

SP157 - H3G/CONDOTTE POSTE ITALIANE E POSTEMOBILE

Provvedimento n. 25795

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 16 dicembre 2015;

SENTITO il Relatore Dottoressa Gabriella Muscolo;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO in particolare l'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge n. 287/90 ai sensi del quale al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese di cui al comma 2 dell'articolo 8 della legge n. 287/90, rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi di cui al comma 2-*bis* della medesima legge beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del medesimo comma 2, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti;

VISTO il D.P.R. 30 aprile 1998 n. 217;

VISTA la denuncia di H3G S.p.A. del 19 gennaio 2015;

VISTA la propria delibera del 27 maggio 2015, con la quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, nei confronti di Poste Italiane S.p.A. per accertare la violazione dell'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge n. 287/90;

VISTA la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI), inviata alle parti in data 29 ottobre 2015;

SENTITI in audizione finale, in data 30 novembre 2015, i rappresentanti di H3G S.p.A., Poste Italiane S.p.A. e Poste Mobile S.p.A.;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. PREMESSA

1. Il 27 maggio 2015 l'Autorità ha avviato, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, un'istruttoria nei confronti di Poste Italiane S.p.A. (di seguito Poste Italiane o Poste) volta ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge n. 287/90, poste in essere dalla sopra indicata società nel settore dei servizi di telefonia mobile e dei servizi postali. In particolare, sulla base di una denuncia presentata da H3G S.p.A.¹ (di seguito H3G), l'istruttoria ha avuto ad oggetto la violazione, da parte di Poste, degli obblighi di accesso, a condizioni equivalenti a quelle accordate con la propria controllata Poste Mobile S.p.A. (di seguito Poste Mobile), a beni o servizi di cui Poste stessa abbia la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività di interesse generale svolte. Tale violazione, come si vedrà, è avvenuta negando tale accesso al denunciante H3G, concorrente di Poste Mobile.

2. A seguito dell'istanza pervenuta in data 10 giugno 2015, la società Poste Mobile è stata ammessa, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera *b*), del D.P.R. n. 217/98 a partecipare al presente procedimento.

3. A seguito delle istanze pervenute in data 6 e 16 luglio 2015 anche le società Fastweb S.p.A. e Vodafone Omnitel BV, in quanto operatori di telecomunicazioni tra i principali concorrenti di Poste Mobile, sono state ammesse, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera *b*), del D.P.R. n. 217/98 a partecipare al procedimento.

II. LE PARTI DEL PROCEDIMENTO

4. Poste Italiane, società capogruppo dell'omonimo Gruppo Poste Italiane, è stata trasformata da Ente Pubblico Economico in società per azioni a partire dal 28 febbraio 1998. Poste Italiane è quotata alla borsa di Milano dal 27 ottobre 2015. Poste Italiane è controllata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze italiano che detiene una quota di azioni pari al 65% del capitale sociale.

5. Il Gruppo Poste Italiane è attivo nella prestazione di una vasta gamma di servizi postali e non ed è il gestore incaricato del servizio postale universale in Italia. Ai sensi dell'articolo 4 del Decreto Legislativo. 22 luglio 1999 n. 261, Poste Italiane è titolare di un'attività riservata relativa ai servizi inerenti le notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890, e ai i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all'articolo 201 del Decreto Legislativo 30 aprile 1992, n. 285. Poste Italiane è un gruppo verticalmente integrato e, direttamente o tramite sue controllate, è attivo nella prestazione di tutti i servizi postali interamente liberalizzati e a valore aggiunto.

¹ [Cfr. doc. 1, denuncia H3G, p. 3.]

6. Poste Italiane è attiva nel mercato delle telecomunicazioni mobili attraverso la controllata Poste Mobile S.p.A.. Il fatturato realizzato dal Gruppo Poste Italiane nel 2014 (dati bilancio consolidato 2014) è stato pari a circa 19,6 miliardi di euro. Il fatturato realizzato da Poste Mobile nel 2014 (dati bilancio 2014) è stato pari a circa 3,25 milioni di euro.

7. H3G è una società controllata dalla società Hutchison 3G Italy Investments S.a.r.l., che detiene il 97,5% del capitale sociale. H3G è attiva nel settore delle telecomunicazioni e nella fornitura di contenuti televisivi e nella fornitura al pubblico di servizi ad accesso condizionato, in tecnologia DVB-H (Digital Video Broadcasting Handheld). Il fatturato realizzato da H3G in Italia nel 2014 (dati bilancio 2014) è stato pari a circa 1,9 miliardi di euro. Il 6 agosto 2015 CK Hutchison Holdings Ltd., società che controlla H3G e VimpelCom Ltd., società che controlla Wind Telecomunicazioni S.p.A., hanno annunciato un progetto di concentrazione attraverso la creazione di una Joint Venture.

III. L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA SVOLTA

8. In data 19 gennaio 2015 è pervenuta una segnalazione da parte di H3G, integrata in data 26 marzo e 2 aprile 2015, con la quale la predetta società ha rappresentato di aver richiesto a Poste Italiane l'accesso ai beni e servizi di cui Poste ha la disponibilità esclusiva in relazione alla gestione del servizio universale a condizioni equivalenti a quelle offerte alla controllata Poste Mobile, ai sensi dell'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge n. 287/90. H3G ha affermato che Poste Italiane ha adottato comportamenti dilatori non consentendo, di fatto, l'accesso ai sensi dell'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge n. 287/90.

9. In seguito all'analisi della denuncia, l'Autorità ha deliberato, nell'adunanza del 27 maggio 2015, l'avvio di un procedimento istruttorio nei confronti di Poste Italiane. Contestualmente l'Autorità ha deliberato di procedere ad accertamenti ispettivi presso le sedi di Poste Italiane e Poste Mobile, effettuati il 4 giugno 2015.

10. Nello svolgimento dell'attività istruttoria sono state sentite in audizione in data 17 luglio 2015 e 27 ottobre Poste Italiane e in data 18 luglio 2015 Poste Mobile.

In data 30 novembre 2015, inoltre, sono state sentite in audizione finale innanzi al Collegio le società H3G, Poste Italiane e Poste Mobile.

11. Le società parti del procedimento hanno in più occasioni esercitato il diritto di accedere agli atti del fascicolo.

IV. IL SETTORE COINVOLTO

12. L'obbligo di cui all'articolo 8, comma 2 *quater*, della legge n. 287/90, nel presente caso, dev'essere inquadrato nell'ambito del settore dei servizi di telefonia mobile, già analizzato dall'Autorità in numerosi precedenti². In particolare, nel sopra indicato settore operano sia gli operatori di rete mobile (MNO), sia gli operatori mobili virtuali (MVNO) i quali svolgono attività prevalentemente in qualità di ESP (*Enhanced Service Providers*) e si avvalgono della rete dei MNO. Come si è visto, H3G è un MNO mentre Poste Mobile è un MVNO.

13. Due sono le principali categorie alle quali possono essere ricondotti gli MVNO attivi nel mercato italiano: una prima categoria è costituita da imprese attive nella grande distribuzione organizzata (Auchan, Carrefour, Coop) e nella fornitura di servizi di pubblica utilità (Poste Italiane), le quali cercano di sviluppare la commercializzazione di servizi mobili in una logica di estensione del marchio e sfruttamento della propria rete distributiva per l'ingresso in settori quali l'*e-banking* o l'*e-payment* (Poste Mobile e Noverca). Una seconda categoria comprende sia operatori di telefonia fissa (Fastweb, Tiscali, DigiTel), interessati prevalentemente a forme di offerte convergenti di tipo fisso-mobile, sia operatori virtuali che focalizzano la propria offerta per soddisfare specifici segmenti di clientela (Daily Telecom, PLDT, Astelit).

14. Con riferimento ai canali distributivi, si osserva che gli operatori di telefonia mobile commercializzano i rispettivi prodotti attraverso molteplici canali distributivi, costituiti in particolare dai punti vendita della Grande Distribuzione Organizzata e dai punti vendita specializzati nell'informatica e nel "*consumer electronics*", nonché dai punti vendita specializzati nelle telecomunicazioni. Accanto ai punti vendita di proprietà degli operatori mobili, vi sono i punti vendita in *franchising*, che distribuiscono esclusivamente prodotti e servizi a marchio di uno specifico operatore nonché numerosi altri punti vendita indipendenti c.d. *multibrand*, che distribuiscono i prodotti e i servizi di più operatori. I punti vendita di proprietà sono numericamente limitati e generalmente ubicati nei centri di maggiore importanza (es. capoluoghi di Regione)³. PosteMobile usufruisce dell'intera rete di uffici postali (circa 13.300 capillarmente diffusi su tutto il territorio italiano).

V. I BENI E SERVIZI RESI DISPONIBILI A POSTE MOBILE

15. Poste Italiane ha comunicato, ai sensi dell'articolo 8, comma 2 *ter*, della legge n. 287/90, la costituzione di Poste Mobile il 6 dicembre 2007. Nella comunicazione Poste ha precisato che «*l'eventuale offerta alla nuova società di beni e servizi di cui Poste Italiane S.p.A. ha la disponibilità quale fornitore del servizio postale universale avverrà alle normali*

² [Cfr. da ultimo da ultimo il caso I757, *Ostacoli all'accesso al mercato di un nuovo operatore di telefonia mobile*, provv. 25229 del 11 dicembre 2014 di chiusura del caso I757, in boll. 50/2014.]

³ [Cfr. provv. 25229 del 11 dicembre 2014 di chiusura del caso I757, in boll. 50/2014.]

condizioni di mercato, sulla base di appositi contratti di servizio. L'accesso, da parte di imprese concorrenti della costituenda Società, agli stessi beni e servizi eventualmente resi disponibili da Poste Italiane alla predetta società verrà reso possibile a condizioni equivalenti»⁴.

16. In sede ispettiva sono stati acquisiti i contratti che, fin dal 2009, disciplinano i rapporti commerciali in merito all'utilizzo della rete tra Poste Italiane e Poste Mobile⁵.

17. In particolare, il 3 luglio 2009 Poste e Poste Mobile hanno concluso un "accordo quadro di servizio"⁶ avente ad oggetto la regolamentazione dei rapporti relativi alla messa a disposizione da parte di Poste di beni e servizi a vantaggio di Poste Mobile. Nell'accordo è previsto che «in relazione a ciascun rapporto, le parti predisporranno singoli atti esecutivi volti a disciplinare la specifica prestazione da parte di Poste alla controllata» (articolo 2) e che «i corrispettivi per la messa a disposizione di Beni e Servizi saranno stabiliti tenendo in considerazione le complessive strategie del Gruppo Poste Italiane e i prezzi praticati sul mercato per attività simili» (articolo 4).

18. In attuazione di quanto previsto nell'accordo quadro, Poste Mobile e Poste Italiane hanno stipulato, il 27 gennaio 2010, un accordo attuativo disciplinante le condizioni tecnico-economiche di messa a disposizione dei beni e servizi. A tale accordo sono seguiti tre accordi modificativi. Di seguito verranno descritti sinteticamente i vari accordi fino ad arrivare a quello, attualmente vigente, del 18 aprile 2014.

19. L'accordo attuativo, come si è detto, è stato stipulato il 27 gennaio 2010 e disciplina «la messa a disposizione da parte di Poste a Poste Mobile della propria rete di uffici postali unitamente alla fornitura di servizi professionali di distribuzione e commercializzazione» (articolo 2). In particolare, Poste si è impegnata a «distribuire e commercializzare, attraverso l'intera rete degli uffici postali e dei Depositi Territoriali (di seguito complessivamente denominata "canali fisici") le SIM e le Scratch Card di Poste mobile [...] fornendo altresì i seguenti servizi accessori:

- Servizi di informazione intesi come attività propedeutiche alla vendita stessa dei prodotti e servizi mobili di comunicazione elettronica forniti da Poste Mobile [...];
- Servizi di post vendita intesi come attività che potranno rendersi necessarie al fine del funzionamento dei servizi Poste Mobile, ovvero ad oggi: sostituzione sim card, vendita ricarica da sportello e da ATM [...];
- Servizio di distribuzione delle SIM vendute attraverso il canale web [...]» (articolo 2).

20. I compensi che Poste Mobile versa a Poste Italiane sono previsti nell'allegato A all'accordo attuativo, denominato "piano dei compensi, condizioni e modalità di fatturazione e pagamento". Con riferimento all'accordo attuativo in esame, i compensi previsti erano i seguenti:

Tabella 1: condizioni economiche 2010*

Compensi attivazione SIM	rimborso costi logistica materiali obsoleti
omissis	

Fonte: articolo 1 allegato A accordo attuativo 27 gennaio 2010.

21. L'accordo attuativo del 2010 è stato modificato dall'accordo modificativo del 12 settembre 2012 che ha sostituito l'allegato A "piano dei compensi, condizioni e modalità di fatturazione e pagamento", prevedendo le seguenti nuove condizioni economiche.

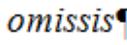
Tabella 2: condizioni economiche 2012

⁴ [Cfr. comunicazione di Poste del 6 dicembre 2007, doc. 55, p. 5.]

⁵ [Si vedano in particolare i doc. da 13 a 21, reperiti presso Poste Italiane e da 48 a 52, reperiti presso Poste Mobile.]

⁶ [Cfr. doc. 48.]

* [Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]

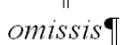
compensi attivazione SIM	rimborsi costi logistica materiali obsoleti	compenso sul valore clienti di PM acquisiti sul canale MP	compenso per la messa a disposizione della rete	contributo per le attività di animazione commerciale
				

Fonte: allegato A accordo modificativo del 12 settembre 2012 doc. 15

22. Come si evince dalla tabella 2, rispetto all'accordo iniziale sono stati inseriti diversi nuovi compensi tra i quali assume particolare rilievo il compenso forfettario per la messa a disposizione della rete (colonna 4: [omissis]) e il compenso sul valore clienti di PM acquisiti sul canale MP (mercato privati di Poste Italiane/rete postale), pari al [omissis]% dei ricavi di Poste Mobile sul mercato *consumer* (colonna 3).

23. Il terzo accordo modificativo delle condizioni di accesso ai servizi di Poste Italiane è stato firmato il 23 settembre 2013 e prevede le condizioni riassunte nello schema seguente.

Tabella 3: condizioni economiche 2013

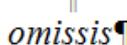
Compensi attivazione SIM	rimborsi costi logistica materiali obsoleti	compenso sul valore clienti di PM acquisiti sul canale MP	compenso per la messa a disposizione della rete	contributo per le attività di animazione commerciale
				

Fonte: Allegato A accordo modificativo del 23 settembre 2013, doc. 17.

24. Come si vede, rispetto al precedente accordo, è stato semplificato il modello di *pricing* relativo alla vendita delle SIM mentre il compenso per la messa a disposizione della rete è diventato variabile in funzione del volume di SIM vendute.

25. Il 18 aprile 2014 è stato firmato l'ultimo atto modificativo dell'accordo attuativo del 27 gennaio 2010, che risulta tuttora vigente. L'accordo ha nuovamente modificato l'allegato A, piano dei compensi, condizioni e modalità di fatturazione e pagamento, prevedendo quanto segue.

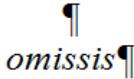
Tabella 4: condizioni economiche vigenti

Compensi attivazione SIM	rimborsi costi logistica materiali obsoleti	compenso sul valore clienti di PM acquisiti sul canale MP	compenso per la messa a disposizione della rete	contributo per le attività di animazione
				

Fonte: Allegato A accordo modificativo del 18 aprile 2014, doc. 18.

26. Rispetto all'accordo precedente, è diminuito il compenso sul valore clienti di Poste Mobile acquisiti su canale Poste Italiane (è passato dal 3 all'1%) e sono stati aggiunti specifici compensi per il servizio di gestione clienti, indicati nella tabella seguente.

Tabella 5: condizioni economiche per la gestione clienti (canoni mensili)

servizio gestione clienti


Fonte: Atto modificativo accordo attuativo del 18 aprile 2014, doc. 18.

27. Il 14 luglio 2014 Poste e Poste Mobile hanno stipulato una lettera integrativa all'accordo attuativo avente ad oggetto l'installazione di Monitor presso i Corner Poste Mobile all'interno della rete di Poste Italiane, con spese totalmente a carico di Poste Mobile⁷.

28. Da ultimo si segnala l'atto ricognitivo modificativo degli accordi sottoscritti tra Poste Mobile e Poste Italiane, del 1 ottobre 2014. L'allegato A di tale atto ricognitivo/modificativo denominato "piano dei compensi, condizioni e modalità di fatturazione e pagamento" prevede che Poste Mobile [omissis].

29. Alla luce della documentazione acquisita nel corso del procedimento, si può, infine, affermare che Poste Italiane mette a disposizione di Poste Mobile, dietro corresponsione dei compensi sopra indicati, i seguenti beni e servizi, puntualmente elencati nell'articolo 2 del Accordo attuativo del 20 gennaio 2010⁸:

1. Distribuzione e commercializzazione, attraverso l'intera rete degli uffici postali, delle SIM di Poste Mobile;
2. Messa a disposizione della rete di uffici postali per lo svolgimento di attività promozionali di Poste Mobile;
3. Servizi di informazione propedeutici alla vendita;
4. Servizi di post-vendita (sostituzione SIM card, vendita ricarica da sportello e ATM).

30. Poste Italiane, inoltre, fornisce a Poste Mobile un servizio di Call Center, sulla base dell'accordo del 1 ottobre 2014⁹.

VI. IL COMPORTAMENTO OGGETTO DI CONTESTAZIONE: IL DINIEGO DI ACCESSO

31. Nelle denunce presentate H3G ha affermato di aver più volte richiesto a Poste di poter accedere «alle infrastrutture materiali e immateriali e alla rete di sportelli di Poste Italiane per poter offrire i propri servizi di telefonia mobile al pubblico alle medesime condizioni praticate dalla capogruppo alla controllata Poste Mobile S.p.A.»¹⁰

32. In ispezione sono stati acquisiti numerosi scambi di e-mail dai quali è possibile evincere:

- a) la ricezione, da parte di Poste, delle numerose richieste di H3G;
- b) la gestione congiunta di tali richieste da parte di Poste Italiane e Poste Mobile.

33. Si fa riferimento, in particolare alle numerose e-mail con le quali il direttore dell'ufficio Legale di Poste Italiane ha informato, di volta in volta, le varie strutture di Poste e Poste Mobile in merito alle richieste di accesso alla rete presentate da H3G¹¹.

34. In quest'ottica rilevano, in particolare, il doc. 43, mail interna Poste Italiane, contenente un resoconto sulla riunione interna del 27 novembre 2014 cui ha partecipato anche l'Amministratore Delegato di Poste Mobile, nel quale si legge: «si è convenuto, preliminarmente, che la nostra Direzione Affari Legali dia **formalmente** seguito all'istanza di H3G richiedendo la riformulazione della stessa con un maggior grado di dettaglio. **Ciò per offrire un segnale di apertura e prevenire ipotesi di immediato interessamento dell'Antitrust da parte del richiedente.** Si è deciso, inoltre, di proporre un incontro ad hoc sul tema tra le due società, con preminente coinvolgimento del Marketing Strategico... Il secondo aspetto trattato in riunione, e probabilmente anche quello più sensibile, è di natura regolatoria. Prescindendo dalla posizione che si vorrà adottare nei riguardi dell'istanza di H3G, risulta impellente che, cautelativamente, si proceda ad analizzare alcuni punti di attenzione:

- Analizzare SLA [n.d.r.:Services Level Agreement] tra Posteitaliane vs Poste Mobile e sua congruità a standard di mercato
- Valutare la coerenza complessiva tra tutti i contratti interni tra PI e Società del Gruppo e loro coerenza con standard esterni
- Mappare esistenza di SLA per tutti i rapporti infragruppo esistenti

⁷ [Cfr. doc. 19.]

⁸ [Cfr. doc. 13, p. 3]

⁹ [Cfr. doc. 21.]

¹⁰ [Cfr. doc. 1, p. 4.]

¹¹ [Cfr., tra i tanti, doc. da 22 a 27; doc. 29, doc. 32 e 33, doc. 43. Per quanto attiene alle e-mail reperite presso Poste mobile rilevano, in particolare, i doc. 54, 55,56 e da 61 a 67 nonché i doc. 17 e 18.]

- Analizzare risposta ad esito di richieste analoghe già pervenute in passato all'azienda» (enfasi aggiunta).

35. Nello stesso senso rileva anche una mail interna a Poste Mobile, nella quale si trasmette la mail di H3G e la si commenta: «*Leggetela. La comunicazione è chiaramente di quelle che tendono soltanto a creare problemi ad un concorrente fastidioso. [...] Si toccano temi delicati per PM [n.d.r. Poste Mobile] e PI [n.d.r. Poste Italiane] come i rapporti infragruppo sulla distribuzione, sul mobile banking, sui sistemi informativi. Dovete esserci anche voi, concordate?» e «La posizione PM [Poste Mobile n.d.r.] per me è quella word condivisa con ... [n.d.r.: AD di Poste Mobile]. Non so se lui ha avuto news dopo una riunione in PI in cui si decise di scrivere ad H3G qualcosa di interlocutorio. Parlati, è meglio. In riunione ... [n.d.r.: responsabile ufficio pianificazione e controllo Poste Italiane] non sembrava così interessato. Tieni presente che a mio avviso la richiesta di H3G NON è obiettivamente e seriamente un rischio se la mandiamo in caciara. PI può ben resistere»¹² (enfasi aggiunta).*

36. Risulta agli atti che Poste Italiane, fino al 28 ottobre 2015, non ha dato seguito alle richieste di H3G in quanto non ha fornito alla stessa i dati relativi alle condizioni economiche applicate a Poste Mobile per l'accesso alla rete né, conseguentemente, ha concesso il predetto accesso.

VII. I RECENTI CONTATTI CON H3G

37. Deve rilevarsi che Poste, successivamente all'avvio del procedimento, ha manifestato l'intenzione «*di riprendere il dialogo con H3G S.p.A. studiando forme di collaborazione a condizioni di mercato, [omissis]*». In particolare, il 27 ottobre 2015, Poste ha comunicato che «*intende convocare fin dal giorno 28 ottobre 2015 la società H3G [omissis]*»¹³.

38. Nelle memorie finali Poste ha poi precisato di aver incontrato il legale di H3G il 28 ottobre 2015 e gli esponenti di H3G il 3 novembre 2015 «*consentendo pieno accesso ai contratti con Poste Mobile e a tutte le condizioni in essi contenute, incluse specificamente quelle economiche [...]. È stata anche espressamente rappresentata da Poste – ferma restando la sua posizione e le difese svolte innanzi all'AGCM – la volontà, al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, di rendere accessibili ad H3G i beni e i servizi, anche informativi, di cui Poste stessa ha la disponibilità esclusiva in dipendenza del Servizio Postale Universale a condizioni equivalenti a quelle praticate a Poste Mobile, con i contratti fatti oggetto di esame*»¹⁴.

39. Da ultimo, il 27 novembre 2015 Poste Italiane ha depositato una lettera inviata ad H3G nella quale risponde alle richieste di chiarimento formulate da quest'ultima. Nella lettera si legge «*le condizioni tecniche ed economiche ... si inseriscono nel complesso rapporto di collaborazione commerciale fra Poste Italiane e Poste Mobile, nel quale solo in parte sono utilizzate risorse di cui Poste stessa ha la disponibilità esclusiva in dipendenza della gestione di un servizio di interesse economico generale [...] Ti confermo, infine, l'impegno di Poste a negoziare in buona fede con l'obiettivo di definire la collaborazione richiesta, sul piano della fattibilità tecnica e della sostenibilità economica [...] al fine della soluzione delle domande/risposte di cui all'allegato 2. Tali domande/risposte a mio parere dimostrano e confermano l'interesse e la serietà di Poste per una adeguata definizione della vicenda*»¹⁵.

40. Nel corso dell'audizione finale H3G ha confermato che «*successivamente all'invio delle CRI, si è verificato un cambiamento sensibile della posizione di Poste Italiane la quale ha convocato H3G e ha comunicato a voce le condizioni economiche applicate a Poste Mobile per l'accesso ai beni e servizi di Poste Italiane*»¹⁶. La stessa Poste Italiane ha affermato, nel corso dell'audizione finale, che «*l'atteggiamento collaborativo di Poste sia [è n.d.r.] continuato anche negli ultimi giorni e come, con lettera del 27 novembre 2015 (trasmessa all'Autorità per conoscenza), in relazione alle richieste avanzate dal [...], legale di H3G, a seguito dei colloqui intervenuti il 28 ottobre e il 3 novembre 2015 con tale società nel corso dei quali sono state mostrate tutte le condizioni economiche dei contratti fra Poste e Poste Mobile, siano state fornite risposte punto-punto, manifestando anche l'intenzione di sottoscrivere un MOU, avuto riguardo al complessivo rapporto di collaborazione commerciale fra Poste Italiane [e] Poste Mobile, nel quale, solo in parte, sono utilizzate risorse di cui Poste ha la disponibilità esclusiva, in dipendenza della gestione del SIEG. L'avvocato [...] conferma l'impegno di Poste di negoziare in buona fede con H3G, con l'obiettivo di garantire la collaborazione richiesta sul piano della fattibilità tecnica e della sostenibilità economica e in ogni caso che alla luce dei recenti colloqui con H3G, la violazione deve ritenersi cessata*»¹⁷.

VIII. LE OSSERVAZIONI DI POSTE ITALIANE E DI POSTE MOBILE

41. Poste Italiane ha affermato, nel corso dell'istruttoria, in primo luogo che, al momento della denuncia, erano in corso trattative commerciali con H3G per valutare la sua richiesta di accesso ex articolo 8, comma 2-*quater*, della

¹² [Cfr. doc. 65.]

¹³ [Cfr. doc. 137, p. 1, verbale audizione Poste Italiane del 27 ottobre 2015.]

¹⁴ [Cfr. doc. 160, memoria di Poste Italiane S.p.A.]

¹⁵ [Cfr. doc. 165.]

¹⁶ [Cfr. doc. 166, verbale audizione finale del 30 novembre 2015, p. 2.]

¹⁷ [Cfr. doc. 166, verbale audizione finale del 30 novembre 2015, p. 3-4.]

legge n. 287/90¹⁸. Per questo motivo Poste ritiene che «non si rileva, allo stato, una violazione dell'articolo 8, comma 2 quater l. 287/90 in quanto, prima dell'apertura del procedimento, era attivo un tavolo con H3G al fine di individuare i bisogni di quest'ultima società e di risolvere le problematiche collegate all'eventuale messa a disposizione di beni e servizi di Poste quali, ad esempio, questioni relative alla tutela della privacy dei clienti di Telecomunicazione Mobile e altro».

42. Nella memoria finale Poste ha precisato che dai propri comportamenti emergerebbe «i) che non sia mai stato negato alla predetta società [H3G n.d.r.] l'accesso, ma che [si n.d.r.] stava svolgendo una attività collaborativa improntata a doverosa prudenza e ragionevolezza, in considerazione della "novità" della richiesta e della riservatezza dei rapporti commerciali tra Poste e Poste Mobile da svelare ad un concorrente; ii) che i rapporti sono stati interrotti solo a seguito dell'avvio dell'istruttoria posta in essere per effetto dell'esposto del 19 gennaio 2015, tenuto celato, come sono stati tenuti celati gli ulteriori solleciti di H3G, in data 26 marzo 2015 e 2 aprile 2015, mentre erano in corso i colloqui; iii) che ... Poste, dopo la CRI, ha immediatamente ripreso i rapporti con H3G e che tali rapporti sono ancora in corso»¹⁹.

43. Poste, inoltre, in un primo momento ha affermato che «occorre stabilire quali beni e servizi, resi disponibili a Poste Mobile, siano nella disponibilità esclusiva di Poste in dipendenza delle attività di gestione dei servizi di interesse economico generale, così come previsto nell'articolo 8, comma 2 quater l. 287/90»²⁰.

44. Successivamente, con memoria del 16 settembre 2015, Poste ha fornito un'interpretazione della norma che ne limiterebbe l'applicabilità a quei casi in cui i beni di cui il titolare del Servizio di Interesse Economico Generale (SIEG) usufruisce siano posti nella sua disponibilità da un terzo. In particolare, secondo Poste, «costringere l'impresa a mettere a disposizione di un terzo la propria struttura perché effettua un SIEG equivarrebbe ad una sorta di espropriazione indiscriminata di beni e servizi, senza alcuna garanzia ordinamentale. Diverso sarebbe il caso in cui l'impresa, in aggiunta a quanto è nei propri asset, riceva la disponibilità esclusiva di beni o servizi in dipendenza del SIEG. In questa ipotesi l'azienda, pubblica o privata, pur con tutti i diritti connessi all'ordinamento privatistico e concorrenziale del mercato, è sottoposta al dovere di condividere tali risorse specifiche»²¹.

45. A conferma della propria interpretazione, Poste cita la teoria dell'essential facility affermando che la portata dell'articolo 8, comma-2 quater, della legge n. 287/90 «risulta circoscritta dall'incipit di "garantire pari opportunità di iniziativa economica", non fa riferimento a risorse essenziali e non replicabili, la sua applicazione è limitata a "imprese direttamente concorrenti". Tuttavia non è men vero che essa implica una "messa a disposizione" e, come nella dottrina delle essential facilities si è ritenuta basilare un'interpretazione restrittiva (in funzione non espropriativa), tale tipo di interpretazione non può non valere anche per la fattispecie che ci interessa, con la logica conseguenza che, nel caso in cui si fornisse un'interpretazione diversa, non potrebbero che sorgere problematiche di natura costituzionale»²².

46. Secondo Poste, quindi, «i beni ed i servizi oggetto di obbligo di condivisione con i concorrenti della controllata [sono] solo quelli di cui la controllata abbia la disponibilità esclusiva in dipendenza del SIEG esercitato. Tale disponibilità deve risultare diversa ed aggiuntiva rispetto a quella dei beni che siano propri della controllante, perché quest'ultima (disponibilità) rientra in quella di qualsiasi imprenditore relativamente ai beni e ai servizi della propria azienda. In alternativa trova applicazione la dottrina dell'essential facility ed i principi in essa richiamati»²³.

47. Poste sostiene che «fuori da ciò che ogni normale operatore possiede in proprietà o possesso, [n.d.r. Poste] non ha nella propria esclusiva disponibilità quasi alcun bene o servizio in dipendenza del SIEG. Poste riceve, infatti, dallo Stato, al di là di alcuni accessi a informazioni necessarie per il servizio universale, unicamente una compensazione economica degli oneri iniqui [...] non sufficientemente soddisfattiva»²⁴.

48. In sede di memorie e audizione finale Poste ha sostenuto, inoltre, che la locuzione "disponibilità esclusiva in dipendenza del SIEG" vada interpretata nel senso che «se il titolare del SIEG possa (sia in grado di) utilizzare tali risorse non in dipendenza del SIEG, in quanto da esso non dipendenti, ma per altre finalità, le risorse stesse non siano ricomprese nel perimetro della norma»²⁵. La norma individuerrebbe, quindi, quei «beni che sono esclusivamente

¹⁸ [Cfr., doc. 102 verbale audizione Poste, in cui la stessa dichiara che «prima dell'apertura del procedimento SP 157, Poste Italiane aveva in corso una trattativa con H3G S.p.A. al fine di individuare, anche sulla base delle esigenze di quest'ultima società, gli eventuali beni e/o servizi rientranti nell'art. 8, comma 2 quater l. 287/90. Le trattative si sono interrotte a seguito dell'avvio del procedimento ma Poste è disponibile a riaprirle al fine di verificare l'attuazione della norma». Le stesse argomentazioni sono riproposte nella memoria del 15 settembre 2015 (doc. 119 p. 1 e 2.)]

¹⁹ [Cfr. doc. 160, memoria di Poste Italiane, p. 4.]

²⁰ [Cfr. doc. 102, verbale audizione Poste.]

²¹ [Cfr. doc. 119, p. 5.]

²² [Cfr. doc. 119, p. 5.]

²³ [Cfr. doc. 119, p. 6.]

²⁴ [Cfr. doc. 119, p. 6-7. In particolare Poste afferma di mettere a disposizione di Poste Mobile specificamente: «(i) in alcuni grandi uffici uno spazio (Corner) dedicato alla vendita di prodotti e servizi dell'operatore telefonico ed un operatore addetto esclusivamente a tale attività; (ii) negli uffici di minori dimensioni la possibilità di vendere i propri servizi tramite sportelli ed operatori non dedicati in esclusiva, in quanto utilizzati anche per la vendita di servizi di Poste. La disponibilità degli uffici e del personale di Poste non è mantenuta con le risorse del SIEG».]

²⁵ [Cfr. doc. 160, memoria di Poste Italiane, p. 11.]

utilizzati per il SIEG e per cui non è possibile/ammissibile altra utilizzazione al di fuori del SIEG»²⁶. Seguendo questa ricostruzione, non rientrerebbero tra tali beni «gli uffici postali, perché Poste non ha la loro disponibilità esclusivamente in dipendenza del SIEG»²⁷.

49. Poste ha, inoltre, fornito un'interpretazione dell'articolo 8, comma 2 – *quater*, della legge n. 287/90 secondo la quale la appena citata norma, così come l'articolo 3 della legge n. 287/90 in tema di posizione dominante farebbero riferimento, entrambe, all'obbligo di mettere a disposizione "essential facilities". La differenza risiederebbe nel fatto che «nell'articolo 3 il soggetto legittimato è l'Autorità che agisce quale titolare/portatore di un interesse pubblico: la concorrenza ed il mercato violata dall'abuso. L'azione è finalizzata all'accertamento dell'abuso e all'irrogazione delle sanzioni. Le conseguenze sono infatti le sanzioni e la diffida alla rimozione dell'abuso. L'articolo 8, comma 2-*quater* stabilisce invece un diritto. Il diritto del concorrente della società controllata o partecipata dal soggetto titolare del SIEG ad accedere alle risorse di cui quest'ultimo ha la disponibilità esclusiva, proprio in dipendenza del SIEG, che siano state poste a disposizione dalla controllata/partecipata. [...]. L'Autorità agisce per verificare un interesse privato, l'interesse a porre in essere un contratto, non la violazione di un interesse pubblico. [...]. Al termine del procedimento, in definitiva, l'Autorità avrà giudicato se quell'impresa concorrente abbia diritto (o meno) all'accesso alle risorse»²⁸. Nell'interpretazione di Poste, «si tratta quindi di una scelta lasciata al concorrente che potrà, alternativamente o consecutivamente: a) far verificare/accertare dall'Autorità preliminarmente se ha o meno diritto di accedere alle essential facilities, accertamento che come detto non prevede (ovviamente) sanzioni, né tantomeno "diffida"; b) oppure chiedere l'utilizzo di tali essential facilities, la cui mancata fornitura potrà dare luogo ad un abuso, con sanzioni ed obbligo di rimozione»²⁹.

50. Poste, infine, afferma che, anche alla luce dell'annunciata fusione H3G-Wind e tenendo in considerazione la replicabilità astratta della rete postale, «non sembra che H3G necessiti della garanzia di "pari opportunità di iniziativa economica" prevista nella norma, che conseguentemente risulta nella fattispecie materiale del tutto inapplicabile. Anche l'eventuale accesso di H3G ai beni e servizi di Poste Italiane finirebbe per modificare una norma pro-concorrenziale in una anti-concorrenziale, tenuto anche conto del fatto che H3G dispone di una rete diffusa e capillare sul territorio»³⁰.

IX. LE OSSERVAZIONI DEGLI INTERVENIENTI

51. Con riguardo alle osservazioni del denunciante, H3G ha osservato, nel corso dell'audizione finale, che «le condizioni di favore alle quali PMobile fruisce della rete e dei servizi di PT è la migliore conferma del vantaggio concorrenziale di cui essa gode rispetto ai concorrenti e della ratio della norma in esame. Questo vantaggio spiega anche in parte i brillanti risultati conseguiti da PMobile in questi anni e la conquista di rilevanti quote di mercato a scapito di H3G»³¹. H3G ritiene che «l'obbligo a contrarre esiste ed è stato disatteso»³².

52. Tra gli intervenienti, oltre ad H3G, solo Poste Mobile ha presentato memorie e partecipato all'audizione finale. In via generale Poste Mobile ritiene che l'articolo 8, comma 2 *quater*, della legge n. 287/90 debba essere interpretato in senso conforme ai principi comunitari in materia di concorrenza e non esclusivamente in senso letterale. In particolare, sulla base della teoria dell'essential facility, si potrebbe configurare un rifiuto di contrarre abusivo «solo in presenza di alcuni requisiti da applicare restrittivamente al fine di non ledere la generale libertà di iniziativa economica dell'impresa se non in casi di particolare lesione della concorrenza»³³. Secondo Poste Mobile, inoltre, la norma andrebbe applicata «caso per caso a seguito del riscontro di un reale problema concorrenziale»³⁴ e «l'applicazione al caso di specie della norma in esame risulta, pertanto, contraria ai principi antitrust nazionali e UE in quanto volta – attraverso un obbligo di condivisione della rete di uffici postali – a tutelare un concorrente, peraltro ben più strutturato, piuttosto che la concorrenza sul mercato»³⁵. Ciò in quanto «non è dato riscontrare, a monte, un problema concorrenziale a cui porre rimedio ... è piuttosto Poste Mobile, operatore MVNO che trarrebbe asseritamente un vantaggio competitivo dalle condotte di Poste Italiane (e che detiene una quota di mercato sensibilmente inferiore ad H3G, pari al 3,6%) ad incontrare significative difficoltà di espansione e di accesso al mercato in quanto, in qualità di operatore mobile virtuale, per affermarsi sul mercato può puntare unicamente sulle sinergie con le altre risorse di cui dispone a valle, tra

²⁶ [Cfr. doc. 160, memoria di Poste Italiane, p. 12.]

²⁷ [Cfr. doc. 160, memoria di Poste Italiane, p. 12.]

²⁸ [Cfr. doc. 166, verbale audizione finale 30 novembre 2015, allegato 3, p. 2.]

²⁹ [Cfr. doc. 166, verbale audizione finale 30 novembre 2015, allegato 3, p. 3.]

³⁰ [Cfr. doc. 119, p. 8.]

³¹ [Cfr. doc. 166, verbale audizione finale 30 novembre 2015, allegato 2, p. 1.]

³² [Cfr. doc. 166, verbale audizione finale 30 novembre 2015, p. 2.]

³³ [Cfr. doc. 120, p. 2.]

³⁴ [Cfr. doc. 120, p. 2.]

³⁵ [Cfr. doc. 166, verbale audizione finale 30 novembre 2015, allegato 5, p. 3.]

cui, in particolare, la catena distributiva costituita dalla rete degli uffici di PI di cui la Società si avvale a condizioni di mercato»³⁶.

53. Poste Mobile ritiene, inoltre, che «la rete degli uffici postali costituisce un bene proprietario di Poste Italiane e non un bene ad esso trasferito in via esclusiva come nel caso di infrastrutture essenziali in concessione. A ciò deve aggiungersi che Poste Mobile acquista i servizi offerti da Poste Italiane a condizioni di mercato, in assenza di trasferimenti di risorse dall'operatore concessionario del SIEG a quello in concorrenza. In linea generale si osserva, inoltre, che il mercato delle telecomunicazioni mobili è caratterizzato da una forte concorrenza e il trend è quello di ridurre progressivamente il numero degli operatori, come dimostra la futura, probabile concentrazione H3G-Wind. Sono disponibili, inoltre, numerose e capillari reti distributive a disposizione degli operatori mobili concorrenti (negozi multibrand, tabaccai, ATM etc.). In conclusione, secondo Poste Mobile, garantire pari opportunità di iniziativa economica consentirebbe, al principale operatore infrastrutturato del mercato (H3G post fusione) l'accesso alla rete di Poste Italiane con il paradossale effetto di generare problemi di concorrenza in un mercato che, al contrario, si caratterizza per essere fortemente competitivo. Tale accesso alla rete determinerebbe, infatti, allo stato, il ridimensionamento dell'operatore Poste Mobile che riveste una quota di mercato pari al 3% circa, a favore di H3G che, invece, detiene una quota superiore al 10%»³⁷.

54. Poste Mobile ha, inoltre, confutato la tesi di H3G affermando che Poste applica a Poste Mobile condizioni di mercato. In particolare, Poste Mobile dichiara di svolgere «un benchmark periodico delle condizioni di mercato, confrontandosi con tutti gli operatori di mercato: come risulta, a parità di mix (sim sciolte senza telefoni, essenzialmente prepagate e principalmente consumer) Poste Mobile paga leggermente meno di TIM ma in modo maggiore o equivalente degli altri operatori»³⁸.

55. Poste Mobile, infine, non condivide «il richiamo al potere di diffida contenuto nella CRI (par. 69), in assenza di una precisa disposizione di legge che abiliti l'AGCM all'esercizio di un potere siffatto. A conferma, si rileva che la stessa AGCM ha sollecitato il Parlamento ed il Governo ad introdurre un ulteriore comma all'articolo 8 della L. n. 287/90 che le attribuisse, per l'appunto, un potere di diffida e sanzione nel caso di accertate violazioni, tra l'altro, dell'articolo 8, comma 2-quater, della legge antitrust (cfr. AS988, Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013)»³⁹.

X. VALUTAZIONI

X.1 L'ambito di applicazione della norma

56. L'articolo 8, comma 2-quater, della legge n. 287/90 dispone che «al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese di cui al comma 2 rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi di cui al comma 2 bis beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del medesimo comma 2, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti».

57. La norma si compone di due parti essenziali. Nella prima sono individuati i soggetti che ricadono nel suo perimetro: si tratta delle imprese che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale (SIEG) - ovvero operano in regime di monopolio - che rendano disponibili alle proprie partecipate o controllate beni o servizi di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza del SIEG gestito. Nella seconda parte è fissato l'obbligo imposto dal legislatore: rendere disponibili i beni e servizi a condizioni equivalenti a quelle applicate alle imprese partecipate o controllate.

58. Al fine di verificare se Poste Italiane ha violato la norma in esame occorre, pertanto, individuare, in primo luogo, l'ambito di applicazione soggettivo della stessa. In secondo luogo sarà necessario individuare, sotto il profilo oggettivo, la portata dell'obbligo di "messa a disposizione a condizioni equivalenti" in essa contemplato.

59. Nell'ottica di qualificare Poste Italiane come società rientrante nel perimetro soggettivo di applicazione dell'articolo 8, comma 2-quater, merita osservare che la norma, come più volte ricordato, si applica ai soggetti che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di SIEG ovvero operano in regime di monopolio legale.

60. Poste Italiane, come è noto, ai sensi dell'articolo 23 Decreto Legislativo 261/99, così come modificato dal Decreto Legislativo 31 marzo 2011, n. 58, gestisce il servizio universale postale. La norma sopra citata dispone, infatti, che «il servizio universale è affidato alla società p.a. Poste Italiane per un periodo, comunque non superiore a quindici anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, da determinarsi dall'autorità di regolamentazione, compatibilmente

³⁶ [Cfr. doc. 166, verbale audizione finale 30 novembre 2015, allegato 5, p. 2.]

³⁷ [Cfr. doc. 120, verbale audizione Poste Mobile, p. 2-3.]

³⁸ [Cfr. doc. 166, verbale audizione finale 30 novembre 2015, p. 4.]

³⁹ [Cfr. doc. 120, p. 18, nota 20.]

con il processo di liberalizzazione in sede comunitaria». Il servizio universale postale rientra nell'ambito dei SIEG ed è sottoposto, proprio in ragione di ciò, a specifici obblighi di qualità nonché beneficia di compensazioni statali⁴⁰.

61. Poste Italiane, inoltre, opera in regime di monopolio legale essendo l'unica impresa autorizzata ad esercitare l'invio delle c.d. raccomandate giudiziarie. L'articolo 4 Decreto Legislativo 261/99 prevede, infatti, che «per esigenze di ordine pubblico, sono affidati in via esclusiva al fornitore del servizio universale: a) i servizi inerenti le notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890, e successive modificazioni; b) i servizi inerenti le notificazioni a mezzo posta di cui all'articolo 201 del Decreto Legislativo 30 aprile 1992, n. 285».

62. Poste Italiane, sulla base di quanto appreso in istruttoria, fornisce alla propria controllata Poste Mobile una serie di servizi, e mette a disposizione una serie di beni che rientrano nell'ambito di quelli di cui ha la disponibilità esclusiva per effetto della gestione del SIEG.

63. Al fine di definire l'ambito oggettivo di applicazione della norma, e quindi verificare se e in che misura Poste Italiane abbia posto in essere una violazione della stessa, occorre individuare i beni di cui Poste ha "la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del comma 2", vale a dire i beni di cui Poste dispone in via esclusiva in ragione della gestione del servizio postale universale utilizzati anche da Poste Mobile.

64. Sul punto si osserva che la norma non distingue tra "beni in proprietà" e "beni in concessione". Per questo motivo si deve ritenere che Poste debba offrire ad H3G, a condizioni equivalenti a quelle applicate a Poste Mobile, l'accesso a tutti i beni e servizi di cui abbia la disponibilità esclusiva in relazione al SIEG svolto, ossia tutti i beni e servizi che utilizza per offrire il Servizio Universale postale.

65. Appare, pertanto, priva di pregio l'interpretazione restrittiva di Poste Italiane e Poste Mobile che mirerebbe a riferire il concetto di "disponibilità esclusiva" solo a beni non di proprietà di Poste Italiane, ma alla stessa concessi in aggiunta a quelli già presenti nei propri asset⁴¹.

66. Non sono condivisibili, inoltre, le ulteriori interpretazioni presentate da Poste Italiane in merito alla definizione di "beni di cui Poste ha la disponibilità esclusiva in dipendenza del SIEG". Come si è visto, infatti, Poste, nella memoria finale, ha sostenuto che l'aggettivo "esclusiva", vada collegato non tanto al concetto di disponibilità ma alla tipologia dei servizi resi. Secondo questa visione la norma individuerrebbe come accessibili anche a terzi concorrenti in base all'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge n. 287/90 solo i beni utilizzati da Poste Italiane esclusivamente per il SIEG. Da tale insieme sarebbero perciò esclusi i beni ad utilizzo promiscuo, quali, ad esempio, gli uffici postali.

67. Tale interpretazione travisa radicalmente il senso della disposizione normativa nella quale "esclusiva" è collegato al concetto di disponibilità e indica che solo Poste Italiane può disporre. Si tratta, cioè, di beni che sono nel patrimonio di Poste - e di cui solo lei può disporre - in dipendenza del fatto che la stessa società è, ed è stata nel tempo, fornitore del servizio postale universale. In quest'ottica, proprio con riferimento alla maggior parte dei beni immobili di Poste Italiane -tra i quali va annoverata la rete degli uffici postali - , non può peraltro trascurarsi il fatto che gli stessi sono nel patrimonio della società Poste Italiane in virtù di trasferimenti non onerosi a carico del patrimonio statale effettuati al fine di consentire alla società di svolgere il servizio postale universale⁴².

68. È del resto la stessa Poste Mobile che riconosce l'esistenza di un vantaggio concorrenziale derivante dalla disponibilità di beni di Poste laddove afferma che Poste Mobile incontra «significative difficoltà di espansione e di accesso al mercato in quanto, in qualità di operatore mobile virtuale, per affermarsi sul mercato può puntare unicamente sulle sinergie con le altre risorse di cui dispone a valle, tra cui, in particolare, la catena distributiva costituita dalla rete degli uffici postali di PI di cui la società si avvale a condizioni di mercato» (enfasi aggiunta n.d.r.)⁴³.

69. Poste Italiane stessa, inoltre, ha più volte riconosciuto, seppur implicitamente, l'esistenza di beni in disponibilità esclusiva in dipendenza del SIEG laddove ha affermato, con riferimento ai rapporti con H3G, che «le condizioni

⁴⁰ [I servizi postali rientrano pacificamente tra i SIEG. Si veda, tra i tanti documenti che li citano, la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni Libro bianco sui servizi di interesse generale del 12 maggio 2004.]

⁴¹ [Cfr. doc. 119, p. 6.]

⁴² [2 La trasformazione dell'amministrazione delle poste e telecomunicazioni in "Ente Poste Italiane" è avvenuta ad opera del D.L. 1 dicembre 1993, n. 487, convertito in L. 29 gennaio 1994, n. 71 il quale, in merito alla dotazione patrimoniale del costituendo Ente, ha previsto che «l'ente è titolare dei rapporti attivi e passivi, nonché dei diritti e dei beni dell'Amministrazione delle poste e telecomunicazioni... ad eccezione dei beni da destinare a sedi e uffici del Ministero». L'art. 7 del D.L. 487/1993, oltre a definire il fondo di dotazione iniziale, ha previsto che «con decreto del Ministero delle poste e delle telecomunicazioni, sentito il Ministero delle finanze, sono individuati i beni da destinare a sedi ed uffici del Ministero delle poste e telecomunicazioni». La L. 23 dicembre 1998, n. 448 Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo ha stabilito che «i conservatori dei registri immobiliari trascrivono a favore della società Poste italiane Spa la titolarità dei beni di cui risulti accertata la proprietà da parte dell'ex Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni, in base all'articolo 6, comma 1, del decreto-legge 1 dicembre 1993, n. 487, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 gennaio 1994, n. 71, individuati nel rendiconto approvato con legge 23 settembre 1994, n. 555. La trascrizione è effettuata sulla base delle segnalazioni predisposte dalla società Poste italiane Spa contenenti gli elementi identificativi dei singoli beni». Con D.P.R. 27 luglio 2000 n. 263, Regolamento recante criteri e modalità per il trasferimento al Ministero delle finanze degli immobili dell'ex Amministrazione P.T. da assegnare in uso al Ministero delle comunicazioni si è conclusa la procedura di trasferimento dei beni, individuando quelli da trasferire al Ministero delle finanze e quindi, per esclusione, i beni la cui proprietà è stata trasferita definitivamente dallo Stato a Poste Italiane S.p.A.]

⁴³ [Cfr. doc. 166, verbale audizione finale 30 novembre 2015, allegato 5, p. 2.]

tecniche ed economiche ... si inseriscono nel complesso rapporto di collaborazione commerciale fra Poste Italiane e Poste Mobile, nel quale solo in parte sono utilizzate risorse di cui Poste stessa ha la disponibilità esclusiva in dipendenza della gestione di un servizio di interesse economico generale [enfasi aggiunta n.d.r.]»⁴⁴. Analogamente, nel corso dell'audizione finale, Poste ha ribadito che «a seguito dei colloqui intervenuti il 28 ottobre e il 3 novembre 2015 con tale società [H3G n.d.r.][...] avuto riguardo al complessivo rapporto di collaborazione commerciale fra Poste italiane Poste mobile, nel quale, solo in parte, sono utilizzate risorse di cui Poste ha la disponibilità esclusiva, in dipendenza della gestione del SIEG. [enfasi aggiunta n.d.r.] »⁴⁵.

70. Alla luce delle considerazioni svolte, i beni e servizi di cui Poste Italiane ha la disponibilità esclusiva in dipendenza dell'esercizio del SIEG ai sensi dell'articolo 8, comma 2 *quater*, della legge n. 287/90, messi a disposizione di Poste Mobile, sono almeno quelli individuati nell'articolo 2 del Accordo attuativo del 20 gennaio 2010⁴⁶ e descritti in fatto, sotto riportati:

1. Distribuzione e commercializzazione, attraverso l'intera rete degli uffici postali, delle SIM di Poste Mobile;
2. Messa a disposizione della rete di uffici postali per lo svolgimento di attività promozionali di Poste Mobile;
3. Servizi di informazione propedeutici alla vendita;
4. Servizi di post-vendita (sostituzione SIM card, vendita ricarica da sportello e ATM).

71. In merito ai poteri riconosciuti all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato dalla norma in esame, si è visto che Poste Mobile ritiene che l'Autorità non possa pronunciare una diffida in quanto la norma non lo prevede espressamente. Tale circostanza sarebbe confermata dal fatto che « la stessa AGCM ha sollecitato il Parlamento ed il Governo ad introdurre un ulteriore comma all'articolo 8 della L. n. 287/90 che le attribuisse, per l'appunto, un potere di diffida e sanzione nel caso di accertate violazioni, tra l'altro, dell'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge antitrust (cfr. AS988, Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013)»⁴⁷.

72. Tale visione non può essere condivisa in quanto, al fine di garantire l'effetto utile dell'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge n. 287/90 anche sotto il profilo dell'enforcement pubblicistico, non può escludersi il potere dell'Autorità di pronunciare una diffida ai sensi dell'articolo 15, della legge n. 287/90.

Sul punto deve osservarsi che la proposta avanzata dall'Autorità al Legislatore nell'ambito della segnalazione AS988 – peraltro riferita principalmente alla necessità di prevedere un potere sanzionatorio in caso di violazioni dell'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge n. 287/90 – non preclude un'interpretazione della norma che consenta la pronuncia di una diffida. In caso contrario, infatti, l'Autorità sarebbe chiamata a pronunciarsi in base di un mero potere di accertamento e l'efficacia della decisione sarebbe subordinata ad un'ulteriore attività del denunciante, che si verrebbe costretto ad agire giudizialmente per la tutela dei propri diritti.

X.2 La condotta di Poste

73. Dagli elementi acquisiti nel corso dell'attività istruttoria è emerso che Poste Italiane ha violato gli obblighi previsti dall'articolo 8, comma 2-*quater*, della legge n. 287/90 in quanto ha reso disponibile a Poste Mobile la propria rete degli uffici postali e i servizi descritti in fatto e ha omesso di offrire, dietro esplicita e reiterata richiesta, ad H3G analoga possibilità a condizioni equivalenti. Alla luce degli elementi a disposizione forniti da Poste Italiane nell'ambito delle memorie e dell'audizione finale, non smentiti da H3G, deve osservarsi comunque che Poste ha recentemente intrapreso le attività prodromiche necessarie a mettere H3G in condizione di accedere ai beni e servizi di cui Poste abbia la disponibilità esclusiva in dipendenza del SIEG alla stesse condizioni applicate a Poste Mobile.

74. La documentazione acquisita nel corso dell'ispezione dimostra che Poste Italiane ha portato avanti una condotta dilatoria al fine di procrastinare la risposta ad H3G.

75. Si richiamano, a tal proposito, i documenti già citati in fatto e in particolare la mail interna a Poste Italiane in cui si riassume l'esito di una riunione interna del 27 novembre 2014 :«*si è convenuto, preliminarmente, che la nostra Direzione Affari Legali dia **formalmente** seguito all'istanza di H3G richiedendo la riformulazione della stessa con un maggior grado di dettaglio. **Ciò per offrire un segnale di apertura e prevenire ipotesi di immediato interessamento dell'Antitrust da parte del richiedente.** Si è deciso, inoltre, di proporre un incontro ad hoc sul tema tra le due società, con preminente coinvolgimento del Marketing Strategico...* ». Nello stesso senso rileva anche una mail interna a Poste Mobile, nella quale si trasmette la mail con cui H3G chiede l'accesso ex articolo 8, comma 2 *quater*, della legge n. 287/90 e la si commenta: «*Leggetela. La comunicazione è chiaramente di quelle che tendono soltanto a creare problemi ad un concorrente fastidioso. [...] Si toccano temi delicati per PM e PI come i rapporti infragruppo sulla distribuzione, sul mobile banking, sui sistemi informativi. Dovete esserci anche voi , concordate?» e «La posizione PM per me è quella word condivisa con ... [n.d.r.: AD di Poste Mobile]. Non so se lui ha avuto news dopo una riunione in PI in cui si decise di scrivere ad **H3G qualcosa di interlocutorio.** Parlati, è meglio. In riunione ... [n.d.r.: responsabile ufficio pianificazione e controllo Poste Italiane] non sembrava così interessato. **Tieni presente***

⁴⁴ [Cfr. doc. 165.]

⁴⁵ [Cfr. doc. 166, verbale audizione finale del 30 novembre 2015, p. 3-4.]

⁴⁶ [Cfr. doc. 13, p. 3]

⁴⁷ [Cfr. doc. 120, p. 18, nota 20.]

che a mio avviso la richiesta di H3G NON è obiettivamente e seriamente un rischio se la mandiamo in caciara. PI può ben resistere»⁴⁸ (enfasi aggiunta).

76. Tali documenti, contrariamente a quanto sostenuto da Poste Italiane², provano che Poste Italiane ha violato l'articolo 8, comma 2-quater, della legge n. 287/90.

X.3 L'operatività dell'articolo 8, comma 2 quater, della legge n. 287/90

77. L'articolo 8, comma 2 *quater*, della legge n. 287/90, introduce nell'ordinamento il dovere, in capo alla società che gestisce un SIEG, di fornire i beni e servizi ai concorrenti della controllata (a condizioni equivalenti a quelle applicate a quest'ultima) al fine di consentire ai concorrenti stessi di avere accesso ai beni e servizi di cui la società obbligata ha la disponibilità esclusiva in dipendenza della gestione del SIEG.

78. L'articolo 8, comma 2 *quater*, della legge n. 287/90, contrariamente a quanto affermato da Poste Italiane, non richiede né l'esistenza di una posizione dominante, né un'analisi sull'essenzialità dei beni o servizi di cui si richiede la messa a disposizione. La norma, inoltre, non è in contrasto con l'articolo 102 TFUE.

79. Sul punto, non v'è dubbio che, per la configurazione di un rifiuto di contrarre abusivo ex articolo 102 TFUE, occorra dimostrare l'esistenza di ulteriori presupposti rispetto a quelli analizzati nel presente procedimento. L'articolo 8 comma 2 *quater*, della legge n. 287/90, tuttavia, contempla una fattispecie ulteriore rispetto all'abuso di posizione dominante in quanto prevede anche la possibilità che si configuri una violazione a prescindere dall'esistenza di una posizione dominante e degli ulteriori elementi richiesti dall'articolo 102 TFUE stesso. Ciò è dimostrato anche dal fatto che al successivo comma 2 *quinqüies* è previsto che «nei casi di cui ai commi 2 bis, due ter e 2 *quater*, l'Autorità esercita i poteri di cui all'articolo 14. Nei casi di accertata infrazione agli articoli 2 e 3 [l. 287/90 n.d.r.] le imprese sono soggette alle disposizioni e alle sanzioni di cui all'articolo 15».

80. La norma, quindi, considera possibile la coesistenza di due infrazioni: la prima, complessa, prevede la violazione dell'articolo 3 (o 102 TFUE) e dell'articolo 8 comma 2 *quater*, della legge n. 287/90, e in questo caso prevede l'applicazione dei poteri sanzionatori di cui all'articolo 15 della legge n. 287/90. La norma contempla però, anche un'ulteriore ipotesi, coincidente col caso di specie, che si verifica quando il rifiuto di accesso non è qualificabile come abuso di posizione dominante ma costituisce esclusivamente una violazione dell'articolo 8, comma 2 *quater*, della legge n. 287/90.

81. In questo caso la norma si inserisce nel novero delle regole che fissano obblighi legali a contrarre a tutela di interessi ritenuti di volta in volta rilevanti dall'ordinamento tra le quali vanno annoverate, ad esempio, l'articolo 2597 c.c. (obbligo a contrarre del monopolista), l'articolo 1679 c.c. (obbligo a contrarre di chi esercita servizi di linea), l'articolo 132 Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (obbligo a contrarre delle imprese di assicurazione) nonché i casi di licenza obbligatoria in materia di invenzioni previsti dagli artt. 70 e 71 del Decreto Legislativo 10 febbraio 2015 n. 30.

82. Non è condivisibile, pertanto, il tentativo interpretativo svolto da Poste Italiane in base al quale l'abuso di posizione dominante per rifiuto di contrarre ex articolo 3 della legge n. 287/90 e l'articolo 8, comma 2-*quater* avrebbero lo stesso perimetro di applicazione oggettivo (entrambi applicabili solo in presenza di un'essential *facility*) e la differenza tra le due norme risiederebbe nei poteri attribuiti all'Autorità: sanzionatorio e di diffida nel primo caso e di mero accertamento nel secondo.

83. L'articolo 8, comma 2 - *quater*, della legge n. 287/90, infatti, ha una portata applicativa differente rispetto all'articolo 3 della legge n. 287/90 (e all'articolo 102 TFUE). Da un lato, trova applicazione anche nei casi in cui i beni di cui l'impresa abbia la disponibilità esclusiva in dipendenza del SIEG non siano un'essential *facility*. Dall'altro, invece, non si applica qualora i beni utilizzati per l'esercizio del SIEG non siano nella disponibilità esclusiva dell'impresa in dipendenza della gestione del SIEG stesso.

84. In conclusione, alla luce della ricostruzione fattuale e normativa sopra riportata, si deve ritenere che Poste Italiane, non concedendo ad H3G l'accesso ai beni e servizi di cui abbia la disponibilità esclusiva in dipendenza del servizio universale postale, come sopra individuati, a condizioni equivalenti a quelle applicate a Poste Mobile, abbia violato l'articolo 8, comma 2 *quater*, della legge n. 287/90.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che la società Poste Italiane S.p.A. ha violato l'articolo 8, comma 2- *quater* della legge n. 287/90 omettendo di offrire, dietro esplicita richiesta, ad un concorrente della controllata Poste Mobile l'accesso, a condizioni equivalenti, ai beni e servizi di cui Poste Italiane stessa abbia la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività rientranti nel servizio postale universale;

⁴⁸ [Cfr. doc. 65.]

² [Cfr. doc. 160, memoria di Poste Italiane, p. 4.]

b) che la società Poste Italiane si astenga per il futuro da porre in essere comportamenti analoghi a quelli descritti nel punto precedente.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera *b*), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella