32 capoverso 1 decorre dal momento in cui l'autorità è in possesso delle informazioni che devono essere contenute nella richiesta di autorizzazione.

Art. 36 Procedura di autorizzazione eccezionale

¹ Qualora la Commissione, la Commissione di ricorso in materia di concorrenza o il Tribunale federale abbiano vietato una concentrazione, le imprese partecipanti possono richiedere un'autorizzazione eccezionale giusta l'articolo 11. La domanda deve essere presentata al Dipartimento entro 30 giorni dal giudicato della decisione.

² Il Consiglio federale decide in merito alla domanda possibilmente entro quattro mesi dalla ricezione della stessa.

Art. 37 Ripristino della concorrenza efficace

¹ Se una concentrazione di imprese è vietata dopo la sua realizzazione o se per la stessa non è stata rilasciata o richiesta l'autorizzazione eccezionale, le imprese partecipanti hanno l'obbligo di prendere i provvedimenti necessari al ripristino della concorrenza efficace.

² La Commissione può esigere dalle imprese partecipanti proposte vincolanti in merito al ripristino della concorrenza efficace. Essa impartisce un termine all'uopo.

³ Se accetta le proposte, la Commissione può ordinare in che modo ed entro quale termine le imprese partecipanti devono eseguire i provvedimenti.

⁴ Se nonostante diffida le imprese partecipanti non presentano proposte o se queste ultime non sono accettate, la Commissione può ordinare:

- a. la separazione delle imprese o degli attivi concentrati;
- b. la cessazione degli effetti di controllo;
- c. ulteriori provvedimenti idonei al ripristino della concorrenza efficace.

Art. 38 Revoca dell'autorizzazione

¹ La Commissione può revocare l'autorizzazione se:

- a. è fondata sulle indicazioni inesatte di un'impresa partecipante;
- b. è stata ottenuta fraudolentemente; oppure
- c. le imprese partecipanti contravvengono gravemente ad un onere vincolato all'autorizzazione.

² Il Consiglio federale può revocare per i medesimi motivi un'autorizzazione eccezionale.

Sezione 4: Procedura e rimedi giuridici

Art. 39 Principio

La legge federale sulla procedura amministrativa¹⁾ è applicabile alle procedure nella misura in cui la presente legge non vi deroghi.

¹⁾ RS 172.021

Art. 40 Obbligo di fornire informazioni

Le persone che partecipano a intese, le imprese che dominano il mercato, quelle che partecipano a concentrazioni di imprese nonché i terzi interessati devono fornire alla autorità in materia di concorrenza tutte le informazioni utili alle inchieste e presentare i documenti necessari. Il diritto di non fornire informazioni è disciplinato dall'articolo 16 della legge sulla procedura amministrativa¹⁾.

Art. 41 Assistenza amministrativa

I servizi della Confederazione e dei Cantoni hanno l'obbligo di collaborare alle inchieste delle autorità in materia di concorrenza e di mettere a disposizione i documenti necessari.

Art. 42 Misure di inchiesta

Le autorità in materia di concorrenza possono procedere all'audizione di terzi come testimoni e costringere le parti all'inchiesta a deporre. È applicabile l'articolo 64 della legge di procedura civile federale²⁾. Esse possono ordinare perquisizioni e sequestrare mezzi di prova.

Art. 43 Partecipazione di terzi all'inchiesta

¹ Possono annunciare la loro partecipazione all'inchiesta su una limitazione della concorrenza:

- a. le persone che a motivo della limitazione della concorrenza sono impediti nell'accesso o nell'esercizio della concorrenza;
- b. le associazioni professionali ed economiche autorizzate per statuto a difendere gli interessi economici dei loro membri, sempreché anche i membri dell'associazione o di una sezione possano partecipare all'inchiesta;
- c. le organizzazioni di importanza nazionale o regionale che per statuto si dedicano alla difesa dei consumatori.

² La segreteria può esigere che i gruppi di sei o più partecipanti ad un'inchiesta aventi un identico interesse designino un rappresentante comune se l'inchiesta ne dovesse altrimenti risultare eccessivamente complicata. Essa può in ogni caso limitare la partecipazione a un'audizione; sono fatti salvi i diritti di parte giusta la legge sulla procedura amministrativa.

³ I capoversi 1 e 2 si applicano per analogia alla procedura di autorizzazione eccezionale di una limitazione della concorrenza da parte del Consiglio federale (art. 8).

⁴ Nella procedura di esame delle concentrazioni di imprese la qualità di parte è riservata alle sole imprese partecipanti.

¹⁾ RS 172.021

²⁾ RS 273

Art. 44 Ricorso alla Commissione di ricorso

Le decisioni della Commissione possono essere impugnate con ricorso alla Commissione di ricorso in materia di concorrenza.

Sezione 5:

Altri compiti e competenze delle autorità in materia di concorrenza

Art. 45 Raccomandazioni alle autorità

¹ La Commissione osserva continuamente le condizioni di concorrenza.

² Può sottoporre alle autorità raccomandazioni riguardanti la politica in materia di concorrenza.

Art. 46 Preavvisi

¹ I disegni di atti normativi della Confederazione in materia economica o di altri atti normativi federali che possono influenzare la concorrenza devono essere sottoposti alla segreteria. Questa li esamina dal profilo delle distorsioni e delle limitazioni eccessive della concorrenza.

² Nelle procedure di consultazione la Commissione dà il suo preavviso sui disegni di atti normativi della Confederazione che limitano la concorrenza o la influenzano altrimenti. Può dare il suo preavviso sui disegni di atti normativi cantonali.

Art. 47 Pareri

¹ La Commissione redige pareri su questioni di concorrenza di importanza sostanziale per i tribunali e le autorità amministrative. Nelle questioni di importanza secondaria può incaricarne la segreteria.

² Per la redazione dei pareri la Commissione e la segreteria possono esigere emolumenti in funzione delle spese.

Art. 48 Pubblicazione delle decisioni e delle sentenze

¹ Le autorità in materia di concorrenza possono pubblicare le loro decisioni.

² I tribunali trasmettono spontaneamente alla segreteria una copia completa delle sentenze emesse in virtù della presente legge. La segreteria raccoglie queste sentenze e può pubblicarle periodicamente.

Art. 49 Obbligo di informare

¹ La segreteria e la Commissione informano il pubblico circa la loro attività.

² La Commissione presenta annualmente al Consiglio federale un rapporto sulle sue attività.

Sezione 6: Sanzioni amministrative

Art. 50 Infrazioni in relazione con conciliazioni e decisioni dell'autorità

All'impresa che a proprio vantaggio contravviene a una conciliazione, a una decisione cresciuta in giudicato delle autorità in materia di concorrenza o a una decisione di un'autorità di ricorso è addossato un importo sino a tre volte il guadagno conseguito con l'infrazione. Se il guadagno non può essere accertato o stimato, l'importo può ascendere sino al dieci per cento dell'ultima cifra d'affari annua in Svizzera; l'articolo 9 capoverso 2 è applicabile per analogia.

Art. 51 Infrazioni in relazione con concentrazioni di imprese

¹ All'impresa che contravviene agli oneri vincolati all'autorizzazione, effettua senza autorizzazione una concentrazione sottoposta a autorizzazione, realizza una concentrazione vietata o non esegue un provvedimento per il ripristino di una concorrenza efficace è addossato un importo sino a un milione di franchi.

² In caso di recidiva inerente a un onere connesso all'autorizzazione, l'importo addossato all'impresa può ascendere sino al dieci per cento della cifra d'affari totale realizzata in Svizzera dall'insieme delle imprese partecipanti. L'articolo 9 capoverso 2 è applicabile per analogia.

Art. 52 Altre infrazioni

All'impresa che non adempie o adempie solo in parte il suo obbligo di fornire informazioni o di presentare i documenti è addossato un importo sino a 100 000 franchi.

Art. 53 Procedura e rimedi giuridici

¹ Le infrazioni sono istruite dalla segreteria d'intesa con un membro della presidenza e giudicate dalla Commissione.

² Le decisioni della Commissione possono essere impugnate con ricorso alla Commissione di ricorso in materia di concorrenza.

Capitolo 5: Sanzioni penali

Art. 54 Reati in materia di conciliazioni e decisioni amministrative

Chiunque, intenzionalmente, contravviene a una conciliazione, a una decisione cresciuta in giudicato delle autorità in materia di concorrenza o a una decisione di un'autorità di ricorso, è punito con la multa sino a 100 000 franchi.

Art. 55 Altri reati

Chiunque, intenzionalmente, non esegue o esegue solo in parte una decisione dell'autorità in materia di concorrenza concernente l'obbligo di fornire infor-

mazioni (art. 40) oppure non adempie o adempie solo in parte l'obbligo di autorizzazione in caso di concentrazione di imprese (art. 9), è punito con la multa sino a 20 000 franchi.

Art. 56 Prescrizione

¹ Il perseguimento penale si prescrive in cinque anni nel caso di reati contro le conciliazioni e le decisioni amministrative (art. 54). In caso di interruzione, il termine di prescrizione non può essere prorogato di oltre la metà.

² Il perseguimento penale nel caso degli altri reati (art. 55) si prescrive in due anni.

Art. 57 Procedura e rimedi giuridici

¹ Il perseguimento e il giudizio dei reati sono disciplinati dalla legge federale sul diritto penale amministrativo¹⁾.

² Autorità di perseguimento penale è la segreteria, d'intesa con un membro della presidenza; autorità di giudizio è la Commissione.

Capitolo 6: Esecuzione di accordi internazionali

Art. 58 Accertamento dei fatti

¹ Se una parte contraente di un accordo internazionale fa valere che determinate limitazioni della concorrenza sono incompatibili con l'accordo, il Dipartimento può incaricare la segreteria di avviare una corrispondente inchiesta preliminare.

² Il Dipartimento decide su proposta della segreteria circa il seguito della procedura. Esso sente dapprima gli interessati.

Art. 59 Soppressione delle incompatibilità

¹ Se nell'esecuzione di un accordo internazionale si constata che una limitazione della concorrenza è incompatibile con l'accordo, il Dipartimento può, d'intesa con il Dipartimento federale degli affari esteri, proporre alle parti interessate una conciliazione in vista della soppressione delle incompatibilità.

² Se una conciliazione non può essere attuata tempestivamente e se la parte contraente dell'accordo minaccia di prendere misure nei confronti della Svizzera, il Dipartimento può, d'intesa con il Dipartimento federale degli affari esteri, prendere le misure necessarie per sopprimere la limitazione della concorrenza.

¹⁾ RS 313.0

Capitolo 7: Disposizioni finali

Art. 60 Esecuzione

Il Consiglio federale emana le disposizioni di esecuzione.

Art. 61 Diritto previgente: abrogazione

La legge federale del 20 dicembre 1985¹⁾ su i cartelli e le organizzazioni analoghe è abrogata.

Art. 62 Disposizione transitoria

¹ Le procedure in corso divengono senza oggetto con l'entrata in vigore della presente legge. Le nuove procedure aventi il medesimo oggetto possono essere avviate al più presto sei mesi dopo l'entrata in vigore della presente legge, a meno che gli eventuali destinatari di una decisione chiedano di anticipare l'inchiesta. L'inchiesta preliminare può essere avviata in qualsiasi momento.

² Le decisioni cresciute in giudicato e le raccomandazioni accettate in virtù della legge federale del 20 dicembre 1985²⁾ su i cartelli e le organizzazioni analoghe sono ulteriormente disciplinate dal diritto previgente per quanto concerne le sanzioni.

Art. 63 Referendum ed entrata in vigore

¹ La presente legge sottostà al referendum facoltativo.

² Il Consiglio federale ne determina l'entrata in vigore.

¹⁾ RU 1986 874, 1992 288

²⁾ RS 251

Modificazione del diritto federale vigente

1. La legge sull'organizzazione e la gestione del Consiglio federale e dell'Amministrazione federale¹⁾

Art. 58 cpv. 1 lett. D

D. Uffici e servizi aggregati amministrativamente

I seguenti uffici e servizi sono aggregati amministrativamente alla Cancelleria federale e ai dipartimenti:

Aggiungere

Schweizerische Wettbewerbskommission
Commission suisse de la concurrence
Commissione svizzera della concorrenza

2. Legge federale sulla procedura amministrativa²⁾

Art. 14 cpv. 1 lett. d (nuova) e cpv. 2

¹ Ove i fatti non possano essere sufficientemente chiariti in altro modo, le autorità seguenti possono ordinare l'audizione di testimoni:

d. Le autorità in materia di concorrenza ai sensi della legge sui cartelli.

² Le autorità indicate al capoverso 1 lettere a, b e d affidano l'audizione dei testimoni a un funzionario idoneo.

3. Legge federale del 20 dicembre 1985³⁾ sulla sorveglianza dei prezzi

Art. 5 cpv. 2, 3 e 4, nonché sezione 7 (titolo)

La locuzione «Commissione dei cartelli» è sostituita con «Commissione della concorrenza».

Art. 2 Campo d'applicazione relativamente alle persone

La legge si applica agli accordi in materia di concorrenza ai sensi della legge del ... sui cartelli⁴⁾ e alle imprese di diritto privato e pubblico che dominano il mercato.

¹⁾ RS 172.010

²⁾ RS 172.021

³⁾ RS 942.20

⁴⁾ RS 251; RU ...

Art. 6 primo periodo

Le parti contraenti di un accordo in materia di concorrenza o le imprese che dominano il mercato che intendono procedere a un aumento dei prezzi possono preannunciarlo al Sorvegliante dei prezzi. ...

Art. 14 cpv. 1 primo periodo

¹ Prima di decidere o approvare un aumento di prezzo proposto dalle parti contraenti a un accordo in materia di concorrenza o da un'impresa che domina il mercato, la competente autorità legislativa della Confederazione, del Cantone o del Comune deve chiedere il parere del Sorvegliante dei prezzi. ...

Art. 15 cpv. 1

¹ I prezzi convenuti o quelli di un'impresa che domina il mercato, già sottoposti a sorveglianza in virtù di altre prescrizioni di diritto federale, sono giudicati dall'autorità competente in luogo e vece del Sorvegliante dei prezzi.

Art. 16

¹ La Commissione della concorrenza può procedere ad indagini sugli accordi in materia di concorrenza e su imprese che dominano il mercato anche quando il Sorvegliante dei prezzi abbia ridotto prezzi abusivi o sospeso la procedura.

² Resta riservato al Sorvegliante dei prezzi l'esame del carattere abusivo dei prezzi convenuti o di quelli di imprese che dominano il mercato.

Art. 17 primo periodo

Le parti contraenti a un accordo in materia di concorrenza o le imprese che dominano il mercato, come anche i terzi partecipanti al mercato, devono fornire al Sorvegliante dei prezzi tutte le debite informazioni e produrre tutti gli atti necessari. ...

Art. 20 primo periodo

Le decisioni del Sorvegliante dei prezzi sono impugnabili, nel termine di 30 giorni, innanzi alla Commissione di ricorso in materia di concorrenza. ...

Decreto federale
concernente l'approvazione di una modificazione
dell'ordinanza sull'attribuzione degli uffici
ai dipartimenti e dei servizi alla Cancelleria federale

Disegno

del

L'Assemblea federale della Confederazione Svizzera,

visto l'articolo 60 capoverso 2 della legge sull'organizzazione dell'amministrazione¹⁾;

visto il messaggio del Consiglio federale del 23 novembre 1994²⁾,

decreta:

Art. 1

È approvata la modificazione del 23 novembre 1994³⁾ dell'ordinanza del 24 febbraio 1982⁴⁾ sull'attribuzione degli uffici ai dipartimenti e dei servizi alla Cancelleria federale (appendice).

Art. 2

¹ Il presente decreto, che non è di obbligatorietà generale, non sottostà al referendum.

² Il Consiglio federale ne determina l'entrata in vigore.

7361

¹⁾ RS 172.010

²⁾ FF 1995 I 389...

³⁾ RU ...

⁴⁾ RS 172.010.14

**Ordinanza
sull'attribuzione degli uffici ai dipartimenti
e dei servizi alla Cancelleria federale**

Appendice

Modificazione del 23 novembre 1994

Approvata dall'Assemblea federale il ...¹⁾

Il Consiglio federale svizzero

ordina:

I

L'ordinanza del 24 febbraio 1982²⁾ sull'attribuzione degli uffici ai dipartimenti e dei servizi alla Cancelleria federale è modificata come segue:

Art. 1 lett. f n. 9

I dipartimenti dell'amministrazione federale sono articolati come segue:

- f. Dipartimento federale dell'economia pubblica
 - 9. Commissione svizzera della concorrenza (aggregazione amministrativa).

II

¹ La presente modificazione deve essere approvata dall'Assemblea federale.

² Essa entra in vigore contemporaneamente al decreto federale del ...³⁾ concernente l'approvazione di una modificazione dell'ordinanza sull'attribuzione degli uffici ai dipartimenti e dei servizi alla Cancelleria federale.

23 novembre 1994

In nome del Consiglio federale svizzero:

Il presidente della Confederazione, Stich

Il cancelliere della Confederazione, Couchepin

7361a

¹⁾ RU ...

²⁾ RS 172.010.14

³⁾ FF ...

Messaggio concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart) del 23 novembre 1994

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1995
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	06
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	94.100
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	14.02.1995
Date	
Data	
Seite	389-514
Page	
Pagina	
Ref. No	10 118 093

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.