La situazione in materia di diritto dei cartelli

Rapporto
destinato alla Commissione della gestione del Consiglio nazionale

dell'11 ottobre 2000

L’essenziale in breve

L’OPCA (Organo parlamentare di controllo dell’amministrazione) ha identificato 19 problemi principali inerenti l’attuazione della legge sui cartelli e li ha descritti nel presente rapporto. Dopo aver consultato dieci esperti indipendenti, l’OPCA ha accertato la rilevanza di questi problemi e il bisogno di riforme che ne deriva. Le conclusioni sono le seguenti:

– I problemi principali sono: l’assenza di sanzioni dirette, il carattere di milizia della Commissione della concorrenza (ComCo), la composizione della ComCo e l’obbligo di annuncio delle fusioni nel settore dei media. I problemi sono stati ritenuti di grande rilevanza, così come il bisogno di riforme che ne deriva. Essi sono trattati nell’avamprogetto di revisione della LCart del Consiglio federale. Se la sottocommissione ritiene che le riforme previste in questo settore siano sufficienti, potrà controllare che siano mantenute nel progetto per tutto il processo di revisione.

– I problemi di secondaria importanza sono: il lavoro della segreteria, la qualità delle decisioni della ComCo e i ricorsi presentati presso la Commissione di ricorso in materia di concorrenza (REKO/WEF). La revisione tratta solo parzialmente di questi problemi che tuttavia, dopo studi approfonditi, non si sono rivelati essenziali. Un’ulteriore ricerca in questo ambito e un’eventuale intervento della sottocommissione non sembrano pertanto indispensabili.

– I problemi di importanza minore non sono trattati o solo parzialmente nella revisione in corso. La loro portata e la conseguente necessità di procedere a riforme sono state giudicate di importanza nettamente inferiore. Nel caso in cui la sottocommissione fosse interessata a un punto specifico, questo potrebbe tuttavia essere preso in considerazione per un approfondimento da parte dell’OPCA ed eventualmente, in seguito, per un intervento della sottocommissione nel processo di revisione. Si tratterebbe dei problemi seguenti: la posizione di debolezza della ComCo per quanto concerne le limitazioni alla concorrenza statali; i rapporti tra la ComCo e le autorità di regolamentazione settoriale (soprattutto le attività di queste ultime in materia di concorrenza); l’obbligo di annunci delle fusioni in generale; le pubblicazioni della autorità in materia di concorrenza; la retroattività della nullità degli impegni assunti in relazione con le limitazioni della concorrenza; l’assistenza amministrativa internazionale.

Premessa

Il 22 maggio 2000, il gruppo di coordinamento delle Commissioni della gestione (CdG) delle Camere federali ha deciso di affidare all'OPCA l'esecuzione di una ricerca sulla legge sui cartelli (LCart)[1]. Lo scopo di questa ricerca è di fornire alla sottocommissione DFE/DFF della CdG del Consiglio nazionale, le informazioni necessarie per poter esercitare un'influenza sulla revisione parziale della LCart[2] attualmente in corso. La sottocommissione DFE/DFF della CdG-N, nella seduta del 26 giugno 2000, si è pronunciata in favore di un'inchiesta prospettiva in due fasi della durata complessiva di circa sei mesi. Il presente lavoro costituisce il risultato della prima fase di ricerca e fornisce una panoramica sull'insieme dei problemi che si pongono nell'attuazione della LCart.

Considerato che l'OPCA deve fare il punto della situazione è sembrato utile, come introduzione, ricordare l'obiettivo e il funzionamento della LCart e spiegare alcuni concetti giuridici relativi alla legge. Si menzionano pure brevemente i parallelismi che esistono tra la LCart e il diritto della concorrenza dell'Unione europea. Nel numero 2 spieghiamo l'approccio scelto per il nostro studio e le opzioni di cui dispone la sottocommissione per trattare le questioni affrontate. Nel numero 3 descriviamo invece i differenti problemi relativi all'attuazione della LCart, valutando l'importanza di ogni problema e il bisogno di riforme che implica. Se del caso presentiamo le riforme previste dal Consiglio federale. Nel numero finale del presente rapporto ricapitoliamo la situazione per mezzo di grafici e di una tavola sinottica. La sottocommissione potrà così decidere in merito ai diversi problemi affrontati ed eventualmente incaricare l'OPCA dell'approfondimento di certi aspetti.

Ai lettori che già conoscono la LCart si consiglia di iniziare la lettura ai numeri 2 e 3.

1 Cfr. allegato 1: LCart (RS **251**).
2 Cfr. allegato 3: Avamprogetto del Consiglio federale di revisione della LCart; cfr. allegato 4: Scadenzario della revisione della LCart.

Rapporto

1 Introduzione

Il 1° luglio 1996, l'entrata in vigore della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart) costituisce un cambiamento di paradigma nella politica economica in Svizzera. Le disposizioni materiali e le autorità esecutive in materia di diritto dei cartelli sono state oggetto di profonde revisioni, in modo da conferire alla libera concorrenza la stessa importanza che riveste in altri Paesi.

1.1 Disposizioni generali della LCart

1.1.1 Scopo della legge e suo campo d'applicazione

Lo scopo e l'oggetto della LCart consistono nella protezione sistematica del funzionamento della concorrenza al fine di garantire una «concorrenza efficace». La legge intende proteggere la concorrenza quale istituzione, per il ruolo fondamentale che svolge nell'economia di mercato (art. 1 LCart). Essa tende a far cessare, prevenire o correggere tutte le limitazioni della concorrenza e disciplina inoltre il comportamento concorrenziale degli operatori sul mercato e introduce un controllo delle concentrazioni di imprese.

La legge si applica a tutte le imprese di diritto pubblico e di diritto privato. Le autorità che applicano il diritto della concorrenza non possono tuttavia intervenire contro limitazioni della concorrenza fondate su disposizioni legali. La legge è applicabile a fattispecie che esplicano i loro effetti in Svizzera, anche se si sono verificate all'estero (art. 2 LCart).

1.1.2 Le autorità

La lotta alle limitazioni della concorrenza incombe essenzialmente alle autorità amministrative. Esse intervengono per mezzo della procedura amministrativa ordinaria.

- *La Commissione della concorrenza* (ComCo) dispone di un potere decisionale. Essa è composta di 11-15 membri designati dal Consiglio federale e ripartiti in tre camere. La maggior parte dei membri devono essere esperti indipendenti (art. 18 cpv. 2 LCart). La ComCo è un'autorità di milizia.
- *La Segreteria* della ComCo ha l'obbligo «di eseguire le decisioni della Commissione» (art. 23 cpv. 1 LCart). Essa è subordinata alla ComCo, ma dispone di poteri propri. È incaricata dell'istruzione della causa, prende provvedimenti e procede all'audizione dei testimoni. Il direttore della segreteria è designato dal Consiglio federale.
- *La Commissione di ricorso in materia di concorrenza* (REKO/WEF) si pronuncia sui ricorsi interposti contro le decisioni della ComCo o della segreteria. Essa è competente in prima istanza (art. 44 LCart).

Anche altre autorità possono essere chiamate a intervenire nel settore della concorrenza:

- *i Tribunali civili cantonali* sono le autorità competenti per le questioni inerenti la concorrenza nel diritto civile.
- *Il Tribunale federale* è l'autorità suprema di ricorso contro le decisioni prese dalla Commissione di ricorso e i tribunali civili cantonali.
- *Il Consiglio federale* può, su richiesta delle imprese interessate e se eccezionalmente necessario alla realizzazione di interessi pubblici preponderanti, autorizzare accordi in materia di concorrenza, pratiche delle imprese che dominano il mercato o concentrazioni di imprese dichiarati illeciti dall'autorità competente (art. 8, 11 e 36 LCart).

1.1.3 La procedura

Vi sono due possibilità per combattere le limitazioni della concorrenza: una nell'ambito della procedura amministrativa e l'altra nell'ambito del diritto privato.

a. La procedura amministrativa

Questa procedura può essere iniziata su richiesta di un'impresa interessata dalla limitazione della concorrenza o su denuncia di un terzo, su iniziativa della segreteria o su invito della ComCo o dal Dipartimento (art. 26 cpv. 1 e 27 cpv. 1 LCart). La legge prevede una procedura preliminare di pubblicazione per dare la possibilità di partecipare all'inchiesta a tutti gli interessati (art. 28 LCart). La procedura d'istruzione spetta alla segreteria. Essa è invitata a proporre una conciliazione alle imprese interessate, qualora non vi siano circostanze che l'escludano a priori (art. 29 LCart) e questo in qualsiasi fase della procedura. La segreteria elabora un rapporto all'indirizzo della ComCo, nel quale descrive i fatti e in cui formula una proposta alla stessa in merito alle «misure da adottare o l'approvazione della conciliazione» (art. 30 cpv. 1 LCart). La decisione spetta in ogni caso alla ComCo. Questa può (ma non è obbligata) pubblicare la sua decisione (art. 48 cpv. 1 LCart). Essa può inoltre formulare raccomandazioni e preavvisi all'indirizzo delle autorità pubbliche ed elaborare pareri all'indirizzo di altre autorità (segnatamente i tribunali civili) su questioni inerenti la concorrenza (art. 15, 45, 46 e 47 LCart). Le decisioni della ComCo e della sua segreteria possono essere impugnate dinanzi alla Commissione di ricorso in materia di concorrenza.

b. La procedura civile (art. 12-17 LCart)

Le vie di diritto civile possono essere adite da coloro che sono impediti nell'accesso o nell'esercizio della concorrenza da una limitazione illecita della stessa oppure da coloro che, per causa di una limitazione lecita della concorrenza, subiscono un impedimento più grave di quello implicito nell'attuazione della limitazione medesima. I Cantoni hanno l'obbligo di designare un tribunale competente per giudicare, in istanza cantonale unica, le azioni promosse contro le limitazioni della concorrenza. Il Tribunale federale funge da istanza di ricorso unica contro le decisioni dei tribunali cantonali.

Queste autorità giudiziarie possono prevenire o far cessare gli ostacoli, ma anche ordinare la consegna dell'utile illecitamente conseguito dagli autori dell'abuso. Esse possono intervenire per liberare, totalmente o parzialmente, le imprese vincolate da accordi in materia di concorrenza. Su richiesta di una parte il giudice può ordinare misure cautelari.

1.1.4 Sanzioni amministrative e penali

a. Sanzioni amministrative

La ComCo può infliggere il pagamento di cospicue somme di denaro:

- un importo sino a tre volte il guadagno conseguito con l'infrazione oppure, se il guadagno non può essere accertato o stimato, un importo sino al 10 per cento dell'ultima cifra d'affari realizzata in Svizzera, può essere addossato all'impresa che contravviene a una conciliazione, a una decisione passata in giudicato delle autorità in materia di concorrenza o a una decisione di un'autorità di ricorso (art. 50 LCart);
- un importo sino a 1 milione di franchi può essere addossato alle imprese che hanno effettuato una concentrazione senza rispettare le condizioni legali; un importo sino al 10 per cento della cifra d'affari totale realizzata in Svizzera dalle imprese partecipanti può essere addossato in caso di recidiva inerente a un onere connesso all'autorizzazione (art. 51 LCart);
- un importo sino a 100 000 franchi può essere addossato alle imprese che non adempiono l'obbligo di fornire informazioni o di presentare documenti (art. 52 LCart).

b. Sanzioni penali

- Chiunque contravviene a una conciliazione o a una decisione amministrativa, è punito con la multa sino a 100 000 franchi (art. 54 LCart).
- Chiunque non esegue una decisione concernente l'obbligo di fornire informazioni, esegue senza comunicazione una concentrazione di imprese soggetta a comunicazione oppure viola decisioni in relazione con le concentrazioni di imprese, è punito con la multa sino a 20 000 franchi (art. 55 LCart).

Le sanzioni amministrative colpiscono le imprese responsabili, mentre le sanzioni penali le persone fisiche responsabili.

1.2 Lotta contro le limitazioni illecite della concorrenza e il controllo delle concentrazioni di imprese

La legge si fonda sul principio dell'abuso. Gli accordi in materia di concorrenza, le posizioni dominanti o le concentrazioni sono considerate illecite soltanto se costituiscono un abuso. Per queste tre fattispecie si applicano regole specifiche.

1.2.1 Lotta contro gli accordi

La legge sui cartelli definisce gli accordi in materia di concorrenza come *«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»* (art. 4 cpv. 1 LCart). Sono illeciti *«gli accordi in materia di concorrenza che intralciano notevolmente la concorrenza sul mercato (…) e che non sono giustificati da motivi di efficienza economica, nonché quelli che provocano la soppressione di una concorrenza efficace»* (art. 5 cpv. 1 LCart).

L'illiceità di un accordo deve essere valutata concretamente in relazione a un mercato rilevante.

La legge (art. 4 e 5 LCart) distingue gli accordi orizzontali e quelli verticali; la dottrina[3] li definisce come segue:

- gli *accordi orizzontali* comprendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria concordate da imprese di livello economico identico, ossia da imprese che sono effettivamente o potenzialmente concorrenti. Gli accordi orizzontali si suddividono in accordi globali e in accordi parziali:
  - gli *accordi parziali* sono quelli che limitano notevolmente la concorrenza su un mercato determinato. Si tratta dei cartelli «soft» (weiche Kartelle). Le imprese non limitano totalmente la concorrenza, ma rinunciano a scegliere certi parametri per i quali potrebbero far giocare la concorrenza. Questi accordi sono illeciti se intralciano notevolmente e non sono giustificati da motivi di efficienza economica;
  - gli *accordi globali* sono quelli che provocano la soppressione di una concorrenza efficace. Si parla di cartelli «rigidi» (harte Kartelle). La limitazione non è solo notevole, ma è totale. La regola è che questi accordi sono illeciti; una siffatta situazione soddisfa infatti in quanto tale la condizione dell'abuso. Essi non possono essere giustificati da motivi di efficienza economica. La legge istituisce una presunzione di soppressione della concorrenza per quanto concerne i cartelli dei prezzi, di quantità o di mercato. Questi sopprimono infatti uno dei parametri essenziali della concorrenza; si evince pertanto che sopprimono la concorrenza efficace.
- Per *accordi verticali*, si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria concordate da imprese di livello economico diverso (contratti di vendita esclusiva, sistemi di distribuzione selettivi, contratti franchising e di licenza d'esercizio ecc.).

1.2.2 Lotta contro l'abuso della posizione dominante

Ai sensi dell'articolo 7 capoverso 1 LCart, 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». L'impresa non è vietata in quanto tale, tuttavia

3 Tercier, in CFPG 22, 1999, pag. 41.

le sue pratiche sono messe sotto esame e, se del caso, considerate abusive e dichiarate illecite. Un'impresa che occupa una posizione dominante si comporta sul mercato in modo indipendente e senza sottomettersi alle regole della concorrenza. Essa si ritrova in una posizione analoga a quella di un cartello.

Ai sensi dell'articolo 7 capoverso 2 LCart sono considerati illeciti in particolare:

- «il rifiuto di relazioni commerciali;
- la discriminazione de partner commerciali in materia di prezzi o di altre condizioni commerciali;
- l'imposizione di prezzi inadeguati o di altre condizioni commerciali inadeguate;
- la vendita sotto prezzo o ad altre condizioni commerciali diretta contro determinati concorrenti;
- la limitazione della produzione, dello smercio o dello sviluppo tecnico;
- la subordinazione della conclusione di contratti all'assunzione o alla fornitura di ulteriori prestazioni da parte del partner».

La dottrina[4] suddivide queste pratiche illecite in due categorie:

- pratiche di ostacolamento; le imprese che dominano il mercato sono in grado di limitare in modo abusivo la libertà d'azione dei loro concorrenti o dei loro partner commerciali e dunque di indebolire la concorrenza;
- pratiche abusive di sfruttamento; le imprese che dominano il mercato si comportano in modo da svantaggiare in consumatori, ostacolando la concorrenza.

1.2.3 Controllo delle concentrazioni

L'articolo 4 capoverso 3 LCart definisce le concentrazioni di imprese. Si intende:

«a. la fusione di due o più imprese fino allora indipendenti;

b. ogni operazione mediante la quale una o più imprese assumono (...) il controllo diretto o indiretto di una o più imprese fino allora indipendenti o di una parte di esse».

La legislazione in materia è completata dall'ordinanza del Consiglio federale del 17 giugno 1996 concernente il controllo delle concentrazioni di imprese (RS 251.4).

Nel messaggio sulla LCart, il Consiglio federale dichiara che le autorità in materia di concorrenza devono avere 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»[5]. Il controllo delle concentrazioni

4 Op. cit. pag. 51

5 Cfr. messaggio del Consiglio federale del 23 novembre 1994 concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (FF **1995** I 389, in particolare pag. 423).

intende impedire l'apparizione o il rafforzamento di una posizione dominante suscettibile di sopprimere la concorrenza efficace. Questo controllo è riservato soltanto alle grandi imprese e, per questo, è stata fissata una soglia d'intervento elevata.

L'articolo 9 LCart distingue il criterio assoluto e quello relativo[6]:

- il criterio assoluto si fonda sull'entità della cifra d'affari delle imprese interessate;
- il criterio relativo si fonda unicamente sul fatto che la concentrazione rafforza la parte di mercato di un'impresa la cui posizione dominante è già stata constatata da una decisione passata in giudicato.

Le imprese devono annunciare la concentrazione alle autorità in materia di concorrenza; inizia così una procedura preliminare della durata massima di un mese. Alla scadenza di questo termine la ComCo deve comunicare alle imprese interessate se intende sottoporre l'operazione a un esame. Se non è il caso la concentrazione può avvenire senza riserve (art. 32 LCart). Le imprese partecipanti non possono effettuare la concentrazione, a meno che nell'intervallo non abbiano ricevuto un'autorizzazione provvisoria. L'eventuale esame deve terminare entro quattro mesi dall'inizio (art. 33 cpv. 3 e 34 LCart). Se la ComCo decide di aprire un'inchiesta, la segreteria pubblica il contenuto essenziale della comunicazione della concentrazione e rende noto il termine entro il quale i terzi possono prendere posizione in merito alla stessa (art. 33 cpv. 1 LCart). La ComCo può vietare la concentrazione o vincolarla a condizioni e oneri (art. 10 cpv. 2 LCart). Essa può vietare una concentrazione se non è possibile applicare misure meno limitative[7].

1.3 Paragone con il diritto dell'Unione europea

La legislazione svizzera sui cartelli è fortemente influenzata dal diritto europeo sui cartelli. Vi sono tuttavia alcune differenze rilevanti. La principale differenza tra il diritto svizzero e il diritto europeo della concorrenza sta nel fatto che il diritto svizzero si fonda sul principio dell'abuso, mentre il sistema europeo si basa sul principio del divieto. Nel nostro Paese gli accordi non sono illeciti in quanto tali, poiché non necessitano di autorizzazioni per essere conclusi. Sono illeciti soltanto se, alla luce del loro contenuto, costituiscono un abuso. Il divieto concerne infatti l'abuso, la cui realizzazione è valutata al termine di una ponderazione degli effetti negativi e positivi. Il diritto comunitario della concorrenza si fonda sul principio del divieto delle limitazioni alla concorrenza. Il mercato interno dovrebbe consentire a tutte le imprese di competere alle stesse condizioni sui mercati di tutti gli Stati membri.

Oltre alla differenza del sistema di base vi è pure una notevole diversità a livello di sanzioni. La Commissione europea ha la possibilità di infliggere sanzioni pesanti. In Svizzera le sanzioni possono essere altrettanto gravi, ma le autorità in materia di concorrenza possono infliggerle solo in caso di recidiva. Un'altra differenza sostanziale sta nel fatto che, nei tre casi menzionati di intralcio alla concorrenza, il Consiglio federale può concedere autorizzazioni eccezionali per motivi preponderanti di interesse pubblico.

6 Tercier, in CFPG 22, 1999, pag. 55.
7 Op. cit. pag. 57.

Malgrado queste differenze le due legislazioni sono relativamente simili. Il diritto europeo prevede numerose eccezioni al divieto di principio e il diritto svizzero ha stabilito la presunzione di nocività per gli accordi in materia di prezzi, di quantità, di ripartizione geografica. Le due legislazioni si fondano su tre pilastri: entrambe fissano delle regole in materia di accordi, di pratiche abusive da parte di imprese che dominano il mercato e sul controllo delle concentrazioni di imprese. Per quanto concerne il controllo delle fusioni, le autorità svizzere ed europee in materia di concorrenza dispongono di competenze simili. Una fusione può essere vietata oppure autorizzata con condizioni e oneri. I termini impartiti dal diritto svizzero e quello europeo per il trattamento dei casi sono addirittura identici.

2 Prospettive della ricerca

2.1 Approccio dell'OPCA

Nel numero seguente sono presentati i problemi più significativi inerenti l'attuazione della LCart. L'OPCA li ha individuati studiando le letteratura specialistica e alcuni lavori svolti dal DFE (in particolare dalla segreteria della ComCo), nonché consultando alcuni specialisti[8]. Per sincerarci che i problemi principali siano veramente stati individuati e per valutare così la loro gravità e il bisogno di riforme che comportano, abbiamo consultato dieci esperti indipendenti[9] ai quali abbiamo sottoposto un formulario[10].

In quest'ottica abbiamo chiesto agli esperti di completare una lista di 18 problemi rilevati nella letteratura specialistica, al fine di aggiungervi i problemi ulteriormente constatati.

Abbiamo anche chiesto agli esperti di indicare per ogni punto se, a loro avviso, si tratta di una questione: *molto problematica, problematica, abbastanza problematica, poco problematica o non problematica*. Considerando la percentuale di esperti per ogni risposta e la distribuzione delle risposte, è possibile determinare la tendenza della gravità del problema che può andare da *molto problematica o non problematica*[11].

In fine abbiamo chiesto agli esperti di indicare i problemi dell'attuazione della LCart (al massimo cinque) che sembrano loro più importanti e che comportano la necessità

8 Abbiamo intervistato Christian Bovet, professore della Facoltà di diritto dell'Università di Ginevra e membro della Commissione delle telecomunicazioni (ComCom). Franz Hoffet, avvocato a Zurigo, ha espresso per scritto il suo parere sui problemi dell'attuazione della LCart 95. Questi due pareri ci hanno consentito di prendere in considerazione gli aspetti giuridici dal punto di vista accademico e della prassi.

9 Il gruppo di dieci esperti indipendenti consultati era composto da quattro professori d'economia, tre professori di diritto, tre avvocati specializzati in diritto dei cartelli (di cui uno è anche dottore in economia). I criteri di selezione erano i seguenti: aver realizzato varie pubblicazioni sull'argomento e non essere (o non essere più) membri della ComCo o della segreteria. Cfr. allegato 5: Lista degli esperti. Se citiamo un esperto senza menzionare una referenza, ci riferiamo a osservazioni fatte dallo stesso nel questionario o in un'intervista telefonica.

10 Cfr. allegato 6.

11 Consideriamo che le questioni ritenute tendenzialmente *non problematiche* non costituiscono veri problemi. Per questo non sono descritte in modo specifico; se necessario, le menzioniamo nei 19 problemi che sviluppiamo nel n. 3.

di revisione, classificandoli secondo l'importanza attribuita (dal più importante al meno importante). Il numero di volte che il problema è stato citato come avente bisogno di revisione indica il grado di necessità di riforme che implica, secondo la scala seguente: da 6 a 5 citazioni, bisogno di revisione *molto forte*; 4 citazioni, bisogno di revisione *forte*; 3 citazioni, bisogno di revisione *abbastanza forte*; 2 citazioni, bisogno di revisione *moderato*; 1 citazione, bisogno di revisione *scarso*; nessuna citazione, bisogno di revisione *trascurabile*.

Sono stati così individuati 19 problemi principali dell'attuazione della LCart, con tanto di valutazione qualitativa. Questi 19 problemi non sono tuttavia indipendenti gli uni dagli altri. Ognuno può infatti essere causa e conseguenza di un altro. Così, per esempio, la qualità delle decisioni della ComCo dipende largamente dalle inchieste della segreteria, dal suo livello di professionalizzazione, ecc. Correggendo un aspetto della LCart, anche altri aspetti possono essere influenzati positivamente. Altri problemi possono invece essere risolti fuori dalla LCart (p. es. la questione delle importazioni parallele può essere disciplinata nell'ambito del diritto dei brevetti). Inoltre la modifica di una disposizione della LCart tendente a risolvere un dato problema potrebbe avere ripercussioni percepite globalmente (ossia fuori dal contesto della concorrenza) in modo negativo rispetto allo status quo (p. es. un rafforzamento della posizione della ComCo nei confronti degli ostacoli statali alla concorrenza costituirebbe un problema a livello di separazione dei poteri che potrebbe essere considerato più grave rispetto al problema di rispetto della concorrenza). In questi casi, la necessità della riforma può paradossalmente essere considerata non prioritaria, anche se il problema è ritenuto grave. Riassumendo si può affermare che basandosi soltanto sulla gravità del problema, non si può direttamente dedurre la necessità di revisione che comporta.

Grazie ai risultati della nostra inchiesta siamo in grado di verificare questa ipotesi e soprattutto, possiamo controllare se gli aspetti che sono contraddistinti da un'elevata necessità di revisione sono inclusi nell'avamprogetto di revisione della LCart del Consiglio federale. Nel numero 3 presentiamo una descrizione di ogni problema, completata da una breve valutazione della situazione (cfr. riquadri). Il numero 4 (sintesi) presenta una panoramica dei risultati del nostro sondaggio.

2.2 Le opzioni della sottocommissione

Sulla base di queste informazioni la sottocommissione può, alla luce della revisione legislativa in corso, farsi un'opinione sull'entità dei problemi e sul modo procedere. Le opzioni di cui dispone la sottocommissione per ogni problema sono:

1. Se il problema le sembra insignificante: astenersi dal prendere provvedimenti.
2. Se il problema le sembra essenziale: verificare che sia sufficientemente preso in considerazione dalla revisione in corso.
   a. Se è il caso, controllare che la soluzione sia mantenuta nel progetto nel corso della procedura di revisione.
   b. Se il problema non fosse trattato nella revisione in corso o non lo fosse sufficientemente, la sottocommissione potrà:
      – chiedere un approfondimento del problema all'OPCA;

– trasmettere le sue considerazioni al Consiglio federale affinché ne tenga conto nel messaggio;
– trasmettere le sue considerazioni alla Commissione dell'economia e dei tributi (CET) che tratterà il messaggio.

Nel numero seguente i problemi sono enunciati in ordine logico. Il lettore potrà tuttavia consultare direttamente i punti che più lo interessano trovando nel numero 4 «Sintesi» la rappresentazione grafica dei problemi, secondo la loro entità e la necessità di revisione che comportano, nonché l'indicazione del numero in cui sono trattati.

3 Problemi principali della LCart

3.1 Assenza di sanzioni dirette

Secondo gli articoli 50 e 54 LCart le sanzioni amministrative e penali possono essere prese unicamente in caso di contravvenzione a una decisione passata in giudicato delle autorità in materia di concorrenza. In Svizzera, contrariamente alla normativa in vigore negli USA e nell'UE, i comportamenti illeciti che ostacolano la concorrenza non possono essere sanzionati direttamente. La sanzione può essere dunque pronunciata soltanto in caso di recidiva, ossia nel caso in cui una parte contravviene a una decisione della ComCo.

Secondo il parere delle autorità in materia di concorrenza e della maggioranza di specialisti in questo settore, l'assenza di sanzioni dirette priva la LCart dell'effetto dissuasivo sulle imprese e limita fortemente l'efficacia della LCart. Un'impresa il cui comportamento è stato dichiarato abusivo riceve soltanto un avvertimento; il guadagno accumulato fino alla proclamazione del divieto di siffatto comportamento resta escluso da un eventuale sequestro. I costi della procedura che un'impresa rischia di vedersi addossare sono dunque di molto inferiori ai benefici che essa trae dal comportamento abusivo. Non solo la legge è sprovvista di effetto dissuasivo, ma può addirittura incitare alla formazioni di cartelli. Il settore dell'aggiudicazione di commesse rappresenta un esempio particolarmente esauriente. Gli accordi illeciti sono infatti conclusi specificatamente per ogni messa a concorso. Anche se la ComCo vieta un accordo del genere, nulla impedisce alle imprese di riconcludere l'accordo per un'altra messa a concorso, senza che vi siano conseguenze. In questo caso non si tratta segnatamente della contravvenzione a una decisione della ComCo, ma di un nuovo accordo abusivo che deve essere oggetto di una nuova decisione e non può pertanto essere sanzionato immediatamente. Gli sforzi delle autorità in materia di concorrenza sono pertanto vanificati e la lotta ai cartelli si riduce a una vera e propria fatica di Sisifo.

L'effetto dissuasivo della LCart è strettamente legato alla probabilità che un accordo abusivo sia scoperto. Le pratiche cartellistiche note o facilmente individuabili sono divenute sempre più rare in Svizzera e nel mondo, in quanto la maggior parte delle imprese tende a dissimularle[12]. Considerando che il lavoro diventa sempre più complicato, le autorità in materia di concorrenza reclamano strumenti più efficaci per

12 Stoffel, 2000, pag. 21.

smascherare le contravvenzioni al diritto dei cartelli. L'esperienza delle autorità estere mostra che strumenti quali la «Kronzeugenregelung[13]», le inchieste mascherate o le perquisizioni aumentano la probabilità di scoperta. Il caso del cartello delle vitamine è un esempio che mostra l'efficacia di tali misure: dopo aver ostacolato la concorrenza per decenni senza essere scoperto, il cartello delle vitamine è infine stato denunciato alle autorità americane in materia di concorrenza da una delle imprese che vi partecipavano. La denuncia spontanea di questa pratica cartellistica fu indotta dalla concessione di una notevole riduzione della multa prevista. Dopo che questo affare fu rivelato negli USA, le autorità svizzere constatarono che il cartello mondiale delle vitamine aveva esplicato i suoi effetti anche sul mercato elvetico[14]. Nel nostro Paese la scoperta di cartelli come nell'esempio summenzionato è altamente improbabile. La certezza di sfuggire alle sanzioni non incoraggia certo i membri di una pratica cartellistica segreta a rompere l'accordo di loro iniziativa. Essi possono infatti attendere senza preoccupazioni che le autorità scoprano la pratica, per poi sciogliere l'accordo, preferibilmente di comune accordo.

Gli oppositori alle sanzioni dirette sostengono che l'introduzione di queste ultime sia inutile, poiché sarebbe sufficiente l'effetto dissuasivo della legge: i cartelli e gli abusi delle posizioni dominanti sono mal visti dall'opinione pubblica, le imprese non possono più permettersi di ignorare la regolamentazione. Queste misure avrebbero inoltre l'inconveniente di estendere l'effetto dissuasivo a comportamenti che non sono nocivi per la concorrenza, ma che le imprese sarebbero indotte a evitare per timore che non siano conformi alla normativa sui cartelli. Inoltre dovrebbe pure esservi un aumento delle richieste alle autorità in materia di concorrenza da parte delle imprese, desiderose di avere informazioni sulla liceità di certe pratiche.

L'importo delle sanzioni previste nell'articolo 50 LCart in caso di contravvenzione a una conciliazione o a una decisione amministrativa non è contestato nella letteratura specialistica. Esso ammonta sino a tre volte il guadagno conseguito con l'infrazione o sino al 10 per cento dell'ultima cifra d'affari. In questi termini è comparabile a quello previsto dall'UE, ma inferiore all'importo previsto dalla legislazione americana. Il problema non è dunque l'entità delle sanzioni, ma piuttosto l'impossibilità di infliggere una multa alla prima infrazione.

Revisione legislativa in corso[15]*:*

L'avamprogetto del Consiglio federale per la revisione parziale della LCart prevede l'introduzione di sanzioni dirette per la costituzione di cartelli rigidi (cfr. art. 5 cpv. 3 LCart), per l'abuso della posizione dominante sul mercato (cfr. art. 7 LCart), nonché per la contravvenzione a conciliazioni e a decisioni amministrative. In questa ottica il Consiglio federale propone la modifica dell'articolo 27 capoverso 1 e dell'articolo 50, l'introduzione dell'articolo 27 capoverso 3 e dell'articolo 49*a* LCart. Per ragioni attinenti al diritto costituzionale, si è tuttavia rinunciato a prevedere sanzioni dirette per ogni violazione della LCart.

In considerazione del fatto che l'introduzione di sanzioni dirette potrebbe far peggiorare le relazioni tra autorità e imprese, incitando queste ultime a dissimulare mag-

13 La «Kronzeugenregelung», regola secondo cui un contravventore pentito che presta assistenza alle autorità beneficia di un'attenuazione della pena oppure dell'impunità.

14 Cfr. comunicato stampa della Comco del 19 aprile 2000 «il cartello delle vitamine: vietato anche in Svizzera».

15 Cfr. allegato 3: Avamprogetto del Consiglio federale di revisione della LCart.

giormente le loro pratiche collusive, l'avamprogetto di revisione della LCart prevede anche alcune contromisure. La «Kronzeugenregelung» (cfr. nuovo art. 49*a* cpv. 2 e 3 LCart) figura infatti nel progetto: nel caso in cui un'impresa annuncia di propria iniziativa una limitazione della concorrenza, essa può beneficiare dell'impunità. Questa clausola consentirebbe inoltre di ridurre l'insicurezza giuridica dovuta all'introduzione delle sanzioni dirette. Le imprese aventi dubbi sulla liceità di una data pratica, potrebbero rivolgersi alle autorità per parere, senza per questo incorrere in sanzioni. Se un'impresa dovesse partecipare alla scoperta e alla soppressione di una limitazione della concorrenza, le autorità in materia di concorrenza potrebbero rinunciare completamente o parzialmente alla sanzione. Queste disposizioni dovrebbero facilitare le inchieste della ComCo e minare la solidarietà tra i membri di un cartello. Inoltre gli strumenti d'indagine a disposizione delle autorità in materia di concorrenza sono stati completati (art. 42 LCart). Queste ultime potranno così ordinare perquisizioni e il sequestro dei mezzi di prova. Per siffatte misure coercitive la legge federale sul diritto penale amministrativo è applicabile per analogia (DPA, RS 313)[16].

Valutazione della situazione:

- 70 per cento degli esperti considerano la questione dell'assenza di sanzioni dirette come molto problematica (60%) o problematica (10%). Il problema è ritenuto tendenzialmente *molto problematico*.
- 5 esperti ritengono che il problema comporti necessità di revisione. Questa necessità è considerata come *molto forte*.
- L'avamprogetto di revisione della LCart affronta il problema, proponendo l'introduzione di sanzioni dirette per le infrazioni più gravi.
- Secondo l'OPCA, la situazione in questo settore è chiara e pertanto un approfondimento della ricerca non è necessario.
- Se la sottocommissione auspica l'introduzione di sanzioni dirette, si adopererà per mantenere la modifica degli articoli 27 capoverso 1, 42 e 50 LCart e l'introduzione degli articoli 27 capoverso 3 e 49*a* nel progetto di revisione.

16 Considerazione di fattispecie passate: secondo l'art. 27 cpv. 1 LCart, un'inchiesta è aperta se esistono indizi di una limitazione illecita della concorrenza. L'autorità in materia di concorrenza non può aprire un'inchiesta se un'impresa ha nel frattempo abbandonato le sue pratiche irregolari (Cfr. cartello delle vitamine). Ai sensi dell'art. 30 cpv. 1 LCart, la Comco prende una decisione sulle misure da adottare o sull'approvazione della conciliazione. Questa situazione giuridica impedisce di sanzionare pratiche irregolari che sono state abbandonate prima o durante l'inchiesta e riduce le attività delle autorità in materia di concorrenza unicamente allo smantellamento dei cartelli esistenti. Per quanto concerne l'avamprogetto di revisione della LCart, questo problema è stato risolto con la modifica dell'art. 27 cpv. 1 e introducendo un cpv. 3 LCart, per di consentire il perseguimento di fatti avvenuti prima dell'inchiesta.

3.2 Composizione della ComCo

Ai sensi dell'articolo 18 LCart, il Consiglio federale istituisce la ComCo e nomina il presidente e i due vicepresidenti. La ComCo è composta da undici a quindici membri, in maggioranza esperti indipendenti. Attualmente essa è costituita da nove esperti indipendenti (quattro economisti, quattro giuristi e un rappresentante della Confederazione) e da cinque rappresentanti di organizzazioni mantello (ossia Unione svizzera dei contadini, Unione svizzera delle arti e mestieri, Unione sindacale svizzera, Unione svizzera di commercio e d'industria «Vorort», Associazione dei grandi magazzini svizzeri). Le organizzazioni di consumatori non sono per il momento rappresentate.

Questa situazione pone il problema dell'indipendenza della ComCo. Infatti si potrebbe temere che membri della ComCo nominati quali rappresentanti di interessi particolari privilegino questi interessi a detrimento degli interessi del mantenimento della concorrenza.

Per i fautori della partecipazione di rappresentanti dei gruppi d'interesse alla ComCo, questo sistema consentirebbe a quest'ultima di prendere decisioni più consensuali e pertanto più accettabili. Esso consentirebbe pure di integrare nel processo decisionale anche considerazioni politiche che non vertano unicamente sul rispetto della concorrenza efficace. Inoltre i rappresentanti di interessi particolari apportano alla ComCo conoscenze specifiche acquisite nella prassi suscettibili di essere utili nei casi particolari.

Per i detrattori del sistema attuale tali conoscenze specifiche possono essere fornite da esperti in materia; sottolineano pure che, ai sensi dell'articolo 43 LCart, le associazioni professionali o economiche possono partecipare alle inchieste. Secondo la loro opinione le decisioni della ComCo dovrebbero essere unicamente al servizio della concorrenza efficace, a prescindere da altri interessi. Considerato che il legislatore ha deciso di attribuire alla ComCo la competenza in materia di concorrenza e gli aspetti politici al Consiglio federale (art. 8, 11 e 36 LCart), vi sono tutte le ragioni per strutturare la ComCo come un gruppo di esperti. Ci si atterrebbe così alla volontà del legislatore. Le decisioni di una commissione di esperti, prese unicamente nell'ottica della concorrenza efficace e non influenzate da considerazioni politiche, sarebbero più coerenti. Il processo decisionale potrebbe così anche essere più efficiente.

Considerata l'attuale composizione della ComCo, il rischio di conflitti d'interesse sarebbe ulteriormente accentuato se si introducessero le sanzioni dirette. Supponiamo che la ComCo abbia potuto infliggere sanzioni contro il cartello delle vitamine al quale apparteneva l'impresa Hoffmann-La Roche: in questo caso il membro della commissione che rappresenta il Vorort avrebbe dovuto pronunciare una sanzione diretta contro detta impresa, il cui presidente è membro dello stesso Vorort. In altri termini questo membro della ComCo avrebbe dovuto sanzionare un'impresa il cui direttore è suo superiore nell'ambito della sua attività principale. I conflitti di interesse sarebbero dunque programmati e i casi di ricusazione tenderebbero ad aumentare. La modifica della composizione della ComCo, in cui potrebbero esservi soltanto esperti indipendenti, risolverebbe in parte questo problema.

Inoltre la rappresentanza di gruppi di pressione limitata a certi settori dell'economia lede il principio dell'uguaglianza. I settori che dispongono di rappresentanti in seno

alla ComCo beneficiano infatti d'informazioni privilegiate sulle inchieste e le decisioni in corso che i settori non rappresentati non possono avere. Questa situazione palesa che vi sono disuguaglianze nell'applicazione della legge tra i diversi settori dell'economia.

Revisione legislativa in corso.

L'avamprogetto di revisione della LCart prevede la modifica l'articolo 18 capoverso 2, nel senso che i membri della ComCo devono essere obbligatoriamente esperti indipendenti. La ComCo soddisferebbe così i criteri d'indipendenza, come accade per i tribunali o per autorità simili. Un'autorità composta da esperti indipendenti stimolerebbe una politica decisionale coerente, poiché sarebbe unicamente al servizio della concorrenza efficace. Essa soddisferebbe inoltre anche le maggiori esigenze derivanti dall'introduzione di sanzioni dirette, segnatamente per quanto concerne l'applicazione del diritto uguale per tutti i settori dell'economia e indipendente dagli interessi economici.

Valutazione della situazione:

- 50 per cento degli esperti considerano problematica la questione della partecipazione di rappresentanti di gruppi d'interessi (30%) o molto problematica (20%). La questione è ritenuta tendenzialmente *problematica*.
- 5 esperti ritengono che il problema comporti necessità di revisione (2 citano il problema al 1° posto). La necessità di revisione è considerata *molto forte*.
- L'avamprogetto di revisione della LCart risolve il problema poiché prevede che nella ComCo non vi siano rappresentanti di associazioni mantello.
- Secondo l'OPCA la situazione è chiara e non necessita approfondimenti.
- Se la *sottocommissione* auspica una ComCo priva di rappresentanza dei gruppi d'interesse, si adopererà affinché la modifica dell'articolo 18 capoverso 2 LCart sia mantenuta nel progetto.

3.3 Dimensioni della ComCo

Ai sensi dell'articolo 18 LCart, la ComCo è composta di 11-15 membri. Nella prassi i timori espressi nel messaggio che accompagnava la LCart 95 concernenti la difficoltà di risolvere questioni complesse in un'assemblea plenaria di 11-15 persone si sono verificati fondati[17]. La letteratura specialistica è unanime: il processo di decisione potrebbe essere più efficace. Il processo decisionale in un gruppo eterogeneo di 15 persone è difficile e può condurre a risultati equivoci e imprevedibili. È pure vero che un gruppo grande dispone d'un potenziale maggiore di risoluzione dei problemi. Tuttavia, in relazione alla dimensione del gruppo, aumenta la difficoltà a raggiungere il consenso. Degli studi hanno mostrato che la dimensione ottimale di un gruppo che ha compiti complessi e differenziati è di cinque a sette persone [18]. Il la-

17 Cfr. messaggio LCart, *cit.*, pag. 425.
18 Wiswede, 1992, pag. 743.

voro in un piccolo gruppo fornisce maggiore motivazione ai membri, inducendoli a impegnarsi di più[19]. Organi decisionali simili alla ComCo sono decisamente più ridotti rispetto a questa, come per esempio la Commissione delle banche (sette membri) o la Commissione delle telecomunicazioni (sette membri).

Revisione in corso:

L'avamprogetto di revisione parziale della LCart propone di modificare l'articolo 18 capoverso 2, in modo da ridurre a sette il numero dei membri della ComCo. Gli obiettivi di questo cambiamento di struttura sono: migliorare la coesione del gruppo, favorire un lavoro maggiormente professionale, nonché rendere più efficace lo svolgimento della procedura.

Valutazione della situazione:

- 60 per cento degli esperti considerano problematica la questione delle dimensioni della ComCo (50%) o molto problematica (10%). La questione è ritenuta tendenzialmente *problematica*.
- 4 esperti ritengono che il problema comporti necessità di revisione (un esperto cita questo problema al 1° posto). Il bisogno di revisione è considerato *abbastanza forte*.
- L'avamprogetto di revisione della LCart affronta il problema riducendo la dimensione della ComCo a sette membri.
- Secondo l'OPCA la situazione è chiara e non necessita approfondimenti.
- Se la *sottocommissione* auspica la riduzione del numero dei membri della ComCo, si adopererà affinché la modifica dell'articolo 18 capoverso 2 LCart sia mantenuta nel progetto.

3.4 Carattere di milizia della ComCo

Attualmente la ComCo è un organo di milizia. Tutti i suoi membri esercitano la loro funzione a titolo accessorio. Il presidente della ComCo esercita le sue funzioni con un tasso d'occupazione fissato dal Consiglio federale al 33 per cento; il salario ammonta a 100 000 franchi annui. Il salario e il tasso d'occupazione, superiori a quelli degli altri membri, sono giustificati segnatamente dai compiti supplementari di relazioni pubbliche e di supervisione della segreteria che implica questa funzione. I vicepresidenti e gli altri membri della ComCo preparano gli incartamenti in concomitanza con la loro attività professionale regolare e presenziano unicamente alle sedute. Sono remunerati come segue: 36 000 franchi per i vicepresidenti, 24 000 franchi per i membri che sono professori universitari, 12 000 franchi per i membri che rappresentano i gruppi d'interessi. L'obiettivo di questo sistema di milizia è di coinvolgere nella vita economica corrente, oltre alla loro funzione di difensori della concorrenza, coloro che prendono decisioni in seno alle autorità in questo settore.

19 Seidel, 1992, pag. 719.

I membri della ComCo devono applicare complesse nozioni di diritto della concorrenza e di economia di mercato. Le loro decisioni possono avere gravi conseguenze per le imprese interessate. Per questo la ComCo è costretta a seguire gli sviluppi sempre più rapidi in ambito economico e politico del Paese e a essere pronta a reagire tempestivamente. Inoltre la ComCo è tenuta a rispettare le severe disposizioni procedurali della LCart, in particolare per quanto concerne i termini stabiliti nel controllo delle concentrazioni. I membri della ComCo devono pertanto essere competenti e pronti a investire tempo e attenzione sufficienti alle loro attività in seno alla commissione, cosa non sempre facile per impiegati a tempo parziale. Nel suo messaggio il Consiglio federale aveva già constatato i limiti del sistema di milizia: «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»[20]. Il presidente ed entrambi i vicepresidenti esercitano tuttavia le loro funzioni ancora a titolo accessorio.

Nell'eventualità dell'introduzione di sanzioni dirette, le imprese oggetto di contestazione si impegneranno maggiormente nell'ambito della procedura e impiegheranno più risorse. Ci si deve inoltre attendere a un aumento della partecipazione di terzi all'inchiesta. Il volume di lavoro e la pressione esercitata sulla ComCo aumenteranno; essa dovrà esaminare incartamenti più voluminosi, nonché le rivendicazioni e le argomentazioni delle parti interessate. La disponibilità e l'impegno dei membri dovranno ancora aumentare a tal punto che la maggioranza degli esperti reclama la professionalizzazione della ComCo.

Composta di professionisti la ComCo rafforzerebbe pure la propria indipendenza. Infatti un esperto in materia di concorrenza, ben pagato e impiegato a tempo pieno sarebbe meno tentato di avere una seconda attività professionale suscettibile di generare un conflitto di interessi e la conseguente ricusazione.

Il problema della professionalizzazione della ComCo solleva anche la questione della creazione dell'Ufficio federale della concorrenza, questione affrontata durante il dibattito precedente il progetto di legge della LCart vigente e in seguito abbandonata.

Revisione in corso:

Durante i lavori preparatori, il gruppo di lavoro interdipartimentale incaricato dal Consiglio federale di elaborare proposte concrete per la modifica della LCart ha abbordato il tema dell'aumento della professionalizzazione in seno alla ComCo. In particolare è stata discussa la conversione del posto di presidente e dei posti di vicepresidenti da posti a tempo parziale in posti a tempo pieno. Il gruppo di lavoro ha concluso che tale cambiamento era auspicabile, ma che la questione poteva essere risolta a livello di regolamento interno della ComCo oppure di decisione di assunzione da parte del Consiglio federale. Il tasso d'impiego dei membri della ComCo non è pertanto stato fissato nel progetto di revisione. Nel caso in cui il Parlamento accettasse le altre misure in favore di un miglioramento della professionalizzazione della ComCo (riduzione del numero di membri, esclusione della rappresentanze dei gruppi d'interesse), il Consiglio federale prenderebbe i provvedimenti necessari per aumentare i tasso di attività del presidente e dei vicepresidenti.

20 Cfr. messaggio LCart, *cit.*, pag. 468.

Valutazione della situazione:

- 70 per cento degli esperti ritengono che la questione del carattere di milizia della ComCo sia molto problematica (50%), rispettivamente problematica (20%). La questione è ritenuta tendenzialmente *molto problematica*.
- 6 esperti ritengono che il problema comporti necessità di revisione (2 lo citano al 1° posto). La necessità di revisione è considerata *molto forte*.
- L'avamprogetto di revisione della LCart non prevede direttamente l'aumento del tasso d'impiego. Il Consiglio federale intende tuttavia, se il Parlamento accetta la revisione, aumentare il suddetto tasso mediante il Regolamento interno della ComCo oppure a livello di decisione d'assunzione. La riduzione della dimensione della ComCo e l'esclusione dei gruppi d'interesse dalla rappresentanza sono previsti nel progetto; si tratta di misure che contribuiscono a migliorare la professionalizzazione della ComCo.
- Secondo l'OPCA la situazione è chiara e non necessita approfondimenti.
- Se la sottocommissione auspica l'aumento del tasso d'occupazione dei membri della ComCo, dovrà verificare, in caso d'accettazione della revisione da parte del Parlamento, che il Consiglio federale aumenti adeguatamente il tasso d'occupazione dei membri della ComCo.

3.5 Rapporto tra la ComCo e la sua segreteria

A livello istituzionale le competenze per quanto concerne l'attuazione della legge sono divise tra la ComCo e la sua segreteria. Ai sensi dell'articolo 23 capoverso 1 LCart, la segreteria prepara gli affari ed emana, unitamente a un membro della presidenza, le decisioni di procedura. Essa presenta proposte alla ComCo e ne esegue le decisioni. La competenza decisionale spetta alla ComCo (art. 3 cpv. 3 LCart). La segreteria esegue le inchieste preliminari e le inchieste sulla base delle quali la ComCo prende le sue decisioni. L'articolo 30 capoverso 2 LCart riconosce tuttavia, in circostanze eccezionali, alcune possibilità d'intervento alla ComCo contro la competenza della segreteria di istruire le inchieste. L'articolo 17 capoverso 2 del regolamento interno della ComCo prevede che i membri di questa possono partecipare a tutte le fasi delle inchieste della segreteria, in particolare all'audizione di testimoni. Interpretata conformemente alla legge, questa partecipazione è intesa come osservazione e non partecipazione attiva nell'inchiesta[21].

Nella prassi, da circa un anno, le autorità in materia di concorrenza operano una distinzione rigorosa tra l'istruzione di un'indagine spettante alla segreteria e il processo decisionale di competenza della ComCo. Unicamente i presidenti delle camere fungono da collegamento tra i due organi. La firma di uno di essi è sufficiente per far aprire un'inchiesta alla segreteria; in seguito si ritirano e lasciano che la segreteria conduca l'inchiesta. Secondo la ComCo questa prassi si è dimostrata efficace, in quanto ha consentito di prendere decisioni in modo più sereno e libero, poiché nessun membro è più implicato nell'istruzione dell'inchiesta.

21 Borer, Kommentar, 1998, pagg. 326-327.

Alcuni autori criticano tuttavia il fatto che un'autorità di decisione si pronunci in merito ad affari, sulla base di un'inchiesta alla quale non ha partecipato. Secondo Damien Neven, l'analisi di una situazione concorrenziale può spesso essere affrontata secondo approcci diversi ed è importante, per la pertinenza della decisione finale, che la ComCo (o quantomeno la camera responsabile) concordi con l'approccio scelto dalla segreteria[22]. Alfine di migliorare la coordinazione e l'efficacia dei rapporti tra l'inchiesta e il processo decisionale, la ComCo dovrebbe essere maggiormente coinvolta nella fasi preliminari dell'analisi. Sotto questo profilo, la relazione tra la segreteria e la ComCo dovrebbe tuttavia essere formalizzata tramite qualche semplice regola che confermi uno sviluppo consensuale dell'istruzione, pur preservando la rispettiva indipendenza dei due organi[23].

Va sottolineato pure che l'interazione tra le due istituzioni è resa più difficile poiché la segreteria, composta da professionisti che si occupano a tempo pieno di problemi inerenti la concorrenza, deve trasmettere i risultati della propria inchiesta a un comitato composto da esperti e da rappresentanti dei gruppi d'interesse, i quali non sono impiegati a tempo pieno nell'attuazione del diritto dei cartelli. Ne consegue che la segreteria, in virtù delle scelte operate nella fase d'istruzione di un affare e dell'analisi che sottopone alla ComCo, potrebbe esercitare un'influenza determinante sulle decisioni di quest'ultima. Esiste il pericolo che la ComCo, per carenza di competenze tecniche e di risorse, non sia in grado di contestare le proposte della segreteria e si riduca così semplicemente a ratificarle. Anche le differenze nel modo di affrontare il problema, nel condurre il ragionamento ecc., dovute al carattere di milizia della ComCo, rendono problematica la comunicazione tra l'organo investigativo e l'organo decisionale delle autorità in materia di concorrenza. Christian von Weizsäcker segnala che questo problema non si pone in Germania, dove i membri delle sezioni competenti per le decisioni del Bundeskartellamt sono funzionari a tempo pieno e che dispongono di una lunga esperienza nell'ambito dell'economia e del diritto della concorrenza[24].

Valutazione della situazione:

- 50 per cento degli esperti ritengono che la questione del rapporto tra la ComCo e la segreteria sia molto problematica (20%), problematica (20%) o abbastanza problematica (10%). 50 per cento considerano dunque che si tratta di una questione poco o non problematica. Gli esperti non sono d'accordo sull'entità del problema, non è pertanto possibile determinare una tendenza.
- Nessun esperto ritiene che vi sia necessità di revisione. La necessità di revisione è considerata *trascurabile*.

22 Neven, rapporto, 1999, pagg. 7-8.
23 Ibidem.
24 von Weizsäcker, 2000, pag. 20.

– L'avamprogetto di revisione della LCart non affronta direttamente il problema. Le misure di professionalizzazione della ComCo previste (riduzione della dimensione, esclusione dei rappresentanti delle associazioni mantello e aumento del tasso di occupazione dei membri) potrebbero certamente avere un effetto benefico sul rapporto con la segreteria e potrebbero ridurre l'impressione che questa sia in una posizione di forza.

– Secondo l'OPCA, considerato il risultato del sondaggio, un approfondimento della questione non è necessario.

– Un intervento in questo ambito non è necessario, considerata la trascurabile necessità di revisione evocata.

3.6 Lavoro delle autorità in materia di concorrenza

Nonostante siano definite precisamente nella legge e rigorosamente separate nella prassi, le attività d'istruzione della segreteria e quelle decisionali della ComCo si sovrappongono ed è difficile considerare il loro lavoro indipendentemente. Inoltre, il fatto che le conclusioni dell'inchiesta della segreteria non sono pubblicate rende ancora più difficile valutare in quale misura la ComCo si attiene nella propria decisione all'analisi della segreteria oppure sviluppa un ragionamento autonomo. Noi proponiamo tuttavia di valutare con un approccio differenziato il lavoro di entrambi gli organi, sottolineando, per la segreteria, l'analisi economica e, per la ComCo, in una prospettiva più ampia, le sue decisioni.

3.6.1 Lavoro della segreteria

La ComCo e la sua segreteria hanno il compito di attuare nelle loro decisioni il concetto centrale della LCart, ossia quello di concorrenza efficace (art. 5, 10, 37, 45 e 51 LCart), di cui la legge non dà una definizione precisa. La rinuncia alla definizione legale è dovuta al fatto che, da un lato, in particolare nel settore dell'organizzazione industriale, non vi è consenso sul modo di accertare concretamente il livello di concorrenza in un mercato determinato; dall'altro, non esistono neppure indicatori economici suscettibili di dirimere definitivamente siffatta questione. In mancanza di un metodo unico e riconosciuto, l'inchiesta si deve necessariamente fondare sull'accumulazione massima di fatti provati da un metodo empirico ad hoc per delimitare il mercato pertinente, specificare le proprie strutture ed esaminare il comportamento e le prestazioni delle imprese[25]. Per questo è necessaria un'eccellente conoscenza dei diversi metodi economici moderni, soprattutto per quanto concerne la segreteria, la quale fornisce l'analisi economica e da cui dipende ampiamente la qualità delle decisioni della ComCo[26].

25 Flückiger, in CFPG, 1999, pag. 60.
26 Cfr. n. 3.5 sul rapporto tra la Comco e la sua segreteria.

I criteri e i metodi impiegati dalla ComCo e dalla segreteria per valutare se la concorrenza presente in un dato mercato è efficace sono stati oggetto di critiche nella letteratura specialistica. La competenza della segreteria in ambito economico è stata messa in discussione da uno studio di Damien Neven[27], presentato nel 1999 alla Commissione federale per i problemi congiunturali. Questo studio conclude che le decisioni della ComCo sono difficilmente comprensibili, l'analisi soffre di problemi concettuali (segnatamente per quanto concerne la definizione di mercato) e gli elementi di prova sono spesso insufficienti. Damien Neven imputa questi risultati, fra l'altro, a una preparazione insufficiente della segreteria. Thomas von Ungern-Sternberg segnala in particolare che le inchieste si limitano ad argomenti meramente giuridici e che non contengono analisi economiche vere e proprie. Yves Flückiger, nel suo testo pubblicato nel 1999 dalla CFPG[28], denuncia la mancanza di indicatori particolarmente importanti per consolidare le decisioni della ComCo. Si tratta soprattutto degli indicatori delle prestazioni delle imprese, ossia i dati più pertinenti dell'esistenza della concorrenza efficace in un dato mercato. In parecchie decisioni in materia di fusioni (GE-Capital e Procrédit, Journal de Genève e Nouveau quotidien, UBS e SBS) sembra che manchino le prove empiriche relative alle prestazioni del mercato e al mercato rilevante[29].

Alla luce di queste critiche, il DFE ha incaricato Christian von Weizsäcker dell'Università di Colonia di valutare la competenza in ambito economico della segreteria. Il rapporto consegnato il 10 luglio 2000 esamina le analisi empiriche ed economiche delle inchieste della segreteria e le paragona allo standard internazionale[30]. Esso confuta in gran parte le critiche menzionate. Christian von Weizsäcker fa notare che le critiche concernenti la mancanza di fondamenti empirici delle decisioni della ComCo sono state accettate dalla segreteria. Quest'ultima ha nel frattempo creato il gruppo di lavoro «empirie» e l'ha incaricato di porre rimedio a questo problema. A parte questo Christian von Weizsäcker, per quanto concerne le critiche formulate da Damien Neven, ritiene che nella decisione in merito al caso della fusione UBS–SBS la giustificazione degli oneri imposti non corrisponde alla logica dell'analisi. Del resto, nel caso della fusione UBS–SBS, l'argomentazione della segreteria sarebbe professionale alla stessa stregua di quella del Bundeskartellamt nel caso della fusione di due banche bavaresi.

Nella maggioranza dei casi pratici le autorità in materia di concorrenza devono per lo più determinare il mercato rilevante. Nell'ambito della scienza economica questo concetto gode di un ampio consenso ed è ritenuto un elemento chiave nella prassi della politica della concorrenza. La segreteria ha emanato direttive interne che, secondo Christian von Weizsäcker, le hanno consentito di stabilire una definizione pertinente di mercato rilevante, ogni qualvolta ve n'era la necessità[31]. Contrariamente al concetto di mercato rilevante, il termine «dominazione collettiva del mercato» è ampiamente controverso nell'ambito della scienza economica. A questo proposito, la segreteria ha assimilato la discussione scientifica ed è in grado di utilizzare

27 Neven, rapporto, 1999, pag. 2.
28 Flückiger, in CFPG, 1999, pagg. 96-97.
29 Ibidem.
30 Von Weizsäcker, 2000. Il rapporto «Oekonomische Sachkompetenz im Sekretariat der WEKO» affronta pure, sulla base di alcune decisioni importanti, la questione della qualità delle decisioni della Comco. Esso illustra bene la connessione dei due organi e le difficoltà a differenziare il loro «output».
31 Op.cit. pag. 25.

perfettamente questo concetto applicandolo a casi concreti, alla stessa stregua della Commissione europea.

La teoria economica ha provocato un'inversione di tendenza nella valutazione degli accordi verticali. Finora gli accordi verticali limitanti l'azione di uno dei partner rispetto a un terzo erano percepiti negativamente e considerati limitazioni della concorrenza. Attualmente l'opinione dominante in politica della concorrenza difende una posizione più mitigata. Gli accordi verticali possono per esempio essere intesi come tentativi per contribuire alla soluzione di problemi inerenti all'informazione incompleta cui si trovano confrontati i consumatori nella scelta dei prodotti. Christian von Weizsäcker ritiene che le decisioni della ComCo in materia di accordi verticali, ampiamente basate sulle analisi economiche della segreteria, siano pertinenti. Considerando non soltanto le decisioni, ma anche i documenti interni, von Weizsäcker ha constatato che l'approccio della segreteria è molto più moderno che quello della Commissione di Bruxelles o quello del Bundeskartellamt.

Christian von Weizsäcker constata che i collaboratori della segreteria dispongono di elevate competenze in ambito economico. Alcuni quadri vantano inoltre esperienze pratiche acquisite presso le autorità in materia di concorrenza a Bruxelles o a Washington. La formazione dei collaboratori accademici corrisponde allo standard elvetico, ossia comparabile a quello tedesco o austriaco. Sotto il profilo qualitativo il lavoro della segreteria della ComCo è comparabile a quello della Commissione europea. Von Weizsäcker sottolinea che l'orientamento generale della segreteria è più moderno rispetto a quello del Bundeskartellamt di Bonn; questo è probabilmente dovuto al fatto che i collaboratori in Svizzera hanno conseguito la loro formazione universitaria in tempi più recenti. Inoltre la formazione continua dei collaboratori è garantita. L'efficacia e la qualità del lavoro della segreteria non devono temere paragoni a livello internazionale.

Alla segreteria si rimprovera spesso la lentezza delle inchieste. Essa stima che la durata media della procedura sia di un anno e oltre. Ritiene che questo lasso di tempo sia necessario per condurre correttamente la procedura e rispettare il diritto di essere sentiti delle parti interessate. La constatazione della fattispecie, l'audizione delle parti, il loro parere sulle conclusioni dell'inchiesta della segreteria e infine la fase di decisione della ComCo prendono tempo. Inoltre le parti chiedono spesso la proroga dei termini, che in generale viene loro sempre concessa.

Per quanto concerne il problema del rispetto dei diritti procedurali della parti si rinvia anche al numero 3.9 concernente i ricorsi contro le decisioni della ComCo.

Valutazione della situazione:

- 60 per cento degli esperti ritengono che la questione della qualità del lavoro della segreteria sia molto problematica (10%), problematica (40%) o abbastanza problematica (10%). La questione è ritenuta tendenzialmente *problematica*.
- 3 esperti ritengono che il problema comporti necessità di revisione. La necessità di revisione è considerata *abbastanza forte*. (Fra i 3 esperti, 2 economisti auspicano una riforma volta a migliorare le competenze della segreteria nell'ambito economico).

– L'avamprogetto di revisione della LCart non prevede misure particolari per migliorare il lavoro della segreteria a livello di struttura o di competenze.
– Lo studio affidato dal DFE a Christian von Weizsäcker, giudica buoni il lavoro e le competenze della segreteria e paragonabili, se non migliori dello standard internazionale.
– In considerazione del rapporto von Weizsäcker la situazione è chiara e non necessita approfondimenti.
– In considerazione del rapporto von Weizsäcker, un intervento in questo ambito non è necessaria.

3.6.2 Decisioni della ComCo

Il rapporto von Weizsäcker affronta la questione della qualità delle decisioni della ComCo sulla base di alcune decisione importanti[32]. Esso non ravvisa problemi nella motivazione delle decisioni sotto il profilo economico. Finora le decisioni della ComCo non sono state analizzate in modo sistematico. Le attività della ComCo sono tuttavia recentemente state valutate in uno studio comparativo nell'ultimo numero della rivista Global Competition Review pubblicata su Internet[33]. Sulla base di un'inchiesta effettuata presso studi legali che si occupano di diritto della concorrenza, la rivista elabora una classifica mondiale delle autorità in materia di concorrenza secondo la loro competenza e la loro efficacia. 28 autorità di 24 Paesi sono state così valutate per quanto concerne la prassi in materia di fusioni e di lotta contro le limitazioni della concorrenza, la perizia tecnica, la procedura, l'indipendenza nonché la funzione di leadership. Alle autorità sono state attribuite da una a cinque stelle, a seconda dei risultati ottenuti.

Solamente il Bundeskartellamt di Bonn ottiene il punteggio massimo di cinque stelle. La ComCo ne ottiene quattro e si situa ex-æquo fra le sette migliori, unitamente alle autorità in materia di concorrenza della Finlandia, d'Israele, d'Italia, di Svezia, nonché la US Antitrust Division of the Departement of Justice degli Stati uniti.

Secondo questa valutazione il punto forte della ComCo sta nel controllo delle concentrazioni, attività per cui riceve 4,5 punti su 5. Sono stati evidenziati due punti deboli: in primo luogo l'esame tecnico dei casi per il quale la ComCo ottiene 3 su 5. Il Bundeskartellamt ottiene 3,5 su 5, mentre Christian von Weizsäcker ritiene che le due autorità abbiano competenze equivalenti in ambito economico. In secondo luogo la prassi in materia di accordi illeciti e abuso di posizione dominante, per i quali la ComCo ha ottenuto la nota 3 su 5. Secondo lo studio questa valutazione piuttosto mediocre è dovuta alla passività della ComCo in questo ambito. Anche Christian Meier-Schatz constata una mancanza di attività in materia di controllo delle posizioni dominanti soprattutto nel settore della stampa nella Svizzera orientale.

32 Op.cit. pag. 3.
33 http://www.global-competition.com/rating/method.htm

Le autorità in materia di concorrenza forniscono la prova della loro attività: nell'anno in corso sono state concluse sei inchieste e 12 sono pendenti. Inoltre nella prassi la ComCo ha sensibilmente intensificato i propri sforzi e migliorato la propria efficacia nell'ambito degli accordi illeciti e gli abusi di posizione dominante. Consultando le statistiche si constata che nel 1999 la segreteria ha condotto nove inchieste in più dell'anno precedente, ossia 23. Nello stesso periodo la ComCo ha concluso otto inchieste, ossia cinque in più rispetto al 1998. È aumentata anche la perspicacia nella scelta dei casi. Se nel 1998 la segreteria ha lanciato 23 inchieste preliminari, soltanto tre casi sono sfociati in un'inchiesta. Nel 1999 invece, su 24 inchieste preliminari, dieci casi sono stati oggetto di altrettante inchieste.

Molti esperti hanno l'impressione che la ComCo si concentri su cartelli di scarsa importanza, come per esempio quello dei monitori friburghesi di scuola guida, delle partizioni musicali o dello sperma bovino, mentre nei casi più importanti fatica a portare a termine la procedura. A queste critiche la ComCo risponde che si tratta di pregiudizi e rinvia a una serie di casi più importanti. Essa fa inoltre notare che pure i «piccoli casi» rivestono la loro importanza. Una volta giudicati costituiscono un precedente che consente di trattare rapidamente tutta una serie di casi simili.

Valutazione della situazione:

- 60 per cento degli esperti ritengono che la questione della qualità delle decisioni della ComCo sia molto problematica (20%) o problematica (40%). La questione è ritenuta tendenzialmente *problematica*.
- 3 esperti ritengono che il problema comporti necessità di revisione. La necessità di revisione è considerata *abbastanza forte*.
- L'avamprogetto di revisione della LCart non prevede una definizione più precisa dei criteri decisionali, obbligando per esempio la ComCo a considerare maggiormente gli aspetti puramente economici. Esso prevede tuttavia la modifica della struttura della ComCo (esclusione dei rappresentanti di interessi particolari, riduzione del numero dei membri, aumento del tasso d'occupazione dei membri) che lascia presagire il miglioramento della competenza, della qualità delle decisioni e del lavoro in generale della ComCo.
- Il rapporto von Weizsäcker non ravvisa problemi nella motivazione delle decisioni sotto il profilo economico.
- In considerazione del rapporto von Weizsäcker e della revisione legislativa in corso, la questione non necessita approfondimenti.
- In considerazione della revisione in corso e delle conclusioni del rapporto von Weizsäcker, un intervento in questo ambito non è necessario.

3.7 Pubblicazioni dei lavori delle autorità in materia di concorrenza

La ComCo e la segreteria hanno l'obbligo d'informare il pubblico circa la loro attività (art. 49 cpv. 1 LCart.). Secondo il concetto di comunicazione della ComCo[34] che concreta questa disposizione legale, la ComCo gioca la carta della trasparenza. La volontà d'informare apertamente, rapidamente e in modo competente è assicurata principalmente da due supporti mediatici. La pubblicazione trimestrale «Diritto e politica della concorrenza» (DPC) fornisce un rapporto sull'insieme delle autorità in materia di concorrenza e raccoglie le decisioni e le comunicazioni sul diritto e la politica della concorrenza. Il sito Internet della ComCo (http://wettbewerbskommission.ch) propone una vasta serie d'informazioni sul diritto della concorrenza: decisioni delle autorità in materia di concorrenza pubblicate nella rivista DPC, testi legislativi, un formulario per la notificazione delle fusioni, un servizio di stampa, ecc.

Malgrado gli sforzi della ComCo e della sua segreteria per un trasparenza nell'informazione, la comunicazione, in particolare delle decisioni, è oggetto di critiche. Per Damien Neven, la motivazione delle decisioni pubblicate nella rivista DPC non è completa, è poco convincente e non corrisponde qualitativamente alle motivazioni delle autorità estere. Damien Neven disapprova anche la mancata pubblicazione dei risultati delle inchieste della segreteria; la pubblicazione consentirebbe infatti di confrontare più precisamente le conclusioni dell'inchiesta e la decisione della ComCo. Franz Hoffet sottolinea inoltre che la ComCo non comunica alle parti le conclusioni che gli trasmette la segreteria. Maggiore trasparenza favorirebbe la qualità e «l'accettazione» delle decisioni.

Le autorità in materia di concorrenza contestano formalmente le critiche concernenti le loro pubblicazioni: la ComCo pubblica più informazioni di quanto non esiga la legge. Tutte le inchieste preliminari e i pareri concernenti atti normativi sono pubblicati per ragioni di trasparenza, anche se la LCart non lo prevede esplicitamente. Le autorità in materia di concorrenza sostengono inoltre che soltanto la decisione della ComCo è significativa per il pubblico. La pubblicazione delle conclusioni delle inchieste della segreteria impedirebbe alla ComCo di farsi liberamente un'opinione. Le eventuali divergenze tra la segreteria e la ComCo sarebbero utilizzate dalle parti nelle procedure di ricorso, minando così la credibilità delle autorità in materia di concorrenza. Secondo la prassi attuale della segreteria la critica vertente sulla mancata comunicazione delle conclusioni alle parti non è più pertinente. Attualmente la procedura è la seguente: al termine dell'inchiesta la segreteria invia contemporaneamente il progetto di decisione alla ComCo e alle parti.

Valutazione della situazione:

- 70 per cento degli esperti ritengono che la questione della pubblicazione delle autorità della concorrenza sia poco (50%) o non problematica (20%). La questione è ritenuta tendenzialmente *poco problematica*.
- 2 esperti ritengono che il problema comporti necessità di revisione. Il bisogno di revisione è considerato *moderato*.

34 Concetto di comunicazione della ComCo del 16 luglio 1998.

– L'avamprogetto di revisione della LCart non prevede di estendere l'obbligo d'informazione delle autorità in materia di concorrenza o di sottoporlo a criteri più rigidi. Le riforme strutturali potrebbero influenzare positivamente il contenuto delle pubblicazioni.

– A seconda dell'importanza che la sottocommissione attribuisce alla questione delle pubblicazioni delle autorità in materia di concorrenza e nella misura in cui essa ritiene che non sia presa in considerazione nell'avamprogetto, un approfondimento del problema potrebbe essere opportuno.–
  In considerazione dello stato attuale delle ricerche e della scarsa rilevanza del problema, un intervento in questo ambito non sembra necessario.

3.8 Assenza di controllo periodico della ComCo

Per controllare il lavoro della ComCo, Damien Neven[35] evoca la possibilità di istituire una commissione incaricata di valutare a intervalli regolari la decisioni prese, così come per i rapporti biennali della Monopolkommission[36] in Germania. Ci si può attendere che in caso di minaccia di valutazione periodica, i membri della Commissione resistano meglio alle influenze esterne[37]. Il Consiglio federale potrebbe pure vigilare sul modo in cui la ComCo promuove la concorrenza ai sensi dell'articolo 1 LCart. Per Franz Hoffet, il controllo dell'applicazione del diritto da parte della Commissione di ricorso in materia di concorrenza (REKO/WEF) è sufficiente. Considerate le risorse disponibili e le spese amministrative che potrebbe occasionare, l'istituzione di una siffatta commissione non sarebbe opportuna. Inoltre l'indipendenza della ComCo sarebbe messa in discussione.

Valutazione della situazione:

– 70 per cento degli esperti ritengono che la questione dell'assenza di un organo di controllo periodico delle autorità in materia di concorrenza sia poco (40%) o non problematica (30%). La questione è ritenuta tendenzialmente *poco problematica*.

– Nessun esperto ritiene che vi sia necessità di riforme. La necessità di revisione è *trascurabile*.

– La revisione in corso non prevede d'introdurre un siffatto controllo.

– Secondo l'OPCA, considerato il risultato del sondaggio, un approfondimento della questione non è necessario.

– Considerata la trascurabile necessità di revisione evocata, un intervento in questo ambito non è necessario.

35 Neven, rapporto, 1999, pag. 7.
36 I diritti e i doveri (Aufgaben u. Befugnisse) della Monopolkommission: valutazione regolare dello stato e dello sviluppo prevedibile della concentrazione di imprese in Germania sotto il profilo della politica economica, in particolare della politica della concorrenza. Valutazione delle prescrizioni in materia di controllo delle concentrazioni. Presa di posizione su questioni attuali di politica della concorrenza.
37 Neven, rapporto, 1999, pag. 7.

3.9 Ricorsi dinanzi la REKO/WEF

Ai sensi dell'articolo 44 LCart le decisioni della ComCo e della segreteria possono essere impugnate dinanzi alla Commissione di ricorso in materia di concorrenza (REKO/WEF). Dal 1° luglio fino alla fine del 1999, la REKO/WEF ha trattato nove ricorsi, fra i quali ne ha accolti sette, in maggioranza per un vizio di procedura.

Questi ricorsi pongono problemi a due livelli: in primo luogo ritardano considerevolmente la conclusione della procedura. Il momento in cui una decisione della ComCo passa in giudicato può essere rinviato di mesi, se non di anni[38]. In secondo luogo un tasso d'ammissione dei ricorsi del 77 per cento mina la credibilità delle autorità in materia di concorrenza. Queste ultime attribuiscono queste difficoltà al fatto che non disponevano ancora di esperienza nell'applicazione della legge sulla procedura amministrativa.

Conscio di questa problematica, il Dipartimento federale dell'economia ha incaricato Yvo Hangartner di elaborare una perizia giuridica[39] concernente i ricorsi presentati alla REKO/WEF. Secondo questa perizia l'elevato numero di ricorsi è segnatamente dovuto ad alcune ambiguità, da un lato, nelle disposizioni della LCart concernenti la procedura amministrativa, così come nelle competenze della ComCo e della segreteria e, dall'altro, nella legge sulla procedura amministrativa. Yvo Hangartner ritiene che il chiarimento progressivo di queste questioni da parte della giustizia amministrativa sia un processo normale. A livello di procedura amministrativa è stata messa in questione la professionalità con la quale sono trattati i casi soprattutto sotto il profilo del diritto di essere sentiti, del diritto di consultazione del dossier, dell'accertamento dei fatti e della motivazione delle decisioni. Le difficoltà nel rispetto dei diritti procedurali sono dovute principalmente all'inesperienza delle autorità in materia. Grazie alle decisioni della Commissione di ricorso, i problemi procedurali sembrano ora risolti. In qualità di garante di una procedura corretta e di una pratica decisionale intelligibile, la REKO/WEF è molto esigente riguardo alla trasparenza e alla giustificazione delle decisioni. Queste esigenze non sono tuttavia esagerate in considerazione degli errori commessi nella procedura di prima istanza. Yvo Hangartner considera che la REKO/WEF sia un'autorità di ricorso indispensabile, anche per quanto concerne il controllo qualitativo delle decisioni della ComCo. Essa è necessaria non soltanto per ragioni di diritto costituzionale e convenzionale, ma anche in quanto il Tribunale federale non deve giudicare affari in qualità di prima istanza.

Valutazione della situazione:

- 80 per cento degli esperti ritengono che la questione dei ricorsi presentati alla REKO/WEF contro le decisioni della ComCo sia abbastanza problematica (30%), poco problematica (30%) o non problematica (20%). La questione è ritenuta tendenzialmente *poco problematica*.

38 Stoffel, 2000, pag. 22.
39 Hangartner, 2000.

– 3 esperti ritengono che il problema comporti necessità di revisione. La necessità di revisione è considerata *abbastanza forte*.
– L'avamprogetto di revisione della LCart non prevede modifiche della procedura amministrativa, delle vie di ricorso oppure delle autorità di ricorso. Le riforme strutturali della ComCo previste potrebbero tuttavia avere un'influenza benefica sul rispetto della procedura.
– La perizia di Yvo Hangartner richiesta dal DFE in merito a questo problema, non constata necessità di riforme: anche se le autorità in materia di concorrenza hanno commesso errori procedurali, il chiarimento di certe questioni da parte della autorità amministrative è un processo normale.
– In considerazione della perizia giuridica Hangartner, un approfondimento del problema non sembra necessario.
– In considerazione delle conclusioni della perizia giuridica Hangartner, un intervento in questo ambito non sembra necessario.

3.10 Ruolo del Consiglio federale

Ai sensi degli articoli 8, 11 e 36 LCart, il Consiglio federale può, in presenza di interessi pubblici preponderanti, autorizzare eccezionalmente pratiche delle imprese dichiarate illecite dalle autorità competenti. Si tratta di una clausola d'eccezione alla regola secondo cui, in Svizzera, le relazioni economiche sono determinate dal mercato. Grazie a questa clausola, le autorità in materia di concorrenza possono concentrarsi unicamente sul diritto della concorrenza, senza farsi influenzare nel processo decisionale[40] da interessi di politica generale.

La possibilità di cui dispone il governo di ammettere limitazioni della concorrenza dichiarate illecite potrebbe tuttavia rappresentare una spada di Damocle al di sopra delle autorità in materia di concorrenza. Infatti, se le decisioni fossero contraddette troppo spesso, la ComCo perderebbe prestigio e credibilità; la sua affermazione come autorità indipendente sarebbe compromessa. La concessione di un'autorizzazione eccezionale da parte del Consiglio federale quale autorità politica suprema è nondimeno soggetta a condizioni particolarmente severe. Non è sufficiente evocare un qualsiasi motivo d'interesse pubblico, poiché è necessario un interesse pubblico preponderante. Inoltre la prassi o l'operazione considerata deve essere un mezzo adeguato, ma anche necessario, per la salvaguardia del suddetto interesse pubblico (esame della proporzionalità).

Il rovesciamento di una decisione delle autorità in materia di concorrenza che invoca motivi poco convincenti in merito all'interesse pubblico, comporta sempre un rischio politico. Finora il Consiglio federale non ha infatti mai accettato una richiesta in tal senso. Nel 1998, per esempio, gli editori e i distributori di partizioni musicali avevano chiesto al Consiglio federale di ammettere eccezionalmente, per motivi di interesse pubblico preponderante, un accordo sulla distribuzione delle partizioni dichiarato illecito dalla ComCo (art. 8 LCart). Il Consiglio federale ha rifiutato. Una

40 Borer, Kommentar, 1998, pagg. 221-222.

volta nel 1997 il Consiglio federale si è tuttavia opposto a un intervento della ComCo nell'ambito delle telecomunicazioni. Esso ha rinunciato a seguire una raccomandazione della ComCo secondo cui Swisscom avrebbe dovuto abbandonare la sua partecipazione nell'impresa potenzialmente concorrente Cablecom. Nonostante questo caso non concernesse gli articoli 8, 11 e 36 LCart, alcuni autori l'hanno percepito come una sconfessione della ComCo[41]. Inoltre il Consiglio federale non aveva invocato l'interesse pubblico, bensì interessi privati (p. es. l'entrata in borsa di Swisscom)[42]. La maggioranza degli specialisti concorda nel dire che è poco probabile che in futuro si verificheranno simili interventi da parte del Governo, soprattutto se si affermerà la reputazione di competenza e d'indipendenza della ComCo. Sussiste tuttavia la possibilità di un'interferenza della politica in generale e della politica della concorrenza.

Valutazione della situazione:

- 80 per cento degli esperti ritengono che la questione inerente il diritto del Consiglio federale di autorizzare eccezionalmente una limitazione della concorrenza dichiarata illecita o vietata dalla ComCo sia poco (30%) o non problematica (50%). La questione è ritenuta tendenzialmente *poco problematica*.
- Nessun esperto ritiene che vi sia necessità di revisione. La necessità di revisione è pertanto *trascurabile*.
- L'avamprogetto di revisione della LCart non affronta questo problema.
- Secondo l'OPCA, considerati i risultati del sondaggio, un approfondimento del problema non sembra necessario.
- In considerazione della scarsa rilevanza del problema e della trascurabile necessità di revisione evocata, un intervento in questo ambito non sembra necessario.

3.11 Controllo delle concentrazioni

3.11.1 Obbligo di annuncio delle fusioni in generale

Ai sensi dell'articolo 9 LCart, i progetti di concentrazioni di imprese devono essere notificati alla ComCo, sempreché siano superati alcuni valori limite (art. 9 cpv. 1-3 LCart). Il criterio principale dell'obbligo di annuncio è la cifra d'affari cumulata delle imprese interessate (art. 9 cpv. 1 lett. a e b)[43]. Rispetto ai valori vigenti in altri Paesi che dispongono di un sistema simile al nostro, i valori limite che disciplinano il regime delle autorizzazioni in Svizzera sono stati stabiliti deliberatamente elevati;

41 Neven, rapporto, 1999, pag. 35.
42 Ibidem.
43 Le concentrazioni devono essere comunicate se: «a. le imprese partecipanti hanno 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; b. almeno due delle imprese partecipanti hanno realizzato in Svizzera una cifra d'affari di almeno 100 milioni di franchi ognuno».

in questo modo il controllo delle concentrazioni avrebbe dovuto interessare un numero limitato di casi, stimato tra 10 e 15 casi annui[44]. Per le imprese del settore dei media il valore limite determinante va tuttavia moltiplicato per 20. Per le banche e le assicurazioni la legge adatta i valori di cui all'articolo 9 capoverso 1 LCart alle peculiarità di questi settori. A prescindere dai valori limite, una concentrazione di imprese deve inoltre obbligatoriamente essere annunciata alla ComCo se l'autorità competente ha constatato che un'impresa partecipante occupa una posizione dominante su un mercato determinato (art. 9 cpv. 4 LCart).

In questo contesto si pongono due problemi: in primo luogo alcune concentrazioni di imprese costituiscono un rafforzamento della posizione dominante su un mercato determinato, senza che la cifra d'affari superi il valore limite stabilito per l'obbligo di annuncio. In questi casi la ComCo non può esaminare l'operazione di concentrazione né, se del caso, intervenire. La segreteria della ComCo cita l'esempio delle fabbriche di zucchero, il caso Agie-Georg Fischer, Telekurs e, se vi sarà concentrazione, il caso JC Decaux/Affichage. In secondo luogo i fatti che non pongono manifestamente problemi a livello di diritto della concorrenza devono in ogni caso essere annunciati alla ComCo e controllati da questa. La segreteria della ComCo cita l'esempio del caso Comtop e la maggior parte delle fusioni nel settore dei media.

Dal primo semestre del 1996 al primo semestre del 2000 sono state annunciate 105 fusioni, numero largamente superiore alle previsioni del Consiglio federale, il quale stimava il numero degli annunci a 10-15 annui[45]. Dopo l'inchiesta preliminare, 94 di questi casi sono stati dichiarati irrilevanti. Soltanto 8,6% delle fusioni annunciate hanno dato adito all'apertura di un'inchiesta. Il problema del controllo delle fusioni non problematiche rappresenta non solamente un eccesso di lavoro per la ComCo e la segreteria, la quale ha già preso provvedimenti per trattare in modo più efficace siffatte fusioni, ma soprattutto un costo elevato per le imprese interessate. Secondo una valutazione della ComCo, tale annuncio costa all'impresa tra 20 000 e 100 000 franchi. I benefici di queste inchieste, che hanno lo scopo di preservare la concorrenza, sono tuttavia modesti: su 105 casi esaminati, soltanto tre hanno condotto a provvedimenti concreti, ossia il vincolo della fusione a condizioni e oneri oppure al divieto. Il rapporto costi/benefici del controllo delle fusioni è pertanto sfavorevole[46].

L'articolo 9 capoverso 5 LCart conferisce al Parlamento la competenza di adattare, mediante decreto federale di obbligatorietà generale non sottoposto a referendum, i valori limite per l'obbligo di notifica delle concentrazioni oppure vincolarle a speciali esigenze. Considerati il numero elevato degli annunci di fusioni, l'esigua quantità di casi che si rivelano problematici per quanto concerne la concorrenza, nonché le relative conseguenze economiche, l'aumento dei valori limite sembra più indicato della diminuzione[47]. Secondo la segreteria l'aumento sarebbe efficace soltanto se fosse ragguardevole (per la fusione di due imprese il valore limite della cifra d'affari dovrebbe essere dell'ordine di oltre 200 milioni in Svizzera). Questo aumento accrescerebbe tuttavia il rischio di sottrarre altre fusioni problematiche all'obbligo di annuncio.

44 Cfr. messaggio LCart, *cit.*, pag. 458.
45 Ibidem.
46 La situazione svizzera è paragonabile a quella nell'UE. La Commissione apre inchieste in meno del 10% dei casi di fusioni annunciati.
47 Hoffet in Zäch, 2000, pag. 58.

Christian Bovet segnala inoltre che il progetto di legge all'origine della legge del 1995 prevedeva in questi articoli 9 e 10 un regime di autorizzazione per le concentrazioni di imprese: dopo l'inchiesta sulla concentrazione annunciata, la ComCo, per mezzo di una decisione, avrebbe dovuto autorizzare o vietare la concentrazione. Il Parlamento ha respinto questo regime e l'ha sostituito con il sistema d'opposizione attualmente in vigore. Secondo questo esperto, la modifica introdotta dal Parlamento non ha avuto gli effetti sperati, ma si è giunti allo stesso risultato in una situazione tuttavia meno chiara dal punto di vista giuridico[48]. Vi è soprattutto una conseguenza: nell'ambito del controllo delle concentrazioni la sola volta in cui la ComCo prende una decisione amministrativa ai sensi dell'articolo 5 della legge federale sulla procedura amministrativa (PA) è quando vieta una concentrazione o quando la vincola a condizioni e oneri. Quando approva una concentrazione, la ComCo invece non prende una decisione formale; non vi è pertanto possibilità di impugnare questa risoluzione e questo va tutto a favore delle imprese che procedono all'operazione di concentrazione. Bovet ritiene che si potrebbe tornare al sistema dell'autorizzazione, senza che vi siano cambiamenti nella prassi attuale e fa oltretutto notare che si tratta di un punto poco problematico.

Valutazione della situazione:

- 80 per cento degli esperti ritengono che la questione dei valori limite previsti per l'obbligo di annuncio delle concentrazioni non sia problematica (70%) o poco problematica (10%). 20 per cento degli esperti ritengono invece che sia problematica. La distribuzione dei pareri si concentra agli estremi, ma in complesso la questione sembra tendenzialmente *poco problematica*.
- 3 esperti ritengono che il problema comporti necessità di revisione. Essa è considerata *abbastanza forte*.
- L'avamprogetto di revisione non modifica i valori limite, ma si concentra sui valori concernenti i media; in questo modo la situazione potrebbe migliorare.
- Una revisione legislativa non è tuttavia necessaria per aumentare i valori limite; un decreto federale di obbligatorietà generale è sufficiente.
- A seconda dell'importanza che la sottocommissione attribuisce a questo problema e nella misura in cui ritiene che non sia stato preso in considerazione nell'avamprogetto, un approfondimento potrebbe essere opportuno.

48 In occasione dei dibattiti in Consiglio nazionale è risultato che gli oppositori al regime delle autorizzazioni invocavano due argomenti: la forte burocrazia che comporta questo regime e il rischio di ostacolare le forze del mercato che devono decidere autonomamente se le imprese devono concentrarsi oppure no; Boll. Uff. CN **1995**, pagg. 1095-1101.

– In considerazione della scarsa rilevanza del problema e della trascurabile necessità di revisione evocata, un intervento in questo ambito non sembra necessario. Tuttavia, se la sottocommissione considera che l'aumento dei valori limite nel settore dei media non sia sufficiente, essa può intervenire in favore di un aumento dei valori limite in generale (art. 9 LCart), agendo sulle riforme legislative in corso oppure suggerendo alla CET un decreto di obbligatorietà generale in questo senso.

3.11.2 Obbligo di annuncio delle fusioni nel settore dei media

A causa del valore limite più basso, il problema nel settore dei media è ancora più acuto. Fra i 105 casi trattati in applicazione dell'articolo 9 LCart, fino al primo semestre 2000, ben 21 concernevano fusioni nel settore dei media. Si trattava innanzitutto di piccole concentrazioni che tuttavia superavano il valore limite fissato dall'articolo 9 capoverso 2 LCart. Secondo questa disposizione una cifra d'affari di cinque milioni (moltiplicata per 20) per le due imprese protagoniste di una concentrazione è sufficiente per superare il limite e comportare così l'obbligo di annuncio dell'operazione alla ComCo. Fra i 21 casi annunciati di fusione analizzati nel settore dei media, 19 non ponevano problemi a livello di diritto della concorrenza. Un caso è stato ritirato (Berner Tagblatt Medien AG/Schaer Thun AG). Una concentrazione è stata vincolata a certe condizioni («Le Temps»). Per quanto concerne le fusioni nel settore dei media, gli sforzi profusi per il controllo non sono stati all'altezza dei risultati.

Gli interventi della ComCo nel settore dei media sollevano un problema di ordine economico. Si tratta di un settore in cui le nuove condizioni di mercato implicano adeguamenti strutturali di ampio respiro. I bassi valori limite ancorati nella legge costringono la ComCo a esaminare concentrazioni e a vietare certe pratiche che favoriscono adeguamenti strutturali e suscettibili di avere effetti benefici sull'economia in generale.

L'obbligo di annuncio e il controllo delle concentrazioni relativamente piccole è inoltre contrario al principio generale dell'articolo 9 LCart, secondo cui vanno considerate soltanto le fusioni suscettibili di influenzare notevolmente la concorrenza. La stessa osservazione vale per l'articolo 9 capoverso 4 LCart che concerne tutte le acquisizioni, anche le più piccole.

Revisione in corso:

L'avamprogetto di revisione della LCart propone di stralciare semplicemente l'articolo 9 capoverso 2 LCart concernente il valore limite speciale per l'obbligo di annuncio delle concentrazioni nel settore dei media. In futuro dovranno essere controllate unicamente le concentrazioni aventi una rilevanza per tutta l'economia svizzera. Per questo sarebbe sufficiente applicare i valori limite generali ai sensi dell'articolo 9 capoverso 1 della LCart anche alle imprese del settore dei media.

Valutazione della situazione:

- 50 per cento degli esperti ritengono che la questione che il valore limite speciale per l'obbligo di annuncio delle concentrazioni nel settore dei media sia poco (20%) o non (30%) problematica. 50 per cento ritengono la questione molto problematica (20%), problematica (20%) o abbastanza problematica (10%). I pareri sono così discordanti che non è possibile determinare una tendenza.
- 5 esperti ritengono che il problema comporti necessità di revisione. Essa è considerata *molto forte*.
- L'avamprogetto di revisione abroga l'articolo 9 capoverso 2 LCart; in questo modo diminuirebbe il numero di fusioni interessate dall'obbligo di annuncio e i media sarebbero trattati alla stessa stregua delle altre imprese.
- Secondo l'OPCA, la situazione è chiara e pertanto un approfondimento del problema non sembra necessario.
- Se la sottocommissione auspica la soppressione dei valori limite speciali nel settore dei media, essa dovrà verificare che l'abrogazione dell'articolo 9 capoverso 2 LCart sia mantenuta nel progetto.

3.12 Importazioni parallele

La decisione del Tribunale federale del 7 dicembre 1999 Kodak SA contro Jumbo-SA[49], ha suscitato una viva controversia. Questa decisione permette il divieto delle importazioni parallele di prodotti protetti dal diritto dei brevetti. Le merci brevettate presenti nel mercato interno possono pertanto essere protette contro la concorrenza di merci identiche importate a prezzo inferiore.

Il Tribunale federale ha applicato la regola dell'esaurimento nazionale[50] in materia di diritto dei brevetti. Il titolare di un brevetto dispone dunque di un diritto di controllo sulle importazioni del prodotto brevettato. Il Tribunale federale ha tuttavia precisato che le disposizioni della LCart sono pure applicabili, sempreché le condizioni quadro giuridiche ed economiche della prima messa in circolazione all'estero siano paragonabili alle condizioni svizzere. In questo caso l'articolo 3 capoverso 2 LCart, che esclude l'applicazione della legge sui cartelli agli effetti della concorrenza dovuti esclusivamente alla legislazione sulla proprietà intellettuale, non si appli-

49 DTF **126** III 129

50 La prima immissione sul mercato di un prodotto protetto dal diritto sulla proprietà intellettuale, da parte del titolare dei diritti o con il suo consenso, ha l'effetto di intaccare, di consumare o precisamente di esaurire i diritti di protezione del titolare su questo oggetto. Occorre dunque stabilire se l'esaurimento dei diritti, conferito da ogni legislazione nazionale, si limita all'immissione in circolazione all'interno del Paese oppure se si estende all'immissione in circolazione all'estero. Nel caso dell'esaurimento nazionale il diritto di protezione si esaurisce nel Paese che conferisce il diritto di protezione unicamente quando la prima immissione di un prodotto, da parte del titolare dei diritti (o con il suo consenso), avviene in questo Paese (p. es. la Svizzera). L'immissione in circolazione sul territorio di un altro Stato, invece, non esaurisce i diritti del titolare nello Stato che conferisce la protezione.

ca. Ne consegue che le limitazioni della concorrenza derivanti dal divieto delle importazioni parallele possono essere sanzionate mediante le disposizioni della LCart. A questo proposito il Tribunale federale ha constatato che le considerevoli differenze di prezzo al momento della prima immissione nel mercato tra l'interno del Paese e l'estero, lasciano supporre un abuso della posizione dominante ai sensi della LCart, laddove vi sono condizioni quadro economiche e giuridiche paragonabili. Nell'ambito di una delimitazione tra il diritto dei brevetti e il diritto della concorrenza, il Tribunale federale ha pertanto optato per un principio di trattamento differenziato delle importazioni parallele.

Secondo la regola dell'esaurimento nazionale il titolare di un brevetto può, in un primo momento, opporsi alle importazioni parallele. Il diritto dei brevetti funziona in questo caso come una barriera statale all'accesso al mercato. In un secondo momento spetterà agli importatori paralleli adire la ComCo o il giudice civile, al fine di far levare, ai sensi delle disposizioni della legge sui cartelli (art. 5 e 7 LCart) il divieto che colpisce le importazioni parallele.

Questa soluzione difesa dal Tribunale federale è vivamente contestata. Per le autorità in materia di concorrenza, che non sono state consultate dal Tribunale federale in merito a questo problema, il controllo del divieto delle importazioni parallele per mezzo della LCart è poco efficace e dispendioso. La maggior parte degli economisti[51] ritiene che il miglior metodo per lottare contro le limitazioni della concorrenza consista nel ravvivare la concorrenza sui prezzi mediante l'importazione di prodotti a prezzi inferiori. Si propone dunque la soppressione degli ostacoli alle importazioni parallele e l'applicazione della regola dell'esaurimento internazionale[52] nel diritto dei brevetti, così come per il diritto dei marchi e d'autore. Una soluzione più moderata e ispirata alla decisione del Tribunale federale consisterebbe nel modificare l'articolo 8 della legge sui brevetti oppure l'articolo 3 capoverso 2 LCart, in modo da autorizzare in linea di massima le importazioni parallele delle merci brevettate, prevedendo tuttavia la possibilità di vietarne eccezionalmente l'importazione[53]. L'industria farmaceutica propende per il divieto delle importazioni parallele, invocando la specificità settoriale del mercato svizzero in cui vi sono prezzi elevati.

Su richiesta della Commissione dell'economia e dei tributi (CET), il Consiglio federale ha redatto il rapporto «Importazioni parallele e diritto dei brevetti» pubblicato l'8 maggio 2000. In questo documento il governo sconsiglia una revisione della legge sui brevetti, ma dichiara di non opporsi alla modifica dell'articolo 3 capoverso 2 LCart, sempreché il Parlamento ne ravvisi la necessità. Inoltre si dichiara pronto a investigare in modo da chiarire la situazione nell'ambito della problematica dell'esaurimento. Il 3 luglio 2000 la CET ha depositato una mozione per la modifica dell'articolo 3 capoverso 2 LCart e un postulato con cui chiede al Consiglio federale un rapporto dettagliato sulla problematica dell'esaurimento. La CET ha dunque preso l'iniziativa per disciplinare la questione delle importazioni parallele a livello legislativo.

51 Jaeger, in NZZ del 4/5 marzo 2000.

52 Nel caso dell'esaurimento internazionale, il diritto di protezione all'interno del Paese si esaurisce comunque, sia che la prima immissione in circolazione avvenga all'interno del Paese sia all'estero.

53 Zäch, Parallelimporte…, 2000, pagg. 275-284.

Valutazione della situazione:

- 50 per cento degli esperti ritengono che la situazione giuridica in materia d'importazioni parallele sia molto problematica (40%) o problematica (10%). 50 per cento la ritengono poco (20%) o non problematica (30%). La netta divergenza dei pareri non consente di determinare una tendenza. Questa polarizzazione è dovuta al fatto che degli economisti considerano la questione molto problematica, mentre la maggioranza dei giuristi poco o addirittura non problematica.
- 2 esperti ritengono che il problema comporti necessità di revisione. Essa è dunque *moderata*. Questa valutazione deriva segnatamente dal fatto che il problema si può risolvere anche con altri mezzi, a prescindere dalla LCart, per esempio con una revisione della legislazione sui brevetti.
- Questa questione è oggetto di una mozione della CET che chiede l'emendamento dell'articolo 3 capoverso 2 LCart e di un postulato che chiede al Consiglio federale un rapporto sulla problematica dell'esaurimento.
- Considerati i lavori in corso, un approfondimento del problema non sembra necessario.
- Se la sottocommissione si interessa a questa problematica, seguirà attentamente lo svolgimento dei lavori della CET.

3.13 Limitazioni statali alla concorrenza

L'articolo 3 capoverso 1 LCart prevede che sono fatte salve le prescrizioni che vietano la concorrenza per determinati beni o servizi sul 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.

Quando lo Stato ritiene che il mercato non riesce a svolgere correttamente la propria funzione (mancato funzionamento del mercato), può limitare volontariamente la libertà della concorrenza per mezzo di disposizioni di diritto pubblico. In questi ambiti le regole del diritto della concorrenza non sono applicabili. Un buon numero delle limitazioni della concorrenza sono infatti riconducibili a disciplinamenti statali che non sono stati abrogati dopo l'entrata in vigore della LCart. È segnatamente il caso dell'organizzazione del mercato lattiero, del regime di mercato del formaggio e del monopolio della Posta per la distribuzione dei pacchetti inferiori a 250 grammi. L'articolo 3 capoverso 1 protegge pure le disposizioni cantonali e comunali, che spesso influenzano la concorrenza in modo determinante. In questo ambito gli articoli 45, 46 e 47 LCart conferiscono alla ComCo, in qualità di tutrice della concorrenza, tre strumenti per promuovere la concorrenza efficace. Essa ha infatti diritto di sottoporre alle autorità raccomandazioni, preavvisi o pareri. In questo modo può partecipare alle procedure di consultazione oppure pronunciarsi contro regolamentazioni statali eccessive o inadeguate. Questi strumenti non sono vincolanti per le autorità, ma consentono alla ComCo di impegnarsi per la difesa della concorrenza nel

processo politico di decisione. Mediante questi strumenti la ComCo e la sua segreteria si sono pronunciati, in occasione della discussione della nuova legge sugli agenti terapeutici, in favore dell'autorizzazione delle importazioni parallele di medicamenti. Inoltre la ComCo ha raccomandato ai Cantoni di autorizzare la vendita di medicamenti per corrispondenza, sempreché determinate norme di sicurezza siano soddisfatte. Il Tribunale federale ha recentemente pronunciato una decisione in questo senso[54]. Infine, nell'ambito delle indennità delle prestazioni dei farmacisti e dei grossisti, secondo la ComCo, nelle legge vi saranno disposizioni compatibili con una concorrenza non falsata. Gli appelli delle autorità in materia di concorrenza non sono tuttavia sempre considerati. Nel 1997 per esempio, il Consiglio federale non ha seguito una raccomandazione della ComCo secondo cui Swisscom avrebbe dovuto abbandonare la sua partecipazione in Cablecom, impresa potenzialmente concorrente. La recente decisione del Tribunale federale in merito al caso Kodak[55], in cui sono state dichiarate illecite le importazioni parallele di merci protette dal diritto dei brevetti, va in senso contrario rispetto agli sforzi della ComCo (cfr. n. 3.12). Questa mancanza di considerazione della posizione della ComCo è non soltanto imputabile al carattere puramente consultivo dei suoi mezzi d'intervento, ma spesso anche a un'insufficiente sensibilizzazione delle cerchie politiche e del pubblico ai temi della concorrenza. La ComCo tenta di rimediare a questa situazione rivolgendosi viepiù ai media per esprimere le proprie posizioni.

Nell'ambito delle regolamentazioni statali, la difficoltà consiste nel preservare il servizio pubblico laddove è necessario, pur tenendo conto delle esigenze della concorrenza efficace. Per Christian Bovet il miglior metodo per assicurare il rispetto della concorrenza consiste nell'insistere su questi aspetti nelle rispettive leggi, come è stato fatto nella legge sulle telecomunicazioni (LTC)[56], nell'ordinanza sulle borse e il commercio di valori mobiliari (OBVM)[57] e nella legge federale sull'assicura-

54 DTF **125** I 474 del 1° ottobre1999.

55 DTF **126** III 129 del 7 dicembre 1999.

56 Art. 1 LTC:
«[1] La presente legge ha lo scopo di offrire alla popolazione e all'economia una vasta gamma di servizi di telecomunicazione di qualità, competitivi su scala nazionale e internazionale, a prezzi convenienti.
[2] La presente legge intende in particolare:
a. garantire a tutte le cerchie della popolazione in tutte le parti del Paese un servizio universale di telecomunicazione affidabile e a prezzi accessibili;
b. assicurare un traffico delle telecomunicazioni esente da interferenze e rispettoso dei diritti della personalità e della proprietà immateriale;
c. rendere possibile una concorrenza efficace nella fornitura dei servizi di telecomunicazione.»

57 Art. 13 OBVM:
«[1] All'atto dell'approvazione dei regolamenti delle borse, la Commissione federale delle banche verifica in particolare se queste:
a. garantiscono la trasparenza e la parità di trattamento degli investitori; e
b. assicurano il buon funzionamento dei mercati di valori mobiliari.
[2] Prima di prendere la sua decisione essa può sentire il parere della Commissione della concorrenza. Quest'ultima si esprime sulla neutralità concorrenziale dei regolamenti e indica se essi non favoriscono accordi che ostacolano la concorrenza.»

zione malattie (LAMal)[58]. Una soluzione del genere facilita il processo di sensibilizzazione e la ricerca di compromessi.

In Svizzera l'apertura dei mercati controllati dallo Stato avviene in modo relativamente lento. Il mercato dell'elettricità illustra bene questa situazione: mentre il mercato tedesco dell'elettricità, aperto dall'inizio del 1999, consente già ai grossi clienti e alle economie domestiche di beneficiare delle diminuzioni dei prezzi, la nuova legge svizzera sull'elettricità entrerà in vigore al più presto nel 2001. Inoltre essa concernerà solo i grossi clienti, poiché soltanto questi potranno scegliere liberamente il fornitore di energia elettrica.

Per accelerare il processo di liberalizzazione, la ComCo sta attualmente conducendo delle inchieste contro tre imprese di distribuzione di energia elettrica (Entreprises électriques fribourgeoise, Elektra Baselland, Service intercommunal d'électricité de Renens). Queste inchieste esaminano, nell'ottica dell'abuso di posizione dominante, il rifiuto espresso dalle tre imprese di lasciar transitare l'energia elettrica di altri offerenti sulla loro rete. Le autorità in materia di concorrenza sono del parere che aperture puntuali del mercato dell'energia elettrica possono essere ottenute mediante l'applicazione della LCart. Un'apertura del mercato generalizzata e normalizzata è tuttavia possibile unicamente con la legge sul mercato dell'energia elettrica (LME). Le autorità in materia di concorrenza incoraggiano l'entrata in vigore rapida della LME, poiché le imprese svizzere sono notoriamente svantaggiate rispetto ai concorrenti esteri che beneficiano già della liberalizzazione del settore.

Più in generale, nel processo d'instaurazione del New Public Management, le imprese pubbliche hanno spesso dovuto svolgere un doppio ruolo. Da un lato continuano le loro attività d'interesse pubblico finanziate dallo Stato, dall'altro, secondo il loro mandato di prestazioni, sono viepiù costrette a offrire servizi commerciali, entrando così in concorrenza con le imprese private. Per esempio, nel settore della meteorologia, le imprese private che offrono previsioni del tempo, si sono trovate ad essere contemporaneamente clienti e concorrenti dell'Istituto svizzero di meteorologia. In tali circostanze il pericolo di discriminazione delle imprese private aumenta. Questo tipo di problemi potrebbe anche ripresentarsi per altri uffici federali o scuole universitarie professionali, nella misura in cui sono legalmente tenuti ad offrire prestazioni a terzi. Nel caso di imprese come la Posta o le FFS, attive sia nei mercati monopolistici che in quelli liberalizzati, sussiste un ulteriore pericolo per la concorrenza. Quest'ultima risulta infatti falsata se l'attività economica che si svolge in concorrenza con i privati è sovvenzionata con mezzi pubblici provenienti dall'attività monopolistica. La ComCo ha riconosciuto questi problemi e ha pronunciato decisioni chiare (decisione della ComCo del 6 settembre 1999 concernente l'agenzia metereologica svizzera) per impedire gli abusi di posizioni dominanti. Attualmente il comportamento delle imprese in causa è sottoposto a osservazione minuziosa da parte delle autorità in materia di concorrenza.

58 Art. 46 cpv. 3 LAMal:
«[3] Sono in particolare inammissibili e dunque nulli i seguenti provvedimenti, indipendentemente dal fatto che essi siano contenuti in una convenzione tariffale, in contratti separati o in disciplinamenti:
a. il divieto ai membri della federazione di concludere convenzioni separate;
b. l'obbligo ai membri della federazione di aderire alle convenzioni esistenti;
c. il divieto di concorrenza fra i membri della federazione;
d. i trattamenti di favore e le clausole di esclusività.»

Valutazione della situazione:

- 60 per cento degli esperti ritengono che la questione delle limitazioni statali alla concorrenza sia molto problematica (30%) o problematica (30%). La questione è ritenuta tendenzialmente *problematica*.
- 1 esperto ritiene che il problema comporti necessità di revisione. Essa è pertanto *moderata*. Questa valutazione è dovuta al fatto che per lottare contro le limitazioni statali alla concorrenza, a livello federale, cantonale o comunale, sarebbe necessario dotare le raccomandazioni della ComCo di carattere ingiuntivo. Essa disporrebbe così praticamente di una competenza legislativa, che sotto il profilo della separazione dei poteri non è auspicabile.
- L'avamprogetto di revisione non affronta questa problematica.
- Se la sottocommissione auspica trattare il delicato problema della posizione di debolezza delle autorità in materia di concorrenza, un approfondimento sarebbe utile.
- Considerati lo stato delle ricerche e la trascurabile necessità di revisione evocata, un intervento in questo ambito non è necessario.

3.14 Rapporti tra ComCo e le autorità di regolamentazione settoriali

In seguito alla liberalizzazione di certi settori dell'economia (telecomunicazioni, elettricità, posta, ferrovia), si pone il problema del rapporto delle autorità in materia di concorrenza con le autorità di vigilanza di questi settori.

Per esempio nel settore delle telecomunicazioni, liberalizzato il 1° gennaio 1998, la ComCo, la Commissione federale delle comunicazioni (ComCom) e l'Ufficio federale delle comunicazioni (UFCOM) sono costretti a collaborare regolarmente[59]. La ComCom prende importanti decisioni in merito all'applicazione delle legge sulle telecomunicazioni (LTC) e interviene segnatamente in caso di conflitto d'interesse fra i due ruoli svolti dalla Confederazione nel mercato delle telecomunicazioni liberalizzato: il ruolo di regolatore e quello di azionista di Swisscom. La ComCom rilascia concessioni ai fornitori di servizi di telecomunicazioni, decide (in caso di divergenza) delle condizioni dell'interconnessione delle reti di diversi fornitori, approva i piani nazionali delle frequenze e delle numerazioni, disciplina la portabilità dei numeri e l'accesso dei consumatori alle reti dei diversi fornitori di servizi, nonché vigila sull'esecuzione delle misure cui sono sottoposti i fornitori di servizi di telecomunicazioni. Concretamente i compiti della ComCom entrano nel gioco della concorrenza e si sovrappongono a quelli della ComCo.

Secondo la legge, l'UFCOM, che prepara gli incartamenti della ComCom, le sottopone proposte e ne esegue le decisioni, può consultare la ComCo per problemi inerenti la dominazione del mercato (art. 11 cpv. 3 LTC e art. 8 del regolamento interno

59 La questione era stata affrontata dalla sottocommissione DFE/DFF (ex sezione economia) della CdG-N in occasione della visita d'ufficio del 24 marzo 1998 effettuata presso la Comco. Cfr. il verbale della seduta.

della ComCom). Quando consultata, la ComCo deve prendere posizione entro quattro settimane (art. 45 dell'ordinanza sui servizi di telecomunicazione). Dal canto loro la ComCom e la sua segreteria possono trasmettere alla ComCo e alla sua segreteria le informazioni di cui queste ultime necessitano per svolgere i loro compiti (art. 18 del regolamento interno della ComCom).

La ComCo e l'UFCOM si tengono in contatto per l'elaborazione dei testi di legge. Già durante la fase preparatoria della LTC, l'UFCOM aveva dato alla ComCo la possibilità di esprimersi. Nella fase transitoria tra la situazione di monopolio e di mercato, sono state depositate alcune azioni contro Swisscom e sono state esaminate diverse fusioni di imprese nel settore delle telecomunicazioni. Per ognuno di questi casi la ComCo ha consultato la ComCom; viceversa quest'ultima ha chiesto alla ComCo di pronunciarsi quando si era presentato il problema della dominazione del mercato in merito alle procedure d'interconnessione.

I membri della ComCo ritengono che le loro competenze e quelle delle autorità di vigilanza dei settori liberalizzati siano ben definite. La ComCo e la sua segreteria intrattengono contatti regolari con la ComCom, ma anche con la Commissione d'arbitrato in materia ferroviaria (CAF), per esempio, per favorire lo scambio informazioni. Vengono organizzati incontri per discutere eventuali problemi suscettibili di presentarsi in futuro. Le questioni aperte sono risolte caso per caso. Christian Bovet, membro della ComCom, ritiene che la collaborazione tra la ComCo e la ComCom sia assolutamente soddisfacente e non ravvisa problemi a questo livello.

Franz Hoffet invece ritiene che i rapporti della ComCo con le autorità di regolamentazione settoriali possano essere definiti problematici. Segnala che una limitazione chiara delle competenze non è possibile se la ComCo deve intervenire negli ambiti disciplinati, cosa che secondo lui è necessaria. Le difficoltà sono meno materiali che procedurali e i problemi concernono le autorità di regolamentazione settoriali piuttosto che la ComCo. Hoffet cita l'esempio della pratica dell'Ufficio federale delle comunicazioni concernente l'autorizzazione di modifiche economiche di concessioni concernenti il campo d'applicazione della LTC. Secondo lui si tratta di una procedura parallela di controllo delle fusioni.

Valutazione della situazione:

- 60 per cento degli esperti ritengono che la questione del rapporto delle autorità in materia di concorrenza e delle autorità di regolamentazione settoriali sia molto problematica (20%) o problematica (40%). La questione è ritenuta tendenzialmente *problematica*.
- 1 esperto ritiene che il problema comporti necessità di revisione. Essa è pertanto *moderata*. Questa valutazione è probabilmente dovuta al fatto che i problemi per i quali sembra necessario intervenire sono riconducibili alle autorità di regolamentazione settoriali e non nell'ambito disciplinato dalla LCart.
- L'avamprogetto di revisione non affronta questa problematica.

– Se la sottocommissione auspica trattare la questione delle attività delle autorità di regolamentazione settoriali, un approfondimento sarebbe utile.
– Considerati lo stato delle ricerche e la trascurabile necessità di revisione evocata, un intervento in questo ambito non è necessario.

3.15 Legittimazione ad agire

Gli articoli 12-17 LCart contengono disposizioni di procedura civile[60]. Ai sensi dell'articolo 12 LCart, la legittimazione ad agire in procedura civile è riservata a chiunque è impedito nell'accesso o nell'esercizio della concorrenza da una limitazione illecita oppure a chiunque, a causa di una limitazione lecita della concorrenza, subisce un impedimento più grave di quello che esige l'attuazione della limitazione medesima. Fondandosi sulle prime esperienze dei tribunali civili, Walter A. Stoffel[61] conclude che hanno qualità per agire le imprese dello stesso livello economico, in quanto potenziali partecipanti al cartello, nonché le imprese che sono ostacolate nella loro attività su altri mercati. I consumatori non hanno la legittimazione ad agire, poiché solo i concorrenti possono essere impediti nell'accesso o nell'esercizio della concorrenza[62].

Contrariamente alla vecchia legge sui cartelli, che conferiva espressamente alle associazioni un diritto di ricorso (art. 8 cpv. 2 vLCart), la LCart è silente su questo punto. La legge prevede invece che le associazioni economiche possano partecipare come terzi all'inchiesta amministrativa (art. 43 cpv. 1).

Considerati i diritti procedurali concessi espressamente alle associazioni professionali ed economiche, secondo la dottrina non è necessario prevedere una legittimazione attiva di queste ultime nella procedura civile[63]. Il fatto che la procedura sia limitata a due parti (con l'esclusione dei terzi) è giustificato dall'ampliamento della legittimazione attiva nella procedura amministrativa[64]. La legittimazione ad agire delle organizzazioni e delle associazioni sul piano civile è stata sostituita dalla partecipazione di queste alla procedura d'inchiesta in diritto amministrativo, la quale presenta il vantaggio di essere gratuita[65]. Secondo Hoffet la legge sui cartelli non ha lo scopo di favorire i gruppi economici o sociali, ma quello di promuovere la concorrenza; per questo la legittimazione ad agire in procedura civile delle associazioni non è necessaria.

60 Per quanto concerne la procedura civile, l'OPCA ha ritenuto opportuno concentrarsi sui due punti più citati dagli esperti e ricorrenti nella letteratura socialistica. Nel nostro questionario, soltanto un esperto considera problematico che vi siano altre questioni aperte.
61 Stoffel, in Meir-Schatz, 1998, pagg. 75-115.
62 Nordmann-Zimmermann, 1996, pagg. 107-119.
63 Walter, in AJP/PJA 7/96, pag. 893.
64 Brechtbühl, in Recht 1996, pagg. 89- 93.
65 Nordmann-Zimmermann, pagg. 107-119.

Questo parere è stato confermato dalla giurisprudenza. Una decisione della Camera civile della Corte di giustizia del Cantone di Ginevra del 18 dicembre 1998[66] ha concluso che le associazioni non hanno legittimazione ad agire e ha respinto una domanda dell'Associazione dei medici del Cantone di Ginevra nella controversia che l'opponeva alla Federazione ginevrina degli assicuratori malattia e agli Ospedali universitari di Ginevra.

Alcuni esperti quali per esempio Christian Bovet fanno notare tuttavia che il lavoro delle associazioni dei consumatori può essere positivo in questo ambito. Nell'avamprogetto era infatti prevista la legittimazione ad agire per le associazioni dei consumatori. I consumatori sono i primi interessati dalle conseguenze delle limitazioni della concorrenza, poiché subiscono i prezzi troppo elevati. Sotto il profilo democratico potrebbe essere auspicabile che le associazioni professionali ed economiche abbiano un'influenza sulle decisioni giudiziarie in un settore di grande importanza come quello della concorrenza. Le conoscenze e le osservazioni formulate dalle organizzazioni dei consumatori potrebbero essere utili ai tribunali civili.

Valutazione della situazione:

- 60 per cento degli esperti ritengono che la questione dell'impossibilità di agire in giustizia per le associazioni, segnatamente le associazioni dei consumatori, sia poco problematica (40%) o non problematica (20%). La questione è ritenuta tendenzialmente *poco problematica*.
- Nessun esperto ritiene che il problema comporti necessità di revisione. Essa è pertanto *trascurabile*.
- L'avamprogetto di revisione non affronta questa problematica.
- Secondo l'OPCA, considerati i risultati del sondaggio, un approfondimento non è necessario.
- Considerate la scarsa rilevanza del problema e la trascurabile necessità di revisione evocata, un intervento in questo ambito non è necessario.

3.16 Nullità degli impegni assunti in relazione con le limitazioni della concorrenza

Gli accordi che limitano la concorrenza o gli impegni risultanti dall'abuso della posizione dominante sul mercato hanno conseguenze a livello di diritto civile. La più importante è la nullità dell'accordo illecito. Un contratto il cui contenuto è contrario alle disposizioni della LCart è illecito ai sensi dell'articolo 20 CO e pertanto nullo. Ne consegue che gli accordi limitativi della concorrenza sono totalmente o parzialmente nulli. Considerato che la legge non disciplina questo aspetto, si pone la questione di determinare se la nullità ha effetto retroattivo (ex tunc) o se si applica unicamente a partire dalla decisione di nullità (ex nunc).

66 ACJC/1432/1998.

Il messaggio dice chiaramente: «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 abuso permetto soltanto la nullità ex nunc. Questo vale anche per le presunzioni dell'articolo 5 capoverso 3, disegno LCart»[67].

La dottrina non è tuttavia unanime. Felix W. Egli[68] ritiene che la decisione di nullità entra in vigore soltanto quando passa in giudicato e senza effetto retroattivo. L'accordo resta dunque valido sotto il profilo del diritto civile e le parti non incorrono in sanzioni amministrative per il periodo anteriore all'entrata in vigore della decisione di nullità. Egli sottolinea pure che la LCart non vieta i cartelli, ma sanziona le limitazioni illecite della concorrenza. Dunque per poter dichiarare nulli gli accordi cartellistici è necessario che vi sia un divieto legale dei cartelli. Regula Walter[69] è del parere che la nullità di un accordo sopravviene solo in presenza di una decisione; si fonda sull'idea che la nozione di nullità prevista nell'articolo 20 CO e all'articolo 13 LCart sia flessibile. Carl Baudenbacher[70] distingue a seconda del tipo di cartello. La nullità ex tunc si deve applicare ai cartelli rigidi (harte Kartelle). Per gli accordi verticali e i cartelli soft (weiche Kartelle) Baudenbacher esclude l'applicazione di una siffatta nullità a causa della protezione accordata dalla legge alle persone in buona fede. Secondo Marino Baldi[71], la clausola che limita la concorrenza è nulla ex tunc e le pretese di risarcimento dei danni devono essere calcolate a partire dalla nullità del contratto. Walter A. Stoffel[72] e Roger Zäch[73] ritengono che un accordo siffatto sia nullo dal principio, conformemente al sistema di sanzioni previsto nell'articolo 20 CO, poiché se un comportamento illecito non fosse considerato nullo ex tunc, le parti sarebbero autorizzate a rispettare un contratto contrario alla legge.

Se si favorisce il sistema delle sanzioni dirette, secondo Christian Bovet, si dovrebbe sancire chiaramente nella legge la nullità assoluta di questo tipo di accordi. Sarebbe inopportuno se tali accordi restassero in vigore fino alla decisione finale e contemporaneamente fosse possibile infliggere sanzioni dirette a causa di fatti passati. Entrambe le cose dovrebbero essere legate. Christian Bovet propende per la nullità assoluta, ma segnala tuttavia che nell'ambito dei cartelli soft si potrebbero distinguere gli accordi oggetto di una comunicazione della ComCo sulla base dell'articolo 6 LCart e gli altri accordi. Il sistema di sanzioni e di nullità assoluta potrebbe essere applicato agli accordi che sono stati oggetto di una comunicazione, ossia ai casi di violazione di disposizioni chiare da parte di un cartello soft. Nel caso in cui non vi fosse comunicazione, ci si potrebbe tuttavia chiedere se si tratta di nullità assoluta, poiché chi viola la legge senza saperlo dovrebbe quanto meno godere del beneficio del dubbio.

67 Cfr. messaggio LCart, *cit.*, pag. 442.
68 Egli, in NZZ 27.04.1996, pag. 23.
69 Walter, in AJP 7/96, pag. 893.
70 Baudenbacher, in AJP 7/96, pag. 826.
71 Baldi, in Zäch, 1996, pag. 3.
72 Stoffel, in SZW Sondernummer 1996, pagg. 7-21.
73 Zäch, 1999, pagg. 291-333.

Christian Bovet sottolinea inoltre che l'introduzione della nullità assoluta renderebbe la legge eurocompatibile. Infatti l'articolo 81 capoverso 2 del Trattato UE precisa le conseguenze della nullità, enunciando che gli accordi o le decisioni vietati sono nulli di pieno diritto.

Il Tribunale federale non si è ancora pronunciato su questo punto controverso in dottrina, ma Franz Hoffet ritiene che sotto il profilo della prassi non sia un problema. Inoltre per i partner contrattuali esiste il rischio che l'accordo sia dichiarato illecito e nullo a causa del diritto della concorrenza. Le basi microeconomiche della conclusione del contratto prendono sempre in considerazione tutta la durata del contratto. Il rischio che il contratto sia prematuramente rimesso in discussione, in quanto non conforme al diritto della concorrenza è un incentivo sufficiente per indurre le imprese a concludere contratti conformi alle prescrizioni. Inoltre non è più possibile ristabilire la situazione in cui si trovavano le parti prima della conclusione del contratto. La nullità ex tunc non costituisce un argomento supplementare per far rispettare il diritto della concorrenza. La nullità ex nunc presenta un ulteriore vantaggio rispetto alla nullità ex tunc, ossia il risparmio di procedure superflue, poiché le conseguenze giuridiche di un contratto illecito sussistono come minimo fino alla sua invalidità. Questo sistema è più economico rispetto a quello dell'UE.

Valutazione della situazione:

- 60 per cento degli esperti ritengono che la questione della validità retroattiva o meno della nullità sia poco (50%) o non problematica (10%). La questione è ritenuta tendenzialmente *poco problematica*.
- 1 esperto ritiene che il problema comporti necessità di revisione. Essa è considerata *scarsa*.
- L'avamprogetto di revisione della LCart non affronta la questione della retroattività della nullità degli impegni assunti. Il Tribunale federale potrebbe tuttavia dirimere questa controversia.
- Se la sottocommissione auspica disciplinare la questione a livello legislativo, un approfondimento potrebbe essere utile.
- In considerazione dello stato attuale delle ricerche, della scarsa rilevanza del problema e della trascurabile necessità di revisione evocata, un intervento in questo ambito non sembra necessario.

3.17 Assistenza amministrativa internazionale

La LCart disciplina l'assistenza amministrativa tra i servizi della Confederazione e quelli dei Cantoni e delle autorità in materia di concorrenza (art. 41 LCart), ma non prevede l'assistenza amministrativa internazionale o meccanismi di consultazione o di scambio d'informazioni nell'ambito della concorrenza con le autorità in materia di concorrenza estere. Considerata la globalizzazione dell'economia, lo scambio d'informazioni tra le autorità in materia di concorrenza svizzere ed estere diviene una necessità. Si dovrebbe pure evitare il doppio lavoro e le decisioni contraddittorie. Gli articoli 58 e 59 LCart concernono l'esecuzione degli accordi internazionali e

sono volti ad eliminare le limitazioni della concorrenza la cui origine è in Svizzera, ma i cui effetti si esplicano all'estero. L'eliminazione di queste limitazioni è possibile a due condizioni: gli effetti devono essere incompatibili con le disposizioni del diritto della concorrenza figuranti nei trattati internazionali e ci si deve attendere che una parte al contratto prenda provvedimenti contro la Svizzera.

Finora la Svizzera non ha concluso accordi internazionali d'assistenza amministrativa o di cooperazione giuridica in materia di concorrenza. I contatti con le autorità estere in materia di concorrenza sono di natura meramente informale. Questi contatti sono legati alla partecipazione a manifestazioni internazionali. Gli incontri si svolgono per esempio durante le sedute del comitato dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) e le conferenze internazionali. I collaboratori della segreteria della ComCo hanno la possibilità di effettuare periodi di pratica presso le autorità europee in materia di concorrenza. Tutti questi contatti favoriscono lo scambio rapido e informale d'informazioni in materia di diritto della concorrenza e di prassi.

In caso di concentrazioni internazionali di imprese soggette all'obbligo di annuncio anche all'estero, si pone la questione dello scambio d'informazioni fra le autorità in materia di concorrenza dei vari Stati interessati. Nella prassi le imprese partecipanti alla fusione danno espressamente il loro consenso per lo scambio d'informazioni alle autorità svizzere in materia di concorrenza e a quelle estere. Secondo Franz Hoffet la mancanza di una base legale che disciplina l'assistenza amministrativa internazionale non costituisce un problema

Tuttavia, senza avere il consenso e in assenza di una base legale, le autorità in materia di concorrenza non hanno la possibilità di scambiare informazioni con le autorità estere in materia di concorrenza.

Christian Bovet ritiene che sarebbe necessario disciplinare questa collaborazione informale. A suoi avviso le disposizioni degli articoli 58 e 59 LCart sono relativamente deboli e suscettibili di essere migliorate, affinché la Svizzera non serva da base a cartelli che esplicano effetti all'estero e per consentire al nostro Paese di lavorare in un mondo globalizzato. Bovet propone di ispirarsi al sistema esistente nell'ambito della regolamentazione bancaria e borsistica. La legge federale sulle banche e le casse di risparmio[74] e la legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari[75] conferiscono alla Commissione federale delle banche la possibilità di accordare oppure rifiutare la sua assistenza. La legge non contempla la condizione della reciprocità. La Commissione federale delle banche ha il diritto di concedere l'assistenza, ma non l'obbligo.

74 Art. 23^{sexies} della legge federale sulle banche e le casse di risparmio.
75 Art. 38 della legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari.

Valutazione della situazione:

- 60 per cento degli esperti ritengono che la questione dell'assistenza amministrativa internazionale in materia di diritto dei cartelli sia poco (30%) o non problematica (30%). La questione è ritenuta tendenzialmente *poco problematica*.
- 1 esperto ritiene che il problema comporti necessità di revisione. Essa è considerata *scarsa*. L'assistenza amministrativa internazionale in materia di diritto dei cartelli avviene attualmente su basi informali.
- L'avamprogetto di revisione della LCart non affronta questa problematica.
- Se la sottocommissione auspica disciplinare la prassi in questo ambito, un approfondimento potrebbe essere utile.
- In considerazione dello stato attuale delle ricerche, della scarsa rilevanza del problema e della trascurabile necessità di revisione evocata, un intervento in questo ambito non sembra necessario.

4 Sintesi

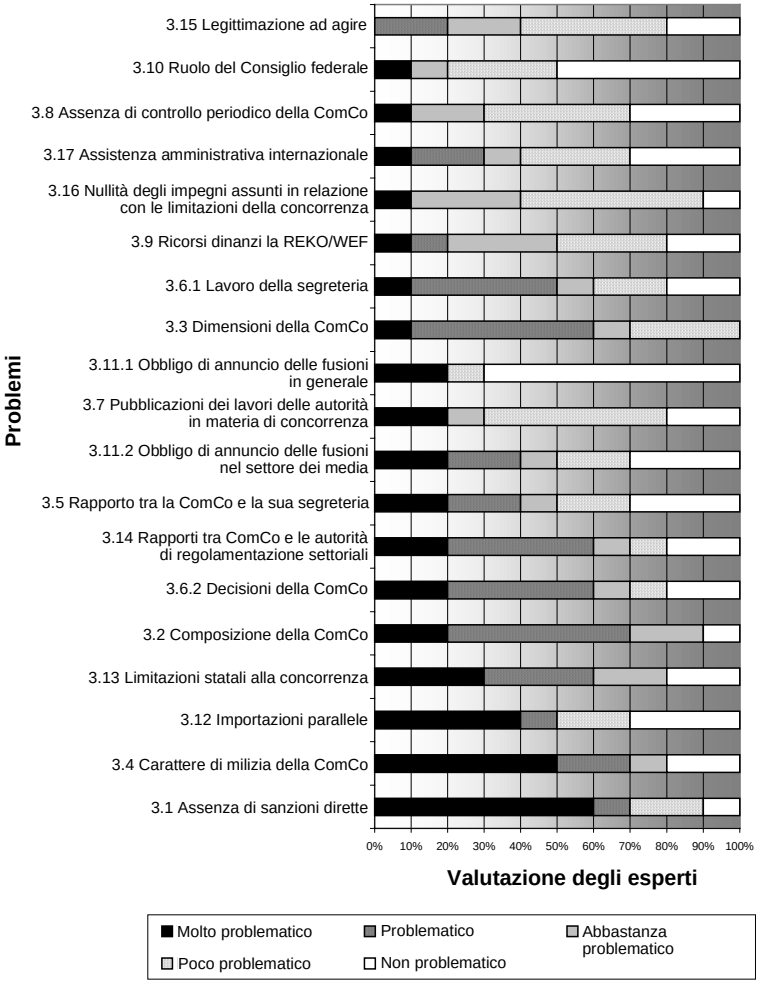
Nel numero precedente abbiamo esposto i problemi dell'attuazione della LCart e presentato per ciascuno di questi la valutazione della situazione, basata segnatamente su un sondaggio effettuato presso dieci esperti[76]. Nel presente numero proponiamo, in forma sinottica, i risultati del sondaggio nonché una sintesi dei risultati delle nostre ricerche.

4.1 Rappresentazioni grafiche

I due grafici, fondati sulla nostra inchiesta presso dieci esperti indipendenti, consentono di paragonare i problemi secondo la loro rilevanza o secondo la necessità di revisione evocata. Per ogni problema indichiamo anche il riferimento al numero in cui è trattato. Una tabella riassume per ogni problema i risultati della nostra inchiesta, indica se sono compresi nella revisione della LCart in corso e se sono già stati oggetto di studi approfonditi. La sottocommissione dispone così di una sintesi di tutte le informazioni, sulla base delle quali potrà decidere come procedere.

[76] Cfr. n. 2.1.

Rilevanza dei problemi



Bisogno di revisione
Numero di esperti
Problemi
Numero di esperti che ritengono che il problema esiga una revisione legislativa
0
1
2
3
4
5
6
7
3.4 Carattere di milizia della ComCo
3.2 Composizione della ComCo
3.11.2 Obbligo di annuncio delle fusioni nel settore dei media
3.1 Assenza di sanzioni dirette
3.9 Ricorsi dinanzi la REKO/WEF
3.11.1 Obbligo di annuncio delle fusioni in generale
3.3 Dimensioni della ComCo
3.6.2 Decisioni della ComCo
3.6.1 Lavoro della segreteria
3.12 Importazioni parallele
3.7 Pubblicazioni dei lavori delle autorità in materia di concorrenza
3.16 Nullità degli impegni assunti in relazione con le limitazioni della concorrenza
3.17 Assistenza amministrativa internazionale
3.13 Limitazioni statali alla concorrenza
3.14 Rapporti tra ComCo e le autorità di regolamentazione settoriali
3.5 Rapporto tra la ComCo e la sua segreteria
3.15 Legittimazione ad agire
3.8 Assenza di controllo periodico della ComCo
3.10 Ruolo del Consiglio federale

Tabella riassuntiva

Problema	3.1 Assenza di sanzioni dirette	3.4 Carattere di milizia della ComCo	3.2 Composizione della ComCo	3.11.2 Obbligo di annuncio delle fusioni nel settore dei media	3.3 Dimensioni della ComCo	3.12 Importazioni parallele	3.6.1 Lavoro della Segreteria
Rilevanza	molto problematico	molto problematico	problematico	indeterminato	problematico	indeterminato	problematico
Bisogno di revisione	molto forte	molto forte	molto forte	molto forte	abbastanza forte	moderato	abbastanza forte
Revisione in corso	sì	parzialmente	sì	sì	sì	mozione (CET)	no
Studio del DFE	no	no	no	no	no	sì, postulato (CET)	sì

Problema	3.6.2 Decisioni della ComCo	3.9 Ricorsi presso la REKO/WEF	3.13 Limitazioni statali alla concorrenza	3.14 Rapporti tra ComCo e autorità di regolamentazione settoriali	3.11.1 Obbligo di annuncio delle fusioni in generale	3.7 Pubblicazioni dei lavori delle autorità in materia di concorrenza	3.16 Nullità degli impegni assunti in relazione con le limitazioni della concorrenza
Rilevanza	problematico	poco problematico	problematico	problematico	poco problematico	poco problematico	poco problematico
Bisogno di revisione	abbastanza forte	abbastanza forte	scarso	scarso	abbastanza forte	moderato	scarso
Revisione in corso	indirettamente	indirettamente	no	no	parzialmente	indirettamente	no
Studio del DFE	sì	sì	no	no	no	no	no

Problema	3.17 Assistenza amministrativa internazionale	3.10 Ruolo del Consiglio federale	3.8 Assenza di controllo periodico della ComCo	3.15 Legittimazione ad agire	3.5 Rapporto tra ComCo e la sua segreteria
Rilevanza	poco problematico	poco problematico	poco problematico	poco problematico	indeterminato
Bisogno di revisione	scarso	trascurabile	trascurabile	trascurabile	trascurabile
Revisione in corso	no	no	no	no	indirettamente
Studio del DFE	no	no	no	no	no

4.2 Interpretazione dei grafici

4.2.1 In generale

I due punti «assenza di sanzioni dirette» e «carattere di milizia della ComCo», sono quelli considerati più problematici («molto problematico» nella nostra scala di valutazione) e sono parimenti stati segnalati per il forte bisogno di revisione che comportano («molto forte» nella nostra scala di valutazione). La concordanza tra i risultati delle due domande del nostro sondaggio non va oltre. Infatti ai sei punti considerati «problematici», corrisponde un bisogno di revisione da «abbastanza forte» a «trascurabile». Per gli otto punti ritenuti «poco problematici» vi è un bisogno di revisione da «abbastanza forte» a «trascurabile». I tre punti la cui rilevanza è indeterminata evocano un bisogno di revisione «molto forte», «moderato» o «trascurabile». Questi risultati confermano l'ipotesi secondo la quale la rilevanza del problema non determina forzatamente l'intensità del bisogno di revisione che implica. I diversi aspetti non sono infatti indipendenti gli uni dagli altri[77].

Se si compara il bisogno di revisione di ogni problema con la revisione della LCart attualmente in corso, la corrispondenza è significativa: *i problemi il cui bisogno di revisione è stato considerato «molto forte» sono tutti trattati dall'avamprogetto del Consiglio federale di revisione della LCart.*

4.2.2 I problemi trattati nella revisione legislativa

I problemi *«assenza di sanzioni dirette»*, *«carattere di milizia della ComCo»*, *«composizione della ComCo»* e *«Obbligo di annuncio delle fusioni nel settore dei media»* considerati «molto problematici» o «problematici» e comportanti un bisogno di revisione «molto forte», sono tutti trattati nell'avamprogetto di revisione della LCart del Consiglio federale. La questione delle *«dimensioni della ComCo»* per cui è stato evocato un bisogno di revisione «abbastanza forte» è parimenti inclusa nell'avamprogetto di revisione.

- La situazione in questi ambiti è chiara e non necessita approfondimenti.
- Se la sottocommissione auspica che questi problemi siano trattati nell'ambito della revisione della LCart attualmente in corso, dovrà verificare che le modifiche proposte siano mantenute nel progetto. Per quanto concerne il problema del carattere di milizia, essa dovrà controllare che il Consiglio federale aumenti il tasso d'impiego dei membri della ComCo.

4.2.3 Problema trattato dalla CET

«*Le importazioni parallele*», la cui rilevanza è indeterminata e il cui bisogno di revisione è reputato moderato, sono oggetto di una mozione della CET che chiede la modifica dell'articolo 3 capoverso 2 LCart e di un postulato che chiede al Consiglio federale un rapporto sulla problematica dell'esaurimento.

77 Cfr. n. 2.1. pag. 14.

– Considerati i lavori in corso, un approfondimento delle ricerche non è necessario.
– Se la sottocommissione decide d'interessarsi alla questione, dovrà seguire attentamente i lavori della CET.

4.2.4 Problemi oggetto di studi approfonditi

I punti *«lavoro della segreteria»* e *«decisioni della ComCo»* sono considerati «problematici» e comportanti una necessità di revisione abbastanza forte. «Il lavoro della segreteria» è stato studiato approfonditamente dal professor Christian von Weizsäcker, che ha pure esaminato la giustificazione economica delle decisioni della ComCo. Christian von Weizsäcker ritiene che le competenze economiche e il lavoro della segreteria siano buoni e come minimo paragonabili agli standard internazionali. Inoltre non ravvisa errori importanti nelle decisioni della ComCo. Le riforme strutturali previste nell'avamprogetto (riduzione del numero di membri, esclusione dei rappresentanti dei gruppi d'interesse e aumento del tasso d'occupazione dei membri) miglioreranno probabilmente la qualità delle decisioni della ComCo. Il problema è pertanto trattato indirettamente nella revisione in corso.

La questione dei *«ricorsi presso la REKO/WEF»* contro le decisioni della ComCo è considerata «poco problematica», ma comportante una necessità di revisione «abbastanza forte». La perizia giuridica del professor Yvo Hangartner analizza il problema. Egli ritiene che, malgrado alcuni errori di procedura commessi dalle autorità in materia di concorrenza, il chiarimento di certi punti dalla giurisdizione amministrativa sia un processo normale e non constata pertanto la necessità di procedere a riforme. Va sottolineato che le riforme strutturali della ComCo potrebbero pure esercitare un'influenza benefica sul rispetto delle procedure.

I rapporti von Weizsäcker e Hangartner sembrano contrapporsi ai pareri degli esperti interrogati. Un nuovo approfondimento equivarrebbe tuttavia a fare una controperizia; per questo l'OPCA si attiene ai risultati di questi studi.

– Le questioni sono state esaminate nei rapporti von Weizsäcker e Hangartner, un approfondimento delle ricerche non è pertanto necessario.
– Considerate la revisione in corso e le conclusioni dei rapporti von Weizsäcker e Hangartner, un intervento in questo ambito non è necessario.

4.2.5 Questioni problematiche comportanti un bisogno di revisione scarso

Le questioni *«limitazioni statali alla concorrenza»* e *«rapporti tra ComCo e le autorità di regolamentazione settoriali»* sono considerate «problematiche», mentre il bisogno di revisione evocato è «scarso». Per le limitazioni statali alla concorrenza questa valutazione è dovuta al fatto che la posizione di debolezza della ComCo può essere migliorata solo conferendole più poteri rispetto alle leggi comunali, cantonali o federali in materia. Questa soluzione equivarrebbe ad attribuirle un certo potere legislativo che, sotto il profilo della separazione dei poteri, sarebbe poco praticabile. La scarsa necessità di revisione evocata per la questione delle *«autorità di regola-*

mentazione settoriali» si può attribuire al fatto che il problema è riscontrabile piuttosto presso queste ultime e dunque fuori dall'ambito della LCart.

- Si la sottocommissione auspica trattare il difficile problema della posizione di debolezza delle autorità in materia di concorrenza o quello delle attività delle autorità di regolamentazione settoriali, un approfondimento sarebbe utile.
- Considerati lo stato delle ricerche e la trascurabile necessità di revisione evocata, un intervento in questo ambito non è necessario.

4.2.6 Questioni poco problematiche comportanti un bisogno di revisione di revisione abbastanza forte

Le questioni *«obbligo di annuncio delle fusioni in generale»* e *«pubblicazioni delle autorità della concorrenza»* sono considerati «poco problematici», ma il loro bisogno di revisione è risultato «abbastanza forte». La questione dell'entità del valore limite che comporta «l'obbligo di annuncio delle fusioni in generale» è trattato parzialmente nell'avamprogetto di revisione della LCart. Il valore limite specifico per le fusioni nel settore dei media è stato infatti stralciato. Se del caso, vi è la possibilità di aumentare il valore limite generale per mezzo di un decreto di obbligatorietà generale. Le pubblicazioni delle autorità in materia di concorrenza sono state criticate per la mancata completezza e sono state considerate poco convincenti sotto il profilo dell'argomentazione economica. Le riforme strutturali potrebbero esercitare una certa influenza benefica sul contenuto delle pubblicazioni.

- A seconda dell'importanza che la sottocommissione attribuisce a questo problema e nella misura in cui ritiene che non sia stato preso in considerazione nell'avamprogetto, un approfondimento potrebbe essere opportuno.
- In considerazione della scarsa rilevanza del problema e della trascurabile necessità di revisione evocata, un intervento in questo ambito non sembra necessario.

4.2.7 Questioni poco problematiche comportanti un bisogno di revisione scarso

Le questioni *«retroattività della nullità degli impegni assunti»* e *«assistenza amministrativa internazionale»* sono considerati «poco problematici», il bisogno di revisione che comportano è ritenuto «scarso». Il primo punto non è disciplinato in una disposizione legislativa e neppure il Tribunale federale si è pronunciato in merito. L'assistenza amministrativa internazionale in diritto dei cartelli si svolge attualmente su basi informali.

- Se la sottocommissione auspica normalizzare la pratica o disciplinare la questione a livello legislativo, un approfondimento potrebbe essere utile.
- In considerazione dello stato attuale delle ricerche, della scarsa rilevanza del problema e della trascurabile necessità di revisione evocata, un intervento in questo ambito non sembra necessario.

4.2.8 Questioni poco problematiche comportanti un bisogno di revisione trascurabile

Le questioni *«potere del Consiglio federale»*, *«assenza di controllo periodico della ComCo»*, *«legittimazione ad agire»* sono considerati «poco problematici» e il relativo bisogno di revisione «trascurabile». La rilevanza del problema della *«relazione tra ComCo e segreteria»* non è stata determinata, mentre il bisogno di revisione è stato considerato «trascurabile». Le misure per professionalizzare la ComCo previste nell'avamprogetto avranno sicuramente un effetto positivo sulla sua interazione con la segreteria.

- Considerati i risultati del sondaggio, un approfondimento non è necessario.
- Considerate la scarsa rilevanza del problema e la trascurabile necessità di revisione evocata, un intervento in questo ambito non è necessario.

4.3 Conclusione

I problemi più importanti, la cui rilevanza e il bisogno di riforme sono stati considerati elevati, sono trattati nell'avamprogetto di revisione della LCart. Se la sottocommissione ritiene che queste riforme siano sufficienti, essa potrà verificare che siano mantenute durante tutto il processo di revisione. I problemi di secondaria importanza non sono trattati nella revisione o soltanto parzialmente; questi sono tuttavia stati oggetto di studi approfonditi che hanno constatato l'assenza di problemi essenziali. Un approfondimento delle ricerche in questi ambiti, così come un intervento della sottocommissione, non sembrano necessari.

I problemi di minore importanza non sono trattati nella revisione o soltanto in minima parte. La loro rilevanza e il bisogno di revisione sono tuttavia di molto inferiori rispetto agli altri problemi. Se la sottocommissione lo ritiene opportuno, questi problemi[78] relativamente poco importanti potrebbero essere studiati in modo più approfondito dall'OPCA e, in seguito eventualmente essere presi in considerazione nella procedura di revisione. Si tratta delle questioni seguenti:

- 3.13 Limitazioni statali alla concorrenza (in particolare la posizione di debolezza della ComCo).
- 3.14 Rapporti tra ComCo e le autorità di regolamentazione settoriali (in particolare le attività di queste ultime in materia di concorrenza).
- 3.11.1 Valori limite per l'obbligo di annuncio delle fusioni in generale.
- 3.7 Pubblicazioni delle autorità in materia di concorrenza.
- 3.16 Retroattività della nullità degli impegni assunti .
- 3.17 Assistenza amministrativa internazionale.

78 Si tratta di questioni ritenute: problematiche che comportano uno scarso bisogno di revisione, poco problematiche ma che comportano un bisogno di revisione abbastanza forte, nonché questioni poco problematiche che comportano uno scarso bisogno di revisione.

Lista delle abbreviazioni

DTF	Decisione del Tribunale federale
CdG	Commissione della gestione
CET	Commissione dell'economia e dei tributi
CFB	Commissione federale delle banche
CFPG	Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi
ComCo	Commissione della concorrenza
ComCom	Commissione delle comunicazioni
DFE	Dipartimento federale dell'economia
DFF	Dipartimento federale delle finanze
FF	Foglio federale
LAMal	Legge federale sull'assicurazione malattie (RS *832.10*)
LCart	Legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (RS *251*)
LMEE	Legge sul mercato dell'energia elettrica
LTC	Legge federale sulle telecomunicazioni (RS *784.10*)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OBVM	Ordinanza sulle borse e il commercio dei valori mobiliari (RS *954.11*)
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
UFCOM	Ufficio federale delle comunicazioni
OPCA	Organo parlamentare di controllo dell'amministrazione
REKO/WEF	Commissione di ricorso in materia di concorrenza
RS	Raccolta sistematica
UE	Unione europea

Bibliografia

Materiale amministrativo

Boll. Uff. CN, *1995*, 1057 sgg., 2046 s., 2110

Boll. Uff. CS, *1995*, 845 sgg., 1013 s.

Documentazione interna delle autorità in materia di concorrenza concernente i bisogni di revisione della LCart

Diritto e politica della concorrenza, pubblicazioni delle autorità in materia di concorrenza

Importazioni parallele e diritto dei brevetti, Rapporto del Consiglio federale dell'8 maggio 2000 in risposta alla questione della Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio nazionale (CET) del 24 gennaio 2000

Messaggio concernente una legge federale sui cartelli e altri limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart) del 23 novembre 1994, tiratura separata EDMZ, nº 94.100, (FF *1995* I 389)

Oekonomische Sachkompetenz im Sekretariat der WEKO, Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Volkswirtschaftsdepartements, Christian von Weizsäcker, 10. Juli 2000

Politique de la concurrence en Suisse (1996-1998), Evaluation et perspectives d'évolution, Rapport présenté à la Commission fédérale des questions conjoncturelles par Damien Neven, janvier 1999

Rapporto annuale 1999 della Commissione della concorrenza

Rechtsgutachten zuhanden des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements betreffend die Verfügungen der Wettbewerbskommission, Yvo Hangartner, 12. Juli 2000

Revisione della legge sui cartelli, Rapporto esplicativo del Consiglio federale, 18 settembre 2000

Letteratura specialistica

Amstutz Marc, Neues Kartellgesetz und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen - Thesen zur Deregulierungsfunktion des Kartellrechts, in: AJP 1996, 883 sgg.

Baldi Marino, Les fondements de la nouvelle loi sur les cartelli, in: SZW Sondernummer 1996, 3 sgg.

Baldi Marino, Überblick und allgemeine Bestimmungen - zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 3 sgg.

Baudenbacher Carl, Vertikalbeschränkungen im neuen schweizerischen Kartellgesetz, in: AJP 1996, 826 sgg.

Borer Jürg, Beurteilung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 35 sgg.

Borer Jürg, Erste Erfahrungen im Bereich der Fusionskontrolle, in: Christian J. Meier-Schatz, Das neue Kartellgesetz - Erste Erfahrungen in der Praxis, Bern; Stuttgart; Wien 1998, 153 sgg.

Borer Jürg, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998.

Borer Jürg, Kooperationen und strategische Allianzen, in: AJP 1996, 876 sgg.

Borer Jürg, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 217 sgg.

Borer Jürg, Unternehmenszusammenschlüsse, Art. 9 à 11 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 71 sgg.

Borghi Marco, La legislazione sulla concorrenza: uno strumento per la democrazia?, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 9 sgg.

Bovet Christian, Le provisoire en droit des cartelli, Mesures provisionelles de droit administratif et réalisation provisoire des concentrations, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 123 sgg.

Bovet Christian, Premières expériences dans le contrôle des concentrations, in: Christian Bovet (éd.), Journée du droit de la concurrence 1998, Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 61 sgg.

Brechbühl Beat, Das neue Kartellgesetz - ein Überblick, in: recht 1996, 89 sgg.

Brechbühl Beat, Fusionskontrolle: Innovationsmarkt-Analyse und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, in: SZW 1998, 173 sgg.

Brechbühl Beat/Djalali Jasmin, Die zivilrechtlichen Folgen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede, in: SZW 1997, 102 sgg.

Brunner Alexander, Konsumentenkartellrecht, in: AJP 1996, 931 sgg.

Caimi Carlo Luigi, Disposizioni di procedura civile, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 149 sgg.

Dähler Rolf, La Commissione della concorrenza et son Segreteria, Structures et tâches des autorités suisses de concurrence, in La vie économique-Revue de droit économique 9/2000, 10-14.

Dähler Rolf, Die Fusionskontrolle, in: SZW Sondernummer 1996, 25 sgg.

Dähler Rolf, Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 26 à 31 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 121 sgg.

Dasser Felix, Neue Tendenzen im Internationalen Kartellprivatrecht der Schweiz, in: AJP 1996, 950 sgg.

David Eugen, Zur Einführung: Das neue Kartellgesetz im politischen Kontext, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 1 sgg.

Desaules Joel, Libéralisation des télécommunications: Le point de vue des consommateurs in: Bovet Christian (éd.), Journée du droit de la concurrence 19998: Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 53 sgg.

Deiss Joseph, Evaluation économique de la nouvelle loi, in: SZW Sondernummer 1996, 32 sgg.

Dietrich Marcel, Unternehmenszusammenschlüsse - Formelles Fusionskontrollrecht, Art. 9 et 10, 32 à 38 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 75 sgg.

Drolshammer Jens, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, in: SJZ 2000, 218 sgg.

Ducrey Patrik, Abgrenzung zwischen vorsorglichen Massnahmen im Kartellverwaltungs- und Kartellzivilrecht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 115 sgg.

Ducrey Patrik, Besondere Fragen zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im revidierten KG, in: AJP 1996, 918 sgg.

Ducrey Patrik, Der Einfluss des EU-Wettbewerbsrechts auf die Liberalisierung der schweizerischen Infrastrukturmärkte, in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 281 sgg.

Ducrey Patrik, Libéralisation des télécommunications et droit de la concurrence - Application du nouveau droit suisse de la concurrence, in: Bovet Christian (éd.), Journée du droit de la concurrence 19998: Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 19 sgg. (zit. Télécommunications).

Ducrey Patrik, Organisation et activités du segreteria de la Commissione della concorrenza, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 103 sgg.

Ducrey Patrik, Problèmes actuels du droit de la concurrence, activités principales, des autorités de concurrence, enquêtes en cours et vue d'ensemble, in La vie économique-Revue de droit économique 9/2000, 18-21.

Ducrey Patrik, Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 32 - 38 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 137 sgg.

Egli Felix W., Fussangeln für Kartell-Deserteure, in: NZZ Nr. 98 del 27/28 aprile 1996, 23.

Fischer R. Peter, Die Liberalisierung des Schweizer Telekommuncationsmarktes: Eine Standortbestimmung, in: Bovet Christian (éd.), Journée du droit de la concurrence 19998: Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 37 sgg.

Flückiger Yves, Aspects économiques du nouveau droit suisse de la concurrence, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 59 sgg.

Global Competition Revue, Rating the regulators, *http://www.global-competition.Com/spl_rpts/main_fs.htm*, 2000.

Gloor Peter/Staehelin Matthias, Vertikale Vereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht und die «rule of reason», in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 299 sgg.

Gugler Philippe, Principaux indicateurs de dominance collective dans le cadre du contrôle préventif des concentrations, in: RDAI/IBLJ 1998, 919 sgg.

Gugler Philippe/Merkt Benoît, Considérations sur le formulaire de notification des concentrations d'entreprises, in: Christian Bovet (éd.), Journée du droit de la concurrence 1998, Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 91 sgg.

Gugler Philippe/Zurkinden Philipp, Das schweizerische, österreichische und das EG-Wettbewerbsrecht im Vergleich, in: Wirtschaft und Gesellschaft (Wien), 3/1998, 353 sgg.

Hoffet Franz, Unternehmenszusammenschlüsse - Materielles Fusionskontrollrecht, Art. 9 et 10 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 45 sgg.

Hoffet Franz, Wann sind Wettbewerbsabsprachen nichtig? - Anhaltende Unsicherheit über die Verbindlichkeit zahlreicher Verträge, in: NZZ del 27/28 giugno 1998, 29.

Hoffet Franz/Hoehn Thomas, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich, Anmerkungen zur bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission, in: sic! 1999, 232 sgg.

Jaeger Franz, Sollen Patente vor Preiswettbewerb schützen? Umstrittenes Verbot von Parallelimporten, in NZZ, 4/5 marzo 2000.

Lambelet Jean-Christian/Mihailov Alexander, Aspects économiques du droit de la concurrence appliqué aux activités bancaires, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 195 sgg.

Malacrida Ralph, Das verwaltungsrechtliche Verfahren im neuen Kartellgesetz, in: AJP 1996, 902 sgg.

Masoni Maria, Per una liberalizzazione sostensible, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 5 sgg.

Meier-Schatz Christian J., Bankenfusionen unter Schweizer Recht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 185 sgg.

Meier-Schatz Christian J., Das neue schweizerische Kartellgesetz im Überblick – Erste Erfahrungen, in: Christian J. Meier-Schatz, Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Bern; Stuttgart; Wien 1998, 9 sgg.

Meier-Schatz Christian J., Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, in: AJP 1996, 811 sgg.

Meier-Schatz Christian J., Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 5 à 8 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 21 sgg.

Neven Damien/Räss Pascal, Politique de la concurrence en Suisse (1996 à 1998), Evaluation et perspectives d'évolution, in Cahiers de recherches économiques, HEC Lausanne, cahier 9911, luglio 1999.

Nordmann-Zimmermann Ursula, La nouvelle loi sur les cartelli - une chance pour les organisations de consommateurs, in: Brunner Alexander/Rehbinder Manfred/ Stauder Bernd (Hrsg.), Jahrbuch des schweizerischen Konsumentenrechts, Bern 1996, 105 sgg.

Richli Paul, Verfahren und Rechtsschutz, Art. 39 à 44 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 157 sgg.

Richli Paul, Verfahren und Rechtsschutz, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 130 sgg.

Ruffner Markus, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, in: AJP 1996, 834 sgg.

Saurer Markus, Kartellgesetzliche Intervention oder Deregulierung? - Die Wahl zwischen imperfekten Alternativen bei der Fusion Bell-SEG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 167 sgg.

Schluep Walter R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, in: AJP 1996, 795 sgg.

Schmidhauser Bruno, Nachfragemacht, in: AJP 1996. 847 sgg.

Seidel Eberhard, «Gremienorganisationen», in: Erich Frese, Handwörterbuch der Organisation, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart: Poeschel, 1992, 714-724.

Stoffel Walter A., Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in: SZW Sondernummer 1996, 45 sgg.

Stoffel Walter A., Erste Erfahrungen im Bereich der Wettbewerbsabreden, in: Christian J. Meier-Schatz, Das neue Kartellgesetz - Erste Erfahrungen in der Praxis, Bern; Stuttgart; Wien 1998, 75 sgg.

Stoffel Walter A., Le droit suisse de la concurrence 1997: les premières expériences avec la nouvelle LCart, SZW 1997, 249 sgg.

Stoffel Walter A., Les ententes restrictives à la concurrence, in: SZW Sondernummer 1996, 7 sgg.

Stoffel Walter A., Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 19 sgg.

Stoffel Walter, Das neue Kartell-Zivilrecht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 87 sgg.

Tercier Pierre, La lutte contre les contraintes cartellaires internes dans la nouvelle loi sur les cartelli, in: JdT 1996 I, 2 sgg.

Tercier Pierre, La procédure devant la Commissione della concorrenza, in: SZW Sondernummer 1996, 35 sgg.

Tercier Pierre, Le nouveau droit de la concurrence: le temps des questions, in: AJP 1996, 791 sgg.

Tercier Pierre, Le nouveau droit des cartelli, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 27 sgg.

Von Ballmoos Thomas, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe?, in: AJP 1999, 295 sgg.

Von Büren Roland, Droit et politique de la concurrence en Suisse, Evolution et caractéristiques du droit suisse de la concurrence, in La vie économique-Revue de droit économique 9/2000, 6-9.

Von Büren Roland, La Commissione della concorrenza in Ticino, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 3 sgg.

Von Büren Roland, Politique de la concurrence, in La vie économique-revue de politique économique 10/99, 22-25.

Von Ungern-Sternberg Thomas/Neven Damien, Die Fusion UBS-SBV aus der Sicht der Wettbewerbspolitik, in Cahiers de recherches économiques, HEC Lausanne, cahier 9802, gennaio 1998.

Von Ungern-Sternberg Thomas/Neven Damien, Wettbewerbspolitik à la UBS, in Cahiers de recherches économiques, HEC Lausanne, cahier 9807, aprile 1998.

Von Ungern-Sternberg Thomas, Die Wettbewerbskommission und die UBS: Was bleibt von den Auflagen? in Cahiers de recherches économiques, HEC Lausanne, cahier 9909, luglio 1999.

Von Weizsäcker Christian, Ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der WEKO, Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Volkswirtschaftsdepartements, Köln, 10. luglio 2000.

Walter Regula, Zivilrechtliches Verfahren nach dem revidierten KG - unauffällige Revision mit Knacknüssen, in: AJP 1996, 893 sgg.

Watter Rolf/Lehmann Urs, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz, in: AJP 1996, 855 sgg.

Wiswede Günter, «Gruppen und Gruppenstruktur», in: Erich Frese, Handwörterbuch der Organisation, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart, 1992: Poeschel, 735-754.

Wohlmann Herbert, Bekämpfung des Missbrauchs von Marktmacht, in: SZW Sondernummer 1996, 22 sgg.

Zäch Roger (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996.

Zäch Roger, Einzelfragen der Kartellrechtspraxis, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 1 sgg.

Zäch Roger, Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen, in: Christian J. Meier-Schatz, Das neue Kartellgesetz - Erste Erfahrungen in der Praxis, Bern; Stuttgart; Wien 1998, 117 sgg.

Zäch Roger, L'influence de l'Union européenne sur le droit et la politique de la concurrence en Suisse, Comparaison avec le droit de la concurrence de l'UE, influence du droit européen et convergences avec le droit suisse de la concurrence, in La vie économique-Revue de droit économique 9/2000, 15-17.

Zäch Roger, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter nach Massgabe des Kartellgesetzes, in: sic! 2000, 275 sgg.

Zäch Roger, Rechtliche Aspekte der Anwendung des Kartellgesetzes auf die Bankwirtschaft, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 179 sgg.

Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999.

Zurkinden Philipp, Wettbewerbsrecht: Vergleich Schweiz-EG, in Schweizer Aussenwirtschaft, Das Magazin der Schweizerischen Zentrale für Handelsförderung OSEC, 1997, Nr. 22, 17-20.

Realizzazione dell'inchiesta

Serge Zogg	Responsabile del progetto, Organo parlamentare di controllo dell'amministrazione
Katherine Driget	Stagista, Segreteria delle Commissioni della gestione
Hedwig Heinis	Segreteria, Organo parlamentare di controllo dell'amministrazione

L'OPCA ringrazia le segreteria della ComCo per l'ottima collaborazione. Inoltre ringrazia tutti gli esperti per la disponibilità che hanno dimostrato durante i colloqui e rispondendo al nostro questionario

Versione originale del rapporto: francese

Indice

1 Introduzione **2994**
1.1 Disposizioni generali della LCart 2994
1.1.1 Scopo della legge e il suo campo d'applicazione 2994
1.1.2 Le autorità 2994
1.1.3 La procedura 2995
1.1.4 Sanzioni amministrative e penali 2996
1.2 Lotta contro le limitazioni illecite della concorrenza e il controllo delle concentrazioni di imprese 2996
1.2.1 Lotta contro gli accordi 2997
1.2.2 Lotta contro l'abuso della posizione dominante 2997
1.2.3 Controllo delle concentrazioni 2998
1.3 Paragone con il diritto dell'Unione europea 2999

2 Prospettive della ricerca **3000**
2.1 Approccio dell'OPCA 3000
2.2 Le opzioni della sottocommissione 3001

3 Problemi principali della LCart **3002**
3.1 Assenza di sanzioni dirette 3002
3.2 Composizione della ComCo 3005
3.3 Dimensioni della ComCo 3006
3.4 Carattere di milizia della ComCo 3007
3.5 Rapporto tra la ComCo e la sua segreteria 3009
3.6 Lavoro delle autorità in materia di concorrenza 3011
3.6.1 Lavoro della segreteria 3011
3.6.2 Decisioni della ComCo 3014
3.7 Pubblicazioni dei lavori delle autorità in materia di concorrenza 3016
3.8 Assenza di controllo periodico della ComCo 3017
3.9 Ricorsi dinanzi la REKO/WEF 3018
3.10 Ruolo del Consiglio federale 3019
3.11 Controllo delle concentrazioni 3020
3.11.1 Obbligo di annuncio delle fusioni in generale 3020
3.11.2 Obbligo di annuncio delle fusioni nel settore dei media 3023
3.12 Importazioni parallele 3024
3.13 Limitazioni statali alla concorrenza 3026
3.14 Rapporti tra ComCo e le autorità di regolamentazione settoriali 3029
3.15 Legittimazione ad agire 3031
3.16 Nullità degli impegni assunti in relazione con le limitazioni della concorrenza 3032
3.17 Assistenza amministrativa internazionale 3034

4 Sintesi **3036**
4.1 Rappresentazioni grafiche 3036
4.2 Interpretazione dei grafici 3040
4.2.1 In generale 3040
4.2.2 I problemi trattati nella revisione legislativa 3040
4.2.3 Problema trattato dalla CET 3040
4.2.4 Problemi oggetto di studi approfonditi 3041
4.2.5 Questioni problematiche comportanti un bisogno di revisione scarso 3041
4.2.6 Questioni poco problematiche comportanti un bisogno di revisione di revisione abbastanza forte 3042
4.2.7 Questioni poco problematiche comportanti un bisogno di revisione scarso 3042
4.2.8 Questioni poco problematiche comportanti un bisogno di revisione trascurabile 3043
4.3 Conclusione 3043