

Liber  
Amicorum  
Anne Petitpierre-Sauvain

# Economie Environnement Ethique

De la responsabilité sociale  
et sociétale

Edité par  
Rita Trigo Trindade  
Henry Peter  
Christian Bovet

# La dimensione sociale negletta della Legge sui cartelli

MARCO BORGHİ\* e FEDERICA DE ROSSA GISIMUNDO\*\*

## I. Introduzione

Abbiamo conosciuto Anne in occasioni diverse, in seno alla Comco e nel contesto di un programma di Master all'USI, ma entrambi congiuntamente abbiamo immediatamente apprezzato la sensibilità etica del suo messaggio e la sua capacità di tradurlo in termini giuridici, in particolare integrando nella nozione di libertà economica fattori quali la sostenibilità dell'evoluzione del mercato; è questo d'altronde il settore nell'ambito del quale indirizziamo la nostra ricerca ed è quindi per questi motivi che le dedichiamo un testo comune, inoltre redatto nella lingua delle sue radici e delle nostre cordiali quanto troppo sporadiche conversazioni.

Il tema è anche attuale, perché, in un'epoca nella quale le «leggi» della concorrenza rivendicano sempre maggiore forza espansiva, occorre sul piano giuridico interrogarsi sulla effettiva funzione peculiare del diritto *antitrust* e sulla legittimità della prassi delle autorità di applicazione, che tendono ad interpretarlo sulla base di criteri esclusivamente economicistici e a riconoscergli una vera e propria funzione deregolatrice.

## II. Criteri economicistici e funzione deregolatrice

In effetti, occorre constatare che il testo dell'attuale Legge sui cartelli è impregnato di nozioni affette da palese economicismo, quali ad esempio le nozioni di concorrenza efficace e di efficienza economica. Quest'ultima in particolare, che costituisce da un lato un motivo suscettibile di giustificare accordi in materia di concorrenza (art.5 LCart) e d'altro lato il criterio dirimente per rendere applicabile la procedura di autorizzazione eccezionale da parte del Consiglio federale (art.8 LCart), secondo l'interpretazione più invalsa dell'art.5 cpv.2 LCart, consente alle autorità della concorrenza di prendere in considerazione unicamente aspetti di natura concorrenziale, operando un bilancio economico degli effetti dell'accordo (nel senso che i vantaggi economici dell'accordo devo-

---

\* Professore nelle Università di Friburgo e della Svizzera italiana, già membro della Commissione della concorrenza.

\*\* Dr. iur., Maître-assistante all'Istituto di diritto dell'Università della Svizzera italiana.

no superare gli svantaggi di analoga natura)<sup>1</sup>. Tale scelta esclude dal bilancio qualsiasi motivo giustificativo estraneo al processo economico, anche qualora esso rappresenti un interesse pubblico rilevante. L'argomento che dovrebbe giustificare tale esclusione è apparentemente fondato sulla sistematica della legge che demanda tale esame al Consiglio federale nell'ambito della procedura di autorizzazione eccezionale istituita dall'art. 8 LCart. Tuttavia una parte della dottrina ha pertinentemente criticato il carattere restrittivo e riduttivo della possibilità di recepire gli interessi pubblici estranei alla concorrenza, in ragione della natura eccezionale della clausola e della procedura, attivabile quest'ultima solo su domanda delle imprese interessate (e non del cittadino-consumatore)<sup>2</sup> e che si rivela problematica anche dal profilo del diritto costituzionale<sup>3</sup>.

Addirittura, il bene comune, filo conduttore della politica della concorrenza, sarebbe da assimilare unicamente alla nozione di *benessere economico*, ciò che escluderebbe che la politica della concorrenza possa servire anche alla realizzazione di altri scopi costituzionali, segnatamente alla protezione dell'ambiente<sup>4</sup>.

Inoltre, sia a livello comunitario che svizzero, si afferma la tendenza delle autorità della concorrenza ad applicare il cosiddetto « *more economic approach* », un approccio che ricorre a modelli microeconomici e a metodi di analisi quantitativi, partendo dal presupposto che essi costituiscono un valido strumento per valutare gli effetti sul mercato di pratiche che limitano la concorrenza. Questa « nuova politica della concorrenza » può recepire solo quanto è misurabile e trascura l'aspetto della libertà economica delle imprese e della protezione della loro personalità economica per concentrarsi riduttivamente su risultati meramente economici (valuta infatti le restrizioni private della concorrenza esclusivamente dal punto di vista dell'efficienza economica) ed è anche discutibile dal profilo democratico, poiché, in realtà, è suscettibile di condurre all'applicazione

---

<sup>1</sup> BORER J., *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurigo (Orell Füssli) 1998, art. 5, N 35; GUGLER P., ZURKINDEN P., *Commentaire Romand Concurrence*, P. TERCIER, C. BOVET (a cura di), Ginevra, Basilea, Monaco (Helbing & Lichtenhahn) 2002, art. 5, N 92 segg.

<sup>2</sup> La procedura è infatti avviata solo su richiesta degli interessati, a seguito di una decisione che abbia dichiarato illecita una forma di limitazione della concorrenza. Questa formulazione negativa esclude di fatto, segnatamente per le operazioni di concentrazione autorizzate dalla Commissione, la possibilità di prendere in considerazione interessi pubblici di natura sociale, che dovrebbero piuttosto comportare il rifiuto dell'autorizzazione.

<sup>3</sup> Sul tema si veda BORGI M., *La legislazione sulla concorrenza: uno strumento per la democrazia?*, in: « La nuova legge sui cartelli », M. BORGI, L. CAIMI (a cura di), Lugano (CFPG e Helbing & Lichtenhahn) 1999, pag. 13 con rif., nonché HANGARTNER Y., PRÜMMER F., *Die ausnahmsweise Zulassung grundsätzlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen und Unternehmenszusammenschlüsse*, *Pratique juridique actuelle* 9/2004, pag. 1093 segg.

<sup>4</sup> HOFFET F., *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, E. HOMBURGER, B. SCHMIDHAUSER, F. HOFFET, P. DUCREY (a cura di), Zurigo (Schulthess) 1996, art. 5, N 98.

di modelli economici da parte delle autorità della concorrenza che esulano dagli scopi attuali della legislazione sui cartelli<sup>5</sup>.

Infine, in relazione all'attività economica della collettività pubblica, all'art. 3 cpv. 1 LCart, che disciplina la relazione tra la legge e le prescrizioni che vietano la concorrenza su un determinato mercato, sempre più viene riconosciuta una cosiddetta *Deregulierungsfunktion*, proponendo che ad un'interpretazione estensiva della nozione di impresa prevista all'art. 2 LCart (che comprenda anche ogni forma di attività imprenditoriale dello Stato) corrisponda un'interpretazione molto restrittiva della suddetta riserva. Tale approccio conduce le autorità della concorrenza ad applicare il diritto antitrust anche sui mercati tradizionalmente caratterizzati dalla presenza di obblighi di servizio pubblico e ad esaminare da un profilo meramente economico le restrizioni della concorrenza provocate dai servizi industriali cantonali o comunali incaricati dell'esecuzione di compiti pubblici; la liberalizzazione dei mercati avverrebbe così mediante il riconoscimento di una « forza espansiva » del diritto della concorrenza nel settore dell'economia pubblica<sup>6</sup>.

Su queste premesse, anche il Tribunale federale ha forzato l'apertura del mercato elettrico riconoscendo un diritto di accesso alla rete da parte di terzi fondato sulla legislazione sui cartelli, rilevando che il mandato affidato dalla legislazione cantonale all'azienda elettrica friborghese (EEF) di assicurare l'approvvigionamento di energia elettrica sul territorio, pur costituendo un compito pubblico, non implica automaticamente il riconoscimento di un diritto esclusivo di fornire la corrente ai consumatori finali. L'eventualità che in condizioni particolari di mercato possa non più essere garantito l'approvvigionamento, ciò che in realtà costituisce il compito primario del servizio pubblico, non ha impedito ai giudici federali di rilevare laconicamente che simili considerazioni di natura politica (susceptibili di giustificare un'esclusione della concorrenza) sarebbero rilevanti per l'applicazione della LCart solo se fossero state concretizzate in una prescrizione speciale ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 LCart, ciò che nella fattispecie non si è verificato, un monopolio di fatto non essendo sufficiente a tal fine<sup>7</sup>. Tale soluzione è stata opportunamente criticata da una parte della dot-

<sup>5</sup> KÜNZLER A., *Rechtlicher Regelungsrahmen und ökonomische Analysen im Kartellrecht*, in: Pratique juridique actuelle 9/2008, pag. 1074 segg.

<sup>6</sup> AMSTUTZ M., *Neues Kartellrecht und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen – Thesen zur Deregulierungsfunktion*, Pratique juridique actuelle 7/1996, pag. 886 segg. e RENTSCH R., *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht: die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten*, Basilea, Ginevra, Monaco (Helbing & Lichtenhahn) 2000, pag. 174 segg. Sul tema si veda anche DE ROSA GISIMUNDO F., *Il servizio pubblico, strumento di effettività dei diritti fondamentali del cittadino*, Zurigo (Schulthes) 2009, pag. 240 segg., con riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>7</sup> DTF 129 II 497, consid. 5.4.10. Tale interpretazione si è imposta, secondo il TF, anche alla luce della nuova legge cantonale sulla distribuzione di elettricità che ha espressamente voluto sopprimere il compito pubblico dell'approvvigionamento (consid. 5.5.).

trina<sup>8</sup>, che ha rilevato da un lato come il Tribunale federale si sia fondato su una mera legge quadro quale è la LCart per giustificare l'esistenza di un'asserita obbligazione di diritto federale di liberalizzare il settore dell'elettricità anche in assenza di una legge esplicita in tal senso<sup>9</sup>, per di più ignorando la circostanza che un progetto di legge federale sul mercato dell'energia elettrica era da poco stato respinto in votazione popolare con un rifiuto che venne interpretato proprio come l'espressione di una volontà di opporsi ad una liberalizzazione incontrollata del mercato stesso. D'altro lato, contraddittoriamente, i giudici si sono invece mostrati più rigorosi nei confronti del legislatore cantonale obbligandolo ad instaurare un monopolio di diritto qualora egli intenda evitare lo smantellamento dei servizi industriali storici.

Un secondo esempio in altro settore illustra il carattere problematico di una prassi semplicisticamente rivolta a realizzare la massima deregolamentazione possibile; è il caso tipicamente dell'intento della Commissione di promuovere l'abrogazione di tariffe professionali o di altra natura nell'apodittica considerazione secondo cui, costituendo esse un intralcio al mercato, la loro eliminazione produrrebbe necessariamente e indiscutibilmente condizioni migliori per i consumatori<sup>10</sup>. Di fatto, se verosimilmente l'assenza di tariffe minime può migliorare la libertà economica dei contraenti, per contro il mantenimento di tariffe massime (invece sempre aborrito dalla Commissione) presenta evidenti vantaggi sul piano della protezione sociale del consumatore, il quale sovente riveste il ruolo di parte debole nella contrattazione trovandosi in una posizione di inferiorità se non di sudditanza psicologica nei confronti del prestatore del servizio.

Tale approccio misconosce la funzione sociale del diritto della concorrenza ed è pure incompatibile con la lettura della Costituzione come insieme omogeneo di valori fondamentali.

---

<sup>8</sup> Cfr. al riguardo l'interessante contributo di MANFRINI P. L., *Libéralisations, privatisations qui décide ?*, in : « Diritto senza devianza, Studi in onore di Marco Borghi », G. CORTI, M. MINI, J. NOSEDA, M. POSTIZZI (a cura di), Bellinzona, Basilea, Ginevra, Monaco (Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e Helbing & Lichtenhahn) 2006, pag. 439 segg.

<sup>9</sup> La nuova Legge federale sull'approvvigionamento elettrico, che peraltro prevede specifiche disposizioni intese a mantenere il servizio pubblico in questo settore, non era infatti ancora entrata in vigore all'epoca della sentenza.

<sup>10</sup> Per un esempio, cfr. la Raccomandazione della Comco in merito alla Tariffa dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino, Diritto e politica della concorrenza (DPC) 2001/3, pag. 577 segg. Si veda altresì la Comunicazione della Comco concernente le condizioni per l'ammissibilità, conformemente alla legge sui cartelli, d'accordi sull'utilizzazione di schemi di calcolo.

### III. La funzione peculiare della LCart

Dalle sue origini, in effetti, la legislazione sulla concorrenza persegue la dispersione (mediante la sua coordinazione e limitazione) del potere economico sul mercato<sup>11</sup> che, se eccessivo, indipendentemente dal suo carattere pubblico o privato, nuoce al corretto funzionamento del mercato stesso impedendovi l'accesso in condizioni di pari opportunità e, d'altro lato, ostacola la realizzazione dei diritti fondamentali ed il sano funzionamento della democrazia<sup>12</sup>. Come rileva significativamente Giuliano Amato, già Presidente dell'Antitrust italiano, l'antitrust « non fu inventato né dai tecnici del diritto commerciale, che ne divennero peraltro i primi specialisti, né da quegli stessi economisti, che pure gli forniscono il più solido retroterra culturale. Fu invece voluto da politici e (in Europa) studiosi attenti ai pilastri dei sistemi democratici, che videro in esso una risposta (se non in qualche caso « la » risposta) a un problema cruciale per la democrazia: l'insorgere dell'impresa, espressione in quanto tale di una fondamentale libertà dei singoli, dell'opposto fenomeno del potere privato, un potere privo di legittimazione e pericolosamente capace di attentare non solo alla libertà economica degli altri privati, ma anche all'equilibrio delle decisioni pubbliche esposte alla sua forza prevaricante »<sup>13</sup>. La stessa matrice è peraltro individuabile anche nell'antitrust americano che pure, nelle sue prime impostazioni, « porta su di sé sia il peso dell'efficienza economica, sia quello dell'efficienza democratica, l'una e l'altra identificate in pari misura nella dispersione del potere, tanto nel mercato quanto nelle istituzioni »<sup>14</sup>.

Vi sono quindi, sempre secondo l'autore, due limiti che, in una società democratica, non dovrebbero mai essere travalicati: l'uno, al di là del quale comincia a prendere corpo il potere non legittimato dei privati, suscettibile di diventare una minaccia per le libertà degli altri; l'altro, oltre il quale diviene illegittimo il potere legittimo del pubblico (ove esso si ingigantisca sino a distruggere le libertà che era chiamato a proteggere)<sup>15</sup>; il diritto antitrust è posto

<sup>11</sup> Alcuni autori attribuiscono al diritto della concorrenza la funzione di equilibrare, se non addirittura « addomesticare » il potere economico: cfr. in tal senso MERZ H., *Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönliche Freiheit?*, Wirtschaft und Recht 1966, pag. 3: « Was als « Kartellgesetz » bezeichnet wird, hat eine Bekämpfung oder doch eine Domestizierung der übermässigen privaten Wirtschaftsmacht zum Ziel, soweit diese Macht den Wettbewerb beschränkt oder unterdrückt »; cfr. altresì BÜHLMANN H., *Wettbewerb als Grundnorm der schweizerischen Wirtschaftsverfassung*, in: *Wirtschaft und Recht* 1979, pag. 180e HOMBURGER E., *Recht und private Wirtschaftsmacht*, Zurigo (Schulthess) 1993, N 84.

<sup>12</sup> BORGHI (1999), pag. 14. Anche HOMBURGER (1993), N 168 osserva che: « die Existenz privater wirtschaftlicher Machtstellungen kann also die Funktionsfähigkeit des demokratischen Willensbildungsprozesses gefährden ».

<sup>13</sup> AMATO G., *Il potere e l'antitrust*, Bologna (Il Mulino) 1998, pag. 8.

<sup>14</sup> Id., pag. 94 seg.

<sup>15</sup> Id., pag. 9.

di fronte al dilemma (il «dilemma del potere») di determinare dove si situi il loro equilibrio ottimale.

Tale funzione peculiare è reperibile anche nella LCart, la cui matrice è appunto individuabile nell'indissociabile binomio costituito dall'esigenza di tutela contestuale del mercato e della cosiddetta personalità economica degli attori sul mercato.

## A. Tutela del mercato

Per quanto attiene a questo primo aspetto, occorre sottolineare che, in virtù dell'art. 96 Cost. fed., il diritto della concorrenza è preposto a «lottare contro gli effetti economicamente o socialmente nocivi delle distorsioni della concorrenza» e non ad imporre la concorrenza fine a sé stessa. Questo parametro, che fornisce la risposta al «dilemma del potere» evocato sopra, costituisce la soglia di intervento delle autorità antitrust ed è supposto orientare la politica della concorrenza verso l'interesse generale<sup>16</sup>. La norma costituzionale esige tuttavia che solo le conseguenze economicamente o socialmente nocive delle limitazioni della concorrenza siano sanzionate dalla legislazione sui cartelli<sup>17</sup>.

Ne consegue da un lato che quando la concorrenza fine a sé stessa può provocare un disastro ecologico o sociale, la sua promozione o la sua protezione non sono più tutelate dallo scopo costituzionale e che, d'altro lato, quando l'attività economica statale che genera restrizioni della concorrenza non ha conseguenze simili, ma è invece intesa a garantire la realizzazione di interessi pubblici di pari valore (segnatamente la coesione sociale e territoriale, nel caso delle imprese incaricate dell'assolvimento di una missione di servizio pubblico), essa non deve essere *a priori* vietata. In questo senso, in una recente sentenza dove il Tribunale federale è stato chiamato a valutare l'ammissibilità di un'iniziativa ginevrina volta ad introdurre nella costituzione cantonale un monopolio di diritto a favore dei Servizi industriali cantonali per la distribuzione di elettricità e acqua, i giudici hanno sottolineato che l'obiettivo di evitare privatizzazioni nel settore della fornitura di elettricità e speculazioni finanziarie costituisce una pura misura di politica economica, inammissibile alla luce degli art. 27 e 94 Cost. fed., ma che, nella misura in cui l'iniziativa è volta ad evitare «liberalizzazioni selvagge» garantendo la sicurezza degli approvvigionamenti, una distribuzione ed un'utilizzazione dell'energia parsimoniosa con tariffe idonee ad incoraggiare risparmi energetici, nonché lo sviluppo prioritario di energie rin-

---

<sup>16</sup> Cfr. RHINOW R., SCHMID G., BIAGGINI G., *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basilea, Francoforte (Helbing & Lichtenhahn) 1998, pag. 429 e Messaggio del Consiglio federale concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza del 23 novembre 1994: FF 1995 I, pag. 389 segg., pag. 393.

<sup>17</sup> ZÄCH R., *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. ed., Berna (Stämpfli) 2005, pag. 55.

novabili ed il rispetto dell'ambiente, la sua ammissibilità non è contestabile, poiché essa persegue obiettivi di politica sociale ed ambientale conformi alla costituzione economica<sup>18</sup>. Inoltre, in relazione all'esame di proporzionalità della misura, i giudici hanno opportunamente ammesso che tra un sistema di monopolio ed un sistema di autorizzazione preliminare in un regime di libera concorrenza, il primo permette di assicurare in maniera più sicura, efficace ed economica (conveniente dal profilo dei costi) per la collettività gli obiettivi d'interesse generale fissati dalla costituzione cantonale, mentre, in assenza di una legge che regolamenti l'accesso al mercato dell'elettricità, una liberalizzazione attuata mediante le sole regole della concorrenza, senza una regolamentazione quadro, presenta inconvenienti importanti<sup>19</sup>.

Del resto, un intervento statale nel mercato inteso a compensare o correggere eventuali effetti indesiderabili e socialmente nocivi di una concorrenza « selvaggia » è anche giustificato da un punto di vista prettamente economico, poiché consente di evitare i costi sociali generati da determinati processi economici: è il caso ad esempio delle interruzioni di fornitura di energia elettrica alle economie domestiche in caso di mancato pagamento delle bollette, che, oltre a ledere i diritti fondamentali dell'uomo, generano una cosiddetta esternalità negativa, poiché il costo del successivo intervento della collettività inteso ad assistere l'economia domestica in difficoltà ponendo rimedio al disagio (materiale e sociale) provocato da tale misura non è assunto dall'impresa che ha tratto un beneficio dall'interruzione della fornitura<sup>20</sup>.

Così inteso, anche l'art. 96 Cost. fed. (ed il limite rappresentato dalla menzione nel testo costituzionale degli aspetti *socialmente* nocivi della concorrenza) permette perlomeno di contrapporsi ad una ideologia totalmente liberista. L'attuazione di questa politica deve pertanto tener conto dell'intero contesto costituzionale, ossia di tutti gli obiettivi cui la Costituzione ha conferito rango di valori fondamentali: assumendo che la libertà economica è un diritto dell'uomo, è perlomeno discutibile che l'organizzazione dell'economia secondo il principio dell'economia di mercato sia in quanto tale un'esigenza dell'uomo<sup>21</sup> e, d'altro lato, la portata istituzionale accordata alla libertà economica non conferisce al singolo alcuna protezione costituzionale contro la concorrenza di una collettività pubblica<sup>22</sup>. In tal senso, anche il Tribunale federale ha esplicitamente rammentato che la liberalizzazione *per se* non costituisce un principio costituzionale. Così, ha ad esempio conseguentemente negato l'esistenza di un obbligo

<sup>18</sup> DTF 132 | 282, consid. 3.5.

<sup>19</sup> DTF 132 | 282, consid. 3.6.

<sup>20</sup> Cfr. al riguardo DE ROSSA GISIMUNDO (2009), pag. 102 segg. con rif.

<sup>21</sup> BORGHI M., DE ROSSA F., *Compendio di diritto dell'economia*, 2. ed., Lugano, Basilea (CFPG e Helbing & Lichtenhahn) 2007, pag. 71.

<sup>22</sup> Cfr. per molti RHINOW, SCHMID, BIAGGINI (1998), pag. 372 seg. e 375 seg. (con rif.).

della Confederazione derivante dalla funzione istituzionale della libertà economica di promuovere l'apertura ulteriore del mercato delle telecomunicazioni, segnatamente di rendere accessibile il cosiddetto « ultimo miglio » smantellando il monopolio di Swisscom: va infatti osservato che, mostrando maggiore coerenza rispetto alla summenzionata sentenza relativa all'apertura del mercato elettrico friborghese<sup>23</sup>, i giudici hanno concluso che un'ordinanza del Consiglio federale non costituisce una base legale sufficiente per stabilire un obbligo di interconnessione all'infrastruttura che consente l'accesso diretto ai clienti (sulla quale fino ad allora l'operatore storico disponeva di un monopolio), affermando così perlomeno il ruolo irrinunciabile di un dibattito democratico in relazione ad una decisione di liberalizzazione del mercato<sup>24</sup>.

D'altro canto, non è possibile ontologicamente riconoscere alla libertà economica carattere preminente rispetto agli altri principi e valori costituzionali<sup>25</sup>. Pertanto, nella misura in cui un ordinamento economico deve rispettare tutti gli imperativi dettati da interessi pubblici superiori, le politiche statali non devono *a priori* essere considerate provvedimenti non conformi alla libertà economica, ma possono talvolta addirittura essere preposti a rafforzarla. I valori democratici e sociali (umanitari, economici, ecologici e culturali) sono elementi che concorrono alla realizzazione di un ordinamento nel quale la concorrenza funzioni e generi benessere senza necessariamente costituire una restrizione alla libertà economica, bensì semplicemente la concretizzazione del suo contenuto, sicché l'attore economico toccato dalla misura non sempre può invocare una violazione della libertà economica<sup>26</sup>. In particolare, il principio di sviluppo sostenibile sancito dall'art. 73 Cost. fed., che esprime un concetto tridimensionale che contempla aspetti ecologici (la protezione dell'ambiente), sociali (la solidarietà verso le generazioni future) ed economici (lo sfruttamento efficiente delle risorse naturali)<sup>27</sup>, e ben evidenzia la necessità di una coordinazione dei

---

<sup>23</sup> Cfr. *supra*, cap. II.

<sup>24</sup> DTF 131 II 13. Sulla sentenza, si veda ampiamente il citato contributo di MANFRINI (2006), pag. 443 segg.

<sup>25</sup> «Die BV garantiert darum die Wirtschaftsfreiheit nicht im Sinne eines wirtschaftspolitischen Dogmas, sondern im Sinne eines möglichst schonenden Einsatzes von Zwangsordnungen und -massnahmen. Dadurch soll der Bereich des Wirtschaftens möglichst beweglich, lernfähig an den Bedürfnissen konkreter Menschen orientiert und vor erstarrenden Strukturen geschützt bleiben. Im Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit der BV äussert sich eher der Popper'sche Gedanke von trial and error bzw. der Falsifikation, auch als Motor gesellschaftlicher Bewegung und wirtschaftlicher Entwicklung, als die (affirmative) Festlegung auf irgend ein abschliessend definiertes Wirtschaftssystem», MÜLLER J. P., *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in: «Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse», D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J. P. MÜLLER (a cura di), Zurigo (Schulthess) 2001, pag. 629.

<sup>26</sup> AUER A., MALINVERNI G., HOTTELIER M., *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, 2. ed., Berna (Stämpfli) 2006, pag. 449 segg.

<sup>27</sup> «Der Schutz der Umwelt, gesellschaftliche Solidarität und wirtschaftliche Effizienz sind mit anderen Worten die drei wichtigsten Dimensionen des Begriffs der Nachhaltigkeit.»: cfr. MADER L., *Die Sozial- und Umweltverfassung*, Pratique juridique actuelle 6/1999, pag. 703 seg.

valori costituzionali, non esclude l'economia di mercato ma ne definisce il contenuto integrando considerazioni etiche ed ecologiche nei meccanismi del mercato<sup>28</sup>: come sostiene la nostra festeggiata «... le développement durable est, en soi, un concept économique. Il s'agit ici de considérer la liberté économique, dans sa fonction institutionnelle comme intégrant le facteur de durabilité dans la notion même d'économie de marché. Dès lors, l'« ordre économique fondé sur le marché », que l'on évoque souvent pour faciliter la compréhension de la liberté économique, ne mérite la qualification d'« ordre » que si le marché en question permet de satisfaire l'exigence de « durabilité ». Dans l'analyse économique, cette exigence correspond à celle d'intégration (ou internalisation) des coûts sociaux et environnementaux »<sup>29</sup>.

In quest'ottica, senza voler ignorare l'innegabile volontà storica del legislatore che, sopprimendo il cosiddetto metodo del saldo e istituendo l'ineffettiva procedura di autorizzazione eccezionale dell'art. 8 LCart, ha inteso privare le autorità della concorrenza del potere di operare un esame globale degli effetti utili e nocivi di una restrizione della concorrenza, occorre nondimeno ammettere che una valutazione puramente economicistica delle pratiche collusive è incompatibile con l'esigenza di garantire un'interpretazione della legge sui cartelli conforme alla costituzione.

In particolare, un'interpretazione troppo riduttiva della clausola dell'art. 5 cpv. 2 LCart e della nozione di efficienza economica in essa contenuta è suscettibile di provocare un inasprimento intollerabile della legge nei confronti delle imprese pubbliche o private incaricate di un compito pubblico. In effetti, assumendo che, come visto, anche la garanzia di prestazioni sociali minime o del rispetto di esigenze ecologiche in occasione della fornitura di un determinato servizio facciano parte della funzione sociale, rispettivamente ambientale della libertà economica e concorrano a definirne il contenuto, tali interessi non sono necessariamente estranei al processo economico, ma sono semmai deputati a correggere gli effetti perversi dell'economia di mercato, sostanzialmente a realizzare diritti ed obiettivi sociali in tale contesto. In tal senso, una parte della dottrina ammette opportunamente che il vantaggio in termini di efficienza economica ottenuto con un accordo non debba limitarsi alla pura rendita cartellistica ma vada considerato nel contesto economico generale: esso ha quindi natura economico-politica e può contemplare segnatamente la conformità dei prodotti alle esigenze ambientali<sup>30</sup>. Così, è possibile considerare che il concetto di « sfrut-

<sup>28</sup> Sul tema, cfr. PETITPIERRE-SAUVAIN A., *Fondements écologiques de l'ordre constitutionnel suisse*, in: « Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse », D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J. P. MÜLLER (a cura di), Zurigo (Schulthess) 2001, pag. 579 segg.

<sup>29</sup> PETITPIERRE-SAUVAIN A., *Que fait le développement durable dans la Constitution fédérale?*, in: « Aux confins du droit: essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand », A. AUER, J.-D. DELLEY, M. HOTTELLIER, G. MALINVERNI (a cura di), Basilea, Ginevra, Monaco (Helbing & Lichtenhahn) 2001, pag. 563 seg.

<sup>30</sup> BORER (1998), art. 5, N 34, e ZÄCH (2005), pag. 196; cfr. altresì DTF 129 II 18, pag. 46.

tamento razionale delle risorse » contenuto nell'art. 5 cpv. 2 lett. a LCart si riferisce a (e giustifichi) accordi destinati ad ottimizzare sia le risorse dell'impresa, sia le risorse naturali, dal profilo ecologico, poiché, come detto, anche il rispetto dei parametri ecologici rappresenta un importante indizio di efficienza economica e costituisce in tal senso un parametro concorrenziale. Analogamente, ammettendo che la condizione della necessità di « ridurre il costo di produzione o di distribuzione » (art. 5 cpv. 2 lett. a LCart) riguarda la messa a punto di un sistema più razionale non solo dal profilo tecnico o organizzativo, ma anche ecologico, possono essere giustificati anche accordi intesi ad attuare processi di produzione o distribuzione rispettosi dei parametri ecologici: in effetti, un processo di produzione conforme alle necessità ambientali è ottimale anche da un punto di vista microeconomico, nella misura in cui permette di evitare danni ecologici la cui riparazione causerebbe costi elevati all'impresa<sup>31</sup>. Infine, alla stessa stregua, è possibile considerare che anche aspetti di politica sociale e culturale sono suscettibili di rientrare nella nozione di efficienza economica qualora diventino un parametro concorrenziale ed esplichino un vantaggio nel contesto economico generale; in questo senso si è espresso il Tribunale federale nella sentenza resa in relazione ad un accordo dell'associazione degli editori e dei librai per la vendita in Svizzera di prodotti editoriali in lingua tedesca a prezzo vincolato<sup>32</sup>: il Tribunale federale ha stabilito che l'accordo potrebbe essere giustificato da motivi di efficienza economica nella misura in cui, permettendo di finanziare libri di alto valore culturale ma commercialmente non redditizi, favorisse l'estensione qualitativa e quantitativa della produzione e dell'offerta dei libri<sup>33</sup>, poiché in tal caso sarebbe necessario per « migliorare il prodotto » ai sensi dell'art. 5 cpv. 2 lett. a LCart (intendendo per « prodotto » l'assortimento completo dei libri); analogamente, il Tribunale federale ha ammesso che anche l'argomento della necessità di « promuovere la diffusione delle conoscenze tecniche e professionali » e di « sfruttare più razionalmente le risorse » avrebbe potuto giustificare tale accordo, ritenuto che, secondo i giudici, la nozione di risorse contempla anche i beni pubblici e le risorse naturali, come pure « *die Nutzung des in der Menschheit vorhandenen Wissens* »<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> ZÄCH (2005), pag. 198 e 202 seg. e, nello stesso senso, DTF 129 II 18, consid. 10.3.2. *Contra*: CHABLOZ I., *L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence: étude de droit suisse et comparé*, tesi, Friburgo (Editions Universitaires Fribourg) 2002, pag. 188 seg. con rif.

<sup>32</sup> DTF 129 II 18.

<sup>33</sup> Non disponendo di tutti gli elementi di fatto necessari a rispondere a tale questione, il Tribunale federale non ha tuttavia risolto il caso ed ha rinviato gli atti alla Commissione della concorrenza.

<sup>34</sup> DTF 129 II 18, consid. 10.3.2./3. La Commissione della concorrenza, chiamata ad esaminare nuovamente il caso a seguito del rinvio degli atti da parte del TF, ha tuttavia ribadito che nemmeno alla luce delle considerazioni contenute nella sentenza del Tribunale federale è possibile giustificare gli intralci notevoli alla concorrenza dovuti all'accordo *Sammelrevers* con motivi di efficienza economica (DPC 2005/2, pag. 269 segg.). Tale decisione è stata infine confermata anche dal Tribunale federale, che ha in particolare ammesso che, dal profilo probatorio, anche nel campo della normativa sulla concorrenza

Un'altra incongruenza logica di un approccio dicotomico fra aspetti economici *stricto sensu* e portata sociale della libertà economica è evidenziata anche dalla difficoltà oggettiva in cui si è trovata la Comco dovendo giudicare la decisione di ETA SA<sup>35</sup> di interrompere completamente la fornitura di movimenti grezzi alle piccole imprese mettendo così in pericolo la loro stessa esistenza: la Comco si è infatti trovata costretta di fatto a salvaguardare il mercato del lavoro locale costituito dalla rete di piccole imprese che lavoravano su tali componenti e che dipendevano commercialmente completamente da ETA SA, aggrappandosi all'argomento secondo cui tale decisione di ETA SA è configurabile quale rifiuto illecito di intrattenere relazioni commerciali ed è quindi abusiva ai sensi della legge<sup>36</sup>.

D'altro lato, ancora nel campo dell'attività economica dello Stato in relazione ai servizi pubblici, la funzione deregolatrice riconosciuta all'art. 3 cpv. 1 LCart appare incompatibile sia con la volontà storica del legislatore (il quale ha previsto la riserva proprio al fine di preservare, nel contesto delle liberalizzazioni, gli obblighi di servizio universale degli ex-monopoli statali ed i relativi diritti speciali, accordando in tale ambito alle autorità della concorrenza un potere di intervento soltanto indiretto<sup>37</sup>), sia con un'interpretazione sistematica e teleologica della legge, che impone di considerare la norma come uno strumento di coordinazione tra il diritto della concorrenza e gli interessi generali legati all'attuazione delle politiche statali in ambito economico (segnatamente nel contesto dei servizi pubblici dove devono prevalere considerazioni di universalità e di solidarietà) contemperando, sul piano materiale, gli interessi degli attori economici al libero esercizio della propria attività economica con le scelte contenute nella costituzione economica, ambientale, sociale e culturale. Inoltre, l'attribuzione di una funzione deregolatrice alla riserva contenuta nella legge sui cartelli è suscettibile di ledere il principio del federalismo e l'autonomia comunale, poiché consente al principio di concorrenza (che per di più, come visto, non ha valore preponderante) di limitare i cantoni ed i comuni nella loro facoltà di adottare, nell'ambito della loro autonomia e competenza, misure di intervento volte a garantire obiettivi legati allo sviluppo sostenibile o alla coesione territoriale e sociale. Così, ad esempio, l'interpretazione conforme alla Costituzione della riserva non intacca la possibilità per un Cantone di istituire un monopolio a favore dei servizi industriali per la distribuzione di elettricità, a condizione che esso non sia contrario alla libertà economica (siccome persegue obiettivi di politica sociale ed ambientale) e sia preferibile, dal profilo del

---

deve valere il principio della verosimiglianza preponderante e che, in tali limiti, l'efficienza economica non era stata *in casu* dimostrata (sentenza TF del 6 febbraio 2007, 2A.430/2006).

<sup>35</sup> ETA SA Manufacture Horlogère Suisse è una filiale dello Swatch Group che occupa una posizione dominante sul mercato svizzero dei movimenti grezzi fino a 300 franchi.

<sup>36</sup> DPC 2005/1, pag. 128 segg.

<sup>37</sup> Si vedano gli art. 45 e 46 LCart.

principio di proporzionalità, ad una situazione di liberalizzazione attuata solo mediante le regole della concorrenza<sup>38</sup>. D'altra parte, tale interpretazione evita che un regolamento comunale dell'azienda elettrica o del gas contenente una norma intesa a realizzare fini sociali o ecologici venga snaturata attraverso un'applicazione restrittiva dell'art. 3 cpv. 1 LCart tale da rendere competente la Commissione della concorrenza, con il risultato paradossale che quest'ultima, a seguito della soppressione del metodo del saldo, ne potrebbe valutare l'ammissibilità unicamente dal profilo strettamente economico, essendo invece la valutazione di interessi di altra natura relegata alla procedura straordinaria di autorizzazione eccezionale ai sensi dell'art. 8 LCart<sup>39</sup>.

## **B. Tutela della personalità economica degli attori sul mercato**

Inoltre, per quanto attiene alla preoccupazione di garantire una dispersione del potere economico laddove questo sia suscettibile di ledere la personalità economica degli operatori, preoccupazione questa già soggiacente alla nota giurisprudenza sul boicottaggio<sup>40</sup>, che stabilì il principio secondo cui ognuno ha il diritto di essere messo in condizione di organizzare come vuole la propria esistenza economica, la dottrina più autorevole opportunamente rileva come tale aspetto sia stato ulteriormente rafforzato con l'introduzione esplicita, nell'ambito della revisione della LCart del 2003, del rinvio all'art. 27 Cost. fed., che garantisce la libertà economica nella sua funzione individuale come diritto fondamentale: grazie a tale aggiunta, il legislatore ha voluto sottolineare che la concorrenza non va protetta solo come istituzione, ma che la legge deve anche garantire la libertà del singolo di esercitare la propria attività economica<sup>41</sup>. Ne consegue che anche l'art. 27 Cost. fed. deve essere tenuto in considerazione nell'ambito dell'interpretazione della legge sui cartelli (e in particolare dell'art. 4 cpv. 2), ciò che dovrebbe condurre in futuro ad una migliore protezione in particolare del diritto delle piccole e medie imprese alla sopravvivenza economica<sup>42</sup>. D'altra parte, anche alla garanzia della libertà economica, come ad ogni altro diritto fondamentale, va riconosciuta pure una funzione positiva nel senso che, sebbene non conferisca in principio un diritto ad ottenere prestazioni dallo Stato<sup>43</sup>, la libertà economica ha un senso solo se lo Stato offre agli individui le medesime opportunità di sviluppo e realizzazione personale in tutti gli ambiti

---

<sup>38</sup> Cfr. DTF 132 I 282, consid. 3.5. e 3.6. e *supra*.

<sup>39</sup> Su questo tema, si veda DE ROSSA GISIMUNDO (2009), pag. 240 segg.

<sup>40</sup> DTF 86 II 365.

<sup>41</sup> ZÄCH (2005), pag. 62 seg. e pag. 277 seg.

<sup>42</sup> ZÄCH (2005), pag. 278, con un riferimento DPC 2005/1, pag. 146 segg., N 92 segg.

<sup>43</sup> Cfr. ad esempio DTF 124 I 107, consid. 3 c).

della vita; analogamente agli altri diritti fondamentali, essa non deve quindi essere una pura libertà nei confronti dello Stato ma è anche libertà nello Stato e tramite esso<sup>44</sup>. Coerentemente, occorre riconoscerle anche una funzione sociale. Così, la giurisprudenza ne deduce un diritto (condizionale) all'uso del demanio pubblico<sup>45</sup> ed un diritto degli attori economici ad essere tutelati da un trattamento privilegiato di determinati concorrenti da parte dello Stato<sup>46</sup>. Inoltre, occorre ammettere che restrizioni alla libertà economica siano sempre giustificate qualora perseguano l'intento di ovviare a situazioni di forte disuguaglianza presenti nella società e nell'economia<sup>47</sup> e quando siano intese ad evitare che il singolo possa limitare eccessivamente la propria attività economica e quindi la propria autonomia privata<sup>48</sup>. Così, la legislazione sui cartelli giustifica l'imposizione ad imprese private di una limitazione della loro libertà economica, quando il loro potere economico si traduce in forme più o meno raffinate e subdole di prevaricazione.

#### IV. Conclusione

Assistiamo ad una profonda crisi di una retriva ideologia liberista che ha non poco influenzato anche la prassi delle autorità preposte alla regolamentazione del mercato. L'argomentazione che ne informa l'elaborazione e la motivazione delle decisioni appare concettualmente sovente semplicistica allorquando è sospinta da un principio fideistico nell'effetto salvifico del Mercato e dalla sola presa in considerazione degli aspetti economici delle varie fattispecie la cui complessità, sul piano sociale e culturale, viene pertanto totalmente negletta.

Nella giurisprudenza è tuttavia possibile intravedere barlumi di sommessi tentativi di integrare nella libertà economica gli elementi sociali, ambientali e culturali che pure ne costituiscono parte integrante e che potrebbero validamente ispirare una nuova politica della concorrenza verso un più equilibrato ordinamento economico.

<sup>44</sup> Nel senso espresso da MASTRONARDI P., *Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz*, tesi, Berna, Berlino (Duncker & Humblot) 1978, pag. 92 in relazione alle libertà in generale: «Die Freiheit vom Staat wird in zunehmenden Masse auch eine Freiheit im und durch den Staat».

<sup>45</sup> Cfr. ad esempio DTF 127 I 84, consid. 4b, con i rif., nonché DTF 126 I 133 e 121 I 279.

<sup>46</sup> In tale contesto, il Tribunale federale sottolinea che l'uguaglianza tra concorrenti deve essere valutata più rigorosamente che in altri settori, ai quali si applica solo l'art. 8 Cost. fed.; per un esempio, si veda DTF 128 II 292, consid. 5.

<sup>47</sup> BIGLER-EGGENBERGER M., *Nachgeführte Verfassung: Sozialziele und Sozialrechte*, in: «Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen – Festschriften für Yvo Hangartner», B. EHRENZELLER, P. MASTRONARDI, R. SCHAFFHAUSER, R. J. SCHWEIZER, K.A. VALLENDER (a cura di), S. Gallo (Dike Verlag) 1998, pag. 503.

<sup>48</sup> ZÄCH (2005), pag. 54 seg. e pag. 277 seg.