

Spettabile

Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico

Piazza Cavour, 5

20121 –Milano

c.a. Direzione Infrastrutture Unbundling e Certificazione

Milano, 22/09/2014

Oggetto: Osservazioni in merito al documento per la consultazione 346/2014/R/COM, “Riforma degli obblighi di separazione funzionale per il settore dell’energia elettrica e del gas – primi orientamenti”

Premessa

Utiliteam Co. Srl partecipa alla consultazione in merito alla riforma degli obblighi di separazione funzionale per gli esercenti del settore dell’energia elettrica e del gas, al fine di contribuire al miglioramento complessivo del processo di separazione funzionale che persegue il raggiungimento della terzietà nella gestione delle infrastrutture essenziali per lo sviluppo della concorrenza nei mercati energetici.

Le osservazioni sono il frutto dell’esperienza maturata da Utiliteam a seguito delle numerose consulenze fornite alle imprese verticalmente integrate – sia grandi gruppi che realtà di dimensioni minori - per l’implementazione di sistemi di separazione funzionale ed il relativo controllo degli stessi.

Si precisa che nel presente documento vengono riportate osservazioni principalmente di carattere concettuale in quanto lo stesso DCO ha per oggetto i primi orientamenti dell’Autorità. Quando sarà disponibile il documento di consultazione finale, in cui verrà presentato l’articolato di dettaglio del nuovo Testo Integrato di Unbundling, sarà possibile fornire osservazioni più sostanziali e circostanziate.

La valutazione di fondo comune a tutte le osservazioni che esprimiamo di seguito, e l’auspicio evidenziato da tutti gli operatori con cui siamo venuti a contatto, è un miglioramento complessivo dell’esplicazione della normativa per evitare possibili fraintendimenti nell’applicazione della stessa.

Osservazioni ai quesiti posti in consultazione

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

Argomento di carattere generale che si suggerisce di tenere in considerazione è l'influenza e l'eventuale contrasto di normative primarie con il TIU. Ci si riferisce ad esempio al Decreto Legge 6 luglio 2012 n. 95 s.m.i. "Spending Review" che stabilisce regole nella scelta degli amministratori che potrebbero ripercuotersi sul possesso dei requisiti di indipendenza richiesti dal TIU. In questo contesto, si è ravvisata una difficoltà da parte degli operatori soggetti alla separazione funzionale nell'individuare il corretto comportamento nei casi in cui gli aspetti disciplinati da più normative sono tra di loro contrastanti.

S2 – Osservazioni in merito alla definizione di impresa verticalmente integrata.

La definizione fornita dal TIU di impresa verticalmente integrata è mutuata dalle precedenti direttive europee 2003/54/CE e 2003/55/CE, quindi è naturalmente necessario il suo adeguamento formale alla nuova definizione contenuta nelle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE recepite in Italia dal D.lgs. 93/11. Si ritiene che tale definizione possa eliminare i dubbi di applicazione nei casi in cui il controllo viene esercitato da enti non commerciali (enti territoriali) o da persone fisiche.

Nel DCO viene anche indicata la volontà di meglio definire l'ambito di impresa verticalmente integrata facendo riferimento, così come fatto in sede di certificazione, ad una interpretazione estensiva, basata sulla nozione di gruppo societario di cui al D.lgs. 127/91. Circa questo aspetto si osserva che se da un lato tale estensione vuole essere uno strumento per evitare possibili elusioni circa gli obblighi legati all'indipendenza del gestore (aspetto che tratteremo nei punti S8 e S9) da un altro lato potrebbe ingenerare confusione circa l'ambito di applicazione generale degli obblighi di separazione funzionale anche rispetto ad altre attività svolte dall'impresa (multiutility) o dal gruppo societario diverse dai settori dell'energia elettrica e del gas.

Si suggerisce di esprimere la definizione di IVI, e gli ulteriori articoli collegati circa l'ambito di applicazione e perimetro delle attività, in modo che ci possa essere un'interpretazione univoca ed una chiara applicabilità.

S4 – Si condivide l'opportunità di un'unica raccolta telematica per l'invio delle informazioni relative alle procedure di certificazione e agli adempimenti di separazione funzionale?

Si ritiene condivisibile l'opportunità di creare un'unica raccolta telematica per l'invio delle informazioni relative alle procedure di certificazione e agli adempimenti di separazione funzionale.

S5 – Vi sono altre criticità da rilevare in merito alle comunicazioni cui sono tenuti i gestori di sistemi di trasmissione dell'energia elettrica e del gas naturale?

In un'ottica di rendere meglio fruibile e funzionale la futura raccolta telematica si segnalano di seguito le attuali criticità che ravvisano gli operatori circa gli adempimenti di separazione funzionale:

- le funzionalità di caricamento nelle raccolte spesso sono laboriose;

- il caricamento del programma degli adempimenti e suoi aggiornamenti non si collocano insieme alle altre raccolte, ma deve essere effettuato in calce alle informazioni di stato che risultano spesso difficili da ritrovare;
- gli inserimenti e aggiornamenti dei componenti del gestore indipendente e del garante possono essere eseguiti soltanto dopo la preliminare sistemazione dei nominativi nelle anagrafiche, che però gli operatori spesso faticano a gestire a causa delle laboriose funzionalità.

Si ravvisa una generale richiesta di semplicità dei sistemi di raccolta.

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

Si condivide il concetto e l'impostazione di fondo nella differenziazione delle regole di separazione funzionale e loro applicazione in maniera distinta per le imprese di distribuzione del gas in base alla dimensione. Per evitare problematiche di applicazione si suggerisce:

- di mettere ciascun operatore nelle condizioni di capire con chiarezza quali sono gli articoli applicabili in considerazione della propria dimensione;
- di definire precisamente cosa si intende per clienti allacciati, ossia il riferimento o meno a PDR e POD, non lasciando dubbi circa l'inclusione nel conteggio di clienti di altre attività (ad es. la vendita);
- di chiarire se, ai fini del confronto con la soglia dimensionale, i PDR e i POD di uno o più operatori all'interno della stessa impresa verticalmente integrata si debbano sommare;
- di indicare chiaramente quale dei due regimi di separazione funzionale si deve applicare a ciascuna singola società nel caso in cui nella medesima impresa verticalmente integrata operino società con caratteristiche dimensionali diverse, ad esempio:
 - una impresa di distribuzione con meno di 100.000 clienti allacciati e una con più di 100.000 clienti allacciati;
 - entrambe le imprese di distribuzione con meno di 100.000 clienti allacciati, ma la somma delle due porterebbe sopra tale soglia.

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.

Una prima considerazione di carattere generale è che sembrerebbe che per i distributori del gas con meno di 100.000 clienti allacciati non avvenga una effettiva semplificazione amministrativa circa gli obblighi di separazione funzionale, ma piuttosto un esonero da alcuni elementi aggiuntivi che sono proposti ai distributori del gas sopra la soglia dei 100.000 e parzialmente derivanti dalla deliberazione ARG/com 153/11. Tale osservazione ci giunge esaminando il D.lgs. 93/11 il quale con il comma 2 dell'art. 23 stabilisce

i requisiti minimi di separazione funzionale riferendoli alle sole imprese di distribuzione del gas con più di 100.000 clienti allacciati, requisiti che di converso non sono cogenti per le imprese sotto tale soglia, il che costituisce il presupposto per una semplificazione amministrativa più marcata; in particolare:

- lettere a), b) e c): sono previsioni circa l'indipendenza organizzativa ed economica del gestore indipendente e poteri decisionali dello stesso. Nel DCO viene proposto che tali requisiti debbano a ragione essere soddisfatti anche dal gestore indipendente delle imprese sotto la soglia dei 100.000 e verrebbero confermati gli attuali articoli del TIU, senza pertanto operare nessuna semplificazione in merito;
- lettera d): previsioni circa il programma degli adempimenti e il responsabile della conformità. Il DCO prevede di istituire tale nuova figura – deputata al controllo dell'osservanza del programma degli adempimenti ed alla redazione ed invio del Rapporto Annuale sulle Misure Adottate (RAMA) – soltanto per le imprese di dimensioni maggiori. Se ne potrebbe dedurre che i distributori di dimensioni minori possano essere esonerati dal controllo dell'osservanza del programma degli adempimenti (e forse anche dalla sua stessa redazione), nonché dalla predisposizione e dall'invio del RAMA. Condividiamo il fatto che i distributori minori non siano tenuti alla nomina formale di un responsabile della conformità indipendente, non essendo tenuti a farlo in base al D.lgs. 93/11 e non ravvisandone l'opportunità in termini di rapporto costo/benefici. Non condivideremmo invece – qualora questa sia l'interpretazione corretta degli orientamenti espressi nel DCO – l'eventuale esonero dalla predisposizione e dall'invio del programma degli adempimenti, dal sistematico controllo dell'osservanza dello stesso e dalla predisposizione ed invio del RAMA. Tali misure – essendo essenziali - sono infatti comuni a tutti i sistemi di gestione aziendale quali quelli della Qualità, Ambiente, Sicurezza ed ex D.lgs. 231/2001 che trovano una loro rappresentazione e gestione in documentazione dedicata. Il programma degli adempimenti è da vedersi come la politica e gli obiettivi per la qualità (o altro obiettivo gestionale), il controllo della sua osservanza è da vedersi come le verifiche interne, il RAMA è da vedersi come il resoconto del riesame del sistema. Un sistema di gestione non documentato non è né applicabile né controllabile, un sistema di gestione non sottoposto a controlli è intrinsecamente inefficace, un sistema del quale non sia periodicamente riesaminata l'effettiva applicazione e l'efficacia non produce risultati. L'invio dei documenti all'Autorità, non previsto per altri sistemi, è a nostro avviso da un lato uno stimolo per gli operatori e dall'altro uno strumento di controllo a disposizione della stessa Autorità.

Con riferimento ai requisiti di indipendenza dei componenti del gestore indipendente, previsti dall'attuale TIU, si conferma quanto indicato nel DCO circa la difficoltà da parte degli operatori di individuare concretamente le fattispecie che possono essere considerate compromissive dell'indipendenza dei componenti del gestore indipendente.

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

Qui si porta la medesima osservazione del punto precedente (S8) circa l'identificazione puntuale delle fattispecie che comprometterebbero l'indipendenza del gestore indipendente.

Inoltre si segnala che le attuali prescrizioni contenute nel TIU hanno suscitato dubbi interpretativi che andrebbero superati con la nuova formulazione del testo integrato. In merito suggeriamo di tenere in considerazione per esempio i chiarimenti pubblicati dalla stessa Autorità a valle dei quesiti posti dagli operatori proprio per risolvere dubbi interpretativi.

Ci permettiamo di suggerire – se non già pianificato ed avvenuto – un confronto con la Direzione Sanzioni e Impegni, poiché ci è sembrato che in generale possano esserci difficoltà nella determinazione e dimostrazione di situazioni di violazione e – almeno in un caso – possano esserci difformità interpretative rispetto alla stessa Direzione Infrastrutture, Unbundling e Certificazione (per quanto può dedursi dai chiarimenti pubblicati da quest'ultima). Il caso in questione, che potrebbe essere assunto a titolo di esempio, riguarda l'attuale comma 11.3, lettera d), in base al quale non è chiaro se l'esistenza di un rapporto di lavoro tra un componente del gestore indipendente e altre società dell'impresa verticalmente integrata sarebbe incompatibile con il TIU in qualsiasi caso, oppure soltanto se detto rapporto di lavoro è idoneo a comprometterne l'indipendenza. La qual cosa assume ancora più rilevanza, considerato che in prospettiva si amplia lo stesso perimetro dell'impresa verticalmente integrata.

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

Non rileviamo particolari fattispecie oltre a quelle esemplificate nel DCO e presenti in parte nel TIU.

Si presenta invece una osservazione circa l'estensione dei requisiti di indipendenza del gestore indipendente ai responsabili della gestione in quanto si ravvisano criticità nella modalità della loro individuazione. Nel DCO è indicato l'orientamento secondo il quale il personale soggetto all'estensione dei requisiti sia rappresentato per lo meno dai dirigenti dell'impresa.

Nel caso si volesse mantenere tale estensione si suggerisce di non legarla al mero inquadramento delle risorse, ma al possesso di deleghe e/o procure ovvero alla loro effettiva responsabilità sulla gestione dell'attività di business; si ritiene infatti che coloro che dirigono talune funzioni di staff, indipendentemente dal loro inquadramento, non si trovano nella posizione per poter determinare comportamenti contrastanti con le finalità della separazione funzionale, per cui l'applicazione di requisiti di indipendenza – che potrebbero avere effetti tutt'altro che indifferenti – non avrebbe alcuna utilità.

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?

Si ritiene che l'esplicitazione dei poteri e requisiti di indipendenza del gestore nello statuto societario, oltre che nelle procure conferite e di riflesso nelle procedure aziendali esistenti, sia opportuna per dare forza all'autonomia del gestore indipendente.

S12 – Osservazioni in merito ai requisiti di indipendenza per il responsabile della conformità.

Si ritiene opportuno che i requisiti di indipendenza per il responsabile della conformità si rifacciano alle disposizioni previste per il responsabile di conformità del trasporto del gas dal comma 12.6 e 12.7 dell'Allegato A alla deliberazione ARG/com 153/11.

S13 – Si condivide l'opportunità di individuare linee guida non vincolanti in relazione al contenuto del programma di adempimenti?

La stesura di linee guida che fornisca un aiuto agli operatori nella redazione del programma degli adempimenti si ritiene molto opportuna con le seguenti condizioni:

- siano effettivamente non vincolanti in quanto ciascuna impresa deve poter meglio trovare le soluzioni che si adattano alla propria organizzazione non creando inefficienti appesantimenti gestionali;
- forniscano un reale aiuto, superando decisamente le formulazioni di principio espresse nel TIU e fornendo indicazioni chiare e concrete, utili sia in termini interpretativi (chiarendo anche con esempi la corretta interpretazione del TIU) che in termini applicativi (suggerendo modalità concrete per l'attuazione della norma).

In proposito si evidenzia che le linee guida previste dalla deliberazione ARG/com 132/08, ancorché cadute, sono state fino ad oggi pressoché universalmente seguite su base volontaria dalla generalità delle imprese.

S14 – Si condivide la previsione di aggiornamento almeno annuale del programma di adempimenti?

Si condivide la specifica previsione dell'obbligo di aggiornamento almeno annuale del programma di adempimenti. Si ritiene anche possa essere utile stabilire una ben definita scadenza annuale obbligatoria.

Si suggerisce inoltre di integrare tale previsione con l'obbligo di invio anche in alcune specifiche situazioni significative che però devono essere chiaramente identificate nel TIU (ad esempio quando avviene un cambiamento nei componenti del gestore indipendente, del responsabile della conformità, etc.).

S15 – Si condivide la possibilità di attivare modelli di self-auditing e con quali modalità? Si forniscano proposte dettagliate e motivate.

Si ritiene che un'attività sistematica di controllo dell'osservanza degli adempimenti (self-auditing) debba costituire un requisito essenziale del sistema di gestione della separazione funzionale. Come per altri modelli gestionali, già citati nella nostra osservazione di cui al punto S8, l'attività di controllo deve a nostro avviso costituire un requisito obbligatorio, il cui rispetto va controllato in caso di ispezione e la cui mancanza o carenza dovrebbe costituire violazione grave. E' infatti noto per esempio che un sistema di gestione per la qualità non soggetto a verifiche interne non potrebbe mai essere certificato o che parimenti un sistema ex. D.lgs. 231/01 non soggetto ad attività di controllo perderebbe ogni efficacia esimente. Ciò in

quanto la verifica interna rappresenta effettivamente un elemento essenziale di un qualsivoglia sistema di gestione, che in carenza sarebbe (con ragione) ritenuto intrinsecamente inefficace. Del resto il D.lgs. 93/11 (art. 23.2.d) prevede espressamente che il Gestore Indipendente garantisca che sia adeguatamente controllata l'osservanza del programma degli adempimenti: tale prescrizione è già presente – con le stesse parole – nella vigente edizione del TIU (art. 12.2), ma a nostro avviso in tale sede andrebbe resa decisamente più esplicita, nonché corredata di requisiti.

Concludendo: si ritiene pertanto che il nuovo testo integrato non soltanto debba prescrivere l'adozione di sistemi di self-auditing, ma debba anche stabilirne in modo circostanziato i requisiti minimi. Tanto meno precisa sarà la prescrizione normativa al riguardo e tanto più difficile sarà la contestazione di violazioni in caso di controlli laschi o pro forma.

Ciò premesso si condivide che la nuova normativa possa prevedere un sistema misto prescrittivo / incentivante:

- prescrivendo che obbligatoriamente tutti i gestori indipendenti (anche di imprese minori) adottino un sistema di self-auditing dotato di requisiti minimi
- incentivando il gestore ad adottare sistemi di self-auditing particolarmente efficaci (per frequenza/estensione dei controlli, per indipendenza e professionalità del controllore o per altri motivi che andrebbero specificati) ottenendo per contro alcune esenzioni.

Riteniamo che la misura incentivante debba essere proposta ai gestori minori, in quanto:

- suscettibili di concrete esenzioni grazie al fatto che non sono vincolati ai requisiti minimi di cui al D.lgs. 93/11 art. 23.2,
- non oggetto di controlli di parte terza, vale a dire di quelli operati dal responsabile della conformità, figura prescritta per i soli gestori di maggiori dimensioni.

Infine riteniamo opportuno che l'Autorità chiarisca in modo esplicito i diversi ruoli afferenti le attività di controllo, precisando quali attività e responsabilità di controllo sono direttamente in capo al gestore indipendente e quali sono attribuiti al responsabile della conformità dove è istituito.

S16 – Osservazioni in merito alla separazione funzionale dei gestori di sistemi di distribuzione elettrica?

Si concorda con la previsione di applicare pienamente gli obblighi di separazione funzionale ai distributori elettrici con meno di 100.000 clienti allacciati in quanto non soggetti alla norma di separazione societaria.

Unica osservazione che si propone in assenza di un preciso articolato della norma è che quest'ultima permetta a ciascun operatore del settore elettrico di capire chiaramente gli articoli ad esso applicabili.

S18 – 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 e per le imprese di vendita del mercato libero e del servizio di maggior tutela?

Per i distributori elettrici non soggetti agli obblighi di separazione societaria, si ritiene che l’impostazione data in sede di consultazione per eliminare il rischio di confusione sia inefficace rispetto alle finalità dichiarate dalla normativa primaria. Infatti, in assenza di separazione societaria è lo stesso soggetto giuridico, quindi con la stessa denominazione sociale, che interagisce con il cliente finale per effettuare le attività proprie sia della distribuzione sia della vendita come ad esempio: l’allaccio e l’attivazione della fornitura. In questo caso è di fatto inefficace una politica di differenziazione per non generare il rischio di associazione propriamente detto, perché il cliente finale non potrebbe che pensare che le due attività facciano parte della medesima impresa, dato che interagisce sempre con lo stesso soggetto giuridico. In particolare, al fine di perseguire le finalità della norma, si potrebbe richiedere un obbligo informativo verso il cliente finale a carico di quegli esercenti che svolgono contemporaneamente l’attività di vendita al mercato tutelato e la distribuzione elettrica. In tale documento si dovrebbe chiarire ad esempio l’assenza di elementi “tecnici” che garantiscano una qualità del servizio maggiore nel caso si sottoscriva il contratto di vendita con il medesimo soggetto giuridico che presta i servizi di distribuzione.

S20 – 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.

Non si ritiene necessaria l’introduzione di obblighi relativi al trattamento delle informazioni commercialmente sensibili da parte delle imprese di vendita di energia elettrica visto che tali norme mirerebbero a limitare l’accesso alle informazioni da parte del distributore, soggetto che si deve separare amministrativamente dalle altre attività svolte dall’impresa verticalmente integrata. Inoltre, l’efficace previsione degli obblighi sul trattamento delle informazioni commercialmente sensibili imposti ai gestori dei sistemi di distribuzione sono sufficienti per consentire un trattamento non discriminatorio delle informazioni commercialmente sensibili senza gravare le società di vendita di ulteriori obblighi i cui costi ricadrebbero sugli utenti finali.

Si ritiene condivisibile che alla base della non discriminazione nell’accesso alle informazioni commercialmente sensibili vi sia uno scambio delle stesse solo attraverso strumenti evoluti *web-service*, quali il cosiddetto “portale”, ed in futuro attraverso il SII. Si condivide che le informazioni, identificate come commercialmente sensibili e che non sono oggetto di scambio attraverso il SII e/o il “portale”, non debbano essere condivise **in nessun altro modo** con l’impresa verticalmente integrata, a meno che non sia possibile renderle di pubblico dominio, ed in questo ultimo caso si suggerisce l’obbligo di pubblicazione sul sito della società di distribuzione.

Si evidenzia, inoltre, l’opportunità di utilizzare una terminologia diversa da “informazioni riservate”, per la possibile sovrapposizione con la normativa c.d. *market abuse*. La sovrapposizione potrebbe portare all’utilizzo dello stesso termine per attività/adempimenti diversi generando complessità interpretativa in particolare per i dipendenti.

Si segnala infine l'opportunità di meglio definire la seconda tipologia di informazioni riservate, per le quali vi è la previsione di una semplice segregazione, in quanto secondo l'interpretazione data da molti esercenti, alcuni delle informazioni riportate a titolo di esempio nel DCO come "tecniche" sono comunemente considerate aventi possibili utilizzi commerciali discriminatori (a titolo esemplificativo: dati tecnici contatore istallato e richiesta di prestazioni tecniche).

S22 – Osservazioni in materia di separazione funzionale per i gestori degli impianti di stoccaggio e di rigassificazione del gas naturale.

Dal DCO si evince la volontà di non modificare o integrare il quadro regolatorio fornito attualmente dal TIU.

Si osserva in merito che, a valle degli eventuali cambiamenti che potranno essere apportati alla norma ed in primo luogo alla differenziazione dei distributori gas in base alla loro soglia, è opportuno indicare senza dubbi interpretativi se ai gestori in questione, ed in particolare quelli degli impianti di stoccaggio, si applicherà la normativa comune ai distributori elettrici e gas (>100.000).

S23 – Si condivide la proposta di modifica della disposizione di cui al comma 11.2 lettera b) alla luce del nuovo assetto del settore?

Sì, in quanto si ritiene un adeguamento formale.