

Pubblicato il 08/02/2021

N. 01154/2021REG.PROV.COLL.
N. 08166/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8166 del 2020, proposto da Telecom Italia - **Tim** S.p.A. (“**TIM**”), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Marco Martinelli e Pietro De Corato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

contro

Garante per la protezione dei dati personali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, con domicilio legale in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Renzo Ristuccia, Luca Tufarelli e Mario Di Carlo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Luca Tufarelli in Roma, piazza Cavour, n.17;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima), n. 10080/2020, resa tra le parti e concernente: domanda di annullamento del provvedimento del Garante prot. n. 21264 del 10 giugno 2020 (Rif.: DRTM/RA-LCN/131872-134857), avente ad oggetto «*istanza di accesso ai documenti amministrativi ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 214/1990 avanzata da Fastweb S.p.a.*», nella parte in cui ha parzialmente accolto l'istanza di accesso presentata il 20 febbraio 2020;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2021, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Antonio Lirosi e Renzo Ristuccia, nonché l'avvocato dello Stato Marina Russo, in collegamento da remoto, ai sensi dell'art. 4, comma 1, Decreto Legge n. 28 del 30 aprile 2020 e dell'art. 25, comma 2, del Decreto Legge n. 137 del 28 ottobre 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza in epigrafe, il TAR per il Lazio respingeva il ricorso n. 4542 del 2020, con il quale Telecom Italia - **Tim** S.p.A. (“**TIM**”) ha impugnato il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali prot. n. 21264 del 10 giugno 2020, di parziale accoglimento dell'istanza presentata da Fastweb il 20 febbraio 2020 ai sensi degli artt. 22 ss. l. n. 241/1990 per accedere ai dati dei clienti OLO (*Other Licensed Operator*) trattati da **TIM** nell'ambito del rapporto contrattuale di fornitura del servizio WLR (*Wholesale Line Rental*) e risultati conservati nel CRM (*Customer Relationship Management*) della stessa società, nonché ad ogni altro relativo documento «*necessario alla tutela dei propri diritti e interessi [...] sotto il profilo del trattamento dei dati presso ogni sede che riterrà opportuna*», segnatamente al fine di tutelare la propria posizione giuridica nei confronti di **TIM** in base al citato contratto di

fornitura, nonché al fine di tutelare i diritti dei propri clienti. I dati erano stati acquisiti al procedimento sanzionatorio avviato nei confronti di **TIM** e sfociato nel provvedimento del Garante del 15 gennaio 2020, di irrogazione alla predetta di una sanzione pecuniaria amministrativa di euro 27.802.946,00 per aver conservato i dati di oltre 23.000 linee telefoniche relative a clienti di altri operatori oltre il prescritto limite temporale di dieci anni, inseriti nelle liste di contattabilità per campagne promozionali **TIM**. Il Garante aveva accolto l'istanza di accesso limitatamente alle utenze telefoniche dei clienti Fastweb, autorizzando l'accesso ai relativi numeri telefonici, codici fiscali dei clienti intestatari, date di attivazione del servizio WLR e dati relativi all'eventuale inserimento in campagne promozionali.

A suffragio della pronuncia di rigetto, il TAR adìto rilevava che «*il provvedimento dispositivo dell'accesso [era] correttamente motivato con il riconoscimento di un interesse diretto, concreto e attuale da parte della società istante a conoscere la documentazione da cui risulta l'elenco dei propri clienti per i quali la società controinteressata all'accesso è stata ritenuta responsabile della violazione dei limiti temporali di conservazione dei dati personali nonché delle finalità di conservazione di tali dati*», individuando la situazione legittimante della società istante nella tutela della correttezza della dinamica concorrenziale, «*essendo contraria alle regole di correttezza la violazione delle regole giuridiche discendenti dal rapporto contrattuale intercorrente tra le due società per la fornitura del servizio WLR*». Il TAR evidenziava altresì che l'accesso era stato opportunamente limitato ai documenti del procedimento sanzionatorio, i quali erano risultati potenzialmente lesivi degli interessi dell'istante Fastweb e quindi strumentali alle relative esigenze difensive, escludendo altresì un prevalente interesse alla riservatezza di **TIM**, poiché non era stata disposta l'ostensione di segreti industriali ma dei soli documenti riferiti al trattamento illecito dei dati personali dei clienti Fastweb.

2. Avverso tale sentenza interponeva appello l'originaria ricorrente **TIM**, deducendo un unico complesso motivo, rubricato «*Error in iudicando per violazione e falsa applicazione degli artt. 22, 24 e 25 della l. n. 241/90; dell'art. 2 del*

Regolamento n. 1/06 del Garante; degli artt. 14, 15, 117, c. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU; degli artt. 55, 57 e 58 del Regolamento UE n. 679/16. Contraddittorietà e difetto di motivazione», e chiedendo, previa sospensione della provvisoria esecutorietà dell'impugnata sentenza e in sua riforma, l'accoglimento del ricorso di primo grado.

3. Si costituivano in giudizio sia il Garante che Fastweb, contestando la fondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione.

4. Accolta con l'ordinanza n. 6747/2020 l'istanza cautelare sotto il solo profilo del *periculum in mora*, la causa all'odierna udienza camerale è stata trattenuta in decisione.

5. L'appello è infondato.

Occorre premettere che l'istanza di Fastweb del 20 febbraio 2020, volta ad accedere agli atti del procedimento sanzionatorio sfociato nel provvedimento del Garante del 15 gennaio 2020, irrogativo a **TIM** della sanzione pecuniaria amministrativa di euro 27.802.946,00 per aver conservato i dati di oltre 23.000 linee telefoniche relative a clienti di altri operatori oltre il prescritto limite temporale di dieci anni per proprie finalità promozionali, va qualificata come istanza di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990, in quanto dichiaratamente diretta «*alla tutela della propria posizione giuridica*», con la conseguenza che si esula da ogni altra fattispecie di accesso documentale amministrativo (quali l'accesso procedimentale o l'accesso civico).

5.1 Come chiarito dall'Adunanza plenaria con le sentenze n. 19, n. 20 e n. 21 del 2020, sono due le logiche all'interno delle quali opera l'istituto dell'accesso: la logica partecipativa e della trasparenza (propria dell'accesso procedimentale in senso stretto, limitato alle parti – effettive e potenziali – del procedimento amministrativo) e quella difensiva, la quale ultima è costruita intorno al principio dell'accessibilità dei documenti amministrativi per esigenze di tutela, anche da parte di soggetti estranei al procedimento, e si traduce in un onere aggravato sul piano probatorio, nel senso che incombe alla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento, al quale intende

accedere, è necessario (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi.

In altri termini, l'accesso difensivo trascende la dimensione partecipativa procedimentale e la stessa logica della trasparenza della funzione amministrativa, essendo per contro funzionale alla necessità dell'istante di «*curare*» (anche in sede pre- o stragiudiziale) o di «*difendere*» (in sede giudiziale) un bene-interesse giuridicamente rilevante oggetto della situazione giuridica soggettiva ‘finale’ asseritamente lesa, ossia di soddisfare l’esigenza di acquisire, tramite il documento esibendo, già in sede stragiudiziale e nella fase preprocessuale, la conoscenza dei fatti rilevanti ai fini della composizione di una *res* controversa, e, nel caso di mancata composizione del conflitto, ai fini della produzione in giudizio ad opera della parte. L’accesso difensivo supera pertanto le pertinenze probatorie che concernono il mero rapporto procedimentale tra il privato e la pubblica amministrazione, ovvero tra privati in cui si fa questione dell’esercizio del potere da parte di un’autorità amministrativa, e ricomprende tutte quelle pertinenze utili a dimostrare i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi delle situazioni giuridiche in generale, a prescindere dall’esercizio del potere nel singolo caso concreto, ed indipendentemente dal contesto entro il quale l’interesse giuridico può essere ‘curato’ o ‘difeso’, e quindi anche fuori dal processo ed anche in una lite tra privati.

Da quanto sopra discende l’infondatezza della tesi dell’appellante, per cui in linea generale non sarebbe ammissibile l’accesso di terzi ai documenti acquisiti nell’ambito di procedimenti sanzionatori amministrativi, ai quali (secondo tale tesi) potrebbe accedere il solo soggetto inquisito, in quanto:

- non esiste alcuna previsione normativa che ponga un divieto generale all’accesso di terzi ai documenti acquisiti nell’ambito di procedimenti amministrativi sanzionatori;
- anche in relazione a tale tipologia di procedimenti, occorre aver riguardo non già alla relazione dell’istante con il procedimento nel cui ambito la *res*

exhibenda sia stata acquisita dalla pubblica amministrazione, bensì alla relazione esistente tra documento amministrativo – che, secondo l'ampia definizione legislativa fornita dagli artt. 22, comma 1, lettera *d*), l. n. 241/1990 e 1, lettera *a*), d.P.R. n. 445/2000, è costituito da «*ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale*», sicché vi rientrano indubbiamente anche i documenti acquisiti ai fini dell'esercizio di poteri sanzionatori – e necessità dell'istante di ‘curare’ o ‘difendere’ un proprio interesse giuridico;

- a tal fine, l'art. 22, comma 1, lettera *d*), l. n. 241/1990 definisce l'interesse legittimante all'accesso, indicandolo in «*un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*»;
- la necessità della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica ‘finale’, nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico *ex ante*, come il tramite – in questo senso strumentale – per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica ‘finale’ controversa e delle correlate pretese astrattamente azionabili in giudizio;
- tale delibazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della *res* controversa;
- la situazione legittimante l'accesso difensivo deve essere collegata al documento, oggetto dell'istanza di accesso, in modo tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite;

- detta esigenza è soddisfatta, sul piano procedimentale, dall'art. 25, comma 2, l. n. 241/1990, ai sensi del quale «[l]a richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata», onde permettere all'amministrazione detentrice del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta *sub specie* di astratta pertinenza con la situazione ‘finale’ controversa;
- in questa prospettiva va, pertanto, escluso che possa ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precise esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando.

5.3 Ebbene, applicando le sopra enunciate coordinate ermeneutiche alla fattispecie *sub indice*, deve pervenirsi alla conclusione che l'impugnato provvedimento del Garante, di accoglimento parziale dell'istanza di accesso presentata da Fastweb, si muove nel rispetto dei sopra evidenziati presupposti dell'accesso difensivo.

Infatti, risulta evidente il nesso di strumentalità necessaria tra la conoscenza dei dati dei clienti Fastweb che siano stati oggetto dell'illegittimo trattamento da parte di **TIM** e l'esigenza di ‘curare’ e ‘difendere’ gli interessi giuridicamente rilevanti dell'istante, lesi dalla condotta illecita di **TIM**, ravvisabili sia in ragione del contratto di fornitura del servizio WLR intercorrente tra le due società (sotto il profilo dell'idoneità dei dati ad accertare sul piano probatorio la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, in funzione di eventuali pretese e/o azioni da responsabilità *ex contractu*) sia in ragione dell'incidenza pregiudizievole sul portafoglio clienti dell'operatore Fastweb (sotto il profilo dell'idoneità dei dati a dimostrare la contrarietà della condotta di **TIM** ai generali principi di correttezza professionale, in funzione di eventuali pretese e azioni extracontrattuali per atti di concorrenza sleale *sub specie* di sottrazione/sviamento/storno di clientela). Le considerazioni innanzi svolte valgono, altresì, a suffragare la sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale di Fastweb ad accedere ai dati in questione, correttamente affermata dal Garante prima e dal TAR poi.

Non consentire al soggetto titolare di situazioni giuridiche soggettive lese dalla condotta sanzionata dal provvedimento dell'Autorità indipendente di accedere ai dati acquisiti nell'ambito del procedimento sanzionatorio, necessari per la cura e difesa di tali situazioni giuridiche (sia prima che in pendenza di un eventuale processo civile), si risolverebbe, all'evidenza, in un *vulnus* all'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale e del diritto alla prova intesi in senso lato, con la conseguente infondatezza della tesi dell'appellante circa la sottrazione, in via generale ed astratta, dell'intera tipologia dei procedimenti amministrativi di natura sanzionatoria al diritto di accesso difensivo da parte di terzi rimasti estranei al procedimento, i quali siano titolari di un interesse diretto, concreto ed attuale, nonché in presenza dei requisiti di necessità, di corrispondenza e di collegamento tra la situazione che si assume lesa ed il documento di cui si invoca la conoscenza.

5.4 Quanto al bilanciamento tra interesse all'accesso difensivo dell'istante e tutela della riservatezza del controinteressato, l'Autorità garante, nell'impugnato provvedimento, ha correttamente colto il punto di equilibrio tra le opposte esigenze, accogliendo l'istanza limitatamente alle utenze telefoniche dei clienti Fastweb attraverso la comunicazione del numero telefonico, del codice fiscale del cliente intestatario e della data di attivazione del servizio WLR, oltre all'indicazione dell'eventuale inserimento in campagne promozionali, con ciò non intaccando alcun segreto industriale o economico-finanziario di **TIM**, né, tanto meno, segreti relativi a dati sensibili, giudiziari o cd. supersensibili quali definiti dagli artt. 9 e 10 del regolamento n. 2016/679/UE e 60 d.lgs. n. 196/2003, con la conseguente legittimità, anche sotto tale profilo, del gravato provvedimento.

5.5 Per le considerazioni tutte sopra svolte, in reiezione dell'appello s'impone la conferma dell'impugnata sentenza.

Resta assorbita ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisorii.

6. In applicazione del criterio della soccombenze, le spese del presente grado di giudizio, come liquidate nella parte dispositiva, devono essere poste a

carico dell'appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 8166 del 2020), lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza nei sensi di cui in motivazione; condanna l'appellante a rifondere alle parti appellate le spese del presente grado di giudizio che si liquidano, in favore di ciascuna delle stesse (Autorità garante; Fastweb), nell'importo di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2021, con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

**L'ESTENSORE
Bernhard Lageder**

**IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro**

IL SEGRETARIO