

Il Consiglio di Stato

Segreteria di Stato dell'economia
Direzione della politica economica
Consultazione LCart
Effingerstrasse 1
3003 Berna

Legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza: procedura di consultazione

Gentili signore ed egregi signori,

vi ringraziamo per averci dato facoltà di esprimerci sull'avamprogetto di modifica della legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart). La concorrenza - come da voi giustamente sottolineato - è una delle premesse principali per avere un'economia efficiente a livello complessivo e, di conseguenza, per conseguire l'obiettivo della prosperità sancito nella Costituzione federale. Una legge sui cartelli consolidata e incisiva riveste pertanto un'enorme importanza per le imprese, per gli enti pubblici e per i consumatori.

L'esperienza e la pratica delle autorità cantonali in quest'ambito sono tuttavia limitate, in quanto le procedure decisionali e ricorsuali di natura amministrativa sono di competenza esclusiva di istanze federali. Ci è di conseguenza difficile poter valutare compiutamente tutte le modifiche proposte. I documenti ricevuti ci inducono comunque a formulare le osservazioni seguenti.

Autorità competenti

Esprimiamo innanzitutto scetticismo riguardo alla nuova organizzazione giurisdizionale proposta, con l'istituzione in particolare di un Tribunale federale della concorrenza. Ci risulta del resto che anche il nuovo presidente della Commissione della concorrenza (Comco), nella recente conferenza stampa annuale, abbia manifestato forti perplessità su questo punto della revisione.

Condividiamo certo l'obiettivo di rafforzare la professionalizzazione e l'indipendenza della Comco, diminuendo segnatamente le prerogative dei gruppi d'interessi che oggi

vi sono rappresentati, e riconosciamo che l'applicazione della legge sui cartelli richiede conoscenze specifiche di carattere economico. Tuttavia non riteniamo che la materia sia a tal punto particolare da rendere necessaria un'autorità giudiziaria propria, creando un'eccezione unica nel suo genere.

Certamente in molti altri settori i servizi dell'amministrazione federale o le istanze autonome competenti sono chiamati ad applicare normative alquanto tecniche e di difficile comprensione generale. Basti pensare, per citare un esempio relativo al Cantone Ticino su cui si è recentemente pronunciato il Tribunale amministrativo federale, a decisioni adottate dall'Ufficio federale dell'aviazione civile in tema di procedure di avvicinamento agli scali aeroportuali, oppure, in riferimento a enti di diritto pubblico indipendenti, a determinate decisioni adottate dalla FINMA in materia di vigilanza bancaria e borsistica.

Eppure in tutti gli altri ambiti amministrativi di competenza della Confederazione il controllo giurisdizionale delle decisioni viene garantito dal Tribunale amministrativo federale, come del resto avviene oggi anche in riferimento alla legge sui cartelli. Non comprendiamo invero perché in questo specifico ambito il giudizio di prima istanza dovrebbe essere attribuito ad un'autorità giudiziaria e non, come usuale, ad un'autorità amministrativa.

La soluzione paventata risulta in contraddizione con gli obiettivi della recente riforma dell'organizzazione giudiziaria federale, che ha riunito nel Tribunale amministrativo federale tutte le istanze ricorsuali esistenti nella struttura dell'amministrazione federale. D'altronde la modifica proposta non può certo essere motivata da esperienze negative maturate in base all'attuale disciplina dei rimedi di diritto, considerato che il Tribunale amministrativo federale è entrato in funzione solo il 1. gennaio 2007. In quest'ottica, la revisione legislativa è quindi quantomeno prematura.

A nostro giudizio il rischio concreto insito nella nuova organizzazione proposta è la creazione di un'istanza giudiziaria eccessivamente specialistica, che acquisisca un carattere troppo tecnico e non mantenga quindi una visione globale del diritto amministrativo e dei principi generali di procedura. La situazione alimenterebbe anche una certa insicurezza tra le parti interessate (come potrebbe essere il Cantone) e i relativi patrocinatori, chiamati ad agire in un contesto procedurale del tutto singolare anziché dinanzi al Tribunale amministrativo federale.

Non ci sembra invero pertinente nemmeno l'analogia tratta con il Tribunale federale dei brevetti, istituito con legge del 20 marzo 2009 (LTBF; RS 173.41). Tale autorità è infatti stata creata per riunire a livello nazionale la trattazione delle controversie civili in materia brevettuale, il cui esiguo numero (circa una trentina all'anno in tutta la Svizzera) non permette ai giudici cantonali di acquisire sufficiente esperienza in una materia comunque particolare dal profilo giuridico e tecnico. Con l'istituzione del Tribunale federale dei brevetti ci si è pertanto prefissati di garantire una giurisprudenza di qualità e uniforme per tutto il territorio nazionale, con evidenti vantaggi dal profilo della certezza del diritto (cfr. messaggio concernente la legge sul Tribunale federale dei brevetti, del 7 dicembre 2007, in FF 2007 pag. 349 segg.).

Nel campo del diritto dei cartelli il menzionato obiettivo di concentrazione delle procedure a livello federale è evidentemente già raggiunto con l'organizzazione attuale delle istanze decisionali e ricorsuali. Con la creazione del Tribunale federale della concorrenza non verrebbe inoltre demandata alla giurisdizione federale una specifica materia appartenente ad un settore per il resto di competenza dei Cantoni, com'è il caso del Tribunale federale dei brevetti in relazione a tutte le altre controversie di diritto civile. Verrebbe invece sottratto un puntuale ambito giuridico alla competenza dell'autorità giudiziaria federale normalmente competente in materia amministrativa.

Auspichiamo quindi che la riforma legislativa sia realizzata piuttosto nel senso indicato come terza variante alternativa a pag. 15 del vostro rapporto esplicativo, ovvero con una suddivisione più marcata dei compiti tra la Segreteria e la Comco - ciò che può apparire senz'altro utile ed opportuno - ma mantenendo la competenza decisionale della stessa Comco, con il Tribunale amministrativo federale a fungere da istanza di ricorso.

Accordi verticali

Condividiamo le ragioni addotte a sostegno della tesi secondo cui gli accordi verticali non sono necessariamente nocivi alla concorrenza, ma devono essere valutati in modo più prudente, secondo le specificità di ogni singolo caso. Ci sembra in effetti plausibile che taluni accordi tra produttori e distributori possano addirittura intensificare la concorrenza riducendo le pressioni verso un'integrazione verticale e non abbiano effetti limitativi se non vi sono posizioni di mercato forti, ma sussiste un'intensa concorrenza tra prodotti e servizi.

Tra le due varianti poste in consultazione, esprimiamo una preferenza per la prima, che ci pare più semplice e di più facile lettura. La seconda, mediante il mantenimento dell'art. 5 cpv. 4 che presume l'esistenza di una soppressione della concorrenza in casi di accordi verticali sui prezzi o sulla ripartizione territoriale, evidenzerebbe certo in modo migliore i rischi insiti in questo genere di accordi; esprimerebbe tuttavia una presunzione che, come spiegato nel rapporto esplicativo, non trova riscontro nella prassi, dove di fatto viene molto più spesso confutata che non confermata. L'art. 5 cpv. 4 verrebbe inoltre precisato dal nuovo art. 6 cpv. 1 lett. f, che enuncia un'importante eccezione specifica a tale norma, ma dal profilo sistematico la correlazione tra le due disposizioni non è invero di immediata evidenza.

La variante 1 eliminerebbe per contro la problematica presunzione dell'art. 5 cpv. 4 e imporrebbe di valutare gli accordi verticali innanzitutto secondo i principi generali dell'art. 5 cpv. 1 e 2. La modifica dell'art. 49a, e in particolare l'introduzione della lett. b di tale norma, riprenderebbe comunque in qualche modo le due fattispecie ora contemplate dall'art. 5 cpv. 4, specificando che gli accordi verticali illeciti sono sanzionabili se riguardano la fissazioni di prezzi o di zone di distribuzione.

Della variante 2 ci sembra comunque interessante e opportuno il previsto art. 49 cpv. 3 lett. d, che esenta da sanzioni accordi verticali praticati in maniera analoga nel SEE e riconosciuti compatibili con il diritto europeo. Con tale clausola viene infatti favorita

l'applicazione anche in Svizzera di forme di distribuzione affermatesi a livello internazionale. Ci chiediamo pertanto se la citata normativa non possa venir ripresa nella revisione della legge anche in aggiunta alla modifica proposte con la variante 1.

Procedura di opposizione

Siamo d'accordo sul fatto che la comunicazione di future pratiche suscettibili di costituire limitazioni illecite della concorrenza non possa automaticamente comportare l'esenzione da sanzioni fino all'accertamento definitivo dell'eventuale incompatibilità con la legge sui cartelli. In tale ottica le modifiche proposte all'art. 49a cpv. 4 - che per salvaguardare la possibilità di infliggere sanzioni impone all'autorità di vigilanza di avviare un'inchiesta formale (art. 27) entro due mesi, anziché una semplice inchiesta preliminare (art. 26) entro cinque mesi, come finora (art. 49a cpv. 3 lett. a - ci sembrano però imporre esigenze troppo elevate alle autorità di vigilanza durante la fase transitoria.

In effetti, normalmente le leggi non fissano termini perentori alle autorità amministrative per esaminare una richiesta, trattando la loro inazione come una sorta di accoglimento della richiesta stessa. Il rischio connesso all'attuazione di determinate pratiche senza avallo preventivo delle autorità e quindi con la possibilità che vengano poi giudicate illecite e sanzionate deve normalmente essere sopportato dall'interessato. L'esclusione di sanzioni nell'ipotesi contemplata dall'attuale art. 49a cpv. 3 lett. a rappresenta già un'eccezione a questo principio e costituisce a nostro avviso una soluzione equilibrata, che non ci pare opportuno estendere in maniera ancor più favorevole alle imprese.

Controllo delle concentrazioni

Il rapporto esplicativo critica la regolamentazione attuale in materia di controllo delle concentrazioni, rilevando tra l'altro che in Svizzera è più difficile vietare simili processi rispetto ad altri Paesi europei e ad altri Stati industriali. Del resto, al di là della menzionata decisione con cui è stata recentemente vietata la concentrazione tra Orange e Sunrise, la prassi, se si considerano i casi più noti al pubblico ad esempio nel settore della vendita al dettaglio, su questo aspetto appare effettivamente alquanto permissiva. Il rapporto auspica quindi maggior rigore e tra le due proposte sembra favorire la variante 1, ma poi con malcelata contraddizione rileva che il Consiglio federale propende per la variante 2, in quanto la stessa implica un minor fabbisogno di risorse.

Ci è evidentemente impossibile valutare quali differenze implicino le due varianti in termini di risorse finanziarie e di personale, ritenuto che al riguardo il rapporto esplicativo è del tutto generico. Dal profilo materiale, la variante 1 ci sembra comunque preferibile. Essa consente infatti un'armonizzazione del controllo delle concentrazioni con le regole vigenti nell'UE e nella maggioranza degli Stati membri, coerentemente tra l'altro con la semplificazione, che condividiamo, apportata all'art. 9 cpv. 1bis lett. a in caso di concentrazioni di imprese internazionali su mercati rilevanti che

comprendono la Svizzera e almeno il SEE (segnaliamo tra l'altro che la norma citata, nella versione italiana, deve essere corretta in "...la Svizzera e almeno il SEE").

Questa prima variante ha inoltre il pregio di focalizzare l'esame sul rischio essenziale potenzialmente insito in una concentrazione, ovvero la questione di sapere se il processo è suscettibile di intralciare notevolmente la concorrenza efficace, indipendentemente dal fatto che si crei o si rafforzi una posizione dominante sul mercato. La seconda variante, ammette per contro, sostanzialmente come ora, concentrazioni di imprese che pregiudicano notevolmente la concorrenza senza però creare posizioni dominanti.

Cooperazione internazionale

Conveniamo che per garantire il funzionamento della concorrenza su di un mercato relativamente ristretto come quello svizzero è particolarmente importante operare anche sul piano transfrontaliero. Giudichiamo quindi positivamente l'introduzione degli art. 41a e 41b, che disciplinano l'assistenza amministrativa internazionale. Norme analoghe sono del resto in vigore da anni anche in materia di vigilanza sui mercati finanziari, in particolare nel settore bancario e borsistico (cfr. art. 42 LFINMA [RS 956.1] e art. 38 LBVM [RS 954.1]; cfr. anche, precedentemente, l'art. 23sexies LBCR [RS 952.0]).

Le condizioni per la concessione di assistenza ad autorità estere sembrano tuttavia più rigorose rispetto agli altri settori citati. In effetti, oltre che ai principi usuali di confidenzialità (art. 41b cpv. 2 lett. b n. 1 pLCart; art. 42 cpv. 2 LFINMA; art. 38 cpv. 2 lett. b LBVM) e specialità (art. 41b cpv. 2 lett. b n. 2 pLCart art. 42 cpv. 2 lett. a LFINMA; art. 38 cpv. 2 lett. a LFINMA), la trasmissione di informazioni soggiace in particolare anche alle condizioni della doppia illiceità (art. 41b cpv. 2 lett. a pLCart) e della reciprocità per quanto riguarda la comunicazione di informazioni (art. 41b cpv. 2 lett. b n. 4 pLCart). Non è inoltre prevista la possibilità di una ritrasmissione ad autorità terze, nemmeno se del caso previo consenso dell'autorità di vigilanza svizzera (principio della "lunga mano": cfr. art. 42 cpv. 2 lett. b LFINMA; cfr. anche art. 38 cpv. 2 lett. a in fine LBVM, che non prevede più tale requisito).

Ci chiediamo se i presupposti determinanti non debbano essere maggiormente allineati a quelli vigenti in materia di vigilanza bancaria e borsistica, per ragioni di coerenza normativa e soprattutto per evitare che, in base a considerazioni di reciprocità, la Comco conosca difficoltà nell'ottenere a sua volta assistenza dalle autorità estere.

Procedura civile

In quanto ente pubblico, giudichiamo senz'altro positivamente la proposta di modifica dell'art. 12 cpv. 1 LCart.

In base alla formulazione attuale della norma, può effettivamente apparire dubbio che, oltre ai concorrenti diretti delle imprese legate da accordi di natura cartellistica, anche i consumatori ed i committenti siano legittimati ad interporre le azioni di natura civilistica

previste dalla legge. Queste categorie, suscettibili di subire anch'esse pregiudizi rilevanti a seguito di pratiche illecite limitative della concorrenza, per ottenere il risarcimento del danno potrebbero quindi essere costrette ad agire in base alle regole ordinarie sulla responsabilità civile (art. 41 CO) o, se del caso, sulla responsabilità contrattuale.

La nuova normativa chiarisce per contro in maniera inequivocabile che anche i consumatori e i committenti (pubblici) possono prevalersi delle azioni civili istituite dalla legge sui cartelli. Con la riformulazione prevista la legittimazione viene infatti riconosciuta a chiunque è minacciato nei suoi interessi economici da una limitazione illecita della concorrenza. Consumatori e committenti subiscono senz'altro simile minaccia.

Su questo punto in particolare, ma più in generale anche in riferimento alle altre proposte di revisione della legge, ci sembra inoltre importante valutare se non sia necessario introdurre disposizioni di diritto transitorio, che per ragioni di chiarezza dichiarino ad esempio applicabile il nuovo art. 12 cpv. 1 LCart a tutte le azioni promosse dopo la sua entrata in vigore, indipendentemente dal momento in cui è stata messa in atto la limitazione illecita della concorrenza. Alla questione del diritto intertemporale accenna d'altronde anche il rapporto esplicativo, al capitolo 2.10.

Modifiche procedurali

Conciliazione (art. 29)

Come attualmente e come proposto con la revisione legislativa, riteniamo opportuno limitare la possibilità di accordi bonali alla determinazione delle modalità di soppressione della restrizione illecita della concorrenza, senza includere nel possibile oggetto di transazioni anche le eventuali sanzioni per le pratiche illecite esercitate in passato. Di per sé la definizione delle pratiche commerciali vietate e delle relative conseguenze in caso di contravvenzione è infatti stabilita dalla legge e non dovrebbe essere negoziabile tra le parti e le autorità.

Proposta, decisione e revoca (art. 30)

Riteniamo positiva la proposta di codificare l'obbligo di collaborazione con il Sorvegliante dei prezzi (cpv. 1bis), mentre sulla paventata maggior distinzione tra lo stadio inquisitivo e quello decisionale ci sembra che il rapporto esplicativo non trovi riscontro nella legge. Fatto salvo l'adeguamento terminologico delle autorità implicate, il cpv. 1 è in effetti identico all'attuale, secondo cui la Commissione decide su proposta della Segreteria.

Concentrazioni di imprese (art. 32-33)

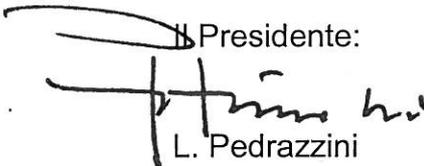
Condividiamo l'opportunità di coordinamento temporale con l'esame delle concentrazioni all'interno dell'UE e quindi le ragioni che inducono a prevedere la possibilità di proroghe dei termini. Comprendiamo altresì la necessità di ottenere in questo campo decisioni definitive in tempi brevi. Tuttavia ci chiediamo quale reale

efficacia possa avere la fissazione del termine d'ordine di tre mesi all'ipotizzato Tribunale federale della concorrenza (rispettivamente alla Comco), ritenuto in particolare che le relative decisioni possono comunque essere impugnate al Tribunale federale, il quale non soggiace ad un termine analogo.

Con queste considerazioni, vogliate accogliere, gentili signore ed egregi signori, l'espressione della nostra stima.

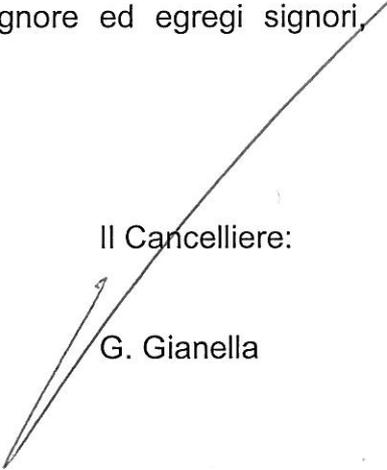
PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente:



L. Pedrazzini

Il Cancelliere:



G. Gianella

Copia:

- Divisione dell'economia, Residenza
- Deputazione ticinese alle Camere federali, Residenza