

**Rapporto esplicativo
concernente la modifica della legge sui cartelli e
altre limitazioni della concorrenza
(Legge sui cartelli, LCart)**

**Parte 2: Attuazione della mozione Schweiger (07.3856):
Un sistema di sanzioni più equilibrato ed efficace per la
normativa svizzera sui cartelli**

Compendio

Il 30 giugno 2010 il Consiglio federale ha avviato una consultazione concernente la revisione della legge sui cartelli (LCart). Nella lettera indirizzata ai partecipanti alla consultazione aveva annunciato che, in caso di accoglimento della mozione Schweiger (07.3856) «Un sistema di sanzioni più equilibrato ed efficace per la normativa svizzera sui cartelli», avrebbe avviato rapidamente una seconda consultazione sulla LCart. L'attuale seconda consultazione concretizza questo proposito. Essa è da intendersi come complemento alla prima consultazione conclusasi nel novembre 2010.

La mozione Schweiger chiede che le imprese operanti secondo un programma per il rispetto delle disposizioni della normativa sui cartelli conforme a requisiti rigorosi possano beneficiare di una riduzione della sanzione amministrativa. Nel contempo, allo scopo di sostenere gli sforzi compiuti dalle imprese per soddisfare i requisiti di conformità, la legge sui cartelli deve prevedere sanzioni penali per le persone fisiche che partecipano attivamente ad accordi di cartello con concorrenti.

La prima richiesta espressa nella mozione Schweiger, secondo cui occorre tenere conto dei programmi di conformità (o programmi di compliance) ai fini della riduzione della sanzione, può essere attuata completando l'articolo 49a LCart. Si stabilisce così formalmente che i provvedimenti adeguati all'attività commerciale e al settore interessato volti a impedire violazioni del diritto dei cartelli devono essere tenuti in considerazione ai fini di una riduzione della sanzione, a condizione che le imprese forniscano una documentazione sufficiente sulla loro adozione ed efficacia.

L'attuazione della seconda richiesta relativa all'introduzione di sanzioni nei confronti di persone fisiche appare molto più complessa rispetto alla prima. Esistono diverse possibilità di attuazione; l'avamprogetto posto in consultazione ne propone due.

La prima variante, preferita dal Consiglio federale, prevede che nei confronti delle persone coinvolte in una violazione del diritto dei cartelli all'interno di imprese possono essere emanati provvedimenti amministrativi. Questi ultimi consistono, da un lato, nel divieto totale o parziale di esercitare l'attività professionale per le imprese che hanno partecipato all'accordo di cartello e, dall'altro, nella possibilità di confiscare le parti del salario come i bonus ottenuti dal collaboratore responsabile in seguito all'accordo di cartello.

Secondo la regolamentazione istituzionale proposta nella consultazione del 30 giugno 2010, l'Autorità della concorrenza conduce una procedura amministrativa nei confronti dell'impresa e dei collaboratori responsabili. Il Tribunale federale della concorrenza si pronuncia perlopiù contemporaneamente sulle conseguenze di tale procedura.

La seconda variante, che interpreta alla lettera la mozione Schweiger, prevede sanzioni penali per le persone fisiche che partecipano ad accordi di cartello con concorrenti. Il quadro penale prevede una pena pecuniaria o una pena detentiva sino a tre anni.

Nella variante B concernente le sanzioni penali sono previste due procedure indipendenti tra loro. L'inchiesta dell'Autorità della concorrenza, che si conclude con la decisione del Tribunale federale della concorrenza, è rivolta unicamente contro l'impresa. Secondo la soluzione proposta, la procedura nei confronti del collaboratore responsabile deve essere condotta dal Ministero pubblico della Confederazione ed essere deferita al Tribunale penale federale per la decisione di prima istanza.

La variante B è più onerosa sul piano istituzionale poiché implica una procedura penale parallela alla procedura nei confronti dell'impresa. La seconda fase procedurale risulta indispensabile, essendo decisivo il fatto che l'autorità giudicante deve poter emanare anche pene detentive. Simili procedure penali non possono essere attuate nell'ambito dell'attuale ordinamento istituzionale.

Entrambe le varianti traggono vantaggio dalla riforma istituzionale proposta nella consultazione del 30 giugno 2010: essa conferisce infatti all'attuale procedura di prima istanza gli elementi indispensabili in ambito penale (separazione tra l'inchiesta e la decisione, nessun rappresentante di interessi nell'organo decisionale).

Nel diritto in materia di cartelli dovranno continuare a occupare un ruolo di primo piano il ripristino della concorrenza e, con esso, la correzione e il sanzionamento del comportamento delle imprese. Il sanzionamento delle persone fisiche dovrà intervenire come strumento supplementare in una procedura a sé stante per tipi di accordi particolarmente dannosi come gli accordi sulla fissazione diretta o indiretta dei prezzi, sulla limitazione dei quantitativi di beni o servizi da produrre, acquistare o consegnare e sulla ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali. La norma penale che si intende introdurre nella LCart sarebbe pertanto applicabile in particolare agli accordi per l'aggiudicazione di appalti.

Altre varianti, che almeno a prima vista apparivano attuabili, sono state respinte. Fra queste, in particolare, l'idea di una procedura unificata di diritto penale amministrativo condotta allo stesso tempo nei confronti delle imprese e dei collaboratori responsabili che hanno partecipato a un accordo orizzontale. Uno dei motivi è che sarebbe inopportuno modificare il diritto procedurale a causa di un'unica forma di comportamento dannoso per la concorrenza. Questa obiezione si oppone anche a un cambiamento a favore del Codice di procedura penale nel perseguimento delle imprese.

Il testo inviato in consultazione comprende inoltre i provvedimenti necessari affinché il programma di clemenza (sistema del bonus) già in vigore per le imprese, rivelatosi fin dalla sua introduzione nel 2004 uno strumento importante per lo smantellamento di cartelli, non venga indebolito dall'introduzione del sanzionamento delle persone fisiche. L'introduzione di un analogo programma di clemenza anche per i collaboratori di un'impresa è indispensabile, in caso di introduzione della variante B «Sanzioni penali», per non intralciare pesantemente il perseguimento di cartelli orizzontali particolarmente dannosi.

Mantenendo la sua precedente posizione, il Consiglio federale respinge il sanzionamento delle persone fisiche e si dichiara pertanto contrario sia alla variante A che alla variante B. Qualora fosse attuata anche la seconda parte della mozione, il Consiglio federale preferirebbe per diversi motivi la variante A.

Indice

1	Punti essenziali dell'avamprogetto	6
1.1	Situazione iniziale	6
1.1.1	Mozione Schweiger (07.3856): Un sistema di sanzioni più equilibrato ed efficace per	8
1.1.2	Parere del Consiglio federale	7
1.1.3	Trasmissione della mozione nella versione approvata dal Consiglio nazionale	8
1.1.4	Accertamenti approfonditi in materia penale	9
1.1.5	Altri interventi parlamentari	10
1.1.6	Esperienze raccolte all'estero	10
1.2	La nuova regolamentazione proposta	13
1.2.1	Compendio	13
1.2.2	Riduzione della sanzione per le imprese grazie ai programmi di conformità	17
1.2.3	Provvedimenti amministrativi (variante A)	18
1.2.4	Sanzioni penali (variante B)	20
1.3	Rapporto con la consultazione del 30 giugno 2010	24
2	Commento ai singoli articoli	28
2.1	Riduzione della sanzione in caso di programmi di conformità	28
2.2	Variante A: Provvedimenti amministrativi	29
2.3	Variante B: Sanzioni penali	34
3	Conseguenze	49
3.1	Conseguenze per la Confederazione	49
3.2	Conseguenze per i Cantoni	50
3.3	Conseguenze per l'economia	50
3.3.1	Necessità di un intervento statale	50
3.3.2	Conseguenze per i singoli attori economici	51
3.3.3	Conseguenze macroeconomiche	52

3.3.4	Altre regolamentazioni possibili	53
3.3.5	Idoneità all'attuazione	53
3.4	Altre conseguenze	54
4	Rapporto con il programma di legislatura	54
Appendice		55
Iniziativa parlamentare Kaufmann (08.443) del 13.6.2008: Multe contro i cartelli. Rischi per l'esistenza delle imprese		55
Elenco delle abbreviazioni e glossario		57

1 Puntii essenziali dell'avamprogetto

1.1 Situazione iniziale

1.1.1 Mozione Schweiger (07.3856): Un sistema di sanzioni piú equilibrato ed efficace per la politica svizzera dei cartelli

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

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

L'intervento è stato motivato come segue:

La legge svizzera sui cartelli prevede l'applicazione di sanzioni dirette nei confronti delle imprese che partecipano ad accordi in materia di concorrenza. Tali sanzioni incidono in modo importante sulle proprietà aziendali, potendo ammontare sino al 10 per cento del fatturato svizzero dell'impresa interessata realizzato nel triennio precedente.

Molte imprese, consapevoli della gravità di tali sanzioni, compiono tutti i passi necessari - con l'ausilio di programmi per il rispetto delle norme giuridiche (programmi di compliance) - allo scopo di eliminare tutti i possibili rischi di contravvenzione alla normativa sui cartelli. Le sanzioni relative ai cartelli non dovrebbero essere inflitte senza un esauriente esame preventivo delle responsabilità. Se l'impresa adempie nel miglior modo possibile ai suoi obblighi di diligenza mediante la creazione e l'attuazione di un programma per il rispetto delle norme giuridiche, dovrebbe poter essere discolpata. Il raggiungimento, almeno parziale, di un elevato livello di conformità alle norme giuridiche dovrebbe comportare una corrispondente riduzione della sanzione.

I programmi per il rispetto delle norme giuridiche proteggono le imprese anche nei rapporti al loro interno, nei confronti di violazioni della normativa sui cartelli da parte di loro dirigenti o collaboratori. Tuttavia, per quanto i programmi suddetti siano accuratamente ponderati e vengano applicati con continuità, non consentono di escludere la possibilità che singoli dirigenti o collaboratori trovino il modo di agire in violazione della normativa sui cartelli. Allo scopo di non vanificare gli sforzi compiuti dalle imprese per soddisfare i requisiti di conformità, anche in Svizzera i dirigenti e i collaboratori che partecipano ad accordi di cartello dovrebbero rendere conto del loro operato sul piano del diritto penale. Le normative sui cartelli di altri Stati - ad esempio gli Stati Uniti, la Gran Bretagna o anche i Paesi Bassi - prevedono infatti sanzioni penali anche nei confronti delle persone fisiche; la Svizzera dovrebbe seguire questa tendenza in atto a livello internazionale.

Un tale sistema di sanzioni assicura che sia le imprese, sia le persone fisiche siano rese responsabili degli atti e delle omissioni che, nei fatti, possono controllare o condizionare. Un uguale sistema - secondo cui le persone fisiche sono responsabili del loro proprio operato e le imprese sono tenute a rispondere degli atti compiuti dai loro dirigenti e collaboratori soltanto se non hanno attuato tutti i provvedimenti organizzativi necessari per impedirli - è già posto alla base del nuovo diritto penale d'impresa. Tale impostazione sarebbe appropriata anche nel caso della normativa sui cartelli, le cui pesanti sanzioni rivestono praticamente un carattere penale.

1.1.2 Parere del Consiglio federale

Nel suo parere, il Consiglio federale ha proposto di respingere la mozione e ha motivato la sua posizione come segue:

L'introduzione di sanzioni dirette è uno degli elementi più importanti della revisione della legge sui cartelli (LCart) del 2003. Secondo il disciplinamento della legge in vigore, è possibile prendere in considerazione, nell'ambito degli articoli 3 e 6 dell'ordinanza sulle sanzioni, in caso di restrizioni illecite alla concorrenza, dei programmi di conformità (e di conseguenza attenuanti la colpa) nonché delle circostanze di riduzione della sanzione, ma non come circostanze che permettono di sopprimere ogni sanzione.

Il Consiglio federale ha inoltre aggiunto che il fatto che in un singolo caso sia commessa una violazione del diritto dei cartelli depone di per sé a sfavore di un programma di conformità. La sola esistenza di un tale programma non deve essere sufficiente a giustificare un'esenzione da qualsiasi sanzione; essa presuppone invece un programma di conformità (*compliance*) qualificato, adeguato al settore e alle dimensioni dell'impresa interessata. La riduzione della sanzione non deve inoltre essere troppo importante, in quanto la possibilità di beneficiare di tale riduzione dimostrando l'esistenza di un programma di conformità indebolirebbe gli incentivi a ottenerla attraverso il programma di clemenza¹.

Per quanto concerne il perseguimento penale delle persone fisiche ha inoltre aggiunto²:

Indipendentemente dalla possibilità di discolta, sarebbe per principio utile, dal punto di vista preventivo, poter sanzionare in modo cumulativo tanto le persone fisiche quanto le imprese. Le esperienze fatte all'estero dimostrano che la possibilità di sanzionare le persone fisiche aumenta la dissuasione a formare cartelli hard core che hanno conseguenze nocive dal punto di vista economico e può ugualmente avere un effetto positivo sull'utilizzazione del programma di clemenza. Così, a livello internazionale, si può osservare che esiste una tendenza a sanzionare in modo diretto le persone fisiche che violano la LCart. Tale questione sarà pure tematizzata nell'ambito della valutazione in corso della LCart.

¹ Secondo l'art. 49a LCart, se l'impresa collabora a rilevare e a eliminare la limitazione della concorrenza, si può rinunciare in tutto o in parte alla sanzione.

² I termini *persona fisica* e *persona* sono utilizzati di seguito come sinonimi, in contrapposizione alla nozione di *impresa* ai sensi dell'art. 2 LCart.

Il Consiglio federale ha però anche sottolineato che potrebbe risultare difficile dimostrare l'intenzione, richiesta nel diritto penale, da parte del collaboratore responsabile di un accordo di cartello. Rimarrebbe quindi soltanto la riduzione della sanzione fondata sul programma di conformità. L'introduzione di sanzioni penali potrebbe inoltre determinare l'intervento delle autorità penali, complicando così la procedura in materia di cartelli.

Proprio per chiarire in modo approfondito questi aspetti, il Consiglio federale si è detto disposto, qualora la prima Camera dovesse accogliere la mozione, ad accettare nella seconda Camera l'incarico di esaminare l'introduzione di sanzioni penali nei confronti di persone fisiche nel diritto dei cartelli.

1.1.3 Trasmissione della mozione nella versione approvata dal Consiglio nazionale

Nella versione originale, la mozione chiedeva che i programmi finalizzati al rispetto della legge non determinassero soltanto una riduzione della sanzione ma che, a determinate condizioni da stabilire nella legge, consentissero persino un'esenzione dalla stessa.

Per il Consiglio nazionale ne sarebbe derivato un eccessivo indebolimento della LCart, motivo per cui ha modificato su questo punto la mozione, prevedendo unicamente una riduzione della sanzione. Il testo dell'intervento secondo il Consiglio nazionale ha pertanto il seguente tenore:

Il Consiglio federale è incaricato di garantire, mediante esplicite disposizioni della legge sui cartelli, che le imprese operanti secondo un programma per il rispetto delle disposizioni della normativa sui cartelli, conforme a requisiti rigorosi, possano beneficiare di una riduzione delle sanzioni amministrative. Nel contempo, allo scopo di sostenere gli sforzi compiuti dalle imprese per soddisfare i requisiti di conformità... (il resto rimane invariato).

A fine agosto 2010 la mozione è stata nuovamente dibattuta dalla CET-S in seguito alla mozione d'ordine Schweiger del 21/22 giugno 2010 concernente l'introduzione di sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche nel diritto dei cartelli³. In tale occasione, la Commissione ha potuto basarsi su una documentazione dettagliata elaborata dall'Amministrazione⁴. Benché il Dipartimento competente, come inizialmente richiesto del Consiglio federale, abbia nuovamente proposto di respingere la mozione, la CET-S l'ha ancora una volta approvata. Il 21 settembre 2010 anche il Consiglio degli Stati ha trasmesso la mozione con la modifica decisa dal Consiglio nazionale.

³ Mozione d'ordine Schweiger, CET-S, seduta del 21/22 giugno 2010.

⁴ Cfr. <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/02021/index.html?lang=it>

1.1.4 Accertamenti approfonditi in materia penale

L'introduzione di una riduzione della sanzione in presenza di programmi di conformità finalizzati al rispetto della legge non comporta un onere legislativo considerevole, considerato che simili riduzioni sono già possibili secondo il diritto vigente. Il discorso è diverso per quel che concerne l'introduzione di sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche: le strutture istituzionali e di diritto procedurale, nella loro forma attuale, non sono idonee all'introduzione di pene pecuniarie o detentive per i collaboratori di un'impresa che violano la legge sui cartelli. Occorre trovare nuove soluzioni per integrare le sanzioni previste nei confronti delle persone fisiche nell'attuale iter procedurale con sanzioni amministrative nei confronti delle imprese, senza tuttavia pregiudicare l'efficacia degli strumenti esistenti per l'applicazione della LCart.

In vista della prospettata trasmissione della mozione Schweiger, nel primo trimestre del 2010 il Dipartimento competente, parallelamente ai propri accertamenti, ha incaricato degli esperti di diritto penale di redigere una perizia giuridica, di cui si tiene conto nel presente rapporto. La perizia risultata da tali accertamenti, redatta dai professori di diritto penale Günter Heine, dell'Università di Berna, e Robert Roth, dell'Università di Ginevra, è consultabile all'indirizzo Internet: <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de>. Il professor Heine ha elaborato principalmente le disposizioni giuridiche materiali, mentre il professor Roth le disposizioni giuridiche procedurali.

Gli esperti insistono sul fatto che con l'introduzione di sanzioni penali è necessario garantire determinati presupposti, sia sul piano materiale che procedurale. La realizzazione di provvedimenti amministrativi incisivi non va considerata un complemento trascurabile, poiché le norme determinate nella CEDU devono essere rispettate.

Dal punto di vista degli esperti, è sconcertante che il capitolo 6, sotto la sezione 1 intitolata «Sanzioni amministrative», registri le conseguenze giuridiche più disparate. In effetti, non vi è dubbio che il sanzionamento delle imprese implichi una conseguenza giuridica di «natura penale» repressiva, mentre i nuovi provvedimenti penali devono caratterizzarsi unicamente per la loro azione puramente preventiva. Questa sistematica indebolisce il carattere della variante A.

Secondo il parere degli esperti, benché la designazione «provvedimenti amministrativi» suggerisca che le misure prese nella variante A corrispondono all'orientamento preventivo delle istituzioni in carica, essa non evita il rischio che le procedure condotte nell'ambito di tali provvedimenti siano giudicate come accuse penali ai sensi dell'articolo 6 CEDU. Per tale motivo, è necessario accordare alla persona nei confronti della quale è rivolta l'istruzione il diritto di non dover contribuire alla propria incriminazione. Una particolare precauzione è indispensabile anche verso la persona che rappresenta l'impresa in una procedura condotta nei confronti della stessa impresa. Il rappresentante non soltanto può trovarsi in conflitto tra i propri interessi e quelli che rappresenta ma, nell'ambito della sua rappresentanza, rischia anche di vedersi costretto a fare delle affermazioni che possono esporlo a un provvedimento. Questo argomento è illustrato più in dettaglio nel seguente punto 2.2 («Coordinamento con il perseguimento dell'impresa»).

Questi problemi si pongono naturalmente anche nell'ambito di perseguimenti penali. Nella della variante B, le procedure e le autorità che le conducono sono comunque totalmente separate, il che attenua i rischi menzionati sopra. Tuttavia, considerato l'obbligo di collaborazione al quale sono sottoposte queste autorità, i rischi rimangono reali (cfr. in particolare l'art. 53b cpv. 4 dell'avamprogetto).

Vi è quindi da temere che, contrariamente all'obiettivo della mozione Schweiger, l'introduzione di provvedimenti amministrativi o di sanzioni penali provocherà una diminuzione dell'efficacia delle disposizioni contro i cartelli.

In secondo luogo, il programma di clemenza rimane problematico. Indubbiamente, il Codice di procedura penale svizzero ha riconosciuto con la procedura abbreviata che le considerazioni di opportunità e, con esse, anche gli interessi pubblici, possono determinare un'esenzione dalla sanzione, analogamente a quanto già previsto nell'articolo 13 DPA. Fra questi interessi pubblici rientrano i particolari problemi legati alle inchieste nel diritto dei cartelli in generale e l'ulteriore garanzia dell'efficacia di una regolamentazione già comprovata per le sanzioni nei confronti delle imprese. Occorre tuttavia riconoscere che il carattere del diritto penale evolve in modo insidioso.

1.1.5 Altri interventi parlamentari

Il Parlamento sta attualmente deliberando sull'iniziativa parlamentare Kaufmann (08.443): «Multe contro i cartelli. Rischi per l'esistenza delle imprese» (cfr. allegato). Essa chiede che in presenza di programmi di conformità sia possibile l'esenzione da sanzioni e che siano introdotte pene detentive per i collaboratori che concludono intenzionalmente accordi di cartello, ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3, con una quota di mercato comune superiore al 30 per cento. Per quanto concerne la richiesta di esenzione dalle sanzioni, l'iniziativa parlamentare si spinge più in là della mozione Schweiger nella versione trasmessa. Il 30 marzo 2010 la CET-S ha deciso di non dare seguito, per il momento, all'iniziativa parlamentare⁵. Il Consiglio nazionale delibererà su tale oggetto in seduta plenaria.

La mozione de Buman (10.3302): «A favore di una vera concorrenza e di prezzi più bassi», attualmente pendente, richiede tra l'altro un sanzionamento delle persone fisiche, a condizione che vengano evitati gli effetti collaterali indesiderati sugli altri strumenti del diritto dei cartelli. Con dichiarazione del 4 giugno 2010, il Consiglio federale ha proposto di accogliere la mozione. L'oggetto non è ancora stato trattato dalla prima Camera in seduta plenaria.

1.1.6 Esperienze raccolte all'estero

Le pratiche contrarie al diritto dei cartelli non sono soggette a un sistema di sanzioni uniforme. Mentre nella maggior parte dei Paesi europei il diritto dei cartelli è appli-

⁵ Dato che la mozione Schweiger incarica già il Consiglio federale di elaborare un progetto di legge, la Commissione (CET-S) non ha ritenuto necessaria un'iniziativa parlamentare, cfr. comunicato stampa CET-S del 31 marzo 2010, consultabile sul sito Internet <<http://www.parlament.ch/i/mm/2010/pagine/mm-wak-s-2010-03-31.aspx>>.

cato attraverso procedure e meccanismi di sanzioni amministrativi, gli USA, ad esempio, prevedono un'applicazione del diritto dei cartelli fortemente improntata al diritto privato e la possibilità di infliggere sanzioni penali a persone fisiche. Benché anche in alcuni Stati membri dell'UE sia prevista, o sia perlomeno in discussione, la possibilità di sanzioni penali nei confronti di persone fisiche in caso di violazioni del diritto dei cartelli, gli ordinamenti giuridici europei in materia di cartelli in linea di principio si concentrano più sulle imprese che non su singoli individui. Questa concezione rispecchia anche la normativa sui cartelli vigente in Svizzera.

Il perseguimento penale di singole persone ha quindi una tradizione radicata soprattutto negli USA, dove lo Sherman Act del 1890 prevedeva già la possibilità di pene pecuniarie e detentive sia in caso di violazioni del divieto di concludere accordi illeciti in materia di concorrenza (Sezione 1 Sherman Act), sia in caso di monopolizzazione illecita (Sezione 2 Sherman Act). Negli USA le persone fisiche possono incorrere in sanzioni penali soprattutto in caso di cartelli *hard core* (cartelli sui prezzi e accordi di appalto), per i quali sono punibili con pene pecuniarie sino a un milione di dollari o pene detentive sino a dieci anni⁶. Conformemente al programma di clemenza, tuttavia, non viene formulata un'accusa se sono realizzate le condizioni previste nella Comunicazione sulla clemenza (cfr. Sezione 2 Clayton Act). Ciò nonostante le condanne di dirigenti per pratiche contrarie al diritto dei cartelli negli USA non costituiscono un'eccezione.

La situazione è diversa nello spazio giuridico europeo in cui prevale il sistema anglosassone. Benché in Gran Bretagna⁷ e in Irlanda⁸ siano possibili sanzioni penali (pene pecuniarie di un importo illimitato, rispettivamente di 4 mio. di euro, e pene detentive sino a cinque anni) nei confronti di individui che partecipano a cartelli *hard core* o che ne sono responsabili, la loro rilevanza pratica è per il momento minima. Va notato che in Gran Bretagna i programmi di clemenza permettono di accordare l'immunità penale.

Fra gli Stati influenzati dalla tradizione giuridica continentale europea, la Francia sanziona le persone fisiche che partecipano ad accordi contrari al diritto dei cartelli o l'abuso di una posizione dominante sul mercato con la pena detentiva sino a quattro anni e multe sino a 75 000 euro⁹. Come nel diritto britannico, il colpevole deve avere influito con intenzioni fraudolente alla violazione del diritto dei cartelli e vengono comunque applicati criteri rigorosi. Per tale motivo, nella normativa francese sui cartelli le sanzioni penali hanno un'importanza secondaria. Inoltre, all'interno dell'UE, l'Estonia, la Repubblica Slovacca e Cipro prevedono fattispecie penali che comportano la comminazione di pene detentive¹⁰.

⁶ Dall'introduzione del Criminal Fine Enforcement Act del 1984, vi è la possibilità di fissare l'importo massimo della pena pecuniaria al doppio del guadagno conseguito dall'autore o al doppio del danno provocato, cfr. Section 3571 (d) United States Code Title 18 (Crimes and Criminal Procedures).

⁷ Cfr. Enterprise Act 2002, che ha introdotto il sanzionamento penale delle pratiche contrarie al diritto dei cartelli.

⁸ Cfr. in particolare Section 8 Competition Act 2002.

⁹ Art. L420-6 Code de commerce.

¹⁰ Nel 2005 l'OCSE si è tuttavia pronunciata a favore di una penalizzazione delle violazioni più gravi del diritto dei cartelli mediante pene privative della libertà (OCSE, *Hard Core Cartels*, Third Report, 2005, 26 segg., 39 seg.).

In Germania mancano invece delle fattispecie penali definite in modo ampio per le violazioni in materia di concorrenza. Come in Austria e in Ungheria, sono punibili solo gli accordi di appalto, da un lato in base al § 298 CP che prevede una pena detentiva sino a cinque anni o una pena pecuniaria, dall'altro mediante la disposizione generale relativa alla frode (§ 263 CP). Ogni anno si registrano condanne di appaltatori. Per tutte le altre violazioni del diritto dei cartelli, sia le imprese che gli individui responsabili in Germania possono comunque vedersi infliggere delle multe per inosservanza delle prescrizioni d'ordine.

In Belgio, l'introduzione di sanzioni penali nei confronti di persone fisiche è stata recentemente al centro di un dibattito. Una raccomandazione della Commissione della concorrenza belga del 2010 evidenzia le diverse difficoltà che vi sono connesse, tra l'altro per quanto riguarda lo scambio di informazioni e il vincolo del giudice penale alle decisioni di diritto amministrativo in materia di cartelli. Nel suo parere la Commissione ha in particolare rilevato che i provvedimenti amministrativi come i divieti di esercitare l'attività professionale sono spesso più appropriati e pertinenti delle sanzioni penali¹¹. I Paesi Bassi hanno direttamente abolito le sanzioni penali nel 1997. Il 1° ottobre 2009 è stato reintrodotta il carattere di reato nel senso che le persone fisiche che impartiscono istruzioni riguardo a un cartello o che esercitano *de facto* una leadership possono essere sanzionate. In Austria, nel 2002, è stata introdotta una depenalizzazione con l'abrogazione delle sanzioni penali in caso di pratiche illecite in materia di cartelli, esclusi gli accordi di appalto. Il Lussemburgo nel 2004 ha abolito le sanzioni penali in materia di cartelli configurate come fattispecie di disobbedienza¹².

Il diritto europeo, infine, non prevede sanzioni penali o amministrative nei confronti degli individui responsabili: secondo l'articolo 23 VO 1/2003 solo le imprese possono essere punite con una multa. L'eccezione secondo cui è possibile sanzionare una persona fisica che realizza le condizioni legali relative alle caratteristiche di impresa è finora rimasta priva di rilevanza. Al momento non sono ravvisabili segnali a favore di un'introduzione generale di sanzioni amministrative o penali nei confronti di persone fisiche nel diritto europeo¹³. Ciò potrebbe essere dovuto essenzialmente al fatto che l'UE stessa non possiede competenze penali. È teoricamente possibile, ma privo di rilevanza, che a livello nazionale, negli Stati che applicano sanzioni penali

¹¹ COMMISSIE VOOR DE MEDEDINGING/COMMISSION DE LA CONCURRENCE, Avis sur l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence (CCE 2010-0233 DEF MED), 04.02.2010, consultabile sul sito Internet <<http://www.cceerb.fgov.be/txt/fr/doc10-233.pdf>>.

¹² Cfr. bilancio stilato da Heinemann Andreas, *Kriminalstrafrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht?*, in: Kunz Peter V., Herren Dorothea, Cottier Thomas, Matteotti René (ed.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für von Büren Roland*, Basilea 2009, 587–624.

¹³ Cfr. Baudenbacher Carl, *Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement*, 118, e il rimando a Lowe Philip, *Preventing and Sanctioning Anticompetitive Conduct: Effective Use of Administrative and Criminal Sanctions, Leniency: and Private Action in the EU*, in: Barry Hawk, *International Antitrust Law & Policy* (2007), 96.

nei confronti dei collaboratori responsabili, si aggiungano delle procedure nei confronti delle persone fisiche.

Riassumendo, si constata che ad eccezione degli USA, dove le sanzioni penali in materia di cartelli nei confronti di persone fisiche costituiscono un elemento centrale e funzionante del sistema penale, gli altri Paesi non presentano una situazione uniforme in tale ambito. In Europa alcuni Stati prevedono sanzioni corrispondenti, ma vincolano la loro comminazione a condizioni rigorose o incontrano difficoltà quando si tratta di applicarle, cosicché la rilevanza pratica del sanzionamento di individui per pratiche illecite in materia di cartelli è minima. In alcuni Stati, inoltre, si osserva una depenalizzazione del diritto dei cartelli. Anche a livello di UE non si riscontra una volontà di introdurre sanzioni penali in quest'ambito. Non si riscontra quindi in Europa una tendenza univoca in merito al sanzionamento di persone fisiche, né una prassi di riferimento ai fini della presente consultazione nei Paesi europei che prevedono simili sanzioni penali.

1.2 La nuova regolamentazione proposta

1.2.1 Compendio

Le varianti qui proposte per l'attuazione della mozione Schweiger si fondano su due premesse emerse dai dibattiti parlamentari concernenti la mozione. In primo luogo, il perseguimento delle imprese deve rimanere l'obiettivo principale anche dopo l'introduzione di sanzioni nei confronti di persone fisiche. In secondo luogo, l'introduzione di sanzioni penali nei confronti di persone fisiche non deve indebolire gli strumenti di applicazione del diritto dei cartelli ma, nel limite del possibile, occorre completare gli attuali strumenti in modo da rafforzarne l'effetto preventivo. Deve essere così possibile sanzionare imprese e persone in maniera cumulativa. Inoltre, il programma di clemenza esistente deve mantenere la sua efficacia.

Queste premesse nell'attuazione della mozione Schweiger sono da considerare in particolare nell'ottica dello sviluppo della legge sui cartelli. In seguito all'entrata in vigore della nuova legge sui cartelli, nel 1996, la Svizzera si è dotata degli strumenti politici necessari per combattere efficacemente gli effetti dannosi dei cartelli e di altre limitazioni della concorrenza. Mediante la definizione di pratiche che presumibilmente eludono la concorrenza efficace e che, di norma, vanno vietate, la normativa svizzera sui cartelli è stata ravvicinata ai modelli internazionali. In pratica si è tuttavia rivelato svantaggioso il fatto che, a quel momento, non vi era ancora la possibilità di pronunciare sanzioni dirette contro le limitazioni illecite della concorrenza. La prima violazione in materia di cartelli rimaneva «impunita» anche se era stata riconoscibile come tale fin dall'inizio. Questa lacuna è stata eliminata con la revisione del 2003 (entrata in vigore il 1° aprile 2004). L'effetto preventivo della legge vigente da allora ha potuto essere aumentato in seguito all'introduzione di sanzioni dirette nei confronti delle imprese. Finora la concezione del diritto dei cartelli – in linea con la tradizione giuridica europea – non si è fondata sulla punibilità delle persone fisiche, ma si concentra essenzialmente sulle imprese che si comportano in modo illecito: da un lato, obbligandole a cessare le pratiche anticoncorrenziali constatate e, dall'altro, infliggendo loro in taluni casi una sanzione.

Questo concetto di base della legge sui cartelli e i nuovi strumenti della legge sui cartelli riveduta nel 2003 si sono indiscutibilmente dimostrati validi. Tale, in ogni caso, è il bilancio stilato dal gruppo di valutazione della legge sui cartelli conformemente alla valutazione prevista all'articolo 59a LCart (rapporto di sintesi del 5 dicembre 2008 all'attenzione del DFE¹⁴), confermata anche nel rapporto del 25 marzo 2009 sulla valutazione della LCart e altre proposte, fondato sull'articolo 59a LCart e approvato dal Consiglio federale. I nuovi strumenti della legge sui cartelli riveduta (sanzioni dirette, programma di clemenza, perquisizioni domiciliari, procedura di opposizione) contribuiscono a impedire e rilevare le limitazioni della concorrenza e a promuovere la concorrenza. L'intensificazione dell'effetto preventivo della legge sui cartelli ha inoltre determinato una maggiore diffusione dei programmi di conformità antitrust. In base a tali valutazioni, nell'ambito dell'attuale evoluzione della legge sui cartelli si deve mantenere il concetto del 2003 per quanto riguarda il sanzionamento di imprese.

La riduzione delle sanzioni in presenza di un programma conforme a requisiti rigorosi, così come è richiesta nella mozione Schweiger nella versione trasmessa, si inserisce in questo concetto. Occorre sancire in una disposizione della LCart ciò che finora era già possibile a livello esecutivo in base all'ordinanza sulle sanzioni, la cui formulazione consente un certo margine d'apprezzamento. Una chiara iscrizione nella legge della possibilità di una riduzione della sanzione nel caso in cui vengano adottati opportuni provvedimenti di conformità presenta indubbiamente un aspetto economico generale: considerato che i programmi di conformità prevengono pratiche illecite da parte dei collaboratori e quindi violazioni della LCart, promuovendo la loro diffusione nella prospettiva di una riduzione della sanzione si persegue lo scopo generale della legge sui cartelli, che è quello di impedire gli effetti nocivi di ordine economico o sociale dovuti ai cartelli e alle altre limitazioni della concorrenza. La possibilità di tenere conto di programmi di conformità ai fini di una riduzione della sanzione, raramente contemplata dagli ordinamenti giuridici esteri, esaudisce in ampia misura una richiesta espressa dalle cerchie imprenditoriali.

La mozione Schweiger (07.3856) prevede di rafforzare ulteriormente gli sforzi compiuti dalle imprese per soddisfare i requisiti di conformità, inserendo nella legge la possibilità di sanzionare le persone fisiche che abbiano partecipato attivamente alla conclusione di accordi di cartello con i concorrenti. Dalla formulazione risulta che la possibilità di sanzionare persone fisiche dovrebbe essere prevista per i cartelli orizzontali, ma non per gli accordi verticali o gli abusi del potere di mercato. L'introduzione di sanzioni penali richiesta nella seconda parte della mozione spinge maggiormente le persone fisiche che agiscono per conto dell'impresa nel campo d'applicazione del diritto dei cartelli e deroga quindi alla concezione attuale della legge sui cartelli. La punibilità delle persone fisiche deve intervenire nella pratica come nuovo strumento di prevenzione accanto al sanzionamento delle imprese adottato finora, che si è rivelato efficace.

In linea di principio, il Consiglio federale approva il fatto che la LCart possa esplicare un effetto dissuasivo maggiore in seguito all'introduzione di sanzioni contro le

¹⁴ Il rapporto di sintesi si basa su 15 rapporti e studi e contiene 14 raccomandazioni (è consultabile sul sito Internet www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=it).

persone fisiche. Occorre tuttavia essere consapevoli che le procedure penali nei confronti di persone fisiche, da cui potrebbe risultare una pena detentiva, durano più a lungo e richiedono un maggior numero di risorse rispetto alle attuali procedure amministrative. Alcuni accertamenti effettuati hanno evidenziato che questa modifica radicale potrebbe comportare dei rischi per l'applicazione del diritto dei cartelli e, in definitiva, per la concorrenza efficace. In assenza di altri provvedimenti, il programma di clemenza, che si dimostra oggi efficace, ne verrebbe indebolito. Sarebbe molto illusorio pensare che un'impresa, in futuro, decida di notificare volontariamente una violazione del diritto dei cartelli a cui ha partecipato se, pur essendo essa stessa esentata dalla sanzione, fosse in ogni caso inflitta una pena ai suoi collaboratori¹⁵.

In alternativa alle sanzioni penali, con i relativi svantaggi descritti, vi è la possibilità di introdurre provvedimenti amministrativi a scopo preventivo. In effetti, un divieto di esercitare l'attività professionale analogo a quello già previsto nella legge sulla vigilanza dei mercati finanziari per tutelare la concorrenza permetterebbe di citare direttamente in giudizio i collaboratori e, allo stesso tempo, di tutelare la concorrenza in una prospettiva futura. Gli svantaggi dell'alternativa «provvedimenti amministrativi» sono meno accentuati.

Altre regolamentazioni istituzionali alternative sono state respinte. Fra queste, in particolare, un'unica procedura di diritto penale amministrativo rivolta simultaneamente contro le imprese e i collaboratori responsabili coinvolti in un accordo orizzontale. Se, ad esempio, nell'ambito di un accordo in materia di cartelli, fossero indagate una decina di imprese e, per ognuna di queste, tre collaboratori che si accusano a vicenda, l'unificazione della procedura nei confronti di persone e imprese, visto il numero elevato di parti in causa, consentirebbe solo in apparenza di ottenere un risparmio. Sarebbe inoltre inopportuno modificare il diritto procedurale a causa di un'unica forma di comportamento dannoso per la concorrenza. La forma degli accordi esistenti può spesso essere determinata solo mediante accertamenti, inoltre un trattamento degli accordi orizzontali diverso da quello previsto per gli accordi verticali e in caso di abuso di potere di mercato metterebbe in discussione la giurisprudenza ancora in fase di sviluppo sui provvedimenti amministrativi secondo la LCart introdotti nel 2003. Applicato all'ambito istituzionale, che prevede il testo posto in consultazione il 30 giugno 2010, la procedura amministrativa è per le imprese un diritto procedurale più adeguato rispetto alla procedura penale amministrativa.

La possibilità di agire nei confronti di persone fisiche in una procedura secondo la legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo DPA¹⁶, non è stata presa in considerazione per diversi motivi, ma in caso di ulteriore perseguimento potrebbe rappresentare un'opzione alla variante B.

¹⁵ Alla necessità di estendere il programma di clemenza delle imprese ai collaboratori coinvolti si opporranno però probabilmente delle considerazioni di fondo (coerenza con la fonte principale del diritto penale, che non prevede una regolamentazione sui programmi di clemenza), cfr. precedente punto 1.1.4 e seguente commento all'art. 53a cpv. 3.

¹⁶ Cfr. perizia Heine/Roth, consultabile sul sito Internet <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de>.

La variante di una procedura secondo il diritto penale d'impresa non sarebbe un'opzione realizzabile. Un passaggio al modello del diritto penale d'impresa secondo il Codice penale (CP) non costituirebbe infatti una soluzione appropriata poiché – contrariamente alla LCart – esso parte dal presupposto della responsabilità principale della persona fisica. Fatta eccezione per particolari reati, una responsabilità (sussidiaria) dell'impresa interviene soltanto se, per carente organizzazione interna, il reato commesso non può essere ascritto a una persona fisica determinata (art. 102 cpv. 1 CP). Inoltre, anche nel caso dei reati secondo l'articolo 102 capoverso 2 CP, per i quali l'impresa è perseguita autonomamente, si giunge a una sanzione soltanto se l'impresa non ha preso tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire un simile reato. Nel diritto dei cartelli, l'impresa non è tuttavia sanzionata per una semplice omissione, bensì per la sua partecipazione a una limitazione illecita della concorrenza. Generalmente, infatti, la maggiore beneficiaria del profitto derivante dal cartello è l'impresa (e quindi non il singolo, ma numerosi proprietari e collaboratori). Ad essa è quindi imputabile il danno che ne deriva per l'economia e, in definitiva, per le imprese concorrenti e i consumatori. Dal punto di vista dell'effetto preventivo, un adeguamento dell'attuale quadro penale basato sulla cifra d'affari alla possibilità di infliggere multe sino a un massimo di 5 milioni di franchi, prevista dal diritto penale dell'impresa, avrebbe conseguenze fatali. Una tale limitazione dell'importo delle multe annullerebbe l'effetto dissuasivo delle sanzioni dirette nei confronti delle imprese – confermato nell'ambito della valutazione prevista dall'articolo 59a LCart – e, soprattutto per le grandi imprese, non potrebbe spesso reggere il confronto con i profitti derivanti dagli accordi di cartello. L'attuale concezione delle sanzioni inflitte alle imprese secondo l'articolo 49a LCart serve per una parte non indifferente a far sì che le imprese sanzionate non abbiano interesse a violare il diritto dei cartelli poiché, oltre alla componente penale, la sanzione comporta anche la confisca del profitto derivante dal cartello.

Sulla base di tali considerazioni, vengono proposte le due seguenti varianti per l'attuazione della mozione Schweiger:

- La variante A prevede di introdurre, come strumenti supplementari a tutela della concorrenza, provvedimenti amministrativi che hanno lo scopo di dissuadere le persone che lavorano in un'impresa dal partecipare nuovamente a violazioni del diritto dei cartelli e di compensare i profitti conseguiti mediante una violazione della concorrenza. Dato che nella procedura amministrativa si decide in merito a tali provvedimenti, si può aumentare l'effetto preventivo della LCart senza dover prevedere, in futuro, diverse procedure e strutture istituzionali sovrapposte per le stesse fattispecie. Verrebbe inoltre eliminato il rischio di sentenze contraddittorie sullo stesso cartello in quanto le stesse autorità decisionali e d'inchiesta (rispettivamente l'Autorità della concorrenza e il Tribunale federale della concorrenza) sarebbero responsabili sia della procedura nei confronti delle imprese che dei provvedimenti nei confronti delle persone fisiche. Il fabbisogno di risorse e la durata della procedura sarebbero inferiori rispetto alla variante B.
- La variante B prevede sanzioni penali nei confronti di persone fisiche che hanno partecipato accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi o sulla ripartizione per zone. In tal senso, la normativa proposta corrisponde al testo del-

la mozione Schweiger che, a sua volta, prevede il sanzionamento in caso di cartelli orizzontali («accordi in materia di cartelli con concorrenti»), ma non in caso di accordi verticali o di abuso di potere di mercato. Il quadro penale proposto (come nel testo particolareggiato dell’iniziativa parlamentare Kaufmann) prevede una pena pecuniaria o detentiva sino a tre anni. Nella procedura penale nei confronti delle persone fisiche spetta al Ministero pubblico della Confederazione condurre l’inchiesta e promuovere l’accusa dinanzi al Tribunale penale federale. Attraverso la chiara separazione (anche dal punto di vista del personale) tra la procedura amministrativa nei confronti dell’impresa si garantisce che gli strumenti esistenti e l’applicazione della LCart, che serve innanzitutto a ripristinare una concorrenza efficace, non siano indeboliti nel loro insieme. Questa variante penale richiede, nel complesso, risorse nettamente superiori sia rispetto alla situazione attuale che rispetto alla variante A.

Mantenendo la sua precedente posizione, il Consiglio federale respinge il sanzionamento delle persone fisiche e si dichiara pertanto contrario sia alla variante A che alla variante B. Qualora fosse attuata anche la seconda parte della mozione, il Consiglio federale preferirebbe per diversi motivi la variante A. La variante B attua invece il testo della mozione.

1.2.2 Riduzione della sanzione per le imprese grazie ai programmi di conformità

Attraverso la revisione proposta, viene esplicitamente iscritta in una disposizione della LCart la richiesta della mozione di tener conto dei programmi di conformità ai fini di una riduzione della sanzione. Questa novità non cambia minimamente il concetto di sanzione formulato in occasione della revisione della LCart del 2003: la prova di una colpa dell’organizzazione continua a non essere una condizione per poter sanzionare un’impresa che ha agito in violazione della LCart secondo l’articolo 49a. Per l’attuazione della mozione trasmessa, il fatto che un’impresa abbia operato secondo un programma per il rispetto della normativa sui cartelli conforme a requisiti rigorosi deve tuttavia essere preso in considerazione nella determinazione della sanzione.

L’istituzione e l’attuazione di programmi di conformità adeguati ed efficaci va approvata senza riserve. In molti casi simili programmi consentono di impedire pratiche illecite da parte di dirigenti e collaboratori e, quindi, violazioni della LCart. Questi programmi forniscono, come detto, un importante contributo al raggiungimento dello scopo della LCart di impedire gli effetti nocivi in termini economici e sociali dovuti alle limitazioni della concorrenza.

Il Consiglio federale attira tuttavia l’attenzione sul fatto che la prevista riduzione della sanzione richiesta in seguito all’attuazione di programmi di conformità rappresenta una sorta di «ricompensa», per coloro che si sforzano senza successo di adottare un comportamento conforme al diritto, finora sconosciuta all’ordinamento giuridico svizzero, perlomeno in questa forma. La conformità a requisiti rigorosi come motivo di riduzione della sanzione rappresenta inoltre un’eccezione in materia di diritto dei cartelli a livello internazionale: in seguito alla modifica della loro prassi,

da molti anni i tribunali dell'UE si rifiutano di tenere conto dei programmi di conformità ai fini di una riduzione della sanzione, ritenendo che nel caso di una violazione in materia di cartelli questi non avrebbero cambiato il fatto che sia stata effettivamente commessa una violazione. In base alle rilevazioni effettuate dall'International Competition Networks (ICN) in 22 giurisdizioni selezionate, finora soltanto la Francia, la Corea del Sud e la Nuova Zelanda applicano una riduzione delle sanzioni grazie a programmi di conformità (in teoria, ma non in pratica, anche gli USA). Sulla base di tali considerazioni, la riduzione della sanzione in seguito a programmi di conformità rappresenta un'importante concessione a favore delle imprese.

Una riduzione della sanzione entra in considerazione solo per i programmi di conformità che forniscono un contributo efficace all'esecuzione del diritto dei cartelli¹⁷. Spetta alle autorità in materia di concorrenza o ai tribunali decidere se nei singoli casi sono soddisfatte le condizioni per una riduzione delle sanzioni. Le informazioni e i mezzi di prova prodotti dalle imprese in merito alle misure di conformità adottate e alla loro applicazione concreta servono come base per pronunciare la sentenza. Una regolamentazione più approfondita può eventualmente essere emanata dal Consiglio federale mediante ordinanza o dall'Autorità della concorrenza mediante comunicazione.

La portata della riduzione delle sanzioni deve essere soppesata accuratamente nei singoli casi dalle autorità e dai tribunali: una riduzione commisurata delle sanzioni rappresenta un incentivo supplementare a evitare pratiche anticoncorrenziali, mentre una riduzione troppo marcata (in casi estremi la quasi totale esenzione dalla sanzione) potrebbe indurre a creare programmi finalizzati soprattutto a produrre le prove necessarie all'elusione delle sanzioni. Nonostante la riduzione della sanzione, il guadagno conseguito dall'impresa con le pratiche illecite (o profitto derivante dal cartello) dovrebbe in ogni caso essere confiscato. Grazie ai programmi di conformità, un onere finanziario supplementare può essere ridotto o anche completamente evitato. In sede di valutazione deve essere sempre considerato il principio di proporzionalità. Inoltre, la prospettiva di una riduzione delle sanzioni in seguito all'adozione di un programma di conformità non può spingersi a un punto tale che lo strumento dei programmi di clemenza (art. 49a cpv. 2 LCart), introdotto con la revisione della LCart del 2003 e rivelatosi efficace, perda la sua attrattiva se si calcolano i rischi in rapporto all'utilità, e non sia quindi più utilizzato.

1.2.3 Provvedimenti amministrativi (variante A)

Il Consiglio federale respinge le due varianti A e B (cfr. precedente punto 1.2.1). Se tuttavia la mozione Schweiger dovesse essere attuata, il Consiglio federale ritiene che si dovrebbe rinunciare alla soluzione repressiva di diritto penale nei confronti delle persone fisiche (variante B) a favore della soluzione preventiva offerta dai provvedimenti amministrativi (variante A).

¹⁷ Le esigenze legate ai programmi di conformità sono spiegate più in dettaglio nel commento all'art. 49a.

Le persone che hanno mostrato un'inclinazione a violare il diritto dei cartelli dovrebbero essere temporaneamente sottoposte, secondo la variante A, al divieto di operare in una posizione di responsabilità nelle imprese coinvolte nel cartello. Si tratta quindi di un divieto di esercitare l'attività professionale analogo a quello previsto dalla legge sulla vigilanza dei mercati finanziari. Rinunciare a perseguire le persone fisiche in via penale equivale a mantenere una struttura semplice (nessun intervento del Ministero pubblico della Confederazione né del Tribunale penale federale). Il carattere preventivo dei provvedimenti amministrativi deve essere chiaro affinché questi possano essere distinti dai provvedimenti penali; i provvedimenti amministrativi devono quindi essere definiti in modo da ridurre il rischio di ulteriori violazioni in materia di cartelli o da compensare i profitti derivanti da tali violazioni. L'obiettivo non è quindi di punire la persona con una sanzione consistente in una prestazione espiatoria, ma di proteggere la concorrenza in modo preventivo. Il rischio di intralcio alla concorrenza può essere circoscritto non soltanto tramite la minaccia di sanzioni in caso di violazione, ma anche con la prospettiva di un possibile divieto totale o parziale di esercitare l'attività professionale allo scopo di proteggere la concorrenza. Questi provvedimenti dovranno tener conto delle prescrizioni legali della CEDU. Anche gli adeguamenti istituzionali proposti in occasione della consultazione del 30 giugno 2010 concernente la legge sui cartelli (chiara separazione tra l'autorità d'inchiesta e l'autorità decisionale) e il miglioramento del rispetto delle esigenze di uno Stato di diritto che ne deriva dovrebbero svolgere un ruolo positivo nell'introduzione dei provvedimenti amministrativi concernenti le persone fisiche si dovrebbero considerare. Inoltre, tali provvedimenti si integrano bene nel modello istituzionale proposto e non contravvengono all'obiettivo perseguito, che mira ad accelerare le procedure in materia di diritto dei cartelli¹⁸.

Il divieto di esercitare l'attività professionale può essere imposto direttamente alla persona che si è comportata in modo contrario al diritto dei cartelli. Tuttavia, l'obbligo di non assumere una determinata persona in un determinato posto per un certo periodo può anche essere imposto all'impresa (cfr. protezione della garanzia nell'ambito della vigilanza sui mercati finanziari). In questo secondo caso, la *ratio legis* risiede nel fatto che la violazione del diritto dei cartelli ha posto l'impresa nella situazione di essere sorvegliata, e ciò fa sì che possano esserle imposte misure organizzative preventive. Questo secondo caso presenta il vantaggio di distinguere più chiaramente le misure adottate dal diritto penale. La persona interessata deve tuttavia poter usufruire, nell'ambito della procedura amministrativa nei confronti dell'impresa, di pieni diritti di parte per quanto riguarda la sua posizione personale, il che comporterebbe grandi difficoltà procedurali e depone a sfavore della soluzione che obbliga l'impresa a non assumere determinate persone.

L'imposizione di un divieto di esercitare un'attività al collaboratore responsabile presenta il vantaggio di consentire allo stesso tempo che gli vengano confiscati gli elementi di salario e di bonus ottenuti grazie alla violazione della concorrenza. Una tale confisca compensa l'arricchimento realizzato grazie alla violazione del diritto

¹⁸ In merito alle garanzie procedurali della CEDU e all'adozione dei provvedimenti amministrativi, cfr. perizia Heine/Roth (consultabile sul sito Internet <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de>). In merito salvaguardia dei diritti di parte, cfr. precedente punto 1.1.4 e seguente punto 2.2.

dei cartelli. Attraverso il ripristino di una situazione conforme al diritto, la confisca contribuisce a un comportamento corretto nello sviluppo di attività economiche. Inoltre, la prospettiva di vedersi confiscare i guadagni finanziari realizzati consente di dissuadere in particolare le persone che occupano una funzione direttiva dal contravvenire alle disposizioni del diritto dei cartelli.

Per analogia con la LFINMA, vista la loro natura compensativa e orientata al futuro, questi due nuovi provvedimenti amministrativi nei confronti di persone fisiche sono sottoposti alla PA. Possono quindi essere facilmente integrati nell'attuale concezione della LCart. Non implicando l'intervento di nuove autorità, le procedure rimangono il più possibile semplici e rapide. La prassi attuale evolve in base alla PA.

Rispetto all'introduzione di sanzioni penali, l'introduzione di provvedimenti amministrativi richiede minori risorse e implica una durata più breve delle procedure. Considerato che l'inchiesta riguarderebbe ora anche personalmente i dirigenti, bisogna tuttavia attendersi una complicazione delle misure d'inchiesta.

1.2.4 Sanzioni penali (variante B)

Contrariamente ai provvedimenti amministrativi, l'obiettivo principale delle sanzioni penali non è di proteggere la concorrenza a lungo termine, bensì di punire una persona per un comportamento colpevole vietato. Mentre la mozione Schweiger non si pronuncia sulla questione del quadro penale, l'iniziativa parlamentare Kaufmann tuttora pendente propone di sanzionare la partecipazione a determinati accordi orizzontali con una pena detentiva sino a tre anni o con una pecuniaria. La soluzione qui presentata prende spunto da alcuni interventi parlamentari e propone di organizzare il sistema di sanzioni delle persone fisiche nel modo seguente.

In primo luogo, deve essere punibile chiunque, intenzionalmente, partecipa a un accordo che fissa direttamente o indirettamente i prezzi, che limita i quantitativi di beni o servizi da produrre, acquistare o consegnare, o che opera una ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali, concluso tra imprese effettivamente o potenzialmente concorrenti.

In linea con la mozione Schweiger, secondo cui il comportamento soggetto a sanzione consiste nella partecipazione a un accordo di cartello concluso tra «concorrenti», l'avamprogetto posto in consultazione prevede il sanzionamento della partecipazione ad accordi orizzontali *hard core*. Non è invece punibile la partecipazione ad accordi verticali illeciti o ad abusi di posizione dominante.

La decisione di limitare la sanzione penale agli accordi in materia di cartelli orizzontali *hard core* appare appropriata nella misura in cui, da un lato, questo tipo di accordi costituisce una limitazione della concorrenza particolarmente nociva e, dall'altro, è generalmente considerato illecito nell'ambito delle procedure condotte dalle autorità della concorrenza (poiché provocano la soppressione di una concorrenza efficace o intralciano la concorrenza in modo notevole e ingiustificato). Questo ambito d'applicazione rispecchia peraltro un consenso internazionale sancito, in particolare, nelle raccomandazioni dell'OCSE sui cartelli *hard core* (cartelli *hard core*).

In secondo luogo, per quanto riguarda le condizioni di punibilità, occorre limitare la cerchia degli autori. L'avamprogetto posto in consultazione prevede in proposito di basarsi sull'atto stesso. È punibile chiunque, intenzionalmente, partecipa a un accordo che fissa direttamente o indirettamente i prezzi, che limita i quantitativi di beni o servizi da produrre, acquistare o consegnare, o che opera una ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali. Ciò significa, ad esempio, che anche la presentazione di un'offerta di copertura nell'ambito di un bando di concorso (cfr. DPC 2009/3 pagg.196 segg.) può sfociare in un sanzionamento della persona che ha convenuto tale presentazione con l'istigatore dell'accordo di appalto.

In terzo luogo, per quanto riguarda la fissazione delle condizioni di punibilità, l'avamprogetto posto in consultazione prevede di creare una fattispecie penale speciale in materia di cartelli. Una disposizione speciale è preferibile a un collegamento o a un rimando alle fattispecie del diritto dei cartelli concepite per il sanzionamento di imprese. Essa consente di evitare le difficoltà che talvolta si presentano nelle procedure di diritto penale economico quando ci si basa su criteri economici rigorosi per valutare un comportamento economicamente «corretto» o opportuno. Una regolamentazione speciale del sanzionamento delle persone fisiche consente di definire meglio una fattispecie chiaramente adeguata a queste ultime e che soddisfi le esigenze del diritto penale concernenti il carattere determinato di una norma. Mentre le imprese sono tenute e sono in grado di valutare nozioni quali la confutazione della presunzione, la rilevanza economica o la giustificazione per motivi di efficacia economica, simili riflessioni non possono essere pretese dalla persona fisica. Il collaboratore responsabile di un accordo in materia di cartelli può non avere accesso ai dati dell'impresa e del mercato corrispondenti. Inoltre, non può invocare direttamente la procedura di opposizione che consente invece all'impresa di limitare l'insicurezza giuridica. Va comunque rilevato che in caso di perseguimento per accordi orizzontali esiste già oggi una sicurezza giuridica sufficiente e del tutto paragonabile a quella che si presenta nei casi di reati come ad esempio la truffa. Il fatto che non ci si possa accordare sui prezzi con i concorrenti rappresenta, per il pubblico, la principale ragione per la quale esiste una normativa sulla concorrenza.

L'introduzione di una norma penale speciale implica tuttavia che, ai fini della sicurezza giuridica, per quanto riguarda il perseguimento delle persone fisiche, si compia il passo dalla normativa sugli abusi prevista per le imprese a divieti *per se* rivolti a determinati comportamenti di persone fisiche. A causa della minaccia penale che incombe sui collaboratori, il fatto che in caso di accordi orizzontali anche le imprese siano molto spesso sottoposte *de facto* a un divieto *per se* rientra nel prezzo da pagare per attuare la mozione Schweiger.

In quarto luogo, in stretta relazione con la questione di una norma penale speciale, si pone la questione del tipo di reato in base al quale si devono proteggere i beni giuridici. A tale riguardo, l'avamprogetto prevede di configurare la fattispecie come reato di pericolo astratto. Ciò significa che il semplice fatto di intraprendere determinati atti deve essere punibile anche senza che, in tal modo, l'autore abbia leso il bene giuridico protetto, nel caso specifico la concorrenza. In altri termini, il presenteavamprogetto prevede che la semplice conclusione di un accordo volto a creare un cartello *hard core* sia già di per sé punibile. Di conseguenza, chiunque abbia partecipato a un accordo di appalto è soggetto a sanzione. Se l'appalto è stato aggiudicato

a un terzo concorrente che non ha partecipato all'accordo, si è potuto evitare danno economico, ma ciò non toglie che la situazione concorrenziale presentata al servizio d'acquisto non corrisponde ai fatti. Dal momento che la punibilità è garantita a priori attraverso la configurazione come reato di pericolo astratto, si può rinunciare a punire il tentativo (art. 53° cpv. 2). I chiarimenti sulla costituzione di consorzi di offerenti nell'ambito di un appalto pubblico rimangono senza conseguenze penali per i collaboratori coinvolti. Tali conseguenze intervengono unicamente se sono state presentate offerte connesse tra loro, senza che la controparte ne si stata messa a conoscenza. Infine, una persona fisica può essere sanzionata soltanto se ha realizzato con cognizione di causa, ossia intenzionalmente, tutte le caratteristiche oggettive della fattispecie di reato considerata. Dato che l'intenzione deve essere dimostrata in caso di aggiudicazione di offerte concordate (ma anche, ad esempio, in caso di rinuncia di alcuni concorrenti a presentare un'offerta), mentre non è necessario stabilire l'intenzione di nuocere economicamente a un altro attore del mercato, l'obbligo di dimostrare l'intenzione non può essere considerato come un indebolimento della norma. Tale considerazione si basa sulle esperienze fatte in Germania, dove gli accordi per l'aggiudicazione di appalti, inizialmente perseguiti come truffe, sono stati in seguito assoggettati a una norma penale speciale, vista soprattutto la difficoltà di stabilire l'intenzione nell'ambito del perseguimento per truffa.

Per quanto riguarda la determinazione delle conseguenze giuridiche, ossia il quadro penale, la mozione Schweiger chiede l'introduzione di «sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche» ma, concretamente, non si pronuncia sulle conseguenze giuridiche e sulla necessità di pene detentive. L'iniziativa parlamentare Kaufmann (08.443), al contrario, chiede espressamente l'introduzione di pene detentive sino a tre anni o di pene pecuniarie. Il testo posto in consultazione si allinea alla proposta formulata nell'iniziativa parlamentare Kaufmann prevedendo una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria. Questo quadro penale risulta appropriato, in particolare rispetto alle pene previste per altri reati di criminalità economica. La nuova disposizione penale, per avere un reale effetto dissuasivo, deve inoltre comprendere la minaccia di una privazione della libertà. Tuttavia, in base alla prassi svizzera in materia penale, vi è da attendersi che una prima violazione del diritto dei cartelli sia sanzionata – semmai – con una pena detentiva con la condizionale. Le pene pecuniarie, dal canto loro, se pronunciate senza condizionale, potranno in pratica essere pagate dalle stesse imprese (anche se questa sarebbe da considerare un'ostruzione della giustizia). Benché questi elementi attenuino l'effetto dissuasivo per l'individuo, la minaccia di una pena detentiva serve al rafforzamento generale della consapevolezza dell'inammissibilità delle pratiche illecite in materia di cartelli e contribuisce a proteggere la concorrenza. L'iscrizione nel casellario giudiziale, in particolare, potrebbe risultare efficace.

Si rinuncia a un perseguimento penale in tre situazioni, ossia se l'impresa si è sottratta a qualsiasi sanzione ricorrendo alla procedura d'opposizione, se al momento dell'apertura dell'inchiesta nei confronti dell'impresa l'accordo ha cessato di esplicare i suoi effetti da oltre cinque anni, o se il Consiglio federale ha eccezionalmente autorizzato un tale accordo. Una procedura penale in corso è inoltre sospesa se non si giunge a un sanzionamento dell'impresa. Ciò presuppone che una procedura penale non può concludersi con una condanna dell'accusato se vi è una procedura pendente nei confronti dell'impresa per lo stesso accordo.

La questione delle condizioni e degli effetti del programma di clemenza per le persone fisiche appare più complessa, in quanto esse sono necessari al mantenimento dell'efficacia di questo strumento di informazione. Spiegazioni più dettagliate sono presentate di seguito nei commenti ai singoli articoli. L'autorità incaricata di emanare ordinanze deve stabilire in particolare chi può richiedere un programma di clemenza e a chi un tale programma consente di beneficiare di una riduzione (o eventualmente di un'esenzione dalla sanzione).

Nel diritto penale comune non è prevista la possibilità di un'esenzione totale dalla sanzione in seguito a un'autodenuncia e alla disponibilità a collaborare con le autorità d'inchiesta, ma unicamente la possibilità di una riduzione della sanzione. Nel diritto dei cartelli, a determinate condizioni, l'impresa beneficia invece di un'esenzione totale dalla sanzione. La situazione del collaboratore responsabile dell'accordo di cartello deve essere disciplinata alla luce di questa contrapposizione. Il Consiglio federale intende fondarsi sul principio che in caso di reati gravi un'esenzione totale dalla sanzione è da escludere.

Per quanto riguarda l'attuazione procedurale delle sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche, nel senso delle premesse definite, la procedura nei confronti dell'impresa deve essere posta in primo piano e, sotto il profilo procedurale, deve seguire per quanto possibile le procedure consolidate. Il perseguimento penale delle persone fisiche interviene solo a titolo accessorio come procedura complementare in presenza di una certa categoria di accordi e il suo esito non influisce sulla procedura nei confronti dell'impresa.

L'idea di fondo sulla quale si basa l'organizzazione procedurale prevista è di creare una procedura e un'autorità competente specifiche per ognuno dei soggetti giudicabili, che sono l'impresa e la persona fisica. Lo scopo è di evitare in tal modo che le difficoltà connesse all'identificazione e al perseguimento dei collaboratori responsabili impediscano lo svolgimento della procedura nei confronti dell'impresa. Concretamente, l'avamprogetto prevede che l'Autorità della concorrenza e il Tribunale federale della concorrenza (secondo la legge attuale, la segreteria della COMCO e la COMCO) conducano le procedure in materia di cartelli nei confronti delle imprese e si pronuncino in merito basandosi, come finora, sulla LCart e sulla legge sulla procedura amministrativa (PA) che la completa. In tale ambito, le infrazioni previste all'49a LCart saranno, se del caso, sanzionate.

Il Ministero pubblico della Confederazione apre, d'intesa con l'Autorità della concorrenza, una procedura specifica, retta dal Codice di procedura penale (art. 53b), nei confronti delle persone che, intenzionalmente, partecipano a un accordo che fissa direttamente o indirettamente i prezzi, che limita i quantitativi di beni o servizi da produrre, acquistare o consegnare, o che opera una ripartizione dei mercati per zone o partner commerciali, concluso tra imprese effettivamente o potenzialmente concorrenti (art. 53a). Eventualmente, il Ministero pubblico della Confederazione promuove l'accusa contro le persone fisiche dinanzi al Tribunale penale federale.

La procedura penale condotta dal Ministero pubblico della Confederazione nei confronti delle persone fisiche e l'inchiesta amministrativa condotta dall'Autorità della concorrenza nei confronti delle imprese si svolgono in parallelo e, in linea di principio, indipendentemente l'una dall'altra. Ogni autorità ricorre ai mezzi

d'inchiesta e ai provvedimenti coercitivi (citiamo in particolare l'obbligo di fornire informazioni nell'ambito della procedura amministrativa o l'arresto provvisorio dei dirigenti e dei collaboratori) in base al diritto procedurale applicabile (CPP o LCart/PA). In seguito a considerazione fondate sull'aspetto pratico e sull'efficacia, è tuttavia previsto un certo coordinamento tra le due autorità d'inchiesta, in particolare per impedire che i provvedimenti adottati da una delle autorità nell'ambito della raccolta delle prove (ad es. le perquisizioni domiciliari) siano vanificati dall'altra a causa di una mancanza di coordinamento (art. 53b e 53c). Se, ad esempio, l'Autorità della concorrenza procedesse a una perquisizione domiciliare presso un'impresa senza coordinarsi con il Ministero pubblico della Confederazione, un'ulteriore raccolta delle prove da parte del Ministero pubblico della Confederazione presso questa stessa impresa sarebbe molto probabilmente inutile, poiché i mezzi di prova rilevanti per l'inchiesta non sarebbero più disponibili.

I commenti agli articoli spiegano gli obblighi e le restrizioni in caso di scambio di informazioni tra l'Autorità della concorrenza e il Ministero pubblico della Confederazione nonché le garanzie procedurali (art. 53 e 53b). Non è necessario prevedere una disposizione speciale relativa al principio *ne bis in idem*¹⁹: se una ditta individuale è oggetto di una procedura amministrativa ed è condannata – come impresa – a una sanzione amministrativa, e se il suo proprietario è parallelamente condannato – a titolo personale – a una pena pecuniaria per violazione del diritto dei cartelli, i tribunali dovranno assicurare la proporzionalità della sanzione. Le situazioni in cui il principio *ne bis in idem* possono risultare applicabili sono analizzate in dettaglio nella perizia Heine/Roth²⁰.

1.3 Rapporto con la consultazione del 30 giugno 2010

Come menzionato a titolo introduttivo, il 30 giugno 2010 il Consiglio federale ha aperto una prima consultazione concernente la legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart). Il primo avamprogetto posto in consultazione contiene innanzitutto una riorganizzazione istituzionale della politica della concorrenza destinata a rafforzare lo Stato di diritto²¹. Esso prevede l'istituzione di un'autorità della concorrenza indipendente che conduca le inchieste e presenti le sue richieste a un nuovo Tribunale federale della concorrenza, un'autorità giudiziaria di prima istanza da istituire. Secondariamente, l'avamprogetto prevede l'attuazione di miglioramenti materiali, in particolare il trattamento differenziato degli accordi verticali, la modernizzazione dei controlli delle concentrazioni di imprese, l'organizzazione di possibilità più vantaggiose in materia di collaborazione internazionale e il rafforzamento delle vie di diritto civile del diritto dei cartelli. A ciò si aggiunge un miglioramento della cosiddetta procedura di opposizione²².

¹⁹ In merito al principio del «ne bis in idem» (ossia il divieto di punire due volte una persona per gli stessi atti) cfr. perizia Heine/Roth, consultabile sul sito Internet: <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de>.

²⁰ Perizia Heine/Roth, consultabile sul sito Internet <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=de>.

²¹ Cfr. punto 1.2.1 del rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto posto in consultazione il 30 giugno 2010.

²² Cfr. punti 1.2.2–1.2.6 del rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto posto in consultazione il 30 giugno 2010.

Al momento dell'apertura della prima consultazione, la mozione Schweiger non era ancora stata trasmessa e il Consiglio federale aveva proposto di respingerla. Per tale motivo non era ancora stata presa in considerazione nell'avamprogetto del giugno 2010. Il Consiglio federale aveva però già indicato che un eventuale accoglimento della mozione avrebbe richiesto una revisione più ampia. Nel giugno 2010 era già stato sottolineato che le modifiche necessarie, soprattutto in materia istituzionale, sarebbero state meno importanti in caso di introduzione di provvedimenti amministrativi che in caso di introduzione di sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche.

Per quanto riguarda le conseguenze della variante A (provvedimenti amministrativi), se ci si riferisce alla nuova organizzazione presentata nella consultazione del 30 giugno 2010 non sono necessari adeguamenti supplementari. L'Autorità della concorrenza conduce due procedure amministrative parallele nei confronti dell'impresa e dei collaboratori coinvolti e nella maggior parte dei casi il Tribunale federale della concorrenza giudica contemporaneamente le due cause. Per quanto riguarda la regolamentazione istituzionale della LCart attualmente in vigore, le implicazioni di questa soluzione parallela sono ancora sconosciute; il Tribunale federale deve infatti ancora pronunciarsi in due cause pendenti²³ sulla competenza della COMCO in materia di sanzioni.

Incontestabilmente, l'attuale Commissione della concorrenza non potrebbe emanare delle sanzioni penali che si spingano fino a una privazione della libertà senza contravvenire ai principi derivanti dallo Stato di diritto. Per tale motivo, la variante B, sanzioni penali, prevede due procedure separate dinanzi alle autorità d'inchiesta e alle autorità decisionali. La procedura nei confronti dell'impresa potrebbe anche svolgersi nell'ambito dell'attuale quadro istituzionale composto dalla Commissione della concorrenza e dal Tribunale amministrativo federale quale istanza di ricorso, con riserva di una sentenza del Tribunale federale relativa alla decisione del Tribunale amministrativo federale nei casi concernenti le tariffe di terminazione. Tuttavia, considerati i requisiti procedurali che devono essere soddisfatti dalla procedura penale parallela condotta nei confronti dei collaboratori coinvolti, le carenze che si riscontrano nell'attuale ordinamento istituzionale (separazione insufficiente tra inchiesta e decisione, gruppi di interesse rappresentati nell'organo decisionale) verranno ulteriormente esacerbate. La riforma istituzionale proposta dall'avamprogetto posto in consultazione il 30 giugno 2010 istituisce invece in parallelo un'istanza incaricata di svolgere un'inchiesta (Autorità della concorrenza, Ministero pubblico della Confederazione) e un tribunale indipendente (Tribunale federale della concorrenza, Tribunale penale federale). Il quadro istituzionale così costituito soddisfa le più elevate esigenze di uno Stato di diritto.

La proposta volta a introdurre due vie procedurali distinte e parallele si distanzia dal diritto penale dell'impresa. Quest'ultimo, infatti, persegue l'impresa solo a titolo accessorio – fatta eccezione per l'articolo 102 capoverso 2 CP –, ossia se nell'impresa, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale, è commesso un crimine o un delitto che, per carente organizzazione interna, non può essere ascritto a una persona fisica determinata (art. 102 cpv. 1 CP). Diver-

²³ Cfr. punto 1.1.4.

samente dal diritto penale, il diritto dei cartelli non mira in primo luogo a reprimere gli atti illeciti commessi da una persona fisica, bensì a ripristinare una situazione di concorrenza efficace che richiede innanzitutto una modifica del proprio comportamento da parte dell'impresa. Lo scopo principale del diritto dei cartelli è quello di intervenire sulla situazione della concorrenza a lungo termine. La procedura amministrativa risulta essere in tal senso la via più adeguata. La sanzione applicata nel caso di un atto illecito citato all'articolo 49a, oltre a un maggiore effetto dissuasivo, ha un effetto compensativo determinante nella misura in cui mira ad annullare il profitto derivante dal cartello. La procedura nei confronti dell'impresa deve quindi continuare ad essere posta in primo piano, tanto più che permette di inglobare tutte le situazioni di limitazione della concorrenza, inclusi gli accordi verticali e gli abusi di posizione dominante. Il sanzionamento degli atti imputabili alle persone fisiche deve costituire uno strumento complementare applicato nell'ambito di una procedura distinta in caso di accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi o sulla ripartizione per zone con effetti particolarmente nocivi. La norma penale da introdurre nella LCart sarebbe quindi applicabile in particolare anche agli accordi di appalto.

Ad oggi non è ancora stato deciso se le due consultazioni sfoceranno in un messaggio congiunto o in due messaggi consecutivi. I partecipanti alla consultazione hanno ovviamente la possibilità di esprimersi su un eventuale scaglionamento dei messaggi.

È inoltre necessario chiedersi se gli articoli 54 («Reati in materia di conciliazioni e decisioni amministrative») e 55 («Altri reati») dovranno essere modificati in seguito all'eventuale introduzione di provvedimenti amministrativi o di sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche. Le disposizioni penali dell'attuale LCart prevedono in particolare la condanna a una multa sino a 100 000 franchi (art. 54 LCart) per chiunque, intenzionalmente, 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 (o una decisione emanata dal Tribunale federale della concorrenza, rispettivamente dal Tribunale federale, conformemente al primo avamprogetto posto in consultazione)²⁴. A tale riguardo, la LCart prevede già un sistema di sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche stabilendo che – perlomeno in caso di recidiva – le persone responsabili nell'impresa vengano perseguite attraverso il diritto penale amministrativo. Benché la disposizione dell'articolo 54 (così come quella dell'art. 55) non sia stata finora applicata (in particolare a causa delle disposi-

²⁴ Secondo l'art. 55, è punito con la multa sino a 20 000 franchi chiunque, intenzionalmente, non esegue o esegue solo in parte una decisione dell'autorità in materia di concorrenza concernente l'obbligo di fornire informazioni (art. 40), esegue senza comunicazione una concentrazione soggetta a comunicazione oppure viola decisioni in relazione con le concentrazioni di imprese. Per quanto riguarda l'art. 55, in caso di attuazione della mozione Schweiger si dovrà dedicare particolare attenzione al problema della persona fisica che si trova di fronte a un conflitto di interessi: la persona che fornisce informazioni rischia infatti di «incriminarsi» (anche se si tratta solo di un provvedimento) e vi è un rischio reale di violare il principio secondo cui nessuno è tenuto a incriminare se stesso («nemo tenetur»). Se l'informazione può condurre a una denuncia al Ministero pubblico della Confederazione (art. 53b), la persona in questione non può essere obbligata a informare. Occorre quindi prevedere un'eccezione. A tale riguardo esistono diverse possibilità con i relativi inconvenienti.

zioni proibitive – ampiamente parallele – degli articoli 50-52, che riguardano tuttavia unicamente le imprese), ci si chiede, qualora si dovesse adottare un sistema di sanzioni penali dirette nei confronti delle persone fisiche (variante B), in che misura la pena più elevata prevista all'articolo 53a (nuovo) sarebbe applicabile ai casi di recidiva in aggiunta a una prima violazione. Una possibile risposta sarebbe di considerare che, nel caso dell'articolo 5 capoverso 3 LCart, il nuovo articolo 53a prevarrebbe sull'articolo 54, mentre quest'ultimo rimarrebbe applicabile agli altri casi (soprattutto nelle decisioni concernenti l'art. 5 cpv. 4 nonché l'art. 7). Se la preferenza fosse data ai provvedimenti amministrativi (variante A), occorrerebbe accertarsi che questi provvedimenti possano – in caso di recidiva – essere applicati cumulativamente alle sanzioni penali dell'articolo 54. In merito alla necessità di procedere a eventuali adeguamenti agli articoli 54-57 (soprattutto per quanto riguarda la procedura applicabile e le autorità d'inchiesta e decisionali dell'art. 57), il Consiglio federale si pronuncerà alla luce dei risultati della presente consultazione.

2 **Commento ai singoli articoli**

2.1 **Riduzione della sanzione in caso di programmi di conformità**

Articolo 49a Sanzione in caso di limitazioni illecite della concorrenza

Capoverso 1^{bis}. La prima, la seconda e la quarta frase sono state riprese tali e quali dall'attuale capoverso 1. A causa delle numerose modifiche previste all'articolo 49a nel settore degli accordi verticali sulla base alla consultazione del 30 giugno 2010, sono state spostate nel nuovo capoverso 1^{bis}. È nuova, per contro, la terza frase, in cui viene attuata la richiesta avanzata nella mozione Schweiger di ridurre la sanzione alle imprese che operano secondo programmi per il rispetto delle norme giuridiche (i cosiddetti programmi di conformità o di *compliance*). La LCart garantisce ora, mediante esplicite disposizioni, che «le imprese operanti secondo un programma per il rispetto delle disposizioni della normativa sui cartelli conforme a requisiti rigorosi possano beneficiare di una riduzione delle sanzioni amministrative». Si devono prendere in considerazione solamente gli sforzi di conformità che contribuiscono efficacemente all'osservazione della normativa sui cartelli. Per soddisfare i requisiti rigorosi di cui sopra, le misure di conformità devono riflettere l'impegno duraturo di un'impresa per impedire che si verifichino violazioni del diritto sui cartelli analoghe a quelle già commesse. La conformità è da considerarsi un elemento importante della cultura aziendale e va garantita attraverso un'adeguata mobilitazione delle risorse finanziarie e umane. Tale impegno deve essere adeguato all'attività commerciale, al settore e alle dimensioni dell'azienda ed essere attuato internamente in modo efficace. Non è sufficiente emanare soltanto un codice deontologico. Si tratta piuttosto di analizzare periodicamente i rischi economici, di applicare le direttive interne e di sensibilizzare dirigenti e collaboratori alla normativa sui cartelli con una formazione periodica, che sia adeguata al ramo, alla funzione e al livello gerarchico e di controllare regolarmente le conoscenze in questo ambito. Tra le varie misure organizzative vi è ad es. la fissazione di obiettivi realizzabili dall'impresa senza infrangere tale legislazione. Inoltre, meccanismi di controllo interni, severi ed efficaci, devono garantire che eventuali violazioni della normativa sui cartelli vengano individuate al più presto per poi essere rimosse e sanzionate internamente. Nell'ambito dell'adeguamento dell'ordinanza dovranno essere chiarite altre questioni, ad es. decidere se rientra in un programma di conformità adeguato concordare con le autorità, in caso di cartelli riscontrati internamente all'azienda, le modalità d'intervento al fine di beneficiare in futuro di una riduzione della sanzione.

Spetta all'impresa che desidera beneficiare di una riduzione della sanzione dimostrare l'attuazione e il rispetto di provvedimenti di conformità sufficienti; le semplici affermazioni non bastano. Nonostante la riduzione della sanzione, il profitto derivante dal cartello dovrebbe essere tassato nel singolo caso, il che può significare che l'impresa debba cedere l'utile realizzato illecitamente, ma per il resto viene esonerata da ulteriori oneri finanziari.

Valutare la qualità e la validità di un programma interno di conformità di un'impresa risulterà un compito estremamente delicato; sarà necessario tener conto ad es. delle dimensioni dell'impresa stessa. Nelle grandi imprese con una gerarchia complessa e una fitta ramificazione delle competenze decisionali e operative, sono necessari

programmi di conformità più ampi che non nelle imprese più piccole, in cui la direzione solitamente delega poche competenze ed è perciò spesso attiva in prima persona nell'esercizio di operazioni che potrebbero pregiudicare la concorrenza. Vista la varietà delle attività aziendali, per il legislatore è pressoché impossibile stabilire direttive vincolanti e dettagliate sull'adeguatezza dei programmi di conformità. È indubbio che le autorità e i tribunali avranno un vastissimo margine di apprezzamento a questo proposito. Non appena ci sarà una giurisprudenza consolidata, occorrerà esaminare se il Consiglio federale o l'Autorità della concorrenza devono disciplinare, rispettivamente in un'ordinanza o in una comunicazione, le condizioni di base che i programmi di conformità devono soddisfare affinché l'impresa possa beneficiare di una riduzione della sanzione.

2.2 Variante A: Provvedimenti amministrativi

Articolo 52a Divieto di esercitare l'attività professionale

Secondo il punto 2 della mozione Schweiger, è necessario un ulteriore complesso di strumenti per intervenire contro gravi disfunzioni del mercato svizzero dovute a una violazione della legge sui cartelli. La legislazione attuale non offre, in caso di violazioni che compromettono in modo serio o addirittura danneggiano la concorrenza, la possibilità di intervenire né in maniera preventiva né repressiva contro le persone fisiche che agiscono per conto di una determinata impresa. In molti Paesi le autorità competenti hanno invece a disposizione strumenti d'intervento a doppio raggio.

La variante A contiene una soluzione preventiva, vale a dire il divieto di esercitare l'attività professionale. L'effetto preventivo è dato dal fatto che permette di allontanare, per un certo periodo, dirigenti e collaboratori che hanno già partecipato a limitazioni illecite della concorrenza (e rappresentano quindi un pericolo maggiore per il futuro) dalla cerchia di persone che ha mostrato la tendenza a tenere comportamenti contrari alla normativa sui cartelli, come ad esempio la conclusione di accordi anticoncorrenziali. Anche in altri ambiti giuridici viene attribuita alle autorità la facoltà di allontanare determinate persone dalle proprie funzioni in un'azienda a scopo cautelativo (ad es. art. 33 LFINMA, art. 20 cpv. 1 LRD, art. 51 cpv. 2 lett. c, f e g LSA). Pertanto in futuro anche il Tribunale federale della concorrenza dovrà avere la facoltà di vietare totalmente o in parte l'esercizio dell'attività professionale a chiunque abbia provocato, commesso o, in violazione di un obbligo giuridico, non impedito una violazione particolarmente grave del diritto in materia di cartelli.

Per violazioni particolarmente gravi si intendono i cartelli orizzontali *hard core* quali, ad esempio, gli accordi di appalto. Se un'impresa partecipa a una limitazione della concorrenza di questo genere, il Tribunale federale della concorrenza può, su proposta dell'Autorità della concorrenza, vietare totalmente o in parte alla persona responsabile l'esercizio dell'attività professionale presso le imprese facenti parte dell'accordo per una durata fino a cinque anni. Ciò dovrà essere collegato alle fattispecie rilevanti per il perseguimento di imprese (art. 5 cpv. 3 in combinato disposto con l'art. 49a cpv. 1 LCart). Il collegamento chiarisce che i provvedimenti amministrativi possono essere disposti per qualsiasi accordo di cartello illecito, vale a dire anche in caso di un accordo di cartello notevole e non giustificato da motivi di

efficienza economica. L'illiceità dell'accordo deve invece essere certa. Di conseguenza, conformemente all'articolo 53a capoverso 4 lettere a–c, non possono essere disposti provvedimenti amministrativi contro persone fisiche se, a seguito di una notifica secondo l'articolo 49a capoverso 4, non vi è sanzione per l'impresa oppure se la limitazione della concorrenza ha cessato di esplicare i suoi effetti da oltre cinque anni prima dell'apertura dell'inchiesta oppure, infine, se il Consiglio federale ha autorizzato una limitazione della concorrenza in virtù dell'articolo 8 (art. 49a cpv. 3) Sono perseguibili l'istigazione, la partecipazione e l'omissione. Qualora non siano state impediti violazioni particolarmente gravi del diritto sui cartelli, occorre esaminare nel singolo caso se è stata commessa un'omissione, in altre parole se non è stato rispettato un obbligo contrattuale (ad es. del contratto di lavoro) o legale.

Le misure qui proposte non sono ostacolate dal fatto che il divieto totale o parziale di esercitare l'attività professionale presupponga solitamente, secondo il diritto amministrativo, attività professionali o commerciali soggette a vigilanza. Infatti, al posto di una vigilanza generale teoricamente molto intrusiva è previsto, nel rispetto del principio di proporzionalità, un controllo subordinato, pubblico e puntuale se su un determinato mercato il buon funzionamento dell'economia è stato alterato da una violazione della normativa sui cartelli. Il nuovo divieto, di diritto amministrativo, di esercizio della professione previsto nella LCart si differenzia però dall'interdizione, di diritto penale, dell'esercizio di una professione secondo l'articolo 67 CP: con il divieto di esercitare l'attività professionale a tempo determinato di cui all'articolo 52a LCart si reagisce a un pericolo concreto e/o a un'alterazione della funzionalità dell'economia a tutela di altre imprese e dei consumatori. Il nuovo provvedimento amministrativo tiene conto anche delle riserve espresse a suo tempo dalla Commissione di esperti in merito all'articolo 67 CP, in particolare il fatto che, con riferimento agli operatori economici polivalenti, l'attività vietata sarebbe purtroppo descritta in modo impreciso²⁵. Il divieto di esercitare un'attività professionale previsto nella LCart è infatti direttamente connesso alla compromissione della concorrenza dovuta a una violazione della legislazione sui cartelli, sulla quale esiste una vasta letteratura (prevedibilità) e il divieto di esercizio dell'attività è limitato alle funzioni svolte presso le imprese che partecipano all'accordo illecito (principio di proporzionalità). Inoltre, si presuppone che le autorità competenti secondo la legislazione sui cartelli abbiano una maggiore familiarità e conoscenza specifica del settore rispetto a quanto previsto all'articolo 67 CP.

La proposta di estendere il divieto a tutte le imprese del settore in cui è stata riscontrata la violazione, vale a dire anche a quelle che non hanno partecipato al cartello, è stata respinta in quanto sarebbe pressoché impossibile proibire l'assunzione di determinati collaboratori a imprese che non hanno partecipato al cartello e quindi non sono nemmeno coinvolte direttamente nella procedura. Inoltre è probabile che una persona soggetta a tale divieto in una di queste imprese non riprenda lo stesso ambito di attività in cui operava presso l'impresa coinvolta nel cartello. Infine va considerato il fatto che la legge sui cartelli concerne il mondo economico in tutta la sua ampiezza e non si limita a un settore sotto vigilanza. In compenso, sebbene manchi una delimitazione del settore, va considerato il fatto che emergono effetti economici solo se un cartello orizzontale raggruppa un numero sufficiente di opera-

²⁵ Rapporto sulla revisione del Codice penale, parte generale, 1993, pag. 92 e segg.

tori di un mercato, vale a dire solo se la «delimitazione del settore» avviene attraverso il cartello stesso. Per definizione, si tratta di una delimitazione del mercato più ristretta che non in un settore sotto vigilanza. Inoltre non si tratta di un divieto di esercitare l'attività in un ramo particolarmente sensibile e pertanto già delimitato e soggetto a vigilanza. Semmai deve essere salvaguardato il principio di proporzionalità rispetto all'interdizione penale dell'esercizio di una professione, che vale per tutti i settori economici. Secondo l'articolo 67 CP la disposizione di tale interdizione presuppone la condanna, per un crimine o un delitto, a una pena detentiva superiore a sei mesi o a una pena pecuniaria di oltre 180 aliquote giornaliere. Il divieto totale o parziale di esercitare l'attività professionale riguarda un'attività specifica o attività analoghe e può durare da sei mesi a cinque anni. Dal momento che per tale misura amministrativa non deve essere dimostrato un crimine o un delitto, il divieto di esercizio dell'attività professionale previsto nella legislazione sui cartelli deve essere definito in modo più restrittivo. Non applicandosi a una professione, bensì solo ai dirigenti e ai collaboratori delle ditte che hanno partecipato a un accordo di cartello, occorre spezzare *in primis* le reti di contatti esistenti tra i responsabili delle varie imprese e dannose nei confronti della concorrenza.

I requisiti di precisione della norma vengono osservati con il fatto che sono rivolti contro la persona fisica che ha provocato, commesso o, in violazione di un obbligo giuridico, non impedito l'infrazione. Per ragioni legate al rispetto del principio di proporzionalità, la durata massima del divieto di esercitare l'attività è limitata a cinque anni. L'attività viene vietata totalmente o in parte presso le imprese di cui è stata accertata la partecipazione a un accordo illecito. La durata, il tipo e l'entità del divieto di esercitare l'attività dipendono dalla necessità concreta di tutelare il mercato in questione e devono essere in ogni caso conformi al principio di proporzionalità. Occorre inoltre ponderare di caso in caso la probabilità e l'eventuale effetto nocivo di future violazioni della legislazione sui cartelli rispetto alle perdite reali che potrebbero derivare dal divieto concreto di esercizio dell'attività.

Secondo l'articolo 52a capoverso 1 il Tribunale federale della concorrenza, su richiesta dell'Autorità della concorrenza, *può* vietare parzialmente o totalmente l'esercizio di un'attività professionale presso le imprese che hanno partecipato all'accordo illecito (...) (e, secondo l'art. 52b cpv. 1 "i valori patrimoniali [...] *possono* essere confiscati"). La formulazione potestativa delle disposizioni (*può, possono*) non esenta certo dall'obbligo di verificare in modo sistematico se sussistono gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'articolo 52a e 52b, tuttavia offre la possibilità, se non addirittura l'obbligo, di rinunciare in determinati casi ai provvedimenti amministrativi contro le persone fisiche. Per decidere, in particolare per esaminare la proporzionalità, vale a dire se il divieto di esercitare un'attività pronunciato contro determinati collaboratori sia necessario per garantire la concorrenza efficace, occorre valutare positivamente il giudizio dei collaboratori, il quale può assumere la forma dell'autodenuncia o della cooperazione con le autorità.

Articolo 52b Confisca di valori patrimoniali

Già sulla base del diritto vigente, in sede di determinazione della sanzione contro un'impresa dev'essere tenuto adeguatamente conto del presunto guadagno realizzato

dall'impresa con la pratica illecita (art. 49a LCart). Il profitto aziendale derivante da un cartello va distinto dai vantaggi pecuniari conseguiti dalle persone che hanno provocato, commesso o, in violazione di un obbligo giuridico, non impedito una violazione della legislazione sui cartelli. L'attuale concezione della legge presenta in questo punto una lacuna, che altri Paesi hanno colmato con vari strumenti. Se viene accertata la partecipazione di un'azienda a un accordo orizzontale sui prezzi, sui quantitativi o sulla ripartizione per zone, il Tribunale federale della concorrenza deve anche poter confiscare²⁶ eventuali valori patrimoniali che una persona fisica ha ottenuto provocando, commettendo o, in violazione di un obbligo giuridico, non impedendo un'infrazione di cui all'articolo 49a in combinato disposto con l'articolo 5 capoverso 3 (art. 52b cpv. 1 LCart). Tali valori patrimoniali potrebbero essere ottenuti, ad esempio, se il dirigente o il collaboratore coinvolto avesse beneficiato di uno stipendio o di bonus più elevati in virtù dei buoni risultati aziendali, realizzati a loro volta con una violazione del diritto in materia di cartelli. La confisca di valori patrimoniali proposta all'articolo 52b LCart, strutturato sulla base della disposizione dell'articolo 35 LFINMA, ha un carattere compensativo, ma non riparatorio.

La possibilità della confisca non dev'essere invalidata dalla difficoltà di calcolare l'importo da confiscare. Per questa ragione, il Tribunale federale della concorrenza può stimare l'ammontare dei valori patrimoniali da confiscare qualora quest'ultimo non sia calcolabile oppure lo sia solamente con un onere sproporzionato (art. 52b cpv. 2 LCart).

Analogamente alla disposizione della LFINMA, il diritto di confisca si prescrive dopo sette anni (art. 52b cpv. 3 LCart).

Articolo 53 Procedura
[Procedura in caso di sanzioni amministrative nei confronti di imprese e di provvedimenti amministrativi nei confronti di persone fisiche]

Considerazioni generali

L'articolo 53 riprende l'attribuzione delle competenze prevista finora nel capoverso 1, ma contiene anche una serie di disposizioni procedurali applicabili sia all'esame di pratiche aziendali passibili di sanzioni secondo gli articoli 49a – 52, sia alle procedure che dispongono provvedimenti amministrativi contro persone fisiche secondo gli articoli 52a e 52b.

Competenza

La competenza di ordinare provvedimenti amministrativi deve essere affidata a un'autorità specializzata²⁷ ed essere inoltre strettamente coordinata con la procedura nei confronti dell'impresa (art. 49a LCart)²⁸. Viene quindi proposto – nel quadro

²⁶ Per quanto riguarda la formulazione come disposizione potestativa, rinviamo ai commenti all'art. 52a.

²⁷ Cfr. perizia giuridica Heine/Roth, II. 3.a.

²⁸ Cfr. qui di seguito, coordinamento con la procedura nei confronti dell'impresa.

istituzionale previsto secondo la consultazione del 30 giugno 2010²⁹ – di affidare questa competenza al Tribunale federale della concorrenza, che decide su una proposta dell’Autorità della concorrenza (art. 53 cpv. 1 e 2 LCart); quest’ultima svolge il ruolo di organo d’inchiesta e di proposta. Il quadro istituzionale risulta quindi perfettamente adeguato, sia per le sanzioni amministrative a carico dell’impresa sia per i provvedimenti amministrativi a carico di persone fisiche.

Si può esitare sulla scelta della legislazione procedurale. Anche se i provvedimenti amministrativi previsti nel presente avamprogetto fossero assimilati ad «accuse penali» ai sensi dell’articolo 6 della Convenzione europea sui diritti dell’uomo³⁰, la questione della qualificazione come accusa penale resterebbe completamente distinta da quella del diritto procedurale che il legislatore nazionale sceglie. La Corte europea dei diritti dell’uomo ha infatti stabilito che autorità amministrative od organi non giudiziari che deliberano in prima istanza possono infliggere sanzioni penali senza infrangere l’articolo 6 § 1³¹.

È altamente auspicabile che l’autorità che tratta due procedure parallele per la stessa fattispecie applichi una legislazione uniforme. Di conseguenza, dal momento che la legge sulla procedura amministrativa (PA) continua ad essere applicata nel quadro delle procedure contro le imprese (art. 39, 53 cpv. 1 LCart)³², per i provvedimenti amministrativi secondo gli articoli 52a e 52b dell’avamprogetto LCart³³ dovrebbe applicarsi lo stesso diritto procedurale.

Coordinamento con la procedura nei confronti dell’impresa

Uno dei principali vantaggi della variante «sanzioni amministrative» è la possibilità di riunire nelle mani della stessa autorità due procedure, quella a carico dell’impresa e quella rivolta nei confronti delle persone fisiche³⁴.

La persona fisica non ha uno status particolare nella procedura a carico dell’impresa e viceversa. Si tratta di due accusati «perseguiti» simultaneamente, ma con un fine distinto e con conseguenze giuridiche diverse.

La situazione della persona fisica che rappresenta l’impresa è tuttavia delicata. Dal momento che essa stessa può essere oggetto di una procedura che porta all’imposizione di una sanzione, può trovarsi in un conflitto d’interesse tra il proprio interesse e quello dell’impresa che rappresenta. Inoltre rischia di essere indotta, nella sua veste di rappresentante, a fare dichiarazioni che potrebbero esporla al rischio di provvedimenti a suo carico.

Pertanto le va riconosciuto il diritto di non deporre nel caso in cui la deposizione potrebbe avere un effetto «auto-incriminante» per se stessa. Non può invece rifiutare di partecipare alla procedura a carico dell’impresa e di rispondere alle domande

²⁹ Se necessario, si appurerà in seguito in che misura tali provvedimenti potrebbero essere emanati nell’ambito del sistema istituzionale attuale.

³⁰ Cfr. ad es. Couredh Zaicevs c. Lettonie du 31 juillet 2007, req. 65022/01, § 31.

³¹ Couredh Jussila c. Finlande du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 43.

³² Cfr. rapporto esplicativo del 30 giugno 2010, punto 1.2.7.

³³ L’applicazione delle garanzie convenzionali resta sempre riservata, cfr. 1.1.4.

³⁴ Cfr. sopra, paragrafo Competenza.

poste dall'autorità d'inchiesta se le domande poste e le informazioni richieste non possono avere effetti sulla sua responsabilità personale. Pertanto devono essere fornite indicazioni sulla formazione dei prezzi o sulla creazione di accordi fintanto che non portano a un'imputazione personale. La situazione resta delicata, poiché le indicazioni sull'evoluzione temporale dei prezzi possono facilmente essere il risultato delle discussioni che hanno portato alle variazioni di prezzo. È ovvio che, riconoscendo al rappresentante il diritto di non rispondere alle domande che potrebbero avere un effetto sulla propria responsabilità, ciò non gli impedisce di rispondere dopo essere stato debitamente informato delle conseguenze che le sue risposte potrebbero avere sulla sua situazione personale.

Svolgimento della procedura

Il capoverso 1 descrive la sequenza prevista: l'inchiesta è condotta dall'Autorità della concorrenza, al termine della quale il dossier viene trasmesso al Tribunale federale della concorrenza che delibera in merito.

Il capoverso 2 precisa il contenuto del dossier trasmesso dall'Autorità della concorrenza.

In linea di massima la procedura a carico di un'impresa è diversa da quella rivolta contro una persona fisica, il capoverso 3 permette tuttavia di unificare le due procedure qualora si apra un'inchiesta nei confronti di un'impresa e una nei confronti di una persona per fattispecie identiche o connesse tra di loro. Tale decisione può essere presa sia nel corso dell'inchiesta (dall'Autorità della concorrenza) sia nella fase del giudizio. Secondo l'opinione prevalente della dottrina, non è prevista la possibilità di impugnare questa decisione. Si tratta senz'altro di una soluzione discutibile, poiché la posta in gioco è elevata. Tuttavia, l'esclusione della possibilità di ricorso è in linea con la procedura penale unificata (cfr. art. 30 CPP, Schmid, Handbuch n. 1505 segg).

Il capoverso 4 stabilisce che gli articoli 39–44a della legge si applicano alle procedure condotte in virtù del presente articolo.

2.3 Variante B: Sanzioni penali

Articolo 53a *Partecipazione ad accordi sui prezzi, sui quantitativi o sulla ripartizione per zone tra concorrenti*

Considerazioni generali

Se per l'attuazione della mozione Schweiger il legislatore ricorre allo strumento delle sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche, ciò sottolinea il fatto che gravi violazioni della normativa sui cartelli non sono reati di poco conto, bensì dei reati contro l'ordine pubblico, di conseguenza rientra nell'interesse della collettività prevedere sanzioni efficaci. Si tratta di tutelare, attraverso il diritto penale, la concorrenza efficace e, in particolare, la sua funzionalità e la sua importanza per la società e l'individuo. Una soluzione del genere rientra nella linea scelta per altri beni giuridici sovraindividuali, come ad es. per la tutela di interessi comuni sancita nell'articolo 305^{bis} CP sul riciclaggio di denaro (DTF 129 IV 322). La minaccia di

sanzioni penali contro le persone fisiche dovrebbe contribuire ulteriormente a evitare violazioni al diritto sui cartelli.

La nuova norma penale per le persone fisiche limita la punibilità alla partecipazione ad accordi orizzontali, vale a dire ad accordi tra imprese collocate allo stesso livello economico e, nello specifico (analogamente al sanzionamento delle imprese secondo l'art. 49a), ad accordi sui prezzi, sui quantitativi o sulla ripartizione per zone. Infatti nel frattempo è stato appurato che tali cartelli orizzontali *hard core* producono effetti particolarmente dannosi per la concorrenza. Il fatto che le sanzioni penali siano previste solo per le pratiche particolarmente gravi non impedisce di prevedere sanzioni inferiori al livello penale applicabili soltanto all'impresa per sanzionare il carattere riprensibile più modesto degli accordi verticali. Nel campo della responsabilità delle imprese ciò avviene *de lege lata* attraverso una sanzione amministrativa degli accordi verticali. Tale distinzione non costituisce una particolarità giuridica svizzera, si riscontra infatti anche nei caratteri fondamentali dei Paesi limitrofi, quali ad es. la Germania.

Il nuovo reato è concepito come un reato di pericolo astratto. Un'alternativa, a prima vista sensata, vale a dire la combinazione della norma penale con l'articolo 5 capoverso 3 LCart si esclude da sé. All'eventualità di una fattispecie penale legata in maniera accessoria al diritto amministrativo si oppongono due ragioni: finché viene mantenuta la presunzione di soppressione della concorrenza nell'articolo 5 capoverso 3 LCart, una tale infrazione implicherebbe una deroga al principio *in dubio pro reo* che il diritto svizzero in materia di sanzioni penali non ammetterebbe. Anche il fatto di associare la norma penale a nozioni giuridiche indeterminate violerebbe il principio di precisione della norma giuridica (art. 1 CP), poiché la legge non descrive in dettaglio la rilevanza (ovvero quanto *notevole* sia l'intralcio alla concorrenza) e i vantaggi in termini di efficienza. Come evidenziato nella perizia Heine/Roth³⁵, questi criteri economici attribuiscono al potere esecutivo e alle istanze giudiziarie l'importante funzione di creazione e configurazione del diritto. Considerando la necessità di una prevedibilità delle sanzioni, determinata dalla profondità d'intervento delle pene detentive, ciò sarebbe intollerabile in uno Stato di diritto. Dal momento che il principio di precisione della norma giuridica non va inteso in maniera rigida, bensì come un principio di ottimizzazione rispetto al programma legislativo in corso, ai destinatari della norma e alle conseguenze giuridiche³⁶, l'articolo 5 LCart può essere applicato senza riserve alla sanzione delle imprese. In caso di incertezze giuridiche, l'impresa (quindi indirettamente anche i collaboratori coinvolti) può ricorrere alla procedura di opposizione.

Di conseguenza il perseguimento penale delle persone fisiche può essere concepito solo sotto forma di un reato di pericolo astratto. Il legislatore considera gli accordi orizzontali in materia di concorrenza molto pericolosi già di per sé, pertanto li proibisce in linea generale. La valutazione di una pratica può tuttavia non risultare semplice: il non trattamento di un segmento geografico del mercato può essere frutto di accordi tra concorrenti, ma anche derivare da un calcolo dei costi di trasporto da

³⁵ Perizia Heine/Roth, II. 1. a. aa

³⁶ Cfr. i giudici nominati recentemente alla Corte costituzionale tedesca Hassemer/Dallmeyer, *Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbussen und das Grundgesetz*, 2010, 21 segg.

parte delle imprese. La mancata presentazione di un'offerta non è sufficiente di per sé per poter applicare la disposizione, a tal fine è necessario dimostrare i contatti intercorsi tra i potenziali concorrenti. La configurazione come reato di pericolo fa sì che la legge sui cartelli debba abbandonare, nel caso delle persone fisiche, il principio dell'abuso applicato finora per le imprese; la configurazione come reato di pericolo astratto comporta l'introduzione di un divieto *per se* per le persone fisiche. Non esiste in questo caso un'alternativa, tale cambiamento di prospettiva corrisponde tuttavia alla legislazione di numerosi Paesi europei.

Con l'articolo 53a LCart si mira a evitare le situazioni legate ad accordi orizzontali che aumentano il rischio di un intralcio alla libera concorrenza. La punibilità *per se* come reato di pericolo astratto può determinare in certi casi il rischio di una sovrappenalizzazione. Considerato lo stretto collegamento di questa norma alla LCart, occorrerà considerare le specificità di quest'ultima anche per le sanzioni nei confronti delle persone fisiche. Concretamente il rischio di sovrappenalizzazione è relativizzato dal fatto che, come visto in precedenza, riguarda soltanto le situazioni particolarmente dannose per l'economia. L'articolo 53a LCart si riferisce pertanto solo agli accordi particolarmente dannosi e che risultano solitamente tali nel corso delle procedure dell'Autorità della concorrenza. In secondo luogo le imprese hanno la possibilità di notificare alle autorità della concorrenza gli accordi orizzontali pianificati (procedura di opposizione), il che permette anche ai collaboratori e ai dirigenti in questione di accertarsi se la pratica prevista può risultare o meno problematica. In terzo luogo la procedura contro le persone fisiche presenta un certo aspetto accessorio derivante in parte dalla posizione dell'articolo 53a LCart a livello della sistematica della legge e in parte dal fatto che l'inchiesta di diritto penale può essere avviata solo d'intesa con l'organo d'inchiesta di diritto amministrativo. L'obbligatorietà di questo consenso permette di evitare che il Ministero pubblico della Confederazione persegua una pratica che non presenta alcun rischio per la concorrenza. Per evitare il sanzionamento in tutti i casi in cui non sussiste una notevole limitazione della concorrenza è prevista, come ulteriore garanzia, la sospensione della procedura penale se nella procedura nei confronti dell'impresa non è pronunciata una sanzione amministrativa (cfr. art. 53b cpv. 7)

Cerchia degli autori

Nella formulazione della legge risulta problematica la questione della cerchia degli autori. Per determinare chi deve essere preso in considerazione come possibile autore di una violazione del diritto sui cartelli è fondamentale individuare se la fattispecie può essere attuata da chiunque o soltanto da certe persone all'interno di un'impresa. A questo proposito va osservato che la legge sui cartelli si applica alle imprese (art. 2 cpv. 1 LCart) Secondo le norme generali del diritto penale, per la punibilità delle persone fisiche si applica l'articolo 29 CP. Dal momento che un divieto può essere trasgredito solo dal destinatario del divieto stesso, una violazione della LCart è un reato speciale, che può essere commesso solo dal titolare di un'impresa o dagli organi, i soci, i collaboratori che esercitano competenze decisionali autonome o dai dirigenti effettivi, conformemente all'articolo 29 CP. Per le

persone non menzionate nell'articolo 29 CP, ad esempio i collaboratori del *middle e low management* che non soddisfano i requisiti di cui all'articolo 29 CP, si fa riferimento all'articolo 26 CP (Partecipazione a un reato speciale). Ciò significa che tali persone hanno agito soltanto come complici (art. 25 CP), di conseguenza devono essere puniti con una pena attenuata. L'articolo 26 della nuova parte generale ha chiarito la confusione esistente attraverso una semplice regolamentazione.

Omissioni

La mozione Schweiger mira all'introduzione di sanzioni penali per le persone fisiche che partecipano «attivamente» ad accordi di cartello. Ciò non esclude la punibilità per omissioni gravi e contrarie a un obbligo. Secondo i requisiti dell'articolo 11 CP vi è punibilità per i dirigenti che non impediscono ai propri subalterni di commettere violazioni della normativa sui cartelli³⁷. I casi gravi di mancato impedimento di tali violazioni sono equiparati, a livello di valutazione, alla partecipazione attiva. Non vi sono motivi evidenti per derogare, in materia di cartelli, da questo principio generale del diritto penale svizzero. L'obbligo riguarda tutte le persone con compiti dirigenziali sostanziali. In base al diritto penale, sono chiamati a rispondere non solo le persone di cui all'articolo 29 CP, bensì, in seguito all'importanza che assumono ora le misure di conformità, anche il responsabile della conformità (*compliance officer*).

Negligenza

Secondo la mozione Schweiger, la punibilità si limita alle violazioni intenzionali³⁸. Non ci si deve aspettare lacune scioccanti in materia di punibilità, tanto più che la punibilità intenzionale racchiude anche i casi in cui l'autore mette in conto la possibilità di una violazione della normativa sui cartelli. A livello pratico potrebbe essere importante tuttavia il caso di violazione, per negligenza, dell'obbligo di vigilanza. Se la punibilità si estendesse anche ai casi di cosiddetta negligenza inconsapevole, risulterebbe sproporzionata. Anche per questo la punibilità all'estero si estende solo occasionalmente ai casi di negligenza: spesso la legge esclude le forme lievi e richiede espressamente una negligenza grave. Il sistema penale svizzero non conosce finora una soluzione di questo genere, che di per sé sarebbe preferibile.

Articolo 53a capoverso 2

L'articolo 53a LCart è volto a impedire che imprese collocate allo stesso livello economico concludano accordi sui prezzi, sui quantitativi o sulla ripartizione per zone compromettendo la concorrenza. Trattandosi di un reato di pericolo astratto, viene introdotto un divieto *per se* per le persone fisiche. In tal senso non è necessario dimostrare l'abuso né la limitazione della concorrenza. La configurazione come reato di pericolo astratto include potenzialmente gli atti che precedono la realizzazione del contenuto dell'accordo, compromettendo quindi concretamente la concorrenza o limitandola a tutti gli effetti. In quest'ottica la nuova fattispecie di pericolo

³⁷ Sono applicabili i principi di responsabilità del padrone di azienda come sono stati sviluppati dal Tribunale federale, cfr. DTF 96 IV 155, Bührle e DTF 122 IV 103, von-Roll.

³⁸ Cfr. anche Heinemann, loc. cit., 615.

astratto contiene già, a livello strutturale, i tentativi che mirano a una violazione del bene giuridico “concorrenza”. Per questo motivo non è necessario prevedere un’ulteriore sanzione per i tentativi concernenti pratiche già contemplate dal nuovo articolo 53a LCart.

Una conferma a questo proposito è data anche dal diritto dei Paesi limitrofi; particolarmente rilevante appare l’esempio degli accordi relativi alle aggiudicazioni (accordi di appalto): sebbene la loro pericolosità sia riconosciuta, in caso di accordi di appalto che intralciano la concorrenza, in Germania si tende a intervenire a livello di diritto penale (§ 298 Codice penale tedesco) più tardi di quanto previsto dall’articolo 53a capoverso 1 LCart. Secondo il diritto tedesco l’atto diventa punibile solo quando da una parte viene concluso un accordo e, dall’altra, l’ente aggiudicatore riceve un’offerta sulla base di questo accordo³⁹. Anche in Svizzera il nuovo articolo 53a capoverso 1 LCart contempla il caso della presentazione di un’offerta a un ente aggiudicatore sulla base di un accordo⁴⁰, qualora l’accordo non sia stato reso riconoscibile come tale dalla controparte di mercato⁴¹. La nuova fattispecie penale e il divieto *per se* non dovrebbero includere tuttavia i consorzi di offerenti e le aggiudicazioni in comune da parte di enti aggiudicatori (consorzi d’acquisto) secondo gli articoli 2c e 21 dell’ordinanza sugli acquisti pubblici (OAPub). L’esenzione dal perseguimento si applica soltanto alla procedura penale nei confronti dei collaboratori. I consorzi d’acquisto che rendono un mercato inaccessibile alla concorrenza (ad es. coinvolgendo tutti i concorrenti) resteranno passibili di un’inchiesta amministrativa.

Articolo 53a capoverso 3

La decisione di principio in base alla quale anche le persone fisiche possono godere del programma di clemenza qualora collaborino a rilevare e a eliminare un accordo in materia di concorrenza («sistema del bonus») deve essere sancita nella legge. La formulazione dell’articolo 53a capoverso 3 si basa notevolmente sulla disposizione relativa al sistema del bonus per le imprese di cui all’articolo 49a capoverso 2 e consente la necessaria concordanza tra il bonus per le imprese e quello per le persone fisiche.

Considerazioni generali

L’estensione alle persone fisiche del sistema del bonus previsto all’articolo 49a capoverso 2 LCart e disciplinato in dettaglio negli articoli 8 e segg. della corrispondente ordinanza sulle sanzioni (OS LCart) è senz’altro, per ragioni di appli-

³⁹ Heine in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2010, § 298 n. 8, 19 m.Nw.

⁴⁰ Un’offerta può essere presentata anche nel caso di altri accordi orizzontali (ad es. in caso di accordi sugli sconti).

⁴¹ Anche secondo il Libro verde, diventa importante indicare alla controparte di mercato se un’offerta è stata presentata da sola, vale a dire indipendentemente da altri offerenti (cfr. LIBRO VERDE sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici –Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, 27.1.2011, COM(2011) 15 definitivo, Prevenire comportamenti anticoncorrenziali, pag. 36 segg., consultabile sul sito Internet <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:IT:PDF>>).

cazione del diritto, un requisito essenziale per l'introduzione di sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche, ma in questa forma risulta nuovo nell'ordinamento giuridico svizzero nel suo complesso⁴².

Nell'attuale procedura in materia di cartelli le imprese che si autodenunciano possono beneficiare del sistema del bonus, che include la possibilità di un'esenzione totale dalle sanzioni. Questo strumento, introdotto nella LCart in occasione dell'ultima revisione, è riconosciuto a livello internazionale per incrinare la stabilità dei cartelli e in questi anni si è dimostrato molto valido. Valutando le varianti di attuazione per il sanzionamento penale delle persone fisiche e la loro compatibilità con il sistema del bonus emerge il seguente dilemma:

- Qualora il sistema del bonus continui a funzionare per le imprese che si autodenunciano, in caso di un eventuale sanzionamento delle persone fisiche occorre prevedere obbligatoriamente un sistema identico anche per le persone che collaborano a rilevare e a eliminare una limitazione della concorrenza (o misure di effetto analogo, quali monopoli di denuncia, divieti di utilizzazione dei mezzi di prova, ecc.). L'introduzione di un programma di clemenza di questo genere violerebbe però i principi giuridici generalmente applicabili. Almeno per ora il diritto svizzero non conosce, a parte l'amnistia fiscale, un regime del bonus per le persone fisiche. Nel rapporto del 1997 sull'unificazione del diritto processuale, la Commissione di esperti temeva già che l'introduzione in Svizzera di un programma di clemenza potesse portare a una pressione smisurata, contraria ai principi dell'uguaglianza di trattamento e di legalità e potesse infrangere la fiducia della popolazione nell'ordinamento giuridico. Alla luce di queste considerazioni ci si chiede pertanto come mai proprio per il diritto (penale) in materia di cartelli debba essere creata una regolamentazione derogatoria.
- Se invece, rispettando la tradizione giuridica locale, si rinunciasse all'introduzione di un programma di clemenza per le persone fisiche, si intaccherebbe il funzionamento dell'attuale sistema del bonus per le imprese che si autodenunciano. Questa dicotomia di trattamento provocherebbe un risultato insostenibile: l'autodenuncia presentata alle autorità da un organo o dal collaboratore di un'impresa porterebbe a un'esenzione dalle sanzioni per l'impresa, ma non per l'organo o il collaboratore stesso. Gli organi e i collaboratori di un'impresa verrebbero quindi dissuasi dal collaborare a rilevare e a eliminare eventuali limitazioni della concorrenza, il che renderebbe difficile se non impossibile il regolare svolgimento dei programmi di conformità dell'impresa. Inoltre, in futuro, gli organi e i collaboratori non presenterebbero più autodenunce e le imprese non potrebbero più beneficiare del sistema del bonus né della conseguente esenzione dalla sanzione. Il fatto di concedere un'esenzione dalla sanzione all'impresa che si autodenuncia e, allo stesso tempo, di punire il collaboratore dell'impresa autore di tale autodenuncia per aver fornito l'informazione non verrebbe capito dall'opinione pubblica.

⁴² Cfr. art. 13 DPA, le norme sull'amnistia fiscale e la procedura abbreviata secondo il CPP (cfr. Heine, punto. 1.1.4).

La mancata introduzione di un sistema del bonus per le persone fisiche sconvolgerebbe il collaudato sistema del bonus per le imprese. Verrebbe messo in discussione uno dei pilastri principali dell'attuale legislazione sui cartelli, la cui efficacia è indiscussa. Se il personale dell'impresa non può beneficiare dell'esenzione dalla sanzione in caso di autodenuncia, la riforma rappresenterebbe un fallimento per il sistema della concorrenza. Al contempo il Consiglio federale è contrario, sulla base di considerazioni giuridiche generali, alla possibilità di un'esenzione totale dalla sanzione in caso di gravi violazioni. Analogamente a quanto previsto per le imprese, deve essere fatta almeno una distinzione in base al ruolo delle persone coinvolte nell'accordo di cartello.

Si sconsigliano possibilità alternative volte a salvaguardare il buon funzionamento del sistema del bonus, quali ad es. un divieto assoluto di trattamento degli elementi probatori (per maggiori informazioni si rinvia alla perizia Heine/Roth, pag. 71). Altrettanto poco raccomandata è l'opzione di rinunciare al sistema del bonus. Il problema di base, ovvero la segretezza degli accordi di cartello e la conseguente scarsità di informazioni da parte delle autorità competenti, non è risolvibile in altro modo, ad esempio attraverso un'applicazione rigorosa dell'obbligo di fornire informazioni (art. 40 LCart). In correlazione con le sanzioni privative della libertà a carico delle persone fisiche, tale possibilità risulterebbe infatti incompatibile con il diritto internazionale (cfr. perizia Heine/Roth, 72).

Effetti del sistema del bonus

Sebbene non sia esplicitamente disciplinato nell'ordinanza del 12 marzo 2004 sulle sanzioni (OS LCart), nella pratica si parte giustamente dal presupposto che la notifica può essere effettuata in modo efficace solo dalle persone fisiche che hanno la facoltà di agire in modo giuridicamente efficace per l'impresa – poiché soltanto l'impresa è destinataria della norma giuridica della LCart (art. 2 cpv. 1 LCart), pertanto per ragioni giuridiche e di certezza del diritto riguarda solo le persone che possono rappresentare e vincolare l'impresa in modo giuridicamente efficace.

La punibilità delle persone fisiche per violazioni della normativa sui cartelli farebbe emergere nuove questioni, dal momento che la cerchia dei potenziali autori del reato è più ampia di quella degli organi nel loro complesso e, con l'estensione della responsabilità alle persone fisiche, andrebbero chiarite altre questioni di coordinamento.

I motivi che depongono *prima facie* a favore di un effetto individuale (effetto solo per la persona fisica o per l'impresa che effettua la notifica) sono legati innanzitutto all'efficienza nell'accertamento delle violazioni del diritto in materia di cartelli. Un effetto individuale porterebbe a una vera «corsa tra levrieri»: le imprese mirerebbero a denunciare la propria pratica anticoncorrenziale prima dei propri collaboratori e viceversa. Anche le conseguenze per la cultura aziendale svizzera sarebbero difficilmente sostenibili. L'ordinanza creerebbe infatti in tutta la Svizzera un clima strutturale di sfiducia generale nelle attività imprenditoriali. In questo senso occorre tenere conto delle riserve della Commissione di esperti

menzionate all'inizio del paragrafo. Nel rapporto tra le imprese e le persone fisiche all'interno di un'unità aziendale va quindi considerata la questione del duplice effetto di una notifica.

Per quanto riguarda la rottura dell'effetto congiunto della denuncia, risultano in primo piano due casi: nel primo di essi un collaboratore o un dirigente, in contrasto con la decisione presa in merito da uno degli organi aziendali, denuncia all'Autorità della concorrenza una pratica illecita osservata sul posto di lavoro. Si pensi al caso seguente: se l'organo direttivo collettivo di un'impresa non intende presentare un'autodenuncia, mentre un collaboratore o un dirigente di questa impresa sporge denuncia (ad esempio perché giudica diversamente dall'organo direttivo la probabilità di essere scoperto e le relative conseguenze giuridiche), risulterebbe discutibile estendere l'effetto del bonus all'impresa e lasciare che quest'ultima fruisca del programma di clemenza nonostante la mancata autodenuncia. In questo caso appare opportuno che a beneficiare del bonus sia solo la persona che ha denunciato la limitazione della concorrenza e non anche l'impresa. L'altro caso rilevante concerne il dirigente o il collaboratore che, discostandosi dalla filosofia aziendale e in netto contrasto con le regole di conformità, ha partecipato a un accordo perseguibile penalmente senza che l'impresa lo abbia saputo, voluto o tollerato per negligenza. In questo caso appare opportuno che la notifica non abbia un duplice effetto e che non espliciti effetti a beneficio del dirigente o collaboratore in questione.

Qualora siano coinvolte diverse persone fisiche della stessa impresa, il sistema del bonus – conformemente agli articoli 23 CP e 13 DPA – deve applicarsi *ad personam* nel senso che nel singolo caso si giudica se la persona soddisfa o meno le condizioni previste per una riduzione della sanzione (ad es. cessazione del comportamento, cooperazione illimitata con l'autorità durante l'intera procedura, ecc.). Si tratta di rinunciare all'applicazione di una sanzione penale, dunque l'esenzione dalla sanzione non può essere ottenuta estendendo il beneficio legato al comportamento di altre persone fisiche. Anzi, trattandosi di sanzioni penali, solo la decisione personale e autonoma della persona costituisce la condizione necessaria per giustificare un'eventuale esenzione o riduzione della sanzione. Affinché la procedura penale sia sospesa o affinché si rinunci in tutto o in parte alla sanzione, la disposizione prevede che il personale coinvolto collabori a rilevare e a eliminare l'accordo in materia di concorrenza.

In tal senso la regola del bonus deve valere per i collaboratori e/o i dirigenti che portano a conoscenza dell'Autorità della concorrenza una pratica anticoncorrenziale sul posto di lavoro, e anche per l'organo che si autodenuncia, ma prevede il sanzionamento del responsabile che è sfuggito al controllo. Una regolamentazione appropriata dovrà essere introdotta a livello di ordinanza. Essa sancirà inoltre che non è l'impresa a decidere quali collaboratori vanno esclusi dalla denuncia che determina l'esenzione dalla sanzione, ammesso che tali esclusioni siano consentite.

Articolo 53a capoverso 4 lett. a–c

La disposizione del capoverso 4, secondo la quale in determinati casi (lettere a-c) si può rinunciare alla procedura penale per la partecipazione ad accordi sui prezzi, sui quantitativi o sulla ripartizione per zone, riprende l'attuale disposizione dell'articolo 49a capoverso 3. L'introduzione della rinuncia alla procedura penale permette di evitare che solo l'impresa sia esente da sanzione nei casi menzionati – come prevede il regime attuale – e che i suoi collaboratori siano invece esposti al rischio di sanzioni penali. La situazione contraria produrrebbe non soltanto una contraddizione, ma comprometterebbe anche in modo notevole il funzionamento di due strumenti dell'attuale LCart (procedura di opposizione e autorizzazione eccezionale da parte del Consiglio federale di limitazioni illecite della concorrenza): oltre all'esenzione dalla sanzione attraverso la notifica o l'esplicita autorizzazione da parte del Consiglio federale, in futuro un'impresa potrebbe essere incentivata a non concludere accordi del genere se i suoi collaboratori fossero soggetti al perseguimento penale conformemente all'articolo 53a. Nel caso di accordi orizzontali sui prezzi, sui quantitativi o sulla ripartizione per zone, tali strumenti importanti per le imprese resterebbero inutilizzati.

Articolo 53a capoverso 5

Diversamente da quanto previsto in alcuni ordinamenti giuridici esteri, non esiste la possibilità di includere la concorrenza estera come tale nel campo di applicazione del diritto penale svizzero, soprattutto perché appare problematico anche dal punto di vista del diritto internazionale pubblico. Diverso è invece il caso in cui degli accordi conclusi all'estero e contrari alla legge sui cartelli esplicano effetti sul mercato svizzero. In questo caso esiste un fattore di coesione a livello nazionale che esclude qualsiasi obiezione rientrante nel diritto internazionale. Considerata la configurazione come reato di pericolo astratto secondo l'articolo 53a, è indispensabile una regolamentazione giuridica. I reati di pericolo astratto non richiedono un risultato, vale a dire le conseguenze di una compromissione della concorrenza come bene giuridico. Non essendo menzionate tali conseguenze negli elementi costitutivi oggettivi dell'infrazione, il Tribunale federale non riconosce, secondo la giurisprudenza corrente, i presupposti del principio dell'ubiquità ai sensi dell'articolo 8 CP. Pertanto se un accordo concluso all'estero avesse conseguenze dannose nel nostro Paese, l'articolo 53a non sarebbe applicabile qualora ad es. non venissero intraprese in Svizzera, nell'ambito dell'attuazione dell'accordo, ulteriori attività di partecipazione, quali ad es. un'offerta troppo elevata in un accordo di appalto. Risulta quindi necessaria una regolamentazione giuridica esplicita. L'articolo 53a capoverso 5 colma questa lacuna: fa riferimento all'articolo 2 capoverso 2 LCart e armonizza la disposizione penale con le altre valutazioni della LCart in caso di fattispecie che hanno a che fare con l'estero.

*Articolo 53b Procedura
[Procedura in caso di sanzioni penali nei confronti di persone fisiche]*

Aspetti istituzionali e procedurali (art. 53b cpv. 1)

Si propone di *non affidare* al Tribunale della concorrenza la competenza di infliggere sanzioni penali. Attribuire le competenze in materia di repressione amministrativa e di repressione penale allo stesso tribunale (il Tribunale della concorrenza) presenterebbe senz'altro grandi vantaggi dal punto di vista dell'unità procedurale *in concreto*. Tuttavia, meno evidenti appaiono i vantaggi dal punto di vista dell'uniformità della legge procedurale da applicare. Come ricordato sopra, la PA si applica e continuerà ad applicarsi alle procedure amministrative repressive (art. 49a e segg. LCart). Se il Tribunale federale della concorrenza dovesse infliggere sanzioni amministrative alle imprese e sanzioni penali alle persone fisiche, e qualora non fosse possibile applicare la PA in una procedura penale a carico di una persona fisica, occorrerebbe scegliere tra due soluzioni sfavorevoli: i) applicare una legge di procedura penale (CPP o DPA) alle procedure di sanzione amministrativa; ii) applicare due diverse leggi in due procedure condotte in concomitanza davanti alla stessa istanza.

Inoltre, né la DPA, né il CPP sarebbero appropriati per la procedura nei confronti di un'impresa: la prima è concepita per essere utilizzata nei rapporti giuridici con lo Stato, il secondo non è concepito per essere applicato da un'autorità amministrativa indipendente come l'Autorità della concorrenza.

Anche la soluzione che consiste nell'affidare ai Cantoni la competenza di sanzionare le persone fisiche è da scartare. Infatti la materia è strettamente specifica e nella maggior parte dei Cantoni mancherebbe tale specializzazione. I rischi di frammentazione della giurisprudenza e di trattamento diverso di casi analoghi sono elevati, a maggior ragione considerando che, visto il tessuto economico e industriale della Svizzera, numerosi Cantoni potrebbero essere interessati dal sanzionamento di uno stesso accordo orizzontale.

Resta la scelta tra i) un'inchiesta e un'eventuale promozione dell'accusa da parte del Ministero pubblico della Confederazione (MP CH), seguita da un giudizio di prima istanza da parte della Corte degli affari penali del Tribunale penale federale (TPF) (soluzione TPF) e ii) l'applicazione della legge sul diritto penale amministrativo (DPA), anche se la competenza sarebbe affidata o al Dipartimento dell'economia (il Dipartimento), o alla Segreteria di Stato dell'economia (SECO) (soluzione DPA). Entrambe le soluzioni presentano pro e contro. Si propone di scegliere la soluzione TPF, che permette di applicare il Codice di procedura penale svizzero, entrato in vigore il 1° gennaio 2011, piuttosto che la DPA, relativamente vecchia e pertanto meno rispettosa dei diritti individuali (art. 53b cpv. 1). Risulta inoltre necessario sottrarre la procedura penale a qualsiasi influenza politica. Il Ministero pubblico della Confederazione (di seguito: Ministero pubblico) dispone di mezzi d'istruzione estesi e può ricorrere a provvedimenti coercitivi che ora sono oggetto di una nuova regolamentazione. Infine, la separazione tra inchiesta e accusa da un lato e giudizio dall'altro è garantita in modo ottimale.

In caso di perseguimento penale, il Ministero pubblico applicherà senza restrizioni il CPP. Le disposizioni sulla rappresentanza dell'impresa dovrebbero tuttavia restare inutilizzate in quanto tali, poiché l'impresa è o è stata oggetto di un'altra procedura condotta dall'Autorità della concorrenza. Non è tuttavia necessario prevedere una deroga esplicita.

Il CPP conferisce alla persona perseguita dei diritti relativamente estesi in caso di esecuzione di provvedimenti coercitivi. L'esecuzione di tali misure nell'ambito di una procedura a carico dell'impresa che impiega questa persona non deve avere come effetto l'elusione delle garanzie del CPP. La conseguenza sarebbe l'impossibilità di utilizzare le informazioni raccolte grazie al provvedimento coercitivo nella procedura contro la persona fisica. Il problema è di difficile risoluzione.

In particolare l'attuazione del diritto di non rispondere, riconosciuto a qualsiasi persona oggetto di un procedimento penale (cfr. art. 113 e 158 cpv. 1 lett. b CPP) presenta particolarità e difficoltà nel contesto di due procedure distinte, condotte davanti ad autorità diverse, ma concernenti una fattispecie analoga.

Le dichiarazioni autoincriminanti fatte nel quadro di un'altra procedura (in particolare nel quadro della procedura a carico dell'impresa) possono essere prese in considerazione soltanto se le garanzie concesse nell'ambito di questa procedura sono equivalenti a quelle della procedura penale (cfr. *mutatis mutandis*, art. 12 cpv. 3 del regolamento 1/2003 dell'Unione europea⁴³). L'assunzione dei mezzi di prova derivanti da un'altra procedura è disciplinata in modo lacunoso nel CPP. L'articolo 139 capoverso 2 CPP si limita ad affermare che «i fatti già comprovati sotto il profilo giuridico (...) non sono oggetto di prova» (in questo caso il testo italiano è il più completo). In altre parole, gli elementi probatori devono essere ammessi senza essere oggetto di una nuova prova se sono stati comprovati nell'ambito di una procedura che rispetta i principi generali applicabili nel procedimento penale (diritto di partecipare alla raccolta delle prove, informazione sul diritto di non autoincriminarsi⁴⁴).

Se questa condizione non è rispettata, le dichiarazioni devono essere rinnovate dopo essere state precedute da un'informazione sul diritto di non rispondere alle domande poste (art. 158 cap. 1 lett. b CPP). Per quanto possa apparire artificiale, le dichiarazioni preliminari hanno quindi uno status analogo a quello di una denuncia nei confronti di una persona sulla quale l'autorità d'istruzione è abilitata a chiedere un parere all'imputato. Una dichiarazione non confermata è inutilizzabile come mezzo di prova.

Se ha il diritto di non deporre, la persona fisica suscettibile di essere oggetto di una procedura penale non ha invece l'obbligo del silenzio, salvo nell'ambito del dovere di lealtà e fedeltà che la lega all'impresa. Può quindi trovarsi in un conflitto d'interessi o di lealtà che è tuttavia impossibile da disciplinare a livello legislativo (la variante A pone problemi analoghi).

Per quanto riguarda i diritti delle persone fisiche nel quadro della procedura amministrativa contro l'impresa, rinviamo alla perizia giuridica⁴⁵.

⁴³ Le informazioni raccolte nell'ambito di una procedura nei confronti di un'impresa a livello europeo possono essere «utilizzate come mezzi di prova» in una procedura nazionale solo se «le informazioni sono state raccolte in un modo che rispetta lo stesso livello di tutela dei diritti di difesa delle persone fisiche di quello previsto dalle norme nazionali dell'autorità che le riceve.» (GU L 1 del 4 gennaio 2003 pag. 1).

⁴⁴ Cfr. Schmid, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zürich 2009, n. 781.

⁴⁵ Cfr. perizia giuridica Heine/Roth, II.2.5.a.

Intesa tra Ministero pubblico e Autorità della concorrenza (art. 53b cpv. 2)

L'articolo 53b capoverso 2 dell'avamprogetto LCart garantisce una politica repressiva unitaria in materia di cartelli prevedendo il consenso dell'Autorità della concorrenza all'apertura dell'istruzione.

Questo perché la fattispecie di cui all'articolo 53a è concepita come un divieto *per se* e pertanto si spinge oltre l'articolo 5 per quanto riguarda l'impresa. Alla luce di ciò, il Ministero pubblico dovrebbe considerare in generale la prassi delle autorità anti-cartelli nell'apertura di una procedura e non applicare in modo eccessivo la disposizione di cui all'articolo 53a. Una prassi cauta nell'apertura di istruzioni penali contro le persone fisiche ai sensi dell'articolo 53a contribuisce a evitare lavori inutili alle autorità e ai tribunali. Per evitare differenze di valutazione tra imprese e persone fisiche, l'avamprogetto LCart prevede diversi strumenti: la procedura di opposizione e l'indispensabilità di un'intesa tra il Ministero pubblico e l'Autorità della concorrenza, disciplinata al capoverso 2 dell'articolo 53b. A ciò si aggiunge la garanzia di sospensione della procedura penale qualora contro l'impresa non sia pronunciata una sanzione amministrativa secondo l'articolo 49a (cfr. art. 53b cpv. 3 secondo periodo e cpv. 7).

Il coordinamento dei provvedimenti coercitivi adottati nel quadro delle due procedure è particolarmente importante e delicato. Esso deve essere garantito già dal primo passo che mette in contatto una delle due autorità con l'impresa sospetta e i suoi collaboratori. Infatti, essendo le procedure indipendenti, la procedura contro la persona fisica può precedere o seguire quella nei confronti dell'impresa, oppure le due possono essere condotte in parallelo. A seconda della sequenza scelta, si presentano problemi diversi per quanto riguarda il coordinamento e le garanzie dei diritti individuali della persona fisica.

Le garanzie possono derivare soltanto dall'apertura di un'istruzione formale secondo l'articolo 309 CPP. Quindi, se l'Autorità della concorrenza individua, nel quadro dell'inchiesta nei confronti di un'impresa, una persona fisica sospettata di aver commesso un'infrazione secondo l'articolo 53a dell'avamprogetto LCart, ciò non è sufficiente per conferire a questa persona lo status di imputato secondo l'articolo 111 CPP; l'Autorità della concorrenza non può infatti essere assimilata a tal fine alla polizia o all'autorità d'istruzione penale. Se la procedura nei confronti della persona fisica ha luogo – come nella maggior parte dei casi – solo dopo la procedura nei confronti dell'impresa o nell'ultima fase di quest'ultima, si pone un problema supplementare: la o le persone fisiche eventualmente esposte a un perseguimento penale non saranno state ancora individuate nel momento in cui, ad es. viene ordinato un provvedimento coercitivo contro l'impresa (art. 42 LCart). In questo caso le differenze procedurali tra la DPA, applicabile ai provvedimenti coercitivi eseguiti in applicazione della LCart (art. 42 cpv. 2), e il CPP portano al rischio di inutilizzabilità dei mezzi di prova raccolti in applicazione della DPA⁴⁶.

⁴⁶ Cfr. 247 CPP; 244 CPP vs 48-49 DPA.

Inoltre l'esistenza di due procedure distinte non deve avere come effetto l'elusione delle regole generali e particolari stabilite dal CPP per i provvedimenti coercitivi (in particolare a proposito delle perquisizioni, art. 241-242 e 244-248), anche se il CPP si mostra relativamente generoso in merito all'utilizzabilità dei «reperti casuali» (art. 243)⁴⁷. Si ricorda a questo proposito che l'articolo 3 CPP garantisce la buona fede delle autorità penali e vieta fermamente l'abuso di diritto.

La soluzione consiste solitamente nell'apertura in contemporanea delle due procedure. I collaboratori sono quindi protetti dalle garanzie procedurali previste dal CPP.

Coordinamento (art. 53b cpv. 3-6)

I capoversi 3-6 concernono le modalità di collaborazione una volta che le due procedure sono state aperte e non l'apertura del perseguimento penale, il quale richiede l'accordo delle due autorità coinvolte – Ministero pubblico e Autorità della concorrenza – (art. 53b cpv. 2). I capoversi 3 e 4 enunciano i principi generali ai quali il capoverso 5 prevede delle deroghe. Nel capoverso 3 viene inserito un collegamento con la procedura nei confronti dell'impresa: prima di condannare l'accusato occorre aspettare l'esito della procedura contro l'impresa. È possibile infatti che quest'ultima non sia sanzionata perché dimostra che l'accordo non rappresenta un intralcio notevole alla concorrenza o che è giustificato da motivi di efficienza economica. Si vedrà quindi se a causa di questo collegamento la persona perseguibile penalmente ottiene la qualità di parte nella procedura contro l'impresa. In caso affermativo, la procedura contro l'impresa sarebbe complicata e anche rallentata sistematicamente dalle obiezioni della persona perseguibile penalmente, poiché quest'ultima può far leva sulle obiezioni e far sospendere per prescrizione la procedura a suo carico. Dall'interpretazione di questo articolo emerge che si deve attendere anche l'esito di un eventuale ricorso amministrativo dinanzi al Tribunale federale.

Viceversa una persona fisica reo confessa che desidera avere il prima possibile chiarezza nella procedura penale dovrebbe attendere, in certi casi, il giudizio di prima istanza per diversi anni, dal momento che quest'ultimo viene emesso dopo che il giudizio (di ultima istanza) contro l'impresa è passato in giudicato.

Il capoverso 5 riprende l'articolo 40 LFINMA apportando tuttavia un adattamento e alcune semplificazioni.

Proprio nell'ottica di semplificare, appare inutile precisare che le informazioni che l'Autorità della concorrenza ha la facoltà di non comunicare al Ministero pubblico sono informazioni non pubbliche. L'espressione «ha la facoltà di non comunicare» sostituisce «può rifiutarsi di trasmettere», poiché quest'ultima formulazione lascia intendere che l'Autorità della concorrenza può rifiutarsi di fornire delle informazioni soltanto nel caso in cui il Ministero pubblico gliene richieda. Invece, l'articolo 53b capoverso 4 sancisce un dovere di collaborazione che include la collaborazione spontanea.

Inoltre, è necessario precisare che la trasmissione d'informazioni di cui al capoverso 5 potrebbe mettere un pericolo un'altra procedura condotta contro un'impresa diver-

⁴⁷ Cfr. Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, art.243 n. 5 e segg.

sa da quella di cui la persona denunciata è organo, collaboratore o dirigente secondo l'articolo 29 CP. La mancata comunicazione di informazioni non intacca il principio della parità delle armi, poiché nemmeno il Ministero pubblico dispone dell'informazione. Chiaramente, la non comunicazione è possibile solo se l'informazione non è essenziale nella procedura aperta dal Ministero pubblico contro la persona denunciata e se la sua «utilità potenziale» è ridotta. Inoltre l'Autorità della concorrenza ha la facoltà di non rivelare informazioni al Ministero pubblico e di non trasmettergli degli atti qualora ciò comprometta il funzionamento del sistema del bonus. L'Autorità della concorrenza non comunicherà al Ministero pubblico delle informazioni o non trasmetterà degli atti se tale comunicazione concerne dichiarazioni di persone che possono avvalersi nella procedura penale del diritto di non rispondere e di non dover contribuire alla propria incriminazione, laddove esse rifiutino la trasmissione di tali informazioni.

Infine, nella versione francese il termine «collaboration» dell'articolo 40 LFINMA è stato sostituito dal termine «communication», poiché è più preciso ed evidenzia che la collaborazione è la norma, mentre la non-comunicazione (o non-collaborazione) l'eccezione.

Il capoverso 6 prevede una procedura per la composizione di controversie tra le autorità. L'arbitrato è affidato al Tribunale amministrativo federale per due ragioni. Da un lato questa giurisdizione non tratta gli atti individuali, dall'altro le questioni di assistenza amministrativa tra le autorità rientrano generalmente nel diritto amministrativo.

Sospensione della procedura (art. 53b cpv. 7)

La configurazione come norma penale rende necessaria, per ragioni di precisione della norma e di prevedibilità, una formulazione della fattispecie nel caso della persona fisica che è esente da considerazioni riguardanti la rilevanza economica di un accordo o la sua giustificabilità per ragioni di efficienza economica. Solo l'impresa dispone infatti delle informazioni necessarie per valutare questi punti. Per evitare che l'impresa non venga sanzionata sulla base di tali considerazioni, e il collaboratore venga invece condannato in applicazione della norma penale più severa, il capoverso 7 prevede, come ulteriore garanzia (cfr. art. 53a, *Considerazioni generali*), la sospensione della procedura penale nel caso in cui l'impresa non venga sanzionata. Per motivi pratici, il criterio per la sospensione è la mancata emanazione di sanzioni amministrative a carico dell'impresa. Non si esamina se il mancato sanzionamento è dovuto alla scarsa rilevanza dell'intralcio alla concorrenza o a preponderanti vantaggi economici in termini di efficienza. Il fatto che si faccia riferimento alla mancata emanazione della sanzione e non ai motivi che l'hanno determinata innesca come conseguenza l'obbligo di sospendere la procedura contro il collaboratore se l'impresa è stata esentata dalla sanzione per ragioni diverse dalla scarsa rilevanza dell'accordo o dai vantaggi in termini di efficienza (ad es. perché l'impresa ha denunciato di propria iniziativa l'accordo). Concretamente ciò significa che, in caso di autodenuncia dell'impresa, anche il collaboratore non è più esposto al perseguimento penale se, in violazione dei suoi obblighi di fedeltà, ha ingannato l'impresa partecipando a un accordo illecito. A questo svantaggio si attribuisce minore importanza che non alle contraddizioni di giudizio tra la procedura penale e

quella amministrativa, sebbene il rischio di tali contraddizioni sia scongiurato anche da altre misure cautelari, quali ad esempio l'indispensabilità dell'intesa tra il Tribunale federale e l'Autorità della concorrenza (cfr. art. 53b cpv. 2).

3 Conseguenze

3.1 Conseguenze per la Confederazione

Il perseguimento delle persone fisiche per reati economici comporta un elevato onere a livello finanziario e di personale nonché lunghe procedure. Le esperienze fatte in settori affini del diritto coincidono anche con quelle maturate dalle autorità estere della concorrenza con il sanzionamento delle persone fisiche. Le maggiori spese sono dovute, tra gli altri fattori, alla ricerca delle persone coinvolte all'interno dell'impresa. La classificazione dei singoli reati e le informazioni su una determinata persona all'interno dell'impresa richiedono molto tempo all'autorità d'inchiesta. Anche i relativi accertamenti e le misure di difesa comportano un elevato dispendio di tempo e di energie alle imprese e alle persone coinvolte. Bisogna considerare infatti che solitamente agli accordi orizzontali prendono parte numerose imprese. Per ogni impresa si presuppone la partecipazione di numerose persone fisiche potenzialmente punibili, di conseguenza si moltiplica il numero delle parti e/o degli imputati coinvolti nella procedura. L'introduzione di provvedimenti amministrativi o di sanzioni penali contro le persone fisiche determina anche per la Confederazione un maggior onere a livello di personale. La rinuncia alla riforma istituzionale proposta nell'avamprogetto della consultazione del 30 giugno 2010 non determinerebbe alcun cambiamento. Le sanzioni penali richiedono tra l'altro un onere più elevato che non i provvedimenti amministrativi⁴⁸.

L'introduzione di sanzioni penali secondo la variante B comporterebbe un maggiore onere soprattutto per il Ministero pubblico, per il Tribunale federale della concorrenza, ma anche per l'Autorità della concorrenza. La fattispecie specifica dovrebbe essere concepita in modo tale che le prove necessarie possano essere presentate nel modo più semplice possibile. Dal momento tuttavia che non si tratta del patrimonio aziendale, bensì della libertà personale e del patrimonio privato, si sposterà più rapidamente querela - a ragione o a torto - per violazioni delle garanzie procedurali proprie di uno Stato di diritto; nella maggior parte dei casi non si potrà avanzare la richiesta di una composizione veloce della controversia al fine di evitare danni di reputazione all'impresa con la pubblicazione di informazioni sulla procedura. È difficile stimare il numero dei casi, ma non saranno più di cinque all'anno. Il Ministero pubblico non dispone attualmente né delle conoscenze necessarie, né di personale a sufficienza per assumersi altre competenze nell'ambito della LCart; per istituire un'equipe che si occupi di tali questioni servirebbero cinque posti a tempo pieno. A ciò si aggiunge il fabbisogno di personale presso il Tribunale federale della concorrenza, che ammonta a uno o due posti. Per l'Autorità della concorrenza l'onere riguarda la valutazione dei casi portati dal Ministero pubblico (in vista dell'approvazione/rifiuto dell'Autorità della concorrenza della domanda di apertura di una procedura da parte del Ministero pubblico), la collaborazione con quest'ultimo in casi concreti e l'aumento delle procedure di opposizione e di com-

⁴⁸ Basti pensare a un cartello sui prezzi al quale partecipano tre imprese: per ognuna si dovrebbe indagare su cinque persone che si accusano a vicenda.

plicazioni nell'attività d'indagine. Per tale onere supplementare sarebbero necessari 4 posti a tempo pieno, portando il numero totale di posti a 10 unità nella variante B.

Presumibilmente l'introduzione di provvedimenti esclusivamente amministrativi contro le persone fisiche (confisca di valori patrimoniali e divieto di esercitare l'attività professionale) comporterebbe invece meno lavoro. Tuttavia, per espletare procedure sfocianti in provvedimenti amministrativi e per far fronte all'aumento delle procedure di opposizione saranno necessarie maggiori risorse finanziarie e di personale, soprattutto dal momento che i diritti di difesa delle persone fisiche complicheranno anche le procedure contro le imprese rendendo necessari altri atti d'istruzione (ad es. più perquisizioni domiciliari che non questionari). A tal fine non è per forza necessario un intero team, come invece nella variante di diritto penale. Ciò nonostante il DFE reputa necessario un fabbisogno di personale pari a 5 posti a tempo pieno.

3.2 Conseguenze per i Cantoni

L'avamprogetto non determina conseguenze per i Cantoni.

3.3 Conseguenze per l'economia

3.3.1 Necessità di un intervento statale

Mentre il Consiglio nazionale e il Consiglio degli Stati hanno accolto la mozione nella versione approvata dal Consiglio nazionale, il Consiglio federale ha chiesto di respingere la versione modificata dal Consiglio nazionale. Nel dibattito i sostenitori della mozione Schweiger hanno menzionato la grande importanza della tutela della concorrenza, che giustifica ulteriori misure. Dal loro punto di vista, esiste una sproporzione con altri reati, quali ad esempio la corruzione: in certi casi i provvedimenti interni all'impresa possono produrre il loro effetto deterrente solo se uniti a una minaccia di sanzioni penali, basti pensare al caso in cui un collaboratore sia già intenzionato a lasciare l'impresa.

Secondo gli oppositori del progetto, ciò è il tentativo di sgravare le imprese dalle loro responsabilità, sebbene siano le prime a beneficiare di tali accordi. Dal momento che le pene detentive o pecuniarie verrebbero probabilmente inflitte solo in misura limitata, l'effetto preventivo appare dubbio e, in confronto, i costi supplementari per tali procedure penali sono enormi. A loro avviso, anche gli eventuali provvedimenti amministrativi sono onerosi, ma in misura minore.

Un sistema di sanzioni deve essere giudicato nella sua globalità (diritto amministrativo, penale e privato). Nel nostro Paese l'istituzione di sanzioni amministrative nei confronti delle imprese non è ancora stata sfruttata al punto tale che si possa parlare di una prassi reale di sanzioni amministrative nei confronti delle imprese. Gli sviluppi in altri Paesi insegnano che innanzitutto occorre sfruttare pienamente le possibilità offerte dall'attuale articolo 49a LCart. Anche la mancata pertinenza delle misure penali individuali osservata negli Stati membri dell'UE depone a sfavore dell'introduzione di sanzioni penali in Svizzera. Secondo un'ottica di diritto comparato si dovrebbe rimandare la decisione fino al momento in cui l'esperienza ci per-

metterà di valutarne meglio l'utilità. Per il momento non risulta quindi opportuno introdurre sanzioni penali in caso di limitazioni illecite della concorrenza.

A giudizio del Consiglio federale, la necessità di un intervento statale appare dubbia.

3.3.2 Conseguenze per i singoli attori economici

L'ampliamento dello strumentario con provvedimenti nei confronti dei collaboratori mira a un rafforzamento del diritto della concorrenza, che dovrebbe ripercuotersi positivamente sui mercati in cui esistono attualmente dei cartelli o in cui potrebbero svilupparsi in futuro. Il tutto dovrebbe ricadere a vantaggio dei consumatori, ma anche delle imprese attive a monte o a valle del mercato in questione. Dal momento che gli accordi orizzontali rischiano di limitare il margine di manovra delle imprese non aderenti al cartello, ma attive sullo stesso mercato (ad esempio attraverso la restrizione delle possibilità di vendita che il cartello impone ai fornitori), la loro posizione sul mercato potrebbe uscirne migliorata.

Alle imprese stesse si agevola l'attuazione di programmi di conformità. In caso di presunte violazioni della legislazione sui cartelli le imprese vengono però coinvolte maggiormente nelle procedure per effetto degli accertamenti molto più approfonditi (rispetto al diritto vigente), poiché le autorità d'inchiesta devono accertare le responsabilità dei singoli collaboratori in relazione alle pratiche illecite. Ciò risulta un problema nei casi in cui le indagini avviate si rivelano poi ingiustificate.

Le autorità d'inchiesta riscontreranno maggiori difficoltà nella realizzazione delle inchieste. In caso di provvedimenti amministrativi, l'onere supplementare è dato dalla difficoltà di individuare i collaboratori implicati e il loro comportamento all'interno dell'impresa nonché di dimostrare e valutare in che misura potrebbero compromettere la concorrenza anche in futuro. Tale onere dipende in particolare dal numero delle imprese e dei collaboratori che partecipano al cartello.

Nel caso delle inchieste penali l'impatto sulle procedure è maggiore. Da un lato infatti le autorità devono far fronte a un notevole onere (che dipende anche in questo caso dal numero di imprese e collaboratori implicati), dall'altro la procedura amministrativa nei confronti delle imprese rischia di essere toccata, o addirittura compromessa, dalla procedura penale contro le persone fisiche, e dalle incognite del suo svolgimento.

L'introduzione di due procedure distinte rappresenta senz'altro una misura cautelare fondamentale affinché la procedura penale contro le persone fisiche non faccia fallire quella amministrativa contro l'impresa. Infatti, nella procedura penale l'implicazione di ogni singolo collaboratore delle varie imprese che partecipano al cartello deve essere accertata in modo conforme ai criteri probatori previsti dal diritto penale.

Tuttavia sussiste il pericolo che le parti imputate cerchino di collegare le due procedure (quella contro l'impresa e quella contro le persone fisiche), di ritardarle e, nel peggiore dei casi, di portarle a una sospensione ingiustificata contestando vizi di procedura e insufficienza delle prove. Quest'ultimo pericolo sussiste, sebbene in

misura minore, anche per i provvedimenti amministrativi.

3.3.3 Conseguenze macroeconomiche

Le sanzioni amministrative e penali hanno per le persone fisiche un effetto deterrente maggiore rispetto alle sanzioni inflitte alle imprese. Inoltre possono aumentare la consapevolezza generale del diritto da parte dei cittadini, contribuendo quindi a un miglior rispetto delle norme. Il miglioramento dell'applicazione effettiva del diritto della concorrenza e l'aumento della pressione concorrenziale potrebbero portare a conseguenze positive per l'economia in generale.

Tale impatto benefico si contrappone tuttavia a spese e costi elevati sia per le autorità e i tribunali sia per le imprese e le persone fisiche. Per potersi attendere un influsso positivo sulla tutela della concorrenza in seguito all'ampliamento degli strumenti della legislazione sui cartelli è necessario che siano soddisfatte almeno le seguenti condizioni:

Innanzitutto l'ampliamento non deve fare in modo che le imprese attribuiscono ai propri collaboratori la responsabilità delle violazioni a tale legislazione. Salvo casi particolari, i reati in tale ambito non producono infatti benefici per i collaboratori, bensì determinano vantaggi economici per l'organizzazione alla quale appartengono. La sanzione finanziaria per l'impresa deve essere mantenuta in modo tale che le violazioni della normativa sui cartelli non risultino redditizie.

In secondo luogo l'ampliamento delle procedure previste dal diritto dei cartelli come indicato al punto 3.3.2 non deve fare in modo che l'esecuzione di tale diritto nei confronti delle imprese subisca una battuta d'arresto, dal momento che risulta ben funzionante e si ripercuote positivamente sulla concorrenza. Pertanto gli strumenti validi che oggi contribuiscono alla rilevazione dei cartelli non devono perdere di efficacia. Ciò vale in particolare per il sistema del bonus: qualora venisse preferita la variante penale piuttosto che quella amministrativa, non si potrebbe tener conto delle riserve di tipo giuridico in merito a tale sistema.

In terzo luogo occorre considerare gli oneri supplementari legati all'ampliamento dello strumentario in materia di cartelli. L'ampliamento dello strumentario senza un aumento delle risorse per le autorità comporterebbe un indebolimento del diritto della concorrenza, poiché verrebbero trattati minori casi.

In quarto luogo vanno considerate eventuali implicazioni sul mandato negoziale per un accordo di cooperazione con l'UE nel settore della concorrenza approvato dal Consiglio federale il 18 agosto 2010. L'elemento centrale di tale accordo è la regolamentazione dello scambio di informazioni, incluse quelle riservate. Sebbene l'accordo di cooperazione non miri a un'armonizzazione materiale delle due legislazioni, l'esistenza di disposizioni di diritto materiale e procedurale comparabili è il presupposto di una collaborazione più stretta. Al giorno d'oggi l'equivalenza delle disposizioni delle due parti è stata sostanzialmente raggiunta. L'introduzione di sanzioni penali e/o amministrative contro le persone fisiche allontanerebbe il diritto

svizzero dei cartelli dal diritto comunitario in materia di concorrenza, il che potrebbe complicare i negoziati o provocare certe riserve da parte dell'UE.

Contrapponendo a queste considerazioni un migliore effetto preventivo della LCart (le conseguenze dirette sono percepibili ora non solo dall'impresa, ma anche dai collaboratori, i quali rischiano un divieto di esercitare l'attività professionale e, nel caso della variante penale, come minimo un'iscrizione nel casellario giudiziale), il rapporto costi/rischi/benefici risulta migliore nel caso dei provvedimenti amministrativi che non in quello delle sanzioni penali. Il legislatore deve confrontare l'efficacia dell'ampliamento dello strumentario rispetto alla legislazione vigente tenendo conto dei rischi e dei costi cui si andrebbe incontro anche nel caso di provvedimenti di diritto amministrativo. Se i validi strumenti attuali⁴⁹ (in particolare l'interazione tra le sanzioni dirette contro le imprese, il sistema del bonus e le perquisizioni domiciliari) dovessero risentirne, il bilancio risulterebbe senz'altro negativo.

3.3.4 Altre regolamentazioni possibili

L'avamprogetto prevede due varianti: secondo le spiegazioni di cui al punto 1.2.3, nel caso dei provvedimenti amministrativi esiste anche l'opzione di imporre o il divieto di esercitare l'attività professionale al singolo collaboratore o il divieto di assunzioni all'impresa, anche se, considerata la proposta di confiscare in concomitanza i valori patrimoniali delle persone coinvolte nel cartello, è preferibile la prima variante (divieto di esercitare l'attività professionale). Nell'ambito degli accertamenti all'attenzione del Consiglio degli Stati in merito all'introduzione di sanzioni penali contro le persone fisiche nella legislazione sui cartelli sono state discusse, oltre alle soluzioni proposte in questa sede, altre due varianti di diritto amministrativo. Per quanto riguarda il motivo per cui le varianti «amministrazione» e «Autorità della concorrenza» non figurano più nel presente rapporto, rinviamo alle spiegazioni relative all'articolo 53b.

3.3.5 Idoneità all'attuazione

Nell'elaborazione del messaggio si è prestata molta attenzione agli aspetti pratici dell'attuazione. Diversamente da quanto accade con altri reati economici, oggi le procedure del diritto in materia di cartelli contro le imprese si concludono regolarmente con delle condanne, un aspetto positivo che va mantenuto. Qualora il dispositivo dovesse essere ampliato, il Consiglio federale privilegia l'introduzione di provvedimenti amministrativi, poiché in questo ambito si può far riferimento alla prassi esecutiva, in particolare nel settore della legislazione sui mercati finanziari. Nella variante di diritto penale l'idoneità all'attuazione sarebbe garantita dalle misure seguenti: creazione di una procedura separata che non ostacola l'assodata prassi di perseguimento e sanzionamento delle imprese, introduzione di una fattispecie penale

⁴⁹ Cfr. il rapporto del Consiglio federale del 25 marzo 2009 sulla valutazione, prevista all'art. 59a della legge sui cartelli, e proposte sull'ulteriore procedura e il rapporto di sintesi del gruppo di valutazione della legge sui cartelli.

separata per le violazioni della normativa sui cartelli da parte delle persone fisiche e introduzione di un sistema del bonus per queste ultime.

3.4 Altre conseguenze

Non ci sono altre conseguenze di rilievo (ad es. sulla politica estera, l'ambiente e il paesaggio, la pianificazione del territorio, la politica regionale, le agglomerazioni, le generazioni future, le pari opportunità tra uomo e donna, i disabili, la protezione dei dati).

4 Rapporto con il programma di legislatura

Il progetto di revisione non è stato preannunciato nel programma di legislatura dal momento che si basa su una mozione trasmessa dal Parlamento.

Appendice

Iniziativa parlamentare Kaufmann (08.443) del 13.6.2008: Multe contro i cartelli. Rischi per l'esistenza delle imprese

Testo depositato

Conformemente all'articolo 160 capoverso 1 della Costituzione federale e all'articolo 107 della legge sul Parlamento deposito la seguente iniziativa parlamentare:

La legge sui cartelli (LCart) è modificata come segue:

Art. 49a

...

Cpv. 3

...

Lett. b^{bis}

fino a che l'impresa prova di aver introdotto e applicato durevolmente un programma di rispetto delle norme legali sui cartelli adatto alla sua attività e al settore in cui opera;

...

Art. 55a

Chiunque, in violazione di obblighi di fedeltà legali o contrattuali che lo legano all'impresa, partecipi intenzionalmente e in maniera attiva a un accordo in materia di concorrenza secondo l'articolo 5 capoverso 3 e riunisce imprese che assieme rappresentano una parte di mercato superiore al 30 per cento è punito con una pena detentiva fino a tre anni o con una pena pecuniaria.

Art. 57

...

Cpv. 3

Se è stata chiesta una decisione di un tribunale o se la Commissione della concorrenza ritiene date le condizioni per una pena detentiva, il reato è sottoposto alla giurisdizione federale. In questo caso la Commissione della concorrenza trasmette gli atti al Ministero pubblico a destinazione del Tribunale federale. La trasmissione degli atti equivale all'accusa. Gli articoli 73-83 della legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo si applicano per analogia.

Motivazione

Le pene inflitte in caso d'infrazione al diritto sui cartelli possono minacciare l'esistenza delle imprese e portare dunque alla perdita di posti di lavoro di persone

non implicate nei fatti. Per questo motivo non devono essere punite le imprese, bensì le persone fisiche effettivamente colpevoli. Lo scopo della modifica dell'articolo 49a LCart è garantire che non venga inflitta alcuna sanzione contro imprese che hanno adottato un programma d'osservanza delle norme legali adeguato e che risponda a esigenze elevate. Con la proposta del nuovo articolo 55a LCart si vuole istituire la base necessaria per adottare sanzioni immediate contro le persone fisiche, fermo restando che l'elemento che costituisce l'infrazione è la violazione dell'obbligo di fedeltà legale o contrattuale nei confronti di un'impresa. Questo è il caso se sono commesse infrazioni contro il diritto sui cartelli nonostante i rigorosi dispositivi delle imprese per garantirne il rispetto. La violazione degli obblighi di fedeltà è intenzionale: non è sufficiente la fattispecie della negligenza. Nel caso in cui non venga inflitta una pena detentiva e in cui la persona fisica in questione non chieda che la multa sia giudicata da un tribunale, la modifica dell'articolo 57 capoverso 3 LCart prevede un decreto d'accusa da parte della Commissione della concorrenza. Si impone dunque l'istituzione di una competenza federale per evitare che i cantoni sviluppino giurisprudenze divergenti.

Elenco delle abbreviazioni e glossario

CEDU	Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («Convenzione europea dei diritti dell'uomo»)
CET-S	Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio nazionale
Comco	Commissione della concorrenza
CP	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (CP, RS 311.0)
CPP	Codice di procedura penale svizzero del 5 ottobre 2007 (CPP; RS 312.0)
DPA	Legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo (DPA; RS 313.0)
LCart	Legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart; RS 251).
LFINMA	Legge del 22 giugno 2007 concernete l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (Legge sulla vigilanza dei mercati finanziari, LFINMA; RS 956.1)
OAPub	Ordinanza dell'11 dicembre 1995 sugli acquisti pubblici (OAPub; RS 172.056.11)
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
OS LCart	Ordinanza del 12 marzo 2004 sulle sanzioni in caso di limitazioni illecite della concorrenza (LCart – Ordinanza sulle sanzioni, OS LCart; RS 251.5)
PA	Legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA; RS 172.021)
UE	Unione europea

