

DCO 22/08

LINEE GUIDA IN MATERIA DI PREDISPOSIZIONE
DEL PROGRAMMA DI ADEMPIMENTI PER
L'IMPLEMENTAZIONE DELLA SEPARAZIONE
FUNZIONALE DI CUI ALL'ALLEGATO A ALLA
DELIBERAZIONE N. 11/07: OBBLIGHI DI
SEPARAZIONE AMMINISTRATIVA E CONTABILE
(UNBUNDLING) PER LE IMPRESE OPERANTI NEI
SETTORI DELL'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS

Osservazioni e proposte ANIGAS

Milano, 1 agosto 2008

OSSERVAZIONI DI CARATTERE GENERALE

In via prioritaria si osserva che la bozza di provvedimento posto in consultazione dall'AEEG (di seguito Documento) non è perfettamente aderente al dettato della delibera 11/07 e del Testo Integrato Unico (TIU). Infatti, esso non si limita ad una specificazione delle modalità di ottemperanza ad obblighi già previsti dalla delibera n. 11/07, di cui dovrebbe essere mera attuazione, ma ne prevede di più stringenti. Nella bozza di articolato normativo infatti si trovano disposizioni che definiscono in dettaglio le tempistiche, i comportamenti, gli obblighi e gli strumenti con cui le prescrizioni ivi contenute devono essere rispettate da parte degli operatori. A nostro avviso, per garantire l'auspicata semplificazione, è necessario predisporre le linee guida come strumento di indirizzo di carattere più generale che si limiti a tracciare confini al cui interno gli operatori abbiano la possibilità di mantenere un ampio margine di discrezionalità operativa.

Considerata la rilevanza dell'oggetto della consultazione e la sensibilità che gli operatori hanno manifestato sul tema, Anigas non può che esprimere apprezzamento per la scelta adottata dall'Autorità di sottoporre a consultazione pubblica il testo del Documento consentendo così l'elaborazione e la presentazione di osservazioni formali da parte di tutti gli operatori e delle Associazioni interessate.

In un'ottica di reciproca collaborazione tra Regolatore e attori del sistema gas, come già accaduto per altri temi di particolare interesse, l'Associazione desidera sfruttare tale possibilità formulando le proprie osservazioni al Documento.

Prima di trattare i temi di dettaglio contenuti nel Documento, preme sottolineare l'importanza di definire in maniera inequivocabile la tempistica prevista per la predisposizione del programma di adempimenti e per la successiva adozione del programma medesimo. In particolare, non è chiaro come collegare le tempistiche per l'attuazione degli obblighi a carico del gestore indipendente con quelle per la stesura e adozione del relativo programma.

OSSERVAZIONI ANALITICHE

Art. 2 – Il Programma degli adempimenti

2.1 lett. a) Si propone di eliminare l'espressa richiesta di "attestazione della coerenza alle norme del TIU delle regole di governance dell'attività soggetta a separazione funzionale", di cui all'art. 2.1 lettera a) al fine di ovviare alle difficoltà relative all'individuazione del soggetto/organo che deve rilasciare tale attestazione e alle connesse e conseguenti forme di responsabilità sia civili che penali.

2.1 lett. d) In conformità alla previsione della delibera n. 11/07 è opportuno prevedere che le disposizioni sui requisiti di indipendenza e sulle incompatibilità siano limitate ai soli componenti del Gestore Indipendente, (vedere anche articoli 3.1 lett. b) e 7.1 lett. b) e c)). Inoltre, si coglie l'occasione per evidenziare come il sistema di incompatibilità previsto dalla delibera n. 11/07 appaia eccessivamente restrittivo e sproporzionato rispetto a quanto necessario al raggiungimento degli obiettivi fissati dall'AEEG.

2.1 lett. i) Si ritiene opportuno, in piena coerenza con lo spirito della norma e con l'obiettivo perseguito, limitare l'obbligo di separazione alle informazioni commercialmente sensibili. Considerato che la disposizione ha un impatto rilevante sul piano gestionale, è basilare specificare in che modo si debba attuare la "*separazione fisica delle banche dati*". Infatti, qualora dovesse essere intesa come utilizzo di server distinti, si dovrebbero porre in essere procedure che comporterebbero aggravii gestionali, anche nell'ottica della revisione dei contratti di *outsourcing*, laddove le banche dati siano state "esternalizzate".

Inoltre, non è da sottovalutare l'impatto economico: in questo senso si ritiene necessario consentire agli esercenti di adottare soluzioni che garantiscano la segregazione delle informazioni commercialmente sensibili al minor costo, così da evitare ingiustificati oneri, oltre che per le imprese, anche per il sistema e per i consumatori finali.

Si deve poi considerare l'esistenza di archivi cartacei e la complessità che la loro gestione comporterà, ciò anche nella definizione della tempistica che verrà concessa per attuare la separazione delle informazioni commercialmente sensibili.

2.1 lett. k) Tenuto conto della diversità concettuale tra la formazione e l'informazione del personale si richiede che, al di là dei necessari obblighi informativi nei confronti del proprio personale, sia lasciata alla libera decisione aziendale la scelta in merito alle attività di formazione.

Inoltre, per coerenza con l'art. 3.1 lett. d), l'espressione "personale interno" dovrebbe essere sostituita con "propri dipendenti".

2.1 lett. l) Una delle parti che compongono il programma di adempimenti è "*la definizione delle procedure per la valutazione delle transazioni economiche con le parti correlate*". All'articolo 3.2 lett. f) è inoltre stabilito che entro un anno dalla pubblicazione della delibera il gestore indipendente deve individuare e valorizzare le transazioni economiche e i rapporti contrattuali per l'acquisizione e la vendita di beni e servizi con le medesime parti.

Preliminarmente si osserva come appaia improprio parlare di "procedure" per la valutazione delle transazioni economiche, e sembri invece più adeguato riferirsi a "criteri" per la loro valorizzazione. La valorizzazione di tali transazioni, infatti, non presuppone l'implementazione di procedure ma molto più semplicemente sottende l'applicazione di criteri di valorizzazione, peraltro individuati dalla medesima Autorità. Si osserva infatti che i criteri per la valorizzazione delle cessioni di beni e le prestazioni di servizio interne al gruppo societario sono già definiti all'articolo 25 del TIU: in particolare è stabilito che le transazioni tra società del gruppo debbano avvenire in base al principio del prezzo di libera concorrenza tra le parti o di valore normale, vale a dire il principio del prezzo che sarebbe stato concordato tra imprese indipendenti per operazioni identiche o simili a condizioni simili o identiche nel libero mercato.

Peraltro, in particolare con riferimento a Gruppi di rilevanti dimensioni, sarebbe opportuno sostituire il riferimento alle "società correlate" con le "società del Gruppo", al fine di non ingenerare dubbi.

Il medesimo articolo 2.1. lett. l) stabilisce che nel programma di adempimenti debbano essere previste le disposizioni per garantire la separazione funzionale in caso di attività svolte in *outsourcing*. L'Articolo 6 specifica che "nei rapporti contrattuali di *outsourcing*, oltre agli obblighi di riservatezza, deve essere richiesta all'appaltatore la predisposizione di procedure che garantiscano il rispetto sostanziale e formale delle regole di separazione funzionale". Si osserva che l'attuazione dell'obbligo di riservatezza deve prevedere una tempistica che tenga conto non solo della complessità, già evidenziata in precedenza, legata alla separazione delle informazioni commercialmente sensibili, ma anche dei tempi legati all'elaborazione delle modifiche ai contratti già stipulati di *outsourcing*. Per questo motivo si propone che, per i contratti di *outsourcing* già stipulati venga riconosciuto un ragionevole termine (per esempio 12 mesi) per apportare le opportune modifiche contrattuali.

Per quanto riguarda invece l'estensione degli obblighi di separazione funzionale anche in capo agli appaltatori, si ritiene che una simile previsione esuli dallo scopo della delibera che dovrà essere emanata.

La portata di tale estensione, comunque, non risulta del tutto chiara e dovrebbe essere meglio definita nel provvedimento finale.

Si ritiene, infatti, che in capo agli appaltatori possano prevedersi esclusivamente obblighi di riservatezza e, eventualmente, la predisposizione di procedure in caso di gestione di dati commercialmente sensibili (procedure che, ovviamente, dovrebbero essere approvate da parte del Garante per la corretta gestione delle informazioni, di cui all'articolo 15, comma, 1 lettera d del TIU).

L'imposizione di obblighi di separazione funzionale o l'adozione di procedure atte a garantire in generale la separazione funzionale dell'appaltatore rischiano, per contro, di avere un impatto eccessivo sulle attività in outsourcing delle imprese soggette a separazione funzionale e, in ultima analisi, sui costi complessivi delle attività affidate in appalto.

In aggiunta, risulta eccessiva la previsione che impone al Gestore Indipendente di approvare, ogni volta, le procedure adottate dall'appaltatore per garantire la separazione funzionale.

Occorrerebbe chiarire, infine, che le incompatibilità previste all'articolo 11, comma 3, del TIU non sono da prevedersi anche in capo all'appaltatore.

2.1 lett. n) Esiste un refuso in quanto il riferimento corretto è all'articolo 12.3 e non all'articolo 12.4

Art. 3 – Obblighi del Gestore Indipendente

3.1 1° comma) Non è chiaro a quali condizioni si faccia riferimento nel richiamare l'art. 7 del TIU. Ciò comporta incertezza in merito alla data di decorrenza ivi prevista.

3.1 lett. b) Vedere commento all'art. 2.1 lett. d).

3.1 lett. c) Per coerenza con l'art. 2.1 lett. f), andrebbe eliminato il riferimento ai conti annuali separati.

3.1 lett. e) Non appare conforme alla delibera n. 11/07 l'estensione dei requisiti di indipendenza al responsabile dei rapporti con l'Autorità in merito all'attuazione del programma di adempimenti. Come già osservato, infatti, i requisiti di indipendenza dovrebbero essere richiesti esclusivamente ai componenti del gestore indipendente di cui il responsabile dei rapporti con l'Autorità non fa parte.

3.2 lett. c) In coerenza con gli obiettivi della delibera n. 11/07, sarebbe opportuno specificare che per informazioni contenute nelle banche dati si intendono esclusivamente quelle commercialmente sensibili.

3.2 lett. f) Si propone di eliminare il riferimento alle "transazioni future"; considerato che risultano difficilmente prevedibili conseguentemente anche la loro valorizzazione appare di difficile attuazione. Sarebbe altresì da

chiarire quali “parti” siano da ritenersi “correlate”; al riguardo si richiama quanto già osservato in relazione all’art. 2.1 lett. l), in riferimento alle “società correlate”.

Art. 4 - Modelli di organizzazione e di gestione

A livello meramente terminologico, appare consigliabile evitare l’espressione “Modello di Organizzazione e Gestione” che potrebbe far pensare a una riconduzione dello strumento nell’ambito dell’omonimo modello di cui al D.Lgs. 231/01, in merito al tema specifico della responsabilità amministrativa delle imprese per i reati commessi da propri amministratori o dipendenti. Data la peculiarità dei protocolli di redazione e di aggiornamento di tali modelli di organizzazione e gestione, in ragione delle specifiche e ben diverse esigenze per le quali sono adottati, si propone l’utilizzo di espressioni diverse, quale, ad esempio, “Sistema Organizzativo e Gestionale dell’attività separata funzionalmente”. Ciò renderebbe più agevole l’applicazione di tale disposizione per le aziende e garantirebbe una maggior trasparenza definendo chiaramente i protocolli che ricadono nell’ambito degli obblighi e delle finalità previste dalla delibera n. 11/07.

4.1 lett. b) e d) Sono necessarie maggiori specifiche su cosa si intende per *“individuazione dei criteri di contabilità”* nonché di *“ripartizione e assestamento dei budget”*.

4.2 lett. a) In materia di deleghe, deve essere fatto salvo il principio secondo cui fino a quando il piano di sviluppo non sia stato approvato definitivamente dal gestore indipendente, lo stesso debba essere confrontato con l’impresa verticalmente integrata per verificarne la compatibilità con gli obiettivi finanziari del gruppo. Inoltre, per salvaguardare appieno i diritti di vigilanza economica e amministrativa della società madre per quanto riguarda la redditività degli investimenti, il gestore indipendente deve essere tenuto a presentare il Piano al Consiglio di Amministrazione della società in separazione funzionale per l’approvazione formale. Infine, si ritiene necessario che, ai fini della concessione della delega relativa a decisioni di spese/investimenti straordinari entro limiti di spesa definiti, tale delega possa essere prevista per investimenti necessari a fronte di eventi straordinari e imprevedibili dettati da situazioni oggettive di necessità e urgenza.

4.2 lett. b) Una ulteriore contraddizione è contenuta in questo comma, secondo cui alcune attività oggetto di delega obbligatoria (rappresentanza, piano di sviluppo, organizzazione) sono altresì previste come argomenti sui quali il Gestore Indipendente deve esprimere un parere vincolante.

Si segnala il refuso consistente nella ripetizione del termine “trattamento dati”.

Art. 5 – Codice etico

Anche in questo caso occorrerebbe usare una terminologia più generica (es. “Regole di comportamento in materia di unbundling”) per far sì che ciascun esercente possa utilizzare, a parità di efficacia cogente, lo strumento organizzativo più adeguato alla propria realtà aziendale (sia esso il codice etico, ove esistente, il codice di comportamento, o una specifica disposizione di pari rango).

Inoltre si ritiene opportuno non esplicitare, all’interno del codice in questione, la presenza di meccanismi disciplinari e sanzionatori.

In relazione alla previsione di cui all’art. 5.3, il vincolo di riservatezza previsto nelle regole di comportamento dovrebbe essere limitato alle informazioni commercialmente sensibili.

5.3 Sarebbe opportuno individuare più precisamente il “personale con responsabilità” e confermare che il vincolo di riservatezza sia limitato alle sole informazioni commercialmente sensibili.

Art. 7 – Verifica dei requisiti di indipendenza del personale

7.1 Pur condividendo in linea di principio l’obiettivo sotteso all’aggiornamento dei contratti di assunzione, il rispetto della disposizione, così come attualmente formulata, comporterebbe seri problemi nell’ambito della contrattazione collettiva perché andrebbe ad incidere su CCNL già definiti con le OO.SS.

Imporre una modifica a contratti di lavoro già stipulati (e negoziati al livello di contrattazione collettiva) al fine di inserire le clausole che attestino la rispondenza ai requisiti di indipendenza previsti dal TIU, può essere difficilmente realizzabile a causa degli elevati costi di transazione e delle difficoltà di modificare i contratti nazionali negoziati con le organizzazioni sindacali. Per questo motivo è a nostro avviso opportuno prevedere al massimo l’applicazione della disposizione esclusivamente ai contratti di assunzione stipulati successivamente all’entrata in vigore del provvedimento. I dipendenti assunti anteriormente a tale data sarebbero in ogni caso tenuti al rispetto di disposizioni analoghe attraverso il loro inserimento nel Codice Etico o in altri strumenti equipollenti.

7.1 lett. b) e c) Un’alternativa a quanto sopra potrebbe essere quella di circoscrivere l’applicazione di questi vincoli ai soli contratti dei componenti del Gestore Indipendente.

Nella lettera c) è presente un refuso in quanto il riferimento corretto è all'articolo 11.3 del TIU e non all'articolo 11.4.

Art. 8 - Contenuti minimi delle informazioni da fornire all'AEEG

8.1 lett. c) e d) Sono necessari chiarimenti su cosa si intende per “*clausole condizionanti*” nonché per “*criteri di aggiornamento/ assestamento*”.

Art. 9 - Informazioni minime sul trattamento dei dati sensibili acquisiti nell'ambito dell'attività soggetta a separazione funzionale

In linea generale e per coerenza con la delibera 11/07, si dovrebbe specificare che nel documento gli obblighi previsti siano riferiti esclusivamente alle informazioni commercialmente sensibili e non anche ai dati sensibili.

Per quanto attiene le procedure di accesso ai dati e la gestione delle informazioni, si fa riferimento a quanto evidenziato a proposito dell'art. 2.1 lett. i).

Art. 10 – Obblighi dell'impresa verticalmente integrata che opera nelle attività di cui al comma 7.1 del TIU secondo le modalità di cui al comma 7.5 del TIU

Non sono chiari destinatari e modalità delle comunicazioni e delle notifiche previste all'art. 10.

10.1. lett. b) Non esiste la lettera b) del comma 7.5 del TIU probabilmente si riferisce al comma 7.6 lettera b).

Art. 11 – Obblighi del garante per il rispetto della disciplina di accesso di terzi all'infrastruttura di cui al comma 7.5 lettera b) del TIU

Anche in questo caso c'è un refuso in quanto non esiste la lettera b) del comma 7.5 del TIU, probabilmente si riferisce al comma 7.6 lettera b).

11.1 Allineare per coerenza la tempistica prevista per l'invio da parte del garante del programma delle verifiche e delle metodologie con quella prevista per l'invio da parte del gestore indipendente del programma degli adempimenti (portandole entrambe ad un anno).