AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI
AGCOM

DELIBERA N.14/25/CIR

ARCHIVIAZIONE DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO (DI CUI ALLA CONTESTAZIONE 2/20/DRS) AVVIATO NEI CONFRONTI DI KENA MOBILE S.R.L. 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 Infrastrutture e Reti dell'8 aprile 2025;

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, dalla Legge 16 dicembre 2024, n. 193, recante "*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023*";

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"* come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 58/25/CONS, del 6 marzo 2025";

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 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*"**;**

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato sezione VI n.9365 del 31 ottobre 2023 con la quale si accoglieva l'appello annullando *in parte qua* l'impugnata delibera n.303/20/CIR del 9 settembre 2020 disponendo, per l'effetto, la riedizione del procedimento decisorio;

VISTA la richiesta della società appellante ILIAD Italia S.p.A del 26 settembre 2024 finalizzata all'esecuzione del giudicato;

VISTA la delibera n.32/24/CIR del 23 ottobre 2024 di ottemperanza al giudicato recante: "*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*";

VISTI tutti gli elementi ed atti acquisiti e formati dalla Direzione reti e servizi di comunicazioni elettroniche relativi alla riedizione del procedimento sanzionatorio a carico di TIM, quale soggetto incorporante il *brand* Kena Mobile;

CONSIDERATO che nel procedimento sono stati acquisiti tutti gli elementi istruttori nella piena garanzia del contraddittorio;

CONSIDERATO altresì quanto segue:

Premessa in fatto

Con provvedimento n.32/24/CIR, a cui integralmente si rinvia, è stata disposta la riedizione, ai sensi e per gli effetti della sentenza emessa dal Consiglio di Stato n.9365 di cui in premessa, del procedimento sanzionatorio avviato dall'Autorità nei confronti di Kena Mobile (*brand* incorporato da TIM S.p.A. nel seguito KENA) 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.

Giova in questa sede altresì rammentare che la richiamata pronuncia, in riforma della sentenza di primo grado, accogliendo il ricorso in appello di ILIAD, ha determinato l'annullamento della delibera n. 303/20/CIR del 9 ottobre 2020 recante "A*rchiviazione 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*" e il:

- riconoscimento ad ILIAD del diritto di accedere agli atti del procedimento definito con la delibera di archiviazione n. 303/20/CIR "…*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)*"
- e per l'effetto, *in parte qua* demolitorio della richiamata delibera n. 303/20/CIR, l'obbligo in capo ad Agcom del "*... riesercizio dei poteri sanzionatori dell'Autorità mediante riedizione del relativo procedimento da svolgersi assicurando la partecipazione di ILIAD cui dovrà essere consentito l'acceso richiesto*" (enfasi aggiunta).

In data 26 settembre 2024 e preliminarmente si è proceduto a svolgere nei confronti di ILIAD l'accesso alla documentazione del fascicolo del procedimento oggetto del ricorso, secondo le disposizioni del Regolamento sull'accesso agli atti nonché di quanto disposto dalla medesima sentenza.

Successivamente, alla notifica della delibera 32/24/CIR, sia nei riguardi di TIM quale soggetto incorporante l'operatore KENA (ex *brand* Noverca s.r.l.) che di ILIAD (in data 31/10/2024), sono state da entrambe le società depositati scritti versati in atti al presente

procedimento, sia pure nelle differenti e rispettive posizioni: defensionale (di TIM) e partecipativa (di ILIAD).

Giova anche rammentare che, ai sensi e per gli effetti della più volte citata pronuncia è stata fatta salva la fase procedimentale svolta fino all'atto di accertamento e contestazione (Cont.2/20/DRS) e che i termini per l'adozione del provvedimento finale sono decorsi dalla notifica dell'atto deliberativo (avvenuta il 30/10/2024) che ha disposto la riedizione del procedimento e ciò in considerazione del fatto che il Giudice di seconde cure disponendo: "*…il riesercizio dei poteri sanzionatori dell'Autorità mediante riedizione del relativo procedimento da svolgersi assicurando la partecipazione di ILIAD…*ha altresì statuito che sulle doglianze di ILIAD in ordine"… [all'] *omesso accertamento dell'illiceità delle condotte addebitate a KENA"* si tratta "*…di questione il cui accertamento è rimesso all'Autorità nell'ambito del rinnovato procedimento sanzionatorio.*".

La contestazione a Kena Mobile (Cont. 2/20/DRS).

In base a quanto fin qui premesso, giova quindi richiamare quanto contestato a TIM - quale soggetto incorporante il *brand* KENA - con l'atto di accertamento (Cont.2/20/DRS) e cioè nell'utilizzo da parte di KENA (al tempo *brand* di Noverca) del *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 e finalizzate all'acquisizione della clientela di quest'ultima società che in virtù di siffatte circostanze è stata legittimata alla partecipazione al procedimento.

In particolare, per una sintetica rappresentazione del fatto contestato, si evidenzia che con il provvedimento di accertamento e contestazione è stato addebitato a KENA che nel periodo decorrente da marzo 2019 e fino a novembre dello stesso anno, sul sito di KENA era risultato possibile attivare un'offerta dedicata solo a clienti Iliad mediante la verifica, condotta appunto tramite DB MNP, della rete di appartenenza del cliente.

Ciò nella pratica avveniva quando il cliente da acquisire, sollecitato ad aderire all'offerta promossa attraverso pubbliche campagne commerciali, inseriva sul sito di KENA il proprio numero mobile e per tale via poteva attivare l'offerta commerciale, a lui dedicata e profilata, in base all'operatore *donating.*

In buona sostanza la campagna pubblicitaria finalizzata all'acquisizione dei clienti di ILIAD li sollecitava ad inserire la propria numerazione telefonica in una "mascherina" e tramite la verifica (condotta *ex post* da KENA su *data base* MNP) di corrispondenza tra la numerazione inserita e l'appartenenza del cliente a ILIAD gli si prospettava un più vantaggioso piano di offerta telefonica.

KENA, dunque, svolgeva "in tempo reale" un controllo di corrispondenza tra il numero del cliente e l'operatore di appartenenza, utilizzando un'informazione disponibile sul *database* MNP.

Normativa 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 che "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 poi 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 ancora 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*".

La partecipazione di ILIAD.

Con nota del 02/12/2024 (prot. Agcom n. 0315431) ILIAD, confermando il proprio interesse a partecipare alla riedizione del procedimento afflittivo nei riguardi di KENA Mobile poiché lesivi, ora per allora, dei propri interessi ha sottolineato ed insistito per l'irrogazione di una sanzione a TIM ritenendo corretta la contestazione a quest'ultima mossa con l'atto di accertamento e contestazione e, al contrario, errata la conclusiva fase del procedimento definito con la delibera di archiviazione n. 303/20/CIR - che non ha accertato infrazione - sulla scorta delle seguenti motivazioni:

− le offerte di KENA Mobile non sarebbero state oggetto di una precedente diffida;

− il DB MNP non sarebbe stato utilizzato a fini commerciali, bensì con la presunta funzione tecnica di verificare se un determinato utente potesse aderire ad un'offerta dedicata proposta da KENA Mobile onde evitare un KO tecnico;

− la società precedentemente titolare del *brand* KENA Mobile (ossia Noverca s.r.l.) era stata fusa per incorporazione in TIM solo in data 31 ottobre 2019 (comunque prima della conclusione delle condotte illecite in esame).

ILIAD, in ragione della sentenza "caducatoria" della delibera di archiviazione sostiene che la medesima contenga anche considerazioni di merito sugli elementi sostanziali della condotta illecita oggetto del presente procedimento ed in particolare che:

- l'asserita "verifica tecnica" sostenuta da KENA e accettata da Agcom, nel provvedimento annullato dal CdS. non poteva *«costituire una valida attenuante"* del divieto di utilizzare dati del *database* MNP;
- non vi fosse necessità – come sostenuto nell'atto annullato – di una preventiva diffida a KENA atteso il carattere immediatamente precettivo delle disposizioni normative e regolamentari afferenti al divieto di utilizzo dei dati di cui al *database* MNP. Nel caso di specie, la Sentenza ha rilevato come il presupposto legittimante l'imposizione di una sanzione fosse rinvenibile, quanto meno, nell'Atto di indirizzo generale di cui alla Delibera 135/18/CIR.

Quanto, poi, all'analisi sostanziale del fatto controverso ILIAD osserva che la condotta oggetto del procedimento è stata posta in essere attraverso il sito *web* di KENA Mobile, nella sezione dedicata all'attivazione di un'offerta dedicata rivolta a utenti di specifici operatori (tra cui Iliad). Aggiunge inoltre che "*Sebbene il sito web non contenesse indicazioni specifiche, l'offerta pubblicizzata era rivolta unicamente a utenti di determinati operatori. Per verificare l'operatore di provenienza, Kena Mobile effettuava un controllo preventivo e "in tempo reale" sul numero inserito dall'utente, verificando quindi se appartenesse ad uno degli operatori ai quali si applicava l'offerta dedicata*.".

Nell'ottica di ILIAD l'attività censurabile sarebbe tuttavia emersa dalle simulazioni presentate da Iliad già nel corso della controversia contro TIM (poi archiviato per rinuncia della stessa ILIAD a causa del contenzioso civile attivato presso il GO) e nuovamente allegate dalle quali sarebbe emerso che:

(i) il processo di sottoscrizione delle offerte di KENA Mobile era strutturato in maniera tale per cui, dopo la presentazione dell'offerta sul sito di KENA, l'utente era obbligato ad inserire il proprio numero mobile prima di poter procedere con la sottoscrizione;

(ii) KENA effettuava un controllo di corrispondenza tra il numero mobile inserito dall'utente e l'operatore di appartenenza in quel momento, utilizzando un'informazione "***disponibile solamente nel DB MNP"*** ;(enfasi aggiunta)

(iii) il processo di sottoscrizione proseguiva solamente qualora il numero inserito fosse associato a uno degli operatori per i quali era prevista l'offerta dedicata. Quest'ultima veniva attivata dopo avere inserito un numero di Iliad, mentre risultava bloccata e quindi non attivabile inserendo un numero mobile di operatori a cui non era rivolta (ad esempio Vodafone, WindTre o TIM).

ILIAD aggiunge, inoltre, che la durata della condotta descritta è riferibile almeno al periodo da marzo a dicembre 2019, come indicato nella Delibera 303/20/CIR ad esito delle analisi condotte dall'Autorità "*e rimaste incontestate sul punto*".

A tal riguardo aggiunge infine che la medesima condotta TIM ha continuato a svolgere, anche con il *brand* KENA Mobile, "…*in violazione del divieto di utilizzo del DB MNP a fini commerciali e, comunque, per modalità diverse dall'espletamento delle procedure di MNP",* riferendosi, in particolare, ad asserita segnalazione del 15 febbraio 2024, con cui si avvisava che KENA Mobile avrebbe adottato politiche di particolare incentivazione economica, rivolta alla propria rete di vendita, finalizzata a concludere nuovi contratti con utenti Iliad, per acquisizioni concluse "*tramite MNP*", risultati, questi ultimi, che secondo ILIAD possono raggiungersi solo attraverso un utilizzo illecito dei dati provenienti dai processi *wholesale* di *provisioning* e dal DB MNP, in violazione della normativa

Per i ragionamenti fin qui condotti ILIAD ritiene dunque ampiamente dimostrata la sussistenza dei presupposti per l'irrogazione nei confronti di TIM della sanzione prevista dal previgente art. 98, comma 11, D.lgs. 259/2003 (ora art.30, comma 12 dello stesso tenore).

Relativamente agli elementi di cui tenere conto nella determinazione del *quantum*, irrogabile ex art.11 della Legge n.689/81 ILIAD osserva che:

a) quanto alla gravità della violazione l'utilizzo illecito a fini commerciali delle informazioni contenute nel DB MNP che, come detto, è suscettibile di determinare effetti anticoncorrenziali particolarmente gravi sul mercato. Peraltro, la gravità delle condotte in esame è particolarmente evidente anche in considerazione degli "*effetti sostanzialmente irreversibili*" da ciò derivanti;

b) relativamente all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione nessun ravvedimento operoso rilevante ai fini della quantificazione della sanzione è stato posto in essere da TIM, atteso che la pagina del sito *web* di KENA Mobile è stata modificata da TIM solamente a seguito dell'avvio della controversia inter-operatore da parte di Iliad;

c) in ordine alla personalità dell'agente, ILIAD richiama il ruolo notorio di TIM nel mercato tale da consentirle la piena consapevolezza dei comportamenti dovuti;

d) quanto, infine, alle condizioni economiche di TIM, si evidenzia che siano tali da sopportare certamente il peso della sanzione irrogabile.

Si soggiunge altresì che Iliad con la già citata nota ha chiesto di essere ascoltata in audizione dedicata.
Accogliendo la richiesta per mera opportunità la Società in data 13 marzo c.a. è stata ascoltata in audizione e successivamente, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, del Regolamento, sono stati chiesti alla gravata TIM e alla stessa ILIAD ulteriori elementi utili ad una complessiva valutazione della vicenda *de qua* tenuto conto anche della nota di ILIAD del 18 marzo c.a. di sostanziale richiamo alle argomentazioni svolte in precedente documentazione.

In esito alla risposta delle indicate Società null'altro è emerso allo stato in ordine ai fatti già sopra descritti.

La posizione difensiva di TIM quale società incorporante il brand Kena Mobile s.r.l.

A fini riproduttivi delle fasi procedimentali, successivi – come da sentenza citata - alla notifica dell'atto di contestazione Cont.n.2/20/DRS - rivolto a KENA - si premette che, in ragione dell'incorporazione avvenuta da parte di TIM della società Noverca S.r.l. (per atto notarile Atlante-Cerasi registrato in Roma il 31 ottobre 2019 n. 13879), la notifica del medesimo atto sia avvenuta presso TIM S.p.A. atteso che, in particolare, all'art. 3, lett. a) dell'atto di incorporazione è previsto che: "*la INCORPORANTE subentra in tutte le attività e passività, diritti, obblighi, crediti, debiti, azioni e ragioni attive e passive della INCORPORATA KENA Mobile in data di cui all'atto notarile allegato*".

TIM, dunque, rispondeva dei fatti imputabili a KENA a decorrere dall'ottobre 2019.

Ed è sempre TIM che, in seguito alla notifica della delibera n.32/24/CIR, ha prodotto una prima memoria difensiva in data 29/11/2024 e, in seguito ad accesso agli atti esercitato ai sensi dell'articolo 8 del Regolamento, un'altra successiva (del 24/02/2024) correlata alla nota di ILIAD (del 2/12/2024) di partecipazione al procedimento il cui contenuto è stato sinteticamente riportato al precedente paragrafo.

Rileva, a riguardo, e preliminarmente che agli atti del procedimento - oggi rieditato per effetto della citata sentenza - risultano (verbale di audizione del 18/12/2019) significative dichiarazioni di TIM sulla pratica commerciale adottata da KENA precedente all'acquisizione (da parte di TIM) ed in particolare riferibili alle iniziative intraprese dopo l'avvio della fase contenziosa promossa da ILIAD.

TIM ha infatti dichiarato che, proprio in seguito all'istanza "contenziosa" di Iliad, aveva modificato cautelativamente il sito di KENA, seppur evidenziando - a propria discolpa - la soggettività autonoma di KENA fino all'incorporazione (avvenuta il 31 ottobre 2019) nonché la circostanza che, data la vicinanza temporale tra l'incorporazione e la doglianza di Iliad, non aveva avuto tempo di verificare le pratiche commerciali fino ad allora utilizzate autonomamente da KENA.

Si anticipa a tal riguardo che, quindi, a causa dell'intervenuta - su riferita - modifica da parte di TIM, è stata considerata sufficiente la documentazione prodotta da ILIAD (in sede contenziosa), la cui veridicità non è stata, peraltro, contestata da TIM, né nella memoria difensiva prodotta il 18 dicembre 2019, né nel corso dell'audizione svoltasi in pari data.

Ciò premesso, con le citate rispettive e conclusive note difensive - del 29/11/2024 e del 24/02/2025 - TIM ha dedotto osservazioni in rito e di merito osservando preliminarmente che:

a) **in rito**: non sarebbero ripetibili (magari novandole) le valutazioni di merito senza che ciò comporti la violazione della garanzia di *ne bis in idem.* Si tratterebbe, cioè, di una preclusione che, a giudizio di TIM, si oppone alla "*…rieffusione del potere sanzionatorio nei confronti di TIM*". Ragion per cui non sarebbe "*… possibile ri-addebitare alla Società, attraverso la delibera n. 32/24/CIR, quanto a suo tempo censurato con la Contestazione n. 2/20/DRS*". A tal riguardo TIM osserva che "*… il Consiglio di Stato si è occupato, con sentenza passata in giudicato, (anche) di profili di merito, e non (o non solo) di aspetti procedurali.*", in particolare ritenendo che (inter alia) il Giudice dell'appello abbia statuito "*...che i fatti conosciuti dall' AGCom nel corso del procedimento avviato con contestazione n. 2/20/DRS e concluso con delibera n. 303/20/CIR fossero imputabili a TIM (e ciò anche se, al tempo della condotta, questa non aveva ancora incorporato Noverca s.r.l.); e, in punto di diritto (ed è questione rilevante, non già nota alle parti), che il potere sanzionatorio di cui all'art. 98, comma 11 d. lgs. N. 259/2003 ("CCE") fosse esercitabile anche in mancanza di una previa "diffida" o "ordine" specificamente indirizzato all'operatore economico (Sez. VI, 31 ottobre 2023, n. 9365)*".

b) **Merito: insussistenza del fatto.** In ordine alle valutazioni sostanziali TIM osserva e sostiene che Iliad non è in grado di offrire – utilizzando le stesse parole del Consiglio di Stato – "*una differente prospettazione degli elementi di fatto accertati e valutati dall'Autorità, potenzialmente in grado di orientare la decisione finale*". E ciò per la semplice ragione che l'accesso concesso da Agcom - in esecuzione della sentenza di appello – "*…non ha arricchito in nessuna misura il bagaglio informativo nelle mani di Iliad", atteso che la medesima aveva*

ottenuto tutti gli atti e documenti presenti nel fascicolo istruttorio, in esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato sulla parallela contestazione n. 1/20/DRS e sui successivi sviluppi (v. Sez. VI, 18 novembre 2021, n. 7700)".

Infatti, insiste TIM, nel sostenerne l'inefficacia, gli argomenti di ILIAD contenuti nella memoria del 29 novembre 2024 si sostanziano e si limitano a riproduzione di stralci della unica memoria depositata il 20 febbraio 2020 nell'ambito dei procedimenti avviati con le contestazioni nn. 1 e 2/20/DRS, nonché del Verbale di audizione del 14 aprile 2020.

Nella prospettazione difensiva di TIM, ILIAD non sarebbe riuscita a portare all'attenzione dell'Autorità fatti o argomenti nuovi "*che giustifichino una diversa valutazione delle condotte*". Peraltro - contrariamente a quanto Iliad sembra insinuare - il Consiglio di Stato non avrebbe "… *preso posizione sulla compatibilità con il quadro regolamentare della soluzione tecnica implementata dalla (allora) Noverca per le offerte a marchio Kena, statuendo sul punto che* "*tratta* […]*si di questione il cui accertamento è rimesso all'Autorità nell'ambito del rinnovato procedimento sanzionatorio*".

Nello specifico, afferma TIM, la memoria avversaria rivelerebbe evidenti debolezze atteso che oltre a ripetere- senza null'altro aggiungere - argomenti già portati ("*inefficacemente"*) all'attenzione dell'Autorità con l'istanza di risoluzione della controversia presentata nel 2019 (v., in particolare, pp. 6-7, § 4), argomenti esaminati con la delibera n. 303/20/CIR già affrontati e respinti con il medesimo atto, oppure , al fine di superarne la debolezza, la memoria avversaria tenterebbe di introdurre argomenti e fatti (all'apparenza) nuovi, che, però, sarebbero "… *del tutto irricevibili e irrilevanti ai fini del decidere*". ILIAD, infatti, ritiene che "*non [*sarebbe*] possibile sostenere che l'utilizzo del DB MNP non avesse una finalità commerciale, in ragione della sua presunta funzione tecnica di evitare disservizi all'utente nel processo di adesione ad un'offerta dedicata*". Tale circostanza sarebbe peraltro confermata – secondo Iliad – dalla sentenza del Consiglio di Stato che, invece, stigmatizza TIM, avrebbe lasciato ad Agcom ogni valutazione di merito. Valutazione già svolta dall'Autorità che aveva evidenziato (con la delibera annullata n.303/20/CIR) il fatto che KENA "*solo su sollecitazione del cliente utilizzava il DB MNP*" per evidenti ragioni tecniche e non, quindi, commerciali.

Infine, quanto agli argomenti "nuovi" dedotti da ILIAD, ovvero successivi ai fatti narrati in contestazione, e riferibili ad asserite pratiche illegittime assunte per l'acquisizione di nuova clientela in danno di ILIAD e condotte attraverso l'uso vietato del DB MNP, TIM ne evidenzia l'irricevibilità e, comunque, l'irrilevanza.

Irricevibili perché – da un punto di vista di logica formale – il procedimento riaperto con delibera n. 32/24/CIR non sarebbe "… *libero nell'oggetto e nel fine*", poiché vincolato alle condotte prese in considerazione con la Contestazione n. 2/20/DRS, che infatti costituisce parte integrante della delibera di riedizione.

Analoga considerazione TIM svolge sull'asserita irrilevanza dei fatti riferiti da ILIAD.

Infatti, evidenzia l'Operatore, che ove pure si volesse ammettere che i "fatti" sostenuti da Iliad possano essere oggetto di valutazione in questa sede e se si volesse pure ammettere che i medesimi fatti citati da Iliad (ossia le asserite modalità di "remunerazione" della "rete di vendita") si siano realmente verificati "*(circostanza parimenti del tutto indimostrata*)", resterebbe "*… il fatto che vi è un incolmabile salto logico (per non dire "volo pindarico") tra il fatto (asseritamente) "noto" che Iliad rappresenta (i.e. le presunte remunerazioni più elevate in caso di acquisizioni di Kena in MNP) e la dedotta violazione che, del tutto apoditticamente e arbitrariamente, essa ne trae (i.e. l'utilizzo illecito del DB MNP)*".

Ne consegue la richiesta all'Autorità di archiviazione del procedimento avviato con la delibera n. 32/24/CIR, per non incorrere nella violazione del divieto di *bis in idem* o, comunque, per insussistenza del fatto.

L'istruttoria.

a) Sul *ne bis in idem.*

In ordine a siffatto rilievo si osserva che, aldilà delle pronunce giurisprudenziali nazionali e sovranazionale, in citata memoria di TIM, la riapertura del procedimento sanzionatorio discende da circoscritte ragioni procedurali. La più volte citata sentenza del Consiglio di Stato (n.9365) dispone, infatti, un accoglimento parziale del ricorso di ILIAD limitato, cioè, alla riedizione del procedimento sanzionatorio già avviato con la contestazione n.2/20/DRS poiché ha ritenuto leso l'interesse partecipativo del terzo soggetto interessato ILIAD e, dunque, siffatta asserita illegittimità, solo procedurale, andava colmata consentendone l'accesso documentale e la possibilità regolamentata dalla delibera n. 581/15/CONS (vigente *ratione temporis*), articolo 9, comma 4, di partecipare al procedimento mediante "…*memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri*".

Nulla osta, infatti, a siffatta e chiara lettura poiché, in accoglimento del ricorso nei limiti in motivazione, il Giudice di seconde cure ha disposto "*[...] L'accoglimento del primo, terzo e quarto motivo* [del ricorso di ILIAD…] determinando per l'appunto "… *il* ***riesercizio dei poteri sanzionatori*** *dell'Autorità mediante riedizione del relativo procedimento da svolgersi assicurando la partecipazione di ILIAD…*".

Appaiono dunque infondate le preoccupazioni di TIM in ordine alla possibilità che la riattivazione della procedura sanzionatoria, ma che ha in sé ben chiara la circostanza che essa abbia ad oggetto lo stesso comportamento, possa realizzare una lesiva incidenza sul diritto a non essere ulteriormente giudicati per lo stesso fatto con violazione, dunque dell'invocato e generale principio.

b) Sul *merito*

Relativamente al "…*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…*" si tratta come statuito dal giudice di seconde cure "… *di questione il cui accertamento è rimesso all'Autorità nell'ambito del rinnovato procedimento sanzionatorio. [...]*".

Dunque, appare chiaro, che resta di esclusivo apprezzamento dell'Autorità la valutazione della vicenda sotto il profilo tecnico e tal riguardo si osserva quanto di seguito.

Giova evidenziare in via preliminare che il già richiamato articolo 41, comma 3 del decreto legislativo n. 259 del 1° agosto 2003 (*ratione temporis*) disponeva i vincoli di utilizzo legittimo delle "… *informazioni ricevute*" "*…in materia di accesso o di interconnessione*" stabilendo per le medesime che non fossero "….***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).

Si è già anche anticipato che la declinazione di tale disposizione generale a livello regolamentare risiedeva nella delibera n. 118/18/CONS (in particolare rivolta a TIM), e nella **delibera n. 135/18/CIR**, quale "*Atto di indirizzo generale per tutti gli operatori mobili…*" luoghi in cui 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*"(enfasi aggiunta) veniva ribadito in modo specifico.

Ciò premesso si tratta, quindi, di stabilire - ora per allora - se nel comportamento dell'operatore KENA ci fosse stato un utilizzo improprio di informazioni tratte dal DB MNP, "*per*[illegittimi] *fini di contatto commerciale*".

Rileva a riguardo che TIM, all'epoca dei fatti - cui ci si riporta - e nelle più recenti memorie depositate in atti, richiama parte delle argomentazioni già presenti nella memoria unica depositata da TIM il 20 febbraio 2020 nell'ambito dei procedimenti avviati con le contestazioni nn. 1 e 2/20/DRS (in particolare, §§ II.3, III e III.2, pp. 9-14), nonché nel verbale di audizione del 14 aprile 2020 (pp. 3-5),"… *limitatamente alle parti di interesse*", riferendo che ciò che nella pratica accadeva era che il cliente che fosse venuto a conoscenza delle iniziative commerciali di KENA, attraverso i consueti canali pubblicitari, che intendeva ricevere maggiori dettagli su quanto gli veniva offerto dal messaggio pubblicitario – decidendo *motu proprio* di accedere al sito *web* – inseriva il proprio numero in un *link* in grado di verificare semplicemente la reale appartenenza al *target* cui era rivolta l'offerta. Questa azione, dunque, rappresentando il *link* solo un filtro

tecnico, sostanziava in effetti una *de facto* dichiarazione del cliente a volere attivare l'offerta proposta migrando verso KENA. Siffatto processo, lungi dal rappresentare una violazione delle regole, serviva piuttosto a garantire un esito non pregiudizievole per il cliente evitando che un non corretto inserimento dei dati dello stesso potesse generare un KO tecnico all'attivazione.

Nello specifico TIM ha osservato che, in termini regolatori, la consultazione del *gateway* per la MNP avrebbe assunto il carattere di illiceità "*solo quando serva a realizzare liste di clienti verso cui indirizzare il winback e non anche laddove si tratta di compiere una verifica tecnica ex post, peraltro, a beneficio dell'utente stesso*".

Quindi ed in sintesi l'uso da parte di KENA del DB non era finalizzato a trarre un "*vantaggio concorrenziale*", né a stabilire un "*contatto commerciale*", quali presupposti necessari per configurare un'attività sanzionabile, bensì per evitare un KO tecnico conseguente alla richiesta del cliente con consequenziale dispendio di inutili attività e danno al cliente che intanto avrebbe dovuto pagare la *SIM* di KENA frattanto acquistata.

Dunque, secondo TIM, da parte di KENA, sarebbe mancata la finalità commerciale, avendo svolto solo una verifica tecnica onde scongiurare disservizi all'utenza.

Muovendo dagli elementi asseritamente probanti prodotti da ILIAD nel corso della fase contenziosa (poi archiviata per rinuncia all'azione da parte della stessa ILIAD), sono stati svolti successivamente controlli sul sito di KENA accertando che al momento della verifica – avvenuta a dicembre 2019 e, quindi, prima della contestazione n. 2/20/DRS – non risultava già più presente siffatta funzione di "controlli automatici" basati sul raffronto tra il numero di telefono inserito dal cliente e l'operatore di appartenenza, svolti tramite la consultazione del DB MNP ai fini di una verifica tecnica *ex post*. In particolare, assumendo per provate le "modalità" di adesione all'offerta stigmatizzate da ILIAD, in fase contenziosa, è emerso che fosse il cliente stesso a dichiarare per *facta concludentia* il proprio operatore di appartenenza, inserendo sul sito *web* di KENA il proprio numero. Solo successivamente, quindi, KENA provvedeva ad inviare la richiesta di MNP. Tant'è che in caso di dichiarazione errata del cliente, il processo di MNP si arrestava generando un "KO tecnico".

In buona sostanza ciò che oggettivamente rileva sotto il profilo della punibilità o meno di KENA (e quindi di TIM quale soggetto incorporante) è che solo su sollecitazione del cliente la medesima società utilizzava il DB MNP realizzando in concreto un utilizzo tecnicamente differente da quello punibile per violazione dell'articolo 41 (*ratione temporis* vigente) poiché, in effetti, ciò che accadeva, mediante accesso al DB MNP, sostanziava una verifica tecnica *ex post*, finalizzata in modo specifico ed esclusivo ad accertare se il cliente potesse o no aderire ad un'offerta dedicata ad un certo operatore *donating*. Tale modalità operativa era, cioè, finalizzata alla sola verifica di effettiva

coincidenza tra la reale intenzione del cliente, di poter aderire, cioè, ad una certa promozione, e la situazione di fatto, ossia che il cliente stesso avesse ben compreso i termini dell'offerta e che effettivamente chiedesse l'attivazione di quella dedicata al suo operatore *donating*.

Come noto, infatti, tale *database* è costantemente aggiornato dagli operatori mobili per assicurare il corretto svolgimento ed instradamento della MNP, esso dunque ha una funzione "tecnica" rilevando a riguardo che, in altri termini, KENA avrebbe potuto fare anche a meno di effettuare tale controllo, con la conseguenza, però, di possibili KO in fase "tecnica" di attivazione.

In sintesi, si ritiene, confermando le conclusioni di merito di cui al gravato provvedimento n. 303/20/CIR la non punibilità di KENA rilevando a tal fine che – ora per allora - l'utilizzo del DB MNP avesse, per la stessa, solo uno scopo di verifica *ex post* della correttezza delle dichiarazioni del cliente, per evitare, cioè, successivi disservizi "tecnici", e non vi fosse una condotta aderente al divieto normativamente sancito al citato articolo 41 del Codice nell'utilizzo del DB MNP per fini commerciali.

Valutazioni conclusive

Alla luce, quindi, delle considerazioni sopra riferite, e sul presupposto che la richiamata sentenza n.9365 del C.d.S., in riforma della sentenza di primo grado, accogliendo il ricorso di ILIAD nei limiti di cui in motivazione, ha determinato l'annullamento della delibera n. 303/20/CIR del 9/10/2020, con consequenziale riedizione del procedimento sanzionatorio a partire dalla fase successiva all'accertamento e contestazione – non travolta dal giudicato – si confermano le conclusioni di cui al provvedimento gravato ritenendo la non punibilità di TIM, quale soggetto incorporante KENA, avendo avuto l'utilizzo del DB MNP, per la stessa, solo uno scopo di verifica *ex-post* della correttezza delle dichiarazioni del cliente, finalizzata esclusivamente ad evitare successivi disservizi, e non rilevando, quindi, a carico di TIM una condotta illegittima nell'utilizzo del DB MNP per fini commerciali.

Si soggiunge inoltre che, non avendo peraltro riscontrato - in esito alla partecipazione di ILIAD - significativi rilievi e/o argomentazioni, attraverso scritti depositati e audizione svolta, né da elementi aggiuntivi di valutazione riferibili al periodo soggetto ad accertamento - richiesti alla medesima ed alla stessa TIM- si ritiene che l'uso del DB MNP, non sia avvenuto per procurare un vantaggio commerciale a KENA a discapito di ILIAD, che non ha infatti dedotto in istruttoria la concreta prova di avere subito, ad esempio, *ex tunc* flessioni sul mercato, direttamente riconducibili e con certezza alle iniziative commerciali di KENA e che, dunque, resti indimostrata la circostanza che le modalità seguite per una "verifica tecnica" operata *ex post* da KENA, attraverso la

consultazione del DB MNP, abbia determinato un indebito vantaggio concorrenziale per la stessa a discapito di ILIAD.

UDITA la relazione del Commissario Antonello Giacomelli, relatore ai sensi dell'articolo 31 del *Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità*;

DELIBERA

Articolo unico

L'archiviazione del procedimento sanzionatorio, oggetto di riedizione ai sensi della delibera 32/24/CIR del 23 ottobre 2024, di cui alla contestazione n. 2/20/DRS del 20 gennaio 2020 avviato nei confronti di Kena Mobile S.r.l. e notificato alla società TIM S.p.A. in data 21 gennaio 2020, nella qualità di società incorporante.

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

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

Roma, 8 aprile 2025

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Antonello Giacomelli

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Giovanni Santella