



Utilities and Market regulation

**CONSULTAZIONE SUL QUADRO STRATEGICO
2019-2021 DELL'AUTORITÀ DI REGOLAZIONE PER
ENERGIA RETI E AMBIENTE**

**OSSERVAZIONI E PROPOSTE SULL'OBIETTIVO
STRATEGICO OS. 6 E LA LINEA DI INTERVENTO B.**

1. Premessa.

1. La scrivente ILM S.r.L. (nel seguito: ILM), intende apportare con la presente memoria osservazioni e proposte in relazione all'obiettivo strategico OS.6, incentrato sulla promozione della compliance regolatoria e sulla riduzione dei tempi dei processi sanzionatori, con particolare riferimento alla linea di intervento b. avente ad oggetto "Sperimentazione di nuove procedure di self-audit, attraverso l'adozione di specifiche Linee Guida sviluppate dall'Autorità in logica di garanzia della compliance della regolazione e non di deroga della stessa".

Si deve ritenere che l'indicazione prefiguri nuove iniziative analoghe a quella pilota avviata con la deliberazione n. 296/2015/R/Com con la quale è stata indetta la sperimentazione di una procedura di self audit inquadrata come possibile modalità alternativo-integrativa di adempimento ai vincoli di separazione funzionale.

Tale riferimento consente di focalizzare il carattere peculiare di questo modello che è innovativo quanto allo sviluppo, all'impulso e alla gestione delle procedure che vengano introdotte nell'assetto regolatorio.

Quello che si vuole significare è che, come si vedrà, la regolazione settoriale già conosce e pratica assetti incentrati sulla previsione dell'apporto di strutture terze alla gestione di funzioni intestate al regolatore, ossia forme di interposizione ausiliaria organizzativa per utilizzare la denominazione tecnica ormai invalsa.

La peculiarità del modello è focalizzata dal "self", ossia dal fatto che lo sviluppo dei tools e la proposta degli stessi muove da strutture professionali e imprese regolate che operano volontariamente in tal senso chiedendo l'asseverazione del regolatore e il consolidamento dei protocolli proposti.

Questa formula consente di superare i limiti procedurali e di disponibilità finanziarie che comprimono le possibilità dell'amministrazione di acquisire direttamente apporti esterni e quindi di enfatizzare le potenzialità che il modello può esprimere sul piano della razionalizzazione e del rafforzamento della capacità operativa del regolatore risolvendo alcuni dei gap principali che ne limitano l'efficienza in diversi segmenti funzionali tra i quali rientra, per certo, quello a cui si riferisce l'obiettivo strategico (funzioni di controllo/enforcement).

2. ILM si è fatta promotrice nel 2015 della prima iniziativa che ha generato la sperimentazione sopra richiamata e, a quanto risulta, è l'unico service provider che ha sviluppato un modello oggi testato ufficialmente. La finalità del progetto è proprio quella di fornire un apporto rafforzativo dell'azione di controllo-enforcement con riferimento ad alcuni settori della regolazione, ciò che lo fa rientrare nel campo di applicazione delle linee di intervento preconizzate per il triennio 2019-2021.

L'obiettivo che la scrivente si propone con il presente documento è quindi quello di consolidare le indicazioni che la concreta gestione di un percorso sperimentale ha fornito anche in rapporto alle principali questioni sollevate dai referenti ARERA nei momenti di confronto-contraddittorio creatisi prima dell'avvio della sperimentazione e durante il suo iter.

Così operando, si ritiene di poter fornire un apporto utile all'impostazione delle successive sperimentazioni ed alla definizione di un protocollo unico che ne inquadri e guidi la gestione.

Si deve anche evidenziare che le considerazioni che saranno di seguito svolte sono state in parte supportate dal rapporto di collaborazione tecnica che, a partire dal Q3 2018, è stato avviato con un primario conglomerato internazionale della consulenza aziendale, Ernst & Young Advisory e quindi vengono presentate in condivisione con tale operatore.

2. L'interposizione ausiliaria come modello di organizzazione di funzioni pubbliche. I principi generali applicabili.

1. Prima di scendere nella declinazione e fissazione delle principali questioni sollevate dall'esperienza operativa concreta nella gestione del processo di sperimentazione e delle soluzioni che si sono sedimentate in termini ormai certi, si ritiene opportuno svolgere una breve prospettazione dell'istituto e dei principi in cui può essere sussunto il tool sperimentato.

Si vuole dire che con la label "self audit" non si indica un modello, un'opzione organizzativa innovativa o comunque non conosciuta dalla disciplina generale delle funzioni amministrative nell'ordinamento nazionale, sibbene e solo una possibile variante che ripete comunque gli elementi e i caratteri di base della figura cui è riconducibile.

2. Il modello dell'interposizione in funzione ausiliaria come modalità per incrementare le capacità di controllo della compliance a sistemi di regolazione è, infatti, un filone ampiamente diffuso con una forte matrice "euro-unitaria".

A questo riguardo, va ricordato come il modello di disciplina delle attività economiche basato sullo schema della regolazione economica si sia sviluppato proprio in ambito europeo. Come noto, la regolazione economica si sostanzia nell'imposizione di modelli positivi di comportamento in tutti quei settori di mercato in cui sorgono specifiche esigenze di tutela degli interessi generali.

La crescita esponenziale della regolazione economica, anche in conseguenza del processo di armonizzazione dei livelli di tutela e degli standard di qualità europei, conferisce, evidentemente, al tema controllo/promozione della compliance un carattere del tutto peculiare.

La regolazione impone, come detto, modelli positivi di comportamento a soggetti economici, ossia vincoli che debbono essere costantemente rispettati nella gestione di attività continuative come quelle di conduzione di un'impresa. L'obiettivo della regolazione è la conformazione, ossia la reale implementazione dei parametri positivi di comportamento nella conduzione quotidiana del business.

Solo in questo modo la finalità ultima di questo assetto viene realizzata: tutti gli operatori regolati debbono uniformare i propri comportamenti quotidiani anche alla regola espressiva dell'interesse generale. Generalità e continuità della compliance sono la condizione essenziale e determinante per l'attuazione degli interessi generali affidati alla cura del regolatore.

Questo comporta, necessariamente, generalità e continuità dei controlli sia per garantire l'effettività degli incentivi/disincentivi costruiti per supportare il processo di impianto delle regole nell'operatività quotidiana, sia, ben si può dire primariamente, per accompagnare le imprese nel processo di traduzione della regola generale in prassi operative attraverso forme di collaborazione e moral suasion che sono un complemento determinante della funzione di produzione normativa generale propriamente intesa.

3. L'aumento della regolamentazione e della c.d. "pressione normativa" ha quindi determinato l'esigenza di maggiori controlli da parte dei pubblici poteri, con

- aumento dei costi;

- difficoltà di gestione dei controlli;
- maggiori rischi di inefficienza dei controlli (se operati solo ex post e a campione).

Da ciò va sviluppandosi sempre più la tendenza ad individuare soggetti terzi preposti:

- all'esecuzione di controlli in luogo dello Stato;
- al supporto agli operatori in merito alla corretta attuazione delle normative tecniche.

Un approccio più efficace ed efficiente al sistema di controlli ha imposto ed impone, quindi, l'evoluzione dei modelli di controllo della compliance nel senso dell'attribuzione di funzioni amministrative a soggetti privati.

In altri termini, per la sua effettività il modello di disciplina delle attività economiche basato sullo schema della regolazione economica richiede l'introduzione di un approccio innovativo alla gestione dei controlli, il cosiddetto "nuovo approccio" per usare l'etichetta sedimentatasi a livello comunitario dove questo nuovo sistema è stato sviluppato.

Per "nuovo approccio" si intende:

- approccio globale alla valutazione di conformità, intesa come continuità e generalità dei controlli (tutte le norme e tutti i soggetti tenuti ad applicarle);
- esternalizzazione rispetto alle strutture pubbliche;
- garanzia di competenza, di specializzazione del controllore privato.

In questo modo, in un'ottica di sussidiarietà "orizzontale", si intende ridurre l'intervento delle istituzioni pubbliche e lasciare agli operatori la più ampia scelta possibile nelle modalità di adempimento degli oneri su di essi incombenti.

4. Esiste ormai un'ampia casistica di moduli di interposizione ausiliaria attuativi del c.d. *new approach*, sia in settori "presidiati" da un'autorità di regolazione, sia in settori che non vedono la presenza di una siffatta autorità; ovvero, in altri termini, sia in sistemi di regolazione "in senso stretto", dove il modello di regolazione economica è attuato attraverso un assetto istituzionale dedicato imperniato sulla costituzione di un'autorità di regolazione cui sono intestati i poteri normativi, amministrativi (prevalentemente di controllo) e di adjudication (prescrizione-sanzione-giurisdizione) necessari alla realizzazione di finalità di interesse generale e collettivo, sia in sistemi di regolazione "id

senso lato", dove il modello è attuato attraverso l'attività istituzionale del legislatore, nazionale o europeo, che impone modelli positivi di comportamento senza istituire un'autorità amministrativa indipendente con compiti di regolazione economica e verifica della compliance.

Nei sistemi di regolazione "in senso stretto", la casistica trova quali settori di riferimento i seguenti:

- A) Mercati finanziari e mobiliari;
- B) Concorrenza;
- C) Mercato energetico.

Si esaminano di seguito le caratteristiche peculiari delle ricadute in questi settori.

A) Mercati finanziari e mobiliari - Le società di revisione

La revisione legale trova il suo fondamento normativo nel decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39, che ha recepito la direttiva 2006/43/CE relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati.

I mercati finanziari e mobiliari costituiscono il campo di applicazione storicamente più risalente della "delega" di controlli volti alla tutela della collettività ed all'incremento della affidabilità del sistema economico da parte dello Stato ad enti privati.

Si tratta del segmento di condotte e adempimenti su cui si incardina il funzionamento corretto del mercato finanziario e di quello borsistico. Una corretta contabilità è il primo e fondamentale riferimento per l'effettuazione di scelte ponderate di investimento e, quindi, è il segmento rispetto al quale si pone drammaticamente l'esigenza di controlli continui e contestualmente generali che la struttura pubblica non è in grado di effettuare.

Le società che si occupano di revisione per operare devono essere iscritte in apposito Registro dei revisori contabili presso il Ministero dell'economia e delle finanze, in cui sono transitate anche le società di revisione iscritte in precedenza nell'Albo speciale tenuto dalla Consob.

Tale caratteristica, come vedremo, è peculiare di questa fattispecie che si presenta, in realtà, come una sorta di commistione tra i due modelli: in questo caso infatti si ha la presenza di un regolatore (anzi due), ma la funzione ordinatoria è direttamente intestata

dall'ordinamento all'operatore privato che quindi, sia pure sotto il controllo dei regolatori, non si limita a supportare l'istituzione nella gestione dell'attività, ma ne assume direttamente la responsabilità.

B) Concorrenza (operazioni di rilievo per il diritto della concorrenza) - Il monitoring trustee

In questo caso non c'è un regolatore vero e proprio. L'autorità antitrust è, infatti, un'autorità che svolge essenzialmente funzioni di "garanzia" generale, consistenti nel controllo ex post dell'osservanza della normativa sulla tutela della concorrenza. Diversamente, l'autorità di regolazione - la cui competenza è "settoriale" - interviene ex ante a definire un quadro di regole finalizzate alla promozione della concorrenza e al corretto ed efficiente funzionamento del mercato.

Tuttavia, l'attività dell'autorità antitrust, sia a livello europeo che nazionale, produce decisioni su casi individuali che, per quantità e per articolazione delle misure individuali, comporta, sul versante della vigilanza, un'attività analoga a quella di un regolatore.

In Italia, l'autorità amministrativa indipendente è l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) istituita con legge n. 287/1990 su impulso della normativa comunitaria. L'antitrust svolge funzioni di vigilanza sulle operazioni di concentrazione e gli abusi di posizione dominante, oltre che di tutela del consumatore in materia di pratiche commerciali scorrette e clausole vessatorie.

La Commissione Europea, nella sua qualità di *Autorità preposta alla vigilanza sulle concentrazioni di rilievo comunitario*, può nominare professionisti quali monitoring trustee, anche detti "controllori fiduciari", preposti alla verifica e alla supervisione nell'esecuzione degli adempimenti previsti dalle autorizzazioni condizionate, rilasciate dalla Commissione a tutela del mercato (Regolamento n. 98/447/CE).

L'incarico viene affidato con la stipula di un trustee mandate, mediante il quale il monitoring trustee assume obblighi di aggiornamento, reportistica, verifica, ecc., nei confronti dell'autorità antitrust.

In questo caso il modello non è previsto da norme primarie, ma risulta da un atto discrezionale di organizzazione adottato dalle autorità nazionali e comunitarie; allo stesso tempo non sono previste forme di selezione e accreditamento delle strutture professionali a cui viene affidato l'incarico.

C) Mercato energetico - Il responsabile della conformità

Il modello di controllo sugli obblighi di separazione funzionale (direttive europee 72/2009/CE e 73/2009/CE come recepiti dal d.lgs. 93/2011) è articolato su due livelli complementari, centrale e periferico: alle funzioni di controllo di ARERA, si affianca l'attività di un soggetto terzo indipendente incaricato dagli operatori di rete, il responsabile della conformità, con compiti di verifica dell'attuazione del programma di adempimenti da parte degli operatori.

In questo caso, come si vede, posto che la funzione non comporta la traslazione di attribuzioni del regolatore o comunque l'attribuzione diretta di funzioni di carattere ordinario, non è prevista l'attivazione di regimi di selezione e accreditamento delle figure esterne all'impresa regolata cui sia affidata.

Da questo punto di vista è bene anche evidenziare che nell'assetto comunitario si tratta, ciò che vale in generale per i vincoli di separazione funzionale per il comparto della distribuzione, di una soluzione basica che può essere innovata qualora il regolatore nazionale individui modalità e forme che rafforzino i controlli sulla compliance alle disposizioni da cui effettivamente e direttamente dipenda la realizzazione degli interessi generali curati con l'imposizione di detti vincoli.

Vedremo che la sperimentazione della procedura di self audit avviata con la deliberazione n. 296/2015/R/Com va proprio in questa direzione: si tratta di un'opzione da cui può derivare (ciò che dovrà essere verificato attraverso la sperimentazione) un rafforzamento effettivo dei controlli di compliance delle norme da cui direttamente ed univocamente dipende la realizzazione degli interessi generali curati dalla disciplina della separazione funzionale, e che quindi può nel concreto tradursi in assetti innovativi di tale disciplina sia sul piano della funzione di responsabile della conformità, che sul piano della semplificazione degli stessi vincoli di separazione funzionale.

5. Per quanto concerne, invece, i sistemi di regolazione "in senso lato", essi riguardano - come in parte anticipato - settori (per es., alimenti, navigazione, costruzioni, ecc.) dove la produzione normativa (la regolamentazione) non è intestata ad una autorità amministrativa indipendente, ma viene direttamente esercitata a livello primario e sub primario.

In questi casi il problema strutturale è, se possibile, più radicale dal momento che manca anche l'organismo intestatario in via primaria e univoca della funzione di controllo e garanzia della compliance.

8

Nei settori di mercato in cui non vi è un'autorità di regolazione, l'attività di verifica dei comportamenti imposti è attribuita dal legislatore ad un soggetto terzo che acquista la titolarità di poteri ordinatori autonomi.

Le autorità pubbliche, eventualmente presenti, non sono intestatarie di poteri regolatori, ma solo di funzioni tecnico-consultive.

Questo modello è corredato da una normativa puntuale avente ad oggetto i soggetti abilitati alle verifiche di conformità ed i meccanismi di attestazione dei requisiti di indipendenza e professionalità.

La procedura attraverso cui si certifica che un determinato organismo è idoneo ad esprimere valutazioni sul rispetto delle norme tecniche armonizzate, e si conferisce credibilità alle dichiarazioni di conformità così rilasciate, è l'accreditamento.

ACCREDIA è l'ente unico che il legislatore nazionale ha autorizzato a attestare la competenza tecnica e l'idoneità professionale dei soggetti-controllori secondo quanto previsto dal Regolamento Europeo 765/2008.

6. L'analisi dei modelli di regolazione economica evidenzia come, nei diversi segmenti di mercato, la tendenza comune sia quella di attribuire la legittimazione a monitorare la compliance degli operatori economici a soggetti terzi rispetto alle strutture pubbliche e alle imprese.

Questo meccanismo permette di garantire un primo livello di controlli generali e continui che consente di concentrare le funzioni pubbliche sulla sola gestione dei casi di maggiore gravità; le strutture pubbliche non sono mai dotate di mezzi e risorse sufficienti ad assicurare un primo livello con tali caratteristiche.

L'evoluzione di questo schema di controllo presenta connotazioni diverse a seconda che si consideri il modello di regolazione "in senso stretto" o il modello di regolazione "in senso lato".

Posta la generalità del bisogno architettuale, storicamente si nota un minore radicamento nei sistemi di regolazione "in senso stretto" cui corrisponde, oggi, un progressivo, ma sempre più marcato, processo di ampliamento delle situazioni applicative; questo dipende da due fattori: a) le caratteristiche del mercato regolato

(qualora l'estensione e la complessità soggettiva non siano significative il regolatore può effettivamente operare direttamente con i propri poteri - es. borsa vs. mercato mobiliare);
b) l'equivoco strutturale della creazione di un soggetto normalmente investito dei poteri di controllo e adjudication necessari sulla carta, ma non sufficienti rispetto alle richiamate esigenze strutturali.

Nei casi di regolazione in senso lato, l'applicazione del modello dell'interposizione ausiliaria per i controlli della compliance con la regolazione economica si presenta, invece, storicamente ad uno stato più avanzato. In particolare, ci riferiamo a tutti quei settori in cui il c.d. nuovo approccio si basa sull'attribuzione della legittimazione a operare a soggetti terzi accreditati cui si intesta la titolarità delle funzioni amministrative di verifica delle conformità.

7. Dove è presente un'autorità amministrativa, titolare di tutte le funzioni di controllo, l'incarico conferito a soggetti terzi non richiede il rilascio di accreditamento, né l'iscrizione ad albi speciali, in quanto assume valenza di supporto e integrazione all'attività del regolatore che rimane intestatario di tutte le funzioni ordinarie.

In questo caso, dunque, la struttura esterna non si sostituisce agli apparati pubblici nell'attestare la compliance (o nel decidere l'esito del procedimento nel caso del supporto alla quotazione), ma si limita a svolgere un'attività additiva di verifica in continuo con la quale arricchisce i segnali sulla compliance che il regolatore può utilizzare per decidere gli eventuali interventi di enforcement.

Si tratta di strumenti suppletivi a disposizione delle strutture responsabili delle funzioni di controllo/enforcement. Ciò a maggior ragione nel caso delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla legge n. 481/1995, le quali, a garanzia della loro indipendenza sono espressamente dotate di una (ampia) autonomia organizzativa, amministrativa e contabile (cfr. art. 2, comma 27).

Non è configurabile, dunque, una funzione sostituiva della struttura professionale esterna rispetto al regolatore pubblico, ma più semplicemente una funzione aggiuntivo-integrativa, a supporto dell'attività del regolatore stesso, che rimane titolare della funzione di verifica e attestazione della compliance.

Da questo punto di vista, la fattispecie dell'interposizione ausiliaria non sembra suscettibile nella previsione dell'art. 1, comma 1-ter, della n. 241/1990, che, come noto, ha positivizzato l'istituto dell'esercizio privato di funzioni amministrative.

Né, tanto meno, la struttura professionale che esercita la funzione ausiliaria può essere riportata alla nota figura dell'“organo indiretto” dell'amministrazione, come avverrebbe, invece, in caso di concessione, laddove si investa il privato dell'esercizio di funzioni obiettivamente pubbliche, integrando una relazione incentrata sull'inserimento di un soggetto esterno nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico.

L'interposizione ausiliaria - ivi compresa la richiamata sperimentazione del self audit applicato all' unbundling funzionale - si inserisce, piuttosto, nel sempre crescente filone della “self regulation controllata”, nel cui ambito si realizza una vigilanza maggiormente ispirata ad una visione cooperativa e meno conflittuale.

8. In conclusione, dall'analisi in chiave di teoria generale del modello dell'interposizione ausiliaria di tipo organizzativo si ricavano i seguenti principi cardine per lo sviluppo di Linee Guida generali per il processo di sperimentazione che Codesta Autorità intende confermare ed incrementare:

a) è stato dimostrato che il modello ha una sua radice storica comunitaria e ricadute diffuse a livello nazionale che escludono il carattere isolato ed estemporaneo della sperimentazione già avviata con la deliberazione n. 296/2015/R/Com;

b) si è poi evidenziato che l'opzione a cui è riconducibile la sperimentazione ARERA:

- non comporta traslazione sul terzo gestore di attribuzioni del regolatore o comunque l'attribuzione di funzioni ordinarie (come nel caso delle certificazioni in settori senza regolatore) in considerazione del fatto che il gestore fornisce semplicemente un supporto alla gestione delle funzioni di controllo-enforcement (o alla gestione di procedimenti complessi) liberamente utilizzabile dal regolatore sulla base delle proprie valutazioni discrezionali tecniche e amministrative;

- è quindi disponibile senza la necessità di previsioni normative primarie; rientra in altri termini nell'area dell'autonomia organizzativa dell'amministrazione interessata.

La conclusione è che l'interposizione ausiliaria in senso stretto assume il connotato di uno strumento additivo di cui il regolatore dispone nel momento in cui esercita l'ampia autonomia organizzativa ad esso intestata, quindi di una possibile modalità organizzativa del proprio apparato rispetto alla quale è tenuto solo a operare scelte motivate sul piano del rapporto tra esigenze di miglioramento delle performance e modello prescelto per realizzarle.

Posto che l'onere economico è comunque a carico delle imprese, come dimostra il caso ormai consolidato del monitoring trustee sopra richiamato, l'autorità amministrativa si trova in una condizione di elevata flessibilità non dovendo dar corso ad incarichi mediante le pesanti procedure previste per tali decisioni e comunque non dovendo rispettare i limiti nella disponibilità di risorse finanziarie da destinare a tale scopo.

Questo non significa che, trattandosi comunque di un elemento complementare dell'apparato organizzativo servente gli interessi generali di imprese e utenti/consumatori, il costo non possa essere traslato sulla tariffa, ossia socializzato come i costi del sistema di regolazione, ciò che effettivamente Codesta Autorità ha previsto per la sperimentazione avviata con la deliberazione n. 296/2015/R/Com.

Una volta verificata e motivata la effettiva coerenza tra singolo modulo e finalità di rafforzamento dei sistemi di controllo della compliance cui deve corrispondere, tale opzione risulta, anzi, doverosa.

3. I precedenti nella regolazione energetico-ambientale. Le possibili opzioni applicative del modello dell'interposizione ausiliaria di tipo organizzativo.

1. Chiarito che l'interposizione ausiliaria di tipo organizzativo è un tool ben radicato nella sistematica generale dell'organizzazione delle funzioni pubbliche e delineati i principi generali ad esso applicabili, è possibile concentrarsi sulle applicazioni ad oggi riscontrabili nella regolazione energetico-ambientale.

Utilizziamo il plurale perché in realtà quella avviata con la deliberazione n. 206/2015/R/Com non è l'unica applicazione riscontrabile del modello qui considerato.

Infatti, con la deliberazione 27 dicembre 2017, n. 905/2017/R/Gas, Codesta Autorità ha introdotto un ulteriore fattispecie senza prevedere una fase di sperimentazione. Si tratta di un modulo che risponde ad una funzione diversa.

La decisione prevede infatti che la documentazione che deve essere apportata nell'ambito dei procedimenti di competenza del regolatore per la gestione delle gare d'ambito possa essere asseverata da un "certificatore" designato dal soggettoistante con l'effetto di escludere le operazioni di verifica che il regolatore dovrebbe svolgere nell'ambito del procedimento.

Al di là dell'oggetto specifico e della reale ricaduta operativa della decisione, quello che qui importa focalizzare è appunto la valenza che assume nella specie il tool di interposizione ausiliaria organizzativa.

Qui il regolatore non è supportato nella gestione di attività di controllo sulla compliance a determinati plessi del complessivo impalcato regolatorio, sibbene nella gestione di operazioni istruttorie all'interno di un procedimento individuale.

Il problema strutturale che il regolatore affronta nasce nel momento in cui le operazioni di cui sopra debbano essere svolte all'interno di una massa di procedimenti aventi lo stesso oggetto da gestire contestualmente. È in questo caso, di nuovo, che il regolatore si trova in una situazione di carenza di risorse umane e finanziarie che non consente di apprestare l'assetto organizzativo che può garantire il rispetto delle tempistiche espressamente previste, o comunque sottese alla normativa da applicare, a garanzia degli interessi generali curati.

Anche in questo caso vale quanto indicato in premessa.

ARERA da sempre ha utilizzato il modello attivando, come diretto supporto integrativo della propria organizzazione strutturale, moduli di interposizione ausiliaria (es. commissioni di esperti esterni per la gestione delle istruttorie propedeutiche alla approvazione dei progetti di efficienza energetica). Questa modalità ha però il limite della capacità finanziaria non illimitata del regolatore o comunque non proporzionale alle esigenze di supporto che complessivamente dovrebbero essere soddisfatte.

Da questo punto di vista l'impulso allo sviluppo del modello degli apporti di interposizione ausiliaria legati ad incarichi conferiti direttamente dalle imprese interessate, sotto la supervisione del regolatore quanto ad asseverazione dei protocolli operativi, per certo rappresenta la modalità che può risolvere alla radice il problema consentendo di sfruttare pienamente le potenzialità di detto modello.

2. Ne deriva quindi il fatto che vi sono almeno due funzioni che possono essere riportate all'interposizione ausiliaria di tipo organizzativo con impulso e gestione operativa da parte di imprese e strutture professionali:

a) supporto alla gestione di attività di controllo sulla compliance al quadro regolatorio per attivare un primo livello capillare e continuo attraverso i cui segnali orientare le attività di enforcement;

b) supporto alla gestione di operazioni di raccolta, aggregazione, processamento e valutazione di dati e documenti all'interno di procedimenti individuali finalizzati all'adozione di specifici provvedimenti, quando tali procedimenti debbano essere gestiti in numero elevato e contestualmente.

Bisogna anche evidenziare che l'apporto esterno potrebbe essere attuato attraverso strumentazioni digitali che arrivino sino al punto di escludere la stessa necessità delle azioni amministrative in astratto supportate.

Non è questo il tema principale del documento strategico e del contributo che conseguentemente si intende fornire con il presente documento.

Quello che si vuole dire è che, per certi segmenti della regolazione, potrebbero trovare applicazione, e quindi diventare l'oggetto dell'apporto dei privati, moduli blockchain che garantirebbero condotte e ricadute necessariamente coerenti con la norma o comunque verificate in automatico quanto al loro effetto rilevante nell'ambito di procedimenti individuali.

La sperimentazione cui fa riferimento il quadro strategico 2019-2021 dovrebbe quindi riguardare l'interposizione ausiliaria organizzativa eteronoma nelle sue due possibili funzioni e nelle sue due possibili forme, quella analogica basata sull'attività di valutazione e produzione di segnali da parte di strutture professionali e quella digitale dove valutazione e segnalazione sono output di sistemi informatici che costituiscono quindi l'oggetto principale dell'apporto di dette strutture.

I criteri, i principi precipitato dell'esperienza operativa dei tre anni di sperimentazione della procedura prevista dalla deliberazione n. 296/2015/R/Com sono una base applicabile a qualsiasi tipo di nuova iniziativa che l'Autorità intenda adottare nel campo sopra individuato e possono costituire, di conseguenza, elementi utili all'impostazione dell'impianto delle Linee Guida che potrebbero essere varate per uniformare tempi, percorsi e disciplina delle forme di interposizione ausiliaria di tipo organizzativo.

3. Le principali questioni poste dall'attivazione di moduli di interposizione ausiliaria su base volontaria.

1. Delineati la natura giuridica e la disciplina generale dell'istituto dell'interposizione ausiliaria, ci soffermiamo sull'oggetto principale del presente contributo. 

14

Vogliamo infatti fissare le principali questioni che sono state sollevate nei momenti di contraddittorio con Codesta Autorità il cui inquadramento, alla luce dell'esperienza operativa o degli elementi di teoria generale sopra richiamati, può fornire altrettanti elementi funzionali all'impostazione di nuove sperimentazioni e di una disciplina organica e uniforme attraverso la quale regolarle.

Per sviluppare l'apporto utilizzeremo la tecnica espositiva dei documenti per la consultazione di ARERA presentando la singola questione come spunto per la consultazione in relazione al quale vengono fornite le indicazioni necessarie a trarre il parametro di inquadramento.

SC 1 - La struttura professionale che gestisce o sviluppa il protocollo di interposizione ausiliaria (es. self audit) volontario deve essere abilitata attraverso una procedura di accreditamento che attribuisca la legittimazione ad operare?

Abbiamo potuto verificare che questo modello trova applicazione solo nei casi di interposizione ausiliaria di tipo sostitutivo, laddove la struttura terza viene investita della funzione ordinatoria, di accertamento e attestazione della compliance.

Abbiamo anche potuto verificare che tale schema opera prevalentemente nei settori dove non è istituito un regolatore e dove il modello dell'interposizione ausiliaria sostitutiva rappresenta la cinghia di trasmissione tra la regolazione tecnica direttamente posta a livello primario o di amministrazioni centrali e l'operatività dei soggetti economici tenuti ad applicarla.

Peraltro, si tratta di un assetto che viene attivato anche in situazioni dove, pur con la presenza dell'autorità di regolazione o garanzia, un segmento specifico della funzione ordinatoria viene intestato a strutture professionali a fronte dell'obiettiva indisponibilità, in capo all'autorità, delle risorse necessarie a gestire un'azione coerente con le esigenze di tutela degli interessi generali.

Esempio di questa fattispecie è il caso della revisione/certificazione dei bilanci delle società quotate in Borsa, funzione ordinatoria attivata in un settore dove è operativo un sistema di regolazione a doppio binario (Consob-Banca d'Italia) a seconda della finalità/oggetto della vigilanza.

Abbiamo anche visto che non è la previsione normativa primaria della forma di interposizione ausiliaria ad essere condizione sufficiente per dar corso all'assetto sopra indicato.

L'indicazione si trae proprio dalla disciplina del sistema di regolazione del settore energetico: la previsione in norme primarie di rango comunitario della figura di interposizione ausiliaria che deve fornire un supporto alla promozione della compliance regolatoria in materia di separazione funzionale (responsabile della conformità) non comprende la creazione di un sistema di accreditamento-abilitazione delle strutture professionali esterne all'impresa (opzione disponibile al DSO in alternativa alla figura interna).

La ragione di questa differenza risiede nel fatto che tale configurazione non è richiesta quando il modulo non preveda l'affidamento, l'intestazione all'interposto di funzioni amministrative, ma solo una generica attività di supporto al regolatore ai fini di un più efficiente esercizio delle funzioni di controllo-enforcement di cui conserva la piena e univoca titolarità.

Sotto questo profilo, quindi, il focus delle valutazioni richieste al regolatore o al garante, si sposta sul protocollo operativo, sul livello di professionalità e qualificazione richiesti per le risorse che dovranno gestirlo e sulle garanzie contrattuali di effettiva indipendenza e terzietà della struttura professionale.

A tale riguardo, e con riferimento all'ultimo punto sopra indicato, si deve evidenziare che la scrivente e i DSO che assiste nell'ambito della sperimentazione avviata con la deliberazione n. 296/2015/R/Com, hanno concordato l'inserimento nei contratti di incarico di una clausola di volontario assoggettamento alla potestà interruttiva del regolatore esercitabile *ad nutum* qualora abbia a ritenere che le attività non siano svolte in coerenza con le finalità del mandato e l'impianto del protocollo proposto.

In questo modo, viene attivato uno strumento molto efficace di controllo e di intervento per casi di gestione non adeguata e, soprattutto, l'incentivo più penetrante per imprese e strutture professionali interessate all'attivazione e al mantenimento dell'operatività del protocollo.

SC 2 - L'autorità di regolazione o garanzia che intenda attivare un protocollo di interposizione ausiliaria di tipo organizzativo deve essere espressamente investita di tale attribuzione da una norma primaria?

Vale quanto evidenziato in SC 1.

Nel caso in cui il modulo di interposizione ausiliaria sia tipo meramente organizzativo, ossia non comporti l'intestazione alla struttura terza di funzioni amministrative ordinarie, l'autorità di regolazione o di garanzia investita di una generale autonomia organizzativa ha piena disponibilità dell'attivazione del modulo purché possa motivare il fatto che esso risponde ad obiettive esigenze di rafforzamento/completamento del proprio apparato organizzativo in rapporto a funzioni che, con le proprie risorse dirette, non sia in grado di esercitare secondo i canoni di efficienza e produttività richiesti per la tutela degli interessi generali affidati alla sua cura.

SC 3 - Il modello dell'interposizione ausiliaria di tipo organizzativo non può comportare la traslazione di poteri dell'autorità di regolazione o garanzia sulla struttura terza che assuma la funzione.

Si tratta di una riserva la cui frequenza è tanto elevata quando la facilità di argomentazione con cui può esserne dimostrata l'irrelevanza nel caso qui considerato.

Come si è avuto modo di evidenziare, l'interposizione ausiliaria di tipo organizzativo non comporta l'attribuzione in via originaria o derivata di attribuzioni amministrative all'interposto. Questo si limita ad organizzare e svolgere un'attività di controllo che arricchisce il sistema di segnali di cui può fruire l'autorità di regolazione o garanzia per controllare la compliance di un soggetto economico tenuto ad applicarne i provvedimenti.

L'autorità conserva quindi la piena titolarità dei poteri di enforcement e, con essi, la piena discrezionalità di valutazione della portata e della valenza dei segnali trasmessi dall'interposto quali presupposti per l'esercizio dei propri poteri.

SC 4 - Il modello dell'interposizione ausiliaria è realmente necessario per promuovere la compliance? In altri termini, un set up degli assetti normativi con i giusti incentivi per le imprese non è sufficiente a conformarne i comportamenti al rispetto delle norme secondarie?

Il principale argomento che viene portato da chi esprime dubbi sulla reale utilità/necessità del modello esaminato (o, il che è quanto dire, sulla reale consistenza del problema che con esso si affronta e risolve) è incentrato sulla ipotizzata autonoma e sufficiente forza conformativa degli assetti normativi regolatori.

Se viene costruito un impianto normativo che incorpora incentivi adeguati, la regolazione è auto-sufficiente e auto-conformante (non sono necessari controlli e light enforcement e le risorse per poterli gestire in maniera adeguata).

La dimostrazione che questo assunto è infondato si può portare facendo riferimento alle due tipologie di norme che si possono individuare nella prassi del regolatore del settore energetico in rapporto agli schemi incentivanti che incorporano:

- a) norme di mero comando: sono quelle assistite solo dall'incentivo generale costituito dall'evitare l'irrogazione di misure sanzionatorie;
- b) norme sinallagma: sono quelle che incorporano anche uno specifico "patto" tra regolatore e regolato in forza del quale ad un certo grado di compliance corrisponde una misura premiante (quindi norme a doppio incentivo, esclusione della sanzione + premio).

In entrambi i casi l'incentivo non può produrre l'effetto sopra ipotizzato proprio per la atrofia delle funzioni connettive tra ruling generale ed enforcement repressivo.

Nel primo caso, la limitatezza dei controlli e delle sanzioni, aggravata dal tempo necessario ad accertare le violazioni e gestire il procedimento per l'adozione della misura (si è anche arrivati a casi che hanno complessivamente richiesto otto anni tra fase di accertamento e procedimento sanzionatorio), sono fattori che portano le imprese a porre in essere pratiche auto-assicurative e quindi producono il risultato contrario (deviazione dalla regola, non conformazione).

Nel secondo caso, fattori come l'incertezza interpretativa e, di nuovo, la carenza dei sistemi di controllo, rendono disponibile all'impresa la gestione della condotta 

incentivata e la ricerca di *trade off* più vantaggiosi sul piano del rapporto costi/rischi-vantaggi.

Alla fine, la regolazione non è una sovrastruttura all'interno della quale l'azione economica si svolge in autonomia (come l'ordinamento generale), è parte dell'azione economica, deve indirizzare l'azione economica e per poterlo fare deve dotarsi di tools adeguati. Le imprese regolate hanno bisogno di una regolazione che funzioni secondo modalità coerenti a questa connotazione.

Controlli costanti che consentano al regolatore di affiancare le imprese nella fase di implementazione operativa della norma anche svolgendo, ove necessario, un'azione di light enforcement, sono un fattore decisivo per il conseguimento delle finalità di interesse generale affidate alla cura del regolatore.

SC 5 - Perché un'impresa regolata dovrebbe volontariamente proporre l'adozione di un modulo di interposizione ausiliaria a supporto delle funzioni di controllo/enforcement del regolatore? Quali vantaggi si aspetta da una tale decisione?

Questo spunto intercetta un tema evocato dalla dizione utilizzata nel DCO 139/2019/A, quando nella linea di intervento di cui alla lettera b. della OS.6 si indica che il modulo di interposizione ausiliaria deve comunque essere posto in una logica di garanzia della compliance e non di deroga alla regolazione.

Si tratta del tema dell'incentivo o, se si vuole, del vantaggio che le imprese debbono avere per assumere volontariamente un onere comunque non imposto dalla regolazione.

Si deve escludere che si possa nel concreto porre un problema di associazione tra attivazione di un modulo di interposizione ausiliaria e deroghe alla regolazione.

In nessun caso si può creare una situazione siffatta, anche in quello del progetto in sperimentazione a mente della deliberazione n. 296/2015/R/Com dove pure, formalmente, le imprese hanno richiesto semplificazioni dei vincoli di separazione funzionale qualora il processo in corso porti il regolatore a delibare la coerenza tra modulo e finalità a cui deve rispondere e a dar corso alla predetta richiesta. ^{7/6}

La dimostrazione dell'assunto è alquanto agevole.

Il primo elemento che deve connotare l'assetto di un qualsiasi modulo di interposizione ausiliaria organizzativa lo abbiamo desunto dalla ricostruzione dei principi generali. Si tratta della copertura dei costi che l'impresa sostiene.

La motivazione di questo assunto è già stata fornita sopra e, peraltro, la stessa Autorità, nel caso della sperimentazione sopra richiamata, ha già formalmente riconosciuto il principio disponendo l'applicazione analogica della soluzione prevista per la copertura dei costi del debranding.

Posto questo elemento, il vantaggio propriamente inteso è un *interna corporis* del singolo assetto in relazione alle sue finalità.

Nel caso dell'interposizione ausiliaria organizzativa che operi come elemento di razionalizzazione della gestione di procedimenti individuali collettivi complessi, il vantaggio dell'impresa coincide con quello del regolatore.

Se, in altri termini, dotarsi dell'apporto della struttura che può gestire le operazioni di aggregazione e verifica della massa di dati e documenti necessari a comprovare il presupposto per l'adozione della decisione garantisce certezza dell'esito e tempi minori di consolidamento della misura (cui corrisponde il de-congestionamento della gestione da parte del regolatore) è da questo effetto che l'impresa regolata trae il suo vantaggio.

Si pensi all'applicazione di questo modello, magari secondo modalità digitali, ai procedimenti ciclici da cui dipendono flussi tariffari e di incentivazione essenziali per il conto economico delle imprese.

Nel caso dell'applicazione del modello al rafforzamento di funzioni di controllo-enforcement, il primo vantaggio è riportabile agli effetti di miglioramento del rapporto con il regolatore.

Se un controllo più efficiente in termini di continuità e ampiezza consente al regolatore di mettere in atto forme di light enforcement e moral suasion che non hanno una connotazione sanzionatoria, ma sono in realtà un momento, il momento fondamentale di gestione della regolazione attraverso l'affiancamento delle imprese nella fase di adozione degli assetti concreti che ne costituiscono attuazione, si realizza un risultato che  per un'impresa operativa in un settore regolato, è essenziale.

Vi è poi lo schema previsto per il caso della sperimentazione del modulo di self audit applicato alla separazione funzionale. Come si accennava, le semplificazioni richieste non sono deroghe alla regolazione in materia di separazione funzionale.

Tale assunto si ricava molto chiaramente dalla motivazione della deliberazione n. 296/2015/R/Com.

La separazione funzionale è disciplina che deve garantire l'attuazione della finalità pro-concorrenziale articolata in tre sub finalità specifiche (esclusione della gestione e discriminatoria delle infrastrutture di rete; esclusione dell'utilizzo abusivo delle informazioni commercialmente sensibili; esclusione di sussidiazioni indebite a favore di altre attività del gruppo e a carico della tariffa di distribuzione).

È altrettanto evidente che la disciplina della separazione funzionale non ha nessuna valenza autonoma apprezzabile nell'attuazione delle predette finalità.

Il fatto che il DSO abbia un certo assetto di governance, che si doti di una autonoma gestione del protocollo della corrispondenza, che abbia una logistica separata da quella di altre business units del gruppo non è in sé idoneo a determinare meccanicamente la coerenza tra comportamenti e finalità.

Questa è semmai garantita dal fatto che le imprese rispettino le regole che sono espressamente poste per provocare comportamenti coerenti con le finalità

Per esemplificare, nel caso della prima finalità, se il DSO applica il codice di rete, le condizioni generali di accesso al servizio e di erogazione dello stesso, in sostanza la regolazione del servizio di settlement fisico, si avranno comportamenti immuni dalla possibilità di creare situazioni di discriminazione tra utenti. Perché questo effetto sia certo, condizione essenziale è l'efficacia dei controlli, delle funzioni di promozione della compliance per usare la dizione del DCO 139/2019/A.

La separazione funzionale nasce proprio come regolazione compensativa dell'inefficienza dei controlli, delle sopra richiamate funzioni.

È così vero che, nella motivazione alle direttive del terzo pacchetto che configurano l'attuale sistema della separazione funzionale, quando si affronta il tema della posizione dei distributori si evidenzia che il main target sarebbe comunque il rafforzamento dei

controlli sulla compliance alla regolazione che ne deve indirizzare i comportamenti a coerenza con le finalità generali.

La separazione funzionale nella visione del legislatore comunitario è, chiaramente, solo un impianto normativo sussidiario di questa soluzione, superabile nel caso in cui il regolatore nazionale riesca ad attivare assetti che realizzino meglio le finalità, *rectius* che rafforzino realmente i controlli nel senso indicato.

Se questo risultato venisse effettivamente conseguito, nei confronti delle imprese che si dotassero degli assetti in tal senso previsti si creerebbe una situazione nella quale la funzione sussidiaria dei vincoli di separazione funzionale viene meno creandosi le condizioni per una semplificazione che non è una deroga, ma una modalità semplificata alternativa di configurazione dei vincoli.

A tale riguardo, bisogna evidenziare un ulteriore importante impatto di questo progetto e delle semplificazioni richieste.

La separazione funzionale ha uno dei suoi cardini nella separazione organizzativa del DSO dalle altre strutture del gruppo per evitare sovrapposizioni che possano consentire anomali orientamenti causali della gestione del servizio di settlement fisico (nella specie avvantaggiare la business unit che gestisce l'attività di commercializzazione).

Le IVI, che sono i soggetti tenuti ad applicare quella regola, operano secondo schemi necessari di massima valorizzazione delle economie di scopo e di scala all'interno del gruppo che comportano, attraverso i contratti intercompany, un massiccio apporto esterno di funzioni strutturali al DSO come business unit direttamente dotata delle sole strutture operative specialistiche (e non sempre perché nei gruppi in cui operano DSO in entrambi i settori si assiste anche a forme orizzontali di accordo dove determinate strutture tecniche sono create solo all'interno di uno dei due distributori e forniscono il loro apporto anche all'altro).

Senza questo assetto un gruppo non ha ragione di esistere come struttura organizzativa di un'impresa multitasking. Questo assetto comporta, per i DSO, un forte contenimento dei costi operativi che dovrebbero sostenere per la propria organizzazione e quindi un vantaggio che oggi è incorporato negli assetti tariffari.

La separazione funzionale imporrebbe il modello contrario con un forte incremento dei costi. Il modulo di self audit può consentire, una volta verificata, in esito alla sperimentazione in corso, la sua idoneità ad escludere la necessità della funzione *As*

sussidiaria della separazione funzionale, di introdurre semplificazioni che legittimano questi assetti evitando gli effetti tariffari deteriori sopra prospettati.

In questi termini non si tratta quindi di deroghe alla regolazione, sibbene e solo di modelli alternativi di regolazione che ne realizzano meglio le finalità di interesse generale.

Milano, 10 maggio 2019



Per ILM - Il Presidente e Amministratore delegato (Antonio Molteni)