

L'abuso del procedimento giudiziario e amministrativo in senso anticoncorrenziale e la funzione sanzionatoria delle Autorità indipendenti (considerazioni intorno a Consiglio di Stato, Sez. VI, Sent. 21 maggio 2013, n. 2722).

Abstract

Il presente contributo trae spunto da una recente sentenza del Consiglio di Stato, che conferma la sanzione irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) in relazione a una complessa situazione di abuso di posizione dominante. Nel caso esaminato il comportamento anticoncorrenziale si era concretizzato, tra l'altro, in azioni giudiziarie pretestuosamente intentate nei confronti di un nuovo concorrente dall'*incumbent* non già in via diretta, bensì tramite soggetti legati a quest'ultimo da rapporti economici.

Si illustrano, quindi, le criticità nascenti dalla generica descrizione dell'illecito offerta dalle norme interne ed europee e dalla non sempre perspicua impostazione in base alla quale tanto l'Agcm quanto la giurisprudenza ravvisano il carattere "abusivo" di condotte formalmente lecite, poste in essere nell'ambito del procedimento amministrativo e giudiziario. Viene diffusamente evidenziato come generalmente - e non solo in materia di concorrenza - il rischio di sovrapporre astratte petizioni di principio alle specificità dei singoli casi si presenti viepiù spiccato in riferimento all'uso distorto e strumentale del diritto di difesa nel processo, che costituisce una prerogativa tutelata a livello sia costituzionale che sovranazionale.

L'analisi si focalizza, inoltre, sul ruolo e sui compiti delle Amministrazioni indipendenti che vengono in evidenza nell'esercizio della potestà sanzionatoria, con particolare riguardo all'Agcm, cui spetta non solo la delicata funzione di riempire di volta in volta di contenuto concreto, con valutazioni dall'elevato grado di tecnicismo, i concetti giuridici indeterminati sottesi alla definizione normativa della condotta anticoncorrenziale, ma anche quella di operare scelte, connotate da una discrezionalità non meramente tecnica, sull'opportunità di portare a compimento l'accertamento degli illeciti, come nel caso delle c.d. "decisioni con impegni".

Di qui la necessità di ripensare la posizione giurisprudenziale - ribadita di recente dalla Corte Costituzionale in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia - che, in linea di principio, attribuisce ai provvedimenti sanzionatori natura "vincolata", ascrivendoli alla cognizione del giudice ordinario.

Dall'indeterminatezza dei parametri legali che orientano l'azione dell'Agcm - e dalle correlate incertezze degli operatori economici circa la prevedibilità dell'*an* e del *quantum* delle conseguenze afflittive che potrebbero subire per i propri comportamenti - discende l'esigenza di un pieno controllo giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori. Quand'anche le valutazioni ivi contenute non possano essere sostituite da quelle del giudice, a quest'ultimo deve essere in ogni caso consentito - come sottolinea la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - un riscontro effettivo sull'attendibilità delle ricostruzioni fattuali e degli apprezzamenti tecnico-discrezionali svolti dalle Autorità Indipendenti.

Abuse of judicial and administrative proceedings in anti-competitive sense and the sanctioning function of independent Authorities (some considerations about the judgement of the Council of State, 6th Section, n. 2722, May 21st 2013).

Abstract

The present paper takes as a starting point a recent judgement of the Italian Council of State, which confirms the fine imposed by the Italian Antitrust Authority (Autorità garante della concorrenza e del mercato - Agcm) concerning a complex case of abuse of dominant position. In this particular instance, the anti-competitive behaviour consisted in, *inter alia*, legal actions, pretextually brought against a new competitor by the incumbent, not directly, but through subjects linked to the latter by economic relations.

The critical issues arising from the generic description of the anti-competitive offence given by the Italian and European legislation are discussed. This vagueness, in fact, leads to the not always perspicuous arguments, by which both Agcm and Italian administrative judges infer the "abusive" nature of behaviours realised through judicial and administrative proceedings, in a way that is formally pursuant to law. The risk of overlapping apodictic abstractions to the peculiarities of the single cases becomes stronger - in general and not only in terms of protection of competition - when the distorted use of the right to defend oneself in court, protected by both the Italian Constitution and the supranational law, is involved.

This analysis also focuses on the features of independent administrative authorities, emerging in the exercise of sanctioning function, especially with regard to the Agcm. This Authority not only provides concrete meaning, through highly technical evaluations, to the indeterminate juridical concepts underlying to the statutory definition of anti-competitive conduct, but also makes choices, characterized by a not merely technical discretion, about the opportunity of completing the investigations of the offences, as it occurs in the case of so-called "decisions with commitments".

These aspects allow to investigate the issue of jurisdiction over the sanctions of independent Authorities, also in relation to the recent decisions of the Constitutional Court.

The indeterminateness of the legal parameters that guide the activities of independent administrations - and the correlated uncertainties of economic operators about the predictability of the afflictive consequences they could suffer because of their behaviour - make a full judicial review on the sanctions necessary, as the European Court of Human Rights underlines. This review, even if it does not permit the judge to substitute his own evaluations to those made by the Authorities, however, must allow him an accurate examination on the reliability of the reconstruction of the facts and technical-discretionary evaluations contained in their decisions.