

Pubblicato il 07/07/2021

N. 05178/2021REG.PROV.COLL.
N. 01063/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 116 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 1063 del 2021, proposto da Iliad Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Pacciani, Vito Auricchio e Valerio Mosca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, via di San Nicola da Tolentino, 67;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Vodafone Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo di essi in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 11516/2020, resa tra le parti, concernente la nota dell'AGCM del 16 gennaio 2020, avente ad oggetto “Istanza di accesso agli atti del procedimento PS11381”, con cui l'AGCM ha respinto l'istanza presentata via PEC da Iliad in data 10 gennaio 2020 per l'accesso agli atti del procedimento PS11381 Vodafone-Messaggi di winback; e per l'accertamento del diritto di Iliad Italia S.p.A. di accedere, mediante esame ed estrazione di copia, agli atti e documenti contenuti nel fascicolo del procedimento PS11381 Vodafone-Messaggi di winback, con conseguente ordine all'AGCM di concedere l'accesso ai suddetti atti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e di Vodafone Italia S.p.a.;

Visto l'appello incidentale di Vodafone S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2021 il cons. Hadrian Simonetti. L'udienza si svolge ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e dell'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma “Microsoft Teams” come previsto dalla circolare del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa 13 marzo 2020, n. 6305;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante, con istanza rivolta all'AGCM, ha presentato domanda di accesso ai documenti contenuti nel fascicolo del procedimento PS11381 Vodafone-Messaggi di winback, procedimento avviato su segnalazione della stessa Iliad, all'esito del quale, con provvedimento del 12.11.2019, l'Autorità

ha accertato e sanzionato come scorrette talune pratiche commerciali poste in essere da Vodafone, relative alla diffusione di messaggi pubblicitari ritenuti ingannevoli, indirizzati nei confronti degli utenti di Iliad al fine di sollecitarne il cambio di operatore telefonico in favore di Vodafone.

2. L'Autorità ha accolto l'istanza consentendo l'accesso solo in parte, negandolo per la restante parte in ragione di quanto previsto all'art. 11 del Regolamento AGCM sulle procedure istruttorie (delibera n. 25411 del 1.4.2015), in particolare a tutela della riservatezza della parte controinteressata.

3. Proposto ricorso avverso la nota del 16.1.2020, invocando l'accesso difensivo e deducendo la violazione dell'art. 24, comma 7, della l. 241/1990, a tal fine allegando anche di avere avviato un'azione civile per concorrenza sleale dinanzi al Tribunale di Milano nei confronti di Vodafone, il Tar, disposta istruttoria, lo ha respinto con sentenza n. 11516/2020. In particolare, respinta l'eccezione di tardività del ricorso, lo ha giudicato infondato sul fondamentale rilievo che Iliad non avesse fornito sufficienti elementi in ordine alla necessità e indispensabilità dei documenti richiesti e che tale necessità e indispensabilità fossero idonee a prevalere sul diritto alla riservatezza commerciale della controinteressata; ciò sul presupposto che la preminenza del diritto di difesa non assuma carattere assoluto, con riferimento ai segreti commerciali e industriali.

4. Avverso la sentenza Iliad ha proposto il presente appello, deducendone l'erroneità sia quanto al presupposto più teorico – il rapporto tra diritto di difesa e tutela della riservatezza – sia quanto alla dimostrata necessità dei documenti ai fini della causa civile, alla luce anche degli indirizzi più recenti dell'Adunanza plenaria in tema di accesso difensivo.

Si sono costituiti l'AGCM e Vodafone, replicando con articolate memorie difensive, la seconda proponendo anche appello incidentale con cui impugna il capo di sentenza che ha respinto l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado.

Nella camera di consiglio del 24 giugno 2021 la causa è passata in decisione.

5. Il Collegio preliminarmente reputa infondata l'eccezione di tardività, e quindi l'appello incidentale con cui essa è riproposta, sul rilievo che tra le prime istanze di accesso presentate da Iliad e quella presentata il 29.1.2020 vi è stata la soluzione di continuità rappresentata dalla definizione del procedimento istruttorio dell'AGCM, a novembre del 2019. Nel senso che, mentre le prime istanze erano declinate in chiave di partecipazione procedimentale, facendo valere Iliad la propria posizione di soggetto "segnalante", successivamente l'istanza del 10.1.2020, avanzata "a valle" del provvedimento sanzionatorio, si inquadra nella prospettiva della tutela difensiva al di fuori del procedimento istruttorio, oramai definito, e preludeva all'azione civile che di lì a breve sarebbe stata proposta e di cui la sanzione dell'AGCM rappresenta come noto la cd. prova regina. Sicché, come correttamente rilevato dal Tar, il pregiudizio per Iliad, posto a fondamento del suo interesse al ricorso, è derivato dal diniego opposto all'ultima istanza e non già (o comunque non più) dalle determinazioni precedentemente assunte dall'AGCM.

6. Nel merito della controversia, debbono darsi per pacifici ovvero non contestati tra le parti almeno due elementi: il fatto che Iliad abbia esercitato un accesso di tipo difensivo e il fatto che le informazioni e i documenti richiesti non contengano dati sensibili o giudiziari.

Da tali fatti consegue anche che l'istanza di accesso debba essere definita sulla base dell'art. 24, comma 7, della l. 241/1990, piuttosto che in forza dell'art. 11 del Regolamento AGCM la cui previsione ha riguardo all'accesso endoprocedimentale, dove (nella legge sul procedimento) l'accesso riceve una tutela particolarmente rafforzata ("deve comunque essere garantito") ogni qual volta la "conoscenza (dei documenti) sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici"; e dove l'accesso di tipo difensivo incontra ulteriori limiti (che non siano il requisito della sola necessità) solamente al cospetto e nel confronto con dati sensibili e giudiziari

(richiedendosi allora un giudizio non di semplice necessità ma di stretta indispensabilità), senza che il comma 7 faccia invece menzione – per quanto più rileva in questa sede - della riservatezza ovvero del segreto commerciale e industriale.

Si deve quindi valutare, nel caso di specie, se la conoscenza dei documenti richiesti sia o meno (configurabile come) necessaria ai fini della difesa in giudizio, consapevoli peraltro che, secondo l'insegnamento della Plenaria (v. da ultimo la n. 19 del 2020 e la n. 4 del 2021, alle quali si fa rinvio anche per quanto concerne il rapporto tra accesso difensivo e gli ordini di esibizione istruttoria disciplinati dagli artt. 210 e ss. c.p.c.), la necessità ovvero la strumentalità o il collegamento vanno intesi in senso ampio e la relativa valutazione va condotta in astratto, senza quindi che l'amministrazione prima e il giudice amministrativo dopo debbano farsi carico di apprezzare, loro, se e quanto l'interesse ovvero la pretesa finale sia fondata. Tanto più nel caso di specie, in cui l'accesso difensivo segue alla definizione di un procedimento dell'AGCM, avviato su segnalazione della stessa richiedente, ed è strumentale ad un'azione risarcitoria, già proposta, che per definizione trova nel provvedimento (e nel procedimento) dell'AGCM il proprio fulcro.

7. Sulla base di tali principi (compendiati da questa Sezione nella recente sentenza 4103/2021 pronunciata in un precedente analogo, per quanto in quel caso l'Autorità fosse il Garante per la protezione dei dati personali), il Collegio reputa che nel caso in esame ricorra quel requisito della necessità che al contrario il Giudice di primo grado ha giudicato non fosse stato sufficientemente dimostrato.

In particolare Iliad ha offerto (cfr. pp. 16 e ss. dell'appello), come critica alla sentenza, una rappresentazione persuasiva e all'apparenza logica della necessità di conoscere più nel dettaglio i dati quantitativi e numerici delle condotte al tempo poste in essere da Vodafone, in funzione sia del nesso di causalità che del danno emergente e del lucro cessante di cui è onerata di fornire la prova nella causa risarcitoria dinanzi al tribunale civile.

8. A fronte di ciò, e ribadita la preminenza dell'accesso difensivo nella logica della l. 241/1990 e nel prisma dell'art. 24 Cost., la difesa di Vodafone ha cercato di ancorare le esigenze di riservatezza o di segretezza al parametro normativo eurounitario (relativo per lo più, tuttavia, all'accesso di tipo endo-procedimentale) ed ha sottolineato altresì la specificità del luogo di formazione e di emersione della documentazione "contesa"; in particolare il suo derivare, nella vicenda in esame, da un procedimento nel quale AGCM è titolare di poteri ispettivi piuttosto penetranti e dove l'impresa "incolpata" per difendersi deve di necessità rivelare e offrire documenti e proposte di vario genere, come ad esempio le proposte di impegni. Per cui, parrebbe concludere questo ragionamento (specie a p. 15 della memoria), la prospettiva o il timore di esporre tali documenti e tali proposte ad un accesso futuro, da parte di soggetti terzi potenziali concorrenti, potrebbe condizionare (e comprimere) a monte la strategia difensiva da tenere dinanzi all'Autorità.

8.1. Il ragionamento, che pure postula pur sempre una scelta in capo all'impresa sottoposta al procedimento, rischia di provare troppo, ove si traduca nel divieto di divulgare qualunque documento sia prodotto nel corso dell'indagine dinanzi all'Autorità a propria difesa dall'impresa incolpata, divieto che a sua volta potrebbe finire per assicurare alla stessa impresa una sorta di immunità nei giudizi civili promossi a valle dell'accertamento della violazione e della sanzione. Laddove invece l'ordinamento è venuto ampliando il *private enforcement*, di cui il risarcimento danni è uno degli strumenti, che svolge un ruolo complementare a quello *dell'enforcement* pubblico per assicurare il rispetto della normativa, anche in chiave dissuasiva e di prevenzione.

8.2. La questione va quindi affrontata distinguendo piuttosto quella parte della documentazione, anche se prodotta a difesa dall'impresa nel procedimento, che è stata valutata dall'Autorità come rilevante ai fini della ricostruzione dei fatti contestati e della decisione assunta, da quanto invece –

come ad esempio le proposte di impegni, ove non accolte – è rimasto estraneo alla decisione o comunque sullo sfondo.

Una distinzione che, tuttavia, almeno nel caso di specie, sarebbe eccessivamente gravoso porre esclusivamente a carico della parte che richiede l'accesso, al cospetto di una documentazione molto copiosa i cui singoli elementi, sulla base dei soli indici, possono non essere immediatamente intellegibili.

Spetterà quindi all'Autorità operare una simile selezione, motivando in ordine a quei documenti per i quali ritenesse che non siano stati rilevanti ai fini della ricostruzione dei fatti e all'accertamento della loro responsabilità e dei quali deve quindi escludersi, in ultima analisi, la necessità ai sensi dell'art. 24, comma 7, più volte richiamato.

9. In conclusione, per le ragioni sin qui evidenziate, l'appello è fondato con la conseguenza che, in riforma della sentenza, va accolto il ricorso di primo grado annullando l'atto di diniego del 16.1.2020 ed accertando il diritto di Iliad ed il conseguente obbligo dell'AGCM di concedere l'accesso agli atti e ai documenti richiesti, rimettendo all'Autorità l'individuazione della documentazione nei termini e con le precisazioni indicati al punto 8.2., comunque depurando i documenti, per quanto possibile, da ogni riferimento personale agli utenti e comunque a terze persone, entro 30 giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza.

10. Vi sono giustificati motivi, anche in ragione del sopravvenire dei chiarimenti della Plenaria rispetto al diniego e alla proposizione della lite, per compensare tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l'appello e, in riforma della sentenza, accoglie il ricorso di primo grado e per l'effetto:

-annulla la nota AGCM del 16.1.2020;

-accerta il diritto di Iliad ad accedere ai documenti richiesti con l'istanza del 10.1.2020, ordinando all'AGCM di consentire l'accesso alle condizioni e nei

termini di cui al punto 8.2. della motivazione.

Spese compensate del doppio grado.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

L'ESTENSORE
Hadrian Simonetti

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO