

Publicato il 05/11/2020

N. 11516/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 01643/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1643 del 2020, 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 “Legance – Avvocati Associati” in Roma, via di San Nicola da Tolentino, 67;

*contro*

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia “ex lege” 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 Fabio Cintioli, Giuseppe Lo Pinto e Paolo Giugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Vittoria Colonna, 32;

*per l'annullamento*

della 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 identificati con i numeri: 15 (comprensivo di 91 documenti ispettivi) – 16 (comprensivo di 21 documenti ispettivi) – 31 – 33 – 36 – 44 – 46 – 74 – 78 – 81 – 86 – 94, con conseguente ordine all'AGCM di concedere l'accesso ai suddetti atti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e della Vodafone Italia S.p.A., con la relativa documentazione;

Vista l'ordinanza collegiale istruttoria n. 7313/2020 del 30.6.2020;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 116 c.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del 21 ottobre 2020 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con rituale ricorso ai sensi dell'art. 116 c.p.a., la Iliad Italia s.p.a. ("Iliad") chiedeva: 1) l'annullamento della nota in epigrafe con la quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità") aveva opposto diniego a una richiesta di accesso documentale integrale a documenti relativi al fascicolo di cui al procedimento "PS11381 Vodafone-Messaggi di winback", ai sensi degli artt. 22 e 65 d.lgs. n. 206/05, e avviato su sua stessa

segnalazione nei confronti della Vodafone Italia s.p.a. (“Vodafone”), relativamente a comunicazioni commerciali; 2) l’accertamento del relativo diritto all’ostensione della specifica documentazione, pure indicata in epigrafe. Dopo aver tratteggiato il quadro normativo e l’“iter” del suddetto procedimento avanti all’Autorità, la ricorrente evidenziava i pregiudizi derivatili dalla condotta di Vodafone, ponendo in rilievo di aver fatto valere i propri diritti tramite un’azione risarcitoria in sede civile avanti al Tribunale di Milano.

Iliad ricordava di avere effettuato nel corso del procedimento quattro accessi, tra il 18 aprile e il 13 novembre 2019, ma di aver avuto a disposizione un numero limitato di documenti, il cui contenuto era stato largamente oscurato con “omissis” per ragioni di riservatezza.

In particolare, Iliad segnalava come incompleti i seguenti documenti oggetto di precedente ostensione: i) la documentazione acquisita nel corso delle ispezioni (doc. 15 e 16 del Fascicolo comprensivi, rispettivamente, di 91 e 21 documenti ispettivi); ii) le risposte di Vodafone alle richieste di informazioni di AGCM, che erano state totalmente sottratte all’accesso (doc. 36 e 81 del Fascicolo) o messe a disposizione di Iliad in versione “non confidenziale” (doc. 31, 33, 44, 86 e 94 del Fascicolo) ma coperte da “omissis” per la quasi totalità, salvo informazioni minori di scarsa utilità; iii) il verbale dell’audizione tenuta l’11 luglio 2019, “omissato” nella parte in cui include alcune importanti informazioni sulle campagne di “winback”, tra cui quella sui contatti conclusi con esito positivo;

Iliad precisava di aver presentato una ulteriore domanda di accesso in data 10 gennaio 2020 orientata all’ostensione in versione integrale dei documenti contenuti nel fascicolo istruttorio di cui al procedimento in questione, quali i nn.: 15 (comprensivo di 91 documenti ispettivi) – 16 (comprensivo di 21 documenti ispettivi) – 31 – 33 – 34 – 36 – 44 – 46 – 58 – 59 – 74 – 78 – 81 – 86 – 94 – 96 – 110 – 117; ciò perché era emerso che gran parte dei messaggi ingannevoli di “winback” erano stati diretti ad acquisire, mediante modalità

ingannevoli e poco trasparenti, “ex” clienti passati da Iliad a Vodafone, le cui esigenze di riservatezza erano da ritenersi superate anche perché relative a campagne pubblicitarie ormai interrotte e di cui Wind aveva modificato le modalità di svolgimento.

Con nota del 16 gennaio 2020, l’AGCM respingeva l’istanza di Iliad, confermando l’accessibilità dei documenti entro i limiti di riservatezza già indicati nell’indice del fascicolo consegnato in precedenza.

La ricorrente evidenziava che tale ultima istanza era stata in realtà dettata da fatti nuovi sopravvenuti e non riprospettava un interesse giuridico rilevante già evidenziato in precedenza, richiamando la intrapresa azione risarcitoria.

Pertanto, Iliad lamentava la violazione degli artt. 22-25 della l. n. 241/90 e dell’art. 11 del Regolamento dell’Autorità di cui alla delibera AGCM n. 25411/15, oltre a diverse figure sintomatiche di eccesso di potere, osservando, in sintesi, che, una volta dimostrata la connessione tra gli atti di cui si richiede accesso e il diritto da tutelare, le eventuali esigenze di riservatezza erano da considerarsi recessive, secondo giurisprudenza che era riportata.

La ricorrente precisava che molteplici informazioni rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento del danno erano presenti nella documentazione istruttoria oggetto dell’istanza di accesso, secondo alcuni passaggi dello stesso provvedimento finale assunto dell’AGCM, che richiamava, che evidenziavano la condotta illecita, le conseguenze dannose derivanti e il nesso causale.

Iliad sosteneva che i doc. 15 e 16 del Fascicolo erano stati ostesi in limitata parte in cui, peraltro, il contenuto sostanziale era stato quasi completamente oscurato con “omissis”, rendendone impossibile la comprensione; in particolare dei doc. 15, all. 21, denominato “Re FW Planning settimanale winback”, all. 27, denominato “Comparative winback febbraio 19” e all. 63, denominato “Pianificazione winback dicembre 2018”, i primi due erano stati forniti in una versione praticamente “vuota” e il terzo era stato sottratto all’accesso; inoltre, alcuni documenti ispettivi completamente sottratti

all'accesso facevano esplicito riferimento a Iliad, quali, ad esempio, il doc. 15, all. 33, denominato "share % su IN Iliad" e il doc. 15, all. 40, denominato "VF\_TIM\_vs\_Iliad".

La ricorrente sosteneva che era stato sostanzialmente opposto un diniego generalizzato di accesso a tutti i documenti in questione (o, comunque, al contenuto sostanziale degli stessi), senza alcun effettivo bilanciamento di interessi, in contrasto con la giurisprudenza prevalente che era richiamata.

Iliad affermava anche che alcune risposte di Vodafone a quesiti dell'AGCM erano pure state sottratte all'accesso, tra cui i docc. 36 e 81 del Fascicolo, o messe a disposizione di Iliad in versione non confidenziale (docc. 31, 33, 44, 86 e 94) riguardavano aspetti senz'altro cruciali ai fini del giudizio civile avviato da Iliad contro Vodafone.

Iliad insisteva anche sul verbale dell'audizione di Vodafone dell'11 luglio 2019 che includeva il numero degli utenti che, ricevuta la comunicazione di "win-back", erano poi passati a Vodafone (come si evinceva dalla nota a piè pagina n. 41 del Provvedimento AGCM).

La ricorrente sosteneva, poi, che Vodafone aveva continuato la campagna pubblicitaria in questione, aggravando ulteriormente gli effetti pregiudizievoli derivanti dalle condotte contestate.

Con un secondo motivo di ricorso, Iliad lamentava nella sostanza i medesimi vizi di cui al precedente, per dimostrare che non sussistevano effettive ed attuali esigenze di riservatezza di Vodafone che potevano giustificare la sottrazione all'accesso dei documenti in questione, anche se le campagne pubblicitarie si erano concluse – e non erano quindi attuali - o erano state modificate permanendo il pregiudizio per la ricorrente.

Si costituivano in giudizio l'AGCM e Vodafone;

In distinte memorie, la prima ricordava che esisteva particolare attenzione all'esigenza di riservatezza dei soggetti terzi, che doveva essere comunque conciliata con le esigenze partecipative e, soprattutto, difensive delle imprese, all'interno del procedimento istruttorio a cui comunque la ricorrente aveva

partecipato, e la seconda eccepiva – oltre all'infondatezza del gravame – anche la sua tardività per non avere Iliad impugnato nei termini di legge le determinazioni negative formatesi sulle precedenti istanze di accesso, formulate quanto meno a partire dal luglio 2019.

Iliad depositava sul punto una memoria di replica, insistendo in tutte le sue deduzioni e confutando l'eccezione in questione.

L'AGCM e Vodafone depositavano note di passaggio in decisione ex art. 4 d.l. n. 28/2020, insistendo quest'ultima in tutte le sue eccezioni e considerazioni.

La causa era trattenuta in decisione alla camera di consiglio del 24 giugno 2020; all'esito di questa, era adottata l'ordinanza in epigrafe, con la quale era richiesta all'AGCM la seguente documentazione:

- a) una dettagliata relazione da parte dell'AGCM in ordine alle modalità di modificazione delle specifiche campagne pubblicitarie sanzionate, che parte ricorrente indica genericamente, e in ordine a una eventuale continuazione della condotta;
- b) una dettagliata relazione sul contenuto della documentazione di cui ai verbali di accesso depositato in giudizio da Iliad (18 aprile 2019, 23 luglio 2019, 3 settembre 2019 e 13 novembre 2019), in cui risulta solo l'elencazione di materiale in forma digitale ma non il contenuto sostanziale.

L'Autorità adempiva in data 28 settembre 2020; Iliad e Vodafone depositavano memorie, anche di replica, a sostegno delle rispettive posizioni.

Alla camera di consiglio del 21 ottobre 2020, la causa era trattenuta nuovamente in decisione.

## DIRITTO

Il Collegio rileva che il ricorso non può trovare accoglimento.

Infondata è, però, l'eccezione di tardività del ricorso per non avere Iliad impugnato nei termini di legge le determinazioni negative formatesi sulle precedenti istanze di accesso, formulate quanto meno a partire dal luglio 2019.

Valga osservare, infatti, che Iliad, nell'atto introduttivo del presente contenzioso, ha specificato di agire a tutela del suo interesse collegato alla condotta di Vodafone come riscontrata dall'AGCM, al fine di far valere i propri diritti in un'azione risarcitoria in sede civile, peraltro già avviata avanti al Tribunale di Milano.

Ebbene, il provvedimento finale dell'Autorità, che ha riscontrato la condotta contraria alle disposizioni del Codice del Consumo, come individuate, è solo del 12 novembre 2019 e solo da tale data Iliad poteva qualificare la sua posizione legata alla proposizione dell'azione risarcitoria come illustrata. Le precedenti istanze di accesso erano state effettuate in costanza di procedimento istruttorio e non potevano che essere legate alla posizione di "segnalante" che Iliad stessa aveva ivi rivestito e ai fini della conclusione del procedimento, che poteva comunque sfociare in una prospettiva favorevole a Vodafone.

Il Collegio, pertanto, ritiene condivisibile quanto evidenziato dalla ricorrente, ancora nella sua ultima memoria di replica, secondo cui essa nelle prime domande – riflesse nei successivi accessi sia pure concessi in parte - aveva fatto valere una posizione "strettamente funzionale all'esercizio del proprio diritti partecipativi (diritto che postula la conoscenza dei documenti del fascicolo istruttorio del procedimento)", mentre l'interesse a far valere nelle sedi giudiziali competenti il pregiudizio subito a causa delle condotte di Vodafone è sorto soltanto successivamente alla conclusione del procedimento, a cui seguiva l'istanza del 10 gennaio 2020 ove era prospettato il diverso interesse rilevante; si era, quindi, al cospetto di fatti nuovi (conclusione del procedimento con sanzione a Vodafone per la sua condotta) a cui era seguita una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante, quale posizione legittimante all'accesso.

In tal caso, osserva il Collegio, l'originario diniego, da intendere "rebus sic stantibus", ancorché non ritualmente impugnato, non spiegava alcun rilievo

nella successiva vicenda procedimentale e processuale (per tutte: TAR Lazio, Sez. I quater, 13.5.19, n. 5969).

A diversa conclusione deve giungersi invece sul merito della domanda.

Per quanto riguarda la relazione depositata dall'Autorità in seguito all'ordinanza collegiale in epigrafe, il Collegio rileva che in essa è riconosciuto che nelle nuove campagne di "win-back", i testi degli "sms" sono stati comunque modificati, laddove è indicato che *"In corso di procedimento istruttorio, nel mese di agosto 2019 risulta che Vodafone ha modificato il testo dell'SMS utilizzato nelle campagne personalizzate che stava effettuando introducendo nel corpo del messaggio un link ipertestuale di rinvio ad una landing page, in cui sono stati inseriti i dettagli delle offerte e i relativi costi... Successivamente alla chiusura del procedimento comunicato alla Società in data 6 dicembre 2019, sono proseguite le campagne pubblicitarie di winback tramite SMS, che Vodafone ha ulteriormente modificato"*.

Risulta, altresì, che sia in corso un procedimento relativo all'ottemperanza, che la stessa ricorrente afferma come ancora in atto, senza quindi alcuna conclusione sfavorevole per Vodafone da cui Iliad possa trarre ulteriori argomenti a sostegno del suo interesse rilevante che, quindi, per quanto sopra illustrato, è limitato alla condotta sanzionata nel procedimento e descritta nel provvedimento conclusivo.

Nella medesima relazione dell'AGCM, poi, è precisato che *"...La formulazione delle offerte personalizzate di winback è condizionata dalle dinamiche di mercato, con particolare riguardo alle offerte presenti nel momento di avvio delle campagne, in modo che l'attività promozionale, finalizzata soprattutto al recupero di ex clienti, sia resa più efficace, tenuto conto delle informazioni sui profili di consumo degli utenti stessi. Tali offerte, infatti, sono rivolte a cluster più o meno ampi di consumatori, prevalentemente ex clienti..."*; inoltre, nel descrivere il contenuto dei documenti "omissati", si rileva che essi riguardano dati personali di terzi in accertamenti ispettivi, "script" telefonici, deduzioni di Vodafone sugli "impegni", numeri e dettagli di reclamanti, ricavi dai servizi pre-attivati, dati numerici relativi ai clienti, al numero delle segnalazioni, testi di informativa sul servizio di ricevuta di



ritorno sms e la descrizione delle proposte misure che Vodafone aveva intenzione di attuare, nonché riferimenti a rimborsi e reclami.

Ebbene, nel caso di specie manca ogni indicazione da parte della ricorrente in ordine alla necessità di usufruire proprio dei dati omissati (dettagli e dati numerici delle campagne di “win-back”, numero dei contatti e dei clienti, dati numerici relativi agli invii di sms effettuati e ai clienti, dati personali di dipendenti) a sostegno dell’azione in sede civile, già avviata peraltro, e che tale necessità e indispensabilità sia idonea a prevalere, per imprescindibili esigenze difensive, sul diritto alla riservatezza invocato dall’AGCM nonché dalla controinteressata. In particolare non è stato chiarito da Iliad per quale ragione abbia necessità di conoscere anche i dati quantitativi e numerici delle condotte oltre alla descrizione del loro contenuto, oggetto della sanzione.

Come osservato dalle parti resistente e controinteressata, infatti, i meri dati numerici e personali ben costituiscono informazioni in realtà collegate anche a una specifica strategia commerciale seguita da Vodafone per la campagna di “win-back” in favore di suoi “già clienti”, passati ad altre compagnie concorrenti e che la stessa Iliad potrebbe seguire a sua volta, avvalendosi potenzialmente della tecnica usata dalla controinteressata, tenuto conto che il “win-back” in quanto tale non è vietato dalla normativa vigente se non in contrasto con il Codice del Consumo, come invece riscontrato nel caso di specie dall’AGCM.

Il Collegio evidenzia, sul punto, che il contrasto tra riservatezza commerciale e accesso difensivo, in realtà, non deve essere sempre risolto a favore di quest’ultimo come sostenuto dalla ricorrente.

Giova ricordare, che ai sensi degli artt. 24, comma 7, della L. 7 agosto 1990 n. 241 e 13, comma 2, del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, anche nei procedimenti “antitrust” – come peraltro ben evidenziato nella sue difese dall’AGCM - sussiste la necessità di bilanciare l’esigenza della riservatezza di informazioni di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a

persone e imprese coinvolte nei procedimenti, con quella di assicurare il contraddittorio procedimentale e il diritto di difesa.

In base a un orientamento che il Collegio condivide, l'individuazione del necessario punto di bilanciamento fra i richiamati interessi prende le mosse dall'enunciazione del principio della c.d. "parità delle armi" tra accusa e difesa, ma perviene comunque alla rimodulazione in concreto di tale principio in considerazione del fatto che, anche in ambito di confronto industriale, deve essere salvaguardato il diritto delle imprese alla tutela dei loro segreti commerciali, sì che il richiamo "tout court" al "diritto di accesso" non consenta un uso strumentale dello stesso.

Pertanto, la preminenza del diritto di difesa sulle esigenze di tutela della riservatezza non assume un carattere assoluto e postula, comunque, che la parte interessata dimostri la diretta connessione con gli specifici atti di cui ipotizza la rilevanza a fini difensivi, all'uopo dimostrando la concreta consequenzialità rispetto alle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili, non essendo sufficiente l'allegazione di esigenze di difesa genericamente enunciate per garantire l'accesso a parti riservate o a segreti industriali e/o commerciali (per tutte: Cons. Stato, Sez. VI, 11.4.17, n.1692; 18.5.15, n. 2513; 25.3.15, n. 1585 e 6.9.10, n. 6481).

Si rammenta che anche le tecniche organizzative di gestione ben possono rappresentare informazioni commerciali sensibili, riservate e oggetto di segreto industriale e commerciale, in quanto informate da principi esclusivi caratterizzanti l'attività di impresa, la cui conoscenza potrebbe avvantaggiare i concorrenti (Cons. Stato, Sez. III, 31.3.16, n. 1261 e Sez. V, 12.11.19, n. 7743).

Né può ritenersi che una simile valutazione di rilevanza spetti esclusivamente al soggetto che intenda utilizzare quelle informazioni: si tratta, infatti, della riproposizione, sotto altro profilo, della tesi - già sopra ritenuta non condivisibile - dell'assolutezza del diritto di accesso, con riferimento ai segreti commerciali e industriali.

Infatti, a fronte della tempestiva rappresentazione di esigenze di riservatezza o di tutela del segreto industriale o commerciale da parte del soggetto controinteressato, chi vuole richiamare un suo prevalente diritto di accesso non può assumere il ruolo di arbitro incondizionato della valutazione della pertinenza o meno della documentazione desiderata rispetto alla tipologia e ai contenuti del procedimento relativamente al quale l'Amministrazione utilizza detta documentazione, dato che risulterebbe sempre postuma la possibilità di una verifica della correttezza o meno (ad opera del privato) di detta valutazione mentre, all'opposto, dovrebbe essere previo il giudizio sulla effettiva pertinenza, o meno, della documentazione che si chiede rispetto alle esigenze di difesa proclamate dal privato e sacrificanti le opposte esigenze di riservatezza (Cons. Stato, Sez. VI, 16.4.17, n. 1692).

Pertanto, in fattispecie come quelle all'esame del Collegio è necessario, da parte del richiedente, un "quid pluris" diverso dal mero richiamo a esigenze difensive che illustri le ragioni oggettive che rendono i dati collegati alle esigenze di riservatezza indispensabili per la propria posizione difensiva prospettata o prospettabile.

In sostanza, nel descritto contesto, Iliad avrebbe dovuto fornire una concreta dimostrazione della specifica essenzialità, a fini difensivi risarcitori in sede civile, dei dati non esibiti, ma tale prova è nella specie mancata, il che giustifica la reiezione della prospettata domanda di accesso e, di conseguenza, del ricorso.

Le spese di lite, per la peculiarità della fattispecie, possono eccezionalmente compensarsi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso ex art. 116 c.p.a., come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 21 ottobre 2020 con  
l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Ivo Correale**

**IL PRESIDENTE**

**Antonino Savo Amodio**

**IL SEGRETARIO**