



ASSOGAS

Associazione Nazionale Industriali Privati Gas e Servizi Energetici

Piazza Luigi di Savoia 22 - 20124 Milano

Telefono: +39 02 73.810.79; Telefax: +39 02 733.342

www.assogas.it - segreteria@assogas.it

Codice Fiscale 97002680151

All. Prot. 219/14

AUTORITA' PER L'ENERGIA ELETTRICA IL GAS ED IL SISTEMA IDRICO

Documento per la consultazione n. 346/2014/R/com

**"Riforma degli obblighi di separazione funzionale per il settore dell'energia elettrica e del gas
– Primi Orientamenti"**

**Osservazioni e proposte ASSOGAS
Milano, 24 Settembre 2014**



CONFINDUSTRIA

Premessa generale sulla normativa comunitaria e nazionale.

Come noto, le Direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE hanno abrogato la precedente disciplina in materia di separazione funzionale nel settore elettrico e gas (direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE) per la realizzazione di un mercato interno del gas naturale e dell'energia elettrica con condizioni di concorrenza uniformi per tutte le imprese del settore. Per effetto di tale espressa abrogazione, pertanto, le precedenti direttive e le norme ivi contenute sono da considerarsi superate e prive di rilievo giuridico e fattuale, con la conseguenza che nella materia in questione le uniche norme a cui, al contrario, oggi va attribuito rilievo e valore sono, per l'appunto, quelle contenute nelle nuove Direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE.

In particolare, nella direttiva 2009/73/CE (gas naturale), il Legislatore comunitario evidenzia che la precedente disciplina non ha consentito di separare efficacemente le attività dei gestori dei sistemi di trasporto, e, per tale ragione, è nuovamente intervenuto modificando la disciplina precedente e introducendo nuovi vincoli e adempimenti per i gestori dei sistemi di trasporto di gas naturale.

La stessa Direttiva 2009/73/CE ha specificato al punto 25 del preambolo che l'accesso non discriminatorio alla rete di distribuzione è un presupposto determinante per l'accesso alla clientela a valle, al livello della vendita al dettaglio, ma che tuttavia il rischio di discriminazioni riguardo all'accesso a terzi e agli investimenti è minore al livello della distribuzione rispetto al trasporto.

Contrariamente a quanto rilevato per le attività di trasporto di gas naturale, poi, lo stesso paragrafo 25, con specifico riferimento alle attività di distribuzione ha evidenziato come “[l]e norme sulla separazione giuridica e funzionale attualmente vigenti sono, pertanto, idonee a creare una separazione effettiva delle attività a condizione che siano più chiaramente definite, attuate correttamente e la loro attuazione controllata”.

In altre parole, dunque, il Legislatore europeo non ha ritenuto necessario aggravare o ampliare gli obblighi di separazione funzionale per le attività di distribuzione, limitandosi a chiederne l'effettiva applicazione e la specificazione di alcuni profili.

In tale contesto si inserisce il d.lgs. 93/2011, con il quale il Legislatore nazionale ha recepito la Direttiva comunitaria, stabilendo quindi, in modo inequivoco, quale debba essere la disciplina applicabile in materia. È stato dunque il Legislatore a definire e a codificare la materia.

In particolare, all'art. 23 il Legislatore ha introdotto una deroga all'applicazione degli obblighi di separazione funzionale per gli operatori con meno di 100.000 utenti allacciati, riflettendo chiaramente una diversa scelta legislativa rispetto a quella operata in passato.

In aggiunta a quanto sopra, pedissequamente recependo l'art. 26 della Direttiva in virtù di una scelta ben precisa e netta da parte del Legislatore nazionale, il d.lgs. 93/2011 non ha in alcun modo previsto un aggravio degli obblighi di separazione per i gestori dei sistemi di distribuzione anche sopra i 100.000 utenti allacciati¹, limitandosi ad introdurre:

- (i) la figura del responsabile della conformità, che predispone il rapporto annuale, peraltro già presente nella precedente Direttiva; e
- (ii) la separazione delle politiche di comunicazione e di marchio.

Osservazioni di carattere puntuale

S6. Osservazioni in merito alla separazione funzionale delle imprese che gestiscono reti di trasporto regionale.

In merito alle previsioni di cui al paragrafo 7 del DCO, si rileva, come di seguito illustrato, una incongruenza tra le ipotesi di base e le conclusioni.

¹ Cfr. art. 15, par. 2 della direttiva gas 2003/55/CE.



Come evidenziato dal Regolatore al punto 7.1 del DCO, l'art. 10.4 del D.Lgs 93/2011 contiene una espressa previsione di esenzione per le imprese minori di trasporto regionale, in quanto derivanti dall'attività di riclassificazione di tratti di rete di distribuzione in rete di trasporto regionale, effettuata ai sensi del D.M. del Ministero delle Attività Produttive del 29-09-2005.

Come si evince dalla tabella sottostante (basata sui dati pubblicati dal Regolatore nella Relazione Annuale del 31-03-2014), i km di rete regionale (al netto di quelli gestiti dall'impresa maggiore di trasporto) ammontano a 1.735, di cui il 61% appartenenti ad un soggetto attivo anche nel trasporto nazionale, mentre il rimanente 39% (pari a 683 km di rete gestiti da 7 diverse Società) derivano principalmente dalle attività di riclassifica sopra menzionate.

Società	Km Rete	%
Società Gasdotti Italia	1.052	61%
Retragas	407	23%
Metanodotto Alpino	76	4%
Energie	67	4%
Gas Plus Trasporto	41	2%
Consorzio della Media Valtellina	41	2%
Netenergy Service	36	2%
Italcogim Trasporto	15	1%
TOTALE	1.735	100%

Non risulta, pertanto, condivisibile la proposta che a questi soggetti, gestori complessivamente e singolarmente di quantità di rete modeste, possano essere applicate le regole stringenti previste per i distributori con più di 100.000 PdR, con volumetrie di gas e di lunghezza reti infinitamente superiori.

La misura proposta della AEEGSI, anche a fronte della prevista esenzione della normativa primaria, appare eccessiva e non giustificata.

Posto quanto sopra, in relazione al quesito **S6**, si ritiene che le misure attuali siano, per i soggetti facenti parte di un'impresa verticalmente integrata, sufficienti a garantire le finalità della separazione funzionale. Sarebbe a nostro avviso più opportuno rinviare eventuali modifiche normative a valle dell'effettuazione delle gare d'ambito, attraverso le quali la presenza di operatori di trasporto regionale potrebbe risultare variata.

S1. Si ritiene che vi siano aspetti di rilievo della disciplina di separazione funzionale che non sono affrontati nella presente consultazione?

S7. Osservazioni in merito all'applicazione delle regole di separazione funzionale in maniera differenziata per le imprese di distribuzione sulla base delle loro dimensioni, in conformità al dettato del D.lgs. n. 93/11.

S8. Osservazioni in merito ai requisiti di indipendenza decisionale e organizzativa previsti per le imprese di distribuzione del gas naturale con meno di 100.000 clienti allacciati.

Venendo agli orientamenti espressi in relazione alla separazione funzionale dei gestori di sistemi di distribuzione, si osserva che, già nell'elencare i "principali temi in consultazione", l'Autorità sembra spingersi al di là delle scelte operate dal Legislatore nazionale con il d.lgs. 93/2011.

Nonostante la chiara distinzione operata dal Legislatore nell'art. 23 del d.lgs. 93/2011², peraltro riconosciuta dall'Autorità³, in tema di obblighi per i distributori in virtù del numero

² "1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 21, comma 2, del decreto legislativo n. 164 del 2000, le imprese di distribuzione del gas naturale che fanno parte di una impresa verticalmente integrata, devono essere indipendenti, sotto il profilo dell'organizzazione e del potere decisionale, dalle altre attività non connesse alla distribuzione.

2. Nel caso le imprese di distribuzione del gas naturale di cui al comma 1 abbiano **più di 100.000 clienti allacciati**, si applicano i seguenti requisiti minimi:

ridotto di clienti allacciati, nel documento di consultazione si afferma quanto meno contraddittoriamente che "[l]a consultazione prevede, inoltre, il permanere di obblighi di separazione funzionale anche in capo ai gestori di sistemi di distribuzione del gas naturale con meno di 100.000 clienti allacciati" [punto 4.7, DCO 346/2014/R/com].

Tali obblighi, come viene spiegato successivamente, consistono nelle esistenti disposizioni del Testo Integrato *Unbundling* (TIU), che includono la nomina di un gestore indipendente con determinati poteri e dotato dei requisiti di indipendenza previsti dal Testo Integrato *Unbundling*.

Ebbene, in evidente contraddizione con quanto deciso dal Legislatore, tali obblighi vanno addirittura al di là dei "requisiti minimi" che il Legislatore stesso, con l'art. 23 del dlgs 93/2011, ha invece imposto esclusivamente agli operatori con più di 100.000 clienti allacciati.

Ed infatti, a fronte del mantenimento per gli operatori con meno di 100.000 clienti allacciati del pre-esistente regime di separazione (nonostante la chiara deroga introdotta dal d.lgs. 93/2011 che imporrebbe all'AEEGSI di agire diversamente), per gli utenti con più di 100.000 clienti allacciati, l'Autorità addirittura intenderebbe estendere gli obblighi di separazione funzionale, e ciò, come si dimostrerà a breve, appare in contrasto con le considerazioni svolte dal Legislatore comunitario e nazionale.

A conferma di quanto sopra, in diversi punti del documento di consultazione l'Autorità fa riferimento, anche quando si tratta del gestore della distribuzione, alla disciplina per il gestore

a) i responsabili dell'amministrazione di un gestore del sistema di distribuzione non devono far parte di strutture societarie dell'impresa di gas naturale verticalmente integrata responsabili, direttamente o indirettamente, della gestione quotidiana delle attività di produzione, trasporto e fornitura di gas naturale;

b) devono essere adottate misure idonee ad assicurare che gli interessi professionali delle persone responsabili dell'amministrazione del gestore dell'impresa di distribuzione siano presi in considerazione in modo da consentire loro di agire in maniera indipendente;

c) il gestore del sistema di distribuzione deve disporre di effettivi poteri decisionali, indipendenti dall'impresa di gas naturale integrata, in relazione ai mezzi necessari alla gestione, alla manutenzione e allo sviluppo della rete. Ai fini dello svolgimento di tali attività, il gestore del sistema di distribuzione deve disporre delle risorse necessarie, comprese le risorse umane, tecniche, finanziarie e materiali. Tale disposizione non impedisce l'esistenza d'idonei meccanismi di coordinamento intesi a garantire la tutela dei diritti di vigilanza economica e amministrativa della società controllante per quanto riguarda la redditività degli investimenti nella società controllata. È consentito alla società controllante di approvare il piano finanziario annuale, o altro strumento equivalente, del gestore del sistema di distribuzione e di introdurre limiti globali ai livelli di indebitamento della società controllata. Non è consentito alla società controllante di dare istruzioni, né per quanto riguarda le operazioni giornaliere, né in relazione a singole decisioni concernenti la costruzione o il miglioramento delle linee di distribuzione, che non eccedano i termini del piano finanziario approvato o di qualsiasi strumento equivalente;

d) il gestore del sistema di distribuzione deve predisporre un programma di adempimenti, contenente le misure adottate per escludere comportamenti discriminatori, e garantire che ne sia adeguatamente controllata l'osservanza. Il programma di adempimenti illustra gli obblighi specifici cui devono ottemperare i dipendenti per raggiungere tale obiettivo. La persona o l'organo responsabile del controllo del programma di adempimenti, il responsabile della conformità del gestore del sistema di distribuzione, presenta ogni anno all'Autorità per l'energia elettrica e il gas una relazione sulle misure adottate, che è pubblicata. Il responsabile della conformità del gestore del sistema di distribuzione è pienamente indipendente e deve poter accedere, per lo svolgimento dei suoi compiti, a tutte le informazioni necessarie in possesso del gestore del sistema di distribuzione e di ogni impresa collegata.

3. Ai gestori di sistemi di distribuzione verticalmente integrati è fatto divieto di creare confusione, nella loro politica di comunicazione e di marchio, circa l'identità distinta del ramo «fornitura» dell'impresa verticalmente integrata. A tal fine i gestori di cui al presente comma si conformano alle disposizioni emanate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas" [art. 23, d.lgs. 93/2011].

³ "Il citato comma 23.2 del d.lgs. 93/11 sembra pertanto riflettere una diversa scelta legislativa rispetto a quella operata in passato nel TIU, in quanto enuclea dalla platea generale delle imprese di distribuzione [...] i distributori con più di 100.000 clienti allacciati a cui soltanto, devono applicarsi i requisiti di separazione funzionale [...]" [punto 8.3, DCO 346/2014/R/com].

del sistema di trasporto, situazione che è stata espressamente destinataria di obblighi più restrittivi da parte del Legislatore comunitario (e nazionale) in virtù del ruolo strategico del trasporto e della verificata inefficacia della disciplina precedente. Si ricorda, invece, come il Legislatore non rilevi tali elementi nel caso della distribuzione, con la conseguenza che l'applicazione della disciplina relativa al trasporto anche al gestore della distribuzione costituirebbe un ingiustificato (e illegittimo) aggravio degli obblighi di separazione funzionale al di fuori di qualsiasi previsione legislativa.

Con riferimento al quesito **S1.**, come si vedrà più nel dettaglio nei prossimi punti, dunque, la scrivente associazione evidenzia come, già in questo primo documento di consultazione, l'Autorità – pur riconoscendo la **“diversa scelta legislativa”** – abbia esposto degli obiettivi che non troverebbero riscontro nella normativa comunitaria e di rango primario alla quale la stessa AEEGSI dovrebbe, invece, conformarsi.

Si ricorda, infatti, come la disposizione normativa primaria appena richiamata preveda genericamente, per gli operatori con meno di 100.000 clienti allacciati, un'indipendenza organizzativa e decisionale, richiedendo l'applicazione dei requisiti di indipendenza dei **“responsabili dell'amministrazione di un gestore del sistema di distribuzione”** per i soli operatori con più di 100.000 utenti collegati.

Alla luce di quanto esposto, con riferimento al punto **S7. e S8.**, l'orientamento espresso dall'Autorità di **“mantenere in essere l'obbligo di nomina del gestore indipendente dotato di specifici poteri e requisiti d'indipendenza”**, confermando gli obblighi già previsti dal TIU per gli operatori con meno di 100.000 utenti allacciati, non appare a nostro avviso condivisibile, poiché in palese contrasto con la scelta operata dal Legislatore.

S9. Osservazioni in merito ai requisiti di indipendenza dei gestori di distribuzione del gas naturale con più di 100.000 clienti allacciati.

S10. Vi sono ulteriori fattispecie che possano compromettere l'indipendenza dei componenti del gestore e dei responsabili della gestione di questo?

S11. Si condivide l'opportunità di integrare lo statuto societario del gestore con gli obblighi di separazione funzionale previsti dalla normativa primaria e dalla regolazione dell'Autorità?

Per quanto attiene agli orientamenti in tema di indipendenza e poteri dei gestori, non si ritiene, peraltro, condivisibile quanto espresso dal Regolatore al punto 9.3 del DCO, nella parte in cui lo stesso non rileva alcuna innovazione nelle disposizioni di cui all'art. 23, comma 2, lett. a) e lett. b), del D.lgs 93/2011 (recepite senza modifiche dal testo della Direttiva), confermando, conseguentemente, l'applicabilità delle **“attuali norme del TIU in materia di composizione del gestore indipendente di cui al comma 11.2 che prevedono che siano componenti del gestore, gli amministratori [...] e il personale con funzioni dirigenziali apicali”**.⁴

La direttiva comunitaria 2009/73/CE (che sostituisce la direttiva 2003/55/CE), si limita infatti a prevedere che **“i responsabili dell'amministrazione del gestore del sistema di distribuzione”** (con espressione che indica quindi solo gli amministratori e non i dirigenti) **“non devono far parte di strutture societarie dell'impresa di gas naturale integrata responsabili, direttamente o indirettamente, della gestione quotidiana delle attività di produzione, trasporto e fornitura di gas naturale”**.

In altre parole la Direttiva comunitaria vieta che lo stesso soggetto (amministratore) svolga allo stesso tempo attività sia nella distribuzione che nella vendita (in termini di sola gestione “quotidiana”), poiché in tal caso (e cioè laddove svolga la gestione quotidiana dell'attività di vendita) questi potrebbe utilizzare informazioni commercialmente sensibili acquisite dall'attività di distribuzione, a vantaggio della società di vendita dell'impresa verticalmente integrata, in violazione delle norme a tutela della concorrenza tra operatori di vendita.

⁴ Il d.lgs. 73/2007, che aveva recepito la precedente Direttiva 2003/55/CE, appariva meno specifico, lasciando maggiore discrezionalità all'Autorità. Con il d.lgs. 93/2011, al contrario, si rileva come il Legislatore abbia predisposto un quadro più dettagliato, all'interno del quale l'Autorità possa operare.

In tale contesto, pertanto, il d.lgs. 93/2011, che – ai sensi della Legge Comunitaria 2009 – ha dato attuazione alla direttiva 2009/73/CE, disciplinando la materia dell'*unbundling* funzionale, ha superato la disciplina autonomamente posta in essere dall'AEEGSI, sostituendola.

Il decreto citato, infatti, ha recepito pedissequamente la disposizione di cui all'art. 26 della Direttiva, che non fa riferimento alla "nomina" di un Gestore indipendente, né ovviamente specifica chi dovrebbe "farne parte", limitandosi a prevedere i requisiti d'indipendenza per i soggetti "responsabili" della gestione delle attività di distribuzione.

A norma del summenzionato decreto, dunque, semplicemente *"i responsabili dell'amministrazione di un gestore del sistema di distribuzione non devono far parte di strutture societarie dell'impresa di gas naturale verticalmente integrata responsabili, direttamente o indirettamente, della gestione quotidiana delle attività di produzione, trasporto e fornitura di gas naturale"* (art. 23, comma 2).

Il "Gestore del sistema di distribuzione" citato nella direttiva, peraltro, è definito come *"qualsiasi persona fisica o giuridica che svolge la funzione di distribuzione"* (art. 2, punto 6, direttiva 2009/73/CE), e non già una sorta di nuovo "organo societario", come invece previsto e imposto dall'AEEGSI nel TIU.

In ragione di quanto precede, dunque, la Direttiva e il successivo d.lgs. 93/2011 non prevedono la nomina di un Gestore indipendente per la gestione delle attività di distribuzione che si sovrappone al Consiglio di Amministrazione e include anche dirigenti apicali (non meglio determinati), i quali finiscono con l'avere poteri di gestione simili a quelli degli amministratori (senza tuttavia averne le responsabilità), come invece previsto dal Regolatore. Fermo quanto sopra, in ogni caso occorre evidenziare che anche in vigenza del precedente quadro normativo, la composizione del Gestore Indipendente era stata oggetto di pronuncia del Consiglio di Stato, il quale aveva chiarito che potevano essere inclusi nel Gestore Indipendente soltanto i soggetti che rivestono la posizione di *"direttore generale"*, e non i *"dirigenti apicali"*, come erroneamente sostenuto dall'Autorità.

Ciò appare tanto più logico se si considera l'incongruità a cui porterebbe la costituzione di un organo ulteriore e indipendente dal Consiglio di Amministrazione, del quale facciano parte gli amministratori e i dirigenti apicali, e in cui questi ultimi potrebbero essere in un numero tale da mettere in minoranza gli stessi consiglieri di amministrazione su scelte delicate per la vita della società, in chiaro contrasto con i poteri e le responsabilità poste in capo agli amministratori.

Venendo ora ai requisiti di indipendenza dei membri del Gestore indipendente previsti dal TIU⁵ (che il Regolatore pare intenda confermare), non si ritiene che gli stessi siano in linea con quanto disposto dal decreto citato.

A differenza di quanto sostenuto nel documento di consultazione, infatti, ci si permette di osservare che nell'art. 23 del d.lgs. 93/11 non è presente alcun riferimento a (i) impedimenti relativi ad altre attività del gruppo, (ii) a eventuali rapporti familiari, (iii) a *"interessi economici"* indiretti.

⁵ "11.3 Non possono essere componenti del gestore indipendente:

a) coloro che fanno parte di strutture societarie dell'impresa verticalmente integrata responsabili, direttamente o indirettamente:

[...]

ii. nel settore del gas naturale, della coltivazione del gas naturale, dell'acquisto e vendita all'ingrosso del gas naturale, della vendita a clienti finali del gas naturale e delle attività gas estere ovvero della vendita ai clienti liberi dell'energia elettrica e vendita ai clienti tutelati dell'energia elettrica;

b) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382 del Codice civile;

c) il coniuge, i parenti [articolo 74 del Codice civile], gli affini [articolo 78 del Codice civile] entro il quarto grado e gli stretti familiari dei soggetti di cui alla lettera a);

d) coloro che sono legati ad altre società dell'impresa verticalmente integrata da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti, anche di fatto, che ne possano compromettere l'indipendenza". [art. 11.3, TIU].

Più in dettaglio, la lettera a) dell'art. 23, comma 2, del decreto citato (recependo il testo della Direttiva come sopra riportato) limita la definizione di incompatibilità al non poter far parte di altre strutture societarie "responsabili, direttamente o indirettamente, della gestione quotidiana delle attività di produzione, trasporto e fornitura di gas naturale".

A differenza di quanto in precedenza disposto dall'Autorità (e non dalla Direttiva o dalla normativa di recepimento nazionale), dunque, alla luce del d.lgs. 93/2011, l'azionista della **holding** non sarebbe automaticamente escluso dall'amministrazione della società di distribuzione, poiché in ogni caso la società madre non sarebbe responsabile **"della gestione quotidiana"** delle attività di fornitura.

Alla luce della nuova disciplina normativa, ci si permette di suggerire che il TIU venga modificato come segue:

- comma 11.3, lett. a) del TIU: l'incompatibilità dei soggetti responsabili della gestione della gestione della distribuzione dovrebbe esser limitata al far parte delle strutture dell'impresa verticalmente integrata responsabili direttamente o indirettamente della "gestione quotidiana" delle attività specificate;
- comma 11.3, lett. d) del TIU: l'incompatibilità per i soggetti che a qualsiasi titolo prestino la propria opera in altre società dell'impresa verticalmente integrata, eccedendo l'attuale previsione normativa (che limita l'incompatibilità a ruoli di responsabilità in determinate attività, come la fornitura), dovrebbe essere eliminata, non trovando alcun riscontro nella volontà del Legislatore nazionale o comunitario;
- comma 11.3, lett. c) del TIU: l'incompatibilità derivante da rapporti di parentela o coniugio con soggetti responsabili della gestione di attività di produzione, trasporto e fornitura, non essendo prevista dalla normativa nazionale, dovrebbe essere eliminata;
- comma 13.1 del TIU: anche tale disposizione andrebbe modificata, prevedendo che l'incompatibilità sia limitata agli interessi economici diretti in altre società del gruppo. Non riteniamo infatti che tale disposizione possa essere automaticamente estesa agli interessi economici indiretti (estensione peraltro non prevista dall'art. 23 del d.lgs. 93/11, né tanto meno dalla disciplina comunitaria), in quanto rinveniamo in tale previsione un'arbitraria, quanto illegittima, limitazione dell'iniziativa economica e della proprietà privata da parte dell'Autorità, e ciò in violazione anche della disciplina costituzionale.

Si nota, in particolare, che tale previsione colpisce in modo discriminatorio i gruppi industriali a capitale privato presenti nel settore: per tali realtà, difatti, non è infrequente l'esistenza di una *holding* a capo delle attività di distribuzione e di vendita. In tal contesto, qualora il possesso di azioni della *holding* fosse considerato un *"interesse indiretto"* nelle attività di vendita di gas controllate dalla *holding* stessa, l'azionista della *holding* non potrebbe esercitare alcun ruolo di rilevanza gestionale nell'attività di distribuzione, potendo svolgere esclusivamente il ruolo di amministratore senza poteri escluso dal gestore indipendente secondo il modello *"in deroga"* di cui al comma 11.5 del TIU.

Quanto sopra porta anche a una inutile, oltre che illegittima, penalizzazione dei gruppi industriali privati storici, a causa dell'aprioristica discriminazione di cui al comma 11.3, lett. c) del TIU, che fa riferimento ai rapporti di parentela.

Come detto, l'art. 23 del d.lgs. 93/11 ha dettagliatamente previsto gli obblighi di separazione funzionale applicabili ai gestori dei sistemi di distribuzione, con la conseguenza che all'Autorità rimarrebbero poteri meramente esecutivi di attuazione della disciplina di rango primario, mentre – salvo ove espressamente previsto – non potrebbe autonomamente modificare o ampliare tali adempimenti.

Non a caso, infatti, ove il Legislatore ha ritenuto necessario un intervento dell'Autorità al fine di stabilire o specificare i concreti adempimenti, ha attribuito tale compito all'AEEGSI in modo espresso: l'art. 23, comma 3, in merito alla separazione delle politiche di comunicazione e di marchio, ad esempio, dispone che *"[a] tal fine i gestori [...] si*

conformano alle disposizioni emanate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas". Una tale previsione non è invece presente per quanto riguarda i requisiti previsti al comma 2 dello stesso articolo.

Da ultimo, in merito alla specificazione nello Statuto dei poteri del gestore indipendente e dei requisiti della separazione funzionale, si evidenzia ancora una volta che si tratta di un requisito non previsto dal Legislatore, che, dunque, non può essere introdotto direttamente dall'Autorità. Peraltro, non è chiara l'utilità di tale previsione, soprattutto considerato che in ogni caso i poteri di qualsiasi genere attribuiti a procuratori e amministratori sono necessariamente pubblicati e risultano dai certificati della camera di commercio.

Al contrario, la previsione di incompatibilità oggettive e soggettive maggiormente estese rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria – e oggi dal d.lgs. 93/2011 – risulterebbero sproporzionate rispetto agli obiettivi della separazione funzionale.

Come illustrato sopra, infatti, **la garanzia dell'indipendenza e l'autonomia della gestione sono già tutelate da una serie di specifici obblighi e adempimenti** previsti dal Legislatore nazionale, in buona parte già presenti nel Testo integrato:

- gli interessi professionali dei membri del Gestore devono essere presi in considerazione al fine di garantire che gli stessi agiscano in maniera indipendente (art. 23, comma 2, lett. b) e comma 11.4 del TIU);
- il Gestore deve disporre di effettivi poteri decisionali, indipendenti dall'I.V.I., in relazione ai mezzi necessari alla gestione, manutenzione e sviluppo della rete (art. 23, comma 2, lett. c) e comma 11.1, lett. a) del TIU);
- il coordinamento al fine di garantire la tutela dei diritti di vigilanza economica e amministrativa della società madre è permesso nei limiti espressamente indicati dal d.lgs. 93/2011;
- il Gestore redige il piano annuale e pluriennale degli investimenti, che è trasmesso all'Autorità in concomitanza con gli organi societari competenti per l'approvazione (art. 11.1, lett. b) del TIU);
- il Gestore dell'attività in separazione non è vincolato ad acquisire beni o servizi nell'ambito dell'I.V.I., e le eventuali transazioni interne devono avvenire al valore di mercato (principio c.d. *arm's lenght*, art. 24 del TIU);
- sono previsti obblighi di riservatezza e accesso non discriminatorio alle informazioni, e, nel prossimo futuro, la non discriminarietà dell'accesso alle informazioni sarà garantito dall'implementazione del SII;
- è nominato un responsabile della conformità, il quale predispone un rapporto annuale sulla gestione delle attività separate che viene poi trasmesso all'Autorità;
- il programma degli adempimenti e ogni sua successiva modifica (con le tempistiche che saranno meglio indicate), e il piano degli investimenti sono trasmessi all'Autorità;
- sono state introdotte specifiche disposizioni al fine di evitare la confusione nelle politiche di comunicazione e di marchio tra le società parte dell'impresa verticalmente integrata (art. 23, comma 3 del d.lgs. 93/2011).

In altre parole, come accade anche per le imprese quotate in borsa, l'indipendenza è garantita dalla disponibilità di adeguate risorse finanziarie ed organizzative, dalla trasparenza della gestione e relative disposizioni sulla riservatezza, e dall'accesso non discriminatorio a informazioni commercialmente sensibili, oltre che dalla previsione di poteri di controllo e sanzionatori delle autorità di regolamentazione, adjuvati da opportuni obblighi informativi a carico delle imprese.⁶

⁶ A ulteriore conferma della sproporzionalità della normativa nazionale, pare opportuno richiamare le linee guida elaborate in seno all'unione europea dall'ERGEG al fine di assistere gli operatori

In merito ai quesiti di cui ai punti **S9, S10 e S11**, dunque, si ritiene che le previsioni di cui al comma 11.3 del TIU debbano essere allineate alla sopravvenuta disciplina della separazione dei gestori dei sistemi di distribuzione, introdotta dall'art. 23 del d.lgs. 93/2011, che dà attuazione alla direttiva 2009/73/CE, specificando alla lettera a) che l'incompatibilità è limitata alle strutture responsabili della "gestione quotidiana", nonché eliminando la lettera c).

Allo stesso modo dovrebbero inoltre essere modificate le incompatibilità soggettive previste dal comma 13.1 del Testo Integrato *Unbundling*, eliminando l'incompatibilità per interessi "indiretti" e limitando l'incompatibilità per interessi "diretti" alle sole attività di produzione e vendita, e non genericamente alle "altre attività" del gruppo, che potrebbero includere anche attività in settori del tutto estranei alla regolamentazione in materia, al fine di allinearsi con la disciplina introdotta dal III pacchetto.

È difatti evidente che il testo modificato del comma 11.3 del TIU – vietando al gestore del sistema di distribuzione di "far parte" di strutture responsabili della gestione quotidiana di attività liberalizzate – esclude di per sé la possibilità per tali soggetti di detenere interessi economici diretti in tali attività (poiché evidentemente ne potrebbero influenzare proprio "l'attività quotidiana"), mentre al contrario è legittimo detenere un interesse economico indiretto (es. attraverso una *holding*), poiché – appunto – ciò non implica una responsabilità sulle attività quotidiane, ma solo un ruolo di supervisione finanziaria.

Volendo tuttavia mantenere una specifica disposizione in merito, il testo andrebbe riformulato eliminando la parte "neanche indirette".

In relazione, infine, alla tematica dei dirigenti, l'Autorità sembra confondere il far parte del "Gestore indipendente" con i requisiti di indipendenza dei soggetti responsabili della gestione dell'attività di distribuzione.

Come detto sopra, il concetto di "Gestore indipendente", come inteso dal Testo Integrato *Unbundling*, è venuto meno a seguito del recepimento del III pacchetto energia, che non prevede la nomina di tale "organo". Per tale ragione, si ritiene che non sia necessario nominare un G.I., ma che l'attività debba essere gestita dagli organi societari preposti. Per i soggetti responsabili, poi, si verificherà la sussistenza dei requisiti di compatibilità, come sopra identificati.

S.12 Osservazioni in merito ai requisiti di indipendenza per il responsabile della conformità.

In merito alla nomina di un responsabile della conformità, tenuto a presentare ogni anno all'Autorità una relazione sulle misure adottate, l'Autorità – rilevando che la normativa nazionale e comunitaria prevedono che il responsabile sia "pienamente indipendente" – ritiene opportuno specificare i requisiti di indipendenza riferendosi alle disposizioni previste per il responsabile della conformità del trasporto di gas.

nell'attuazione della normativa *unbundling*, suggerendo le pratiche maggiormente in linea con la Direttiva, e illustrando nel dettaglio le misure per soddisfare i diversi criteri e obblighi previsti. A tal fine, l'ERGEG strutturava le proprie linee guida attorno a quattro "pilastri" principali:

1. *Unbundling* delle funzioni – i membri del Gestore non possono rivestire altri ruoli in società dell'I.V.I. diversa da quella di distribuzione. In aggiunta, l'attività di distribuzione deve essere separata rispetto alle altre imprese del gruppo e avere a disposizione una propria struttura, fisicamente separata dall'I.V.I.
2. *Unbundling* interessi professionali – gli incentivi ai soggetti che operano nella distribuzione devono essere legati esclusivamente ai risultati delle attività stessa. I soggetti che operano sotto la direzione del gestore devono sottoscrivere appositi accordi di riservatezza.
3. *Unbundling* delle decisioni – Le decisioni nell'ambito delle attività di distribuzione devono essere prese indipendentemente dal gestore, senza interferenze da parte delle altre società del gruppo.
4. *Unbundling* informativo – riservatezza e accesso non discriminatorio alle informazioni commercialmente sensibili e alle informazioni commercialmente vantaggiose acquisite nel corso dell'attività in separazione.

Orbene, come già rilevato sopra, l'attività di trasporto è stata considerata dal Legislatore europeo un settore molto più delicato e strategico, e dunque assoggettata a vincoli di separazione funzionale molto più rigidi rispetto a quelli previsti per la distribuzione. E' evidente, dunque, che pretendere di applicare i requisiti previsti per la separazione funzionale delle attività di trasporto alle attività di distribuzione risulta del tutto illogico e sproporzionato.

Con riferimento al quesito **S12**, dunque, si osserva che il requisito di indipendenza del responsabile della conformità dovrebbe essere interpretato nell'ambito della disciplina relativa alla separazione funzionale delle attività di distribuzione, facendo quindi riferimento ai requisiti di indipendenza dei responsabili della gestione del sistema di distribuzione.

Tale interpretazione, peraltro, sarebbe in linea con la disciplina comunitaria: nella nota esplicativa della Commissione in merito alla nomina del responsabile della conformità (introdotto già con la direttiva 2003/55/CE), difatti, si specificava che "[t]he person or body responsible for monitoring the compliance programme shall be the senior management body or a member of this body".

S.15 Si condivide l'opportunità di individuare linee guida non vincolanti in relazione al contenuto del programma di adempimenti?

Alla luce di quanto sopra illustrato, verrebbe ovviamente meno anche l'utilità del modello di *self-auditing* come concepito nel documento di consultazione.

Ferma restando la necessità di adeguarsi alle prescrizioni contenute nel D.Lgs 93/2011 e dunque di modificare in tal senso il TIU, si potrebbe tuttavia introdurre la possibilità di "deroga" ai requisiti di indipendenza (ai sensi del d.lgs. 93/11) per gli amministratori a fronte di un meccanismo di *self-auditing*, che potrebbe – in questo caso – consistere nella nomina di un responsabile della conformità indipendente ed esterno alla società. Al fine di evitare una duplicazione dei soggetti esterni, e dunque dei relativi costi, si potrebbe prevedere la possibilità di nomina a responsabile della conformità di organismi di controllo già utilizzati dall'azienda (un esempio potrebbe essere l'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01, ovvero il garante per la riservatezza, ove costituiti da soggetti esterni).

In merito al quesito **S15**, dunque, si ritiene che la possibilità di attivare modelli di *self-auditing* possa essere utile soltanto nel momento in cui tale modello permetta di derogare a effettivi requisiti di indipendenza per gli amministratori (quelli previsti dal d.lgs. 93/11), nei termini sopra evidenziati. In tal senso, si segnala, inoltre, l'opportunità di prevedere la possibile nomina di soggetti esterni indipendenti senza duplicare le figure già esistenti al fine di evitare inutili costi.

S.18 Osservazioni in relazione agli orientamenti esposti in materia di separazione del marchio e di politica di comunicazione per i gestori dei sistemi di distribuzione del gas naturale e di distribuzione dell'energia elettrica per le imprese di vendita del mercato libero e del servizio di maggior tutela.

S.19 Osservazioni in merito alle considerazioni relative all'individuazione del soggetto chiamato ad attuare gli obblighi di separazione di politica di comunicazione e del marchio.

Prendendo atto dell'introduzione dell'obbligo di separazione della politica di comunicazione e di marchio per le società di distribuzione ad opera del d.lgs. 93/2011, si segnala come gli orientamenti espressi dall'Autorità sul punto appaiono eccessivamente restrittivi, oltre che discriminatori e penalizzanti per gli operatori presenti sul mercato.

In primo luogo, si evidenzia che gli obblighi di separazione funzionale gravano esclusivamente sui soggetti previsti dalla norma nei confronti delle altre società parte del gruppo. Non sono invece previsti obblighi a carico dei venditori, che operano nel libero mercato.

Posto quanto sopra, dunque, l'obbligo in oggetto può essere imposto soltanto ai distributori e non già ai venditori, né direttamente né indirettamente.

Per tale ragione, dunque, risulterebbe del tutto erronea, oltre che illegittima, la previsione da parte dell'Autorità che "qualora non siano le attività di vendita ad assumere una nuova

politica di comunicazione e di marchio, la necessità di mantenere in essere le diverse forme di tutela, tra cui quelle di prezzo, previste in particolare per i clienti di minori dimensioni, potrebbe protrarsi nel tempo".

In altre parole, anche se il distributore, in osservanza della normativa nazionale e comunitaria, distinguesse il proprio marchio e politica di comunicazione dal venditore, l'Autorità penalizzerebbe il venditore parte dell'impresa verticalmente integrata, "colpevole" di non aver esso stesso cambiato il marchio. Sembra pertanto che l'Autorità, non potendo obbligare il venditore a modificare il proprio marchio, con tale previsione cerchi di superare il limite impostole dal decreto preannunciando ricadute in termini di prezzi regolati.

Una tale previsione, oltre a costituire un palese eccesso di potere, risulterebbe discriminatoria e anti-competitiva: come noto, difatti, il *branding* (ossia l'immagine di marca, sintetizzata nel marchio) di una società che opera sul mercato è un *asset* immateriale dell'azienda, con un valore finanziario.

In aggiunta, un obbligo in questo senso appare altresì sproporzionato e parzialmente anacronistico: negli ultimi anni, a seguito delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione, in molti comuni l'operatore della distribuzione e il maggiore operatore della vendita non coincidono più, eliminando qualsiasi tipo di "vantaggio competitivo" anche presunto. Pertanto, posto che l'operatore della distribuzione non si interfaccia con i clienti, è evidente che non potrà – entrando in un nuovo comune – avvantaggiare in nessun modo la propria società di vendita, poiché in ogni caso gli utenti non lo conoscono né è probabile lo conosceranno. Tale tendenza si consoliderà con le future gare d'ambito.

Con riferimento al quesito **S19**, dunque, si evidenziano le rilevanti criticità derivanti dall'eventuale imposizione – diretta o indiretta – a un'azienda che opera sul mercato di rinunciare al proprio *brand*. Come espresso, infatti, la conferma di tale orientamento implicherebbe, a nostro avviso, un'illegittima limitazione dell'iniziativa economica nonché un ingente danno commerciale.

Posto quanto sopra, venendo ora agli orientamenti esposti in materia di separazione di marchio e di politica di comunicazione per i gestori dei sistemi di distribuzione, occorre considerare che il nome e marchio della società non compaiono soltanto sul sito web/insegna/carta intestata – facilmente sostituibili – ma generalmente sono anche evidenziati sull'abbigliamento da lavoro di tutto il personale, sui mezzi utilizzati, sui tombini, sui contatori. In tal senso, dunque, la differenziazione del marchio implica costi notevoli per gli operatori, e non può essere effettuata repentinamente.

Con riferimento al quesito **S18**, dunque, si ritiene che l'attuazione di tali obblighi debba svolgersi per fasi, così consentendo agli operatori di "sostituire" gradualmente e progressivamente uniformi e materiali. In aggiunta, segnaliamo l'opportunità che sia previsto un riconoscimento dei costi sostenuti in tariffa.

S.20 Osservazioni in merito al trattamento delle informazioni riservate per i gestori dei sistemi di distribuzione e per le imprese di vendita di energia elettrica ai clienti finali.

S.21 Quali sono le possibili modalità di implementazione di un'interfaccia unica per l'accesso alle informazioni commercialmente sensibili e le eventuali criticità per la sua integrazione con il SII?

Con riferimento al trattamento delle informazioni sensibili, per ragioni di economicità in termini di costi-benefici, non si concorda con il prospettato obbligo di adozione di una "interfaccia unica" provvisoria (*web-service, application to application* o *pec*), che dovrà, comunque, esser abbandonata quando il SII sarà operativo.

In merito ai quesiti **S20** ed **S21**, dunque, si ritiene opportuno continuare con il sistema attuale (registro) per poi passare direttamente al SII, senza essere costretti a creare un altro sistema "provvisorio", con ulteriori costi di implementazione e gestione.

Sperando che quanto sopra possa essere d'aiuto nell'attività dell'Autorità per la riforma degli obblighi di separazione funzionale nel settore dell'energia elettrica e del gas, restiamo a disposizione per qualsiasi ulteriore chiarimento fosse necessario.

Cordiali saluti,

ASSOGAS
Associazione Nazionale Industriali
Privati Gas e Servizi Energetici

Ing. Marta Bucci
Direttore Generale

