Legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza

Ultima modifica: 30.06.2023

PDF creato il: 06.10.2026

OK
COMMENTARIO ONLINE
IL COMMENTARIO GIURIDICO
IN OPEN ACCESS

INDICE

Vorb. zu Art. 58 – 59 LCart 5
Art. 58 LCart 23
Art. 59 LCart 31

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Vorb. zu Art. 58 – 59 LCart

Un commentario di Anne Mirjam Schneuwly / Giulia Sonderegger

CITAZIONE SUGGERITA

Anne Mirjam Schneuwly/Giulia Sonderegger, Vorbemerkungen zu Art. 58–59 KG, in: Patrick Krauskopf (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

Breve citazione: OK-Schneuwly/Sonderegger, N. XXX zu Vorb. zu Art. 58–59 KG.

STRUTTURA

I. Informazioni generali sul Capitolo 6 7
A. Ambito di applicazione e delimitazione 7
1. Delimitazione in base al principio dell'impatto 7
a. Definizione 7
b. Il problema della cooperazione amministrativa limitata 8
c. Relazione del Principio di Impatto con il Capitolo 6 9
2. Violazione delle regole di concorrenza negli accordi internazionali 9
a. Norme di concorrenza in accordi internazionali 9
b. Esclusione generale del diritto della concorrenza direttamente applicabile 10
B. Obiettivo diplomatico 10
C. Rilevanza pratica dovuta all'ambito di applicazione limitato 11
II. Strumenti di cooperazione formale 12
A. Accordi di cooperazione tra la Svizzera e l'UE 13
B. Convenzione EFTA 13
C. Accordo di libero scambio tra la Svizzera e la Comunità economica europea (ALS) 14
D. Accordo sul trasporto aereo 15
E. Accordo OMC 15
1. GATT 15
2. GATS 16
3. Accordo TRIPS 16
III. Strumenti di cooperazione informale 17
A. OCSE 17
B. ICN 18
I materiali 18
Bibliografia 19

I. INFORMAZIONI GENERALI SUL CAPITOLO 6

Il traffico economico transfrontaliero è protetto dalla cooperazione internazionale - e quindi dalla conclusione di accordi internazionali. In questo contesto, è necessario monitorare l'attuazione degli accordi internazionali ed eliminare eventuali incompatibilità con una restrizione della concorrenza. Il Capitolo 6 della Legge sui cartelli mira proprio a questo e prevede misure concrete per eliminare una restrizione della concorrenza incompatibile nel caso in cui tale restrizione venga identificata durante l'esecuzione di un accordo internazionale. Più precisamente, ha uno scopo diplomatico, ovvero mira a promuovere la cooperazione internazionale e a garantire l'attuazione interna delle norme sulla concorrenza contenute negli accordi internazionali non direttamente applicabili, evitando così conflitti di politica commerciale. 1

A. Ambito di applicazione e delimitazione

Gli artt. 58 e 59 della Legge entrano in gioco quando le imprese mettono in atto pratiche illecite che limitano la concorrenza in Svizzera, ma che hanno effetti solo o in gran parte all'estero - in altre parole, restrizioni della concorrenza che hanno effetti all'estero. Tuttavia, il capitolo 6 non si applica alle situazioni in cui le restrizioni illecite della concorrenza hanno luogo all'estero e producono effetti in Svizzera; in questi casi si applica l'articolo 2, paragrafo 2, della legge. Ai fini della delimitazione, di seguito viene presentato brevemente il principio dell'impatto (art. 2 cpv. 2 CO), prima di discutere il campo di applicazione degli accordi internazionali e in particolare degli accordi di libero scambio. 2

1. Delimitazione in base al principio dell'impatto

a. Definizione

Nel diritto svizzero, l'art. 2 cpv. 2 CO definisce l'ambito di applicazione locale attraverso la cosiddetta dottrina degli effetti. Essa autorizza l'autorità nazionale garante della concorrenza ad applicare la propria giurisdizione a qualsiasi fatto che abbia un effetto sul suo territorio, anche se la pratica anticoncorrenziale non ha luogo sul suo territorio. Di conseguenza, la legge antitrust svizzera viene applicata a livello extraterritoriale quando una restrizione della concorrenza ha effetti nazionali. In linea di principio, ciò può 3

portare a un'invasione di sovranità nello Stato estero, che a sua volta può degenerare in conflitti diplomatici tra gli Stati interessati o addirittura in una guerra commerciale. Per evitare conflitti in caso di applicazione extraterritoriale del diritto nazionale della concorrenza, gli Stati possono stipulare accordi bilaterali o multilaterali di diritto internazionale sull'applicazione delle norme nazionali sulla concorrenza.

4 Ci si chiede quindi in che misura il diritto nazionale della concorrenza di uno Stato possa esercitare un controllo sulle attività commerciali transfrontaliere. Questo perché le imprese transnazionali operano in una tensione di dipendenze nazionali ed è difficile per un'autorità nazionale controllare le attività che vanno oltre i confini di quello Stato. Inoltre, l'applicazione extraterritoriale della legge antitrust nazionale può essere molto diversa a seconda dello Stato. In tali situazioni transnazionali, gli Stati economicamente e politicamente più deboli difficilmente possono pretendere l'applicazione del proprio sistema giuridico (applicazione extraterritoriale) contro Stati più importanti o più forti.

b. Il problema della cooperazione amministrativa limitata

5 Il problema dell'applicazione extraterritoriale del diritto nazionale della concorrenza è la limitata cooperazione delle autorità o la possibilità geograficamente limitata di indagini da parte delle autorità della concorrenza. Ciò è dovuto, tra l'altro, al fatto che lo scambio di informazioni riservate tra le autorità garanti della concorrenza non è generalmente consentito. In base al principio di sovranità, l'indagine su una violazione della concorrenza è di competenza dell'autorità nazionale garante della concorrenza dello Stato in cui è stata avviata la restrizione della concorrenza. Se lo Stato che ha avviato l'indagine vuole rivolgersi all'estero, può farlo solo attraverso l'assistenza legale reciproca. Se l'autorità garante della concorrenza coinvolta collabora solo in modo insufficiente o rifiuta l'assistenza reciproca, lo Stato che ha avviato il procedimento deve interromperlo per mancanza di informazioni sufficienti sulla condotta imprenditoriale o per mancanza di prove degli effetti restrittivi della condotta sulla concorrenza. Per questo motivo, è ancora più importante che esistano meccanismi di cooperazione internazionale per garantire lo scambio di informazioni fattuali e procedurali.

c. Relazione del Principio di Impatto con il Capitolo 6

Il Capitolo 6 non fa riferimento all'applicazione e all'attuazione delle norme nazionali sulla concorrenza alle restrizioni della concorrenza con effetto estero in termini di principio di impatto. Di norma, lo Stato d'impatto sanzionerà la restrizione della concorrenza o l'autorità estera preposta alla concorrenza applicherà il proprio diritto nazionale della concorrenza direttamente ed extraterritorialmente nei confronti delle imprese domiciliate in Svizzera, senza ricorrere ai meccanismi di consultazione previsti dagli accordi internazionali. Ciò solleva la questione dell'utilità degli artt. 58-59 CPC, che verrà analizzata nella sezione seguente. 6

2. Violazione delle regole di concorrenza negli accordi internazionali

Oltre alla condotta restrittiva in Svizzera con effetti all'estero, occorre esaminare se vi sia una violazione delle norme di concorrenza indirettamente applicabili. 7

a. Norme di concorrenza in accordi internazionali

Gli artt. 58 e 59 della Legge svizzera sulla concorrenza non costituiscono un diritto sostanziale della concorrenza, ma si limitano a sostenere l'applicazione delle norme sostanziali della concorrenza negli accordi internazionali o negli accordi di libero scambio che mirano a ridurre gli ostacoli al commercio. Esempi significativi sono la Convenzione EFTA, gli accordi di libero scambio della Svizzera con la Comunità Economica Europea (FTA) e gli accordi commerciali dell'OMC. Questi accordi includono spesso norme contro le restrizioni private della concorrenza, che hanno un campo di applicazione limitato. Ciò è dovuto al fatto che tali norme non hanno effetti diretti nel diritto sostanziale e non consentono una vera e propria cooperazione internazionale nel diritto procedurale, in quanto non permettono lo scambio di informazioni riservate tra le autorità garanti della concorrenza. Tuttavia, si riconosce che anche i trattati statali che non contengono norme sulla concorrenza nel senso della legge sui cartelli, ma elencano invece norme antidumping o disposizioni generali di protezione sulla concorrenza non discriminatoria, rientrano nel Capitolo 6. 8

b. Esclusione generale del diritto della concorrenza direttamente applicabile

9 Il Capitolo 6 consente alle autorità svizzere di indagare e adottare misure contro le restrizioni della concorrenza che hanno origine in Svizzera e che violano le regole di concorrenza contenute negli accordi internazionali. Si tratta principalmente di norme non autoesecutive, cioè che non possono essere applicate direttamente in tribunale. L'ambito di applicazione comprende quindi parti di accordi internazionali che richiedono un meccanismo speciale per essere applicati. Inoltre, gli artt. 58-59 CPC non si applicano se l'accordo (di libero scambio) prevede organismi comuni che applicano le norme sostanziali sulla concorrenza e regolano l'applicazione di tali norme in base al diritto nazionale. Questo perché, come afferma chiaramente Ducrey, non sono necessarie disposizioni di legge di attuazione per il diritto internazionale della concorrenza direttamente applicabile, poiché esso è già applicato dalle autorità nazionali.

10 M.a.W. la WEKO è competente a rispondere alle norme autoesecutive. Se in Svizzera si riscontra un comportamento anticoncorrenziale con effetti all'estero, non basato su norme di concorrenza autoesecutive, la WEKO ha le mani legate e, ai sensi degli artt. 58-59 della Legge sulla concorrenza, deve intervenire il Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca (DEFR).

B. Obiettivo diplomatico

11 La legge sulla concorrenza è parte integrante della politica economica di uno Stato e mira a proteggere il meccanismo concorrenziale dai pericoli endogeni della libertà economica. Innanzitutto, la libertà non deve essere usata per eliminare la concorrenza nei mercati. Negli accordi bilaterali e internazionali, gli Stati contraenti si impegnano a rispettare le disposizioni antitrust sostanziali e ad applicarle a livello nazionale. Gli articoli 58 e 59 mirano a garantire che la Svizzera, in quanto parte contraente di tali accordi, rispetti i propri obblighi; infatti, in caso di inadempienza, essa è minacciata da misure di ritorsione.

12 Nel valutare lo scopo del Capitolo 6, occorre tenere presente che il legislatore ha originariamente concepito la procedura speciale per l'esecuzione degli accordi internazionali per migliorare l'esecuzione degli accordi internazionali

allora rilevanti nell'ex CP-62. Per questo motivo, ha introdotto le disposizioni che riguardano l'esecuzione degli accordi internazionali. Per questo motivo ha introdotto le disposizioni degli artt. 42 e 43 nel KG-85. Con l'accordo del Dipartimento degli Affari Esteri (DFAE), al DEFR doveva essere concesso un margine di manovra negoziale per poter intervenire diplomaticamente qualora non si fosse raggiunta tempestivamente una soluzione amichevole con lo Stato parte e la Svizzera fosse stata minacciata di misure di ritorsione. Le disposizioni sono state ulteriormente adattate nella revisione del 1995 e specificate negli articoli 58-59 del TBC.

In sintesi, gli artt. 58-59 CPC entrano in gioco quando la Svizzera vuole perseguire un obiettivo diplomatico di propria iniziativa e promuovere la cooperazione internazionale. Ma se l'obiettivo principale è l'intervento diplomatico del DEFR, ci si chiede perché riservarlo solo alle disposizioni non autoesecutive. Ad esempio, se la Commissione per la Concorrenza non interverrebbe nel caso di un'intesa con effetti esteri, il mancato rispetto delle regole di concorrenza negli accordi internazionali potrebbe causare malcontento internazionale o addirittura misure di ritorsione da parte di altri Stati, che potrebbero richiedere l'intervento del DEFR. Inoltre, l'applicazione degli artt. 58-59 CPC non dovrebbe dipendere dalla casualità del fatto che il Tribunale federale dichiari o meno una norma direttamente applicabile. In effetti, questo criterio di applicazione sembra essere lasciato all'arbitrio. 13

C. Rilevanza pratica dovuta all'ambito di applicazione limitato

Criticamente, ad esempio, Mamane e Amberg osservano che l'ambito di applicazione del Capitolo 6 è limitato ai casi "(i) in cui gli effetti di fatto della condotta si verificano solo all'estero, nonché ai casi in cui la condotta causata in Svizzera, che ha effetti in patria e all'estero, o (ii) non si qualifica come restrittiva della concorrenza ai sensi del diritto antitrust svizzero, o (iii) si qualifica come restrittiva della concorrenza ma non può essere interrotta". 14

Come già accennato, gli artt. 58 e 59 del CPC (artt. 42-43 CPC-85) sono stati originariamente emanati allo scopo di poter affrontare, attraverso il diritto nazionale della concorrenza, i comportamenti nazionali con effetti all'estero che violano le disposizioni in materia di concorrenza degli accordi internazionali e in particolare degli accordi di libero scambio. Tuttavia, questo scopo ha perso gran parte della sua importanza a causa della crescente applicazione extraterritoriale di altre leggi nazionali sui cartelli e dell'ampia 15

armonizzazione della legge svizzera sui cartelli con le disposizioni europee, nonché della crescente convergenza delle pratiche di legge sui cartelli dei più importanti paesi commerciali.

16 Il fatto che le norme siano poco utilizzate si spiega probabilmente anche con il fatto che "le parti di un trattato statale risolvono eventuali problemi in modo informale tra di loro, invece di avviare una procedura generalmente macchinosa". Si può quindi supporre che gli artt. 58 e 59 CPC difficilmente acquisteranno rilevanza pratica in futuro, a meno che il campo di applicazione non venga esteso alle norme self-executing o che la Svizzera non concluda nuovi trattati.

17 Con solo due casi di applicazione, l'importanza subordinata degli artt. 58-59 CPC si riflette anche nella prassi giurisprudenziale. Gli ex artt. 42 e 43 CPC-85 sono stati applicati per la prima volta nel 1990, quando un produttore italiano di articoli sanitari si è lamentato del comportamento dei concorrenti svizzeri e ha basato la sua denuncia sull'ostacolo alla libera circolazione delle merci. La Commissione europea ha quindi seguito la procedura prevista dall'ALS e ha posto rimedio al comportamento anticoncorrenziale mediante una composizione amichevole ai sensi degli artt. 42-43 CPC-85. Nel 1995 si è verificato un altro caso: la Commissione per la concorrenza ha ricevuto denunce relative a un potenziale divieto di esportazione di autovetture del Gruppo Volkswagen in Svizzera, non compatibile con l'ALS. A differenza del primo caso, in questo caso la questione principale era l'applicazione delle norme di diritto della concorrenza dell'ALS e non degli articoli 58-59 dell'APC. Le restrizioni all'importazione sono state infine eliminate grazie a un accordo amichevole tra la Commissione della concorrenza e gli importatori svizzeri di automobili.

II. STRUMENTI DI COOPERAZIONE FORMALE

18 Dopo aver definito l'ambito di applicazione del Capitolo 6, è necessario discutere i singoli accordi internazionali con regole di concorrenza non autoesecutive. Gli articoli 58 e 59 del CPC integrano principalmente gli strumenti di cooperazione formale e informale. A questo proposito sono rilevanti gli accordi bilaterali tra l'UE e la Svizzera e altri accordi di libero scambio che contengono regole di concorrenza sia sostanziali che procedurali.

A. Accordi di cooperazione tra la Svizzera e l'UE

Per le questioni transfrontaliere che si svolgono nella regione europea, è essenziale che la Svizzera cooperi con l'UE. A tal fine, le due parti hanno concluso un accordo di cooperazione. Ad esempio, il Regolamento CE 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato disciplina la cooperazione amministrativa all'interno dell'UE, in particolare attraverso gli articoli 12 e 15. Tuttavia, questo regolamento non si applica alla Svizzera e all'UE. Tuttavia, questo regolamento non si applica alle relazioni Svizzera-UE; piuttosto, l'accordo L 347/3 del 3 dicembre 2014 tra l'Unione europea e la Confederazione svizzera sulla cooperazione nell'applicazione delle rispettive legislazioni in materia di concorrenza disciplina lo scambio di informazioni tra la Svizzera e l'UE. 19

B. Convenzione EFTA

Le regole di concorrenza della Convenzione EFTA si trovano nel capitolo VI e affrontano la tensione tra politica commerciale e politica di concorrenza, definendo a tal fine i comportamenti anticoncorrenziali. In particolare, gli Stati membri devono garantire che le imprese si astengano da pratiche che hanno l'effetto di proteggere la produzione nazionale e che sarebbero incompatibili con la Convenzione EFTA (art. 18(1)(a) Convenzione EFTA). Inoltre, devono essere vietate le discriminazioni (negli scambi commerciali in base alla nazionalità) da parte delle imprese che vanificano i benefici attesi dalla Convenzione EFTA (art. 18(1)(b) della Convenzione EFTA). 20

Se uno Stato membro ritiene che i benefici derivanti dall'Accordo siano a rischio, può avviare una procedura di risoluzione delle controversie (artt. 46-48 della Convenzione EFTA). Il primo passo consiste nel cercare un'interpretazione e un'applicazione consensuale dell'Accordo (art. 47, par. 1, della Convenzione AELS). In un secondo momento, la procedura di consultazione (art. 47, par. 2, in combinato disposto con l'art. 43, par. 2, della Convenzione AELS) ha lo scopo di fornire un rimedio se la via informale fallisce. Se nemmeno la procedura di consultazione porta a una soluzione, lo Stato membro può avviare una procedura di arbitrato dopo 45 giorni (art. 48, par. 1, della Convenzione AELS). 21

C. Accordo di libero scambio tra la Svizzera e la Comunità economica europea (ALS)

22 L'Accordo di libero scambio tra la Svizzera e la Comunità economica europea (ALS) mira a garantire la libera circolazione delle merci in condizioni di concorrenza leale all'interno dell'UE e della Svizzera e contiene, all'art. 23 dell'ALS, disposizioni antitrust a tutela della concorrenza nella circolazione delle merci. Pertanto, gli accordi privati o le pratiche concordate tra imprese che hanno lo scopo o l'effetto di impedire, limitare o distorcere la concorrenza per quanto riguarda la produzione e la circolazione delle merci sono incompatibili con gli obiettivi dell'accordo (art. 23 par. 1 n. i dell'ALS). È altresì incompatibile con gli obiettivi dell'Accordo l'abuso di posizione dominante da parte di una o più imprese su tutto il territorio delle Parti o su una parte sostanziale di esso (art. 23 cpv. 1 n. ii ALS); in altre parole, l'abuso di posizione dominante. Sebbene queste due disposizioni si avvicinino agli artt. 101 e 102 del TFUE, esse si differenziano dal diritto europeo in primo luogo per la loro natura e funzione giuridica. In secondo luogo, va specificato che le pratiche abusive menzionate si applicano solo al settore degli scambi di beni e non a quello dei servizi o delle infrastrutture. In terzo luogo, è vietato qualsiasi aiuto di Stato che falsi o minacci di falsare la concorrenza favorendo determinate imprese o la produzione di determinati beni (art. 23 (1) (iii) dell'ALS). Sturny sottolinea inoltre che quando l'ALS fu concluso nel 1972, "copriva anche fatti che non rientravano nel campo di applicazione dell'allora legge svizzera, in particolare gli accordi verticali tra singole imprese (contratti individuali) e i divieti di esportazione".

23 Se una parte contraente ritiene che il comportamento di un'impresa violi l'art. 23 cpv. 1 dell'ALS e metta in pericolo gli obiettivi del trattato, può adottare misure adeguate secondo le condizioni e le procedure previste dall'art. 27 dell'ALS (art. 23 cpv. 2 dell'ALS). In particolare, la parte contraente può avviare il meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dall'ALS sottoponendo la questione al Comitato misto (art. 27 cpv. 2 ALS), composto da rappresentanti della Svizzera e dell'UE. Le parti contraenti forniscono al Comitato misto tutte le informazioni pertinenti e l'assistenza necessaria per esaminare il caso e, se del caso, per porre rimedio alla pratica denunciata (art. 27 cpv. 3 lett. a ALS).

Se il Comitato misto stabilisce che il comportamento di un'impresa è incompatibile con l'ALS, lo Stato che ha avviato la procedura - sul cui territorio ha luogo la pratica illecita - deve porvi fine. Se lo Stato che ha avviato la procedura non agisce entro il termine fissato dal Comitato misto o non pone fine alla pratica in questione, o se non si raggiunge un accordo entro tre mesi dalla data in cui la questione è stata sottoposta al Comitato misto, possono essere adottate misure di salvaguardia, come la revoca delle concessioni tariffarie, al fine di porre rimedio alle gravi difficoltà derivanti dalle pratiche in questione (art. 27 (3) (a) dell'ALS). 24

D. Accordo sul trasporto aereo

Il divieto di accordi sulla concorrenza (art. 8 AFC) e il divieto di abuso di posizione dominante (art. 9 AFC) sono ripresi testualmente dagli artt. 101 e 102 TFUE. Sono direttamente applicabili e non richiedono gli articoli 58 e 59 del TCA per essere invocati in caso di possibile violazione delle suddette regole di concorrenza. La forma di cooperazione tra gli Stati membri è definita nelle disposizioni procedurali (art. 19 TCA). Queste stabiliscono che tutte le informazioni necessarie devono essere trasmesse alle parti contraenti e che gli Stati membri si assistono reciprocamente nelle indagini su eventuali violazioni. 25

E. Accordo OMC

Infine, va esaminata anche la compatibilità delle pratiche con gli accordi dell'OMC. L'OMC è stata istituita nel 1995 come successore dell'Accordo generale sulle tariffe e il commercio (GATT) concluso nel 1948. Costituisce il quadro istituzionale per diversi accordi multilaterali e, oltre alle regole sul commercio di beni contenute nel GATT, comprende anche l'Accordo generale sul commercio dei servizi (GATS) e gli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS). Le regole dell'OMC vanno intese come regole di concorrenza indirette, in quanto mirano ad adottare misure di politica commerciale contro le azioni statali che limitano o distorcono la concorrenza estera nel mercato dei beni o dei servizi. 26

1. GATT

L'accordo GATT - istituito nel 1948 come precursore dell'OMC - è servito principalmente come strumento di liberalizzazione del commercio. In questo 27

contesto, nel quadro del GATT sono state emanate regole che servivano principalmente a ridurre le tariffe e le altre barriere commerciali e a garantire le relazioni commerciali internazionali e che sono state ulteriormente sviluppate nel corso degli anni. Oggi comprende, tra l'altro, il divieto di monopoli d'importazione (art. II, par. 4 GATT), la parità di trattamento dei beni nazionali in materia di tassazione e altre disposizioni legali (art. III GATT) e le restrizioni quantitative alle importazioni (art. XI GATT). Il GATT e il GATS, discussi di seguito, forniscono solo una protezione limitata contro la discriminazione nell'ambito del diritto della concorrenza.

2. GATS

28 Il GATS contiene anche norme indirette sulla concorrenza contro le azioni statali che possono limitare la concorrenza straniera nel mercato dei servizi. Il GATT prevede alcune disposizioni che consentono di contestare le restrizioni private della concorrenza se sono coperte dallo Stato e impediscono l'accesso dei concorrenti stranieri al mercato nazionale. Ad esempio, secondo l'art. VIII del GATS, ad esempio, gli Stati membri devono garantire che le imprese nazionali rispettino il principio della nazione più favorita (art. I del GATT) quando forniscono servizi in regime di esclusiva e non adottino comportamenti anticoncorrenziali al di fuori della rispettiva area di monopolio. Inoltre, l'art. IX (1) del GATS dichiara che i fornitori di servizi possono adottare altre pratiche commerciali che possono limitare la concorrenza. Invocando l'art. IX par. 2 GATS, uno Stato membro può avviare consultazioni in questo contesto per porre rimedio alle pratiche anticoncorrenziali nello Stato contraente.

3. Accordo TRIPS

29 L'Accordo TRIPS mira ad armonizzare i diritti di proprietà intellettuale. A tal fine, l'accordo obbliga le parti contraenti a rispettare i diritti di proprietà industriale e i diritti di monopolio, creando così incentivi alla creazione e alla diffusione della conoscenza. L'accordo non ha quindi lo scopo principale di chiarire la relazione estremamente complessa tra il diritto della concorrenza e il diritto della proprietà intellettuale. Tuttavia, la rilevanza dell'Accordo per il diritto della concorrenza è inequivocabile.

30 L'art. 8 dell'Accordo TRIPS, ad esempio, dimostra l'importanza di vietare le situazioni anticoncorrenziali che possono derivare dall'uso dei diritti di

proprietà intellettuale. Per questo motivo, l'art. 8.2 dell'Accordo TRIPS prevede che le parti contraenti possano adottare misure appropriate se tali misure sono necessarie per prevenire l'abuso dei diritti di proprietà intellettuale da parte del titolare del diritto o il ricorso a pratiche che restringono irragionevolmente il commercio o influiscono negativamente sul trasferimento internazionale di tecnologia. Tuttavia, la norma non definisce specificamente la condotta restrittiva.

Rilevante per il diritto della concorrenza è anche l'articolo 31 dell'Accordo TRIPS, dedicato alle licenze obbligatorie, che secondo il titolo possono portare ad altri usi senza il consenso del titolare del diritto. Secondo l'articolo, la concessione di licenze obbligatorie è un modo per affrontare i casi in cui possono verificarsi pratiche anticoncorrenziali in relazione all'uso dei brevetti. 31

Infine, l'art. 40 TRIPS affronta la questione della concessione di licenze di proprietà intellettuale e riconosce, al paragrafo 1, che le pratiche restrittive di concessione di licenze possono influire sul commercio e ostacolare il trasferimento e la diffusione della tecnologia. Per questo motivo, l'articolo 40.2.1 dell'Accordo TRIPS autorizza le Parti ad adottare contromisure adeguate e coerenti con le altre disposizioni dell'Accordo. 32

III. STRUMENTI DI COOPERAZIONE INFORMALE

Oltre agli strumenti formali, esistono anche meccanismi di cooperazione più informali che possono promuovere la cooperazione tra le diverse autorità garanti della concorrenza e fornire un'opportunità di scambio. Tuttavia, questi strumenti non stabiliscono un obbligo per gli Stati membri, ma sono solo di supporto. Servono principalmente a sviluppare ulteriormente il diritto della concorrenza e a discutere in plenaria le sfide globali e nazionali. 33

A. OCSE

Lo scopo principale dell'OCSE è quello di promuovere la cooperazione e lo sviluppo economico. Tra le altre cose, fornisce un importante forum per lo sviluppo (ulteriore) e l'applicazione efficace del diritto nazionale della concorrenza e svolge un ruolo centrale nel dibattito sull'internazionalizzazione e l'armonizzazione del diritto della concorrenza. Ad esempio, nel 2001 ha fondato il Global Forum on Competition per riunire 34

le autorità antitrust mondiali. Inoltre, il Comitato per la concorrenza dell'OCSE emette regolarmente raccomandazioni non vincolanti e si occupa ripetutamente di questioni di grande attualità che pongono nuove sfide al diritto della concorrenza (come la digitalizzazione). Queste raccomandazioni ricevono molta attenzione nel campo del diritto antitrust e sono generalmente considerate fonti autorevoli, sia dalle autorità antitrust che dagli operatori del settore o dagli accademici.

B. ICN

35 La Rete Internazionale della Concorrenza (ICN) è stata istituita nel 2001 e funge da forum informale in cui le autorità nazionali e multinazionali della concorrenza di tutto il mondo possono scambiare opinioni sulle loro politiche di concorrenza e raggiungere un certo grado di convergenza sulle questioni fondamentali dell'applicazione e del rispetto del diritto della concorrenza. Lo scambio di esperienze si concentra sulla discussione di problemi pratici che possono sorgere in particolare nei casi di concorrenza internazionale. In questo contesto, il gruppo di lavoro dell'ICN pubblica regolarmente raccomandazioni non vincolanti sotto forma di "pratiche raccomandate" o "principi guida", che vengono spesso utilizzate come linee guida dalle autorità garanti della concorrenza, contribuendo così alla convergenza delle pratiche applicative delle autorità garanti della concorrenza. Anche la Commissione per la Concorrenza fa parte della rete e partecipa regolarmente a conferenze come la Conferenza annuale dell'ICN.

I MATERIALI

Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) vom 19.9.1994, BBl 1994 IV S. 1 ff. (zit. Botschaft WTO 1994).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13.5.1981, BBl 1981 S. 1293 (zit. Botschaft KG 1981).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I S. 468 (zit. Botschaft KG 1994).

Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Evaluation gemäss Art. 59a KG: Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden, Projektbericht P8, 23.12.2008 (zit. Evaluationsgruppe Kartellgesetz).

BIBLIOGRAFIA

Amstutz Marc/Gohari Ramin, Kommentierung zu Art. 4 KG, in: Amstutz Marc/Reiner Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Amstutz/Gohari).

Basedow Jürg, Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, Hamburg 1998.

Baldi Marino, Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG), in: Zäch Roger (Hrsg.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Bern et al. 1989, S. 279–308.

Borer Jürg, Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht I: Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. OFK-Borer).

Cottier Thomas/Meitinger Ingo, The TRIPs Agreement without a Competition Agreement?, Fondazione Eni Enrico Mattei Working Paper No. 65–99, abrufbar unter SSRN: https://ssrn.com/abstract=200622, besucht am 25.5.2023.

Cottier Thomas/Oesch Matthias, Die unmittelbare Anwendbarkeit von GATT/WTO-Recht in der Schweiz, in: SZIER 2004, S. 121–154.

Dabbah Maher M., International and Comparative Competition Law, New York 2010.

Drolshammer Jens Ivar, Wettbewerbsrecht: Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1996.

Ducrey Patrik, Vorbemerkungen zu Art. 58 und 59, in: Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörenden Verordnungen, Zürich 1997 (zit. Kommentar zum KG).

Freund Benedikt, Vorbemerkungen zu Art. 58–59, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Freund).

Heinemann Andreas, Das Kartellrecht des geistigen Eigentums im TRIPS-Übereinkommen der Welthandelsorganisation, GRUR Int. 1995, S. 535–539.

Heizmann Reto/Mayer Michael, Kommentierung zu Art. 2 KG, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Heizmann/Mayer).

Homburger Eric, Kommentierung zu Art. 42 aKG, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1990.

Immenga Ulrich, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, in: Tietje Christian/Kraft Gerhard/Sethe Rolf (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 31, Oktober 2004 (abrufbar unter https://opendata.uni-halle.de/bitstream/1981185920/76469/1/BeitraegeTWR_31.pdf, besucht am 25.5.2023).

Kearns Jason E., International Competition Policy and the Gats: A Proposal to Address Market Access Limitations in the Distribution Services Sector, in: University of Pennsylvania Journal of International Economic Law (2) 22/2001, S. 285 ff.

Mamane David/Amberg Karin, Vorbemerkungen zu Art. 58–59, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Mamane/Amberg).

Martenet Vincent/Heinemann Andreas, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Genf 2021.

Matsushita Mitsuo/Schoenbaum Thomas J./Mavroidis Petros C./Hahn Michael, The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy, 3. Aufl., Oxford 2017.

Merkt Benoît, Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence, Neuenburg 2000.

Merkt Benoît, Vorbemerkungen zu Art. 58–59, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR-Merkt).

Nüesch Sabina, Vorbemerkungen zu Art. 58–59, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 1. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK-Nüesch).

Oeter Stefan/Petersen Anna, WTO und Wettbewerb, in: Hilf Meinhard/Oeter Stefan (Hrsg.), WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 1. Aufl., Baden-Baden 2005, S. 623–635.

Reinert Peter, Kommentierung zu Art. 58, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Zürich 2007 (zit. SHK-Reinert).

Stoffel Walter A., Die schweizerische Wettbewerbspolitik im internationalen Kontext, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, S. 1 ff.

Sturny Monique, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, Bern 2013.

Sturny Monique, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier Thomas (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 50, 2012, 107 ff. (zit. Sturny, europäisches Kartellrecht).

Schürmann Leo, Kommentierung zu Art. 42 aKG, in: Schürmann Leo/Schluep Walter (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz (KG + PüG), Zürich 1988.

Terhechte Philipp, WTO und Wettbewerb, in: Hilf Meinhard/Oeter Stefan (Hrsg.), WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2. Aufl., Baden-Baden 2010, S. 643–661.

Wagner-von Papp Florian, Internationales Wettbewerbsrecht, in: Tietje Christian/Nowrot Karsten (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin et al. 2022, S. 605 ff.

Weber Rolf H., Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: von Büren Roland/Lucas David (Hrsg.), Band V/2: Kartellrecht (Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Basel 2000, S. 1–54 (zit. Weber, V/2 SIWR).

Wurmnest Wolfgang, Kommentierung zu Art. 6 Rom II-VO, in: von Hein Jan (Hrsg.) Münchener Kommentar BGB, Bd. 13, Internationale Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, 8. Aufl., München 2021 (zit. MüKoBGB-Wurmnest).

Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005.

Zurkinden Philipp, Extraterritoriale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts zwischen der Schweiz und der EU, in: Schmeling Manfred/Veith Michael (Hrsg.), Universitäten in europäischen Grenzräumen / Universités et frontières en Europe: Konzepte und Praxisfelder / Concepts et pratiques, Bielefeld 2015, S. 283–296. (zit. Zurkinden, Extraterritoriale Anwendung).

Zurkinden Philipp, Ausführung internationaler Abkommen, in: von Büren Roland/Lucas David (Hrsg.), Band V/2: Kartellrecht (Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Basel 2000, S. 533–545 (zit. Zurkinden, V/2 SIWR).

Zurkinden Philipp/Wenger Boris, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht nach dem Bundesgerichtsurteil i.S. Gaba, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, S. 1327–1338.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 58 LCart

Un commentario di Anne Mirjam Schneuwly / Giulia Sonderegger

CITAZIONE SUGGERITA

Anne Mirjam Schneuwly/Giulia Sonderegger, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Patrick Krauskopf (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

Breve citazione: OK-Schneuwly/Sonderegger, N. XXX zu Art. 58 KG.

Capitolo 6: Esecuzione di accordi internazionali

Art. 58 Accertamento dei fatti

[1] Se una parte contraente di un accordo internazionale fa valere che determinate limitazioni della concorrenza sono incompatibili con l'accordo, il DEFR può incaricare la segreteria di avviare una corrispondente inchiesta preliminare.

[2] Il DEFR decide su proposta della segreteria circa il seguito della procedura. Esso sente dapprima gli interessati.

STRUTTURA

I. Panoramica dello scopo della norma 25
II. Giurisdizione 25
III. Procedura 25
A. Avvio 26
B. Chiarimenti preliminari e presentazione delle domande 26
C. Emanazione delle misure 26
IV. Controversia sull'applicabilità della VwVG alla procedura 27
I materiali 28
Bibliografia 28

I. PANORAMICA DELLO SCOPO DELLA NORMA

L'art. 58 LCart è la norma giurisdizionale per l'azione delle autorità svizzere in caso di violazioni della concorrenza che hanno origine in Svizzera e la cui incompatibilità con un accordo internazionale è rivendicata da una parte contraente. La disposizione specifica le autorità competenti a trattare tali questioni e la procedura da seguire al riguardo. 1

II. GIURISDIZIONE

A differenza della procedura ordinaria prevista dalla legge sui cartelli, l'art. 58 della legge sui cartelli non designa la Commissione per la concorrenza come competente a determinare i fatti del caso, ma il Dipartimento per gli Affari Economici, l'Istruzione e la Ricerca (EAER). La ragione di questa divisione delle competenze è che il DEFR negozia e conclude accordi internazionali - come l'accordo di libero scambio - ed è quindi più vicino alle parti contraenti. Questa ripartizione delle competenze è sensata, soprattutto alla luce dell'obiettivo diplomatico del capitolo 6 del TBC. 2

Di norma, il DEFR è rappresentato dalla Segreteria di Stato dell'economia (SECO). Ai sensi dell'art. 58 cpv. 1 LCart, il DEFR può incaricare la Segreteria della Commissione della concorrenza di condurre un'indagine preliminare. Ciò ha lo scopo di garantire il trasferimento di conoscenze da parte dell'autorità garante della concorrenza nell'ambito dell'accertamento dei fatti. Tuttavia, la Commissione della concorrenza non è coinvolta nel procedimento. A differenza del procedimento ordinario ai sensi dell'art. 23 della Legge sulla concorrenza, il Segretariato non è quindi subordinato alla Commissione della concorrenza, ma al Dipartimento federale dell'economia, e si attiva solo su richiesta di quest'ultimo. Inoltre, il DEFR può solo incaricare la Segreteria di svolgere un'indagine preliminare, ma non un'indagine ai sensi dell'art. 27 della Legge sulla concorrenza. Il Segretariato non può quindi aprire un'indagine come invece può fare ai sensi dell'art. 27 LCart. 3

III. PROCEDURA

L'Art. 58 KG può essere suddiviso nelle seguenti fasi procedurali: 4

A. Avvio

5 La procedura ai sensi del Capitolo 6 non viene avviata dal DEFR di propria iniziativa, ma la violazione della concorrenza deve essere fatta valere da una parte di un accordo internazionale. In altre parole, il DEFR diventa attivo solo quando una delle parti contraenti dell'accordo denuncia una restrizione della concorrenza incompatibile. Se c'è un reclamo ufficiale, cioè se la parte contraente dell'accordo internazionale denuncia una restrizione della concorrenza incompatibile con l'accordo internazionale, è a discrezione del DEFR decidere se avviare o meno un'indagine preliminare. Tale discrezionalità è a disposizione del DEFR, in quanto l'art. 58 cpv. 1 della Legge sulla tutela della concorrenza è una "disposizione facoltativa". Tuttavia, se le accuse mosse dalla parte straniera non sono del tutto infondate, di norma il DEFR incarica il Segretariato della Commissione per la concorrenza di condurre un'indagine preliminare. In generale, tuttavia, l'autorità ha la possibilità di risolvere la controversia anche attraverso negoziati diplomatici. In questo senso, il DEFR ha un ampio margine di manovra.

B. Chiarimenti preliminari e presentazione delle domande

6 Se il Dipartimento ha deciso, a sua discrezione, di avviare un chiarimento preliminare, può incaricare il Segretariato di determinare i fatti del caso. I chiarimenti preliminari hanno lo scopo di informare i rappresentanti degli organi competenti nominati dall'accordo internazionale sulla situazione di fatto in Svizzera. In particolare, servono a fornire ai rappresentanti svizzeri in seno all'organo competente una base decisionale su come procedere.

7 Una volta completati i chiarimenti preliminari, il Segretariato presenta una richiesta al DEFR per decidere l'ulteriore corso d'azione (art. 58 cpv. 2 LCart). Tale richiesta non richiede una valutazione giuridica dell'ammissibilità della condotta concorrenziale con l'accordo internazionale; tale valutazione giuridica è invece di competenza degli organi indicati nell'accordo. Il motivo è che non viene esaminata la compatibilità del comportamento con le disposizioni in materia di concorrenza dell'accordo internazionale.

C. Emanazione delle misure

8 Infine, il Dipartimento decide, tenendo conto dei chiarimenti del Segretariato sui fatti, quali misure adottare per porre rimedio alle pratiche illecite ed

evitare eventuali misure di ritorsione. In generale, il DEFR ha la possibilità di porre rimedio alla situazione di conflitto con mezzi informali o di applicare le misure elencate nell'art. 59 LCart.

IV. CONTROVERSIA SULL'APPLICABILITÀ DELLA VWVG ALLA PROCEDURA

Non è stato definitivamente chiarito se le disposizioni procedurali della VwVG siano applicabili alla procedura di chiarimento preliminare del Segretariato e all'audizione delle parti da parte del DEFR. 9

Parte della dottrina è favorevole all'applicazione della VwVG, fatto salvo l'art. 39 KG. Questo approccio è giustificato dall'ampia tutela delle parti e dal rispetto dei loro diritti, garantiti dalle norme procedurali stabilite. Al contrario, un'altra parte della dottrina sostiene che l'art. 58 LCart debba essere interpretato come l'istituzione di una legge processuale sui generis, che prevale sull'applicazione della VwVG. Secondo questa dottrina, le disposizioni procedurali speciali dell'art. 58 LCart prevalgono quindi sull'applicazione delle disposizioni procedurali del CO e della VwVG. Infine, esse costituiscono un meccanismo di negoziazione rapido e, se necessario, informale, necessario per l'esecuzione degli obblighi internazionali. Di conseguenza, secondo questa visione, il chiarimento preliminare non ha luogo nel senso di un "chiarimento preliminare ordinario" ai sensi dell'art. 26 del LCart. Tuttavia, una simile interpretazione della procedura ha anche la conseguenza che la richiesta del Segretariato al DEFR non è una richiesta formale, ma piuttosto una sorta di comunicazione contro la quale non è possibile presentare ricorso. Di conseguenza, secondo questa visione, il ricorso potrebbe essere presentato solo dopo l'emanazione di un'ordinanza ai sensi dell'art. 59 cpv. 2 KG, relativa alle misure in grado di eliminare l'incompatibilità. Tuttavia, il DEFR può emettere tale ordinanza solo se i tentativi di raggiungere una soluzione amichevole sono falliti. Un altro argomento contro il primato delle disposizioni procedurali speciali e a favore dell'applicabilità della VwVG è che - se alla fine viene emessa un'ordinanza ai sensi della VwVG - in linea di principio ha senso condurre l'intero procedimento secondo tali disposizioni. 10

Il disaccordo sulle norme procedurali da applicare appare inevitabile alla luce del particolare contesto internazionale ed extra-politico in cui opera il Capitolo 6 e sottolinea il dilemma che il Capitolo 6 tenta di risolvere: da un 11

lato, si vuole fornire alle autorità svizzere uno strumento flessibile che possa essere utilizzato anche in casi di urgenza temporale, tutelando così la finalità diplomatica del Capitolo 6. Dall'altro lato, le autorità giudiziarie hanno il diritto di decidere in merito all'applicazione delle norme procedurali. Dall'altro, deve essere garantita la tutela giuridica delle parti. Tuttavia, una soluzione del tutto soddisfacente che comprenda sia la necessaria flessibilità temporale sia l'ampia tutela giuridica delle parti non è probabilmente possibile a causa di questi due obiettivi contrastanti.

I MATERIALI

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13.5.1981, BBl 1981 S. 1293 (zit. Botschaft KG 1981).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I S. 468 (zit. Botschaft KG 1994).

BIBLIOGRAFIA

Baldi Marino, Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG), in: Wirtschaft und Recht, Jg. 41, Heft 1, 1989, S. 54–69.

Borer Jürg, Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht I: Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. OFK-Borer).

Drolshammer Jens Ivar, Wettbewerbsrecht: Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1996.

Ducrey Patrik, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörenden Verordnungen, Zürich 1997 (zit. Kommentar zum KG-Ducrey).

Freund Benedikt, Vorbemerkungen zu Art. 58–59 KG und Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Freund).

Mamane David/Amberg Karin, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Mamane/Amberg).

Merkt Benoît/Metzger Philippe, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR-Merkt/Metzger).

Nüesch Sabina, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 1. Aufl., Basel 2010 (BSK-Nüesch).

Reinert Peter, Kommentierung zu Art. 58 KG, in: Baker & McKinzey (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Zürich 2007 (zit. SHK-Reinert).

Zurkinden Philipp/Trüeb Hans R., Das neue Kartellgesetz: Handkommentar, Zürich 2004.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 59 LCart

Un commentario di Anne Mirjam Schneuwly / Giulia Sonderegger

CITAZIONE SUGGERITA

Anne Mirjam Schneuwly/Giulia Sonderegger, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Patrick Krauskopf (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

Breve citazione: OK-Schneuwly/Sonderegger, N XXX zu Art. 59 KG.

Art. 59 Soppressione delle incompatibilità

[1] Se nell'esecuzione di un accordo internazionale si constata che una limitazione della concorrenza è incompatibile con l'accordo, il DEFR può, d'intesa con il Dipartimento federale degli affari esteri, proporre alle parti interessate una conciliazione in vista della soppressione delle incompatibilità.

[2] Se una conciliazione non può essere attuata tempestivamente e se la parte contraente dell'accordo minaccia di prendere misure nei confronti della Svizzera, il DEFR può prendere, d'intesa con il Dipartimento federale degli affari esteri, le misure necessarie per sopprimere la limitazione della concorrenza.

STRUTTURA

I. Introduzione 33
II. Identificazione dell'incompatibilità 33
III. Possibilità di azione 34
A. Accordo reciproco (par. 1) 34
B. Misure necessarie (par. 2) 35
IV. Rapporto tra il cpv. 1 e il cpv. 2 36
V. Disposizioni procedurali 36
I materiali 37
Bibliografia 37

I. INTRODUZIONE

Mentre l'art. 58 della Legge disciplina le disposizioni relative alla giurisdizione e alla procedura di determinazione dei fatti del caso, l'art. 59 della Legge tratta delle possibilità di intervento del DEFR quando l'incompatibilità è determinata dall'organo previsto dall'accordo internazionale. In altre parole, questo articolo si occupa di come eliminare a livello nazionale una restrizione della concorrenza incompatibile con l'accordo internazionale in questione. L'art. 59 KG prevede due possibili vie d'azione: L'incompatibilità può essere eliminata mediante una composizione amichevole ai sensi del comma 1 oppure, se non è possibile raggiungere una composizione amichevole in tempo utile, il DEFR può adottare ulteriori misure ai sensi del comma 2. Tuttavia, prima che il DEFR possa eliminare una restrizione della concorrenza incompatibile con l'accordo internazionale in questione, l'articolo si occupa di come eliminare una restrizione della concorrenza a livello nazionale. Tuttavia, prima che il DEFR possa eliminare un'incompatibilità, gli organi designati dall'accordo internazionale devono prima stabilire tale incompatibilità, che viene analizzata nella sezione seguente. 1

II. IDENTIFICAZIONE DELL'INCOMPATIBILITÀ

Per applicare l'art. 59 della Legge, il primo passo è determinare se la restrizione della concorrenza è incompatibile con le norme sostanziali dell'accordo internazionale in questione. Le norme sostanziali previste dall'accordo internazionale in questione sono decisive per determinare l'incompatibilità. L'"incompatibilità" non deve essere equiparata all'illegalità. Secondo l'art. 23 par. 1 dell'ALS, ad esempio, le restrizioni della concorrenza sono considerate incompatibili con il buon funzionamento dell'accordo se sono "suscettibili di pregiudicare il commercio di merci tra la Comunità e la Svizzera". L'art. 18 par. 1 dell'ALS stabilisce inoltre che sono incompatibili con l'Accordo quelle pratiche che "vanificano i benefici attesi dall'Accordo". Da questi due esempi, è chiaro che l'art. 59 TCA mira in larga misura a eliminare i comportamenti dannosi, a ridurre i vantaggi commerciali o addirittura ad annullarli del tutto. Il termine "incompatibilità" si riferisce a comportamenti restrittivi che incidono sui benefici commerciali derivanti direttamente o indirettamente dall'accordo internazionale, mettendo così a repentaglio il funzionamento di una concorrenza effettiva. 2

3 La competenza del chiarimento giuridico dell'incompatibilità spetta esclusivamente all'organo previsto dall'accordo in questione (ad esempio, sotto forma di Consiglio o di Comitato misto). In particolare, gli organi competenti devono stabilire se esiste una restrizione della concorrenza ai sensi dell'accordo e se la restrizione è incompatibile con l'accordo. Poiché tali organi sono spesso composti da rappresentanti di tutte le parti contraenti, si può presumere che, in caso di conflitto, la Svizzera consenta che anche i risultati dell'indagine preliminare ai sensi dell'art. 58 par. 1 APC confluiscano nel processo decisionale dell'organo.

4 Se gli organi competenti individuano un'incompatibilità con l'accordo internazionale, spetta alle autorità svizzere valutare se e con quali misure è possibile eliminarla. In altre parole, una volta individuata l'incompatibilità, la valutazione dei fatti e degli effetti della condotta in termini di concorrenza e politica commerciale dipende esclusivamente dalle autorità svizzere. Una volta individuata l'incompatibilità da parte degli organi previsti dall'accordo internazionale, si verifica quindi uno spostamento di competenze da tali organi al DEFR.

III. POSSIBILITÀ DI AZIONE

5 Se viene accertata l'incompatibilità del comportamento restrittivo con l'accordo internazionale in questione, il DEFR ha le seguenti possibilità di azione:

A. Accordo reciproco (par. 1)

6 Ai sensi dell'art. 59 cpv. 1 della legge, il DEFR può proporre alle parti interessate, in accordo con il Dipartimento federale degli affari esteri (DFAE), una soluzione amichevole. Si presuppone l'accordo del DFAE, poiché in questi casi sono sempre coinvolti aspetti di politica estera, per i quali il DFAE è talvolta responsabile.

7 L'espressione "parti coinvolte" utilizzata nell'art. 59 cpv. 1 e nell'art. 58 cpv. 2 si riferisce principalmente alle imprese che hanno causato la restrizione della concorrenza, come avviene anche nell'art. 29 KG. L'interpretazione del termine "parti interessate" deriva dal fatto che solo queste imprese possono eliminare la restrizione della concorrenza. Tuttavia, parte della dottrina

ritiene che anche le parti danneggiate dalla condotta restrittiva siano da considerarsi partecipanti.

Come nell'art. 29 KG, anche nell'art. 59 KG il legislatore utilizza il termine "composizione amichevole". A differenza dell'art. 29 cpv. 2, tuttavia, né la formulazione dell'art. 59 cpv. 1, né i messaggi prevedono requisiti formali. Di conseguenza, non si presume che l'accordo amichevole richieda la forma scritta. Anche se per ragioni politiche può essere comprensibile che un requisito formale possa ostacolare le trattative, ai fini della certezza del diritto l'accordo amichevole dovrebbe in linea di principio essere redatto per iscritto e pubblicato. 8

Per quanto riguarda il contenuto, l'art. 59 KG stabilisce solo che lo scopo della composizione amichevole è quello di eliminare l'incompatibilità, prevenendo così eventuali misure di ritorsione contro la Svizzera. Di conseguenza, la composizione amichevole deve tenere conto del contenuto sostanziale della disposizione sulla concorrenza dell'accordo internazionale in questione. In generale, ciò risponde all'obiettivo primario di garantire l'esecuzione degli obblighi internazionali in materia di diritto della concorrenza. 9

Se e in che misura si ricorre a una risoluzione consensuale dipenderà probabilmente, tra l'altro, da come è strutturato il regime dei termini dell'accordo internazionale in questione. Inoltre, è decisiva anche la volontà delle altre parti contraenti di cooperare nella negoziazione di una soluzione consensuale con le parti interessate. 10

B. Misure necessarie (par. 2)

In caso di urgenza, ossia se non è possibile adottare una soluzione amichevole in tempo utile e se sono imminenti misure di ritorsione concrete, il DEFR può ordinare, d'intesa con il DFAE, misure necessarie per eliminare la restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 59 cpv. 2 KG. A tal fine, devono essere soddisfatte due condizioni: (i) il termine previsto dall'accordo internazionale non è rispettato e (ii) la Svizzera è minacciata da misure di ritorsione da parte delle parti contraenti che rendono impossibile una risoluzione tempestiva della questione. Questi requisiti devono essere applicati in modo cumulativo, vale a dire che non è sufficiente che non venga rispettata solo la scadenza formale ma che non vi siano indicazioni che una parte contraente avvii misure di ritorsione. Al contrario, ciò significa anche che il requisito 11

cumulativo dà alle imprese interessate la possibilità di rifiutare temporaneamente di concludere un accordo reciproco per rafforzare la propria posizione negoziale fino alla potenziale concretizzazione delle misure di ritorsione. Ai sensi dell'art. 59 cpv. 2 CC, è a discrezione del DEFR - sempre in consultazione con il DFAE - valutare quale misura ritenga necessaria per eliminare l'incompatibilità. Tuttavia, la misura deve essere idonea a eliminare l'incompatibilità e a risolvere il conflitto. Di conseguenza, non può essere adottata qualsiasi misura, ma solo quelle che sono necessarie per eliminare un'incompatibilità e che possono scongiurare eventuali misure protettive (ad esempio, la sospensione delle concessioni commerciali) della parte contraente. Va chiarito che, anche se gli artt. 58 e 59 KG prevedono una procedura separata e diversa da quella ordinaria, in pratica si utilizzano le stesse misure previste dall'art. 30 KG.

IV. RAPPORTO TRA IL CPV. 1 E IL CPV. 2

12 Poiché l'art. 59 cpv. 1 KG è una "disposizione facoltativa", non vi è alcun obbligo di eliminare il comportamento restrittivo con una composizione amichevole. Se un accordo amichevole non viene concluso in tempo o la Svizzera è minacciata da misure di ritorsione da parte della parte contraente, il DEFR può, d'intesa con il DFAE, adottare le misure necessarie per eliminare la restrizione della concorrenza (art. 59 cpv. 2 CO). Se ne deduce che la composizione amichevole ai sensi dell'art. 59 cpv. 1 KG ha generalmente la precedenza sulle misure ai sensi dell'art. 59 cpv. 2 KG. Ciò si evince anche dal Dispaccio KG del 1994, secondo il quale il comma 2 si applica effettivamente solo se vi è un'urgenza temporale che richiede altre misure di protezione per tenere sotto controllo la situazione.

V. DISPOSIZIONI PROCEDURALI

13 Ai sensi dell'art. 1 cpv. 2 lett. a VwVG, le disposizioni della VwVG sono applicabili alla procedura del DEFR. L'ordinanza emessa dal DEFR è un'ordinanza formale ai sensi dell'art. 5 VwVG. Ai sensi dell'art. 33 lett. d della Legge sulle procedure amministrative, può essere impugnata davanti al Tribunale amministrativo federale.

I MATERIALI

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13.5.1981, BBl 1981 S. 1293 (zit. Botschaft KG 1981).

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995 I S. 468 (zit. Botschaft KG 1994).

BIBLIOGRAFIA

Baldi Marino, Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG), in: Zäch Roger (Hrsg.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Bern et al. 1989, 279–308.

Beuret Carla, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Beuret).

Borer Jürg, Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht I: Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. OFK-Borer).

Drolshammer Jens Ivar, Wettbewerbsrecht: Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1996.

Ducrey Patrik, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörenden Verordnungen, Zürich 1997 (zit. Kommentar KG-Ducrey).

Ducrey Patrik/Carron Benoît, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR-Ducrey/Carron).

Freund Benedikt, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), KG Kommentar, Kartellgesetz, Zürich 2018 (zit. Dike Kommentar-Freund).

Mamane David/Amberg Karin, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Mamane/Amberg).

Merkt Benoît/Metzger Philippe, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR-Merkt/Metzger).

Nüesch Sabina, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 1. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK-Nüesch).

Reinert Peter, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Baker & McKinzey (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Kartellgesetz, Zürich 2007 (zit. SHK-Reinert).

Schürmann Leo, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Schürmann Leo/Schluep Walter (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz (KG + PüG), Zürich 1988 (zit. OFK-Schürmann).

Sturny Monique, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, Bern 2013.

Zirlick Beat/Tagmann Christoph, Kommentierung zu Art. 59 KG, in: Amstutz Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Zirlick/Tagmann).