

Spett.le
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni
c.a. Responsabile Procedimento
Dott. Giovanni Cazora
Direzione servizi Postali
Via Isonzo 21/B
00198 Roma

Deliberazione 260/14/Cons; consultazione pubblica concernente il servizio postale universale: analisi e applicabilità del meccanismo di ripartizione e valutazione dell'eventuale costo netto per gli anni 2011 e 2012.

Viste la deliberazione e la consultazione (la "*Consultazione*") in oggetto, Xplor Italia ("*Xplor*") osserva quanto segue, sotto ogni più ampia riserva di legge e di ragione.

1) In via preliminare: il rigetto dell'istanza di proroga del termine per le osservazioni.

1. La Vostra 4 luglio 2014, prot. 0035828 Codesta Autorità rigetta l'istanza di proroga del termine di presentazione delle osservazioni venuta da Xplor. Le ragioni del rigetto non sono affatto persuasive e risultano a tratti contraddittorie. Si invita pertanto anzitutto a riconsiderare in autotutela il rigetto stesso, il quale ha l'effetto di ridimensionare drasticamente – in diametrale opposizione alle finalità della Consultazione – la *possibilità* di apporti da parte di Xplor.
2. In dettaglio:
 - a. la nota obietta che l'istanza di proroga è giunta "*a ridosso della scadenza del termine*"; ma questa valutazione di prossimità al termine è opinabile; e in ogni caso, per principio generale, *solo* requisito di ammissibilità di *ogni* istanza di proroga di un termine è l'essere presentata, *come nella specie, prima* della scadenza dello stesso; non pertanto in ciò una legittima ragione del rigetto;
 - b. è vero – come accampa la nota suddetta a base del rigetto - che le tematiche oggetto della Consultazione sono da tempo a conoscenza degli operatori; ciò è però vero *solo in linea di principio*; nel concreto, l'all. B alla deliberazione in oggetto reca complesse analisi di una vasta serie di fattori economici, aziendali e di mercato, che l'odierno gestore del servizio postale universale ha impiegato *mesi e mesi* per porre a disposizione, e che Codesta medesima Autorità – certo

non sospettabile di essere profana – ha messo parimenti gran tempo a controllare; onde, è proprio perché “il documento sottoposto alla consultazione in esame si presenta particolarmente articolato ed esteso” che è insufficiente il termine messo a disposizione per l’esame *approfondito* di esso funzionale a osservazioni che – nel genuino spirito di una Consultazione che voglia essere degna del nome – possano effettivamente, e a ragion veduta, mettere a disposizione l’apporto critico loro connaturato;

- c. non è il caso di sottolineare – poiché lo fa da sé il citato all. B alla deliberazione in oggetto – che la direttiva 2008/06/Ce è *tutt’altro* che dettagliata quanto alla “*metodologia di calcolo del costo netto*” del servizio universale; del che è prova la stessa Consultazione, che sarebbe all’evidenza priva di senso e di qualsiasi utilità, se la direttiva citata fosse inequivoca e dettagliata sul punto; onde, il richiamo alla (sul punto *non* dettagliata) direttiva è semmai fattore che milita *a favore* e non contro la richiesta proroga, al fine di permettere di meglio valutare se l’impostazione e i contenuti dei computi in esame siano o meno rispettosi della direttiva stessa;
- d. la sottolineatura del fatto che sarebbero sottoposti “*a consultazione gli orientamenti già maturati dall’Autorità*”, con impegno degli interessati “*comunque circoscritto alla condivisione o meno dei predetti orientamenti*” – così fatti oggetto di una sorta di “prendere o lasciare” – si pone in ulteriore contrasto con la funzione e la ragion d’essere della Consultazione, e con la stessa possibilità, nella non legittima accezione minimalista del citato rigetto, di prendere *a ragion veduta* posizione sugli orientamenti stessi (fosse mai legittimo reputare che esso possano legittimamente essere fatti oggetto del predetto “prendere o lasciare” ...);
- e. poco comprensibile – all’interno del sereno dialogo nel quadro della Consultazione – il richiamo a prospettive contenziose insito nell’appello a cosa sia stato o meno in passato reputato legittimo dal giudice amministrativo; il fatto è che per le ragioni riassunte, ma d’altronde anche evidenti (v. *infra*), nella specie si impone la richiesta proroga.

3. Si invita anzitutto, pertanto, a ricordato intervento di autotutela con congrua – anche in considerazione dell’imminente periodo feriale - proroga del termine in questione.

*

II) Sui §§ 1.-536. dell’All. B alla deliberazione in oggetto.

4. Le modalità di calcolo e i concreti computi del costo netto del servizio postale universale hanno rilievo centrale ai fini della Consultazione e delle ricadute - in relazione a quanto scritto nei §§ 537. e ss. dell’all. B alla deliberazione in oggetto (cfr. *infra* su questi ultimi) - del provvedimento *in fieri* sull’entità della partecipazione in capo al c.d. fondo di compensazione *ex art. 7* direttiva 1997/67/Ce e 10 d.lgs. 261/1999 (il “*Fondo di Compensazione*”). Ferme le

perplexità *infra* manifestate in ordine a quanto si legge in detti §§ 537. e ss., è, infatti, in sede di definizione del costo netto del servizio universale che è stabilita la variabile essenziale, che determina quale impatto – potenzialmente anche *anticoncorrenziale* – sia prodotto dal concorso al Fondo di Compensazione sui mercati rilevanti ove operano i soggetti che siano chiamati al concorso medesimo.

5. La determinazione di detto costo netto passa però per l'analisi di una serie complessissima di variabili e assunti, in sé altamente opinabili, e variamente interagenti fra essi, secondo innumerevoli possibili combinazioni.
6. Ciò riconduce alle ragioni della ribadita istanza di proroga.
7. Nel breve tempo disponibile non è oggettivamente possibile radunare e analizzare criticamente – nello spirito della Consultazione che *proprio* ciò mira a ottenere, ove essa voglia *realmente* essere tale – la mole di dati che permetta di valutare a ragion veduta sia il complesso degli assunti e delle considerazioni espresse dall'odierno (e storico) monopolista del servizio postale universale, per come riferiti nell'all. B alla deliberazione in oggetto, sia le considerazioni con le quali Codesta Autorità ha preso posizione sugli assunti del monopolista stesso, versante oltre tutto in lampante conflitto di interessi e perciò inerentemente poco credibile.
8. Ecco perché, nel ribadire l'istanza di proroga, si è per ora costretti a limitarsi alle seguenti considerazioni di sintesi.
9. Appare che l'odierno (e storico) monopolista del servizio postale universale abbia impostato i propri computi a partire da una grande sotto stima delle proprie inefficienze gestionali, tale per cui esso stima un costo del servizio postale universale marcatamente più elevato di quello che si otterrebbe considerando un soggetto privo delle *intrinseche* – e notorie da decenni – inefficienze gestionali che connotano l'attività del soggetto in questione.
10. Si vuole dire che negli assunti del predetto storico monopolista, il costo netto degli obblighi di servizio universale risulta gonfiato dalla considerazione dello stesso alla stregua di un dato assunto *in concreto a priori*, sulla base delle *consolidate* modalità operative dello storico monopolista stesso, piuttosto che sulla base di una *revisione critica* delle modalità operative (*anche*) di servizio pubblico universale, che le attagli a una efficiente al massimo grado possibile gestione, che è per dato notorio costantemente mancata in capo al monopolista storico stesso.
11. Se da un lato ciò eleva indebitamente il costo considerato del servizio postale universale (riflettendosi nell'aumento del costo netto stimato degli obblighi di servizio pubblico), nelle deduzioni del monopolista storico suddetto – e per la verità anche nelle considerazioni con le quali esse sono state accolte da Codesta Autorità – non appare assegnata adeguata considerazione ai corposissimi vantaggi intangibili e commerciali che avvantaggiano detto storico monopolista.

12. Agli occhi di vastissime fasce di utenza – *anche* professionali – esso resta per antonomasia “il” fornitore di servizi postali. Detta sua posizione, consolidata nei decenni e praticamente ancora poco meno che intatta dopo tre direttive europee di liberalizzazione dei servizi postali, offre al gestore monopolista storico stesso un vantaggio competitivo in realtà *tangibilissimo*, come sa ogni operatore del settore, che tuttora è in grado di operare sostanziali controbilanciamenti dei (pur erroneamente computati tenendo conto di inefficienze gestionali che sarebbero in realtà eliminabili, con depressione dei costi stessi: v. *supra*) costo del servizio universale stesso.
13. In relazione a quest’ultimo profilo, merita segnalare anche un ulteriore elemento, assente tanto da quanto appare espresso in sede di Consultazione dal citato storico monopolista, quanto dall’analisi di Codesta Autorità, ma che è essenziale ai fini della corretta percezione dell’entità del bilanciamento di costi che si lega alla posizione monopolistica consolidata del gestore del servizio postale universale.
14. È notorio – plurimi documenti di Codesta Autorità e dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (la “AGCM”) lo provano – che detto storico monopolista è andato costruendo un sistema imprenditoriale articolato, atto ad agire coordinatamente tanto nel mercato rilevante dei servizi postali in senso stretto, quanto in quelli contigui, massimizzando le utilità della contemporanea presenza – e coordinamento di azione – di società del gruppo facente capo a detto storico monopolista in tutti questi mercati.
15. È parimenti notorio che nel diritto europeo, a ogni fine, la considerazione della “impresa” non avviene con riferimento a singole persone giuridiche, ma al “gruppo imprenditoriale” quale fenomeno economico-aziendale *unitario*, in capo al quale misurare gli effetti gestionali. Si hanno di ciò conferme nelle più diverse materie di rilievo europeo. È così in materia di tutela della concorrenza (es. Corte di giustizia dell’Unione europea, sez. VI, 22 maggio 2014, causa C-36/12 P, *Armando Alvaréz SA/Commissione europea* Corte di Giustizia; *idem*, 20 gennaio 2011, C-90/09 P, *General Química*; 29 marzo 2011, cause C-201/09 e C-216/09 P, *ArcelorMittal Luxembourg*; 10 settembre 2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel*), ove secondo costante giurisprudenza, che “*l’illecito anticoncorrenziale va imputato alla società controllante, senza necessità di dimostrare l’implicazione personale di quest’ultima nell’infrazione*” (T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 9 gennaio 2013, n. 125). La considerazione unitaria del gruppo di imprese è necessaria anche in materia di addebito delle responsabilità ambientali (es. Consiglio di Stato, Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6055; T.a.r. Abruzzo, Pescara, sez. I, 30 aprile 2014, n. 204), nonché nel settore dei contratti pubblici (es. nel d.lgs. 163/2006 le modalità semplificate per il c.d. *avvalimento* dei requisiti di accesso alle gare pubbliche fa soggetti parti di un identico gruppo imprenditoriale).
16. Ne segue che – a differenza di quanto traspare dall’all. B alla deliberazione in oggetto, e al di là di ogni obbligo di contabilità separate – è chiaro che il complesso

dei c.d. *vantaggi intangibili e commerciali* generati dalla titolarità monopolistica consolidata del servizio postale universale vanno computati tenendo conto *anche* delle utilità che soggetti diversi facenti parte del gruppo imprenditoriale imperniato sullo storico monopolista dei servizi postali nazionali ritraggono dalla titolarità in capo a quest'ultimo del servizio postale universale.

17. Appare di conseguenza, in sintesi, e fatta salva l'ampia riserva di interloquire in maggior dettaglio a seguito della proroga del termine a disposizione, che lo stesso computo del costo del servizio universale che occupa gran parte dell'all. B alla deliberazione in oggetto sia operato secondo logiche e variabili meritevoli di drastici riallineamenti, nelle more dei quanti tanto più è giustificata la necessità della ricordata proroga del termine.

*

III) Sui §§ 537.-546. e sul quesito D.15.1 dell'all. B alla deliberazione in oggetto.

III-A) Risposta al quesito, inquadramento e principi.

18. Il quesito ora richiamato ha risposta negativa, sia per la rilevata non divisibilità a monte del computo del costo netto del servizio pubblico, sia per quanto considerato nell'all. B alla deliberazione in oggetto in merito allo specifico tema della ripartizione del concorso al Fondo di Compensazione.
19. Nell'approccio al tema necessita il richiamo ad alcuni pacifici dati, normativi e afferenti al rapporto fra gli ordinamenti dell'Unione europea e nazionale.
20. La disciplina dei servizi postali ha infatti radice europea, nelle tre direttive 1997/67/Ce, 2003/39/Ce e 2008/6/Ce) e diritto nazionale di recepimento.
21. Ne deriva una chiave di *necessario* orientamento della lettura e dell'applicazione del diritto nazionale di recepimento. Data la preminenza del diritto europeo su quello interno (*cf.* ora anche l'art. 117 comma 1 Cost.), il secondo soggiace allo "*obbligo di interpretazione conforme, che impone a tutti gli organi nazionali*", sia amministrativi (per questi *cf.* anche art. 1 comma 1 l. 241/1990) sia giudiziari, "*d'interpretare il proprio diritto interno in modo per quanto possibile compatibile con le prescrizioni del diritto comunitario.*" (G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, 183). Dinanzi a norme interne aventi eventualmente più possibili significati o letture, fra queste vanno scartate quelle non suscettibili di allinearsi al preminente diritto europeo. Nei casi limite in cui non sia possibile una lettura del diritto nazionale conforme a quello europeo, un pacifico orientamento (per tutti Corte costituzionale 389/1989) indica che il diritto nazionale va *disapplicato* e deve essere applicato in sua vece direttamente quello europeo. Necessita quindi leggere il d.lgs. 261/1999 – anche per i temi qui in esame, ossia anzitutto il Fondo di Compensazione – in costante allineamento alle direttive che sono all'origine della sua emanazione e formulazione. Il che, porta a sottolineare quanto segue.

22. Il sedicesimo *considerando* introduttivo alla direttiva 1997/67/Ce avverte che essa fa *“salva l'applicazione delle norme di concorrenza”*. In senso convergente, il ventiseiesimo *considerando* sottolinea *“che per garantire una corretta gestione del servizio universale ed evitare distorsioni della concorrenza, le tariffe applicate per il servizio universale dovrebbero essere obiettive, trasparenti, non discriminatorie, e correlate ai costi”*. Coerente con ciò anche il ventottesimo *considerando* introduttivo alla direttiva 1997/67/Ce, per il quale *“per introdurre criteri di trasparenza nei costi dei differenti servizi e per impedire che sovvenzioni incrociate dal settore riservato al settore non riservato possano alterare le condizioni di concorrenza in questo ultimo settore, è necessaria una separazione contabile tra servizi riservati e servizi non riservati;”*.
23. Alla stregua di queste premesse introduttive, la direttiva 1997/67/Ce (nel testo modificato ex direttiva 2008/6/Ce) stabilisce (art. 7 paragrafo 4, in relazione ai paragrafi 1 e 3) che il Fondo di Compensazione è uno dei possibili metodi di finanziamento dell'equilibrio gestionale del servizio universale, ma esige (art. 7 paragrafo 5) esige che *“nell'istituzione del fondo di compensazione e nella fissazione del livello dei contributi finanziari”* a esso *“vengano rispettati i principi di trasparenza, di non discriminazione e di proporzionalità.”*. Ciò, anche per i titolari di autorizzazioni che ex art. 9 paragrafo 2 della direttiva siano eventualmente rilasciate in subordine *“all'obbligo di contribuire finanziariamente ai meccanismi di condivisione dei costi di cui all'articolo 7”*, e fermo restando (art. 9 paragrafo 3) che anche *“Le procedure, gli obblighi e i requisiti di cui ai paragrafi 1 e 2 sono trasparenti, accessibili, non discriminatori, proporzionati, precisi e univoci”*.
24. Occorre, cioè, in ogni caso che il sistema imperniato sul Fondo di Compensazione sia trasparente, non discriminatorio e proporzionale e che ogni decisione in questo campo sia fondata su criteri trasparenti, obiettivi e verificabili (considerando 28, direttiva 2008/6/Ce). Anche perché, se non correttamente gestito, il Fondo di Compensazione è passibile di sfociare in fattispecie vietate di aiuti di Stato o distorsioni concorrenziali non compatibili con il *preminente* diritto europeo (Tribunale dell'Unione Europea, 10 febbraio 2009, *Deutsche Post AG e DHL International*, T-388/03; conclusioni dell'avvocato generale, 8 maggio 2007, *International Mail Spain SL*, C-162/06; decisioni della Commissione europea C(2012) 8230 [*“Compensazioni statali per la fornitura del servizio universale nel periodo 2009-2011”*] e C(2008) 1606 [*“Compensazione statale per l'onere del servizio postale universale 2006-2008”*]).
25. Senza soffermarsi in questa sede sugli elementi che connotano gli aiuti di Stato, la compensazione può sfuggire al divieto di aiuti di Stato illeciti a condizione che sia *esattamente* commisurata al costo supplementare generato dall'adempimento dell'impresa incaricata al servizio di interesse economico generale e che la concessione si riveli *necessaria* affinché la suddetta impresa possa garantire il rispetto degli obblighi imposti in condizioni di equilibrio economico. Non sono al

contrario compatibili con il diritto concorrenziale comunitario (in particolare con l'art. 106 e ss. TFUE) compensazioni e misure che hanno l'effetto di collocare le imprese incaricate del servizio universale in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro la concorrenza o che siano penalizzanti per i nuovi operatori (Corte di Giustizia della Comunità europea, 24 luglio 2003, *Altmark Trans*, C- 280/00), dovendo essere le stesse imprese considerate come normali soggetti *"di mercato in concorrenza a pari condizioni con gli altri soggetti di mercato"* per gli servizi svolti non coperti da riserva (conclusioni dell'Avvocato generale, *Dansk Postordreforening*, 10 aprile 2003, C-169/02).

26. Traendo le somme, le indicazioni che vengono dalla direttiva 1997/67/Ce e dal più generale ambito dei Trattati europei sul tema del Fondo di Compensazione e sui connessi obblighi contributivi fanno emergere la consapevolezza del fatto che l'obbligo medesimo è suscettibile – se mal governato, delimitato e calibrato – di indurre distorsioni anticoncorrenziali.
27. Il che permette di trarre una conclusione orientativa della lettura dei testi nazionali di recepimento, nel senso che l'obbligo contributivo al Fondo di Compensazione deve, nel dubbio, essere inteso nel senso più lieve. In piena convergenza, peraltro, sul piano interno, con il canone *ex art. 23 Cost.* (*"Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge"*, *id est* a una legge chiara in tal senso, e da leggere nei casi incerti come *non* foriera di imposizioni: *cfr.* pure artt. 12 e 14 disp. prel.).
28. Detto *favor* per la maggior lievit  possibile nel concorso al Fondo di Compensazione si declina in due direzioni complementari;
- da un canto, nel dubbio in ordine alla presenza dei presupposti che ne determinino l'obbligo di contribuire al Fondo di Compensazione, il soggetto considerato deve essere *escluso* dal concorso stesso;
 - dall'altro lato, una volta *rigorosamente* verificata la presenza dei presupposti di legge determinanti nell'*an* l'obbligo contributivo, quest'ultimo deve essere ridotto alla minore entit  possibile.

*

III-B) I §§ 537.-546. dell'all. B alla deliberazione in oggetto.

29. Questo, in sintesi, lo sviluppo dell'argomentazione dell'all. B sul punto in esame:
- "Il legislatore italiano"* avrebbe vincolato *"da un lato il rilascio della licenza individuale"* (art. 5 comma 2 d.lgs. 261/1999) e dall'altro lato *"l'autorizzazione generale per la fornitura di servizi non rientranti nel servizio universale"* (art. 6 comma 1 *bis* d.lgs. 261/1999) *"all'obbligo di contribuzione al meccanismo di condivisione dei costi derivanti dal servizio universale"*;
 - ci  sarebbe conforme al diritto europeo (artt. 7 paragrafo 4 e art. 9 paragrafo 2 direttiva 1997/67/Ce e considerato 27 della direttiva 2008/6/Ce);

- c. un'erronea quantificazione della misura del concorso al Fondo di Compensazione può alterare il mercato a danno del monopolista del servizio postale universale;
 - d. per analogia a testi normativi europei *qui non pertinenti*, detto concorso andrebbe definito *“ripartendo i contributi nel modo più ampio possibile”, “anche, se del caso, esonerando dalla contribuzione al fondo di compensazione i nuovi operatori che non hanno ancora una presenza significativa sul mercato” (considerando 21 della direttiva 2002/22/Ce);*
 - e. andrebbe chiarito *“il criterio della sufficiente intercambiabilità sulla base del quale gli operatori abilitati con autorizzazione generale possano essere chiamati a contribuire al finanziamento dell’onere del servizio universale”;*
 - f. a tal fine non avrebbe rilievo il parametro del prezzo relativo fra i servizi supposti intercambiabili, ma occorrerebbe procedere a *“un’analisi delle caratteristiche dei servizi, in grado di evidenziare quando, in determinate circostanze, servizi tra loro diversi possano ritenersi sufficientemente succedanei per soddisfare una data finalità d’uso.”* dei servizi supposti sostituibili.
30. Per quanto in questo modo non si approdi a una concreta indicazione dei servizi reputati sostituibili, e dunque alla effettiva definizione della platea dei soggetti in ipotesi tenuti a concorrere al Fondo di Compensazione, già sul piano del metodo sono così introdotti elementi di forte criticità – e scostamento da quanto indica il diritto europeo – che prestano il fianco alla seguente serie di obiezioni.

*

III-C) I rilievi in ordine ai §§ 537.-546. dell’all. B alla deliberazione in oggetto.

31. Preme anzitutto porre a fuoco la premessa dalla quale muove l’all. B in oggetto, ossia dal duplice assunto che *“Il legislatore italiano”* avrebbe vincolato il rilascio della licenza individuale e quello della autorizzazione generale *“all’obbligo di contribuzione al meccanismo di condivisione dei costi derivanti dal servizio universale”* e che ciò sarebbe conforme al diritto europeo.
32. In realtà, quest’ultima conformità appare più che dubbia sotto plurimi profili.
33. Alla lettera il testo dell’art. 10 d.lgs. 261/1999 (variato ex art. 1 d.lgs. 58/2011) parrebbe in effetti assoggettare a contribuzione *sia* i titolari di licenze individuali, *sia* i titolari di *“autorizzazione generale”* per il solo fatto di essere intestatari dei rispettivi titoli. Ma questa lettera normativa nazionale va calata nel contesto di regolamentazione (prevalente) europeo descritto più sopra.
34. Va allora anzitutto osservato che l’art. 7 paragrafo 4 direttiva 1997/97/Ce (nel testo variato ex direttiva 2008/6/Ce) esso indica che *“Gli Stati membri possono vincolare la concessione di autorizzazioni ai fornitori di servizi di cui all’articolo 9, paragrafo 2, all’obbligo di contribuire finanziariamente al”* Fondo di Compensazione. A propria volta, l’art. 9 paragrafo 2 cit. individua *“i servizi che*

- rientrano nell'ambito di applicazione del servizio universale*". Pertanto, l'obbligo contributivo definito – *tassativamente* per le regioni indicate in premessa – *ex art. 7 cit.* si riferisce ai soggetti titolari di autorizzazioni che li legittimino a erogare servizi rientranti nel servizio universale, per quanto non riservati al monopolista di questo.
- 35.** A fronte di ciò occorre ricordare che, *ex art. 6 comma 1 d.lgs. 261/1999*, soggiace ad "*autorizzazione generale*" (in sé definita *ex art. 1 comma 1 lett. q-1*) dello stesso d.lgs.), "*L'offerta al pubblico di servizi non rientranti nel servizio universale*". Di conseguenza, poiché il testo di recepimento (d.lgs. cit.) non può essere letto *contra* la direttiva nella quale si radica, e siccome il combinato disposto degli artt. 7 paragrafo 4 e 9 paragrafo 2 (*v. supra*) di quest'ultima assoggetta a contribuzione al Fondo di Compensazione **solo** chi presti "*servizi che rientrano nell'ambito di applicazione del servizio universale*", è lampante che il riferimento dell'art. 10 comma 2 d.lgs. 261/1999 a una pretesa necessaria e incondizionata contribuzione da parte di titolari di "*autorizzazione generale*" (propria di chi presta servizi "*non rientranti nel servizio universale*") deve recedere dinanzi alla chiara indicazione di segno diverso proveniente dalla direttiva e all'obbligo specifico di interpretazione del diritto interno in conformità a quello europeo prevalente.
- 36.** Non appare perciò congruo l'assunto dell'all. B alla deliberazione in oggetto secondo il quale i titolari di autorizzazione generale dovrebbero *per ciò solo* contribuire al Fondo di Compensazione. Il diritto europeo *non* indica ciò. E dunque, stante le sue finalità *pro* concorrenziali (*v. amplius supra*) esso *osta* di sé a simile aprioristica imposizione in capo a chi *per definizione non* svolge servizi rientranti nel servizio universale.
- 37.** D'altro canto, la disciplina della contribuzione al Fondo di Compensazione si rinviene nell'art. 2 d.m. 73/2000 ("*Regolamento recante disposizioni per il rilascio delle licenze individuali nel settore postale*"), mentre è assente dal d.m. 75/2000 ("*Regolamento recante disposizioni in materia di autorizzazioni generali nel settore postale*"). E, del pari, la disciplina della contribuzione è riferita dai dd.mm. 17 novembre 2000 ("*Modalità di funzionamento del fondo di compensazione degli oneri del servizio postale universale*") e 4 luglio 2012 ("*Fondo di compensazione degli oneri del servizio postale universale – esercizio 2011*") alle sole attività – facenti in ultima analisi capo al servizio universale – oggetto di licenze individuali.
- 38.** Non è, d'altronde, casuale che l'AGCM, già esprimendosi in sede consultiva sullo schema di quello che è poi divenuto il d.lgs. 261/1999 – testo che assoggettava a contribuzione *tout-court* i titolari di *ogni* titolo autorizzativo, generale o di licenza individuale – avesse fortemente criticato l'assoggettamento a contributo anche dei titolari di autorizzazione generale, mancando ciò di riscontro nella direttiva 1997/67/Ce e in specie nel suo art. 7 paragrafo 4, delimitante nel senso indicato l'ambito dei soggetti tenuti a contribuzione (AGCM, parere AS 172 del 7 maggio 1999, e indi in termini analoghi parere AS 786 del 15 gennaio 2011). Se si riflette sul fatto che (art. 1 comma 4 l. 287/1990) l'intera attività *antitrust* dell'AGCM si

impronta al rispetto del diritto europeo, dei Trattati e derivato, si vede che per un aspetto ulteriore di contrasto con il diritto europeo non può avere ingresso la lettura dell'art. 10 d.lgs. 261/1999 che pare riflessa nell'all. B alla deliberazione in oggetto.

39. Inoltre, alla sottolineatura di questa di per sé decisiva mancata correlazione del testo nazionale a quello della direttiva, l'AGCM sommava il rilievo come l'assoggettamento a contributo anche delle attività coperte da autorizzazione generale confliggesse con le *"ragioni sottostanti la costituzione del fondo di compensazione"* (AGCM, parere AS 172/1999 cit.), le quali, come visto, vanno individuate in un legittimo riequilibrio a favore del gestore del servizio universale, e a carico di chi operi in concorrenza con esso, senza potere assurgere a voce impositiva (e *anticoncorrenziale*) anche a carico dei titolari di autorizzazione generale.
40. Fermo restando, per inciso anche in relazione a quanto si è *supra* osservato in merito al computo del costo netto del servizio universale (ed è questo un rilievo che vale anche in relazione alle attività lo svolgimento delle quali - in forza di *licenza individuale* - possa in effetti generare obbligo di contribuzione), che la contribuzione non è mai giustificabile ove *"il forte disequilibrio dell'impresa dominante [il gestore del S.u. – n.d.r.] non fosse preliminarmente ricollegato ad attività comprese nel servizio universale svolte in perdita, ma dipendesse da eventuali inefficienze del fornitore del servizio stesso"* (sempre parere AS 172/1999 cit.).
41. Si tratta di considerazioni tuttora attuali, e anzi oggi ancor più giustificate alla luce della modifica normativa del comma 2 dell'art. 10 d.lgs. 261/1999, sfociata nell'aggiunta all'originaria formulazione della formula che ora lo chiude: *"relative a servizi sostitutivi di quelli compresi nel servizio universale, derivanti dall'attività autorizzata"*. Si che è ora ancor più chiaro che il polo di riferimento per valutare la doverosità o meno del contributo è il rapporto di identificazione con i servizi non riservati inclusi fra quelli facenti capo al servizio universale ovvero *"sostitutivi"* dei medesimi.
42. L'all. B alla deliberazione in oggetto propone talune proprie valutazioni dell'ora detto rapporto di sostituibilità, ma appare farlo secondo una prospettiva non consona al diritto europeo e al rispetto della concorrenza.
43. Prima di venire a considerazioni di maggior dettaglio, va ricordato che nel segno del rispetto del diritto europeo, e in un senso più restrittivo e consono alle finalità concorrenziali del medesimo, quale espressione di una lettura sistematica ed evolutiva della stessa disciplina interna della materia l'AGCM (*"Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2014; rif. S2025"*) indica con forza la necessità di definire il servizio universale in chiave riduttiva *"limitandone il perimetro"* e perciò escludendone *"i servizi rivolti a*

una clientela commerciale che prevedono invii in grandi quantità (c.d. non retail come la posta massiva o la posta raccomandata non retail) e limitarlo ai soli servizi rivolti prevalentemente alle persone fisiche”, con l’obiettivo di fondo di “rimuovere le discriminazioni insite nei sistemi di finanziamento del servizio universale che, allo stato, non consentono la definizione preventiva dei parametri sulla base dei quali è effettuata la compensazione, risultando suscettibili di conferire un vantaggio economico per l’impresa beneficiaria rispetto alle imprese concorrenti.”, ossia sono tali da avvantaggiare marcatamente lo storico monopolista del servizio universale.

44. Quest’ultimo rilievo riflette un dato oggettivo, ossia che lo storico monopolista del servizio postale universale opera tuttora in posizione dominante in esso e in molti dei mercati rilevanti contigui. Al di là di ogni specifica volontà, il Fondo di Compensazione si è spesso rivelato – come bene sottolinea l’AGCM – strumento suscettibile *“di conferire un vantaggio economico per l’impresa beneficiaria rispetto alle imprese concorrenti.”*
45. Sotto questo profilo, l’all. B alla deliberazione in oggetto appare ribaltare la prospettiva imposta dall’ora detto riscontro oggettivo. Anziché mostrare di temere che ulteriori imperfezioni del Fondo di Compensazione (e della scelta di chi, e per quanto, debba contribuirvi), esso mostra di farsi semmai carico delle esigenze del beneficiario del Fondo di Compensazione, assumendo che un legittimo obiettivo sarebbe quello di ripartire *“i contributi in modo più ampio possibile”*, mostrando così di voler *allargare* l’ambito dei soggetti a contribuire. Non pare però che questa sia l’ottica più corretta attraverso la quale guardare al problema.
46. Ciò sottolineato in generale, quanto all’impostazione di fondo dell’all. B alla deliberazione in oggetto sul punto in esame, va detto che detta prospettiva non allineata a quella correttamente indicata dall’AGCM, si riflette sulle restanti considerazioni del documento, a cominciare da quelle afferenti il rapporto di sostituibilità (tra servizi universali e non) sulla base del quale individuare i soggetti che il documento stesso immagina tenuti ai noti pagamenti.
47. In relazione a questo rapporto di sostituibilità, prima di venire a quanto opina sul punto l’all. B alla deliberazione in oggetto, va sottolineato che la categoria dei servizi *“sostitutivi”* ora detti **non** appare oggetto di disciplina o definizione specifica né nella direttiva 1997/67/Ce, né nella direttiva 2008/6/Ce, né nel d.lgs. 261/1999. Nella propria motivazione – ventisettesimo *considerando* cit. – la direttiva 2008/6/Ce (quella che riformula, fra gli altri, gli artt. 7 paragrafo 4 e 9 paragrafo due direttiva 1997/67/Ce nei termini più volte esaminati) indica che *“Al fine di determinare quali imprese possano essere chiamate a contribuire al fondo di compensazione, gli Stati membri dovrebbero valutare se i servizi forniti da tali imprese possono, nell’ottica di un utente, essere considerati come servizi che rientrano nell’ambito di applicazione del servizio universale, poiché denotano un livello di intercambiabilità sufficiente rispetto al servizio universale, tenuto conto delle caratteristiche, compresi gli aspetti che comportano un valore aggiunto, nonché*

l'impiego previsto e la tariffazione. Tali servizi non devono necessariamente coprire tutte le caratteristiche del servizio universale, come la distribuzione quotidiana o la copertura nazionale completa".

48. Ciò pone, il problema del riempimento del concetto di "servizi sostitutivi", ossia delle regole sulla scorta delle quali determinare quali soggetti e attività possano essere assoggettate all'onere di contribuzione al Fondo di Compensazione, pur non rientrando nell'ambito del servizio universale.
49. In proposito, prima ed essenziale indicazione è quella di definire in modo *necessariamente* restrittivo l'ambito della suddetta sostituibilità. Già sul piano logico, infatti, un *quid* "sostitutivo" di un determinato elemento non si identifica con esso o con il genere al quale l'elemento appartiene. Se vi fosse identificazione, un problema – *logico*, anzitutto – di "sostituzione" non potrebbe porsi.
50. Il tema è di rilievo poiché il termine "sostitutivi" nel comma 2 dell'art. 10 d.lgs. 261/1999 potrebbe prestarsi a fungere da grimaldello per la riproposizione – anche dopo la modificazione del criticato testo originario dell'art. 10 stesso - letture indebitamente estensive dell'obbligo contributivo, volte tanto a permettere indebiti introiti da parte del gestore del servizio universale, quanto – per tal via – a creare svantaggi competitivi in capo ai concorrenti nei settori dei servizi diversi da quelli ascrivibili al S.U. nel quale operi anche il gestore di questo.
51. La reazione a questi tentativi deve perciò passare per una valutazione molto rigorosa di ciascun servizio che si dubiti poter essere "sostitutivo" di quelli ricadenti nel servizio universale, condotta sul filo di quanto indica il ventisettesimo *considerando* introduttivo alla direttiva 2008/6/Ce ma anche allineata ai parametri che nelle direttive europee rilevanti esprimono una particolare attenzione a evitare che una in linea di principio legittima richiesta di contribuzione al Fondo di Compensazione divenga strumento di alterazione della concorrenza.
52. Per le ragioni illustrate appaiono non condivisibili gli elementi discretivi della "sostituibilità" o meno fra servizi, che vengono proposti dall'all. B alla deliberazione in oggetto. Più in dettaglio, impostazione e modalità della relativa definizione appaiono necessitare sostanziali rettifiche che li allineino alla legittimità quanto meno con riguardo:
 - a. all'appello alla necessità di ripartire "*i contributi nel modo più ampio possibile*"; questa formula può produrre gravi equivoci e distorsioni concorrenziali, ove non sia accompagnata dalla precisazione *sostanziale* che sottolinei che detta equa ripartizione *presuppone* una previa individuazione dei servizi *effettivamente* sostitutivi, che sia operata secondo criteri *estremamente* restrittivi; *solo dopo* che la categoria sia stata delimitata in questo modo può valere l'appello a detto equo concorso che, per come scritto nel documento in esame, si presta a essere (fra)inteso come elemento in sé di rilievo primario e assoluto;

- b. al non corretto – e anche poco motivato – accantonamento del fattore-prezzo come elemento discretivo delle scelte dei consumatori, quanto alla valutazione circa la sostituibilità fra servizi; la quotidiana esperienza di mercato insegna infatti che fra ogni fascia di utenti l'elemento-prezzo ha importanza centrale nella scelta dei vari servizi offerti dal mercato (dentro e fuori il campo del servizio universale);
- c. alla valutazione di intercambiabilità ridotta alla considerazione dei soli termini finalistici (obiettivo del servizio) come se le altre variabili – prezzo in testa, come si è appena visto – fossero irrilevanti ai fini delle valutazioni di sostituibilità fra prodotti agli occhi dei loro acquirenti.

53. In ordine al quesito **D.15.1** deve quindi essere espressa valutazione di *non* condivisibilità del contenuto relativo dell'all. B alla deliberazione in oggetto, in quanto restano indeterminati, e comunque in linea di principio produttivi di un eccessivo allargamento della gamma di servizi sostitutivi (e dunque della platea di coloro che, prestando quei servizi, dovrebbero contribuire al Fondo di Compensazione) di quelli ricadenti nel servizio universale.

*

IV) Conclusioni.

54. Si insiste pertanto per l'accoglimento di tutte queste osservazioni, sia procedurali (richiesta di proroga del termine di presentazione delle osservazioni, ovvero riapertura dello stesso), sia di merito, tanto in ordine alla definizione del costo netto del servizio universale, quanto in ordine alla definizione dei presupposti ai quali fare capo per la definizione dell'ambito dei soggetti tenuti a concorrere al Fondo di Compensazione.

*

Con osservanza

Segrate, 8 luglio 2014

F.to Xplor Italia
(Il Presidente)
Enrico Barboglio

Xplor Italia
Via Cassanese 224 C.D. Milano Oltre – Pal. Tintoretto
20090 Segrate (MI)
Tel. 02 26927081
Fax 02 26951006