

Pubblicato il 31/10/2023

N. 09365/2023REG.PROV.COLL.
N. 03350/2022 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 3350 del 2022, proposto da Iliad Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Filippo Pacciani, Valerio Mosca e Alessandro Botto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Pacciani, in Roma, via di San Nicola Da Tolentino n. 67;

contro

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - AGCom, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la quale è domiciliata, in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti

Tim S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Vittorio Minervini e Marco Cappai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Vittorio Minervini, in Roma, via Emilio de' Cavalieri n. 7;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 00971/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e di Tim S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2023 il Cons. Marco Poppi e uditi per le parti gli Avvocati presenti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 29 novembre 2019 ILIAD S.p.A. presentava ad AGCom una *«istanza per la soluzione di controversia tra operatori di comunicazioni elettroniche»* ai sensi dell'art. 23 del D. Lgs. n. 259/2003 (di seguito Codice) lamentando la violazione, da parte di TIM, del *«divieto di utilizzo a fini commerciali delle informazioni derivanti dal database MPN»*, chiedendo, in via cautelare, *«l'interruzione immediata»* dell'utilizzo di detti dati a fini commerciali e, nel merito, di accertare e dichiarare che le condotte lamentate costituiscono una violazione dell'art. 41, comma 3, del Codice e dell'art. 10, comma 7, della delibera AGCom n. 147/11/CIR che vietano l'utilizzo del *database* al di fuori delle procedure di portabilità.

ILIAD ipotizzava che i dati ricavabili dal *database*, comprensivi dell'indicazione della rete di appartenenza di ciascun utente, venissero da TIM utilizzati a fini commerciali e, in particolare, per lo svolgimento di campagne di *winback* finalizzate a stimolare il rientro di *ex* clienti, mediante comunicazioni promozionali mirate.

Nelle more del procedimento, con nota del 21 febbraio 2020, ILIAD comunicava all'Autorità di *«aver instaurato un giudizio civile nei confronti di TIM dinanzi al Tribunale di Milano avente ad oggetto, tra l'altro, le*

medesime domande oggetto della controversia ai sensi dell'art. 23 D.Lgs. 259/2003 in materia di utilizzo a fini commerciali di informazioni e database dei processi di MNP» formulando «istanza espressa, ai sensi dell'art. 3, comma 4, del Regolamento, di rinuncia a proseguire la presente azione dinanzi all'Autorità».

Contestualmente ILIAD replicava alle considerazioni dell'Autorità contenute nel diniego di misure cautelari (nel frattempo adottato dall'Autorità con nota del 15 gennaio 2020 sul rilievo del difetto, allo stato degli atti, del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*) ed alle difese prodotte da TIM in sede procedimentale, richiedendo, nell'ipotesi in cui venisse avviato un procedimento sanzionatorio nei confronti di quest'ultima, di *«essere qualificata come soggetto partecipante ai sensi dell'art. 9 del regolamento di cui alla Delibera 410/14/CONS s.m.i. in quanto titolare di una evidente interesse diretto e concreto derivante dalla circostanza che i comportamenti di TIM riguardano principalmente la promozione di offerte destinate propri[o] agli utenti Iliad».*

In ragione della comunicata pendenza del giudizio risarcitorio innanzi al Tribunale di Milano l'Autorità disponeva l'archiviazione del procedimento avviato da ILIAD come imposto dall'art. 12, comma 2, della delibera AGCom n. 226/15/CONS.

Nonostante l'archiviazione, con determinazioni n. 1/20/DRS e n. 2/20/DRS l'Autorità avviava d'ufficio due procedimenti sanzionatori a carico, rispettivamente di TIM e di KENA (si anticipa, marchio nella titolarità di NOVERCA S.r.l. già detenuta al 100% da TIM e successivamente da quest'ultima incorporata).

La condotta contestata a KENA consisteva nell'utilizzo del citato *database* per individuare in tempo reale l'operatore di appartenenza di una determinata numerazione al fine di elaborare proposte commerciali mirate. A TIM veniva contestato il medesimo uso improprio in quanto soggetto incorporante NOVERCA S.r.l..

A conclusione dell'istruttoria, con delibera n. 302/20/CIR, AGCom accertava la violazione, da parte di TIM, della diffida di cui alla delibera n. 118/18/CIR, ingiungendo il pagamento di una sanzione amministrativa.

Con delibera n. 303/20/CIR del 9 settembre 2020, oggetto della presente controversia, l'Autorità archiviava il procedimento nei confronti di KENA sul rilievo della *«assenza di una preventiva diffida»* nei confronti della stessa e della ritenuta insussistenza di un uso proattivo del *database*, limitato, contrariamente a quanto ipotizzato da ILIAD, a sole verifiche tecniche *ex post* a fini di accertamento *«della correttezza delle dichiarazioni del cliente»* ritenendo, quindi, insussistente un utilizzo dei dati per finalità di contatto commerciale.

In data 6 novembre 2020 ILIAD presentava istanza di accesso agli atti del procedimento *ex art. 24, comma 7, della L. n. 24/1990* che l'Autorità respingeva con atto del 7 dicembre 2020 invocando la preclusione prevista dall'art. 6, comma 1, della delibera n. 581/15/CONS che consente l'accesso agli atti riferiti a procedimenti sanzionatori ai soli *«soggetti destinatari dell'atto di contestazione»* ed evidenziando come quanto richiesto fosse costituito *«in larga parte dagli elementi relativi al contenzioso promosso»* dalla stessa istante, da ritenersi per tale ragione *«già in possesso di ogni elemento accessibile ai sensi della Legge n. 241/1990»*.

Per completezza di esposizione si evidenzia che ILIAD avanzava analoga istanza di accesso relativamente agli atti del procedimento definito con la citata delibera n. 302/20, anch'essa respinta dall'Autorità.

Detto esito veniva impugnato innanzi al Tar Lazio con ricorso iscritto al n. 11554/2020 R.R., accolto con sentenza n. 3147 del 15 marzo 2021, confermata in appello con sentenza n. 7700 del 18 novembre 2021.

La delibera n. 303/2020 veniva da ILIAD impugnata innanzi al Tar Lazio con ricorso iscritto al n. 11555/2020 R.R. lamentando (in estrema sintesi) la mancata ammissione alla partecipazione al procedimento nonostante

venisse richiesta con nota del 21 febbraio 2020, nonché, l'erroneità delle motivazioni poste alla base della disposta archiviazione.

Contestualmente presentava istanza *ex art.* 116, comma 2, c.p.a. avverso il diniego opposto dall'Autorità il 7 dicembre 2020 alla propria istanza di accesso agli atti del procedimento presentata il 6 novembre 2020.

Il Tar, con sentenza n. 971 del 27 gennaio 2022, respingeva il ricorso sul decisivo rilievo che l'adozione di una sanzione fosse ammissibile, ai sensi dell'art. 98, comma 11, del Codice, nel testo *ratione temporis* vigente, unicamente in presenza di inottemperanze a ordini o diffide (non adottate nel caso di specie).

La domanda *ex art.* 116 c.p.a. veniva, invece, disattesa per difetto del «*del requisito di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende tutelare posto che il provvedimento di archiviazione risulta immune dalle censure proposte*».

La sentenza del Tar veniva impugnata con appello depositato il 30 dicembre 2020 deducendo:

1. «*ERRONEITÀ DELLE VALUTAZIONI IN MERITO ALLA NECESSITÀ DI UNA DIFFIDA AD HOC PER L'ESERCIZIO DEL POTERE SANZIONATORIO: ERROR IN IUDICANDO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 4, 13 E 41 D.LGS. 259/2003, E DELLA DELIBERA AGCOM 147/11/CIR. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ, LOGICITÀ, RAGIONEVOLEZZA. DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE*»;

2. «*OMESSO ACCERTAMENTO DELL'ILLICEITÀ DELLE CONDOTTE DI KENA MOBILE DI CUI ALLA CONTESTAZIONE N. 2/20/DRS: ERROR IN IUDICANDO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 41, COMMA 3, D.LGS. 259/2003, DELLA DELIBERA AGCOM 147/11/CIR, NONCHÉ DELL'ART. 101 TFUE. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE E IN*

PARTICOLARE PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ, LOGICITÀ, RAGIONEVOLEZZA. DIFETTO DI ISTRUTTORIA E MOTIVAZIONE»;

3. in merito alla negata partecipazione al procedimento sanzionatorio «*ERROR IN IUDICANDO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 4 E 13 D.LGS. 259/2003, DEGLI ARTT. 9, 10 E 21-OCTIES LEGGE 241/1990, DELLE DELIBERE AGCOM 581/15/CONS E 223/12/CONS. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ, LOGICITÀ, RAGIONEVOLEZZA. DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE*».

4. «*SULL'ISTANZA AI SENSI DELL'ART. 116, COMMA 2, C.P.A.*», l'illegittimità del diniego di accesso.

TIM e AGCom si costituivano formalmente in giudizio, rispettivamente, il 6 e 30 maggio 2022.

TIM sviluppava le proprie difese con memoria del 9 ottobre 2023 con la quale ipotizzava in via pregiudiziale la sopravvenuta carenza di interesse di ILIAD alla coltivazione dell'appello stante l'intervenuta definizione da parte del Tribunale di Milano del già evocato giudizio civile con sentenza n. 7253 del 25 settembre 2023 che statuiva l'infondatezza della pretesa risarcitoria ritenendo non comprovata l'illiceità delle condotte poste in essere da KENA denunciate da ILIAD. Nel merito confutava le avverse censure chiedendo la reiezione dell'appello.

ILIAD replicava alle difese di TIM con memoria depositata il 14 ottobre, affermando il proprio perdurante interesse alla decisione e ribadendo le censure oggetto dell'appello.

All'esito della pubblica udienza del 26 ottobre 2023, l'appello veniva deciso.

Preliminarmente deve ritenersi la permanenza in capo ad ILIAD di un concreto ed attuale interesse alla definizione del presente giudizio stante la

non definitività della pronunzia del Tribunale di Milano che, peraltro, non statuisce in merito all'inesistenza del contestato utilizzo del *database* MNP da parte di KENA limitandosi a sancirne l'irrilevanza ai fini della configurabilità delle condotte addebitate quale atto di concorrenza sleale.

Quanto al merito della controversia, con il primo capo di impugnazione ILIAD lamenta l'omessa valutazione da parte dell'Autorità della illiceità delle condotte di TIM oggetto del procedimento definito con la censurata delibera n. 303/20 deducendo l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui afferma che *«l'esercizio della potestà sanzionatoria presuppone, dunque, la previa adozione, da parte dell'AGCom, di un atto tipico, ossia un ordine o una diffida, e una successiva inottemperanza allo stesso da parte del medesimo e specifico destinatario. Nel caso di specie appare quindi dirimente, a prescindere dagli ulteriori profili della motivazione del provvedimento, la circostanza per cui le offerte a marchio Kena Mobile non erano state oggetto di una preventiva diffida rivolta all'operatore, ma solamente di un atto di indirizzo generale rivolto al novero indistinto degli operatori (Delibera 135/18/CIR). Il comportamento tenuto dall'operatore non poteva essere sussunto dunque nella previsione afflittiva che contempla come presupposto l'invio di una previa diffida; di conseguenza, trattandosi di fattispecie sanzionatoria, soggetta al principio di tassatività, correttamente l'Autorità ha archiviato il procedimento mancando un elemento costitutivo della fattispecie contestata»*.

In particolare, contesta che la repressione della condotta addebitata a KENA richiedesse necessariamente la previa adozione di una diffida trattandosi della violazione di norme legislative e regolamentari puntuali e specifiche, fra le quali il divieto di utilizzo del *database* MNP a fini commerciali sancito dalla delibera di indirizzo generale n. 135/18/CIR da ritenersi di per sé sufficiente a legittimare l'esercizio del potere sanzionatorio ex art. 98 del Codice.

In ogni caso, anche aderendo alla tesi fatta propria dall'Autorità, rileverebbe la circostanza che TIM fosse già stata destinataria di una diffida adottata con delibera n. 118/18/CIR per un utilizzo illegittimo del database MNP a «*fini di contatto commerciale*», «*per conoscere l'operatore di appartenenza di un certo numero*» (ovvero condotte assimilabili a quelle contestate a KENA).

Ai fini in esame, inoltre, sarebbe irrilevante la circostanza che detta diffida non si riferisse a condotte specificamente addebitate a KENA atteso che quest'ultima è un marchio di TIM che già deteneva il 100% della controllante (NOVERCA S.r.l.).

A tali fini, il rilievo ai presenti fini della precedente diffida di AGCom discenderebbe dall'identità della normativa violata indipendentemente dalla diversità della condotta in concreto posta in essere (da parte di TIM in un caso e da KENA nell'altro).

A confutazione della censura, TIM richiama l'art. 98, comma 11 del Codice ove afferma che «*l'esercizio della potestà sanzionatoria presuppone [...] la previa adozione, da parte dell'AGCom, di un atto tipico, ossia un ordine o una diffida, e una successiva inottemperanza allo stesso da parte del medesimo e specifico destinatario*».

Né potrebbe invocarsi a tali fini la delibera n. 135/18/CIR che, pur chiarendo il contenuto precettivo dell'art. 41, comma 3, del Codice, avrebbe natura di atto di mero indirizzo rivolto all'intera platea degli operatori.

Inconferente sarebbe, altresì, il richiamo di ILIAD alla giurisprudenza formatasi in ordine alla fattispecie di cui all'art. 98, comma 9, a norma del quale «*fermo restando quanto stabilito dall'articolo 32, ai soggetti che commettono violazioni gravi o reiterate più di due volte nel quinquennio delle condizioni poste dall'autorizzazione generale, il Ministero commina una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 30.000,00 ad euro 600.000,00; ai soggetti che non provvedono, nei termini e con le modalità*

prescritti, alla comunicazione dei documenti, dei dati e delle notizie richiesti dal Ministero o dall'Autorità, gli stessi, secondo le rispettive competenze, comminano una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 15.000,00 ad euro 1.150.000,00».

La disposizione, infatti, disciplinerebbe fattispecie differenti essendo limitata all'ipotesi di mancate produzioni documentali.

La mancata adozione della diffida non potrebbe, inoltre, essere superata ritenendo che KENA fosse da considerarsi destinataria della delibera n. 118/18/CIR in quanto responsabile di condotte riferibili a TIM in qualità di controllante di NOVERCA posto che, a fini invocati da ILIAD, occorrerebbe *«una duplice coincidenza tra la preventiva diffida e la successiva sanzione: la prima di carattere soggettivo, intesa come identità tra autore del primo comportamento e autore della successiva condotta inottemperante; la seconda di carattere oggettivo, intesa come sovrapposibilità del primo e del secondo contegno illecito»*: corrispondenza che, nel caso di specie, non sussisterebbe sotto entrambi i profili.

Il motivo è fondato.

Come anticipato, l'art. 98, comma 11 del Codice individua il presupposto dell'esercizio della potestà sanzionatoria nella *«previa adozione, da parte dell'AGCom, di un atto tipico, ossia un ordine o una diffida»*.

Come reso palese dall'utilizzo della congiunzione disgiuntiva «o» entrambi gli evocati atti tipici possono, alternativamente, costituire presupposto per l'esercizio della potestà in questione.

Ne deriva che l'omessa adozione di una formale diffida non può essere di per sé considerata ostativa allo sviluppo del procedimento sanzionatorio che viene ad essere legittimato anche in presenza di inottemperanze ad ordini impartiti.

Ciò premesso, deve rilevarsi che con l'invocata delibera n. 135/18/CIR l'Autorità adottava un *«ATTO DI INDIRIZZO GENERALE»* disponendo

che *«tutti gli operatori mobili sono tenuti a rispettare, ai sensi di quanto previsto dall'art. 41, comma 3, del Codice, il divieto di utilizzo, per fini di contatto commerciale, dei dati e delle informazioni acquisite attraverso l'accordo quadro sulla MNP e, in particolare, del data base in uso ai fini della corretta gestione della MNP e dei conseguenti instradamenti»*.

Il provvedimento veniva adottato una volta rilevato l'illegittimo utilizzo, da parte di operatori di settore, del *database* MNP finalizzato alla redazione di *«liste dei clienti verso cui direzionare il winback»* rilevando come *«tale utilizzo confligge con il divieto sancito dal Codice [all'art. 41, comma 3, ndr] di utilizzare informazioni ottenute nei rapporti di interconnessione per l'effettuazione di offerte commerciali»*.

L'evidente carattere precettivo della puntuale regola di condotta imposta dall'Autorità alla platea degli operatori di settore e il carattere perentorio della disposizione impartita (*«sono tenuti a rispettare ... il divieto di utilizzo, per fini di contatto commerciale»*) consente di qualificare l'indirizzo formulato in termini di ordine impartito a tutti gli operatori (comprese le parti del presente giudizio) e, quindi, di considerare come integrato, ai sensi del richiamato art. 98, comma 11, del Codice, il presupposto legittimante l'esercizio del potere sanzionatorio in presenza di condotte astrattamente riconducibili a quella espressamente vietata.

Non può, inoltre sottacersi che nell'occasione AGCom precisava, altresì, che *«il fatto che le stesse informazioni siano utilizzate ai fini della trasparenza verso i clienti finali (per conoscere l'operatore di appartenenza di un certo numero)»* (ovvero la condotta che ILIAD addebita a KENA) non poteva *«costituire una valida attenuante del citato divieto»*.

Chiarita la sussistenza dei presupposti astrattamente legittimanti l'esercizio dei poteri repressivi dell'Autorità, con priorità sullo scrutinio delle doglianze oggetto del secondo motivo di appello (con le quali viene lamentato l'omesso accertamento dell'illiceità delle condotte addebitate a

KENA nonostante sia pacifico, poiché ammesso anche da TIM, che la sottoscrizione delle offerte di KENA dedicate agli utenti ILIAD venisse effettuata utilizzando il database MNP sino al dicembre 2019), per motivi di priorità logica, devono essere scrutinati il terzo e il quarto motivo.

Con il terzo capo di impugnazione ILIAD lamenta la propria mancata partecipazione al procedimento sanzionatorio nonostante fosse stato avviato con riferimento alle medesime condotte che costituivano oggetto del parallelo contenzioso civile che la vedeva contrapposta a TIM innanzi al Tribunale di Milano.

Che ILIAD vantasse un interesse qualificato a detta partecipazione sarebbe comprovato dalla circostanza che le condotte di KENA oggetto di esame da parte dell'Autorità miravano a promuovere la sottoscrizione di offerte dedicate a propri utenti e che la delibera impugnata avrebbe ad oggetto le medesime condotte contestate a TIM nel procedimento definito con l'archiviazione disposta con la determinazione n. 1/20/DRS.

Per tale ragione censura la sentenza nella parte in cui il Tar supera la questione ipotizzando che *«l'eventuale partecipazione non avrebbe potuto mutare il contenuto del provvedimento in quanto non risulta che, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990, l'apporto procedimentale della ricorrente avrebbe potuto influire sull'esito vincolato del procedimento sanzionatorio, non essendosi integrata la fattispecie tipica dell'illecito contestato»*.

A sostegno dell'erroneità delle posizioni assunte dall'Autorità e delle statuizioni del Tar che ne riconosceva la legittimità, ILIAD richiama il Regolamento che disciplina i procedimenti sanzionatori di AGCom adottato con delibera n. 581/15/CONS che, all'art. 9 comma 3, riconosce il diritto alla partecipazione ai *«soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui può derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dai fatti per i quali è stato avviato il procedimento ovvero dal provvedimento*

che può essere adottato all'esito di quest'ultimo, hanno facoltà di intervenire» e al successivo comma 4, impone un riscontro alle richieste di partecipazione stabilendo che *«il responsabile del procedimento, valutate la fondatezza e la completezza della richiesta di partecipazione, comunica al richiedente se lo stesso può accedere agli atti del procedimento e presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri»*.

Ne deriverebbe l'illegittimità del mancato riscontro alla propria richiesta di partecipazione del 21 febbraio 2020, avanzata per l'ipotesi in cui dovesse essere avviato un procedimento sanzionatorio, per contrasto anche con i principi stabiliti dall'art. 4 del Codice che impone alla disciplina di settore di *«promuovere la semplificazione dei procedimenti amministrativi e la partecipazione ad essi dei soggetti interessati»* nonché, con l'art. 28 della delibera n. 233/12/CONS disciplinante i procedimenti dell'Autorità che prescrive il rispetto dei *«principi della trasparenza, della partecipazione e del contraddittorio stabiliti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241»*.

TIM confuta le suesposte doglianze sostenendo che ILIAD non avrebbe *«presentato alcuna valida istanza di partecipazione al procedimento ai sensi dell'art. 9, c. 3 del Regolamento sulle procedure sanzionatorie»* non potendosi considerare tale l'istanza presentata il 21 febbraio 2020 poiché non sufficientemente motivata ed avanzata in un autonomo e diverso procedimento (affidente alla risoluzione della controversia contro TIM) e avente una distinta funzione (rinuncia alla controversia contro TIM).

In ogni caso, anche ritenendo ritualmente proposta l'istanza in questione, la mancata partecipazione non determinerebbe l'illegittimità della delibera n. 303/2020 atteso che dovrebbe essere dimostrata l'effettiva utilità dei potenziali contributi partecipativi e la rilevanza ai fini dell'adozione del provvedimento finale.

Tale condizione non ricorrerebbe nel caso di specie in quanto l'archiviazione veniva disposta per difetto dei presupposti per l'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità e gli elementi che ILIAD

avrebbe potuto apportare erano già noti all'Autorità che procedeva per la risoluzione della controversia avviata contro TIM il 29 novembre 2019.

Il motivo è fondato.

L'art. 9, comma 3, dell'allegato alla delibera AGCom n. 581/15/CONS recante «*Testo del regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni*», come correttamente evidenziato dall'appellante, dispone che «*i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui può derivare un pregiudizio diretto, immediato e attuale dai fatti per i quali è stato avviato il procedimento ovvero dal provvedimento che può essere adottato all'esito di quest'ultimo, hanno facoltà di intervenire, inoltrando un'apposita istanza contenente: ... b) adeguata motivazione in ordine all'interesse ad intervenire, anche con specifico riferimento al contributo che il richiedente può apportare all'istruttoria*»

ILIAD, come anticipato, avanzava una formale richiesta di partecipazione allegando a sostegno del proprio interesse il pendente giudizio civile promosso innanzi al Tribunale di Milano ILIAD nell'ambito del quale chiedeva di «*accertare e dichiarare che: a. l'utilizzo delle informazioni e del database della MNP a fini commerciali e, in particolare, per qualsiasi attività connessa (i) all'identificazione degli utenti ILIAD di comunicazioni commerciali di qualsiasi tipo (inclusi quelli via sms, chiamate da call center e siti internet) dirette a proporre offerte di telefonia mobile dedicate ad utenti ILIAD nonché (ii) alla sottoscrizione di qualsiasi offerta dedicata ad utenti ILIAD, a partire da giugno 2018, come meglio descritte nella sezione 3. del presente atto, costituiscono una violazione dell'art. 41, comma 3, del D.Lgs. 259/2003 e dell'art. 10, comma 7, Delibera Agcom 147/11/CIR e pertanto o comunque una violazione dell'art. 2598 c.c. e, in subordine, 2043 c.c.*».

È, quindi, evidente la stretta connessione esistente fra le due vicende, processuale e procedimentale, stante l'identità delle parti e delle condotte

censurate.

La richiesta va, altresì, esente da censure di genericità avendo ILIAD richiesto *«fin d'ora che, nell'ipotesi in cui l'Autorità decida di avviare un procedimento sanzionatorio contro TIM per violazione delle norme che vietano l'utilizzo a fini commerciali delle informazioni e del database MNP (in particolare, art. 41, comma 3, D.Lgs. 259/2003, art. 10, comma 7, Delibera 147/11/CIR, nonché diffida a TIM di cui alla Delibera 118/18/CIR), Iliad dovrebbe essere qualificata come soggetto partecipante ai sensi dell'art. 9 del regolamento di cui alla Delibera 410/14/CONS s.m.i., in quanto titolare di un evidente interesse diretto e concreto derivante dalla circostanza che i comportamenti di TIM riguardano principalmente la promozione di offerte destinate proprie agli utenti Iliad. Da ciò consegue il pregiudizio diretto, immediato e attuale subito da Iliad a causa delle descritte condotte illecite di TIM»*.

La richiesta è all'evidenza chiara, univoca, circostanziata e adeguatamente motivata.

Ai presenti fini, peraltro, non rileva l'intervenuta definizione del primo grado del giudizio risarcitorio con sentenza di rigetto del Tribunale di Milano, allegata da TIM quale fondamento della propria eccezione di improcedibilità dell'appello, stante la non definitività della pronunzia.

Né rileva, nei sensi invocati da TIM, la richiesta di archiviazione del procedimento ex art. 23 del Codice presentata da ILIAD poiché, a tacere della sussistenza dell'evidenziato obbligo di archiviazione in pendenza del giudizio civile, in detta sede veniva in ogni caso precisato che *«resta inteso che tale istanza, pur comportando l'improcedibilità della domanda formulata da Iliad nella propria istanza del 29 novembre 2019, non è da intendersi né come rinuncia (nelle sedi diverse da Agcom) alle domande e argomentazioni formulate e dedotte da Iliad nell'ambito del presente procedimento (che, infatti, sono state riproposte nell'ambito del suddetto procedimento dinanzi all'Autorità Giudiziaria, anche in coerenza con le*

citare disposizioni del Regolamento), né come acquiescenza alle argomentazioni di TIM e al contenuto della decisione dell'Autorità del 15 gennaio 2020».

ILIAD doveva, quindi, ritenersi legittimata alla partecipazione trattandosi di procedimento comunque scaturito da una propria iniziativa ed avente ad oggetto condotte potenzialmente pregiudizievoli in quanto, in ipotesi, dirette a promuovere iniziative commerciali riservate a propri clienti.

Ciò anche nel rispetto del *favor participationis* espresso dall'art. 4, comma 2, del Codice a norma del quale «*la disciplina delle reti e servizi di comunicazione elettronica è volta altresì a: a) promuovere la semplificazione dei procedimenti amministrativi e la partecipazione ad essi dei soggetti interessati, attraverso l'adozione di procedure tempestive, non discriminatorie e trasparenti nei confronti delle imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica*»: principio, peraltro, recepito da AGCom con la delibera n. 223/12/CONS, disciplinante in via generale i procedimenti dell'Autorità, che all'art. 28 prevede che «*nell'esercizio delle propri attività, l'Autorità si ispira ai principi della trasparenza, della partecipazione e del contraddittorio stabiliti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241*».

Avuto riguardo al suesposto contesto normativo, la partecipazione di ILIAD al procedimento sanzionatorio non poteva essere esclusa.

Né, a sostegno della legittimità della condotta di AGCom, può invocarsi la mancata prova circa il rilievo decisivo degli eventuali apporti partecipativi posto che il confronto procedimentale avrebbe in ogni caso consentito, a prescindere dalla rappresentazione di elementi di novità, una differente prospettazione degli elementi di fatto accertati e valutati dall'Autorità, potenzialmente in grado di orientare la decisione finale.

Con il quarto capo di impugnazione l'appellante censura la sentenza nella parte in cui non riteneva «*di dover accogliere la domanda di accesso, art. 116, c. 2 c.p.a., relativa agli atti del fascicolo istruttorio del procedimento,*

in quanto tale domanda manca del requisito di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende tutelare, posto che il provvedimento di archiviazione risulta immune dalle censure proposte per le ragioni supra evidenziate».

TIM eccepisce che l'Autorità, con nota del 17 dicembre 2021, consentiva l'accesso alla documentazione richiesta e che, quindi, l'istanza sarebbe superata essendo cessata la materia del contendere.

Il motivo è fondato.

L'istanza di accesso formulata da ILIAD veniva respinta da AGCom, con lettera del 7 dicembre 2020 invocando l'art 8, comma 1, della delibera n. 581/15/CONS che consente l'accesso agli atti dei procedimenti sanzionatori ai soli destinatari dell'atto di contestazione.

Ad ulteriore sostegno del diniego opposto l'Autorità rilevava che *«gli atti del procedimento sono costituiti in larga parte dagli elementi relativi al contenzioso promosso da codesta società che, per tale ragione, risulta già in possesso di ogni elemento accessibile» e che il fascicolo procedimentale «è altresì comprensivo di comunicazioni interne»* sottratte all'accesso ai sensi dell'allegato A alla delibera n. 383/17/CONS.

In primis deve affermarsi l'irrilevanza dei due articolati motivazionali da ultimo richiamati posto che l'affermazione per la quale ILIAD già disporrebbe *«in larga parte»* dei documenti richiesti è confessoria dell'esistenza di ulteriori atti non ancora noti; irragionevole è l'allegata presenza agli atti del procedimento di note di rilievo meramente interno non ostensibili che non legittima un'estensione del divieto agli atti dell'intero fascicolo ben potendo essere, queste sole, escluse dall'ostensione.

Quanto al primo dei suesposti articolati motivazionali (limitazione dell'accesso ai soli destinatari del provvedimento sanzionatorio), la Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi affermando che *«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» (Cons. di Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2021 n. 1154).

La questione veniva, inoltre, affrontata dalla Sezione nel già richiamato giudizio scaturito dall'archiviazione disposta con la citata delibera n. 302, nell'ambito del quale, in presenza di una analoga istanza di accesso avanzata da ILIAD, respinta dall'Autorità con le medesime motivazioni sopra esposte, venivano riconosciute le ragioni della richiedente.

Come, infatti, già anticipato, anche la delibera n. 302/2020 (riferita a TIM anziché a KENA) veniva impugnata dall'odierna appellante e la parallela controversia trovava definizione in appello con sentenza della Sezione n. 7700 del 18 novembre 2021 confermando la sentenza di primo grado che accoglieva il ricorso di primo grado accertando il diritto di ILIAD ad

accedere agli atti e documenti del procedimento, fatta eccezione per le note interne dell'Autorità.

In detta sede la Sezione affermava che *«sul piano generale, deve essere disattesa la prospettazione volta ad escludere dall'accesso dei terzi gli atti dei procedimenti sanzionatori, così come quella facente leva sull'articolo 8, comma 1, della delibera n. 581/15/CONS che stabilisce: "I soggetti destinatari dell'atto di contestazione possono accedere agli atti del procedimento nelle forme e con le modalità previste dal Regolamento sull'accesso ai documenti approvato dall'Autorità con delibera n. 217/01/CONS del 24 maggio 2001 e successive modificazioni". Più in generale, la giurisprudenza ha precisato che "non esiste alcuna previsione normativa che ponga un divieto generale all'accesso di terzi ai documenti acquisiti nell'ambito di procedimenti amministrativi sanzionatori" e che "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 e necessità dell'istante di 'curare' o 'difendere' un proprio interesse giuridico" (Cons. di Stato, sez. VI, 8 febbraio 2021 n. 1154)».*

Nell'occasione veniva, altresì, affermato:

che «l'articolo 10 del Regolamento interno dell'Autorità ("Delibera Agcom 383/17/CONS"), in base al quale: "Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale" corrisponde quanto a contenuto precettivo all'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990, ai sensi del quale "deve comunque essere garantito ai

richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici")»

che la giurisprudenza ha già precisato che *«la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990»* (cfr. Cons. St., Ad Plen. n. 4/2021).

che *«come già disposto dalla Sezione in un precedente analogo (Cons. St. 5176/2021), spetterà quindi all'Autorità operare la dovuta selezione, motivando in ordine a quei documenti "interni", suscettibili di ricadere nell'ambito dell'art. 13 del Regolamento, non rilevanti ai fini della ricostruzione dei fatti e dei quali deve escludersi, in ultima analisi, la necessità ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. 241/90»*.

Per quanto esposto, deve riconoscersi ad ILIAD il diritto di accedere agli atti del procedimento definito con la delibera di archiviazione n. 303 rimettendo all'Autorità l'individuazione della documentazione interna in relazione alla quale non sussistono i presupposti dell'accesso (quali, a mero titolo di esempio, *«le note, gli appunti, le bozze preliminari, le proposte degli uffici, i verbali delle riunioni del Consiglio e delle Commissioni»* di cui all'art. 13 del Regolamento).

Priva di rilievo è, infine, l'eccezione di TIM con la quale prospetta la cessazione della materia del contendere non essendo comprovata l'identità

fra la documentazione ostesa in esecuzione della decisione della Sezione n. 7700/2021 (riferita al procedimento di archiviazione disposto con delibera n. 302) e quella oggetto del procedimento di archiviazione definito con delibera n. 303.

L'accoglimento del primo, terzo e quarto motivo determina il riesercizio dei poteri sanzionatori dell'Autorità mediante riedizione del relativo procedimento da svolgersi assicurando la partecipazione di ILIAD cui dovrà essere consentito l'accesso richiesto.

Ne deriva il mancato scrutinio delle doglianze oggetto del secondo motivo di appello con il quale ILIAD lamenta l'omesso accertamento dell'illiceità delle condotte addebitate a KENA trattandosi di questione il cui accertamento è rimesso all'Autorità nell'ambito del rinnovato procedimento sanzionatorio.

Per quanto precede l'appello deve essere accolto in parte, nei suesposti sensi con compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie, nei medesimi limiti, il ricorso di primo grado;

compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Maggio, Presidente FF

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Marco Poppi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Marco Poppi

IL PRESIDENTE
Alessandro Maggio

IL SEGRETARIO