Rapporto del Consiglio federale concernente lo stralcio della mozione Schweiger (07.3856): Un sistema di sanzioni più equilibrato ed efficace per la normativa svizzera sui cartelli

del 15 febbraio 2012

Onorevoli presidenti e consiglieri,

con il presente rapporto vi proponiamo di togliere dal ruolo il seguente intervento parlamentare:

2007	M	07.3856	Un sistema di sanzioni più equilibrato ed efficace per la normativa svizzera sui cartelli (N 20.12.07, Schweiger; S 21.9.10)

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

15 febbraio 2012 In nome del Consiglio federale svizzero:

La presidente della Confederazione, Eveline Widmer-Schlumpf
La cancelliera della Confederazione, Corina Casanova

Rapporto

1 Situazione iniziale

1.1 Mozione Schweiger (07.3856): Un sistema di sanzioni più equilibrato ed efficace per la normativa svizzera sui cartelli

Il 20 dicembre 2007 il consigliere agli Stati Schweiger ha presentato, insieme ad altri 33 cofirmatari, un intervento del seguente tenore:

Il Consiglio federale è incaricato di garantire, mediante esplicite disposizioni della legge sui cartelli, che le imprese operanti secondo un programma per il rispetto delle disposizioni della normativa sui cartelli, conforme a requisiti rigorosi, possano beneficiare di una riduzione delle sanzioni amministrative oppure, in presenza di determinate condizioni (da prevedere a tale scopo nella legge), non siano soggette ad alcuna sanzione amministrativa. Nel contempo, allo scopo di sostenere gli sforzi compiuti dalle imprese per soddisfare i requisiti di conformità, la legge sui cartelli deve prevedere sanzioni penali per le persone fisiche che partecipano attivamente ad accordi di cartello con concorrenti.

1.2 Parere del Consiglio federale

Nel suo parere, il Consiglio federale ha proposto di respingere la mozione. Infatti, secondo le disposizioni legislative vigenti, nell'ambito degli articoli 3 e 6 della corrispondente ordinanza sulle sanzioni (OS LCart) è già possibile tener conto dei programmi di conformità (e della relativa riduzione della colpa) come circostanze attenuanti, se non come circostanze che permettono di rinunciare alla sanzione. Riguardo al perseguimento penale delle persone fisiche, il Consiglio federale ha aggiunto che sarebbe in linea di principio utile, dal punto di vista preventivo, poter sanzionare direttamente le persone fisiche oltre alle imprese. Questo sarà uno dei temi da esaminare nell'ambito della valutazione in corso della LCart. Il Consiglio federale ha però anche sottolineato che potrebbe risultare difficile dimostrare, secondo quanto richiesto dal diritto penale, la premeditazione del collaboratore che è responsabile di un accordo di cartello. Alla fine, quindi, rimarrebbe soltanto la riduzione della sanzione fondata sul programma di conformità. Inoltre l'introduzione di sanzioni penali potrebbe richiedere l'intervento delle autorità penali, complicando così le procedure in materia di cartelli.

1.3 Accoglimento della mozione nella versione del Consiglio nazionale

Nella versione originale, la mozione chiedeva che i programmi di conformità comprovati dal profilo giuridico non determinassero soltanto una riduzione della sanzione ma che, a determinate condizioni da stabilire nella legge, consentissero persino un'esenzione dalla stessa. Per il Consiglio nazionale ne sarebbe derivato un eccessivo indebolimento della LCart, motivo per cui ha modificato su questo punto la

mozione, prevedendo unicamente una riduzione della sanzione. Il 21 settembre 2010 anche il Consiglio degli Stati ha accolto la mozione con la modifica decisa dal Consiglio nazionale.

In precedenza la mozione era stata nuovamente dibattuta dalla Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati (CET-S) in seguito alla mozione d'ordine Schweiger del 21 e 22 giugno 2010 concernente l'introduzione nel diritto dei cartelli di sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche. In tale occasione, la Commissione aveva potuto basarsi su una documentazione dettagliata elaborata dall'amministrazione che esaminava quattro varianti d'attuazione per la seconda parte della mozione Schweiger[1]. Benché il dipartimento competente sostenesse la proposta del Consiglio federale di respingerla, la CET-S aveva chiesto di accogliere anche questa parte della mozione.

1.4 Accertamenti approfonditi in materia penale

In vista del prospettato accoglimento della mozione Schweiger, nel primo trimestre del 2010 il dipartimento competente, parallelamente ai propri accertamenti, si è rivolto a due esperti di diritto penale affinché indicassero con precisione in che modo potesse essere attuata al meglio. La relativa perizia è stata redatta da due professori di diritto penale Günter Heine, dell'Università di Berna, e Robert Roth, dell'Università di Ginevra[2]. Il professor Heine[3] ha elaborato principalmente le disposizioni di diritto materiale, mentre il professor Roth le disposizioni di diritto procedurale.

Gli esperti insistono sul fatto che, con l'introduzione di sanzioni penali, sia necessario garantire determinati presupposti dal profilo del diritto materiale e di quello procedurale.

Dal punto di vista del diritto materiale si deve prestare particolare attenzione a che le disposizioni legali, la cui violazione comporta pene detentive, presentino un alto grado di certezza giuridica. Inoltre si pone la questione della necessità di comprovare non solo il coinvolgimento in un'infrazione, ma anche la premeditazione. A ciò si aggiungono questioni complesse riguardanti la determinazione delle condizioni necessarie per soddisfare la fattispecie, oltre che la definizione della cerchia degli autori e la scelta del tipo di reato.

Dal punto di vista procedurale, è necessario accordare alla persona fisica indagata il diritto di non dover contribuire alla propria incriminazione. Una particolare precauzione è indispensabile anche verso la persona che rappresenta l'impresa in una procedura condotta nei confronti della stessa impresa. Nell'ambito della sua rappresentanza, infatti, la persona rischia di vedersi costretta a fare affermazioni che possono esporla a un'azione penale.

1 Cfr. www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=it

2 La perizia di Günter Heine/Robert Roth è consultabile su Internet al seguente indirizzo: www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=it. È stata anche pubblicata come fascicolo n. 20 della serie di pubblicazioni della SECO «Grundlagen der Wirtschaftspolitik» con il titolo «Kartellrechtsrevision 2010: Rechtsgutachten zu Fragen der Sanktionierung von natürlichen Personen und Unternehmen» (i testi sono disponibili unicamente in tedesco e francese).

3 Il professor Günter Heine è deceduto il 25 giugno 2011.

Il coordinamento con il perseguimento dell'impresa merita in ogni caso la massima attenzione. Tuttavia, se, come nella questione qui discussa, le procedure e le autorità che le conducono sono totalmente separate, i rischi menzionati sopra sono notevolmente attenuati. Ad ogni modo, considerato l'obbligo di collaborazione al quale sottostanno queste autorità, i rischi rimangono concreti e la collaborazione richiede quindi una pertinente regolamentazione sul piano legale. Per di più, l'elaborazione di un'opportuna strategia di difesa potrebbe rivelarsi estremamente complessa sia per l'impresa sia per i collaboratori e per i loro avvocati.

Vi è quindi da temere che, contrariamente al fine della mozione Schweiger, con l'introduzione di provvedimenti amministrativi o di sanzioni penali, diminuisca l'efficacia delle disposizioni contro i cartelli.

Secondo gli esperti anche il regime di clemenza resta problematico. Il carattere di emergenza dell'inchiesta, la maggiore attenzione nel nuovo diritto penale svizzero alle riflessioni sulla funzionalità, il pensiero giuridico alla base dell'articolo 13 nel diritto penale amministrativo e la «forza normativa del fatto», ovvero l'esistenza di un regime di clemenza per le imprese, depongono a favore dell'ammissibilità del regime di clemenza per le persone fisiche, anche perché nel diritto in materia di cartelli non ci sarebbero crimini all'ordine del giorno. Secondo gli esperti occorre tuttavia riconoscere che, se si dovesse poter barattare la collaborazione nell'inchiesta penale con l'impunità, il carattere del diritto penale potrebbe evolvere in modo insidioso.

1.5 Varianti d'attuazione respinte

Sono state esaminate diverse altre varianti d'attuazione. È stata respinta ad esempio l'idea di procedere unicamente contro coloro che hanno agito con premeditazione e in maniera attiva violando gli obblighi di fedeltà legali o contrattuali che li legano all'impresa[4]. In una questione di diritto penale, ciò darebbe all'impresa un potere eccessivo in relazione alla configurazione della procedura. Anche perseguire esclusivamente le persone fisiche che partecipano a un accordo tra imprese con una determinata quota di mercato (per es. 30 %) è fuori questione: i collaboratori non possono essere in grado di effettuare una simile stima delle quote di mercato, che spesso risulta già difficile alle imprese. A una tale diposizione penale mancherebbe quindi la certezza giuridica.

1.6 Esperienze raccolte all'estero

Le pratiche contrarie al diritto dei cartelli non sono soggette a un sistema di sanzioni uniforme a livello internazionale. Mentre nella maggior parte dei Paesi europei il diritto dei cartelli è applicato attraverso procedure e meccanismi di sanzioni amministrative, gli Stati Uniti, ad esempio, prevedono un'applicazione del diritto dei cartelli fortemente improntata al diritto privato e la possibilità di infliggere sanzioni penali a

4 Come previsto dall'iniziativa parlamentare Kaufmann (08.443): «Multe contro i cartelli. Rischi per l'esistenza delle imprese». Nel quadro dell'approvazione della mozione Schweiger, il Parlamento ha già respinto la richiesta, contenuta nella stessa iniziativa parlamentare, di esenzione totale dalla sanzione in presenza di programmi di conformità, optando per una riduzione della sanzione, prevista nel progetto di revisione della LCart.

persone fisiche. Benché anche in alcuni Stati membri dell'UE sia prevista, o sia perlomeno in discussione, la possibilità di sanzionare penalmente le persone fisiche in caso di violazioni del diritto dei cartelli, gli ordinamenti giuridici europei in materia di cartelli, in linea di principio, si concentrano più sulle imprese che sui singoli individui. Questa concezione rispecchia anche la normativa sui cartelli vigente in Svizzera.

Negli Stati Uniti, lo *Sherman Act* prevedeva già nel 1890 la possibilità di infliggere pene pecuniarie e detentive sia in caso di violazione del divieto di concludere accordi illeciti in materia di concorrenza (*Section 1 Sherman Act*) sia in caso di monopolizzazione illecita (*Section 2 Sherman Act*). Oggi, negli Stati Uniti, le persone fisiche possono incorrere in sanzioni penali soprattutto nel caso dei cartelli *hard core* (in particolare cartelli sui prezzi e accordi di appalto), per i quali sono punibili con pene pecuniarie sino a un milione di dollari o pene detentive sino a dieci anni[5]. Conformemente al regime di clemenza, tuttavia, si arriva a formulare un'accusa solo se sono realizzate le condizioni previste nella Comunicazione sulla clemenza (cfr. *Sezione 2 Clayton Act*). Ciò nonostante le condanne di dirigenti per pratiche contrarie al diritto dei cartelli negli Stati Uniti non costituiscono un'eccezione.

La situazione è diversa nello spazio giuridico europeo in cui prevale il sistema anglosassone. Benché in Gran Bretagna[6] e in Irlanda[7] siano possibili sanzioni penali (pene pecuniarie di un importo illimitato o di 4 milioni di euro e pene detentive sino a cinque anni) nei confronti di individui che partecipano a cartelli *hard core* o che ne sono responsabili, la loro rilevanza pratica è per il momento minima. Va notato che in Gran Bretagna i programmi di clemenza permettono di accordare l'immunità penale.

Fra gli Stati di tradizione giuridica continentale europea, la Francia sanziona con una pena detentiva sino a quattro anni e con multe sino a 75 000 euro le persone fisiche che partecipano ad accordi contrari al diritto dei cartelli o all'abuso di una posizione dominante sul mercato[8]. Come nel diritto britannico, il colpevole deve avere influito con intenzioni fraudolente sulla violazione del diritto dei cartelli, per la quale vengono comunque applicati criteri rigorosi. Nella normativa francese sui cartelli le sanzioni penali hanno quindi un'importanza secondaria. All'interno dell'UE, altri Stati che prevedono fattispecie penali per cui vengono comminate pene detentive sono l'Estonia, la Repubblica Slovacca e Cipro[9].

In Germania invece mancano ampie fattispecie penali per le violazioni in materia di concorrenza. Come in Austria e in Ungheria, in Germania sono punibili solo gli accordi di appalto: da un lato in base al § 298 del Codice penale tedesco, che prevede una pena detentiva sino a cinque anni o una pena pecuniaria, dall'altro mediante la disposizione generale relativa alla frode (§ 263 CP). Ogni anno si registrano casi di condanne di appaltatori. Per tutte le altre violazioni del diritto dei cartelli, sia le

5 Dall'introduzione del *Criminal Fine Enforcement Act* del 1984, vi è la possibilità di fissare l'importo massimo della pena pecuniaria al doppio del guadagno conseguito dall'autore o al doppio del danno provocato, cfr. *Section 3571 (d) United States Code Title 18 (Crimes and Criminal Procedures)*.

6 Cfr. *Enterprise Act 2002*, che ha introdotto il sanzionamento penale delle pratiche contrarie al diritto dei cartelli.

7 Cfr. in particolare *Section 8 Competition Act 2002*.

8 Art. L420-6 Code de commerce.

9 Nel 2005 l'OCSE si è tuttavia pronunciata a favore di una penalizzazione delle violazioni più gravi del diritto dei cartelli mediante pene privative della libertà (OCSE, «Hard Core Cartels, Third Report», 2005, 26 segg., 39 seg.).

imprese che gli individui responsabili possono comunque vedersi infliggere delle multe per inosservanza delle prescrizioni d'ordine.

In Belgio, l'introduzione di sanzioni penali nei confronti di persone fisiche è stata recentemente al centro di un dibattito. Una raccomandazione della Commissione della concorrenza belga del 2010 evidenzia che essa comporta diverse difficoltà, ad esempio riguardo allo scambio di informazioni e al fatto che il giudice penale sia vincolato dalle decisioni di diritto amministrativo in materia di cartelli. Nel suo parere, la Commissione ha in particolare rilevato che provvedimenti amministrativi come i divieti di esercitare l'attività professionale sono spesso più appropriati e pertinenti delle sanzioni penali[10]. I Paesi Bassi hanno direttamente abolito le sanzioni penali nel 1997. Il 1° ottobre 2009 è stato reintrodotto il carattere di reato, nel senso che le persone fisiche che impartiscono istruzioni in relazione a un cartello o che esercitano *de facto* una leadership possono essere sanzionate. In Austria nel 2002 si è optato per una depenalizzazione con l'abrogazione delle sanzioni penali in caso di pratiche illecite in materia di cartelli, fatta eccezione per gli accordi di appalto. Il Lussemburgo nel 2004 ha abolito le sanzioni penali in materia di cartelli configurate come fattispecie di disobbedienza[11].

Il diritto dell'UE, infine, non prevede sanzioni penali o amministrative nei confronti degli individui responsabili: secondo l'articolo 23 del regolamento 1/2003 solo le imprese possono essere punite con una multa. È finora rimasta priva di rilevanza l'eccezione secondo cui è possibile sanzionare una persona fisica che realizza le condizioni legali relative allo statuto di impresa. Al momento non sono ravvisabili segnali a favore di un'introduzione generale nel diritto dell'UE di sanzioni amministrative o penali nei confronti di persone fisiche[12]. Ciò potrebbe essere dovuto essenzialmente al fatto che l'UE stessa non possiede competenze penali.

Riassumendo, si constata che nell'ambito delle sanzioni penali in materia di cartelli nei confronti di persone fisiche la situazione non è uniforme. Mentre negli Stati Uniti tali sanzioni costituiscono un elemento centrale e funzionante del sistema penale, in Europa alcuni Stati prevedono sanzioni corrispondenti, ma vincolano la loro comminazione a condizioni rigorose o incontrano difficoltà quando si tratta di applicarle, cosicché la rilevanza pratica del sanzionamento di individui per pratiche illecite in materia di cartelli è minima. In certi Stati si osserva inoltre una depenalizzazione della legislazione sui cartelli. Non si riscontra quindi in Europa una tendenza univoca in merito al sanzionamento di persone fisiche, né, nei Paesi europei che prevedono simili sanzioni penali, una prassi di riferimento utile ai fini dell'attuazione della mozione Schweiger.

10 Commissie voor de mededinging/Commission de la concurrence, «Avis sur l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence» (CCE 2010-0233 DEF MED), 04.02.2010, consultabile su www.ccecrb.fgov.be/txt/fr/doc10-233.pdf.

11 Cfr. il bilancio stilato da Heinemann Andreas, «Kriminalstrafrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht?», in: Kunz Peter V., Herren Dorothea, Cottier Thomas, Matteotti René (ed.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für von Büren Roland*, Basilea 2009, 587–624.

12 Cfr. Baudenbacher Carl, «Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement», 118, e il rimando a Lowe Philip, «Preventing and Sanctioning Anticompetitive Conduct: Effective Use of Administrative and Criminal Sanctions, Leniency: and Private Action in the EU, in: Barry Hawk, International Antitrust Law & Policy (2007)», 96.

2 Consultazione sull'attuazione della mozione Schweiger

Dopo che anche il Consiglio degli Stati ha accolto la mozione Schweiger nella versione del Consiglio nazionale, il Consiglio federale ha rapidamente proceduto a una consultazione sull'attuazione della stessa. In relazione al perseguimento delle persone fisiche, sono state poste in consultazione due varianti: da un lato, una variante che proponeva provvedimenti amministrativi nei confronti delle persone coinvolte in una violazione del diritto dei cartelli (divieto di esercitare l'attività professionale e confisca di parti di salario riconducibili all'accordo di cartello); dall'altro lato, una variante che prevedeva sanzioni penali (pena pecuniaria o pena detentiva sino a tre anni)[13]. La procedura di consultazione sull'attuazione della mozione Schweiger ha avuto inizio il 30 marzo 2011 e si è conclusa il 6 luglio 2011. La sintesi di seguito riportata fa riferimento a quella contenuta nel rapporto sui risultati approvato dal Consiglio federale il 16 novembre 2011. I pareri dei singoli partecipanti alla consultazione posso essere evinti dal detto rapporto.

2.1 Partecipazione alla procedura di consultazione

Sono stati invitati a partecipare alla consultazione: tutti i Governi cantonali, i partiti politici, le associazioni mantello dei Comuni, delle Città e delle regioni di montagna, le associazioni mantello dell'economia e altre organizzazioni e persone interessate.

Complessivamente hanno espresso un parere 72 partecipanti alla consultazione. I pareri delle organizzazioni dei consumatori SKS, FRC e ACSI sono stati contati singolarmente pur essendo sostanzialmente simili. Allo stesso modo, è stato contato separatamente il parere dell'Unione svizzera degli imprenditori, che ha collaborato con economiesuisse rinunciando a presentare un proprio parere.

2.2 Risultato della procedura di consultazione

In generale, l'avamprogetto di revisione non è stato accolto favorevolmente dai partecipanti. La maggioranza lo ha respinto, solo una minoranza lo ha approvato. Ampie cerchie nutrono al riguardo sentimenti contrastanti o accettano soltanto una delle due proposte: di preferenza la riduzione della sanzione per le imprese, in misura minore l'introduzione di sanzioni nei confronti delle persone fisiche. Nei casi in cui il sanzionamento penale delle persone fisiche incontra sostegno, vengono generalmente richiesti degli adeguamenti alla proposta che è stata oggetto di consultazione.

Quasi la metà dei partecipanti che si sono opposti al sanzionamento delle persone fisiche non si è dichiarata totalmente contraria all'introduzione di provvedimenti amministrativi nei confronti delle persone fisiche coinvolte, ma non sosterrebbe in nessun caso le sanzioni penali. Sono contrari la maggior parte dei Cantoni, la COMCO, due partiti (il PS e i Verdi) e una serie di associazioni professionali (in particolare le cerchie commerciali e dell'edilizia, le organizzazioni imprenditoriali

[13] I documenti relativi alla consultazione sono disponibili sul sito Internet: www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=it&msg-id=38365

della Svizzera occidentale e le organizzazioni dei lavoratori [SIC Svizzera e USS]). L'USAM, la COMCO e due Cantoni dimostrano eventualmente una certa disponibilità all'introduzione di provvedimenti amministrativi. La maggioranza dei partecipanti che sostengono il perseguimento delle persone fisiche si è espressa a favore della variante che prevede sanzioni penali. Tra i suoi sostenitori si contano tre partiti (PLR, UDC e PPD), quattro Cantoni, economiesuisse, Swissmem e Swiss Retail Federation. Economiesuisse sottolinea tuttavia che sarebbe necessaria una revisione fondamentale dell'articolo di legge per poter perseguire i reati penali.

Dalla maggioranza dei partecipanti che si è espressa contro l'introduzione di sanzioni contro le persone fisiche vengono addotti principalmente i seguenti argomenti: il diritto sui cartelli deve ripristinare la concorrenza laddove si verificano abusi, per cui devono continuare a essere posti in primo piano la correzione del comportamento delle imprese e il loro sanzionamento. Alcuni partecipanti, in particolare le organizzazioni dei lavoratori, temono che, qualora venissero perseguite anche le persone coinvolte, la gestione aziendale addosserebbe la responsabilità ai collaboratori. Per molti di essi, la penalizzazione dei collaboratori è in contrasto con la nostra tradizione giuridica. Alcuni partecipanti, come i due Cantoni di Appenzello, hanno precisato che nel quadro della LCart sono già possibili simili sanzioni contro le persone fisiche, precisamente secondo il diritto penale amministrativo, in caso di ripetizione dell'infrazione. Vari partecipanti (in particolar modo i Cantoni, ma anche alcune associazioni economiche come economiesuisse) fanno notare che la prova della premeditazione sarebbe difficile da addurre e che in situazioni incerte potrebbe condurre a procedure eccessivamente lunghe e complesse. Alcune cerchie, tra cui la COMCO, ritengono che l'introduzione di programmi di clemenza come quelli esistenti per le imprese sia indispensabile anche per i collaboratori. Il fatto che l'introduzione di simili disposizioni anche per le persone fisiche rappresenterebbe una frattura con la tradizione giuridica è considerato dai partecipanti alla consultazione come un «male necessario». Si teme piuttosto che il funzionamento del regime di clemenza per le imprese ne risulti pregiudicato. Infatti, la persona coinvolta, anziché cooperare, potrebbe avvalersi del diritto di astenersi dal testimoniare e potrebbe distruggere le prove. Molti considerano difficile il coordinamento della procedura contro le imprese con quella contro le persone fisiche. Un tale sistema funzionerebbe soltanto se il giudizio del tribunale nei confronti delle persone fisiche avvenisse dopo la condanna definitiva dell'impresa; tuttavia ciò significherebbe che le persone fisiche dovrebbero attendere la sentenza per anni.

Come menzionato nell'introduzione, tra le associazioni mantello dell'economia e le altre cerchie interessate fautrici del sanzionamento delle persone fisiche, la stragrande maggioranza respinge la soluzione concreta posta in consultazione. Le critiche riguardano principalmente il fatto che la cerchia degli autori non è definita con sufficiente precisione, che la configurazione come reato di pericolo astratto costituisce un divieto *per se* di questo tipo di accordi e che è problematico perseguire penalmente anche azioni omissive. Per quanto riguarda l'opinione degli altri partecipanti, occorre evidenziare che la maggior parte dei partiti politici sostiene il sanzionamento dei collaboratori e preferisce esplicitamente la variante di diritto penale. Molti partecipanti, a prescindere dalla loro opinione in merito al perseguimento delle persone fisiche, richiedono un'eccezione per le PMI. Infine, una serie di partecipanti ritiene che, prima di considerare un'estensione ai collaboratori del perseguimento in materia di diritto dei cartelli, debba svilupparsi ulteriormente una prassi sanzionatoria nei confronti delle imprese.

3 Decisione procedurale del Consiglio federale del 16 novembre 2011 riguardante la revisione della legge sui cartelli

In seguito a tre consultazioni concernenti la revisione della legge sui cartelli (LCart), il 16 novembre 2011 il Consiglio federale ha fissato i punti di riferimento per la revisione della legge sui cartelli che sottoporrà al Parlamento[14]. Oltre a una riforma istituzionale, importante anche ai fini della la mozione Schweiger, il Consiglio federale ha deciso di riprendere nel messaggio varie modifiche di diritto materiale, che avvicinerebbero ulteriormente il diritto svizzero dei cartelli a quello degli Stati confinanti. In merito all'attuazione della mozione Schweiger, ha stabilito di inserirne solo una parte nel messaggio.

3.1 Attuazione della prima parte della mozione Schweiger (riduzione della sanzione grazie ai programmi di conformità)

Il Consiglio federale ritiene che la prima richiesta espressa nella mozione Schweiger, secondo cui occorre tenere conto dei programmi di conformità ai fini della riduzione della sanzione, può essere attuata completando l'articolo 49*a* LCart. Sin dall'inoltro della mozione Schweiger, nel 2007, il Consiglio federale si era opposto al suo accoglimento, rinviando alle possibilità presenti nel diritto vigente. Tuttavia, nell'autunno 2010, la rappresentante del Consiglio federale, in occasione del dibattito nel Consiglio degli Stati, aveva mostrato una certa apertura nei confronti dell'inserimento nella legge di una possibile riduzione della sanzione nei casi in cui sussistono adeguati programmi di conformità. Dal momento che il Parlamento ha accolto nettamente la mozione, mentre l'esito delle consultazioni è stato incerto, si dà seguito alla volontà del Parlamento. Dev'essere inoltre adattata la formulazione proposta in fase di consultazione, secondo la quale, ai fini di una riduzione della sanzione, si deve tener conto dei provvedimenti adeguati all'attività commerciale e al settore interessato volti a impedire violazioni del diritto dei cartelli: «a condizione che le imprese forniscano una documentazione sufficiente sulla loro adozione ed efficacia».

3.2 Elaborazione di un rapporto in risposta alla seconda parte della mozione Schweiger (sanzionamento delle persone fisiche)

Sulla base dell'esito negativo della procedura di consultazione e considerata la sua posizione notoriamente contraria al sanzionamento delle persone fisiche, il Consiglio federale ha però deciso di chiedere al Parlamento lo stralcio della seconda parte della mozione per mezzo di un rapporto. Nel quadro di tale rapporto, tuttavia, considera opportuno mettere a disposizione del Parlamento, nella forma della variante penale prevista dal progetto posto in consultazione il 30 marzo 2011, una soluzione

[14] Cfr. www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=it

per l'introduzione estensiva di sanzioni penali nei confronti di collaboratori che partecipano ad accordi di cartello.

A tal fine, secondo il Consiglio federale il legislatore dovrebbe osservare le indicazioni riportate di seguito.

Si è partiti dalla considerazione che le strutture istituzionali e procedurali, nella loro forma attuale (vale a dire la Commissione della concorrenza con la relativa segreteria), non sono idonee all'introduzione di pene pecuniarie o detentive per i collaboratori di un'impresa che violano la legge sui cartelli. Analogamente, neppure una Commissione della concorrenza formata da membri indipendenti sarebbe idonea a infliggere pene detentive.

Servono quindi nuove soluzioni per introdurre sanzioni contro le persone fisiche. Tali soluzioni non devono pregiudicare l'efficacia degli strumenti esistenti per l'attuazione della LCart. Il Consiglio federale esclude quindi la possibilità di un passaggio al diritto penale amministrativo e al diritto penale applicabile alle imprese anche per il perseguimento delle imprese allo scopo di sottoporre l'impresa e le persone fisiche a un'unica procedura.

Nel diritto penale amministrativo esiste un rischio eccessivamente elevato che il perseguimento simultaneo dell'impresa e di tutti i collaboratori coinvolti sfoci in una procedura complessa, determinante il fallimento dell'intera inchiesta. Oltre a comprovare la partecipazione, infatti, ora occorrerebbe presentare anche la prova della premeditazione: concetto che in relazione alle persone fisiche darebbe adito ad accertamenti dei fatti troppo lunghi e complicati all'interno dell'impresa.

Con il passaggio al diritto penale applicabile alle imprese, inoltre, avrebbe luogo un trasferimento della responsabilità dall'impresa ai collaboratori coinvolti. In realtà, nel diritto penale applicabile alle imprese è previsto il perseguimento delle imprese indipendentemente da quello dei collaboratori, per esempio nei casi di corruzione. Esso, tuttavia, attende ancora di essere messo in pratica. Non sarebbe giustificabile mettere in pericolo le procedure sperimentate di applicazione della legge sui cartelli modificando il diritto procedurale.

Le considerazioni sul passaggio al diritto penale amministrativo o al diritto penale applicabile alle imprese, per quanto concerne il perseguimento delle imprese, soggiacciono alla condizione che il Tribunale federale preservi l'attuale soluzione – basata sulla legge sulla procedura amministrativa – che prevede il ricorso a sanzioni amministrative[15].

Come già affermato, dopo che nel rapporto complementare destinato alla CET-S, con questi e altri argomenti era stata respinto un passaggio al diritto penale amministrativo o al diritto penale applicabile alle imprese, due varianti sono rimaste oggetto della procedura di consultazione: una prima variante che prevedeva sanzioni penali e una seconda comprendente sanzioni amministrative per l'attuazione della mozione Schweiger. In merito a ciò va osservato quanto segue.

Poiché la variante che prevede sanzioni amministrative è preferita principalmente dalle cerchie contrarie all'inclusione dei collaboratori nella procedura in materia di cartelli, secondo il Consiglio federale non le si può dare seguito per mancanza di sostenitori. Occorrerà comunque verificare se gli strumenti che erano previsti come

15 In favore di questa tesi depone tra l'altro la decisione del TF 2A.368/2000 del 22 novembre 2000 per l'ambito della LTC.

provvedimenti amministrativi debbano assumere importanza in relazione alla valutazione dei programmi di conformità. Il fatto che un'impresa prenda le distanze dai collaboratori che hanno violato il programma di conformità, e che in tal caso richieda la restituzione dei bonus come previsto dal contratto di lavoro, potrebbe essere valutato come l'espressione di sforzi di conformità adeguati.

In tal modo, rimane in gioco la seconda variante posta in consultazione, che interpreta letteralmente la mozione Schweiger e che prevede sanzioni penali per le persone fisiche che hanno partecipato ad accordi di cartello con concorrenti. Essa prevede i seguenti elementi fondamentali, ai quali ci si dovrebbe attenere anche dopo la consultazione:

- la procedura vigente nei confronti delle imprese rimane invariata;
- per il perseguimento delle persone fisiche che hanno partecipato all'accordo di cartello viene creata una specifica fattispecie penale;
- il perseguimento penale deve avvenire solo in caso di partecipazione a cartelli orizzontali *hard core* (ovvero accordi sui prezzi, sui quantitativi o sulla ripartizione per zone tra imprese collocate allo stesso livello di mercato);
- la fattispecie dovrebbe essere quanto più chiara e precisa possibile (certezza del diritto);
- il perseguimento di persone fisiche deve essere effettuato dal Ministero pubblico della Confederazione e deve essere deferito al Tribunale penale federale;
- il quadro penale deve prevedere una pena pecuniaria o una pena detentiva sino a tre anni;
- anche per le persone fisiche dev'essere previsto il regime di clemenza.

In particolare occorre tener presente che i partecipanti alla consultazione si sono espressi a favore di un regime di clemenza coerente: se le persone fisiche coinvolte collaborano a rilevare ed eliminare l'accordo in materia di concorrenza, la procedura penale viene sospesa oppure si può rinunciare in tutto o in parte alla sanzione.

Rispetto all'avamprogetto posto in consultazione si dovrebbe tuttavia esaminare una modifica, vale a dire lo stralcio dell'articolo 53*b* capoverso 3 ultima frase, nonché del capoverso 7. La prima disposizione deve garantire che non venga emanata una sentenza contro una persona fisica fintanto che la procedura contro l'impresa non sia conclusa. La seconda disposizione prevede che non possa avvenire la condanna della persona fisica senza la condanna dell'impresa. Come è stato osservato da diversi partecipanti alla consultazione, queste due disposizioni potrebbero condurre a una situazione in cui i collaboratori perseguiti penalmente dovrebbero attendere la propria sentenza per un periodo di tempo probabilmente non conforme alla CEDU, anche qualora essi siano d'accordo con la sentenza. La proposta di legge risultante dalla consultazione contiene provvedimenti sufficienti a far sì che le sentenze divergenti nei confronti delle imprese e delle persone fisiche siano solo rare o irrealizzabili eccezioni.

Non si dovrebbe entrare nel merito delle richieste, emerse in fase di consultazione, di definire diversamente la cerchia degli autori del reato, di derogare al concetto di reato di pericolo astratto, o di esentare la fattispecie dell'omissione dal perseguimento penale. In tutti e tre i casi, nell'avamprogetto posto in consultazione sono stati semplicemente applicati i principi generali del diritto penale vigente in Svizzera.

Anche la richiesta di alcune cerchie di prestare un'attenzione particolare alla situazione delle PMI, secondo il Consiglio federale non può essere soddisfatta. Lo stesso accordo di appalto può comprendere ad esempio sia PMI sia aziende più grandi. Sarebbe una grave violazione del principio di parità di trattamento, se un uguale comportamento in situazioni analoghe venisse perseguito penalmente in un caso e non nell'altro, solo perché nel secondo caso il collaboratore fa parte di un'impresa con un minor numero di dipendenti o con un fatturato inferiore.

Infine non può essere accettata nemmeno la richiesta di alcune cerchie di interessati di porre la decisione riguardo al perseguimento penale dei collaboratori nelle mani dell'impresa. Infatti, anche questo potrebbe condurre a ingiustizie gravi: il collaboratore dal quale l'azienda desidera comunque prendere le distanze verrebbe esposto a un perseguimento penale per l'accordo di cartello, mentre non lo sarebbero i familiari del titolare che lavorano nell'impresa pur essendo i principali responsabili del reato. Le imprese, secondo il diritto vigente, dispongono già di strumenti civili e penali per procedere in modo selettivo nei confronti di collaboratori che commettono infrazioni.

Per quanto riguarda l'introduzione di sanzioni penali nei confronti di persone fisiche che hanno partecipato ad accordi sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione per zone, la questione dell'estensione ai collaboratori del regime di clemenza vigente per le imprese è particolarmente delicata. Dal punto di vista dell'applicabilità del diritto dei cartelli, tale estensione è assolutamente necessaria, nonostante contrasti con l'assenza di un regime di clemenza nel diritto penale comune. Tuttavia, a partire da questo conflitto, il Consiglio federale non conclude che si debbano introdurre sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche che contravvengono al diritto dei cartelli senza estendere il regime di clemenza, bensì che si debba rinunciare all'attuazione della seconda richiesta della mozione Schweiger. L'applicazione dell'attuale legge sui cartelli, infatti, verrebbe fortemente indebolita se si introducessero sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche senza parallelamente estendere ad esse il regime di clemenza. Un'impresa, nonostante in caso di autodenuncia possa essere esentata da sanzione, agisce comunque sempre per mezzo di persone fisiche. Sarebbe illusorio, quindi, pensare che essa si autodenunci volontariamente per una violazione del diritto dei cartelli, se in ogni caso viene inflitta una pena ai suoi collaboratori coinvolti, tra i quali probabilmente la stessa persona che ha effettuato la notifica. Poiché la procedura nei confronti dell'impresa rimane quella principale e il successo di tale procedura viene prima di tutto, si dovrebbe rinunciare a estendere lo strumentario in materia di cartelli con sanzioni penali nei confronti dei collaboratori coinvolti.

Per quanto concerne l'estensione del regime di clemenza, occorre aggiungere inoltre che durante l'elaborazione del progetto posto in consultazione sono stati sollevati numerosi interrogativi. Per dare una risposta a questi interrogativi, ammesso che sia possibile, sarebbe necessario un considerevole lavoro legislativo. Nonostante ciò sia inusuale nel diritto penale, a causa del numero di disposizioni necessarie si dovrebbe ricorrere a un'ordinanza d'esecuzione. Occorre in particolare differenziare adeguatamente, dal punto di vista giuridico, le tre situazioni seguenti: a) un organo dell'impresa si autodenuncia e in tal modo desidera ottenere l'impunità almeno per i suoi membri; b) il manager è sfuggito al controllo della direzione, nonostante un sofisticato programma di conformità ha coinvolto l'impresa in un accordo di cartello e per questo, secondo l'impresa, dovrebbe essere perseguito penalmente senza che l'impresa subisca una sanzione più pesante della confisca del profitto derivante dal

cartello; infine, c) il membro di un organo si è autodenunciato e non è riuscito a spingere lo stesso organo ad autodenunciarsi; in tal caso, sarebbe ingiusto che l'intero organo godesse dell'impunità grazie alla denuncia del suo membro. È problematico anche individuare a chi vada richiesto un regime di clemenza, chi potrebbe concederlo e con quale carattere vincolante per l'impresa e per le persone fisiche coinvolte, partendo da una denuncia più o meno coordinata da parte dell'impresa e dei collaboratori coinvolti.

4 Proposta del Consiglio federale

Considerata la sua posizione, secondo la quale la collaborazione durante le indagini non può condurre a un'esenzione totale dalla sanzione, e considerato l'ingente onere legislativo che comporterebbe – con risultato incerto – un'estensione del già esistente regime di clemenza per le imprese alle persone fisiche coinvolte nell'accordo di cartello, il Consiglio federale chiede al Parlamento di rinunciare all'attuazione della seconda parte della mozione Schweiger, nonostante la maggioranza dei partiti e alcune cerchie economiche si siano dichiarate favorevoli. Accanto ai motivi sopra citati, quelli di seguito riportati depongono a favore di tale rinuncia.

Innanzitutto occorre impedire che, estendendo la sanzionabilità alle persone fisiche, la responsabilità per la violazione della legislazione sui cartelli sia trasferita dalle imprese ai collaboratori; le richieste della mozione Schweiger comportano tale rischio.

In secondo luogo l'estensione delle procedure previste dal diritto dei cartelli ai collaboratori, come indicato nel numero 3.2, non deve condurre a una battuta d'arresto dell'applicazione del diritto dei cartelli vigente nei confronti delle imprese, dal momento che essa si è rivelata ben funzionante e con ripercussioni positive sulla concorrenza. Anche se a questo fine vengono introdotte due procedure indipendenti, il rischio non può essere del tutto escluso.

In terzo luogo occorre considerare gli oneri supplementari legati all'ampliamento dello strumentario in materia di cartelli. L'avamprogetto posto in consultazione citava complessivamente dieci posti d'impiego. L'ampliamento dello strumentario senza un aumento considerevole di risorse per le autorità comporterebbe anche un indebolimento del diritto della concorrenza, poiché verrebbe trattato un minor numero di casi. Anche dal punto di vista economico risulterebbero oneri supplementari, poiché le imprese coinvolte nella procedura amministrativa e i collaboratori implicati in un procedimento penale dovrebbero rivolgersi, per una difesa efficace, ad avvocati diversi.

In quarto luogo vanno considerati i pregiudizi al buon funzionamento dell'accordo di cooperazione con l'UE nel settore della concorrenza nel caso in cui la cerchia di persone soggette a sanzionamento fosse diversa nell'UE e in Svizzera. Per negoziare tale accordo, il 18 agosto 2010 il Consiglio federale ha approvato un mandato di negoziazione.

Confrontando queste considerazioni con un miglioramento dell'effetto preventivo della LCart, il rapporto costi/benefici secondo il Consiglio federale è nettamente negativo. A maggior ragione, se si considera che la legge sui cartelli in vigore prevede già il perseguimento dei collaboratori secondo una procedura di diritto penale amministrativo, nel caso di una sua violazione ripetuta da parte dell'impresa, e che

quindi anche per i collaboratori esiste la certezza giuridica della norma di legge richiesta dal diritto penale.

Infine, il Consiglio federale segnala di aver inserito nel suo messaggio del 22 febbraio 2012 concernente la revisione della legge sui cartelli la prima richiesta della mozione (la riduzione delle sanzioni da infliggere alle imprese in caso di un'adeguata attuazione dei programmi per il rispetto della normativa sui cartelli). Di conseguenza adempie almeno in parte la mozione.

Proposta di normativa penale

La Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati, nel corso delle sue deliberazioni dell'autunno 2010, ha chiesto di poter decidere dell'attuazione della seconda parte della mozione Schweiger sulla scorta di una soluzione legislativa dettagliata. Per questo di seguito vengono riportati i due articoli che erano stati posti in consultazione come proposta per una regolamentazione penale. Inoltre nell'articolo 57 occorrerebbe specificare che le norme procedurali in esso contenute si riferiscono solo agli articoli 54 e 55.

I vari capoversi dei due articoli possono essere ricapitolati come segue (per spiegazioni dettagliate si rinvia al rapporto esplicativo della consultazione[16]).

Articolo 53a

Il capoverso 1 rappresenta la norma penale speciale per le persone fisiche; essa stabilisce l'indipendenza del perseguimento della persona fisica dal procedimento principale nei confronti dell'impresa e dagli argomenti che l'impresa adduce in tale procedimento, e determina una sufficiente certezza della norma dal punto di vista del diritto penale (divieto *per se* di accordi orizzontali *hard core*).

Secondo il capoverso 2 il tentativo viene esentato dalla punibilità, poiché la configurazione del tentativo secondo il capoverso 1, come reato di pericolo astratto, permette di condurre una procedura anche se la controparte di mercato, per altre ragioni e nonostante l'accordo avvenuto, non ha subito alcun danno materiale (per es. nel caso in cui esiste un accordo di appalto, ma l'aggiudicazione è andata a un terzo).

Il capoverso 3 rappresenta la base giuridica per l'estensione del regime di clemenza vigente per le imprese anche alle persone fisiche. I problemi riguardanti l'interazione dei due programmi di clemenza andrebbero risolti a livello di ordinanza.

Il capoverso 4 garantisce in particolare che l'esenzione dalla minaccia di sanzioni, conseguita da un'impresa nella procedura di opposizione, valga anche per la minaccia di sanzioni penali ai collaboratori.

Il capoverso 5 risolve tra l'altro il problema dell'accordo di cartello sulla ripartizione per zone, concluso all'estero, secondo il quale la Svizzera non dev'essere rifornita da un dato produttore o commerciante, facendo sì che nonostante l'assenza di una legame diretto con la Svizzera sia possibile avviare una procedura.

Articolo 53b

Il capoverso 1 designa l'istanza d'inchiesta, l'istanza decisionale e il diritto procedurale applicabile nel perseguimento delle persone fisiche; tale capoverso, con l'introduzione della giurisdizione penale federale, esclude il frazionamento della procedura in diversi Cantoni.

Il capoverso 2 garantisce che il Ministero pubblico della Confederazione si faccia carico esclusivamente di casi che, secondo la valutazione dell'Autorità della concor-

16 Cfr. www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/22607.pdf

renza, sono sufficientemente rilevanti per giustificare una procedura contro l'impresa, affermando in tal modo che l'elemento principale rimane il perseguimento dell'impresa. Inoltre così è possibile evitare un procedimento penale nei confronti di persone fisiche nei casi in cui l'Autorità della concorrenza, ad esempio per ragioni giustificative di ordine economico, non intende procedere contro un'impresa. Queste disposizioni sono importanti come correttivo alla diversa formulazione della fattispecie per l'impresa e per le persone fisiche.

I capoversi 3 e 4 obbligano il Ministero pubblico della Confederazione e l'Autorità della concorrenza a collaborare durante l'intera durata della procedura (cpv. 4), ma soprattutto durante le prime fasi, affinché un'autorità non pregiudichi con le proprie operazioni d'inchiesta il successo delle operazioni d'inchiesta dell'altra autorità (cpv. 3). L'opportunità della seconda frase del capoverso 3 (come quella del capoverso 7) è da definire, considerate le riflessioni emerse in fase di consultazione riguardo al fatto che la persona coinvolta dovrebbe attendere la propria sentenza per un periodo di tempo ingiustamente lungo.

Il capoverso 5 realizza, per quanto possibile, le condizioni affinché una persona possa rilasciare all'Autorità della concorrenza affermazioni necessarie alla concessione del regime di clemenza all'impresa, senza che tali affermazioni tornino a suo svantaggio nell'ambito di una procedura penale nei suoi confronti. Infatti, con simili affermazioni la persona fisica si autodenuncia, esponendosi al perseguimento penale da parte del Ministero pubblico della Confederazione; ma allo stesso tempo le viene garantita la facoltà di astenersi dal testimoniare.

Il capoverso 6 prevede un meccanismo di conciliazione per il caso in cui l'Autorità della concorrenza e il Ministero pubblico della Confederazione non trovino un accordo nel coordinamento delle loro procedure.