



L'ACCORDO DI COOPERAZIONE TRA L'UNIONE EUROPEA E LA SVIZZERA IN MATERIA DI CONCORRENZA

Con decisione del 21 ottobre 2014 il Consiglio dell'Unione europea ha approvato l'accordo tra l'Unione europea e la Confederazione svizzera concernente la cooperazione in merito all'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza. Tale decisione segna la fine di un negoziato durato circa tre anni ed iniziato il 26 novembre 2011 quando il Consiglio aveva autorizzato la Commissione a negoziare un accordo con la Confederazione svizzera. I negoziati si erano poi conclusi il 7 dicembre 2011 e il 1 giugno 2012 erano state presentate due proposte di decisioni del Consiglio, rispettivamente relative alla firma e alla conclusione di un accordo fra l'Unione europea e la Confederazione svizzera in merito alla cooperazione sull'applicazione dei rispettivi diritti della concorrenza.

Ai sensi dell'art. 1 lo scopo di tale accordo è quello di contribuire all'efficace applicazione del diritto della concorrenza di entrambi i paesi attraverso la cooperazione e il coordinamento, compreso lo scambio di informazioni, tra le autorità in materia di concorrenza, ed eliminare o ridurre la possibilità di controversie tra i due paesi in tutte le questioni riguardanti l'applicazione del diritto della concorrenza di ciascuno Stato (in generale cfr. S. Bastianon, P.M. Ferrari, *Gli strumenti di cooperazione internazionale in materia antitrust e i rapporti intercorrenti tra l'Unione europea e la Svizzera*, in M. Condinanzi (a cura di), *Unione europea e Svizzera tra cooperazione e integrazione*, Milano, 2014, p. 307 ss.).

Si tratta di un accordo di grande rilevanza in quanto, sino ad oggi, la collaborazione ufficiale tra l'Unione e la Confederazione svizzera in materia di concorrenza sussisteva unicamente in relazione al settore del trasporto aereo, mentre per tutti gli altri settori la collaborazione si basava esclusivamente su contatti di natura informale, sulla falsariga delle raccomandazioni e *guidelines* elaborate in seno all'OCSE e nel quadro dello *European Competition Network*. Sennonché l'intensificarsi dei rapporti economici tra l'Unione e la Confederazione e la loro rilevanza sia in termini quantitativi, sia in termini qualitativi, ha messo in luce la necessità di prevedere un quadro generale all'interno del quale disciplinare la cooperazione tra la Commissione europea e l'Autorità svizzera in materia di concorrenza (COMCO), e soprattutto di superare il limite, comune a tutti gli accordi c.d. "di prima generazione" rappresentato dal divieto di scambiarsi informazioni protette o riservate senza lo specifico consenso dell'impresa che ha fornito le informazioni in questione.

In tale contesto, il nuovo accordo di cooperazione prevede che, con riferimento a qualsiasi applicazione del diritto della concorrenza mediante indagini o procedimenti svolti dall'autorità in

materia di concorrenza di uno dei due Stati (c.d. atti di esecuzione), la cooperazione tra i due paesi si realizzi attraverso gli istituti della notifica (art. 3), del coordinamento (art. 4), della cortesia passiva ed attiva (artt. 5 e 6), dello scambio di informazioni (art. 7) e delle consultazioni (art. 11). Si tratta, in buona sostanza, degli istituti tipici contemplati negli accordi di cooperazione in materia antitrust già stipulati dall'Unione europea con gli Stati Uniti (nel 2011, 1998 e 1995), il **Canada**, il **Giappone** e la **Corea del Sud**.

Si tratta del primo accordo di "seconda generazione" (ossia che consente alle autorità di concorrenza delle parti di scambiarsi le informazioni raccolte) che l'Unione europea stipula con uno Stato terzo.

ISTITUTO	NORMA	CONTENUTO
Notifiche	Art. 3	Atti di esecuzione che possono coinvolgere interessi rilevanti di una parte
Coordinamento	Art. 4	Atti di esecuzione che possono essere correlati
Cortesia passiva	Art. 5	Attenta considerazione degli interessi rilevanti di una parte
Cortesia attiva	Art. 6	Richiesta di adozione di atti di esecuzione adeguati
Scambio informazioni	Artt. 7, 8 e 9	Scambio, discussione e trasmissione di informazioni
Consultazioni	Art. 11	Su qualsiasi questione relativa all'attuazione dell'accordo

Per quanto riguarda le **notifiche**, l'autorità in materia di concorrenza di una parte deve notificare per iscritto all'autorità in materia di concorrenza dell'altra parte gli atti di esecuzione che essa ritiene possano coinvolgere interessi rilevanti dell'altra parte. A mero titolo indicativo, e pertanto con elencazione non esaustiva, viene precisato che gli atti di esecuzione che possono coinvolgere interessi rilevanti dell'altra parte includono:

- a) gli atti di esecuzione riguardanti atti anticoncorrenziali diversi dalle concentrazioni, nei confronti di un'impresa costituita o organizzata secondo le leggi e i regolamenti applicabili nel territorio dell'altra parte;
- b) gli atti di esecuzione che riguardano comportamenti considerati come favoriti, imposti o approvati dall'altra parte;
- c) gli atti di esecuzione che riguardano una concentrazione in cui una o più parti dell'operazione sono imprese costituite o organizzate secondo le leggi e i regolamenti applicabili nel territorio dell'altra parte;
- d) gli atti di esecuzione che riguardano una concentrazione in cui un'impresa che controlla una o più

parti dell'operazione è costituita o organizzata secondo le leggi e i regolamenti applicabili nel territorio dell'altra parte;

e) gli atti di esecuzione nei confronti di atti anticoncorrenziali diversi dalle concentrazioni che sono anch'essi compiuti o che sono stati compiuti in misura significativa nel territorio dell'altra parte;

f) gli atti di esecuzione che riguardano misure correttive che espressamente esigano o vietino determinati comportamenti nel territorio dell'altra parte o che contengano obblighi vincolanti per le imprese stabilite in tale territorio.

Con riferimento, invece, all'istituto del **coordinamento degli atti di esecuzione**, l'art. 4 stabilisce che nel caso in cui le autorità in materia di concorrenza di entrambe le parti pongano in essere atti di esecuzione riguardanti situazioni correlate, esse possono coordinare tali atti e, in particolare, la tempistica dei loro accertamenti o delle loro perquisizioni. Sebbene l'accordo non contenga una definizione di "situazioni correlate", essa può essere ricavata dal secondo comma dell'art. 4 ai sensi del quale, al fine di stabilire se determinati atti di esecuzione possano essere coordinati, le autorità in materia di concorrenza delle parti devono tenere conto, in particolare, dei seguenti elementi:

a) le conseguenze di tale coordinamento sulla capacità delle autorità in materia di concorrenza delle parti di conseguire gli obiettivi dei loro atti di esecuzione;

b) le capacità delle autorità in materia di concorrenza delle parti di ottenere le informazioni necessarie a porre in essere gli atti di esecuzione;

c) la possibilità di evitare obblighi confliggenti e oneri inutili alle imprese oggetto degli atti di esecuzione;

d) l'opportunità di utilizzare più efficacemente le risorse.

Deve, peraltro, essere sottolineato che l'istituto del coordinamento è meramente facoltativo in quanto è previsto che l'autorità in materia di concorrenza di ciascuna parte, mediante adeguata comunicazione all'autorità in materia di concorrenza dell'altra parte, può in qualsiasi momento limitare il coordinamento degli atti di esecuzione e procedere autonomamente ad uno specifico atto di esecuzione.

Gli artt. 4 e 5 dell'accordo disciplinano l'istituto della cortesia, sia passiva (prevenzione dei conflitti), sia attiva.

La **cortesia passiva** si traduce nel principio secondo cui l'autorità in materia di concorrenza di una parte è tenuta a riservare un'attenta considerazione agli interessi rilevanti dell'altra parte in tutte le fasi dei suoi atti di esecuzione, incluse le decisioni riguardanti l'avvio degli atti di esecuzione, sull'ambito di applicazione degli stessi e sulla natura delle sanzioni o delle altre misure correttive richieste in ciascun caso. L'attenta considerazione che ciascun paese deve riservare agli interessi rilevanti dell'altro paese si risolve in un duplice obbligo: da un lato, è previsto che l'autorità di concorrenza si adoperi al massimo per:

- a) informare senza indugio l'autorità in materia di concorrenza dell'altra parte di sviluppi significativi per gli interessi di tale parte;
- b) dare all'autorità in materia di concorrenza dell'altra parte la possibilità di presentare osservazioni;
- c) prendere in considerazione le osservazioni dell'autorità in materia di concorrenza dell'altra parte, nel pieno rispetto dell'indipendenza dell'autorità in materia di concorrenza di ciascuna parte nell'adottare decisioni.

Dall'altro lato è previsto l'obbligo di approfondire il massimo impegno al fine di ricercare una soluzione in grado di conciliare i rispettivi interessi. Nel ricercare tale soluzione, l'autorità in materia di concorrenza della parte interessata dovrebbe prendere in considerazione i seguenti elementi:

- a) l'importanza relativa degli effetti reali o potenziali degli atti anticoncorrenziali sugli interessi rilevanti della parte che adotta gli atti di esecuzione, rispetto ai loro effetti sugli interessi rilevanti dell'altra parte;
- b) l'importanza relativa, per quanto riguarda gli atti anticoncorrenziali in questione, dei comportamenti o delle operazioni posti in essere nel territorio di una parte rispetto ai comportamenti o alle operazioni posti in essere nel territorio dell'altra parte;
- c) la misura in cui possono essere influenzati atti di esecuzione adottati dall'altra parte nei confronti delle medesime imprese;
- d) la misura in cui le imprese si vedranno imporre obblighi confliggenti da entrambe le parti.

Al contrario, in base all'istituto della **cortesia attiva** se gli atti anticoncorrenziali compiuti nel territorio dell'altra parte possano influire negativamente sui propri interessi rilevanti, l'autorità in materia di concorrenza di una parte può richiedere che l'autorità in materia di concorrenza dell'altra parte adotti atti di esecuzione adeguati o li estenda. Al fine di formulare tale richiesta occorre tenere conto dell'importanza di evitare conflitti in merito alla giurisdizione e della possibilità che l'autorità in materia di concorrenza dell'altra parte sia in grado di porre in essere atti di esecuzione più efficaci nei confronti di tali attività anticoncorrenziali.

Ove una tale richiesta venga formulata spetta all'autorità in materia di concorrenza destinataria della richiesta medesima decidere sul prosieguo, dandone tempestiva comunicazione all'autorità di concorrenza richiedente. In nessun caso, peraltro, l'istituto della cortesia attiva può essere inteso nel senso di una limitazione del potere di cui è titolare l'autorità in materia di concorrenza destinataria della richiesta, secondo il suo diritto della concorrenza e le sue politiche di attuazione, di decidere in via discrezionale se adottare o meno atti di esecuzione nei riguardi degli atti anticoncorrenziali indicati nella richiesta, né ostano a che l'autorità in materia di concorrenza richiedente ritiri la sua richiesta.

Decisamente più articolato si presenta la disciplina dell'istituto dello **scambio di informazioni**. Innanzitutto l'art. 7 stabilisce che, al fine di realizzare lo scopo dell'accordo così come enunciato all'art. 1, le autorità in materia di concorrenza delle parti possono:

- a) scambiarsi opinioni e informazioni sull'applicazione del loro rispettivo diritto della concorrenza;
- b) discutere tutte le informazioni, incluse quelle ottenute tramite il procedimento d'indagine, necessarie per realizzare la cooperazione e il coordinamento previsti dal presente accordo;
- c) trasmettersi vicendevolmente informazioni in loro possesso previo esplicito consenso scritto dell'impresa che le ha fornite.

Il comma 4 dell'art. 7, peraltro, stabilisce che, in mancanza del consenso di cui al paragrafo 3, l'autorità in materia di concorrenza di una parte può, su richiesta, trasmettere all'autorità in materia di concorrenza dell'altra parte, ai fini di utilizzo come prova, informazioni ottenute tramite il procedimento d'indagine e già in suo possesso, soltanto alle seguenti condizioni:

- a) le informazioni ottenute tramite il procedimento d'indagine possono essere trasmesse solo quando le due autorità in materia di concorrenza stanno indagando sullo stesso comportamento o sulla stessa operazione, o su comportamenti od operazioni correlate;
- b) la richiesta di tali informazioni è fatta per iscritto e include una descrizione generale dell'oggetto e della natura dell'indagine o del procedimento su cui verte la richiesta, e le specifiche disposizioni giuridiche interessate. Identifica inoltre le imprese oggetto dell'indagine o del procedimento la cui identità è disponibile al momento della richiesta;
- c) l'autorità in materia di concorrenza che riceve la richiesta determina, in consultazione con l'autorità in materia di concorrenza richiedente, quali informazioni in suo possesso siano rilevanti e possano essere trasmesse.

Di contro, ai sensi dei commi 5 e 6 dell'art. 7 le autorità in materia di concorrenza delle parti non discutono né si trasmettono vicendevolmente informazioni ottenute nel quadro di una procedura di trattamento favorevole o di una procedura di transazione, a meno che l'impresa che ha fornito le informazioni non abbia dato esplicito consenso scritto, né discutono, richiedono o trasmettono informazioni ottenute tramite il procedimento d'indagine se l'uso di tali informazioni è vietato in virtù dei diritti e privilegi procedurali garantiti dai rispettivi diritti delle parti e applicabili ai loro atti di esecuzione, incluso il principio di non-autoincriminazione e il diritto al segreto professionale.

Seguono, poi, alcune disposizioni specifiche relative all'utilizzo delle informazioni (art. 8) e alla protezione e riservatezza delle informazioni (art. 9).

Per quanto riguarda l'utilizzo delle informazioni, l'accordo distingue a seconda che si tratti di:

- a) informazioni che l'autorità in materia di concorrenza di una parte discute con l'autorità in materia di concorrenza dell'altra parte o che trasmette a quest'ultima: in tal caso, tali informazioni sono utilizzate solo ai fini dell'applicazione delle norme di concorrenza di quest'ultima parte dalla sua autorità in materia di concorrenza;
- b) informazioni ottenute tramite il procedimento d'indagine e discusse con l'autorità in materia di

concorrenza dell'altra parte o a questa trasmesse: in tal caso le informazioni sono utilizzate dall'autorità in materia di concorrenza ricevente solo ai fini dell'applicazione del suo diritto della concorrenza nel caso di uno stesso comportamento o di una stessa operazione, o nel caso di comportamenti od operazioni correlate;

c) informazioni trasmesse ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 4: tali informazioni sono usate dall'autorità in materia di concorrenza ricevente solo ai fini definiti nella richiesta.

In nessun caso le informazioni discusse o trasmesse, di qualunque tipo essere siano, possono essere utilizzate per irrogare sanzioni a persone fisiche. Inoltre, è previsto che l'autorità in materia di concorrenza di una parte possa chiedere che le informazioni trasmesse a norma del presente accordo siano utilizzate a determinate condizioni da essa specificate: in tal caso l'autorità in materia di concorrenza ricevente non utilizza le informazioni in questione in modo contrario a dette condizioni senza il consenso preliminare dell'autorità in materia di concorrenza che le ha trasmesse.

Per quanto riguarda la protezione delle informazioni il principio-base sancito dall'accordo è quello della riservatezza: in altre parole, l'autorità in materia di concorrenza ricevente mantiene riservate le informazioni ottenute a norma del presente accordo conformemente alla sua legislazione. Ciò significa, nella sostanza, che entrambe le autorità in materia di concorrenza si oppongono a qualsiasi richiesta di divulgazione delle informazioni ricevute avanzata da un terzo o da un'altra autorità.

Il principio della riservatezza, tuttavia, non osta alla divulgazione delle informazioni nei seguenti casi elencati all'art. 9:

a) ai fini dell'ottenimento di un ordine dell'autorità giudiziaria riguardante l'applicazione tramite i pubblici poteri del diritto della concorrenza di una parte;

b) ad imprese oggetto di un'indagine o di un procedimento ai sensi del diritto della concorrenza delle parti e contro le quali potrebbero essere usate le informazioni, se tale divulgazione è richiesta dalla legislazione della parte che riceve le informazioni;

c) alle autorità giudiziarie nelle procedure d'appello;

d) se, e nella misura in cui, ciò è indispensabile per l'esercizio del diritto d'accesso ai documenti secondo il diritto di una parte.

Anche in questi casi, peraltro, l'autorità in materia di concorrenza ricevente deve garantire pienamente la protezione dei segreti commerciali.

Infine, l'istituto delle **consultazioni** prevede che le parti si consultino, su richiesta di una di loro, su qualsiasi questione possa sorgere in relazione all'attuazione dell'accordo. In particolare, su richiesta di una di loro, le parti possono prendere in considerazione un riesame del funzionamento dell'accordo ed esaminare la possibilità di sviluppare ulteriormente la loro cooperazione. Inoltre, le parti si informano reciprocamente, al più presto, di qualsiasi modifica intervenuta nel loro diritto della concorrenza, così come di ogni modifica di altre leggi e regolamenti e di ogni cambiamento nelle prassi di esecuzione

delle loro autorità in materia di concorrenza che possa incidere sul funzionamento dell'accordo.

Pubblicato il: 15/12/2014

Autore: Stefano Bastianon

Categorie: articoli ,

Tag: Accordo di cooperazione, concorrenza, Svizzera

Editore: Bruno Nascimbene, Milano

Rivista registrata presso il Tribunale di Milano, n. 278 del 9 settembre 2014

Eurojus © è un marchio registrato