

DELIBERA N. 32/24/CIR

**RIEDIZIONE DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO AVVIATO CON
ATTO DI CONTESTAZIONE N. 2/20/DRS NEI CONFRONTI DI KENA
MOBILE PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI CUI ALL'ARTICOLO 41,
COMMA 3, DEL CODICE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE.
OTTEMPERANZA ALLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO SEZ.VI
N.9365 DEL 31 OTTOBRE 2023.**

L'AUTORITÀ

NELLA riunione della Commissione per le infrastrutture e le reti del 23 ottobre 2024;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante *“Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”*;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante *“Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”*, (di seguito l'Autorità);

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante *“Modifiche al sistema penale”*;

VISTA la legge 7 agosto del 1990, n. 241, recante *“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”*;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante, *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*, come modificato, da ultimo, dal decreto legislativo 24 marzo 2024, n. 48, recante *“Disposizioni correttive al decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 207, di attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che modifica il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il codice delle comunicazioni elettroniche”* (di seguito il Codice);

VISTO il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 recante *“Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo”*;

VISTO l'articolo 14-bis, comma 1, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, recante “*Integrazione dei poteri dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Adozione del nuovo Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*” (di seguito, “*Regolamento*”), come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 332/24/CONS dell'11 settembre 2024;

VISTA la delibera n. 286/23/CONS del 1° novembre 2023, recante “*Modifiche al Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni di cui all'allegato A alla delibera n. 410/14/CONS come modificato, da ultimo, dalla delibera n. 437/22/CONS*”, di seguito denominato Regolamento sanzioni;

VISTA la delibera n. 147/11/CIR che, all'art. 10, comma 7, sancisce: “*i dati relativi ai clienti che richiedono l'attivazione della prestazione di MNP sono trattati dall'operatore donating con la massima riservatezza ed utilizzati esclusivamente ai fini dell'attivazione della prestazione. L'informazione che il cliente ha chiesto la portabilità verso altro operatore non può essere utilizzata dall'operatore donating per contattare il cliente durante il processo di portabilità a qualsiasi titolo, neanche per segnalare anomalie*”;

VISTA la delibera n. 118/18/CONS, del 27 giugno 2018, recante “*Diffida ai sensi del Decreto legislativo 1° agosto 2003, N. 259 e in particolare dell'articolo 41, comma 3, a TIM a non utilizzare i dati contenuti nei data base per la MNP, di cui all'accordo quadro MNP, per fini di contatto commerciale*”;

VISTA la delibera n.135/18/CIR, del 25 luglio 2018, recante “*Atto di indirizzo generale per tutti gli operatori mobili sul rispetto, ai sensi di quanto previsto dall'art. 41, comma 3, del Codice, del 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*”;

VISTA la decisione dell'Organo consiliare, assunta nella riunione del 27 dicembre 2019, di autorizzare ai sensi e per gli effetti dell'articolo 3, comma 4 bis della delibera n. 581/15/CONS (vigente *ratione temporis*) l'avvio del procedimento sanzionatorio a carico di TIM S.p.A., in proprio e quale società incorporante Noverca s.r.l. ivi incluso il *brand* della medesima denominato KENA Mobile;

VISTO l'atto di accertamento e Contestazione n. 2/20/DRS del 20 gennaio 2020 notificato alla società TIM S.p.A. in data 21 gennaio 2020, nella qualità di società incorporante KENA Mobile per atto notarile Atlante-Cerasi registrato in Roma il 31 ottobre 2019 n. 13879 e, in particolare, l'art. 3, lett. a) *“la INCORPORANTE subentra in tutte le attività e passività, diritti, obblighi, crediti, debiti, azioni e ragioni attive e passive della INCORPORATA”*;

VISTI tutti gli atti formati ed acquisiti dalla Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche;

VISTA la delibera n. 303/20/CIR del 9 settembre 2020 recante *“Archiviazione del procedimento sanzionatorio di cui alla Contestazione n. 2/20/DRS nei confronti di KENA Mobile per violazione degli obblighi di cui all'articolo 41, comma 3, del codice delle comunicazioni elettroniche”*;

VISTO il ricorso al Tar del Lazio della società ILIAD Italia S.p.A. con cui impugnava la delibera n. 303/20/CIR del 9 settembre 2020;

VISTA la sentenza del Tar del Lazio sez. III^A n.00971 del 27/01/2022 con cui veniva rigettato il ricorso di ILIAD Italia S.p.A.;

VISTO il ricorso in appello del 30 dicembre 2022 della società ILIAD S.p.A. avverso la decisione del Giudice di prime cure;

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato sezione VI n.9365 del 31 ottobre 2023 con la quale, accogliendo il ricorso nei limiti in motivazione, il Giudice di seconde cure ha disposto *“[...] 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. [...]”;

VISTA la nota della società appellante ILIAD Italia S.p.A. del 26 settembre 2024 con la quale ha richiesto l'ottemperanza della sentenza del Consiglio di Stato n.9635 rivelando - allo stato - la permanenza di un interesse all'esecuzione atteso *“...l'elevato rilievo strategico che ricopre l'utilizzo commerciale delle informazioni contenute nel database MNP e delle relative importanti ricadute concorrenziali”*;

CONSIDERATO quanto segue:

Premessa in fatto

Nell'ambito di una controversia avviata dall'operatore Iliad Italia S.p.A. (Iliad), nei confronti di TIM S.p.A., nel seguito TIM, poi archiviata per rinuncia all'azione da parte della medesima Iliad, la Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche dell'Autorità ha rilevato la presenza di elementi tali da giustificare, ai sensi dell'art. 6, comma 3, della delibera n. 449/16/CONS, l'avvio di due procedimenti sanzionatori a carico, rispettivamente, di TIM e di KENA Mobile, società, quest'ultima, nel frattempo incorporata da TIM, in tema di utilizzo dati MNP finalizzati all'acquisizione di clienti dell'operatore mobile ILIAD.

Con provvedimento n. 303/20/CIR del 9/09/2020 è stata disposta l'archiviazione del procedimento sanzionatorio avviato dall'Autorità nei confronti di Kena Mobile (*brand* incorporato da TIM S.p.A.) ed avente ad oggetto alcune condotte poste in essere nel periodo marzo - dicembre 2019 in tema di utilizzo dati MNP finalizzati all'acquisizione di clienti dell'operatore mobile ILIAD.

La condotta contestata con atto di accertamento (Cont. n. 2/20/DRS) nello specifico consiste nell'utilizzo del citato *database* MNP per individuare in tempo reale l'operatore di appartenenza di una determinata numerazione (in questo caso ILIAD) al fine di modulare proposte commerciali mirate finalizzate all'acquisizione della clientela di quest'ultima società.

La normativa di riferimento

In ordine ai fatti su riportati, appare utile richiamare il contesto normativo di riferimento.

Giova evidenziare a riguardo ed *in primis* l'articolo 41, comma 3 del decreto legislativo n. 259 del 1° agosto 2003 (vigente all'epoca dei fatti contestati) che disponeva “ *gli operatori che ottengono informazioni da un altro operatore prima, durante o dopo il negoziato sugli accordi in materia di accesso o di interconnessione utilizzano tali informazioni esclusivamente per i fini per cui sono state fornite e osservano in qualsiasi circostanza gli obblighi di riservatezza delle informazioni trasmesse o memorizzate. Le informazioni ricevute non sono comunicate ad altre parti, in particolare ad altre unità organizzative, ad altre società consociate o partner commerciali, per i quali esse potrebbero rappresentare un vantaggio concorrenziale*” (enfasi aggiunta).

Siffatta norma, già precettiva, veniva declinata a livello regolamentare nella delibera n. 118/18/CONS, del 27 giugno 2018, recante “*Diffida ai sensi del Decreto legislativo 1° agosto 2003, N. 259 e in particolare dell'articolo 41, comma 3, a TIM a non utilizzare i dati contenuti nei data base per la MNP, di cui all'accordo quadro MNP, per fini di*

contatto commerciale” e poi nella delibera n. 135/18/CIR, del 25 luglio 2018, recante “Atto di indirizzo generale per tutti gli operatori mobili sul rispetto, ai sensi di quanto previsto dall’art. 41, comma 3, del Codice, del 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”.

Gli elementi sostanziali a carico della società KENA Mobile di cui alla Contestazione n. 2/20/DRS.

Il provvedimento di contestazione (Cont. n. 2/20/DRS) è disceso da evidenze oggettive e documentali in particolar modo riferite a quanto dichiarato e versato in atti dalla stessa società TIM quale soggetto incorporante del richiamato *brand* KENA Mobile nonché dagli elementi acquisiti nel corso dell’attività procedimentale sanzionatoria.

In tale ambito rileva che sia stato contestato a KENA la violazione dell’articolo 41 del Codice, al pari di TIM, e la violazione della delibera n. 135/18/CIR, avendo accertato l’esistenza di una pagina *web* - disponibile sul sito di KENA - attraverso la quale sarebbe stata possibile l’attivazione di offerte commerciali *ad hoc* mediante una verifica in tempo reale dell’operatore di appartenenza, operata appunto attraverso l’improprio uso del DB MNP. La violazione sarebbe avvenuta nel periodo marzo 2019 - dicembre 2019;

CONSIDERATO che la richiamata sentenza n.9635 del C.d.S., in riforma della sentenza di primo grado, accogliendo il ricorso in appello di ILIAD nei predetti limiti, ha determinato l’annullamento della delibera n. 303/20/CIR del 9 ottobre 2020 recante “Archiviazione del procedimento sanzionatorio di cui alla Contestazione n. 2/20/DRS nei confronti di Kena Mobile per violazione degli obblighi di cui all’articolo 41, comma 3, del Codice delle comunicazioni elettroniche”;

CONSIDERATO che in data 26 settembre 2024 si è proceduto a svolgere nei confronti di ILIAD l’accesso alla documentazione del fascicolo del procedimento secondo quanto disposto dalla medesima sentenza;

RITENUTO al fine di dare compita esecuzione alla predetta decisione del Consiglio di Stato, di dover procedere alla riedizione del procedimento sanzionatorio a partire dalla fase successiva all’accertamento e contestazione (Cont. n. 2/20/DRS) – non travolta dal giudicato – ammettendo la partecipazione della società ILIAD alla relativa istruttoria;

UDITA la relazione del Commissario Massimiliano Capitanio, relatore ai sensi dell’articolo 31 del *Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*;

DELIBERA

1. la riedizione del procedimento sanzionatorio avviato con atto di Contestazione n. 2/20/DRS, del 20 gennaio 2020, notificato alla società TIM S.p.A. quale soggetto incorporante l'operatore Kena Mobile (ex *brand* Noverca s.r.l.) e che costituisce parte integrante del presente provvedimento (Allegato A), in ottemperanza al giudicato di cui alla sentenza del Consiglio di Stato Sez.VI, n.9365 del 31 ottobre 2023.
2. Tutti i termini del procedimento, come disciplinati dal Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni di cui all'allegato A alla delibera n. 410/14/CONS come modificato, da ultimo, della delibera n. 286/23/CONS, decorrono dalla data di notifica del presente provvedimento.
3. In considerazione dell'istanza di partecipazione presentata da ILIAD in data 21 febbraio 2020 e per l'effetto della suindicata pronuncia del Consiglio di Stato, la società in questione è ammessa a partecipare al procedimento ai sensi dell'articolo 9, comma 3, dell'allegato A alla delibera n. 410/14/CONS come modificato, da ultimo, della delibera n. 286/23/CONS.

La presente delibera è notificata alla società TIM S.p.A. e alla società ILIAD Italia S.p.A. e altresì pubblicata sul sito *web* dell'Autorità.

Il presente provvedimento può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

Roma, 23 ottobre 2024

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Massimiliano Capitanio

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Giulietta Gamba