

Publicato il 10/11/2023

N. 01354/2023 REG.PROV.PRES.
N. 08523/2023 REG.RIC.



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

Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

Il Presidente

ha pronunciato il presente

DECRETO

sul ricorso numero di registro generale 8523 del 2023, proposto da Roxtec Ab, Roxtec Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Angelo Raffaele Cassano, Sara Lembo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Wallmax S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Vittorio Minervini, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilio de' Cavalieri 7;

per la riforma

dell'ordinanza cautelare del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 06894/2023, resa tra le parti, per l'annullamento, previe idonee misure cautelari ex art. 55 c.p.a.

- del provvedimento n. 30737 del 18 luglio 2023 (“Provvedimento”), adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM” o “Autorità”) all'esito del procedimento A538 (“Procedimento”), notificato tramite posta elettronica certificata il 3 agosto 2023 (doc. 1);

- della delibera dell'Autorità dell'8 febbraio 2022 di rigetto degli impegni presentati dalle società ai sensi dell'art. 14-ter, l. n. 287/90 (doc. 2; “Provvedimento di Rigetto”);

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o connesso, ivi incluso il provvedimento di avvio dell'istruttoria (doc. 3), e con riserva di motivi aggiunti;

nonchè in subordine

- per la riduzione della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dall'Autorità.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'istanza di riesame del decreto presidenziale n. 1348 del 2023 che ammettendo un deposito di documentazione non in forma informatica ha rigettato la domanda di deposito in forma confidenziale perché non configurabile tranne eccezionali ipotesi di segreto qualificato (e si pensi al caso limite ad es. del segreto di Stato e del deposito di una nota dei servizi

segreti in busta chiusa da prendersi come “fatto” e giammai da valutarsi per il suo contenuto ove tale documento sia posto alla base ad es. di un provvedimento espulsivo per ragioni di ordine pubblico e sicurezza dello Stato in un procedimento paragiurisdizionale quale il ricorso straordinario avente carattere misto fra natura amministrativa e giurisdizionale)

Rilevato che nel processo antitrust l'uso dell'art. 136 del cpa nel diverso caso limite delle dichiarazioni del leniency applicant nella giurisprudenza della Sezione non ha sottratto al contraddittorio (vedasi il precedente CdS VI n. 6503 del 2021) la documentazione prodotta ma ha condotto all'acquisizione integrale della documentazione;

Ritenuto che la parte ha voluto depositare nuova istanza al fine di evidenziare che:

i.la corrispondenza intercorsa con l'Autorità si colloca nel contesto del procedimento sanzionatorio di cui è causa e della sua fase esecutiva;

ii.tale esigenza di riservatezza si giustifica tenendo conto che le interlocuzioni in esame con l'Autorità attengono alla definizione di una complessiva linea di condotta strategica e processuale in riferimento a plurimi contenziosi di rilevante entità (nei quali la stessa WallMax è controparte);

iii.siffatta condotta strategica deve poter essere assunta da Roxtec nella necessaria dimensione confidenziale della relazione procedimentale, fermo restando che WallMax potrà venire a conoscenza di siffatte determinazioni (e dei conseguenti provvedimenti dell'Autorità) alla conclusione della relativa fase procedimentale;

iv.allo stato, un diverso modus procedendi, limitato alla mera applicazione di sezioni omissis nel corpo della corrispondenza non tutelerebbe adeguatamente la riservatezza di Roxtec;

v.la formulazione di una istanza istruttoria non appare strettamente percorribile, stante la natura di appello cautelare del giudizio de quo e l'imminente scadenza del termine fissato dall'Autorità per l'esecuzione del provvedimento (i.e. 1° dicembre 2023);

- l'istante ha dunque necessità di sottoporre la Richiesta di Chiarimenti e la risposta dell'AGCM del 2 novembre u.s. all'attenzione del Collegio in forma confidenziale, preservandone il carattere riservato;

rilevato che tale istanza di riesame si appalesa come una nuova istanza meglio circostanziata con la quale si insiste nel ritenere ammissibile la c.d. prova confidenziale;

Rilevato che sul tema dell'ammissibilità della c.d. prova confidenziale nel processo – spazio dominato dal principio del contraddittorio – c'è un vuoto normativo non colmabile dal giudice e che il processo non è il ricorso straordinario al Capo dello Stato che conservando tratti del procedimento amministrativo consente di ipotizzare attenuazioni del principio del contraddittorio pieno quali risultanti dall'istruttoria amministrativa (arg ex Cons. Stato Ad. Sezioni Riunite Prima e Seconda n. 2131 del 2012);

Ritenuto che i rapporti tra trattamento delle informazioni riservate e attività processuale sono vari e complessi occorre ricordare che, in dottrina e specialmente quella di stampo tedesco, si distinguono due profili di riservatezza nel processo: un primo profilo riguarda quella verso l'esterno del processo, e si occupa di quell'insieme di norme che tendono a proteggere le informazioni che le parti si scambiano durante il processo dalla loro diffusione verso la collettività (unmittelbare Öffentlichkeit); il secondo profilo riguarda invece la riservatezza come esigenza interna al processo, vale a dire di tutela di una parte nei confronti dell'altra

(Parteiöffentlichkeit);

Ritenuto che l'art. 136 cpa riguarda i profili di riservatezza esterna o verso la collettività e non consente alcuna deroga ai principi del contraddittorio nel lato interno del rapporto processuale;

Ritenuto che nel processo amministrativo italiano e nel processo civile italiano che lo integra (ai sensi dell'art. 39 cpa) non esiste una disposizione analoga a quella dell'art. 105 del regolamento di procedura del Tribunale UE che consente deroghe al contraddittorio ma solo nel caso di trattamento di informazioni o atti che interessano la sicurezza dell'Unione o quella di uno o più dei suoi Stati membri o le loro relazioni internazionali ;

Rilevato che tale articolo 105 è disposto dato il consistente aumento di misure restrittive adottate a livello europeo nei confronti di Paesi terzi o singole persone fisiche e giuridiche sulla base degli artt. 29 TEU e 215 TFEU, si è avuto conseguentemente anche una crescita del contenzioso inerente la legittimità di tali atti e che proprio nella trattazione di tali casi i giudici europei si sono trovati a dover analizzare e consultare documenti di natura confidenziale legati ad interessi di sicurezza nazionale e dell'intera Unione Europea, quali elementi probatori, facendo emergere la necessità per la Corte di dotarsi di adeguati accorgimenti processuali per il trattamento di tale materiale;

Rilevato che in materia sono rilevanti famosi casi della Corte di Giustizia europea (Kadi e al Barakaat International Foundation v. Council and Commission del 2008, Commission and Others v. Kadi del 2013 e ZZ v. Secretary of State for Home department del 2011);

Rilevato che in tali casi la Corte ha infatti fatto emergere come il processo decisionale di tipo amministrativo di adozione di atti, quali le sanzioni nei confronti degli individui, sia carente sotto il profilo della tutela procedurale

dei destinatari delle sanzioni per la mancanza di un adeguato meccanismo che permetta alla persona coinvolta di essere in primo luogo informata dei motivi d'accusa posti a suo carico e, di conseguenza, di poter far valere le proprie ragioni al riguardo: condizione essenziale per un confronto proficuo tra le istituzioni e la persona e quindi ha fatto valere le ragioni della tutela processuale in un contesto quale quello delle attività amministrative sovranazionali permeato spesso da attività confidenziali di alta rilevanza tecnico-politica;

Rilevato che a tal fine la Corte ha indicato che “il rispetto dei diritti della difesa e del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva postula che l'autorità competente comunichi alla persona interessata gli elementi a suo carico di cui tale autorità dispone per fondare la sua decisione” (punto 111 Sentenza Kadi 2013);

Rilevato che i giudici comunitari affermano così il principio del “irriducibile minimum”, che si esplica nella necessità che sia reso noto alla persona il cuore e la sostanza delle motivazioni che sorreggono l'accusa nei suoi confronti (sulla base di documentazione coperta da esigenze di sicurezza nazionale) in modo tale che la stessa possa difendersi ed accedere così ad una tutela giurisdizionale effettiva e che in tal modo la Corte cerca di ricucire la ferita aperta originata dalla compressione della tutela procedurale dell'individuo nella fase amministrativa, affidando alla fase giurisdizionale un più pieno esplicarsi del diritto di difesa del soggetto;

Rilevato che la fase processuale diviene così il momento in cui deve realizzarsi il delicato bilanciamento tra le due opposte esigenze, quella di un'effettiva difesa della persona e quella di tutela della riservatezza di alcune informazioni, venendo affidato chiaramente al “giudice dell'Unione, cui non possono essere opposti il segreto o la riservatezza di tali informazioni

o elementi, di attuare , nell'ambito del controllo giurisdizionale che esercita, tecniche che consentano di conciliare le legittime preoccupazioni di sicurezza relative alla natura ed alle fonti di informazione prese in considerazione nell'adottare la decisione di cui trattasi con la necessità di garantire adeguatamente all'interessato il rispetto dei suoi diritti processuali, quali il diritto ad essere sentito e il principio al contraddittorio ” (Sentenza Kadi 2013, punto 125) e che tale bilanciamento tuttavia riguarda la materia della sicurezza dell'UE o dei suoi Stati membri o delle relazioni internazionali;

Rilevato che l'art 105 citato va letto in tale contesto giurisprudenziale;

Ritenuto che il vuoto normativo del diritto nazionale in tema di “prova confidenziale” non può essere colmato in via analogica con riferimento al diritto europeo per il principio di autonomia procedurale dello Stato membro e per la presenza degli articoli 24 e 111 Cost. e per il diverso oggetto del contenzioso rispetto a quello trattato nei precedenti citati che comunque non escludono ma affermano la necessità di una sottoposizione al contraddittorio;

Rilevato comunque che le ragioni addotte dalla nuova istanza volta ad ottenere un trattamento confidenziale della prova non attengono minimamente alla sicurezza dello Stato membro o al sistema delle alleanze sovranazionali ed internazionali ma a semplici ragioni di opportunità legate alla linea di condotta strategico processuale della parte istante in relazione ad un contenzioso plurimo esistente con la controparte in questa causa ;

Rilevato quindi che in alcun modo viene invocato nemmeno un segreto qualificato che comunque non può consentire – allo stato della disciplina - deroghe al contraddittorio;

Rilevato che nel processo civile si ravvisa la norma di cui all'art. 3 comma 4

del dlgs. n. 3 del 2017 ai sensi della quale l'esigenza di bilanciamento è così disciplinata :

“4. Quando la richiesta o l'ordine di esibizione hanno per oggetto informazioni riservate, il giudice dispone specifiche misure di tutela tra le quali l'obbligo del segreto, la possibilità di non rendere visibili le parti riservate di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento ad esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata. Si considerano informazioni riservate i documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese, nonché i segreti commerciali.

5. La parte o il terzo nei cui confronti è rivolta la istanza di esibizione hanno diritto di essere sentiti prima che il giudice provveda a norma del presente articolo.”

Rilevato che tale disposizione non si riferisce al caso di produzione volontaria di documentazione ma al caso in cui vi sia una richiesta od un ordine di esibizione del giudice che violi esigenze di riservatezza ;

Ritenuto che l'obbligo del segreto previsto dalla disposizione di cui all'art. 3 del dlgs n. 3 del 2017 è imposto alle parti che vengono a conoscenza del materiale riservato del processo e non significa possibilità di produzione di prove totalmente segrete o confidenziali contro un contraddittore processuale e le altre cautele della norma sono disposte per bilanciare la riservatezza ed il diritto alla difesa e non comportano sottrazione delle prove al contraddittorio o esclusione totale dello stesso come nel caso della c.d. prova confidenziale (conosciuta dal giudice e non dall'altra parte del rapporto triadico processuale);

Ritenuto che anche il giudice penale si ferma sulla soglia delle c.d. informazioni confidenziali al fine di non dare ingresso a materiali spuri nel processo (non si deve sussurrare al giudice) e si veda l'art. 203 cpp ;

Ritenuto che la documentazione procedimentale riservata sarà ad un certo punto ostensibile ma fino a tale momento non può essere utilizzata processualmente se non per scelta della parte che la produce con l'effetto tipico di esporla al contraddittorio (ove non ritenga di omissarla) e non costruendo un caso di prova confidenziale o segreta;

Ritenuto pertanto che l'istanza di riesame non possa accogliersi;

P.Q.M.

Respinge l'istanza di riesame.

Il presente decreto sarà eseguito dall'Amministrazione ed è depositato presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma il giorno 10 novembre 2023.

Il Presidente
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO