

## **Convergenze e divergenze nell'ordinamento delle comunicazioni: il caso della posta elettronica ibrida**, di *Alberto Massera*

Il caso della *posta elettronica ibrida* risulta assai significativo delle tendenze e delle contraddizioni in atto nel settore delle comunicazioni e nei relativi mercati.

Fin dall'origine sono apparsi chiari alle Autorità nazionale e sovranazionale preposte alla tutela della concorrenza il carattere innovativo di tale servizio, favorito dall'evoluzione dei mezzi di comunicazione e dalle diversificate esigenze delle imprese verso comunicazioni veloci e sicure, e quindi lo specifico valore aggiunto che esso apporta rispetto al servizio postale di base: il servizio di posta elettronica ibrida è stato infatti definito come “un'attività mista di posta elettronica/cartacea, caratterizzata dall'integrazione di vari processi”, che da un lato si qualifica per le diverse prestazioni addizionali svolte per ciascuna fase del processo, e dall'altro può ritenersi rientrare a pieno titolo tra i nuovi servizi, intesi, secondo quanto previsto dal punto 2.4 di una Comunicazione della Commissione europea del 1998<sup>1</sup>, come “le attività che consistono in una combinazione di nuove tecnologie di comunicazione e di alcuni elementi dei servizi postali”.

La descrizione della tipologia delle prestazioni ricomprese nel servizio di posta elettronica ibrida può utilmente essere tratta dalle definizioni contenute nel d.m. n. 333/1987, istitutivo del servizio pubblico di posta elettronica; esso, ai sensi dell'art. 1, è quella attività che consente: a) l'accettazione delle corrispondenze elettroniche che pervengono al servizio tramite i mezzi di telecomunicazione o su un supporto fisico (es. nastro magnetico); b) l'elaborazione e l'accumulo elettronico dei messaggi; c) il trattamento dei messaggi accettati ed il loro smistamento, tramite i mezzi di telecomunicazione, ai vari centri del sistema; d) la stampa su carta dei messaggi; e) il confezionamento (taglio, piegatura e imbustamento delle corrispondenze elettroniche) e loro inserimento nel flusso delle normali lavorazioni delle lettere; f) il recapito ai destinatari delle lettere tramite i servizi postali o le caselle postali elettroniche.

Purtuttavia, il servizio di posta elettronica ibrida è certamente, tra i c.d. nuovi servizi, uno di quelli che maggiormente hanno risentito delle incertezze e delle difficoltà del processo di liberalizzazione e di formazione di un mercato aperto alla concorrenza anche con imprenditori privati. Di fatto, come veniva evidenziato dall'analisi compiuta dall'Autorità Antitrust dei dati rilevanti per l'assetto economico del settore alla vigilia dell'emanazione del decreto legislativo per il recepimento della direttiva comunitaria del 1997 sui servizi postali, l'organismo postale pubblico risultava detenere una posizione dominante anche nel mercato della fornitura del servizio di posta elettronica ibrida, “in quanto attualmente l'unico operatore che, attraverso l'offerta del servizio PT Postel, integra al proprio interno tutte le fasi dell'attività di posta elettronica ibrida, dall'accettazione al recapito finale degli invii, senza distinzione di trattamento tra corrispondenza epistolare e non epistolare, e provvede al recapito di oltre l'80% dei

---

<sup>1</sup> *Comunicazione della Commissione sulla applicazione delle regole di concorrenza al settore postale e sulla valutazione di alcune misure statali relative ai servizi postali* (COM98/39).

messaggi prodotti per via elettronica in ambito nazionale”<sup>2</sup>. Anzi, un anno prima la stessa Autorità garante aveva potuto rilevare che “attualmente, la rete postale pubblica di Ente Poste [ora Poste Spa] rappresenta l’unica infrastruttura disponibile per il recapito della posta elettronica ibrida nei centri urbani minori e nelle aree extraurbane... Il mercato del servizio di recapito della posta elettronica ibrida si configura, quindi, come mercato a se stante e si caratterizza per la presenza assolutamente preminente di Ente Poste che vi opera attraverso la rete postale pubblica”<sup>3</sup>.

D'altronde, fin dalla sua istituzione e fino al d. lgs. n. 261/1999, benché qualificato come servizio pubblico (oltre al citato d.m. n. 333/1987, v. anche i dd.mm. n. 269/1988 e n. 260/1990), il servizio di posta elettronica (come neanche la fase del recapito della comunicazione mediante il supporto cartaceo per il tramite del servizio postale) mai fu ascritto all’area del servizio riservato; al contrario, l’art. 2, c. 19, l. n. 662/1996, prescrive che “i servizi postali e di pagamento per i quali non è esplicitamente previsto dalla normativa vigente un regime di monopolio legale sono svolti dall’Ente poste italiane e dagli altri operatori in regime di libera concorrenza”<sup>4</sup>.

Il d. lgs. n. 261/1999, nel recepire il contenuto essenziale della direttiva comunitaria e nel definire l’ambito dei servizi riservati, ha stabilito all’art. 4, c. 4, che “relativamente alla fase di recapito, sono compresi tra gli invii di corrispondenza [che possono essere riservati al fornitore del servizio universale] quelli generati mediante utilizzo di tecnologie informatiche”. In realtà, dunque, il legislatore nazionale, in sede di adattamento alla normativa europea, ha inteso ritagliare, nell’ambito di un servizio non riservato e non riservabile, in quanto estraneo, nella sua complessità, all’area del servizio universale non rilevando per la funzione sociale che è propria di quest’ultimo e per la sua finalità di succedaneo ad un fallimento del mercato, un segmento del primo (la fase del recapito dell’invio cartaceo in cui è stato trasformata la comunicazione elettronica), in quanto assimilabile ad una fase del servizio universale riservato; assimilazione con tutta evidenza compiuta sulla base di una valutazione di carenza di uno specifico valore aggiunto rispetto al (la fase corrispondente del) servizio tradizionale, per ricondurlo appunto all’area dei servizi riservati secondo il criterio della soglia di peso e di prezzo dell’invio, cioè secondo l’unico criterio che sembrava consentire al legislatore nazionale (anche in considerazione delle maglie che nel frattempo si erano allargate sul punto nella trama degli indirizzi comunitari ad opera della Comunicazione del 1998 della Commissione con riguardo alle “attività che consistono in una combinazione di nuove tecnologie di telecomunicazione e di alcuni elementi dei servizi tradizionali”) di non andare in contrasto con la direttiva comunitaria che precludeva comunque agli Stati membri di ampliare l’ambito della riserva.

Scelta dunque assolutamente discrezionale, questa del legislatore italiano. Come risulta a *contrariis* dalla posizione manifestata dall’Autorità Antitrust nel già citato parere del novembre 1998 e poi più specificamente e manifestamente nel parere reso dalla

---

<sup>2</sup> *Parere*, 26 novembre 1998, in *Bollettino*, 1999, n. 18.

<sup>3</sup> *Decisione*, n. 5528, 4 dicembre 1997, in *Bollettino*, 1997, n. 49.

<sup>4</sup> Interpretazione conforme sul punto anche in Autorità garante per la concorrenza e il mercato, *Parere*, 26 novembre 1998, cit., e in Commissione europea, *Decisione*, 21 dicembre 2000, n. 176, in *G.U.C.E.*, 2001, n. L 063.

stessa Autorità il 7 maggio 1999 sullo schema di decreto per il recepimento della direttiva comunitaria; scelta altresì unica nel panorama europeo in quanto sottopone a riserva la fase del recapito del servizio di posta elettronica ibrida a prescindere dalle particolari caratteristiche di tale fase<sup>5</sup>; scelta criticata anche nella dottrina giuridica ed economica<sup>6</sup>. Scelta poi però confermata dalla deliberazione del 22 dicembre 2000, assunta dal Ministro delle comunicazioni in qualità di Autorità di regolamentazione per il settore postale, nella quale, nel determinare, ai sensi dell'art. 23, c. 1, d.lgs. n. 261/1999, l'ambito della riserva nella misura necessaria al mantenimento del servizio universale, è nuovamente stabilito che “sono compresi tra gli invii di corrispondenza [appunto facenti parte della riserva secondo i criteri di peso e di prezzo] quelli generati mediante utilizzo di tecnologie telematiche” (art. 2, c. 2), nonché successivamente ancora dalla deliberazione n. 2915 del 18 dicembre 2002<sup>7</sup>.

L'opzione seguita circa le modalità di attuazione della direttiva 97/67 da parte del legislatore italiano ha d'altronde indotto la Commissione europea ad avviare, il 16.5.2000, un procedimento di infrazione contro l'Italia per violazione dell'art. 86 (ex 90), in combinato disposto con l'art. 82 (ex 86) del Trattato CE. D'altro canto, sulla questione della configurazione del servizio di posta elettronica ibrida aveva avuto modo di esprimersi, alla vigilia dell'adozione del decreto legislativo di recepimento della direttiva comunitaria, anche l'Autorità Antitrust italiana, in forza della denuncia, da parte di una impresa privata, di comportamenti ritenuti lesivi della concorrenza posti in essere ad opera dell'ente fornitore del servizio universale e appunto inerenti il servizio in oggetto.

In tale sede, richiamando altresì il già menzionato parere del 26 novembre 1998 avente per oggetto lo schema di regolamento inerente la disciplina del servizio di posta elettronica ibrida, l'Autorità Antitrust ha rilevato: a) che tale servizio “si differenzia oggettivamente dal servizio di base e presenta, rispetto a quest'ultimo, uno specifico valore aggiunto”, consistente nelle “numerose prestazioni addizionali, che interessano sia le fasi di accettazione, smistamento e stampa, sia la fase di recapito finale”, per cui il nuovo servizio non può considerarsi “una mera evoluzione” del servizio postale tradizionale, proprio in ragione di quelle prestazioni addizionali che sono fruibili in ciascuna fase; b) che, sulla base di tali caratteristiche, si devono ritenere non sussistenti le esigenze giustificative dell'estensione del monopolio legale del servizio postale di base ai nuovi mercati dei servizi a valore aggiunto, quali il servizio della posta elettronica ibrida e il recapito della medesima, in quanto essi “non assolvono la funzione sociale propria del

---

<sup>5</sup> Cfr. Commissione europea, *Decisione*, 21 dicembre 2000, cit.

<sup>6</sup> Per la prima v. N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 257; per la seconda U. Arrigo e M. Beccarello, *L'ampliamento del monopolio postale in Italia: tutela del servizio universale o dell'inefficienza del gestore?*, in *MCR*, 2000, pp. 599ss., secondo i quali “nella regolamentazione del mercato italiano dei servizi postali, realizzata a partire dal recepimento della direttiva comunitaria, gli operatori che desiderano offrire servizi nell'area della universalità sono costretti a spazi esigui, e molto minori rispetto agli anni precedenti, al fine di consentire all'incaricato del servizio universale di poter continuare a operare in condizioni di inefficienza. L'attuazione della direttiva comunitaria in Italia ha peggiorato la possibilità di processi competitivi nel mercato dei servizi postali”; valutazione questa peraltro a sua volta in buona misura contestata, *sulla stessa rivista*, 2001, pp. 343ss., da V. Visco Comandini, *Il sogno del regolatore è divenuto realtà? Come calcolare il costo efficiente del servizio universale nel settore postale e vivere felici*.

<sup>7</sup> Quest'ultima deliberazione è stata assunta dal Ministero in attesa del recepimento della dir. 2002/39/CE, della quale alcune disposizioni hanno natura autoapplicativa.

monopolio postale”; c) che l’impresa operante in posizione dominante nell’attività di recapito della posta elettronica ibrida, sia essa ascrivibile o meno all’area della riserva ma costituendo tale attività comunque “la fase finale di un processo produttivo unitario”, è tenuta a rispettare le norme a tutela della concorrenza di cui alla legge n. 287/1990, in particolare per quanto riguarda l’accesso alla rete di recapito al fine della consegna della posta elettronica ibrida<sup>8</sup>.

Dal canto suo, nella decisione del 21 dicembre 2000, con la quale ha concluso il procedimento avviato, come già detto, nel maggio dello stesso anno, la Commissione europea ha sancito: a) che il mercato del servizio di recapito non tradizionale, comprendente la garanzia di recapito a data e ora certe, e quello di recapito tradizionale differiscono in maniera significativa sia per le relative caratteristiche sia per le esigenze cui rispondono, e quindi il primo non è una mera evoluzione o un mero adattamento del secondo; b) che l’art. 4, c. 4, d. lgs. n. 261/1999, conferendo all’operatore postale pubblico un diritto esclusivo anche per la fase di recapito del servizio di posta elettronica ibrida, comporta, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, che l’impresa monopolista può essere considerata occupare una posizione dominante nel relativo mercato ai sensi dell’art. 82 del Trattato; c) che tale disposizione, riservando un mercato contiguo ma distinto, “viola l’art. 86, par. 1, in combinato disposto con l’art. 82, indipendentemente dal fatto che il gestore pubblico sia o meno già operativo su tale distinto mercato”. Richiamando, infatti, quanto sancito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Höffner* del 1991, la Commissione rileva che, “nella misura in cui l’estensione dell’area riservata al servizio di recapito a data od ora certe induce Poste italiane a fornire tale modalità di recapito, l’art. 4, c. 4, del decreto comporta l’estensione della posizione dominante di Poste italiane dal mercato del servizio di recapito tradizionale al mercato vicino ma distinto del recapito a data od ora certe; nella misura in cui Poste italiane non offre il servizio a data od ora certe, l’art. 4, c. 4, del decreto induce Poste italiane, attraverso il semplice esercizio del diritto esclusivo, a limitare l’offerta del servizio in questione, dal momento che esso preclude agli operatori privati la possibilità di soddisfare la particolare domanda di recapito garantito a data e ora certe”.

In buona sostanza, le Autorità poste a presidio della concorrenza, sia quella nazionale che quella comunitaria, sembrano esprimere un orientamento convergente verso la progressiva riduzione dell’area del servizio universale riservato (anche se non del servizio universale riconosciuto per garantire la funzione di coesione sociale e territoriale del servizio postale ai sensi dell’art 16 del Trattato CE), corrispondente, peraltro in misura sempre più ridotta, al tradizionale servizio postale di base, che riguarda l’invio di corrispondenza epistolare cartacea il cui prezzo e il cui peso siano inferiori a determinati limiti espressamente prefissati dalla normativa comunitaria (dir. 97/67 e, più recentemente, dir. 2002/39); l’ibridazione del servizio di posta elettronica, almeno nella fase del recapito, induce incertezze ed ambiguità nella qualificazione della relativa attività, ove la trasformazione nel supporto cartaceo del messaggio formato e trasmesso con lo strumento telematico sembra favorire l’assimilazione dell’ultima fase del servizio prestato

---

<sup>8</sup> Autorità Antitrust, *Decisione* n. 6698 (A218), 17.12.1998, in *Bollettino*, 1999, n. 51.

– la consegna all’utente – alla stessa fase del servizio tradizionale, dal quale peraltro viene di nuovo ad essere allontanato se e nella misura in cui la distinzione tra servizio di recapito tradizionale e servizio di recapito nuovo è collegata non alle modalità di produzione dell’invio di corrispondenza ma in specie alle diverse caratteristiche e alle diverse esigenze che i due servizi soddisfano (secondo il criterio seguito nella decisione della Commissione europea), con la conseguenza che la distinzione dei relativi mercati può essere accertata solo ove sia riscontrata l’esistenza di tali caratteristiche ed esigenze (come nel caso del recapito di posta elettronica a data ed ora certe)<sup>9</sup>.

Da tutto ciò è derivato un duplice risultato. Per un verso, il legislatore italiano si è prontamente adeguato alla decisione della Commissione, seppure con un recepimento alquanto tormentato (sono intervenute ben due circolari e tre ordinanze del giudice amministrativo)<sup>10</sup>, e per così dire, di tipo minimale, sia per lo strumento adottato (appunto, una circolare), sia per la disciplina disposta che, seppure dettata dal Ministro delle comunicazioni in qualità di Autorità nazionale per la regolamentazione del settore, segue una interpretazione decisamente restrittiva della portata della decisione della Commissione, riportando il regime del servizio di recapito della posta elettronica ibrida a data od ora certe (ma solo quello) al regime della autorizzazione generale. Per altro verso, la più recente direttiva comunitaria ha preferito non risolvere le questioni in gioco nel caso della posta elettronica ibrida, anzi ribadendo, nel Considerando n. 14, l’opportunità di prevedere un approccio graduale all’ulteriore apertura del mercato relativo al servizio postale<sup>11</sup>.

A fronte delle non poche incongruenze emerse dalla vicenda così come ricostruita, appare dunque opportuno ripartire dai punti fermi di contesto, risultanti dalle disposizioni di diritto positivo nonché dagli indirizzi giurisprudenziali e delle Autorità per la tutela della concorrenza. In primo luogo va tenuto per presupposto che: a norma dell’art. 1, c. 2, d. lgs. n. 261/1999, per “servizi postali” devono intendersi “i servizi che includono la raccolta, lo smistamento, il trasporto e la distribuzione degli invii postali”, che per “rete postale pubblica” deve intendersi “l’insieme dell’organizzazione e dei mezzi di ogni tipo utilizzati dal fornitore del servizio universale che consentono in particolare: a) la raccolta, dai punti di accesso sull’insieme del territorio, degli invii postali coperti dall’obbligo di servizio universale; b) il trasporto e il trattamento di tali invii dal punto di accesso alla rete postale fino al centro di distribuzione; c) la distribuzione all’indirizzo indicato sull’invio”; che il legislatore italiano, pur non essendovi *stricto sensu* vincolato dalla normativa comunitaria, ha ricompreso nei servizi riservati anche gli invii di corrispondenza generati mediante l’utilizzo di tecnologie telematiche (art. 4); che tale riserva, peraltro, deve essere riconosciuta nei limiti del servizio strettamente assimilabile, per le sue caratteristiche, al recapito come segmento finale del servizio tradizionale di

<sup>9</sup> Per una critica specifica alla decisione della Commissione v. peraltro A. Perrazzelli e A. Fratini, *The Liberalization of Italian Postal Services and the Case of ‘Special Services’*, in *The Liberalization of Postal Services in the European Union*, The Hague, Kluwer, 2002, pp. 279ss.

<sup>10</sup> Ministero delle comunicazioni, circ. n. 208/2001 e n. 1225/2001; T.A.R. Lazio, 14 maggio.2001, n. 3212 (ined.) e 25 luglio 2001, n. 4842, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 2626, C. S., 26.9.2001, n. 5395 (ined.). L’adeguamento alla decisione della Commissione sul punto è peraltro ora passato nell’art. 4 d. lgs. n. 384/2003, per il recepimento della dir. 2002/39/CE, che ha conseguentemente modificato il c. 3 dell’art. 4 d. lgs. n. 261/1999.

<sup>11</sup> Sulla dir. 2002/39/CE v. il commento di L. Magrone, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pp. 1082ss.

base; che tale segmento del servizio deve comunque ritenersi costituire un mercato indipendente rispetto ai mercati connessi alle altre fasi di svolgimento del servizio di posta elettronica ibrida, che sono tutti distinti in relazione alle esigenze diverse di categorie differenti di utenti (utenti privati, utenti professionali) e da intendersi sottratti alla riserva, quindi assoggettati al principio della concorrenza regolata, in maniera forte o debole, dal rilascio di licenze individuali o di autorizzazioni generali da parte dell'Autorità nazionale di regolamentazione (artt. 2, 5 e 6).

In secondo luogo, occorre rimettere in primo piano i principi cardine del diritto comunitario per l'area dei servizi pubblici, ricordando che da un lato il riconoscimento di diritti speciali ed esclusivi al fornitore del servizio universale deve avvenire secondo criteri di indispensabilità e proporzionalità rispetto alla sua missione di interesse economico generale, dall'altro che vanno ridotti lo spazio e la portata di tutti quei diritti che in realtà sono da ritenersi esterni all'area del servizio universale, con la necessità quindi di rilevare pratiche abusive laddove si manifestino. Viene conseguentemente in primaria evidenza la questione delle modalità di regolamentazione e di attuazione del diritto di accesso e di interconnessione degli operatori del settore alla rete postale pubblica e delle relative condizioni, in quanto "i diritti di accesso e di interconnessione sono regole giuridiche che assumono le caratteristiche di regole del gioco"<sup>12</sup>.

Se il presupposto è, come ha affermato la Corte di giustizia comunitaria<sup>13</sup>, che "un sistema di concorrenza non falsata, come quello previsto dal Trattato, può essere garantito solo se sono garantite pari opportunità tra vari operatori economici", ne discende necessariamente che "l'accesso deve essere garantito a tutti gli utenti in funzione delle loro esigenze, siano essi utenti diretti o intermediari"<sup>14</sup> e a condizioni equivalenti, anche rispetto a quelle praticate nei confronti di imprese eventualmente possedute o controllate dal soggetto titolare della risorsa essenziale (art. 2-*quater* l. n. 287/1990): infatti, "la regolamentazione delle condizioni di accesso alla rete del monopolista è indispensabile al fine di evitare il rischio, insito in un mercato solo parzialmente liberalizzato nel quale il monopolio continua a sopravvivere, che l'operatore con rilevante potere di mercato utilizzi il proprio dominio sulla rete postale per impedire l'ingresso di nuovi concorrenti. Una tale regolamentazione è importante tanto per gli utenti quanto per gli operatori che svolgono la propria attività in regime concorrenziale, sia che essi appartengano allo Stato del monopolista sia che appartengano ad altri Stati membri"<sup>15</sup>.

Nel caso italiano, se è vero che attraverso l'iscrizione della fase del recapito della posta elettronica ibrida all'area del servizio riservato il legislatore ha conferito al fornitore del servizio universale un diritto esclusivo e che il titolare di un monopolio legale è *in re ipsa* collocato in posizione dominante nel relativo mercato, l'accesso alla rete postale pubblica, come risorsa scarsa, da parte dell'operatore che in proprio o mediante intermediario (come specialmente nel caso degli utenti professionali) svolge una o più

---

<sup>12</sup> M. Conticelli, *I diritti di accesso e di interconnessione nella nuova disciplina dei pubblici servizi a rete*, in *MCR*, 2001, p. 405.

<sup>13</sup> Sentenza 13 dicembre 1991, c.-18/88, *Gb-Inno-Bm SA*, in *Racc.*, 1991, I, 5941.

<sup>14</sup> L. Magrone, *Le poste*, in *Tratt. dir. amm. Dir. amm. spec.*, a cura di S. Cassese, t. III, 2° ediz., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 2323ss *Le poste*, cit., p. 2347.

<sup>15</sup> E. Santa Maria, *La liberalizzazione dei servizi postali*, in *Dir. U.E.*, 2001, pp. 119ss., p. 140.

delle fasi del servizio (raccolta, instradamento, presmistamento), e più ancora l'interconnessione con la parte della rete stessa preposta al recapito come risorsa essenziale, senza la quale l'infrastruttura dell'operatore privato agente nelle fasi dell'offerta di nuovi servizi a monte del recapito si troverebbe in condizioni di fattuale inutilità, risultano imprescindibili ai fini del concreto esercizio dell'attività economica in questione; gli ostacoli che il comportamento del monopolista legale frapponesse a tali iniziative configurerebbero una fattispecie per l'appunto di abuso di posizione dominante, contrario come tale alle prescrizioni di cui agli artt. 82-86 del Trattato istitutivo della Comunità europea e alla l. n. 287/1990.

Ciò in quanto, come rilevava l'Autorità Antitrust già in un primo momento nella sopra citata decisione n. 5528/1997, "occorre tener presente che l'accesso alla rete postale pubblica costituisce una condizione indispensabile per poter operare nel mercato della posta elettronica ibrida, non essendo altrimenti economicamente possibile il recapito della posta di cui trattasi nelle aree interurbane e ai centri urbani minori", e poi ancora nel parere del 7 maggio 1999, la definizione delle regole di accesso alla rete postale "rappresenta una priorità essenziale al fine di garantire il mantenimento dell'offerta di servizi ad oggi svolti dagli operatori privati, nonché di assicurare la parità di trattamento tra tutti i soggetti economici presenti sul mercato", perché comunque la rete postale pubblica, al di là della questione della sua duplicabilità, appare corrispondere al criterio, seguito dalla Corte di giustizia europea<sup>16</sup>, per cui essa è l'infrastruttura in grado di consentire di raggiungere una percentuale significativa di utenti.

Coerentemente al contesto sopra enunciato e sulla scorta di quanto affermato al punto 8 della Comunicazione del 1998 della Commissione europea in materia, l'art. 2, c. 2, lett. h), d.lgs. n. 261/1999 prevede che l'Autorità di regolamentazione "promuove l'adozione di provvedimenti intesi a realizzare l'accesso alla rete postale pubblica in condizioni di trasparenza e non discriminazione". Ancor prima dell'emanazione di tale decreto, per il vero, il Ministero delle comunicazioni aveva provveduto ad elaborare uno schema di regolamento inerente la disciplina del servizio di posta elettronica ibrida; su tale schema l'Autorità Antitrust aveva espresso, come già riportato, parere parzialmente negativo, proprio in relazione ai requisiti, attestati su di una soglia eccessivamente elevata, che venivano richiesti all'operatore privato per l'accesso alla infrastruttura essenziale per il servizio di recapito degli invii di posta elettronica ibrida, traducendosi in condizioni discriminatorie a fronte dell'operatore già insediato e quindi con il rischio di indurre in comportamenti abusivi della già esistente posizione dominante: "in conclusione, - si può leggere nel parere - l'Autorità ritiene che, qualora lo schema di regolamento comunicato venisse adottato, esso comporterebbe l'estensione del monopolio legale all'attività di recapito della posta elettronica ibrida epistolare che costituisce la mera fase finale di un servizio a valore aggiunto liberalizzato, secondo i principi del diritto comunitario"<sup>17</sup>.

Il Ministero ha così ripiegato, successivamente, sul meno impegnativo strumento di un decreto del Segretario generale del Ministero medesimo, avente la data del 18

---

<sup>16</sup> Sentenza 26 novembre 1998, c.- 7/97, *Bronner*, in *Racc.*, 1998, I, 7791.

<sup>17</sup> *Parere*, 26 novembre 1998, cit.

febbraio 1999, più modestamente recante “autorizzazione transitoria all’espletamento del servizio di recapito di posta elettronica ibrida”. Il Ministero ha cioè abbandonato la strada dell’atto normativo, avente capacità produttiva di effetti diretti nell’ambito dell’ordinamento generale, e quindi nei confronti dei terzi, che è propria del regolamento, per seguire quella (peraltro di dubbia legittimità, viste le competenze prevalentemente non di amministrazione attiva proprie della figura del Segretario generale del Ministero) dell’atto autorizzativo il fornitore del servizio universale riservato a consentire l’accesso alla rete postale pubblica agli operatori in grado di consegnare un quantitativo minimo per pezzi lavorati e aree territoriali di consegna fissato nel decreto stesso, in tal modo reiterando una discutibile prassi dell’amministrazione postale, di disporre discipline generali con rilevanza esterna mediante atti interni (circolari) o comunque inidonei allo scopo<sup>18</sup>. Atto che anche nei suoi contenuti specifici presenta peraltro una molteplicità di motivi di perplessità, perché, in primo luogo, è impostato secondo una logica tutto sommato opposta a quella del diritto comunitario, ove l’accesso è di norma concesso solamente a fronte di richieste che siano ritenute ragionevoli, prefigurando quindi la possibilità di una soglia massima di domanda soddisfatta per operatore per non compromettere la capacità complessiva della rete ed evitare un ingiusto trasferimento di una posizione di notevole forza di mercato dal monopolista al nuovo entrante (come nel caso delle telecomunicazioni), mentre in questo caso, come si è visto, viene fissato per consentire l’accesso un limite *minimo* di pezzi lavorati e di aree territoriali coperte; perché, in secondo luogo, è dubbio ritenere che le condizioni di accesso rispettino pienamente il dettato stabilito dalla Commissione europea nella Comunicazione del 1998, ove è previsto che tali condizioni siano offerte su base non discriminatoria e consentano agli intermediari di scegliere tra i punti di accesso disponibili nella rete postale pubblica; perché, in terzo luogo, limiti all’iniziativa privata di terzi risultano posti indirettamente da un atto di regolazione avente per oggetto il comportamento del fornitore del servizio universale riservato su di un mercato distinto, seppure strettamente contiguo con i mercati, invece liberalizzati, su cui operano i terzi stessi, e che è stato formulato secondo parametri non verificati, quindi in definitiva in modo non trasparente, che possono comunque sortire un effetto di limitazione del numero degli operatori e di imposizione delle condizioni di offerta.

In definitiva, l’analisi svolta ha messo a fuoco, quasi paradossalmente, un fallimento della regolazione, che non appare aver combinato con la dovuta efficacia la dinamicità e la flessibilità proprie del mondo delle telecomunicazioni con la strutturale lentezza all’apertura del monolitico servizio postale tradizionale<sup>19</sup>; per cui, pur tenendo conto che per un verso proprio il fatto che in un determinato mercato vi sia un’impresa dominante, là il grado di concorrenza è già sminuito, ma che per altro verso la responsabilità dell’impresa dominante dipende anche dalle caratteristiche specifiche del mercato rilevante<sup>20</sup>, è all’autoregolazione dei soggetti presenti nel mercato stesso che è da

---

<sup>18</sup> Cfr., per il passato immediatamente precedente al periodo qui preso in considerazione, G. Privitera, *Monopolio postale*, in G. Falcon, *Pubblico e privato nel servizio postale*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 119ss., p. 134.

<sup>19</sup> I cinefili ricorderanno ‘*Jour de fête*’ di Jacques Tati...

<sup>20</sup> V., per il primo aspetto, Autorità Antitrust, *Parere*, 26 novembre 1998, cit., per il secondo, Trib. I° grado C.E., 6 ottobre 1994, T-83/91, *Tetra Pak II*, punti 114, 115 e 155, in *Racc.*, 1994, II, 755. Così, ad es., risulterebbero discriminatorie pratiche che avvalendosi dell’integrazione tra le varie fasi del servizio ponessero l’operatore in

ritenere rimessa la conformità dei concreti comportamenti alla normativa comunitaria e alla normativa antitrust, che finirà quindi per essere strettamente dipendente, per larga parte, dalla coerenza dei contenuti contrattuali, che nei casi di specie regoleranno i rapporti tra i vari protagonisti del servizio di posta elettronica ibrida e tra questi e gli utenti.

---

posizione ingiustificatamente avvantaggiata a fronte della frammentazione dell'offerta dei soggetti presenti in singole fasi, che pure sono legittimati a prendere il servizio postale non come "un blocco monolitico" e a scegliere il punto di accesso che più gli conviene a condizioni non discriminatorie: cfr. L. Flynn, *Access to the Postal Network: the Situation after Bronner*, in *The Liberalization of Postal Services*, cit., pp. 181ss. Da questo punto di vista appare peraltro rilevante l'obbligo per il fornitore del servizio universale, introdotto da ultimo dall'art. 6 d. lgs. n. 384/2003, di "operare affinché i prezzi e le tariffe tengano conto dei costi evitati rispetto ad un servizio ordinario coprente la gamma completa dei servizi offerti" (c.d. immissione di invii *downstream*: v. in proposito L. Magrone, *op. cit.*, in *Giorn. dir. amm.*).