

REPUBBLICA ITALIANA
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 7310 del 2016, proposto dalla Commissione nazionale per le società e la borsa-Consob, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Providenti C.F. (...), Gianfranco Randisi C.F. (...), Stefania Lopatriello C.F. (...), con domicilio eletto presso la Consob in Roma, Via G.B. Martini, n. 3;

contro

B.P.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Ielo C.F. (...), con domicilio eletto presso lo studio Erede, Pappalardo, Bonelli in Roma, Via Salaria, n. 259;

nei confronti di

F. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Malinconico C.F. (...), con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 284;

H.R.I.I. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi C.F. (...), Raimondo Premonte C.F. (...), Marco Martinelli C.F. (...), Ilaria Giulia Monorchio C.F. (...), con domicilio eletto presso Cappelli & Partners Studio Gianni, Origoni, Grippo in Roma, Via delle Quattro Fontane, n. 20;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II QUA n. 06954/2016, resa tra le parti, concernente diniego di accesso documenti amministrativi relativi a procedura di determinazione prezzo di offerta pubblica di acquisto;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle B.P.L., F. s.p.a. e H.R.I.I. s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2017 il Cons. Italo Volpe e uditi per le parti gli avvocati Stefania Lopatriello, Gianfranco Randisi, Domenico Ielo, Antonio Lirosi, Andrea Falzone in dichiarata delega dell'avv. Carlo Malinconico;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Col ricorso in epigrafe la Commissione nazionale per le società e la borsa (di seguito "Consob") ha impugnato, per l'annullamento, la sentenza del Tar Lazio, Roma, n. 6954/2016, pubblicata il 16.6.2016, che, dichiarato improcedibile il ricorso principale e accolti i motivi aggiunti, nel contraddittorio con F. s.p.a. (di seguito "F.") e con H.R.I.I. s.r.l. (di seguito "HRII"), le ha ordinato l'esibizione dei documenti chiesti in accesso il 9.12.2015 e il 10.2.2016 dalla B.P.L. (di seguito "B."), dopo che quest'ultima s'era doluta di una comunicazione Consob di differimento di accesso dell'8.1.2016 e del successivo diniego definitivo del 3.3.2016.

1.1. Circa i fatti antecedenti, l'appellante ricorda che:

- l'11.11.2015 B., quale azionista di minoranza di A.S., con azioni negoziate in MTA, le aveva presentato - ai sensi degli *artt.106, co. 3, lett. d), del D.Lgs. n. 58 del 1998*, e successive modificazioni ("di seguito "TUF"), e 47-sexies del relativo regolamento di attuazione concernente la disciplina degli emittenti, adottato dalla Consob con Delib. n. 11971 del 14 maggio 1999, e successive modificazioni, (di seguito "regolamento") - un'istanza per l'aumento del prezzo dell'offerta pubblica obbligatoria promossa da Hitachi sulla totalità delle azioni della A.S.;

- la Consob, in accoglimento della domanda, aveva con Delib. n. 19507 del 3 febbraio 2016 rettificato in aumento (da Euro 9,50 ad Euro 9,899) il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto (di seguito "OPA");
- nel corso del relativo procedimento B. ha fatto una prima istanza di accesso, accolta dalla Consob con l'ostensione dei documenti contenuti al momento nel fascicolo istruttorio, tranne la corrispondenza con l'istante;
- ad una nuova domanda di B. del 9.12.2015 è stato risposto che l'accesso non sarebbe stato concesso fino all'adozione della decisione conclusiva sull'istanza di rialzo del prezzo dell'OPA;
- nel corso del giudizio di primo grado che n'era seguito B. ha rinnovato il 10.2.2016 la domanda di accesso alla stessa documentazione, dato che ormai la Consob aveva chiuso il procedimento di rialzo del prezzo, ma questa volta l'accesso è stato negato per eventi sopravvenuti e per le conseguenti valutazioni circa il fatto che: a) alcuni documenti trasmessi da HRII e da F. non erano a fondamento della decisione finale della Commissione e quindi non v'era interesse all'ostensione e b) permanevano le esigenze di riservatezza rappresentate da tali società circa i documenti da esse trasmessi;
- il 15.3.2016 B. ha proposto ricorso avverso la delibera Consob del 3.2.2016 di rialzo del prezzo, "limitatamente alla parte in cui ha rettificato in aumento il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto obbligatoria promossa da H.R.I.I. s.r.l. (...) a Euro 9,899 per ciascuna azione emessa da A.S. S.p.A.", sostenendo l'inadeguatezza del corrispettivo così determinato (reputato inferiore a quello effettivamente riconosciuto al venditore della partecipazione dall'offerente);
- nell'ambito del giudizio di accesso già instaurato, B. ha proposto motivi aggiunti avverso il diniego definitivo di accesso.

1.2. La Consob si duole della sentenza di primo grado che, dichiarato improcedibile il ricorso principale per la sopravvenuta carenza d'interesse dovuta all'intervenuto diniego definitivo di accesso, ha deciso sui motivi aggiunti nei termini predetti sostenendo in sintesi che:

- quanto al fatto che alcuni documenti pretesi non sarebbero stati alla base della decisione finale della Consob, la valutazione di rilevanza e pertinenza delle informazioni cercate, soprattutto nell'accesso c.d. defensionale, "è affidata al richiedente l'accesso, il quale rimane arbitro di decidere la propria strategia difensiva, extra processuale e processuale", senza poi contare che il richiedente potrebbe anche all'occorrenza contestare la stessa circostanza dell'asserita non pertinenza della documentazione chiesta col provvedimento definitivo che la parte reputa lesivo;
- quanto alle esigenze di riservatezza dei terzi, prevarrebbe comunque, ormai, l'accesso c.d. defensionale;
- quanto all'opposto segreto d'ufficio di cui all'art. 4, co. 10, del TUF, il tema della prevalenza dell'interesse all'accesso è già stato risolto da C. Cost. nn. 460/2000 e 32/2005, con un orientamento estensibile ad un procedimento quale quello di aumento del prezzo di un'OPA, da qualificarsi come "procedimento di controllo a carattere contenzioso" nel cui ambito la posizione dell'istante "deve essere considerata a tutti gli effetti una posizione giuridica che si fonda in ultima analisi su un diritto soggettivo meritevole di piena e preminente considerazione nel necessario bilanciamento degli interessi che viene in gioco in questa materia".

1.3. L'appello si fonda sui seguenti motivi:

- a) violazione degli artt. 22, co. 1, lett. b), e 24, co. 1 e 6, lett. d), della [L. n. 241 del 1990](#) e dell'art. 4, co. 10, del TUF - legittimità della prima motivazione posta a fondamento del diniego di accesso.
- b) violazione dell'art. 24, co. 6, lett. d), e 7, della [L. n. 241 del 1990](#) - legittimità della seconda motivazione posta a fondamento del diniego di accesso.
- c) violazione e falsa applicazione dell'art. 24, co. 1 e 7, della [L. n. 241 del 1990](#), e dell'art. 4, co. 10, del TUF nell'interpretazione datane dalla Corte Costituzionale, nonché dell'[art. 24 della L. n. 262 del 2005](#) - legittimità del diniego di accesso per sussistenza del segreto d'ufficio sugli atti di vigilanza della Consob.
- d) violazione degli artt. 22, co. 1, lett. b), e 24, co. 1, della [L. n. 241 del 1990](#) e dell'art. 4, co. 10, del TUF, sotto ulteriore profilo - irrilevanza per la soluzione della causa della posizione sostanziale di azionista di minoranza del soggetto richiedente.

Queste, al nocciolo, le loro ragioni, ad avviso di parte:

a.1) è del tutto erroneo l'orientamento di primo grado che poggia sull'assunto di una tale estensione del diritto di accesso a permettere, con esso, di arrivare a conoscere anche atti non posti a base dei provvedimenti che non soddisfano coloro che, per questo, puntano alla conoscenza anche di atti estranei. L'orientamento scardina un necessario equilibrio fra contrapposti interessi giacchè, ad accesso soddisfatto, l'eventuale valutazione di non rilevanza e pertinenza della documentazione (comunque voluta) giungerebbe tardi, quando ormai sono lesi gli opposti interessi sacrificati in nome dell'ostensione. Meglio allora affermare che sia sempre il giudice a dirimere preventivamente, nel concreto dei singoli casi di specie, gli opposti argomenti circa la rilevanza e pertinenza della documentazione pretesa;

b.1) ha errato il Giudice di primo grado quando, dopo aver comunque avuto uno scrupolo in ordine alla rilevanza dell'eccepito tema della riservatezza (affermando che essa "nella specie acquisisce connotati di particolare delicatezza", giacchè "I documenti in questione contengono infatti dati di natura industriale/commerciale e informazioni relative al business delle società odierne controinteressate"), se n'è disfatto senza alcuna valutazione comparativa con le esigenze difensive anteposte dal richiedente, affermando la prevalenza di queste ultime acriticamente ed immotivatamente;

c.1) è erronea l'assimilazione compiuta in primo grado tra procedimenti disciplinari (a valenza sanzionatoria) - in ordine ai quali la Corte Costituzionale ha potuto compiere le note valutazioni richiamate nella sentenza impugnata - ed un procedimento quale quello in relazione al quale, nella fattispecie, è scaturito l'interesse all'accesso. Gli assunti del Tar sono erronei perché vanno oltre i confini segnati in argomento dal Giudice delle leggi e comunque ne tradiscono la loro ratio. Gli stessi, poi, travalicano anche i confini tracciati dal Consiglio di Stato con la sentenza di questa Sezione n. 3003/2016;

d.1) non è infine condivisibile la valorizzazione compiuta dal Tar (in termini peraltro incerti quanto al loro effettivo grado di risolutività nella soluzione del caso di specie) della posizione sostanziale di un'azionista di minoranza, a prescindere dalla sua peculiare posizione di parte in un processo volto a contestare la decisione della Consob in ordine all'aumento del prezzo dell'OPA e semmai di parte, in qualità di istante, del relativo procedimento amministrativo. Le parole usate al riguardo dal Giudice di primo grado sono tali da poter aprire la strada, in un anelito di conoscenza, anche ad azionisti di minoranza che, a differenza di quello del caso in discussione, non sono stati invece parti del predetto procedimento di aumento del prezzo. Ad avviso di parte è per questo comunque opportuno, adesso, un chiarimento.

2. Anch'esse insoddisfatte della decisione di primo grado, pur se per profili diversi, B., HR II e F. hanno proposto appelli incidentali.

2.1. L'appello incidentale B. si articola in sostanza così:

A) riproposizione delle eccezioni o domande assorbite o non esaminate in primo grado;

B) domanda incidentale di annullamento della sentenza criticata nella parte di declaratoria di improcedibilità del ricorso principale avverso il provvedimento di differimento dell'accesso;

C) argomenti per l'infondatezza dell'appello principale.

2.1.1. Quanto ad A), antepone la parte dettagli in fatto secondo i quali:

- HR II ha sottoscritto un contratto per l'acquisto da F. del 40 per cento delle azioni del capitale di A.S. (di seguito "S.") e del 100 per cento delle azioni di A.B.;

- per effetto dell'acquisto della partecipazione in S., HR II aveva l'obbligo di lanciare un'OPA sulla totalità delle azioni di S., nell'ambito della quale il prezzo d'OPA corrisponde al prezzo più elevato pagato da HR II per acquisire la partecipazione in S. (ossia, secondo quanto dichiarato da HR II, Euro 9,50 per azione);

- B., azionista di minoranza della società target dell'OPA:

-- ha proposto a Consob un'istanza di accertamento della collusione del prezzo e di conseguente rettifica in aumento del prezzo di acquisto;

-- ha presentato, poi, un'istanza di accesso per ottenere copia dei documenti relativi a tale procedura;

- Consob ha deciso il differimento dell'accesso (fino alla chiusura del procedimento di rialzo del prezzo), che ha generato l'avvio del giudizio di primo grado;

- Consob poi:

-- ha accertato (grazie al procedimento di rialzo del prezzo) una collusione fra HRII e F., tesa a riconoscere al venditore un corrispettivo più elevato rispetto a quello dichiarato dall'offerente;
-- ha negato la richiesta di B. di quantificare l'effetto della collusione in 450 mEuro, cui sarebbe corrisposto un aumento del prezzo OPA di circa Euro 5,5;
- a suo avviso, l'accesso è strumentale a coltivare il contenzioso da essa già proposto contro la chiusura, nei termini detti, del procedimento di rialzo del prezzo;
- è quindi sopravvenuto il definitivo diniego di accesso (nel contesto fenomenico già sopra riassunto).

In diritto, la parte ripropone dunque le sue censure di:

a) prima motivazione del differimento e primo motivo aggiunto avverso il diniego successivo: violazione per falsa applicazione dell'art. 25, co. 3, per mancata applicazione dell' *art 24, co. 7, della L. n. 241 del 1990*, per falsa applicazione dell'art. 60 del D.Lgs. n. 196 del 2013.

E' fallace ritenere giustificato il differimento d'accesso con opposte esigenze di riservatezza, giacchè queste recedono di fronte all'esigenza di curare interessi individuali, rispetto ai quali l'accesso è strumentale. Invero, fuori da ipotesi di divieto assoluto ovvero di divieto relativo, tra le quali ultime si collocano quelle di divieto per ragioni di riservatezza, rispetto alle quali tuttavia prevale l'accesso a fini defensionali, l'accesso non può essere negato.

Questo bilanciamento tra opposti tiene pure dal punto di vista della privacy, anche rispetto alla quale prevale l'interesse che sostiene l'accesso c.d. defensionale, con l'unico limite per i c.d. dati supersensibili (salute e sfera sessuale).

b) seconda motivazione del differimento: violazione degli artt. 22, co. 2, e 25, co. 3, della *L. n. 241 del 1990* e dell' *art. 1, co. 15, della L. n. 190 del 2012*.

E' sbagliato ritenere - come fatto da Consob - che l'accesso dovesse differirsi perché il procedimento di rialzo del prezzo non prevedeva una fase di contraddittorio con l'istante, in quanto:

- per un verso, i casi legittimi di differimento - in quanto derogatori rispetto alla regola dell'accessibilità - devono essere contemplati dalla legge, che non prevede proprio quello addotto dalla Consob;

- per altro verso, la fase di interlocuzione vi sarebbe potuta essere, a volerla in effetti trovare, utile potendo essere quella del preavviso di rigetto della domanda di accesso;

c) terza motivazione del differimento: violazione per falsa applicazione dell'art. 24, co. 1 e 6, della *L. n. 241 del 1990*. Eccesso di potere per contraddittorietà della motivazione.

Neppure valeva opporre esigenze di riservatezza proprie di Consob, perché, ove esse operano ostativamente rispetto all'accesso in modo legittimo, le stesse sono previste dalla legge o da un regolamento emanato in base alla legge. E la riservatezza opposta non rientra fra quelli previsti da tali fonti.

Comunque, chi acquisisce dati riservati, anche tramite accesso, è sottoposto dall'ordinamento a vincoli a fini di loro protezione non minori di chi produce o detiene originariamente quei dati;

d) quarta motivazione del differimento: violazione per mancata applicazione degli *artt. 3 e 25, co. 3, della L. n. 241 del 1990* e dell' *art. 9, co. 2, del d.P.R. n. 184/2006*. Eccesso di potere per sviamento.

Per come si sono svolti i fatti, neppure tiene l'argomento della Consob secondo il quale l'organizzazione della mole dei dati che si sarebbero dovuti ostendere non si conciliava con i tempi stretti della procedura di rialzo del prezzo;

e) violazione degli *artt. 24, 111 e 113 della Costituzione* - violazione dell'art. 6 CEDU, nell'ambito della quale la parte si diffonde sul proprio legittimo interesse a tutelarsi sia in sede di procedimento di rialzo del prezzo sia in altre sedi;

f) primo motivo aggiunto: eccesso di potere per contraddittorietà ed irragionevolezza, per avere la Consob, col provvedimento di differimento, prima assentito all'accesso - solo differendone nel tempo l'attuazione - e poi negato lo stesso, per di più giustificandolo con lo stesso argomento che spiegava il differimento;

g) secondo motivo aggiunto: eccesso di potere per sviamento - violazione degli artt. 6 e 17 CEDU - violazione del principio della parità delle parti ai sensi *dell'art. 11, co. 1, Cost.* e art. 2 c.p.a. - violazione *dell'art. 97, co. 2, della Costituzione* - violazione degli *artt. 3 e 12 del D.P.R. n. 62 del 2013*, per avere la Consob cambiato idea nel giro di poco (prima assentendo in modo

differito e poi negando l'accesso) esclusivamente a causa del fatto che, nel frattempo, B. era diventata sua controparte processuale relativamente all'atto di chiusura del procedimento di rialzo del prezzo. Il motivo vero del diniego, perciò, era diverso da quello formalmente espresso. Consob perciò ha abusato del suo potere pubblico solo per evitare conseguenze a se stessa sul piano processuale.

2.1.2. Quanto a B), la parte appella incidentalmente la sentenza di primo grado per avere essa - erroneamente a suo avviso - dichiarato l'improcedibilità del ricorso principale avverso l'atto di differimento, reputandolo un diniego temporaneo in attesa di rivalutazione e non piuttosto un atto di assenso all'accesso ma con esercizio differito nel tempo.

2.1.3. Quanto a C), la parte si dedica poi ad illustrare le ragioni, a suo avviso, di infondatezza dell'appello, essenzialmente quelle legate al principio secondo cui spetta esclusivamente al richiedente l'accesso - non all'Amministrazione che riceve la domanda - stabilire se i documenti pretesi sono pertinenti e rilevanti allo scopo di tutelare i propri interessi.

2.2. L'appello incidentale di HR II si articola in sostanza così:

a) error in iudicando sull'eccezione di inammissibilità del ricorso B. per avere il Tar considerato che:

- con l'adozione del provvedimento Consob di chiusura del procedimento di rialzo del prezzo, tra l'altro aderendo alla tesi avversaria di un'intesa collusiva e disponendo conseguentemente il rialzo del predetto prezzo, era venuto meno l'interesse dell'avversaria a questionare ancora sull'accesso negato;

- in sede procedimentale la controparte aveva presentato ulteriori osservazioni il 21.12.2015, dopo l'istanza di accesso del 9.12.2015 per cui è causa, dimostrando di avere pienamente esercitato il suo diritto di partecipazione al procedimento;

- B. ha proposto ricorso avverso il provvedimento di chiusura del procedimento di rialzo del prezzo, nell'ambito del quale il suo diritto di difesa era stato già pienamente esercitato.

In particolare, nel paragrafo 7 della sentenza il Tar ha ritenuto che i predetti profili di inammissibilità dovessero disattendersi in quanto "B. fa valere una posizione volta a contestare il provvedimento sotto il profilo del quantum", mentre, a dire del Giudice di primo grado, non risulterebbe provato "che essa non abbia la necessità di accedere alle ulteriori informazioni richieste a questo fine". L'affermazione però non sarebbe corretta, ad avviso di HR II, giacché B. ha già pienamente esercitato il suo diritto di difesa soprattutto con riferimento al profilo del quantum, dando prova di possedere tutte le informazioni e i documenti necessari per la tutela della sua posizione (che altrimenti sarebbe stata incardinata solo "al buio");

b) error in iudicando sull'eccezione di improcedibilità del ricorso, per non avere il Tar considerato che B. non aveva aderito all'OPA e pertanto il suo ricorso avverso la chiusura del procedimento di rialzo del prezzo - successivo all'OPA - era a sua volta improcedibile per carenza di interesse, non potendo B. ricevere alcun effetto utile dall'azione instaurata. Invero, il presupposto giuridico perché gli azionisti possano conseguire, dopo la chiusura dell'OPA, il vantaggio di un eventuale rialzo del prezzo delle azioni è proprio quello dell'adesione all'OPA, mediante cessione delle azioni stesse all'offerente entro i termini di relativa chiusura.

Se l'accesso, come detto dall'istante, era strumentale al ricorso avverso il provvedimento Consob sul rialzo di prezzo, anche il ricorso in tema di accesso era improcedibile per carenza di interesse.

Ha perciò errato il Giudice di primo grado - oltre a cadere addirittura in contraddizione - nel non cogliere il nesso tra le due parti della vicenda, alla luce di una strumentalità dichiarata proprio dalla ricorrente principale;

c) error in iudicando - violazione dell'*art. 24, co. 7, della L. n. 241 del 1990* per avere il Tar, nonostante il rilievo del fatto che la documentazione chiesta contenesse dati di forte interesse per le controinteressate all'accesso, sostenuto che l'interesse che muoveva B. era proiezione della sua posizione di azionista di minoranza in ipotesi di OPA, senza poi considerare che detta società aveva già avuto accesso a tutta la documentazione depositata da HR II nel procedimento di rialzo del prezzo riguardante il lungo e complesso processo di acquisizione del ramo di azienda A.B. e della partecipazione in S., ivi inclusi i documenti contrattuali. Documentazione prodotta proprio per replicare all'istanza di rialzo del prezzo dell'OPA.

Peraltro HR II ha già sottolineato a Consob le esigenze di confidenzialità e riservatezza con riguardo alla documentazione da essa prodotta. Esigenze che vanno in ogni modo tutelate

anche perché, a differenza di quanto affermato dal Tar, l'istanza di accesso non si giustifica con effettivi scopi defensionali, bensì con il desiderio conoscitivo dell'operato di HR II e di F..

2.3. L'appello incidentale di F. si articola in sostanza così:

a) violazione di legge (*articoli 295 c.p.c.* e 79 c.p.a.) - pregiudizialità della decisione della Corte di Giustizia UE sul potere di accertamento di Consob dell'asserita collusione ai fini del rialzo del prezzo dell'OPA - violazione degli artt. 22, co. 1, lett. b), e dell'art. 24, co. 1, 6, lett. d), e 7 della *L. n. 241 del 1990* e dell'art. 42, co. 10, del TUF - violazione del principio di proporzionalità.

L'interesse di B. sta certamente nella coltivazione della domanda di rialzo del prezzo dell'OPA. L'altro suo interesse - quello all'esercizio dell'accesso - è inoltre strumentale al primo, basato com'è sul suo dichiarato carattere defensionale.

La domanda di rialzo del prezzo è poi connessa al potere della Consob di poterlo determinare qualora essa accerti un accordo collusivo in vista ed occasione di un'OPA. Ed è stato proprio l'esercizio di tale poter ad aver fatto acquisire dalla Consob tutto il materiale documentale che B. vorrebbe a propria attingere attraverso l'accesso.

Tuttavia la legittimità di questo potere di Consob è stata messa in dubbio e la relativa questione sopposta alla CGUE.

Qualora il potere fosse riconosciuto come non legittimo, l'acquisizione documentale della Consob risulterebbe sine titulo e tanto meno vi sarebbe la possibilità per Blebell di attingerlo.

Ecco perché - ad avviso di parte - il Tar ha sbagliato nel non riconoscere il nesso tra l'accesso, ancorché a fini defensionali, di B. e le attuali prerogative della Consob, peraltro in dubbio, e conseguentemente nel non sospendere l'attuale giudizio in attesa degli esiti di quello che ha portato all'interpello della Corte comunitaria;

b) violazione degli artt. 22, co. 1, lett. h), e dell' *art. 24, co. 1, della L. n. 241 del 1990* e dell'art. 42 co. 10, del TUF - legittimità della prima motivazione posta a fondamento del diniego di accesso - erronea valutazione del Tar circa la completa e insindacabile valutazione da parte dell'istante della rilevanza degli atti richiesti a fini defensionali.

Ha errato il Tar, ad avviso di parte, nel non riconoscere che B. dovesse comunque comprovare un interesse all'accessocorrispondente ad una sua situazione giuridicamente tutelata e collegata ai documenti dei quali era stato chiesto l'accesso e all'opposto, senza alcun bilanciamento degli interessi in gioco, nell'affermare che tale società fosse indiscriminatamente e unilateralmente arbitra di stabilire se e cosa attingere, mediante l'accesso, presso la Consob.

Questa ricostruzione del Giudice di primo grado, tuttavia, vanifica il presupposto dell'accesso, con in più l'evidente contraddizione per cui, se la valutazione di rilevanza di un documento - ai fini della risposta all'accesso - è fatta dalla Consob, essa è sindacabile dal giudice mentre, se la stessa valutazione è fatta dall'istante essa non sarebbe soggetta ad alcun sindacato;

c) violazione di legge (art. 24, co. 6, lett. d), e 7 della *L. n. 241 del 1990* - *art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016* - erronea valutazione dell'insussistenza di limiti all'accesso a tutela della riservatezza d'impresa - erronea qualificazione dell'accesso difensivo - erronea interpretazione e applicazione della rilevante giurisprudenza della Corte costituzionale - legittimità della seconda motivazione posta a fondamento del diniego di accesso.

Il Tar giunge alla conclusione della prevalenza del diritto all'accesso su quella del diritto dei terzi alla riservatezza sui dati contenuti nei documenti chiesti attraverso una valutazione della collocazione sistematica, in seno alla *l.n. 241*, della norma che postula l'accesso c.d. defensionale, successiva alle disposizioni sui casi di esclusione del diritto di accesso. Ne trae il fatto che, dunque, tale tipo di accesso deroga ai casi di esclusione indicati prima. A conferma, il Tar cita la norma del codice dei contratti pubblici che tratta dell'accesso del concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento di un contratto.

Così, però, il Tar ha dilatato eccessivamente la portata dell'accesso c.d. defensionale rispetto alla giustificazione della sua genesi e della sua obiettiva funzione, addirittura traendo, per questo, spunti da una fattispecie normativa che non calza al caso in oggetto perché, nelle gare, le offerte dei concorrenti sono per loro natura destinate ab origine ad un confronto comparativo;

d) violazione e falsa applicazione dell'art. 24, co. 1 e 7, della *L. n. 241 del 1990*, dell'art. 4, co.10, del TUF, nell'interpretazione datane dalla Corte Costituzionale (sentenze n. 460/2000 e

n. 32/2005), nonché dell' [art. 24 della L. n. 262 del 2005](#) - legittimità del diniego di accesso per sussistenza del segreto d'ufficio sugli atti di vigilanza della Consob.

Erroneo, infine, risulta anche il diniego della vigenza dell'obbligo del segreto d'ufficio gravante sugli uffici della Consob e il richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale la quale, non a caso, ha riguardo le sanzioni disciplinari, che presuppongono un rapporto di soggezione specifico al potere della Consob.

Per vero, l'accostamento dei procedimenti sanzionatori ai procedimenti contenziosi, intesi questi come procedimenti diretti ad assicurare la presa in considerazione "paritetica" di posizioni contrapposte, finisce per snaturare la previsione della norma sul segreto d'ufficio e la sua finalità, dilatando indebitamente i postulati della giurisprudenza della Corte Costituzionale.

3. Consob e F. hanno prodotto memorie in data 7.11.2016, riepilogando le loro difese e precisando che il nuovo giudizio di primo grado introdotto da B. avverso il contestato provvedimento di chiusura del procedimento di rialzo del prezzo era ormai in fase di decisione innanzi al Tar del Lazio.

B. ha prodotto memoria l'8.11.2016 riepilogando le difese ed eccependo altresì l'inammissibilità, in particolare, della domanda cautelare della Consob volta alla sospensione degli effetti della sentenza impugnata

4. La causa è stata quindi chiamata una prima volta alla camera di consiglio del 10.11.2016 ed ivi trattenuta in decisione.

All'esito, con ordinanza n. 5116/2016, pubblicata il 16.11.2016, la Sezione ha sospeso gli effetti della sentenza impugnata nell'attesa della celebrazione dell'udienza di merito.

5. Successivamente le parti hanno depositato, tutte in data 21.2.2017, memorie riepilogative delle rispettive difese, in particolare:

- Consob segnalando che B., nella pendenza di questo giudizio, aveva già impugnato innanzi al Tar Lazio la propria Delib. n. 19507 del 3 febbraio 2016 di rettifica in aumento del prezzo dell'OPA;

- B. segnalando che:

- il Tar Lazio, così nuovamente adito, aveva nel frattempo, con ordinanza n. 11443/2016, pubblicata il 16.11.2016, altresì rimesso alla Corte dell'Unione il quesito pregiudiziale sul se ostasse alla corretta applicazione dell'art. 5, par. 4, co. 1 e 2, della [Direttiva 2004/25/CE](#) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto, una normativa, quale quella nazionale, che, nell'autorizzare la Consob ad aumentare il prezzo dell'OPA a fronte dell'accertamento della collusione tra offerente, o le persone che agiscono di concerto con il medesimo, e uno o più venditori, si limita a far riferimento al criterio del "prezzo accertato" senza specificare i parametri e i criteri di tale accertamento;

- conseguentemente il proprio accesso, esercitato a fini difensivi e negato dalla Consob, le sarebbe valso a meglio tutelarsi non soltanto innanzi al Tar capitolino ma anche davanti alla predetta Corte;

- F. e HRII sottolineando nuovamente i profili di ritenuta, elevata riservatezza della documentazione ambita da B..

5.1. Le parti hanno depositato da ultimo memorie di replica con le quali B. (deposito in data 24.2.2017) riepiloga in forma ulteriormente sintetica le proprie argomentazioni su specifici punti e HRII (deposito in data 24.2.2017), Consob e F. (depositi in data 25.2.2017) ribattono singolarmente alla precedente memoria di B..

6. La causa è stata quindi nuovamente chiamata alla camera di consiglio del 9.3.2017 ed ivi trattenuta in decisione.

7. Vale in primo luogo affrontare l'appello incidentale di B., riepilogato ai punti da 2.1. a 2.1.3. che precedono.

Questo appello risulta infondato.

La parte ha puntato in tal modo, nella sostanza, a riaprire il dibattito svoltosi in primo grado (ed intercluso dalla pronuncia di improcedibilità del suo originario ricorso principale, che la stessa parte contesta in questo grado di giudizio) sul fatto che persistesse un proprio interesse ad una pronuncia nel merito su detto ricorso principale giacchè - a suo avviso - il differimento dell'accesso, pronunciato una prima volta dalla Consob sulla sua iniziale domanda, avrebbe piuttosto celato, a ben vedere, un assenso all'esercizio dell'accesso, così come chiesto

dalla parte privata, pur se condizionato ad una mera dilazione temporale nel suo materiale espletamento.

Ne conseguirebbe - sempre ad avviso della parte - la contraddittorietà del successivo diniego di accesso opposto nettamente dalla Consob e, pertanto, l'esigenza di procedere ad un sindacato di merito in ordine alla legittimità di questo revirement, del tutto ingiustificato nella prospettazione di B..

Questo assunto, tuttavia, non convince e proprio nel suo presupposto basilico.

L' *art. 24, co. 4, della L. n. 241 del 1990* stabilisce che "L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento."

La formula normativa impiegata al riguardo non risulta lasciar dubbi sul fatto che un differimento dell'accesso ai documenti pretesi dal privato né sottintende ovvero può mascherare un atteggiamento perpleso ed incerto dell'Amministrazione (sul se consentire o meno l'ostensione chiesta, nel momento in cui viene da essa ricevuta la domanda di accesso) né, ancor più, può valere come "promessa" ovvero "prenotazione" di accesso da espletare tuttavia in un tempo diverso e successivo rispetto a quello coincidente con la ricezione della relativa domanda formulata dal privato.

Sono invero proprio le parole utilizzate dalla legge (segnatamente, "non può essere negato ove sia sufficiente") a dover far propendere - ad avviso del Collegio - per una lettura della norma nel senso che il differimento dell'accesso altro non è che un rimedio ad un diniego che altrimenti sarebbe certo ove la domanda di accesso fosse senz'altro deliberata dall'Amministrazione nel momento preciso in cui essa le perviene dal privato.

In altri termini, onde evitare al privato l'onere di una ripetizione della propria domanda in tempi diversi e successivi, inframezzati da dinieghi nei cui riguardi, a quel punto, il privato dovrebbe porsi lo scrupolo di singole impugnazioni, la norma di legge ha avuto l'accortezza di prevedere la possibilità per l'Amministrazione - che in un iniziale momento "x" avvertirebbe l'esigenza di denegare l'accesso - di rinviare ad un successivo momento "y" la deliberazione della domanda (sempre unica) del privato, non potendosi escludere che, in tale secondo momento, l'Amministrazione - rivalutata la situazione, anche alla luce di quanto medio tempore eventualmente accaduto - propenda piuttosto per l'adesione alla richiesta di accesso, dando così soddisfazione alle aspettative del privato.

Un riscontro a questa lettura interpretativa si trova poi, ad avviso del Collegio, nell' *art. 25, co. 3, della L. n. 241 del 1990*, ove si legge che "Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso sono ammessi nei casi e nei limiti stabiliti dall'articolo 24 e debbono essere motivati."

In questa seconda norma, come è dato notare, il "differimento" dell'accesso è (e non a caso) affiancato a quelli del "rifiuto" e della "limitazione" dell'accesso, ossia ad ipotesi tutte negative, e non già abbinato ad alcuna fattispecie evocativa di un assenso (per quanto parziale) sottinteso ed attuale ma comunque rinviato (per la sua materiale e concreta soddisfazione) ad un momento posteriore rispetto a quello in cui la domanda di ostensione perviene all'Amministrazione interessata.

A cospetto di ciò allora, nel caso in esame, altro non è accaduto se non che la Consob, col suo (definitivo) diniego, successivo al differimento precedentemente disposto nei riguardi del privato, ha riconfermato, motivatamente nel merito, un diniego già implicitamente affermato, pur sotto le vesti di un non accesso "allo stato", così di fatto facendo traslare l'interesse oppositivo sostanziale del privato dal provvedimento (interinale) di differimento al provvedimento (definitivo) di diniego.

In quest'ottica, pertanto, la pronuncia di improcedibilità adottata dalla sentenza di primo grado, e sopra ricordata, non risulta eccezionale.

8. Vale poi affrontare l'appello principale in epigrafe che, risultando fondato e meritevole di accoglimento, permette nella sostanza di far ritenere assorbite le censure mosse alla sentenza in scrutinio con gli altri appelli incidentali, di per se stessi proiettati su questioni e traiettorie argomentative non dissimili da quelle che sono alla base dell'appello della Consob.

8.1. Incidentalmente, in premessa, è bene in ogni caso osservare che - come pure dianzi riferito - B. ha intanto già impugnato la predetta Delib.Consob. n. 19507 del 3 febbraio 2016 (argomentatamente - per quanto riferito negli ultimi scritti acquisiti a questo giudizio - e dunque dimostrando così B. che evidentemente non le faceva difetto una già sufficiente

conoscenza degli atti del relativo procedimento svoltosi presso la Consob) e che nel corso di tale nuovo giudizio è già stata proposta una pregiudiziale comunitaria in merito allo stesso potere mediante il cui esercizio Consob ha potuto adottare detta delibera.

All'evidenza, qualora la questione pregiudiziale si risolvesse nel senso che a Consob non spetta detto potere, tutta l'impalcatura contenziosa ed argomentativa che forma oggetto del presente giudizio rimarrebbe priva di giustificazione.

Il già avviato incidente comunitario e la sua possibile pregiudizialità in ordine alla persistenza o meno di un interesse all'accesso documentale proposto da B. non giustifica peraltro - come pure emergerebbe ipotizzato negli scritti di parte - una sospensione di questo giudizio in attesa dell'esito di quello innanzi alla CGUE e ciò:

- sia perché nel già instaurato, nuovo giudizio di primo grado B., all'occorrenza, non è priva di rimedi e tutele per - ove effettivamente se ne riscontrino i presupposti - instare nuovamente affinché il relativo Giudice ordini a Consob le esibizioni documentali mancanti e ritenute occorrenti a fini di decisione;

- sia perché esigenze di contenimento dei rimedi di giustizia, oltre che gli elementi già disponibili in questo giudizio, suggeriscono piuttosto di non moltiplicare ovvero sovrapporre questioni tematiche (quelle riguardanti la correttezza o meno dell'opposto diniego di accesso) che al contrario meritano di essere valutate in un'ottica concentrativa;

- sia perché infine, essendosi già incardinato il giudizio di merito in relazione al quale B. ha assunto di dover disporre - a fini di difesa o di miglior difesa - di ulteriore documentazione esistente presso la Consob, il Giudice che più appropriatamente risulta in grado di valutare inerenza ed appropriatezza delle istanze di B. al riguardo è, appunto, quello stesso presso il quale già pende la controversia di merito in seno alla quale detta ulteriore documentazione potrebbe avere rilevanza.

8.2. L'appello della Consob risulta fondato perché non convincente è la tesi, fatta propria dai Giudici che hanno emesso la sentenza qui impugnata, secondo la quale un diritto all'accesso documentale esercitato a fini defensionali - quale è quello da cui promana l'interesse azionato da B. nel caso di specie - avrebbe in assoluto la capacità di spianare, sulla sua strada, un qualsivoglia interesse contrario, pur se qualificato.

8.2.1. Certamente nella scala gerarchica dei valori da considerare, in occasione della disamina dei motivi che giustificano una domanda di accesso, quelli legati alle esigenze di difesa del richiedente occupano un gradino elevato ma non tale, tuttavia, da prevalere sempre e comunque (e soprattutto acriticamente) su qualunque altro interesse, specie se contrapposto giacché invocato da chi, di contro, denuncia che, consentendosi l'accesso, si permetterebbe il disvelamento di propri dati, ritenuti sensibili, contenuti nella documentazione amministrativa da altri chiesta.

E' anche vero che, entro determinati limiti, un'effettiva esigenza di difesa, non altrimenti suscettibile di appagamento (ossia che non è possibile soddisfare se non acquisendo conoscenza proprio di quella particolare documentazione che reca altresì, in seno, il dato sensibile che riguarda un soggetto terzo e, perciò, controinteressato), può prevalere sui contrapposti interessi alla riservatezza.

In ogni caso, il dissidio tra interessi fra loro collidenti non può essere risolto in chiave unilaterale, giacché questo potrebbe condurre anche a risultati paradossali ed opposti a quello che, invece, è un delicato equilibrio che, di volta in volta e fuori da schematizzazioni astratte ed assolutistiche, va ricercato in concreto, bilanciando tra loro posizioni non consonanti.

Si pensi, invero, al caso di chi, chiedendo l'accesso per motivi di difesa ma non sapendo preventivamente indicare quale documento esattamente gli occorre e giustificatamente perché, l'ottenga e si procacci in tal modo materiale documentale recante anche informazioni sensibili che riguardano soggetti terzi.

Ebbene, in un caso del genere, un'acritica prevalenza dell'accesso per dichiarate esigenze defensionali potrebbe anche condurre al risultato che colui che ha chiesto l'accesso, poi, esaminata tutta la documentazione ottenuta, valuti che alcun documento effettivamente gli sia utile per i ritenuti motivi di difesa. In tale evenienza, il danno per il terzo (i.e., conoscenza da parte altrui delle proprie informazioni sensibili) sarebbe invero irrimediabile, senza alcuna contrapposizione giustificativa, neppure quella consistente almeno nel fatto che chi aveva

chiesto l'accesso abbia poi realmente utilizzato a fini di propria difesa la documentazione ottenuta.

8.2.2. Lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi innanzi detta è costituito - ad avviso del Collegio - dal parametro della "stretta indispensabilità" di cui all'art. 24, co. 7, secondo periodo, della [L. n. 241 del 1990](#) giacchè esso è quello che, proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte - mossa dall'esigenza di "curare o difendere propri interessi giuridici" - rispetto all'interesse di un'altra parte, altrettanto mossa dall'esigenza di "curare o difendere propri interessi giuridici" legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di accesso.

Se, dunque, l'interesse della parte contrapposta (titolare di un dato sensibile o super sensibile) può divenire cedevole - rispetto a quello che anima la prima parte, che ha chiesto l'accesso per propri motivi di difesa - soltanto a cospetto del fatto che il documento di cui si pretende l'ostensione sia "strettamente indispensabile" a costruire ed alimentare tale difesa, occorre che precauzionalmente la valutazione di tale stretta indispensabilità avvenga nel modo possibilmente più circoscritto ed attento e non sia, al contrario, affermato - come accaduto in occasione della sentenza impugnata - sulla base di schematizzazioni formali ed astratte.

8.3. Nel caso di specie B. non risulta avere dimostrato appropriatamente la ricorrenza, a suo favore, del parametro della "stretta indispensabilità" e questo perché:

a) da un lato, la Consob ha dichiarato - senza che ex adverso sia stato apportato alcun convincente elemento contrario - che l'ulteriore documentazione di cui s'è chiesto l'accesso non è stata da essa utilizzata per formare il provvedimento (Delib. n. 19507 del 3 febbraio 2016) peraltro ora direttamente impugnato in primo grado dalla B.;

b) dall'altro lato, la parte che aspira ad accedere a tale documentazione neppure ha saputo indicare (al di là di una enunciazione) in cosa esattamente ed ulteriormente la conoscenza di detta documentazione gioverebbe ad una sua eventuale strategia difensiva nella contestazione del suddetto provvedimento.

Al riguardo, può aggiungersi:

- per un verso, quanto al profilo sub a), non convince la tesi espressa nella sentenza in scrutinio secondo la quale (relativamente al fatto che alcuni documenti pretesi non sarebbero stati, secondo quanto esposto dalla Consob, alla base della sua decisione finale) la valutazione di rilevanza e pertinenza delle informazioni cercate, soprattutto nell'accesso c.d. defensionale, "è affidata al richiedente l'accesso, il quale rimane arbitro di decidere la propria strategia difensiva, extra processuale e processuale". Questo perché - come già notato - siffatto orientamento può condurre al risultato, eccessivo, che colui che comunque ottenesse l'accesso (generalizzato) a tutta la documentazione in possesso dell'Amministrazione, anche a quella che non ha concorso a fondare l'adozione di un suo provvedimento finale, ben potrebbe alla fine non utilizzare a fini defensionali alcun elemento di detta documentazione. In tal modo, però, si determinerebbe una fattispecie di avvenuta conoscenza (della documentazione) non finalisticamente orientata a scopi di difesa e tuttavia estesa a dati ed informazioni né pertinenti (rispetto a tali scopi) né altrimenti meritevoli di cognizione da parte di chi ha domandato ed ottenuto l'accesso. In sostanza, non può ammettersi che colui che pretende l'accesso sia al tempo stesso 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. Diversamente, 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;

- per altro verso, quanto al profilo sub b), una pretesa di accesso a documentazione non adeguatamente circoscritta, per tipologia e soprattutto per contenuto, neppure risulta legittima, se è vero che "Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni" ([art. 24, co. 3, della L. n. 241 del 1990](#)). Una non ammissibilità - quella testè ricordata - che nella legge è affermata in via assolutamente generale e senza deroghe o delimitazione alcuna eventualmente collegate al fatto che l'accesso sia chiesto per finalità defensionali. E questo si comprende agevolmente se

solo si considera che, nel contesto logico-dispositivo di cui all' *art. 24, co. 7, della L. n. 241 del 1990*, per giustificarsi un accesso idoneo a superare il limite del(l'altrui) dato sensibile o giudiziario, ovvero del dato supersensibile, è pur sempre necessario l'apprezzamento del parametro della stretta indispensabilità. Un parametro che, tuttavia, in tanto è riscontrabile in quanto la documentazione desiderata non venga chiesta in forma massiva ed indistinta.

9. In ultima analisi, come detto, il ricorso principale in epigrafe è fondato e merita accoglimento e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, confermata comunque la pronuncia di improcedibilità dell'originario ricorso di primo grado, devono essere respinti i motivi aggiunti proposti da B. sempre in primo grado, con conseguente con assorbimento dei motivi di appello incidentale formulati da HRII e da F..

Considerati anche i tratti di parziale novità delle questioni affrontate, ricorrono giustificati motivi per compensare integralmente fra le parti le 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, respinge l'appello incidentale della B.P.L. ed accoglie l'appello principale della Commissione nazionale per le società e la borsa, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, confermata comunque la pronuncia di improcedibilità dell'originario ricorso di primo grado, respingendo i motivi aggiunti proposti dalla B.P.L. sempre in primo grado, con conseguente con assorbimento dei motivi di appello incidentale formulati dalla H.R.I.I. s.r.l. e da F. s.p.a..

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Italo Volpe, Consigliere, Estensore