**Le istituzioni della concorrenza**

(Consiglio di Stato, 13 novembre 2019)

**di Filippo Patroni Griffi**

Il 1990 è un anno molto importante per il diritto amministrativo in Italia. E’ l’anno in cui viene varata la legge generale sul procedimento amministrativo, l’anno in cui si introduce una riforma organica degli enti locali. Ed è anche l’anno della legge n. 287: la legge italiana sulla concorrenza, che ha istituito l’Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La concorrenza potremmo definirla, con le parole di M.S. Giannini, come un ordinamento settoriale.

La scelta ordinamentale, in linea con quella dell’Unione europea, è infatti di introdurre in primo luogo un sistema di *antitrust public enforcement*.

L’istituzione di AGCM ha visto confluire in questa istituzione una serie di competenze: da quella, cruciale, di repressione degli illeciti anticoncorrenziali, a quella di autorizzare le concentrazioni sino alla funzione di c.d. *advocacy*, che proprio in anni recenti ha visto espandere la pronuncia di pareri e segnalazioni, allo speciale legittimazione a ricorrere davanti al giudice amministrativo contro gli atti amministrativi lesivi della concorrenza ai sensi dell’art. 21*bis* della legge n. 287. AGCM ha lavorato nei suoi primi anni (quelli che Giuliano Amato ha definito del “*missionario in terra di infedeli*” a causa delle difficoltà di un sistema, che non conosceva il diritto *antitrust*, a confrontarsi con questa nuova realtà) sotto l’egida della legge n. 287 del 1990. Poi la concorrenza è stata attratta ancor più nettamente nell’architettura europea, con il Regolamento n. 1 del 2003, che ha affidato alle Autorità di concorrenza degli stati membri la diretta applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, nell’ambito di un *network* direttamente coordinato dalla Commissione UE.

Oggi lo Stato italiano Italiana è chiamato a recepire la nuova direttiva n. 1 del 2019, che punta ad una migliore armonizzazione dei poteri di *public enforcement* delle Autorità *antitrust* europee.

Il giudice amministrativo ha avuto il compito di effettuare il suo sindacato sul potere pubblico dell’AGCM. Lo ha svolto in linea con la sua missione tradizionale di giudice che controlla i poteri pubblici. Ed ha adattato il suo controllo, in stretta aderenza con quanto spetta alla Corte di giustizia UE nei confronti delle decisioni *antitrust* della Commissione, all’esigenza di un corretto equilibrio tra potere, diritti e interessi. Le formule e l’intensità di questo sindacato nel corso del tempo sono cambiate, nel segno di una maggiore effettività: si è presto passati dal controllo “debole” ed “estrinseco” al controllo “forte” di ragionevolezza; e la recente sentenza della Sezione VI sul caso *Roche-Novartis* si è spinta verso un sindacato che, pur non ponendosi come “sostitutivo”, ben può essere definito di “maggiore attendibilità”.

Accanto alla vicenda del *public enforcement*, si è sviluppata quella del *private enforcement*. L’importanza di questa parte del contenzioso delle Sezioni specializzate per le imprese è cresciuta sempre di più. Si sono avute molte cause *stand alone*, proposte in assenza di un precedente procedimento *antitrust*, ma più frequentemente i giudizi civili di risarcimento del danno, sia quelli proposti dei concorrenti danneggiati dagli atti anticoncorrenziali sia quelli proposti dai consumatori, hanno avuto il carattere *follow on*, ossia si sono sviluppati dopo la fase del procedimento *antitrust* e quella del giudizio amministrativo. E’ un contenzioso vivacissimo, nel quale, come sempre accade nel diritto della concorrenza, le questioni di diritto relative al risarcimento dei danni provocati dalle condotte anticoncorrenziali sono state trattate in una con l’analisi economica, anche sotto il delicato profilo della quantificazione del danno.

Oggi i compiti delle istituzioni della concorrenza sembrano ancor più vicini, in un quadro ordinamentale ormai unitario.

Hanno contribuito a questo avvicinamento soprattutto due eventi.

Il primo è l’assimilazione del procedimento amministrativo di *public* *enforcement* alla “*accusa penale*” dell’articolo 6 CEDU, voluta dalla Corte internazionale EDU, ed alla conseguente necessità, riconosciuta pressoché da tutti gli specialisti, che le diversità che presenta il procedimento di AGCM rispetto al parametro processualpenalistico vadano colmate nel processo amministrativo. Un processo che dev’essere di *full jurisdiction*, appunto. Procedimento e processo si legano ancor più, vicendevolmente. In ciò, si nota un parallelismo, anche più spinto, con il progressivo assoggettamento al sindacato di legittimità dell’area di cd. discrezionalità tecnica delle amministrazioni.

Il secondo è la novità introdotta in Italia dall’articolo 7 del decreto legislativo n. 3 del 2017, che, recependo la direttiva UE n. 104 del 2014, ha previsto che il provvedimento di AGCM sia vincolante, per quanto riguarda *la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale*, nei confronti del giudice del *private enforcement*, con esclusione di ogni vincolo sull’accertamento del nesso causale e dell’entità del danno.

E l’articolo 7, che dovrebbe disciplinare solo il fronte del processo civile, in realtà dice qualcosa anche sul processo amministrativo, quando aggiunge, per esempio, che “*il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata*”. Perché appunto di solito il provvedimento *antitrust* giunge al *private enforcement* attraverso il filtro del giudicato amministrativo. Così rafforzando quell’idea “forte” di sindacato di cui si è fatto cenno e confermando un’impressione: più che estendersi il sindacato, si è allargata l’area del fatto e delle valutazioni tecniche che il giudice ritiene assoggettata al sindacato. Circostanza questa di cui non potrà non tener conto la Corte di cassazione in sede di controllo ex art. 111 Cost. sul cd. eccesso di potere giurisdizionale: un controllo svolto secondo canoni rigidi, infatti, contrasterebbe con la esigenza di “piena giurisdizione” imposta dalla Corte europea e minerebbe alla radice l’effettività della tutela. Non appartengono infatti al “merito” amministrativo, sicuramente da salvaguardare anche per AGCM, i fatti posti alla base delle sanzioni e le valutazioni sul piano tecnico dei relativi fatti. Anche perché –a differenza di quanto avviene per la funzione di regolazione in senso stretto, in cui alle Autorità di settore sono riconosciuti poteri di integrazione della fattispecie normativa primaria, peraltro sindacabili dal giudice con gli strumenti appropriati- la fattispecie sanzionatoria costituisce un modello normativo in sé chiuso, e non “aperto”, rispetto al quale il giudice deve verificare la sussistenza dei presupposti di fatto, inclusivi di fatti e relative valutazioni.

Se a queste novità si unisce la già ricordata prossima implementazione della direttiva n. 1 del 2019 dell’UE, che punta ad un rafforzamento ed omogeneizzazione sia dei poteri delle Autorità di concorrenza degli Stati membri, sia dei diritti di difesa nei confronti di tali poteri, si ha la sensazione che questo importante capitolo dell’ordinamento europeo ed italiano sia destinato ad un’ulteriore fase di vivacità e di attenzione, sia nel dibattito fra gli studiosi, sia per assestare ancor meglio i compiti delle Istituzioni della concorrenza.

Il convegno di oggi si propone di accompagnare questo dibattito, attraverso una visione unitaria dei tre momenti in cui il sistema di tutela della concorrenza si snoda, in Italia come in Europa.

**Filippo Patroni Griffi**

Presidente del Consiglio di Stato

Pubblicato il 15 novembre 2019