

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO

DIPARTIMENTO DI STUDI LINGUISTICO-LETTERARI, STORICO-FILOSOFICI E GIURIDICI

Corso di Dottorato di Ricerca in

DIRITTO DEI MERCATI EUROPEI E GLOBALI. CRISI, DIRITTI, REGOLAZIONE - XXIX Ciclo

**L'ATTIVITA' ASSICURATIVA IN LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI ED IL CONTROLLO DELL'IVASS
(s.s.d. IUS/05)**

Tesi di dottorato di:

Dott. ssa Angela Di Padova

Coordinatore del corso

Prof. Carlo Sotis

Firma

Tutore

Prof. Luigi Principato

Firma

A.A. 2016/17

Ai miei genitori, a Raffaella e a Laila, con affetto

Al Prof. Luigi Principato, con gratitudine

“La più grande difficoltà nasce non tanto dal persuadere la gente ad accettare le nuove idee, ma dal persuaderla ad abbandonare le vecchie.”

John Maynard Keynes

L'ATTIVITA' ASSICURATIVA IN LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI E IL CONTROLLO DELL'IVASS.

PREMESSA	p. 4
----------------	------

CAPITOLO I

IL MERCATO ASSICURATIVO, DALLA STATALIZZAZIONE AL CONTESTO EUROPEO

1. Premessa	p. 9
2. La disciplina statale e la tutela della libertà di impresa	p. 14
3. La “destatalizzazione”: i primi interventi comunitari in ambito assicurativo	p. 19
3.1 L'incompiutezza del mercato unico assicurativo nella prima generazione di direttive	p. 26
3.2 Il mercato assicurativo: da una dimensione statale a una europea	p. 32
4. Le direttive di c.d. terza generazione: la licenza unica e il principio dell' <i>home country control</i>	p. 43
5. Conclusioni. Tanto tuonò che non piovve: l'effettiva apertura del mercato assicurativo	p. 48

CAPITOLO II

LA LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI ASSICURATIVI

1. Premessa	p. 53
2. La procedura per l'accesso all'attività assicurativa in Italia. Cenni	p. 56
2.1 Le imprese estero-vestite	p. 69
3. La normativa applicabile alle imprese europee che operano in regime di libertà di stabilimento in Italia. L'attivazione del procedimento	p. 71
3.1 L'esercizio della libertà di stabilimento attraverso	

una succursale	p. 75
4. La normativa applicabile alle imprese europee che operano in regime di libera prestazione di servizi	p. 78
4.1 Il labile confine tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento	p. 81
4.2 Il caso dell'intermediario indipendente (persona fisica o giuridica)	p. 85
4.3 Attività assicurative prestate a distanza tramite internet.....	p. 90
4.4 Insufficienza del criterio della temporaneità: l'occasionalità della prestazione.....	p. 97
4.5 Le libertà europee strumento di elusione: il principio del divieto di abuso di diritto.....	p. 101
4.6 Imprese con sede legale in uno Stato terzo. Agevolazioni per le imprese operanti in più Stati. Cenni	p. 107
5. Il mercato unico riassicurativo	p. 112
5.1 Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi riassicurativi	p.116
6. Il limite dell'interesse generale	p. 122
6.1 L'interpretazione dell'interesse generale nell'ordinamento interno	p. 128
6.2 L'esorbitante ricorso all'interesse generale.....	p. 130
6.3 L'obbligo di contrarre: da ostacolo alla concorrenza a strumento di tutela dell'interesse generale	p. 133
6.4 Applicazione dell'interesse generale: casistica. In particolare, il blocco delle tariffe	p. 140
7. Conclusioni	p. 147

CAPITOLO III

IL CONTROLLO SULL'ATTIVITA' ASSICURATIVA IN
LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI E IL DIALOGO
FRA AUTORITA' DI VIGILANZA

1. Premessa. Le finalità della vigilanza	p. 152
2. I limiti alla vigilanza (per soggetti) dell'IVASS: le imprese europee in libera prestazione	p. 160
2.1 La vigilanza sulle imprese di riassicurazione	p. 163
2.2. La vigilanza sulle imprese di assicurazione che operano tramite internet	p. 165
3. I limiti alla vigilanza (per funzioni) dell'IVASS: ambito di applicazione del principio dell' <i>home country control</i>	p. 166
4. La cooperazione tra Autorità nazionali e sovranazionali	p. 169
4.1 L'impatto della nuova architettura europea di vigilanza sul sistema dell' <i>home country control</i>	p. 171
5. Conclusioni	p. 179
 CONCLUSIONI	p. 181
BIBLIOGRAFIA	p. 185

PREMESSA*

L'attenzione riservata all'attività assicurativa è dovuta al ruolo essenziale che ricopre per l'intera collettività sia perché consente di svolgere attività che difficilmente verrebbero intraprese per gli alti rischi che comportano; sia perché, a causa dell'inversione del ciclo produttivo, l'impresa di assicurazioni dispone di ingenti quantità di denaro che solo in futuro (eventualmente) saranno impiegate per la liquidazione degli indennizzi.

Diventa, dunque, comprensibile il motivo di tanta attenzione da parte dei pubblici poteri che dettano norme da un lato inderogabili sul contenuto del contratto e dall'altro puntuali circa le condizioni di accesso e di esercizio dell'attività assicurativa: una gestione imprudente o scorretta, infatti, riverserebbe effetti negativi sull'intera collettività sia perché deprimerebbe gli investimenti e le attività produttive, sia perché disperderebbe una parte del risparmio nazionale.¹

Da qui la necessità di prevedere strumenti di controlli a priori, prima che l'impresa si affacci sul mercato, e a posteriori, durante l'ordinaria attività dell'impresa assicurativa.

In questo contesto va inserito l'obiettivo europeo di realizzare un mercato unico assicurativo.

Tuttavia, si sono riscontrate non poche difficoltà a livello europeo nel dettare una disciplina unitaria in materia e gli stessi Stati membri inizialmente hanno avanzato

* La presente tesi non sarebbe venuta ad esistenza senza la Barents Risk Management, a cui va il mio particolare ringraziamento.

1 Cfr. M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, vol. I, Padova, 2011, 71 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, Milano, 1963, il quale evidenzia "tre grandi problemi" connessi all'impresa di assicurazione: non solo il controllo della solvibilità dell'assicuratore e la tutela dell'assicurato, ma anche la previsione di meccanismi tecnici per fronteggiare il rischio ripartendolo sulla massa degli assicurati.

resistenze, preoccupati di difendere il proprio ruolo di “guardiani” del mercato assicurativo.

È apparso chiaro, però, che la realizzazione di un mercato assicurativo in cui gli operatori possano operare in libera prestazione di servizi non sarebbe potuta avvenire che attraverso l’adozione di direttive di coordinamento, sebbene la tecnica del massimo coordinamento legislativo,² rivelatasi eccessivamente lenta, è stata alla fine abbandonata per lasciare spazio al principio del mutuo riconoscimento,³ fondato su un’armonizzazione minima.⁴

2 Invero, il TCEE agli artt. 57 e 63 condizionava la realizzazione della LS e LPS all’adozione di specifici atti che le istituzioni europee avrebbero dovuto emanare alla fine del periodo transitorio. In particolare, veniva prevista l’adozione di un Programma generale, affinché venissero meno le restrizioni alla liberalizzazione, di direttive c.d. di assimilazione che attuassero i detti Programmi generali e di direttive c.d. di armonizzazione, intese al riconoscimento dei diplomi, certificati e altri titoli nonché al coordinamento delle legislazioni nazionali relative all’accesso alle attività autonome e al loro esercizio. Tuttavia, alla fine del periodo transitorio tali direttive non erano ancora state adottate. La situazione di stallo venne sbloccata dalla Corte, che attribuì alle disposizioni sulla LS e LPS carattere non meramente programmatico ma le considerò direttamente applicabili (Corte Giust. 21 settembre 1974, 2/74, Reyners, punti 24-27; 3 dicembre 1974, 33/74, Van Binsbergen; 28 giugno 1977, 11/77; queste sentenze e tutte le altre che verranno citate nella tesi sono reperibili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>); mentre le direttive, ormai superflue per l’attuazione della norma sul trattamento nazionale, avrebbero dovuto essere adottate per facilitare e favorire l’esercizio effettivo delle libertà *de quibus* oltre che nel settore del coordinamento delle disposizioni nazionali (Cfr. causa Reyners punti 29-31). Per un approfondimento della questione v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2014, 501 ss. V. anche cap. I, pf. 3.

3 R. CAPOTOSTI, *Mercato unico delle assicurazioni contro i danni: terza ed ultima fase*, in *Ass.*, 1990, pt. 2, 99; v. anche R. CAPOTOSTI, *Voce Prestazione di servizi (diritto comunitario)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991, 8 sulle ragioni del coordinamento legislativo fondato sul mutuo riconoscimento e *home country control*.

4 V. E. LOMNICKA, *The financial services single market and the interface between Community Law and domestic law*, in *Continuity and change in UE Law*, edited by A. ARNULL A., P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS, Oxford, 2008, 261, secondo cui l’altro tipo di armonizzazione, quella minima, fondata sul principio dell’*home country control*, vieta allo Stato ospitante di imporre il rispetto di normative nazionali all’impresa che ha rispettato le norme equivalenti del proprio paese.

Infatti, tale sistema affida alle direttive una “presunzione assoluta di equivalenza delle legislazioni che giustifica il principio dell’autorizzazione unica e quello del controllo del paese d’origine”.⁵

Tuttavia, permangono zone d’ombra create dalla disciplina comunitaria e dall’interpretazione della Corte di Giustizia che non possono essere sottaciute.

In particolare, ai fini della creazione del mercato unico e del suo corretto funzionamento non possono essere tralasciate due questioni: la salvaguardia dell’interesse generale e il confine tra il regime di stabilimento e di libera prestazione.

Tale situazione, oltre a provocare effetti negativi sulle imprese di assicurazione che scontano l’incertezza del diritto applicabile, si ripercuote anche sul corretto funzionamento del mercato unico (senza considerare le ipotesi di elusione del regime di stabilimento e il conseguente *dumping* normativo: si pensi alle ipotesi in cui l’impresa scelga l’ubicazione della sede legale perché la normativa è meno onerosa e attraverso una politica tariffaria abusiva può ridurre o eliminare la concorrenza;⁶ in questo modo sopravvivranno sul mercato non le imprese più efficienti ma le più furbe).

In particolare, la distinzione tra la libertà di stabilimento e la libera prestazione dovrebbe fondarsi non sul criterio della temporaneità, ma della episodicità della prestazione, considerando l’incidenza sull’economia del Paese

⁵ R. CAPOTOSTI, *Riassicurazione, il completamento dell’ordinamento assicurativo*, in *Ass.*, 2006, 1, 49.

⁶ R. A. CAPOTOSTI, *Giurisprudenza comunitaria in tema di regole di concorrenza, discriminazione fiscale e responsabilità degli Stati per violazioni di diritto comunitario*, in *Ass.*, 1996, II, 4-6, 170.

ospitante del fatturato di un'impresa che asseritamente opera in LPS.⁷

Il ragionamento è avallato dal dato letterale dell'art. 57, pf. 3, TFUE, che, oltre al requisito della temporaneità, riconosce al prestatore il diritto di esercitare “per l'esecuzione *della* sua *prestazione*, a titolo temporaneo, la sua attività nello Stato membro ove *la prestazione* è fornita”, lasciando, dunque, intendere chiaramente che tale diritto è tutelato nei limiti in cui si riferisca ad una sola attività occasionale e limitata.

È ragionevole desumere, quindi, che per l'applicazione della libera prestazione di servizi non è sufficiente la breve durata di una singola prestazione, dovendo considerare anche la ripetizione delle singole operazioni: un flusso continuo di operazioni assicurative, infatti, potrebbe essere sintomatico di un'attività continua e permanente, che, quindi, riveste un peso economico non trascurabile.⁸

La seconda zona grigia, cui prima si accennava, è costituita dalla clausola dell'interesse generale, che consente agli Stati di imporre restrizioni all'esercizio delle libertà riconosciute dal Trattato.

È evidente, data l'indeterminatezza della locuzione, che il principale problema da risolvere consiste nella definizione del contenuto. In particolare, tale clausola, se da un lato consente ai singoli ordinamenti statali di proteggere interessi ritenuti meritevoli di tutela, dall'altro potrebbe porre in serio rischio la liberalizzazione e l'armonizzazione del mercato assicurativo, qualora si

⁷ Oppure, dal punto di vista inverso, uno stabilimento inteso come collegamento permanente il territorio di uno Stato che si manifesta non necessariamente attraverso un insediamento materiale, purché sia economicamente rilevante, stabile e non episodico.

⁸ S. CHINI, *L'impresa di assicurazione*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. ALPA, Torino, 2006, 47.

riconoscesse al legislatore e poi conseguentemente all'Authority di limitare l'esercizio assicurativo in nome di non meglio precisati interessi generali.

Il mercato unico, dunque, può davvero funzionare solo se si raggiunge un grado di omogeneità tra le legislazioni sia per quanto riguarda il contenuto economico e giuridico delle singole prestazioni e sia per quanto riguarda le condizioni obiettive di operatività tale che si arrivi ad una intercambiabilità delle prestazioni stipulate nel mercato unico: in sostanza le discipline dovrebbero essere effettivamente equivalenti tanto che la nazionalità dell'assicuratore diviene irrilevante.⁹

⁹ Giunge a questa conclusione, anche se valorizza la necessità di un coordinamento, R. CAPOTOSTI, *Gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria in tema di libertà di servizi e la loro influenza sulla prestazione assicurativa*, in *Ass.*, 1975, 14.

CAPITOLO I

IL MERCATO ASSICURATIVO, DALLA STATALIZZAZIONE AL CONTESTO EUROPEO

1. Premessa

Dopo un lungo periodo di disinteresse per il settore assicurativo (l'ordinamento liberale dell'Ottocento poco tollerava ingerenze statali nelle attività dei privati), nel corso del XX secolo il legislatore italiano prende coscienza della specificità dell'impresa di assicurazione rispetto alle altre imprese commerciali, elaborando, così, un sistema normativo *ad hoc* che disciplina l'esercizio dell'attività assicurativa, non più lasciata alla totale mercé delle regole corporativistiche, ma vigilata dai pubblici poteri e armonizzata con fini di interesse generale.¹⁰

10 Inizialmente oggetto di contratti individuali (i primi contratti assicurativi di cui si ha notizia risalgono al XIV secolo nell'Italia centro-settentrionale; per un approfondimento sul tema, cfr. A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi*, Milano, 2000), tra il XVII e il XVIII secolo l'assicurazione diviene oggetto di contrattazione di massa tra i soggetti esposti al rischio ed imprese specializzate nella copertura di rischi diversi. Proprio in questo periodo vengono gettate le basi dell'assicurazione contemporanea, divenendo l'organizzazione imprenditoriale la protagonista degli accordi assicurativi (così S. FORNI, *Assicurazione e impresa*, Milano, 2009, 6 ss.).

Sebbene già verso la fine del '700 le autorità pubbliche comincino a preoccuparsi della regolamentazione dei rapporti assicurativi, gli interventi si rivelano marginali.

Infatti, le liberali codificazioni Ottocentesche si mostrano poco tolleranti nei confronti di qualsiasi intervento dello Stato nell'attività dei privati.

La situazione comincia a cambiare solo nel XX secolo, quando i legislatori nazionali prendono coscienza della specificità dell'impresa di assicurazione.

Il mercato assicurativo, dunque, non è più guidato, come in passato dalle regole di deontologia professionale degli operatori del settore, ma viene regolato da peculiari principi tecnici e giuridici. (S. FORNI, *Assicurazione e impresa*, cit., 8). Lo strumento assicurativo, considerato non solo come attività commerciale ma anche come fenomeno di rilevanza sociale, pertanto, si impone all'attenzione del legislatore (d'altro canto alle pubbliche autorità non sfugge l'ingente massa di capitali gestita dalle compagnie assicurative, costituenti una fetta importante della ricchezza nazionale, v. LA TORRE A., *La disciplina giuridica dell'attività assicurativa*, in *Diritto delle assicurazioni*, Milano, 1987, vol. I., 38 ss.).

Emerge dunque un cambiamento radicale: dal liberismo economico, promotore di un mercato autoregolato, sicché l'intervento pubblico è sostanzialmente indifferente nei confronti dell'attività assicurativa, regolata da norme endogene, si passa gradualmente alla consapevolezza delle potenzialità del mercato assicurativo e della necessità di introdurre correttivi a tutela di interessi superiori.

In tempi più recenti, poi, l'attenzione alla stabilità e alla concorrenzialità generale del mercato è diventato un obiettivo grazie alla spinta del diritto europeo.

Invero, già i Trattati istitutivi si sono posti l'obiettivo di creare un mercato unico, ma la sua realizzazione in campo assicurativo è dipesa dall'adozione di direttive di armonizzazione che si sono trovate a dover contemperare due esigenze: da un lato assecondare le ragioni di convenienza economica e competitività proprie del

Il nodo principale da sciogliere, a questo punto, consiste nell'introduzione di una disciplina valida per l'intero settore delle assicurazioni private in grado di superare una concezione fondata sulla economia di mercato, creando un sistema in cui l'iniziativa privata possa essere sottoposta al controllo dello Stato.

La prevalenza della Libertà sull'Autorità (cfr. A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto. Diritto delle assicurazioni*, vol. II, Milano, 2008, 181) comincia, dunque, a incrinarsi con l'adozione della normativa che disciplina il controllo sull'esercizio dell'attività assicurativa, non più lasciata alla totale mercé dell'iniziativa privata, ma vigilata dai pubblici poteri e armonizzata con fini di interesse generale.

In questo scenario si colloca la prima disciplina organica della materia, contenuta nel r.d.l. del 1923 n. 966 (convertito nella l. n. 473 del 1925 e completato dal regolamento di esecuzione, approvato con r.d. n. 63 del 1925).

Il controllo disposto nel 1923 nasce non tanto dalla considerazione della natura aleatoria del contratto di assicurazione, quanto dal fatto che le imprese raccolgono ingenti capitali tramite la riscossione dei premi e li gestiscono nell'interesse della massa degli assicurati. (G. VOLPE PUTZOLU, *L'evoluzione della legislazione in materia di assicurazioni*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commento sistematico*, a cura di S. AMOROSINO, L. DESIDERIO, Milano, 2006, 7).

Il principio di Libertà subisce, inoltre, un altro duro colpo con l'introduzione nel codice del 1942 di norme inderogabili a tutela dell'assicurato.

Sugli sviluppi del mercato assicurativo negli ultimi decenni v. G. M. DICKINSON, *I mercati assicurativi in Europa occidentale e l'impatto delle terze direttive comunitarie*, in *Banca, Impresa e Società*, 1997, 2, 307.

mercato, dall'altro temperare le ragioni del controllo, onde assicurare la stabilità delle imprese e dell'ordinato svolgimento dell'attività assicurativa.

Il primo passo verso un mercato unico e concorrenziale si è realizzato con le direttive di c.d. prima generazione che hanno disciplinato il diritto di stabilimento per le imprese assicurative (direttiva n. 73/239/CEE e direttiva n. 79/267/CEE).

È importante sottolineare che in questa prima fase, il controllo è lasciato alle autorità del paese in cui l'impresa si stabilisce.

Tale soluzione, adottata per bilanciare le esigenze di vigilanza rivendicate dagli Stati membri e lo sforzo di creare un mercato unico, comporta un problema di fondo: l'autorizzazione, infatti, è valida nel solo Stato di rilascio e un'impresa che intenda operare in più Stati membri dovrà richiedere ed ottenere un'autorizzazione in ogni singolo Stato.

Il principale ostacolo incontrato dalle imprese è posto dalle normative dei singoli Stati che sulla disciplina dell'attività assicurativa differiscono le une dalle altre.

La persistenza di profonde disparità di trattamento, infatti, provoca effetti distorsivi: in competizione non sono le imprese, ma le leggi nazionali, con la conseguenza che rischiano di essere espulse dal mercato non le imprese inefficienti o anticoncorrenziali, bensì quelle che risulteranno penalizzate dalla legge del proprio Stato.

Appare chiaro, dunque, che la realizzazione di un mercato assicurativo in cui gli operatori possano operare in libera prestazione di servizi non può che avvenire attraverso l'adozione di direttive di coordinamento. Infatti, la creazione del mercato interno si differenzia

dall'attuazione di una zona di libero scambio proprio per il necessario coordinamento delle legislazioni nazionali.¹¹

Il cammino verso il mercato unico è avviato, ma risulterà particolarmente faticoso da completare.

In particolare, la situazione di disomogeneità nella disciplina dell'accesso all'attività assicurativa è solo in parte corretta dalle direttive n. 88/357/CEE¹² e n. 90/619/CEE,¹³ che regolano la libertà di prestazione dei servizi.

Tuttavia, le direttive avallano una disciplina della libertà di servizi assicurativi a due velocità: nel ramo danni le assicurazioni dei grandi rischi sono sottoposti al principio dell'*home country control*, mentre le assicurazioni dei rischi di massa restano legate al principio dell'*host country control*; nel ramo vita si distingue il caso in cui l'assicurato agisca di propria iniziativa (sottoscrizione passiva) e il controllo spetta alle autorità del Paese d'origine (cioè il Paese di stabilimento dell'assicuratore) dal caso in cui è l'impresa a prendere l'iniziativa (sottoscrizione attiva) e si applicano le norme dello Stato dell'impegno.

Le direttive di terza generazione n. 92/49/CEE¹⁴ e n. 92/96/CEE¹⁵ compiono un passo avanti nella creazione di

11 A. ZIMOLO, *Problemi di armonizzazione legislativa e di controllo nel quadro del mercato unico europeo*, in *Ass.*, 1990, I, 2-3, 403.

12 Direttiva 88/357/CEE del Consiglio del 22 giugno 1988 recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dell'assicurazione sulla vita, e alla fissazione delle disposizioni volte ad agevolare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e che modifica la direttiva 73/239/CEE. La direttiva 88/357/CEE è stata trasposta con l. n. 49 del 1992.

13 Direttiva 90/619/CEE del Consiglio dell'8 novembre 1990, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'assicurazione diretta sulla vita, fissa le disposizioni destinate a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e modifica la direttiva 79/267/CEE, attuata con d.lgs. n. 515 del 1992

14 Direttiva 92/49/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative

un mercato unico assicurativo sotto il duplice profilo della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi.

Merita evidenziare che tali direttive mutano approccio: preso atto che non è possibile adottare una disciplina coordinata per tutti gli Stati, le terze direttive perseguono una via diversa.

Dunque, la tecnica del massimo coordinamento legislativo, rivelatosi eccessivamente lenta e incapace di raggiungere l'obiettivo, viene abbandonata per lasciare spazio al principio del mutuo riconoscimento,¹⁶ fondato su un'armonizzazione minima.¹⁷

In particolare, l'istituto fondamentale introdotto da tale assetto normativo, la c.d. licenza unica, prevede il rilascio di un'autorizzazione da parte delle autorità del Paese in cui l'impresa ha la sede sociale (Stato membro d'origine), affinché l'impresa sia abilitata ad esercitare l'attività in regime di stabilimento e libera prestazione di servizi sull'intero territorio europeo.¹⁸

riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita e recante modifica delle direttive 73/239/CEE e 88/357/CEE (terza direttiva assicurazione non vita).

15 Direttiva 92/96/CEE del Consiglio del 10 novembre 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita e che modifica le direttive 79/267/CEE e 90/619/CEE (terza direttiva assicurazione vita). Per una ricostruzione della normativa e direttive europee, cfr. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, Dalloz, 1998, 58 ss.

16 R. CAPOTOSTI, *Mercato unico delle assicurazioni contro i danni: terza ed ultima fase*, in *Ass.*, 1990, II, 99.

17 V. E. LOMNICKA, *The financial services single market and the interface between Community Law and domestic law*, in *Continuity and change in UE Law*, edited by A. ARNULL A., P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS, Oxford, 2008, 261, secondo cui l'altro tipo di armonizzazione, quella minima, fondata sul principio dell'*home country control*, vieta allo Stato ospitante di imporre il rispetto di normative nazionali all'impresa che ha rispettato le norme equivalenti del proprio paese.

18 G. VOLPE PUTZOLU, *L'evoluzione della legislazione in materia di assicurazioni*, cit., 14.

Inoltre, il sistema è completato da un'applicazione generale del principio dell'*home country control*:¹⁹ la vigilanza finanziaria, infatti, su un'impresa di assicurazione, compresa quella sulle attività da questa esercitate tramite succursali e in regime di prestazione di servizi, rientra nella competenza esclusiva dello Stato membro d'origine.²⁰

In questo modo si dovrebbe evitare che le residue differenze esistenti tra gli ordinamenti costituiscano un ostacolo alla creazione del mercato unico.

2. La disciplina statale e la tutela della libertà di impresa.

Lo strumento assicurativo, considerato non solo come attività commerciale ma anche come fenomeno di rilevanza sociale si impone all'attenzione del legislatore, che, abbandonando la posizione di indifferenza verso l'esercizio dell'attività assicurativa, interviene sempre più attivamente in materia: alle pubbliche autorità non sfugge l'ingente massa di capitali, fetta importante della ricchezza nazionale, gestiti dalle compagnie assicurative.²¹

19 La teoria dell'*home country control* è applicata per la prima volta con la sentenza Cassis de Dijon (del 20 febbraio 1979, C-120/78 in materia di merci e non servizi), riconoscendo l'equivalenza dei controlli amministrativi tra uno Stato membro e l'altro e "quindi il reciproco e automatico riconoscimento tra gli Stati dei controlli da ciascuno praticati e il conseguente divieto di un doppio controllo da effettuare nel paese di destinazione, quando i prodotti abbiano già superato analoghi controlli nel paese d'origine", così R. CAPOTOSTI, *Voce Prestazione di servizi (diritto comunitario)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991, 5.

20 Art. 9, Dir. 92/49 e art. 8, Dir. 92/96. La direttiva 2005/68/CE ha esteso il principio dell'autorizzazione unica e dell'*home country control* anche all'attività di riassicurazione.

11 A. LA TORRE, *La disciplina giuridica dell'attività assicurativa*, in *Diritto delle assicurazioni*, Milano, 1987, vol. I., 38 ss.

Pertanto, non stupisce che i pubblici poteri abbiano avvertito l'esigenza di predisporre dei controlli sulla gestione dell'attività.

Tuttavia, se è vero che le compagnie di assicurazioni ormai rispondono (di fatto) a funzioni essenziali dello Stato moderno (previdenza, risparmio, responsabilità civile, etc.), tanto da richiedere rigorosi requisiti di accesso e apprestare severi controlli sul loro esercizio, è anche vero che controlli troppo rigidi rischiano di condizionare l'attività di impresa.²²

Il punto di equilibrio tra la libertà di iniziativa economica e l'esigenza di tutela di altri interessi rilevanti (stabilità del sistema, diritti degli assicurati, trasparenza nella gestione dell'impresa, controlli interni) può essere trovato nell'art. 41, Cost., che ammette la predisposizione dei controlli necessari a garantire il corretto svolgimento del mercato.²³

Forse, questo è ancor più vero alla luce della giurisprudenza costituzionale, secondo cui la tutela della concorrenza costituisce una delle leve della politica economica statale e non va intesa solo in senso statico,

22 L'intervento pubblico su un'attività economica, e quindi anche sull'attività assicurativa, si giustifica per due possibili ragioni. La prima, l'intervento mira solo a impedire che l'attività economica possa svolgersi in contrasto con certi interessi generali; la seconda, i pubblici poteri intervengono sull'attività, perché essa stessa considerata di interesse generale e, pertanto, intendono garantire un migliore svolgimento del servizio per raggiungere tale interesse. PAMPANIN, *La disciplina pubblica dell'attività assicurativa*, Padova, 1969. E' fuor di dubbio comunque la natura privatistica: l'attività svolta da imprese assicurative non costituisce un servizio di pubblico interesse. Così F. GARRI, *Voce Impresa di assicurazione II) Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, 1.

23 S. AMOROSINO, *Principi "costituzionali", poteri pubblici e fonti normative: lo jus commune dei mercati finanziari, bancari ed assicurativi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2003, I-II, 344. Nel senso che il controllo pubblico sui mercati finanziari è riconducibile proprio dall'art. 41 Cost. "in ragione dell'efficacia dei controlli di stabilità sulla stessa attività imprenditoriale privata, che ne subisce in tal modo limiti e regole" v. A. LONGO, *Commento all'art. 3*, in *Il codice delle assicurazioni private*, diretto da F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007, 27.

come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in un'accezione dinamica, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri.²⁴

In altre parole, quello che preme verificare non è la reazione del mercato all'ingresso di un'impresa assicuratrice, ma se questa impresa sia in grado di operare sul mercato, reggere alla competizione e assolvere ai propri obblighi nei confronti degli assicurati (ed eventualmente dei terzi).²⁵

Non a caso la riforma del codice delle assicurazioni (d.lgs. n. 74 del 2015) ha novellato anche l'art. 3 del c.a.p. che nella attuale formulazione indica come fine primario della disciplina assicurativa la tutela dell'assicurato, a cui è subordinato l'obiettivo della stabilità del sistema e dei mercati finanziari.²⁶ A tali fini l'IVASS persegue la sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e riassicurazione. È evidente, dunque, che il fine principale può essere raggiunto solo attraverso un insieme di misure che incidono su una molteplicità di aspetti dell'attività assicurativa (autorizzazione all'esercizio dell'attività, solvibilità, *corporate governance*, trasparenza): senza un solido sistema assicurativo dal punto di vista economico-finanziario sarebbe vano ogni tentativo di tutela dell'assicurato.

²⁴ Corte cost., sent. n. 14 del 2004, reperibile su guircost.org.

²⁵ Cfr. L. DESIDERIO, *Liberalizzazione, trasparenza e controllo nel settore assicurativo*, in *Dir. econ. dell'ass.*, 1996, 1, 73.

²⁶ Le finalità della legge n. 449 del 1959 non andavano oltre la salvaguardia del buon funzionamento delle imprese e delle legittime aspettative degli assicurati. Cfr., invece, il considerando n. 16 della direttiva 2009/138/CE del 25 novembre 2009 (Solvency II): "L'obiettivo principale della regolamentazione e della vigilanza in materia di assicurazione e di riassicurazione è l'adeguata tutela dei contraenti e dei beneficiari. [...] La stabilità finanziaria e l'equità e la stabilità dei mercati sono altri obiettivi della regolamentazione e della vigilanza assicurativa e riassicurativa di cui si dovrebbe altresì tenere conto senza tuttavia mettere a repentaglio il raggiungimento dell'obiettivo principale".

Le stesse direttive intervenute in materia, pur enunciando l'obiettivo della creazione del mercato unico, si preoccupano di salvaguardare la stabilità del sistema e la tutela del consumatore.²⁷

La disciplina europea, infatti, è scissa tra due esigenze: da un lato temperare le ragioni di convenienza economica e competitività proprie del mercato, dall'altro assecondare le ragioni del controllo, onde garantire la stabilità delle imprese e dell'ordinato svolgimento dell'attività assicurativa. La scelta operata in sede sovranazionale tende a raggiungere ogni volta il difficile bilanciamento, senza mai enunciare come prioritario un obiettivo sull'altro.²⁸

Il problema è trovare il punto di equilibrio tra tali esigenze e tra queste e la creazione di un mercato unico concorrenziale:²⁹ se da un lato l'assenza di controlli *ex post* e la mancata imposizione di requisiti *ex ante* potrebbe causare seri dissesti finanziari, dall'altro eccessive barriere all'entrata o condizioni gravose sull'esercizio dell'attività potrebbero mettere a rischio la concorrenza nel mercato con ripercussioni sul consumatore.³⁰

27 Questo obiettivo è enunciato già nel secondo "considerando" della direttiva 73/239/CEE, dove si legge "considerando che, per agevolare l'accesso a tali attività assicurative ed il loro esercizio, è necessario eliminare talune divergenze esistenti tra le legislazioni nazionali in materia di controllo; che per realizzare questo scopo, pur assicurando una protezione adeguata degli assicurati e dei terzi in tutti gli Stati membri, è opportuno coordinare segnatamente le disposizioni relative alle garanzie finanziarie richieste alle imprese di assicurazioni".

28 L. DESIDERIO, *Temi e problemi di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2010, 31.

29 Cfr. la legge di delega del Codice delle assicurazioni n. 229 del 29 luglio 2003, che, all'art. 4, comma primo ha stabilito la «salvaguardia dell'effettiva concorrenza tra le imprese autorizzate all'esercizio dell'attività assicurativa in Italia o operanti in regime di libertà di prestazione di servizi».

30 I. BOZZANO, *Il controllo e la regolamentazione del mercato assicurativo*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. ALPA, Torino, 2006, 632.

Pertanto, per garantire che l'assicuratore sia in grado in futuro di adempiere alla prestazione contrattuale, sono previsti dei requisiti di accesso al mercato e stretti controlli sull'esercizio dell'attività.

Infatti, non si può non notare che l'attuazione delle libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi ha dovuto in ogni caso fare i conti con l'introduzione di una disciplina che tende a garantire trasparenza, correttezza gestionale e tutela dell'assicurato,³¹ attraverso direttive di coordinamento, che non si propongono di azzerare il controllo, ma di armonizzare le normative dei singoli Stati sì da realizzare un sostrato di regole comuni e funzionali agli obiettivi perseguiti.

In realtà, il vero mercato concorrenziale non è uno spazio in cui ogni operatore ha diritto di essere ammesso (i.e. autorizzato) ad operare, ma uno spazio in cui intraprendono rapporti economici imprese affidabili.

Formare a tutti i costi un mercato concorrenziale e trasparente (dove si può vendere merce tossica purché si dica che lo sia o dove possono operare imprese inaffidabili) mieterebbe inevitabilmente vittime in nome di un sistema che non è, in realtà, in grado di bilanciare adeguatamente tutte le esigenze in gioco.

La crisi economica del 2008 ha mostrato, infatti, la contraddizione della spinta tipicamente liberista per cui i pubblici poteri non dovrebbero intervenire nel governo dell'economia. Il governo americano, ad esempio, ha prestato la ragguardevole cifra di 180 miliardi di dollari per salvare il primo gruppo assicurativo mondiale (AIG), ben conscio del fatto che il fallimento di una realtà di tali

31 G. COTTINO, *L'assicurazione tra passato e presente*, in M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2011, XXIV.

dimensioni avrebbe provocato uno tsunami nell'economia mondiale.³²

Dunque, proprio quell'intervento pubblico di regolazione che si voleva non interferisse con le regole del mercato, negli ultimi anni è stato chiamato più volte a intervenire per salvare il mercato stesso.

In conclusione, rimane senza dubbio aperto il problema del controllo dell'esercizio dell'attività assicurativa, avvertendosi l'esigenza di garantire il regolare svolgimento dell'attività e un equilibrato funzionamento delle contrattazioni.³³

3. La “destatalizzazione”: i primi interventi comunitari in ambito assicurativo.

In questo contesto un ruolo decisivo spetta certamente al legislatore europeo.

È bene premettere che già il Trattato di Roma si poneva come obiettivo fondamentale l'integrazione economica, attraverso una adeguata armonizzazione delle normative degli Stati membri.³⁴ Infatti, al settore assicurativo si applicano quelle disposizioni del Trattato previste per i servizi, onde raggiungere una liberalizzazione del mercato.³⁵

Tale obiettivo, dunque, si sarebbe dovuto compiere attraverso l'effettiva applicazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi.

³² Come è stato rilevato le imprese assicurative non sono la causa della crisi del 2008, ma ne hanno sopportato le conseguenze, connesse soprattutto alla perdita di valore degli investimenti in azioni e in obbligazioni, v. D. FOCARELLI, *Il ruolo delle imprese di assicurazione nella crisi finanziaria: Solvency II è una risposta adeguata?*, in *Banca, impresa e società*, 2010, 2, 271 ss. *Ibidem* per un approfondimento sugli effetti della crisi del 2008 sulle imprese di assicurazione.

³³ G. COTTINO, *L'assicurazione tra passato e presente*, cit., XXIII.

³⁴ A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2012, 11.

³⁵ A. ZIMOLO, *L'armonizzazione del settore assicurativo nelle direttive della Comunità Economica Europea*, in *Dir. e prat. nell'ass.*, 1978, 3, 346.

In particolare, il Trattato CEE (art. 52) prevedeva che “le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono gradatamente soppresse *durante il periodo transitorio*”. L’obiettivo, dunque, era (ed è) la creazione di un mercato unico assicurativo, eliminando le barriere riguardanti l’accesso e l’esercizio ad attività non salariate da parte di operatori di uno Stato membro, attraverso l’adozione di direttive volte a coordinare le disposizioni degli Stati.³⁶

A tal fine il Consiglio ha adottato due programmi generali per la soppressione delle restrizioni esistenti all’interno della Comunità e, in particolare, i programmi approvati dal Consiglio si ispiravano, per il settore assicurativo, ad un principio di realizzazione graduale, articolata in quattro tappe successive da portare a compimento entro la fine del periodo transitorio: innanzitutto le due libertà avrebbero dovuto essere realizzate nel settore della riassicurazione; successivamente sarebbero state adottate norme per l’esercizio della libertà di stabilimento per l’assicurazione diretta nei rami danni, seguita dalla libertà di stabilimento per l’assicurazione diretta per il ramo vita; infine la tutela della libera prestazione di servizi per l’assicurazione diretta per i rami danni e a conclusione del processo per il ramo vita.³⁷

Nel caso del ramo danni la libertà di stabilimento avrebbe dovuto realizzarsi entro la fine del 1965 ed entro il 1967 per il ramo vita; invece i tempi per la prestazione dei servizi erano stati allungati al 31 dicembre 1969, derogando, così alle disposizioni del Trattato che

³⁶ G. SACERDOTI, *Diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi assicurativi dopo la l. 10 giugno 1978, n. 295*, in *Dir e prat. nell’ass.*, 1980, I, 1, 83.

³⁷ V. SCORDAMAGLIA, *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi nel settore assicurativo*, in *Il Foro italiano*, 1988, IV, 1, 23 ss.

imponevano la contestuale realizzazione delle due libertà. La preoccupazione di fondo, infatti, era (ed è) quella di evitare che l'esercizio di libera prestazione dei servizi si traducesse in un'elusione delle regole poste da ciascuno Stato a tutela degli assicurati.³⁸

Merita precisare che secondo la lettera del Trattato le due libertà potevano essere esercitate solo in seguito all'emanazione delle direttive e, di conseguenza, era esclusa ogni applicazione diretta di tali disposizioni, riconoscendo in capo ai singoli un diritto soggettivo ad invocare l'applicazione di tali norme.³⁹

Tuttavia, spirato il termine del periodo transitorio, poiché alcuna direttiva era stata adottata in materia, la situazione di stallo veniva superata solo in seguito ad alcune pronunce della Corte di Giustizia.

Sebbene le prime sentenze siano state emesse in materia non assicurativa, i principi di diritto affermati dalla Corte trovano ampia applicazione anche nel settore in esame.

Da qui la necessità di richiamare brevemente quelle pronunce che, pur non riguardando il settore assicurativo, hanno contribuito in maniera rilevante alla attuazione delle libertà di stabilimento e di prestazione anche in tale ambito.

Nella sentenza *Rayners*,⁴⁰ in particolare, la Corte mette in chiaro che nonostante la mancata adozione delle direttive di coordinamento, l'art. 52 del Trattato CEE è una norma direttamente applicabile dalla fine del periodo transitorio

³⁸ A. ZIMOLO, *L'armonizzazione*, cit., 347.

³⁹ G. SACERDOTI, *Diritto di stabilimento*, cit., 83.

⁴⁰ Corte di Giustizia CE, sent. 21 giugno 1974, C-2/74, *Rayners*. La sentenza riguarda il caso di un cittadino olandese, il signor Reyners, il quale, pur avendo conseguito in Belgio il titolo di «docteur en droit» e pur essendo residente in Belgio, non può ottenere l'iscrizione all'albo degli avvocati belgi perché la legge belga (come del resto, a quell'epoca, anche quella italiana) ammette l'iscrizione all'albo per i soli avvocati nazionali ad esclusione degli stranieri (salvo casi eccezionali non ricorrenti nella fattispecie).

e, in quanto norma direttamente efficace, può essere invocata davanti ai giudici nazionali.⁴¹ Infatti, imponendo come obiettivo la realizzazione della libertà di stabilimento, l'art. 52 prescrive un obbligo di risultato preciso, il cui adempimento deve essere facilitato, ma non condizionato, dall'attuazione di un programma di misure gradualità. Da questa considerazione la Corte ricava la diretta applicabilità dell'art. 52 fin dalla fine del periodo transitorio e a prescindere dalla adozione di direttive: non può essere impedito, infatti, lo stabilimento sul territorio di qualunque Stato membro di imprese assicurative comunitarie per ragioni legate alla nazionalità.

Parallelamente, nella pronuncia Van Binsbergen⁴² la Corte precisa che la prestazione di servizi assicurativi nel mercato comune non può essere negata per ragioni né di nazionalità né di residenza del prestatore.

Infatti, anche gli artt. 59, 1 comma, e 60, 3 comma del Trattato hanno efficacia diretta e possono essere fatti valere dinanzi ai giudici nazionali, almeno nella parte in cui impongono la soppressione di tutte le discriminazioni che colpiscono il prestatore di un servizio a causa della sua nazionalità o della sua residenza in uno Stato diverso da quello in cui il servizio stesso viene fornito.

41 R. CAPOTOSTI, *Gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria in tema di libertà di servizi e la loro influenza sulla prestazione assicurativa*, in Ass., 1975, II, 9. Per un approfondimento sul metodo funzionalista e la funzione propulsiva delle decisioni giuridiche sulle decisioni politiche., v. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 8 ss.

42 Corte di Giustizia CE, sent. 3 dicembre 1974, C-33/74, Van Binsbergen. Nel caso Van Binsbergen il mandatario *ad litem* della parte attrice (che si chiamava Kortman; Van Binsbergen era il cliente) aveva trasferito la propria residenza dall'Olanda in Belgio. Può egli continuare ad assicurare il servizio che rendeva, considerato che secondo la legge olandese solo i professionisti residenti sono autorizzati ad esercitare la professione? Nel caso concreto, secondo la Corte, il requisito della residenza era una restrizione incompatibile con il Trattato quando il buon funzionamento della giustizia avrebbe potuto essere soddisfatto grazie ad altre regole. Cfr. T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2004.

Anche se allo Stato membro è riconosciuto il potere di provvedere affinché un prestatore di servizi, la cui attività si svolga per intero o principalmente sul territorio di detto Stato, non possa utilizzare la libertà garantita dall'art. 59 allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli si stabilisse nello Stato in questione, tali libertà sono ormai garantite dal Trattato e le direttive che verranno adottate in futuro non potranno porsi l'obiettivo di affermare l'esistenza dei diritti in questione, ma dovranno agevolarne l'esercizio.⁴³

In altre parole, la Corte non esclude la possibilità che i singoli Stati, usando il potere discrezionale loro conferito, regolamentino l'esercizio dello stabilimento e della libera prestazione; purché, però, le limitazioni previste si fondino su motivi non attinenti alla nazionalità o residenza.⁴⁴

Non si può fare a meno di rilevare, tuttavia, che la decisione della Corte di riconoscere efficacia diretta⁴⁵ alle suddette norme, susciti qualche perplessità. Per poter far ricorso al meccanismo dell'effetto diretto, infatti, devono sussistere alcune condizioni: la norma deve essere sufficientemente precisa nel suo contenuto e per poter essere applicata direttamente negli Stati membri la disciplina deve risultare già completa, senza la necessità di ulteriori integrazioni da parte di altre norme (statali o

43 Cfr. sent. *Reyners v. Stato belga* (CGCE n. 2/74), punto 29.

44 Si badi che le pronunce richiamate sono state emesse in un quadro normativo in cui manca una coordinazione comunitaria della legislazione dei Paesi membri.

45 Merita precisare che la diretta applicabilità consta di due profili: da un lato l'adattamento degli ordinamenti interni degli Stati membri (ad esempio, nel caso dei regolamenti tale adattamento è automatico e immediato); dall'altro la c.d. efficacia diretta, cioè la capacità dell'atto eurounitario di produrre effetti diretti negli ordinamenti interni. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, 178 ss.

europee) né richiedere l'esercizio di un potere discrezionale in capo agli Stati.⁴⁶

Le perplessità sull'applicazione di tale meccanismo anche agli artt. 59 e 60, comma 3, TCEE risiedono nel fatto che, in realtà, le direttive di armonizzazione e coordinamento sono necessarie al fine di creare un mercato comune: al contrario l'assenza di armonizzazione delle discipline nazionali lascia inalterato lo stato di frammentarietà del sistema e non porta di certo alla creazione di un vero mercato unico.⁴⁷ Inoltre, date le peculiarità del settore assicurativo, le disposizioni *de quibus* appaiono prive di quella completezza tale da rendere possibile la loro diretta applicazione: l'art. 59 sembra fare riferimento soprattutto al rapporto bilaterale tra prestatore del servizio e destinatario che si consuma con l'esecuzione del contratto; ma nel caso delle assicurazioni tale rapporto coinvolge più soggetti e si estende ad una catena di attività che non consentono di individuare il preciso luogo e tempo di *esecuzione della prestazione*, richiedendo certamente una direttiva che definisca la portata degli artt. 59 e 60 e armonizzi le molteplici discipline vigenti nei diversi Stati.⁴⁸

A parte la forte spinta verso una concreta realizzazione delle libertà in commento data dalla Corte di Giustizia, va anche ricordato che l'obiettivo di creare un mercato unico è stato rilanciato dall'approvazione dell'Atto Unico europeo affinché si crei un'area commerciale comune caratterizzata dall'assenza di frontiere interne e regolata da una disciplina uniforme sia sotto il profilo delle

⁴⁶ R. MONACO, *Esiste già la libera prestazione dei servizi assicurativi?*, in *Dir. e pratica nell'ass.*, 1986, 4, 646.

⁴⁷ R. MONACO, *Esiste già la libera prestazione dei servizi assicurativi?*, cit., 647.

⁴⁸ R. MONACO, *Esiste già la libera prestazione dei servizi assicurativi?*, cit., 649.

condizioni di accesso che dei controlli considerati tra loro equivalenti.⁴⁹

Non a caso l'Atto Unico individua come metodo da seguire per la costituzione di un mercato unico proprio quello del coordinamento delle singole legislazioni nazionali, affinché gli ordinamenti statali approntino discipline omogenee in materia, e non auspica, invece, la produzione di una regolamentazione europea che si dovrebbe sostituire *in toto* alle disposizioni vigenti nei singoli Stati membri.⁵⁰

Il coordinamento, dunque, prevede la predisposizione di una disciplina che rappresenti il “minimo coordinamento delle norme necessario al riconoscimento reciproco” (cfr. Libro Bianco della Commissione per il consiglio Europeo, COM (85) 310 def., punto n. 102).⁵¹

In altre parole, si pone la necessità non più procrastinabile di direttive di armonizzazione sulle condizioni di accesso e di esercizio, sui criteri di determinazione ed i limiti del margine di solvibilità e, soprattutto, sulle regole alla stregua delle quali individuare l'autorità di vigilanza competente ad

49 Cfr. V. AFFERINI, *I servizi assicurativi nel diritto comunitario*, in *Studi in onore di Uckmar*, Tomo Primo, Padova, 1997, 41. L'art. 8A dell'A.U.E. (entrato in vigore il 1 luglio 1987) definisce il mercato come «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali». Alla nozione di mercato comune, la cui realizzazione costituisce il fulcro del Trattato di Roma, si affianca quella di mercato interno, non legata tanto ad una strategia di armonizzazione, ma al principio del mutuo riconoscimento. Secondo una dottrina la nozione di «mercato interno» era già (e resta) insita in quella di «mercato comune», come l'aspetto di quest'ultima legato ai profili di liberalizzazione intracomunitaria. A. TIZZANO, *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *Foro it.*, 1989, IV, 76 ss.

50 Corollario della realizzazione di una disciplina coordinata è l'attribuzione del controllo al Paese d'origine.

51 A. M. PANDARESE, *La normativa comunitaria in materia di prestazione dei servizi assicurativi: le implicazioni per lo sviluppo di un mercato assicurativo europeo*, in *Il settore assicurativo: struttura, concorrenza e performance*, a cura di G. FORESTIERI, Milano, 1991, 163.

esercitare il controllo sulle imprese che operano in regime di stabilimento o libera prestazione.⁵²

Pertanto, la realizzazione di mercato unico può compiersi solo attraverso un intervento positivo del legislatore europeo.

3.1 L'incompiutezza del mercato unico assicurativo nella prima generazione di direttive

L'intervento di armonizzazione, scaglionato e in ritardo rispetto ai tempi programmati, avviene attraverso tre generazioni di direttive.

Innanzitutto, il legislatore europeo ha disciplinato le imprese di assicurazione, in quanto fornitrici di servizi, sotto il profilo della libertà di stabilimento (artt. 49 ss., TFUE; già art. 43, TCE) e della libera prestazione di servizi (artt. 56 ss., TFUE; già art. 49, TCE);⁵³ anche se, considerate le peculiarità del settore, le istituzioni comunitarie, nello sforzo di armonizzare progressivamente anche tale mercato, hanno provveduto ad attuare prima la libertà di stabilimento e solo in un secondo momento sono state dettate norme finalizzate a garantire anche la libera prestazione dei servizi.

Il motivo di questa scelta è facilmente intuibile: il diritto di stabilimento crea meno resistenze da parte degli Stati, poiché il controllo statale può essere esercitato più agevolmente sui soggetti stabiliti sul territorio.

La disciplina della libertà di stabilimento,⁵⁴ dunque, bilanciando contrapposte esigenze (da un lato quella di

52 A. M. PANDARESE, *La normativa comunitaria in materia di prestazione dei servizi*, cit., 169.

53 P. PIVA, *Assicurazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Tomo II, coordinato da G. F. CARTEI e D. U. GALETTA, Milano, 2007, 580.

54 In generale, la libertà di stabilimento è riconosciuta dall'art. 49 TFUE e "consiste nel diritto dei cittadini di uno Stato membro di recarsi in un altro Stato membro ed ivi inserirsi in modo continuativo al fine di accedere alle

attività non salariate e al loro esercizio alle condizioni definite dalla legislazione dello Stato ospite per i propri cittadini” (R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2014, 497). L’art. 49, TFUE si limita ad affermare che “la libertà di stabilimento importa l’accesso alle attività autonome e al loro esercizio”, ma non elenca tali attività; tuttavia si ritiene che debba trattarsi di un’attività economica, cioè “finalizzata alla produzione di beni o servizi al fine di trarne vantaggi patrimoniali” (M. CONDINANZI, *Libertà di stabilimento*, in *Diritto dell’Unione europea, Parte speciale*, a cura di G. STROZZI, Torino, 2015, 189).

Dunque, la LS rileva solo se l’attività ha carattere transfrontaliero o transazionale, cioè quando trascende i confini di uno Stato.

Tuttavia, la sola soppressione delle restrizioni non è sufficiente a realizzare effettivamente la LS (lo stesso discorso vale per la LPS), tanto che è necessario adottare disposizioni “volte a facilitare la realizzazione di tali libertà riducendo o superando le divergenze tra legislazioni nazionali” (R. ADAM, A. TIZZANO; *Manuale di diritto dell’Unione europea*, cit., 515; P. PENNETTA, *Voce Stabilimento I*), in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1993, 3). Si pensi alle direttive di armonizzazione (ad es. sulle qualifiche professionali dir. 89/48/CEE, abrogata da dir. 2005/36/CE; la c.d. direttiva servizi 2006/123; sulla professione forense dir. 77/249/CE e 98/5/CE).

Tale diritto può essere esercitato attraverso due modalità: tramite uno stabilimento primario, quando il cittadino istituisce la sede principale della propria attività in uno Stato membro diverso dal proprio (unica condizione prevista è la cittadinanza di uno Stato membro; cfr. Corte di Giustizia sent. 29 giugno 1999, C- 172/98); oppure, dopo essersi stabilito in uno Stato membro, il cittadino si sposta in un altro Stato membro per aprire agenzie, succursali o filiali (stabilimento secondario).

In linea di principio le stesse modalità di esercizio sono riconosciute anche alle persone giuridiche, ma di fatto lo stabilimento in via principale è loro precluso (per un approfondimento v. M. CONDINANZI, *Libertà di stabilimento*, cit., 189). Infatti, le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l’amministrazione centrale o il centro di attività principale all’interno dell’Unione, sono equiparate alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri; l’unica esclusione espressa riguarda le società che non si prefiggono scopi di lucro (art. 54, pf. 2, TFUE).

Inoltre il requisito della cittadinanza non è derogabile (a differenza della disciplina in LPS, il cui art. 56, pf. 2 consente al “Parlamento europeo e Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, [di] estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all’interno dell’Unione”).

Merita precisare che la libertà *de qua* ha caratteristiche comuni con la libera prestazione dei servizi (v. oltre) e con la libera circolazione dei lavoratori. Quest’ultima, in particolare, è riservata ai lavoratori subordinati; laddove la LS importa la circolazione del lavoratore autonomo o indipendente (in realtà più che al lavoratore, nel caso di stabilimento e prestazione di servizi il Trattato prende in considerazione la libertà in sé). M. CONDINANZI, *Libertà di stabilimento*, cit., 167; ivi sulla distinzione e sulle caratteristiche comuni tra LS e la libera circolazione dei lavoratori (170 ss.).

Sono ovviamente vietate le misure discriminatorie e nella specie quelle fondate sulla nazionalità dei soggetti; pertanto il principio di parità di trattamento ha sia

garantire il libero accesso e dall'altro quella di consentire i controlli e la sorveglianza sugli operatori alle autorità nazionali), ha imposto il rispetto di condizioni di accesso al mercato e ha delimitato le funzioni delle autorità di settore.⁵⁵

Il primo passo verso l'armonizzazione si è realizzato, dunque, con le direttive di c.d. prima generazione, cioè la direttiva n. 73/239/CEE⁵⁶ sull'assicurazione danni e la direttiva n. 79/267/CEE sull'assicurazione vita che, ponendo le basi per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento, hanno concretizzato il diritto di stabilimento anche nell'ambito assicurativo permettendo alle imprese con sede legale in uno Stato membro di aprire sedi secondarie in altri Stati membri.

un lato negativo, per cui non possono essere imposte discriminazioni fondate sulla nazionalità; sia un lato positivo, per cui ai cittadini europei vanno applicate le stesse condizioni prescritte per i cittadini dello Stato ospite. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale*, cit., 509.

Inoltre, "la ricerca di un effetto utile per le norme sullo stabilimento" (M. CONDINANZI, *Libertà di stabilimento*, cit., 199) ha portato la Corte a ritenere incompatibili con gli artt. 49 ss. anche quelle misure nazionali che, pur non essendo discriminatorie, ostacolano o disincentivano l'accesso o l'esercizio di un'attività economica da parte di non cittadini (c.d. misure indistintamente applicabili; cfr. Corte di Giustizia, sent. 31 marzo 1993, C- 12/92, Kraus).

Tuttavia, sono ammesse eccezioni. Le misure discriminatorie sono consentite solo relativamente ai motivi espressamente indicati dall'art. 52 (ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica); mentre riguardo le misure indistintamente applicabili sono consentite deroghe per proteggere esigenze nazionali degne di tutela, cioè per motivi di interesse generale (es. salvaguardia degli obiettivi di politica culturale, prevenzione di turbative di ordine sociale, tutela dei consumatori, garanzia della coerenza del regime fiscale; tutela dei diritti fondamentali., etc.; cfr. sentenze 5 ottobre 1994 C-23/93 TV10; 21 ottobre 1999, C- 67/98, 7 novembre 2013, C- 322/11; 14 ottobre 2004, C- 36/02 Omega). Merita precisare che tali misure sono compatibili con l'ordinamento europeo purché idonee e proporzionate al perseguimento degli obiettivi che si prefiggono di raggiungere (cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale*, cit., 513).

⁵⁵ PIVA P., *Assicurazioni*, cit., 593.

⁵⁶ Prima direttiva 73/239/CEE del Consiglio del 24 luglio 1973 recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di accesso e di esercizio dell'assicurazione diretta diversa dell'assicurazione sulla vita, attuata con l. n. 295 del 1978. Poi modificata dalla direttiva 76/580/CEE e successivamente dalla direttiva 2002/13/CE.

A queste si affiancano la direttiva n. 73/240⁵⁷ che impone di sopprimere le restrizioni all'apertura di agenzie o succursali da parte di soggetti di altri Stati membri o che in ogni caso siano discriminatorie nei loro confronti. Analogo regime viene dettato per l'esercizio delle assicurazioni sulla vita (direttiva n. 79/267)⁵⁸.

Questa prima generazione di direttive, dunque, disciplinando l'accesso e l'esercizio dell'assicurazione diretta non vita, elimina ogni discriminazione basata sulla nazionalità e indica condizioni di accesso ed esercizio al mercato comuni a tutti i Paesi membri.⁵⁹ Ad esempio, viene vietato l'esercizio cumulativo dei rami danni e vita, con l'unica eccezione delle imprese già autorizzate ad esercitare congiuntamente le due specie di assicurazioni; sono indicati i requisiti per il rilascio dell'autorizzazione; vengono circoscritti i casi in cui l'Autorità di settore può negare il provvedimento, vietando espressamente

57 Direttiva 73/240/CEE del Consiglio del 24 luglio 1973, intesa a sopprimere le restrizioni alla libertà di stabilimento in materia di assicurazioni dirette diverse dell'assicurazione sulla vita, trasposta con l. n. 295 del 1978.

58 Direttiva 79/267/CEE del Consiglio del 5 marzo 1979, recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'accesso all'attività dell'assicurazione diretta sulla vita ed il suo esercizio, trasposta con l. n. 742 del 1986. Poi modificata dalla direttiva 2002/12/CE. In seguito all'emanazione delle prime direttive comunitarie (n. 73/239/CEE, n. 73/240/CEE, n. 79/267/CEE) vengono promulgate la legge n. 295 del 1978 sull'esercizio dell'assicurazione privata contro i danni e la legge n. 742 del 1986, sull'esercizio delle assicurazioni private sulla vita. Tuttavia, tale riorganizzazione del sistema normativo non sostituisce totalmente le precedenti disposizioni: restano ancora in vigore norme del T.U. del 1959 e del r.d.l. del 1923. S. FORNI, *Assicurazione*, cit., 20 ss.

59 La disciplina di seguito brevemente richiamata è stata dapprima dettata per l'assicurazione non vita e poi estesa ad opera della dir. 79/237/CEE anche al ramo vita, modellato sulle direttive 73/239 e 73/240. Tuttavia, è bene ricordare il divieto per le imprese assicuratrici vita di cumulare la loro attività con l'esercizio del ramo danni, salvi i diritti delle imprese già esistenti, per le quali, però, vige l'obbligo della gestione separata dei due rami. La giustificazione si rinviene nella necessità di evitare che fondi costituenti il frutto dei risparmi dei detentori di polizze sulla vita possano essere utilizzati dalle compagnie di assicurazione per coprire rischi risultanti da contratti di assicurazione danni. V. SCORDAMAGLIA, *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi nel settore assicurativo*, cit., 23 ss.

un'ingerenza degli Stati membri: questi non possono valutare la domanda di autorizzazione prendendo in considerazione le necessità economiche del mercato.⁶⁰

In questa prima tappa la novità principale è l'introduzione di una autorizzazione preventiva necessaria per poter aprire la sede principale o secondaria (succursale o agenzia) nello Stato ospite, affinché le imprese svolgano permanentemente le attività assicurative ammesse dalla direttiva.⁶¹

In altre parole, l'impresa con sede legale in uno Stato membro deve ottenere la preventiva autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa da parte dell'autorità dello Stato in cui intende aprire la sede secondaria (Stato c.d. ospitante).⁶²

Ovviamente, il rilascio dell'autorizzazione è subordinato a molteplici condizioni. In particolare, la stessa direttiva ritiene legittimo che lo Stato membro di origine esiga che le imprese di assicurazione richiedenti l'autorizzazione adottino una determinata forma giuridica.⁶³

Inoltre, l'impresa deve presentare un programma d'attività, possedere un fondo di garanzia⁶⁴ ed essere diretta da persone che soddisfino i necessari requisiti di

60 G. VOLPE PUTZOLU, *L'evoluzione della legislazione in materia di assicurazioni*, cit., 12. Ovviamente il regime previsto dalle direttive si applica alle imprese con sede legale in uno Stato membro: per queste ultime lo stabilimento è un diritto che deve essere regolato in ciascun Paese con una normativa di attuazione conforme alle direttive. Al contrario, le direttive prevedono una disciplina apposita per le imprese extracomunitarie: gli Stati membri sono liberi di rilasciare o meno l'autorizzazione e possono prevedere condizioni e vincoli ulteriori, purché non contrastino con le condizioni minime previste dalle direttive.

61 Cfr. direttiva 73/239/CEE, art. 6 ss.

62 E. PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, in *Le Assicurazioni*, a cura di M. PROSPERETTI, A. COLAVOLPE, Padova, 2012, 20.

63 Per quanto riguarda la Repubblica italiana: "società per azioni", "società cooperativa", "mutua di assicurazione" (art. 8, Dir. 73/239/CEE).

64 L'ammontare è specificato nel seguente art. 17 della Dir. 73/239/CEE.

onorabilità e di qualificazione o di esperienza professionale.

Condizioni simili sono imposte anche nel caso di apertura di una succursale o agenzia, con la differenza, però, che in questo caso non è previsto un determinato margine di solvibilità.⁶⁵

È importante sottolineare che in questa prima fase, il controllo è lasciato alle autorità del paese in cui l'impresa si stabilisce.

Tale soluzione, adottata per bilanciare le esigenze di vigilanza rivendicate dagli Stati membri e lo sforzo di creare un mercato unico, comporta un problema di fondo: l'autorizzazione, infatti, è valida nel solo Stato di rilascio e un'impresa che intenda operare in più Stati membri dovrà richiedere ed ottenere un'autorizzazione in ogni singolo Stato.

Il principale ostacolo incontrato dalle imprese è posto dalle normative dei singoli Stati, che sulla disciplina dell'accesso all'attività assicurativa differiscono le une dalle altre. Certamente la realizzazione di un mercato europeo in ambito assicurativo non è stata compiuta in questa prima fase, ma il processo può ritenersi ormai avviato.⁶⁶

⁶⁵ Cfr. art. 10, dir. 73/239/CEE.

⁶⁶ Anche se gli scettici non sono mancati. In un'intervista a *The Economist* del 24 febbraio 1990, Robert Carter, professore di diritto delle assicurazioni alla Nottingham University, dichiara "I'm very sceptical about a single European market in insurance. But if somebody had offered me 500-to-1 last January that the Berlin Wall would be down by the end of the year, I wouldn't have taken that either". Parole che mostrano chiaramente il clima in cui l'intervento comunitario nel settore assicurativo è stato realizzato. E quest'intervista è stata rilasciata negli anni '90, sulla soglia dell'emanazione della terza generazione di direttive.

3.2 Il mercato assicurativo: da una dimensione statale a una europea

Mentre le direttive sulla applicazione della libertà di stabilimento in materia assicurativa sono state adottate, anche se con ritardo rispetto alle scadenze prefissate, la libertà di prestazione ha conosciuto un cammino ben più travagliato.⁶⁷

67 La libera prestazione di servizi è disciplinata in maniera generale dagli artt. 56 ss., TFUE. In particolare, sono vietate le restrizioni nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione e il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nello Stato membro ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini.

Anche in tale caso uno dei requisiti necessari per esercitare tale libertà è il possesso della cittadinanza di uno Stato membro, sebbene derogabile (v. nota 45).

Deve ovviamente trattarsi di un'attività transfrontaliera, non essendo suscettibili nella disposizione *de qua* le attività svolte esclusivamente sul territorio nazionale (senza valicare i confini).

L'art. 57 da un lato definisce i "servizi" rilevanti ai fini dell'applicazione di detto regime: cioè prestazioni fornite dietro retribuzione ("comprende dal punto di vista sostanziale ogni attività economicamente rilevante che si concreti in un *facere* e non comporti uno scambio di beni", così R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, in *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, a cura di G. STROZZI, Torino, 2015, 242) e dall'altro, senza pretesa di completezza, esemplifica alcune attività (art. 57, pf. 2); per la restante disciplina l'art. 62 TFUE rinvia alle norme sul diritto di stabilimento (artt. 51-54, TFUE, riguardo le eccezioni, v. nota 45). La Corte ha applicato la LPS anche ad attività sportive (12 dicembre 1974, Walrave, C- 36/74); diffusione di programmi televisivi (4 ottobre 2011, C- 403/08 e 429/08), attività di carattere turistico, cure mediche, etc. (per un approfondimento v. R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, cit., 235).

La dottrina identifica almeno quattro situazioni in cui il soggetto può operare in LPS: i) il prestatore di servizi si sposta in un paese diverso da quello in cui è stabilito per esercitare la propria prestazione; ii) è il destinatario del servizio a spostarsi in un altro Stato membro per fruire del servizio stesso; iii) non si spostano né il prestatore del servizio né il destinatario dello stesso, ma è il servizio ad essere esercitato in un altro Stato (consulenze per corrispondenza, trasmissioni televisive); iv) sia il prestatore che il fruitore si spostano in un altro Stato membro per poter effettuare la prestazione del servizio (es. gruppi di turisti accompagnati da una guida; cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale*, cit., 499).

Sulla distinzione tra LS e LPS si discute nel testo e in questa sede si rammenta solo che la differenza tra le due risiede nel carattere temporaneo o occasionale della prestazione (nel senso che tali requisiti non sono richiesti come regola

Lo stesso Trattato CEE (art. 60, comma 3) precisa che “senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l’esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini”. Sulla base di tale norma la Commissione nel 1969 elabora un primo progetto di direttiva, fondato sull’applicabilità della normativa del Paese dell’assicurato alle operazioni compiute in libera prestazione.⁶⁸ Successivamente, muta approccio, elaborando un nuovo progetto che, oltre a prevedere una liberalizzazione progressiva (prima dei rischi industriali e commerciali e trasporti e aviazione, poi dei rischi ordinari e obbligatori), giunge ad un esito opposto: per l’applicazione della normativa si fa riferimento non alla residenza dell’assicurato né al luogo di ubicazione del rischio, bensì la prestazione del servizio assicurativo si considera resa presso la sede dell’assicuratore.⁶⁹

A causa dei numerosi dubbi espressi, anche tale progetto è accantonato e nel 1974 ne viene presentato un terzo, che opera una liberalizzazione congiunta di tutti i rami danni, mantenendo, però, vincoli più stringenti (rispetto delle norme imperative dei singoli Stati) solo per i rischi ordinari. Tuttavia, anche l’approccio del nuovo progetto è

generale, ma solo nel caso in cui il prestatore si sposti e svolga l’attività sul territorio dello Stato in cui è stabilito il destinatario, v. R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, cit., 247; sembra, invece, giungere alla più corretta conclusione per cui tali requisiti sono richiesti per l’esercizio della LPS a prescindere dalle modalità con cui il prestatore opera R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale*, cit., 498: la LPS “può assumere varie forme; sempre però è ad essa sotteso da un lato un attraversamento fisico o anche solo ideale delle frontiere tra gli Stati membri, dall’altro il carattere temporaneo ed occasionale dello stesso”; v. anche L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012, 161ss.).

⁶⁸ A. ZIMOLO, *L’armonizzazione*, cit., 354.

⁶⁹ A. ZIMOLO, *L’armonizzazione*, cit., 354.

censurabile: l'assenza di una coordinazione tra le normative dei vari paesi potrebbe, in realtà, provocare distorsioni alla concorrenza.

Infatti, proprio le profonde differenze tra le legislazioni dei vari Stati membri sollevano le perplessità degli operatori del settore: un mercato realmente integrato potrà realizzarsi solo emanando direttive di coordinamento. La necessità di adottare direttive in questo settore nasce dall'esigenza di chiarezza, poiché le legislazioni degli Stati membri sono spesso complicate e rendono difficile la conclusione di affari, in un settore in cui si compra "certezza e sicurezza".⁷⁰

Solo se le regole del gioco sono uguali per tutti, si concretizzano parità di condizioni; in caso contrario in competizione non saranno le imprese, ma le leggi nazionali, a scapito della concorrenza per sé e degli stessi consumatori, poiché rischiano di essere espulse dal mercato non le imprese inefficienti o anticoncorrenziali, bensì quelle che risulteranno penalizzate dalla legge del proprio Stato, lasciando campo libero alle altre che potranno imporre prezzi e condizioni contrattuali.⁷¹

Insomma, l'applicazione diretta dell'art. 60 TCEE, affermata dalla Corte di Giustizia, porterebbe in ogni caso alla violazione di norme del Trattato: l'assenza di direttive di coordinamento mette a rischio il rispetto dei principi concorrenziali.⁷² È vero che se per poter operare

⁷⁰ O. BUS HENRIKSEN, *La libertà di prestazione nell'attività assicurativa*, in *Atti del Convegno AIDA*, 1984, 74.

⁷¹ F. PADOA, *Gli aspetti operativi per gli assicuratori italiani*, in *Atti del Convegno AIDA*, cit., 134. Preoccupazioni in tal senso sono espresse anche da P. ROUSSELLE, *Riflessioni sull'applicazione della libertà di prestazione dei servizi all'attività assicurativa nel mercato comune e sull'orientamento degli assicuratori comunitari*, in *Atti del Convegno AIDA*, cit., 100. L'A. teme che senza coordinazione si determinino "gravi inconvenienti a danno degli assicurati, dei destinatari delle prestazioni assicurative e delle stesse imprese di assicurazione".

⁷² F. PADOA, *Gli aspetti operativi*, cit., 136.

in libera prestazione si aspettasse la completa armonizzazione delle legislazioni, allora tale libertà rimarrebbe solo sulla carta;⁷³ tuttavia, non si dimentichi che l'art. 57 TCEE richiede un certo grado di coordinamento per l'istituzione della libertà di stabilimento e a maggior ragione tale previsione dovrebbe valere per la prestazione dei servizi, poiché il mercato assicurativo presenta delle peculiarità tali da non poter essere ignorate.

Infatti, se la libertà di stabilimento si basa sulla sussistenza di parità di condizioni a livello nazionale nell'ambito dei singoli Paesi della Comunità, la libera prestazione sposta il campo di operatività dall'ambito nazionale a quello europeo.⁷⁴

È per questo che la vera spinta nella direzione della creazione del mercato unico è impressa dalle direttive di seconda generazione, che cominciano a proporre una disciplina uniforme anche per l'esercizio della libera prestazione.

La portata della libera prestazione di servizi, dunque, è decisamente innovativa e ciò spiega anche la resistenza manifesta da molti Stati membri al riconoscimento di tale libertà.

Prima delle direttive di seconda generazione l'armonizzazione del settore assicurativo si è mossa, come detto, sul terreno della libertà di stabilimento, riconoscendo, cioè, a un'impresa di assicurazione la facoltà di esercitare la propria attività al di fuori del Paese della sede sociale purché nel Paese destinatario dell'attività venga collocato uno stabilimento.

⁷³ O. BUS HENRIKSEN, *La libertà di prestazione*, cit., 78

⁷⁴ A. M. PANDARESE, *La normativa comunitaria in materia di prestazione dei servizi assicurativi: le implicazioni per lo sviluppo di un mercato assicurativo europeo*, in *Il settore assicurativo: struttura, concorrenza e performance*, a cura di G. FORESTIERI, Milano, 1991, 171

Al contrario, la libera prestazione di servizi consiste nel diritto per il prestatore stabilito in uno Stato membro di esercitare la sua attività in un altro Stato comunitario, pur non incardinando una struttura stabile e alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini. L'impresa, cioè, assicura un rischio situato in uno Stato membro, pur mantenendo uno stabilimento in un altro Stato membro, ampliando, così, il mercato degli affari ben al di là dei confini di uno o pochi Stati per operare sull'intero mercato europeo.⁷⁵

Stando così le cose, ben si comprende il necessario intervento di armonizzazione del legislatore europeo: finché le imprese operano all'interno di uno stesso Stato è necessario garantire la concorrenza su un determinato territorio, scongiurando ogni forma di discriminazione, poiché la disciplina è uniforme per tutti gli operatori e la concorrenza si esercita sulla base dei servizi e prodotti offerti.

Quando, invece, le imprese agiscono sull'intero mercato comunitario, mantenere livelli concorrenziali è molto più complicato a causa delle frastagliate discipline nazionali in materia assicurativa. Il rischio, dunque, è che la concorrenza avvenga non tra gli operatori, ma tra le normative nazionali, proprio perché gli operatori, agendo su mercati diversi, sono più avvantaggiati se stabiliscono imprese in Paesi con minori controlli o con normative meno restrittive.⁷⁶

Appare chiaro, allora, che la realizzazione di un mercato assicurativo in cui gli operatori possano operare in libera prestazione di servizi non può che avvenire attraverso l'adozione di direttive di coordinamento della normativa

⁷⁵ A. M. PANDARESE, *La normativa comunitaria in materia di prestazione dei servizi*, cit., 170.

⁷⁶ A. M. PANDARESE, *La normativa comunitaria in materia di prestazione dei servizi*, cit., 171.

in materia sui temi cruciali: dal ruolo delle autorità di vigilanza, alle condizioni di accesso e alle condizioni di esercizio.

Infatti, la creazione del mercato interno si differenzia dall'attuazione di una zona di libero scambio proprio per il necessario coordinamento delle legislazioni nazionali.⁷⁷

Tale situazione di disomogeneità nella disciplina dell'accesso all'attività assicurativa è in parte corretta dalle direttive di seconda generazione n. 88/357/CEE e n. 90/619/CEE, che regolano la libertà di prestazione dei servizi. In particolare, la direttiva 88/357/CEE ha abilitato tutte le imprese assicurative, che operano nel ramo non vita, stabilite in uno Stato membro a prestare liberamente servizi transfrontalieri (*cross-border services*).

L'ambito di applicazione della libera prestazione di servizi è definito dalla stessa direttiva: *“il presente titolo si applica quando un'impresa copre, a partire da uno stabilimento situato in uno Stato membro, un rischio situato, ai sensi dell'articolo 2, lettera d), in un altro Stato membro, che costituisce lo Stato membro della prestazione di servizi ai sensi del presente titolo”*.⁷⁸

L'obiettivo di tali direttive è duplice: da un lato esse introducono disposizioni specifiche sull'accesso, sull'esercizio e sul controllo dell'attività assicurativa svolta in libera prestazione di servizi, affinché possano operare in uno Stato membro anche imprese assicurative stabilite in altri Stati comunitari; dall'altro consentono ai contraenti di concludere contratti non solo con assicuratori nazionali, ma anche con imprese comunitarie, aventi sede legali e stabilite in altri Stati membri.

⁷⁷ A. ZIMOLO, *Problemi di armonizzazione legislativa e di controllo nel quadro del mercato unico europeo*, in *Ass.*, 1990, I, 2-3, 403.

⁷⁸ Art. 12, Dir. n. 88/357/CEE.

Sebbene la Corte di Giustizia nelle già menzionate sentenze Van Binsbergen e Reyners abbia stabilito l'effetto diretto degli artt. 52 e 59, TCEE, nelle successive pronunce⁷⁹ ammette anche che, vista la particolare natura del mercato assicurativo, un certo grado di armonizzazione è condizione indispensabile nell'esercizio della libera prestazione di servizi per far fronte a esigenze di interesse pubblico, quali la protezione del consumatore e dei terzi danneggiati,⁸⁰ anche se non in tutti i settori l'esigenza di protezione si manifesta allo stesso modo e richiede la stessa intensità.⁸¹

Accogliendo il ragionamento prospettato dalla Corte,⁸² le direttive in esame dividono, infatti, i rischi dei rami non vita in "grandi rischi" e "altri rischi" (i c.d. rischi di massa, individuati secondo un criterio residuale: sono tali tutti i rischi non rientranti nella categoria grandi rischi), mentre i contratti dei rami vita sono suddivisi in contratti conclusi per iniziativa dell'impresa e contratti conclusi per iniziativa del contraente.⁸³

Grazie al coordinamento realizzato dalla normativa comunitaria, gli interessi dell'assicurato dovrebbero

⁷⁹ Corte di Giustizia CE 4 dicembre 1986, cause n. 220/83; n. 252/83; n. 205/84 e n. 206/84.

⁸⁰ A. OTTOW, *An international insurance market before the turn of the century?*, in *CML Rev.*, 1992, 513.

⁸¹ A. OTTOW, *An international insurance market*, cit., 514. Cfr. C- 205/84, pf. 49.

⁸² Nella sent. 205/84 la Corte di Giustizia ha aperto di fatto la strada alla distinzione tra grandi rischi e rischi di massa (punto 49: "a quanto precede si desume che il requisito dell'autorizzazione può essere mantenuto in vigore soltanto in quanto sia giustificato dalle ragioni di tutela del contraente dell'assicurazione e dell'assicurato fatte valere dal governo tedesco. Si deve anche ammettere che tali ragioni non hanno la stessa importanza per tutti i rami assicurativi e che possono esistere casi in cui, dato il carattere del rischio assicurato e del contraente dell'assicurazione, non vi è alcuna necessità di tutelare quest'ultimo mediante l'applicazione delle norme imperative del suo ordinamento nazionale").

⁸³ Questa disciplina è stata superata dalla terza generazione di direttive. G. VOLPE PUTZOLU, *L'evoluzione della legislazione in materia di assicurazioni*, cit., 13.

essere sufficientemente tutelati anche dalle norme del Paese in cui il servizio è prestato.

Eppure, la direttiva del 1988 avalla una disciplina della libertà di servizi assicurativi a due velocità: le assicurazioni dei grandi rischi sono sottoposti al principio dell'*home country control*, mentre le assicurazioni dei rischi di massa restano legate al principio dell'*host country control*.

Date le condizioni di (scarsa) armonizzazione delle discipline nazionali all'epoca dell'adozione della direttiva non poteva essere altrimenti.

L'applicazione del principio dell'*home country control*, infatti, non solleva rilevanti problemi in caso di grandi rischi, poiché il contraente dispone per la natura o per le dimensioni dell'attività di un grado di professionalità ed avvedutezza tale da far presumere che la sua posizione contrattuale sia equiparabile a quella dell'assicuratore.⁸⁴

Maggiori dubbi circa un'effettiva tutela, invece, potrebbero scaturire di fronte ai c.d. rischi di massa.

In questo caso una reale tutela dell'assicurato non è in discussione solo ove effettivamente il coordinamento legislativo fosse compiuto in ogni aspetto, poiché in tal caso la forza contrattuale dell'assicurato sarebbe garantita contro gli abusi dell'assicuratore da una normativa che predispone tutele paragonabili a quelle apprestate dall'ordinamento nazionale. Per tale motivo, la direttiva ha preferito applicare ai rischi di massa il principio dell'*home country control* solo parzialmente, lasciando che lo Stato membro in cui il servizio è offerto (*host country*) mantenga un potere sulle imprese di assicurazione.

84 R. CAPOTOSTI, *La realizzazione effettiva della libertà di servizi della libertà di servizi nelle assicurazioni contro i danni*, in *Ass.*, 1988, II, 101.

Pertanto, per le assicurazioni grandi rischi vige il principio dell'*home country control*, mentre nei confronti dei rischi di massa, il cui coordinamento tra le legislazioni è solo parziale non avendo investito tutti gli aspetti della disciplina assicurativa, gli Stati dispongono una discrezionalità maggiore nella disciplina dei contratti conclusi in libera prestazione imponendo tutele maggiori per gli assicurati. Questo significa che la stessa categoria di operazioni assicurative potrebbe essere regolata, all'interno del mercato comune, in maniera differente a seconda delle scelte effettuate da ciascuno Stato.⁸⁵

Inoltre, per i rischi di massa l'impresa deve richiedere l'autorizzazione del Paese in cui è localizzato il rischio e si applica il diritto del Paese ospite, in modo da garantire al consumatore un livello di protezione più elevato.

L'art. 15, Dir. n. 88/57, infatti, prevede che lo Stato membro nel cui territorio un'impresa intende effettuare prestazioni di servizi può far dipendere l'accesso a tale attività da una autorizzazione amministrativa.

A tal fine lo Stato membro può esigere che l'impresa: a) presenti un certificato, rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro della sede sociale, attestante che essa dispone per l'insieme delle sue attività del minimo del margine di solvibilità previsto dalla normativa comunitaria e che l'autorizzazione consente all'impresa di svolgere le sue attività al di fuori dello Stato membro di stabilimento; b) presenti un certificato, rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro di stabilimento, indicante i rami che l'impresa in questione è abilitata a praticare e attestante che tali autorità non formulano obiezioni a che l'impresa eserciti un'attività in prestazione di servizi; c) presenti un programma di attività contenente le indicazioni concernenti la natura dei

⁸⁵ R. CAPOTOSTI, *La realizzazione effettiva*, cit., 102.

rischi che l'impresa si propone di garantire nello Stato membro della prestazione dei servizi; le condizioni generali e speciali delle polizze di assicurazione che essa si propone di utilizzare; le tariffe che l'impresa intende applicare per ciascuna categoria di operazioni; i moduli e gli altri stampati che si propone di utilizzare nelle relazioni con i contraenti assicurati, qualora siano richiesti anche alle imprese stabilite.

Nel caso, invece, dei grandi rischi (art. 16, dir. n. 88/357) lo Stato destinatario non potrà sottoporre l'accesso all'esercizio della libera prestazione al rilascio di un'autorizzazione, ma potrà richiedere a) un certificato, rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro della sede sociale, attestante che essa dispone per l'insieme delle sue attività del margine di solvibilità minimo richiesto e che l'autorizzazione consente all'impresa di lavorare al di fuori dello Stato membro di stabilimento; b) presenti un certificato rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro di stabilimento, indicante i rami che l'impresa è abilitata a praticare e attestante che dette autorità non sollevano obiezioni a che tale impresa eserciti un'attività in prestazione di servizi; c) indichi la natura dei rischi che essa si propone di garantire nello Stato membro della prestazione di servizi.⁸⁶

Dalla disciplina richiamata si ricava che il sistema non è ancora del tutto armonizzato: solo per i grandi rischi il controllo spetta allo Stato della sede centrale, mentre per i rischi di massa è possibile che intervenga ancora il Paese

⁸⁶ Vale la pena precisare che tale regime si applica anche ai rischi di massa quando lo Stato di prestazione non si avvale del regime dell'autorizzazione.

ospitante, se lo ritiene opportuno, a tutela di interessi generali (come ad esempio la tutela dell'assicurato).⁸⁷

Parallelamente, la direttiva 90/619/CEE stabilisce le condizioni alle quali si può operare in libera prestazione di servizi nel ramo vita.

In questo ramo è necessario distinguere il caso in cui l'assicurato agisca di propria iniziativa (sottoscrizione passiva) e contatti la compagnia di un altro Stato membro⁸⁸ dal caso inverso, in cui, cioè, è l'impresa a prendere l'iniziativa (sottoscrizione attiva): nel primo caso, il controllo spetterà alle autorità del Paese d'origine, cioè il Paese di stabilimento dell'assicuratore; nell'altro, invece, sempre in un'ottica di tutela del consumatore, si applicheranno le norme dello Stato dell'impegno.

La logica della disciplina è facilmente intuibile: nel primo caso si presuppone che se l'assicurato contatta la compagnia sia un contraente avveduto e accorto che consapevolmente si sottrae alla tutela del proprio Paese di residenza.⁸⁹

In tutti gli altri casi, invece, la direttiva prevede una maggiore tutela del *consumatore*: è per questo motivo che

87 F. PERRAZZELLI, *La libera prestazione dei servizi assicurativi: la seconda direttiva di coordinamento*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1989, 1-2, 151.

88 Ai sensi dell'art. 13, dir. 90/619, l'iniziativa si considera presa dal contraente quando, da un lato, il contratto è sottoscritto dalle due parti nello Stato membro in cui l'impresa è stabilita o da ciascuna delle parti rispettivamente nel suo Stato di stabilimento o di residenza abituale e, d'altro lato, il contraente non è stato contattato nel suo Stato di residenza abituale dall'impresa né tramite un intermediario di assicurazione o una persona incaricata da quest'ultima né mediante una promozione commerciale che gli sia stata inviata personalmente; oppure quando il contraente si rivolge ad un intermediario, stabilito nello Stato membro in cui il contraente ha la sua residenza abituale e che esercita l'attività professionale per procurarsi informazioni su contratti di assicurazione offerti da imprese stabilite negli Stati membri diversi da quello in cui il contraente ha la sua residenza abituale o al fine di concludere un impegno per suo tramite presso una di tali imprese.

89 P. PIVA, *Assicurazioni*, cit., 599 ss.

si applicheranno le norme dello Stato membro dell'impegno, che ha facoltà di subordinare l'accesso all'attività ad un'autorizzazione amministrativa condizionata al rispetto di determinati requisiti (cfr. art. 12, dir. n. 90/619 CEE: riserve tecniche, dichiarazione sulla natura degli impegni che l'impresa intende assumere nello Stato membro della prestazione di servizi; sulle condizioni generali e speciali delle polizze di assicurazione, ecc.).

Insomma la necessità di (cercare di) garantire l'equilibrio contrattuale tra i soggetti giustifica il sistema a due velocità.⁹⁰

Ma, nonostante siano passati decenni dalla fine del periodo transitorio non si può ancora affermare che anche in ambito assicurativo sia stato attuato un mercato unico.

4. Le direttive di c.d. terza generazione: la licenza unica e il principio dell'*home country control*

La libera prestazione, poggiando sul presupposto per cui l'assicuratore e l'assicurato siano collocati in differenti Stati dell'Unione, non tutela solo il diritto dell'imprenditore ad allargare il mercato in cui allocare i servizi, ma anche il diritto del consumatore alla possibilità di scegliere tra diversi offerenti e tra differenti prodotti.

E questo è il mercato assicurativo che a partire dalle terze direttive il legislatore europeo si è sforzato di concretizzare: solo consentendo alle imprese assicurative, previa autorizzazione, di offrire i propri prodotti sull'intero mercato unico (*i.e.* in tutti i Paesi membri) si aumenta la concorrenza e l'efficienza del mercato stesso.

90 R. CAPOTOSTI, *La realizzazione effettiva della libertà di servizi nelle assicurazioni contro i danni*, in *Ass.*, 1988, II, 100.

Le terze direttive apportano, dunque, una significativa novità al binomio stabilimento-libera prestazioni di servizi: mentre il sistema predisposto dalla prima generazione si fonda sulla stretta corrispondenza tra autorizzazione ed esercizio dell'assicurazione sul territorio nazionale, per cui il controllo sull'attività svolta nella sede secondaria spetta al Paese di stabilimento e nella seconda generazione ancora permane la facoltà per gli Stati di subordinare l'accesso al mercato in regime di libera prestazione di servizi al rilascio dell'autorizzazione a seconda dei rischi o del soggetto che intraprende l'iniziativa contrattuale, la terza generazione trasforma il sistema.⁹¹

Queste ultime direttive, infatti, limitano fortemente la discrezionalità delle autorità nazionali sia nel momento preliminare dell'imposizione delle condizioni di accesso sia nel momento successivo del controllo sull'operato.

Ma procediamo con ordine.

Le direttive di terza generazione n. 92/49/CEE⁹² e n. 92/96/CEE compiono un passo avanti nella creazione di un mercato unico assicurativo sotto il duplice profilo della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi *“allo scopo di facilitare alle imprese di assicurazione che hanno la propria sede sociale nella Comunità la copertura dei rischi situati all'interno della Comunità”* (cons. 1, direttiva 92/49/CEE).

⁹¹ Da notare anche la differenza che intercorre tra libera prestazione di servizi e la libera circolazione delle persone. Mentre in quest'ultimo caso le norme si focalizzano sui soggetti che ne beneficiano, quelle inerenti alla libera prestazione di servizi non si rivolgono a coloro che li forniscono o li ricevono, ma sono incentrate sul contenuto dell'attività economica di cui tendono a garantire la circolazione. S. TORTINI, *I labili confini fra la libera prestazione di servizi ed altri principi comunitari*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, 2, 150.

⁹² Per gli aspetti non trattati nel testo, si rinvia al commento di V. FLORIDI, *Terza direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992 sulle assicurazioni contro i danni (n. 92/49/CEE)*, in *Dir. eco. ass.*, 1992, 2-3, 591.

In particolare, l'istituto fondamentale introdotto da tale assetto normativo, la c.d. licenza unica, prevede il rilascio di un'autorizzazione da parte delle autorità del Paese in cui l'impresa ha la sede sociale (Stato membro d'origine), affinché l'impresa sia abilitata ad esercitare l'attività in regime di stabilimento e libera prestazione di servizi sull'intero territorio comunitario.⁹³

Inoltre, il sistema è completato dal principio dell'*home country control*: infatti, la vigilanza finanziaria su un'impresa di assicurazione, compresa quella sulle attività da questa esercitate tramite succursali e in regime di prestazione di servizi, rientra nella competenza esclusiva dello Stato membro d'origine.

È bene richiamare l'attenzione sul requisito dell'*unicità* della licenza: da un lato il nuovo regime consente all'impresa di operare su tutto il territorio della Comunità grazie al rilascio di un solo provvedimento concesso sulla base dei presupposti richiesti dalla normativa del Paese d'origine; dall'altro la licenza abilita l'impresa ad operare in regime sia di stabilimento che di libera prestazione di servizi, senza l'obbligo di presentare alcuna richiesta di autorizzazione alle autorità dello Stato in cui l'impresa colloca la sede secondaria o opera la prestazione.⁹⁴

Si badi che non si tratta del riconoscimento di un provvedimento amministrativo, ma del reciproco riconoscimento del controllo che è alla base del rilascio dell'autorizzazione: il controllo delle specifiche condizioni di accesso è effettuato dalle autorità preposte del Paese d'origine e solo da queste. Il provvedimento

93 G. VOLPE PUTZOLU, *L'evoluzione della legislazione in materia di assicurazioni*, cit., 14. Parla di "une sorte de "passeport européen" de l'assurance avec le régime de la "licence unique", predisposta dalle direttive di terza generazione Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, Dalloz, 1998, 68.

94 V. AFFERINI, *I servizi assicurativi*, cit., 51.

rilasciato - l'autorizzazione - è riconosciuto dalle autorità degli altri Stati membri.

Dunque, sia in regime di libertà di stabilimento che di libera prestazione di servizi è il Paese d'origine competente a verificare i requisiti di accesso al mercato.

L'apertura del mercato è ancora più evidente, poi, se si considera che lo stabilimento e la prestazione di servizi possono essere esercitate cumulativamente: è venuto meno, infatti, l'obbligo di operare in libera prestazione in uno Stato in cui l'impresa ha la sede secondaria solo in quei rami per i quali non è stata autorizzata ad operare in regime di stabilimento.⁹⁵

È vero che una volta ottenuta l'autorizzazione dallo Stato d'origine dell'impresa, questa non opera immediatamente e direttamente negli altri Stati, ma ciò non toglie importanza alla innovazione di fondo introdotta con l'istituto della licenza unica: l'impresa non ha bisogno di ulteriori autorizzazioni rilasciate dagli altri Stati membri per poter operare sul territorio.

La licenza unica e il principio del reciproco riconoscimento dell'autorizzazione sono, dunque, il rovescio della stessa medaglia: le terze direttive impongono il riconoscimento reciproco delle autorizzazioni tra i Paesi membri e la licenza unica non è altro che l'attuazione di tale principio nei singoli ordinamenti. Infatti, l'autorizzazione è unica perché

95 Rimane, invece, operativo il principio di specializzazione, cioè l'impossibilità di operare nel ramo vita e nel ramo danni indistintamente: tutte le direttive comunitarie che si sono stratificate nel tempo, infatti, hanno ribadito il divieto del cumulo (pur rimanendo legittimate le imprese che erano già autorizzate), anche se le terze direttive hanno introdotto il c.d. piccolo cumulo, cioè le imprese che esercitano le assicurazioni sulla vita possono essere autorizzate anche nei rami infortuni e malattia; e allo stesso modo se coprono solo i rami infortuni e malattia possono essere autorizzate ad operare anche nel ramo vita. E. BUTTIGLIERI, *I decreti legislativi per l'esercizio dell'attività assicurativa. Il principio dell'«autorizzazione unica»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1995, 866.

riconosciuta dall'autorità di controllo dei Paesi membri e allo stesso tempo, proprio in virtù di tale riconoscimento, è unica perché rilasciata all'impresa dalle autorità del Paese d'origine.⁹⁶

In altri termini, gli Stati membri si impegnano a riconoscere validità e rilevanza giuridica all'autorizzazione rilasciata da un altro Stato membro e ai controlli dell'Autorità di settore di altri Stati (principio del mutuo riconoscimento).⁹⁷

La *ratio* della normativa, d'altronde, è evidente: ogni impresa deve poter operare sull'intero mercato interno secondo il regime giuridico del proprio Paese di origine, evitando gli eventuali ostacoli frapposti dalle singole legislazioni statali (*i.e.* del Paese ospitante).

In questo modo si dovrebbe evitare che le residue differenze esistenti tra gli ordinamenti costituiscano un ostacolo all'esercizio effettivo delle libertà in commento.

Il principio del mutuo riconoscimento mira, dunque, a potenziare la concorrenza non più solo tra gli operatori, ma anche tra le discipline nazionali: in questo modo gli Stati con una tradizione di "stretto controllo" dovrebbero modificare la disciplina, diventando più competitivi ed evitando, così, di penalizzare le imprese nazionali.⁹⁸

Il principio del mutuo riconoscimento e dell'*home country control* inevitabilmente porta le legislazioni dei singoli Stati a confrontarsi e da tale confronto dovrebbero scaturire processi di armonizzazione spontanea, onde evitare effetti distorsivi. Tuttavia, nel breve periodo la

96 E. BUTTIGLIERI, *I decreti legislativi per l'esercizio dell'attività assicurativa. Il principio dell'«autorizzazione unica»*, cit., 875 ss.

97 V. AFFERINI, *I servizi assicurativi*, cit., 49.

98 F. LOHEAC, *Le marché unique de l'assurance: opportunités, limites et perspectives*, in *Revue du marché commun européenne*, n. 382, novembre 1994, 594.

permanenza di disparità tra i regimi nazionali sarà inevitabile.⁹⁹

Ecco, dunque, il punto cruciale: per predisporre il regime della licenza unica e del mutuo riconoscimento, le terze direttive hanno dovuto dettare almeno un'armonizzazione minima delle regole prudenziali¹⁰⁰ e la realizzazione del mercato unico, di cui i principi del mutuo riconoscimento del controllo del Paese d'origine sono gli strumenti fondamentali, si è accontentata di un minimo di coordinamento dei vari sistemi giuridici, sufficiente ad ottenere il reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di controllo prudenziale, affinché, rilasciata la licenza unica, le imprese possano operare su tutto il territorio dell'Unione.

Infatti, l'armonizzazione coinvolge i punti chiave della disciplina dettata per l'esercizio dell'attività assicurativa, come ad esempio, i requisiti necessari per ottenere l'autorizzazione amministrativa; le garanzie da apprestare per la solvibilità dell'impresa; il sistema sanzionatorio in cui incorrono gli operatori in caso di violazione della normativa.

È lasciato, in altre parole, agli Stati membri il compito di verificare che ogni impresa da essi autorizzata sia in grado di adempiere alle proprie obbligazioni.

5. Conclusioni. Tanto tuonò che non piovve: l'effettiva apertura del mercato assicurativo.

Da quanto fin qui esposto emerge chiaramente che il legislatore europeo ha tentato di realizzare l'obiettivo di creazione di un mercato effettivamente unico e

⁹⁹ L. DESIDERIO, *Temi e problemi di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2010, 33.

¹⁰⁰ F. LOHEAC, *Le marché unique de l'assurance: opportunités, limites et perspectives*, cit., 594.

concorrenziale anche nel settore assicurativo da un lato permettendo ai cittadini di avere accesso ai prodotti assicurativi distribuiti da operatori non solo nazionali, ma “comunitari”; dall’altro garantendo che ogni impresa di assicurazione autorizzata in uno Stato membro possa esercitare la propria attività su tutto il territorio europeo in regime di stabilimento o di libera prestazioni di servizi.¹⁰¹

In pratica, però, non mancano zone d’ombra.

Infatti, alla difficoltà di conciliare le disomogeneità dei singoli ordinamenti degli Stati membri, si aggiungono i differenti obiettivi che le discipline dei singoli Stati mirano a raggiungere:¹⁰² se su uno stesso mercato esistessero imprese sottoposte a ordinamenti che perseguono differenti fini, si avrebbero anche differenze nella tutela dei contraenti deboli e nella concorrenza tra imprese.¹⁰³

Le prime direttive avevano cercato di superare tali difficoltà prefigurando una disciplina particolarmente armonizzata; poiché, però, la strada del coordinamento si è rivelata impercorribile, le terze direttive hanno optato per un diverso approccio, facendo ricorso al principio del mutuo riconoscimento.¹⁰⁴

Tuttavia, tale principio non è da solo sufficiente a garantire la concreta ed effettiva realizzazione del mercato unico, dovendosi affiancare un’attività che in qualche modo armonizzi le discipline nazionali, onde

101 C. LUCIANETTI, *Attività assicurativa e rendiconti nella nuova realtà europea*, Torino, 2009, 17.

102 AFFERINI V., *I servizi assicurativi*, cit., 47.

103 R. CAPOTOSTI, *Mercato unico delle assicurazioni contro i danni: terza ed ultima fase*, in *Ass.*, 1990, II, 98.

104 Il mutuo riconoscimento si completa di due istituti: l’autorizzazione unica del Paese di origine, che regola la fase dell’accesso al mercato, e l’*home country control*, che, invece, concerne la vigilanza. F. BRAVO, *La distribuzione tramite internet*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. ALPA, Torino, 2006, 473.

evitare che la normativa dei singoli Stati ostacoli l'esercizio effettivo della libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

Inoltre, il rischio in cui si potrebbe incorrere è quello per cui un'impresa abbia scelto il sistema finanziario di uno Stato membro al fine di sottrarsi ai criteri più rigidi in vigore in un altro Stato membro e tuttavia possa operare *nel secondo in regime di libera prestazione*.

In particolare, proprio la libera prestazione realizza una effettiva intercambiabilità tra i servizi (o prodotti) assicurativi offerti nel mercato comune, indipendentemente dal luogo di stabilimento dell'assicuratore.¹⁰⁵

L'equiparazione tra i servizi offerti, però, non toglie il potere di controllo agli Stati, ma questo viene declinato diversamente.

Il mutuo riconoscimento, infatti, si completa con l'affidamento della vigilanza sulle condizioni di accesso alle autorità del Paese d'origine.¹⁰⁶

Teoricamente, tale quadro normativo dovrebbe garantire la piena accessibilità a tutti gli operatori assicurativi autorizzati in uno Stato membro sia in stabilimento che in libera prestazione di servizi nell'intero mercato unico europeo.¹⁰⁷

Tuttavia, permangono ancora aree lasciate alla discrezionalità dei legislatori nazionali (non ultimi i profili fiscali).

¹⁰⁵ R. CAPOTOSTI, *Le modalità nell'esercizio della libertà di servizi secondo i più recenti orientamenti della Corte di Giustizia Comunitaria*, in *Ass.*, 1976, 2A, 1, 8.

¹⁰⁶ In realtà, nonostante il principio del mutuo riconoscimento e della licenza unica, il controllo in capo alle autorità in cui l'impresa esercita la propria attività non è azzerato. Lo Stato ospite, infatti, mantiene un potere di sorveglianza, purché non lo eserciti per attuare una qualche forma di discriminazione. Cfr. P. PIVA, *Assicurazioni*, cit., 604.

¹⁰⁷ A. MONTI, *Mercato unico europeo e diritto delle assicurazioni: problemi e prospettive*, in *Danno e responsabilità*, 8-9, 2006, 819.

Si consideri, poi, che anche laddove sono state dettate norme di armonizzazione le direttive hanno lasciato ai legislatori nazionali opzioni ed alternative, che in concreto hanno acuitizzato le differenze tra gli ordinamenti.¹⁰⁸

A tale proposito un rilevante ostacolo potrebbe essere la clausola di salvaguardia dell'interesse generale, per cui l'impresa che opera in un altro Stato è tenuta a rispettare le condizioni imposte per l'esercizio dell'attività assicurativa dallo Stato ospitante per ragioni di interesse generale.¹⁰⁹

In questo caso si paventa il rischio che gli Stati e le autorità di controllo siano tentati nella trasposizione della disciplina prevista dalle direttive di costruire o mantenere ostacoli alla realizzazione del mercato unico in nome di non meglio precisate esigenze di "interesse generale",¹¹⁰ imponendo l'applicazione di norme restrittive per l'esercizio delle suddette libertà e derogando di fatto al principio del mutuo riconoscimento.¹¹¹

Il mercato unico può davvero funzionare solo se si raggiunge un grado di omogeneità tra le legislazioni sia per quanto riguarda il contenuto economico e giuridico delle singole prestazioni e sia per quanto riguarda le condizioni obiettive di operatività tale che si arrivi ad una intercambiabilità delle prestazioni stipulate nel mercato

108 MONTI A., *Mercato unico europeo*, cit., 820.

109 Per una disamina approfondita del problema, v. cap. II.

110 F. LOHEAC, *Le marché unique de l'assurance: opportunités, limites et perspectives*, in *Revue du marché commun européenne*, novembre 1994, 382, 596. L'autore suggerisce che la soluzione a tale pericolo sarà fornita direttamente dalle forze del mercato, che condurranno *naturalmente* a un allineamento della disciplina dei singoli Stati.

111 Cfr. considerando n. 20, direttiva 92/49/CEE: "considerando che gli Stati membri devono poter vigilare affinché i prodotti assicurativi e la documentazione contrattuale utilizzata per la copertura dei rischi situati sul loro territorio in regime di libero stabilimento o di libera prestazione di servizi rispettino le disposizioni giuridiche specifiche di interesse generale applicabili [...]". Cfr. V. AFFERINI, *I servizi assicurativi*, cit., 61 ss.

unico: in sostanza le discipline dovrebbero essere effettivamente equivalenti tanto che la nazionalità dell'assicuratore diviene irrilevante.¹¹²

Lungi dal voler suggerire l'adozione di ulteriori direttive, l'unica soluzione auspicabile è una collaborazione tra gli organi preposti alla vigilanza, affinché il loro operato conduca all'armonizzazione "spontanea" degli ordinamenti.¹¹³

112 Giunge a questa conclusione, anche se valorizza la necessità di un coordinamento, R. CAPOTOSTI, *Gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria in tema di libertà di servizi e la loro influenza sulla prestazione assicurativa*, in *Ass.*, 1975, 14.

113 V. in senso analogo E. BOTTIGLIERI, *I decreti legislativi per l'esercizio dell'attività assicurativa. Il principio dell'"autorizzazione unica"*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1995, 875, che mette in guardia dal rischio di violare la parità di trattamento anche agevolando le imprese nazionali nell'estendere la loro attività negli altri Paesi.

CAPITOLO II

LA LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI ASSICURATIVI

1. Premessa

La creazione di un mercato unico in campo assicurativo ha subito una spinta decisa con l'attuazione della libertà di prestazione e soprattutto con le direttive di terza generazioni che, attraverso i principi dell'*'home country control* e del mutuo riconoscimento, hanno cercato di indirizzare gli ordinamenti degli Stati membri verso un'apertura del mercato assicurativo, ammettendo anche le imprese europee a vendere prodotti sul proprio territorio, seguendo la procedura tratteggiata dalle direttive stesse (v. *infra*).

Tuttavia, permangono zone d'ombra create dalla disciplina europea e dall'interpretazione della Corte di Giustizia che non possono essere sottaciute.

In particolare, ai fini della creazione del mercato unico e del suo corretto funzionamento non possono essere tralasciate due questioni: la salvaguardia dell'interesse generale e il confine tra il regime di stabilimento e di libera prestazione.

È fondamentale, innanzitutto, capire quando le società assicurative stiano agendo in regime di stabilimento e quando in libera prestazione, onde evitare effetti distorsivi della concorrenza ed elusioni delle regole poste dai singoli Stati membri, le cui normative pur armonizzate presentano ancora differenze.

La distinzione di fondo si basa sulla *permanenza* dell'impresa: qualora ci sia un esercizio effettivo di un'attività economica per mezzo di un'installazione stabile e di durata indeterminata;¹¹⁴ o in maniera

¹¹⁴ CGCE sent. 25 luglio 1991, C-221/89, Factortame.

continuativa;¹¹⁵ o senza limitazione prevedibile di durata¹¹⁶ dovrebbe applicarsi il regime dello stabilimento.

Se in teoria sembra molto chiara la distinzione tra le due libertà, in pratica sono state evidenziate incertezze applicative.

Tale situazione produce effetti negativi innanzitutto sulle imprese di assicurazione che scontano l'incertezza del diritto sia per quanto riguarda il regime applicabile alla loro attività nei vari Stati membri sia per il rischio di essere soggette a sanzioni da parte delle autorità di vigilanza ovvero a obblighi o condizioni per l'esercizio di tale attività sul territorio dello Stato membro. Infatti, esigenze di certezza del diritto impongono che le imprese, dopo aver pianificato la commercializzazione dei prodotti secondo un determinato modello, possano anche valutare quale sarà il regime giuridico loro applicabile.¹¹⁷

Tale situazione si ripercuote, poi, anche sul corretto funzionamento del mercato unico: qualora un'impresa decida, a causa della situazione di incertezza, di non avvalersi di tali regimi, si verificherebbe un ostacolo alla circolazione dei servizi assicurativi e gli stessi assicurati vedrebbero limitato il loro diritto di accedere a una più vasta gamma di prodotti in modo da scegliere quello più adeguato alle proprie esigenze in termini di copertura e di prezzo.¹¹⁸

Senza considerare le ipotesi di elusione del regime di stabilimento e il conseguente *dumping* normativo (si pensi

115 CGCE sent. 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard.

116 CGCE sent. 5 ottobre 1988, C-196/87, Steymann.

117 D. CERINI, *Note in tema di esercizio dell'attività assicurativa in regime di libertà di prestazione di servizi e in regime di stabilimento*, in *Dir. eco. ass.*, 1999, 157.

118 Comunicazione n. 2000/C/43/00, pubblicata nella GUCE del 16 febbraio 2000, 5. Cfr. sull'esigenza di certezza per gli operatori finanziari, E. LOMNICKA, *The financial services single market and the interface between Community Law and domestic law*, cit., 262.

alle ipotesi in cui l'impresa scelga l'ubicazione della sede legale perché la normativa è meno onerosa e possa così ridurre o eliminare la concorrenza:¹¹⁹ sopravvivranno sul mercato non le imprese più efficienti ma le più furbe).

La seconda parte del presente capitolo è, invece, dedicata all'analisi di un'altra zona grigia: l'invocazione della clausola dell'interesse generale da parte di uno Stato membro per giustificare l'applicazione di norme nazionali che potrebbero provocare una discriminazione tra le imprese nazionali ed europee, mettendo così a rischio il funzionamento del mercato unico.

L'interesse generale costituisce una deroga al sistema del mercato unico, basato sui principi del mutuo riconoscimento e dell'*home country control*. Pertanto, non solo la clausola deve essere interpretata in maniera restrittiva, ma anche omogeneamente.

Infatti, l'ambito di applicazione della clausola dell'interesse generale non è definibile a priori: sia la Corte che la Commissione si limitano a dettare i requisiti che una normativa nazionale deve rispettare per non essere giudicata in contrasto con l'ordinamento europeo. Di conseguenza, in tutti i settori non armonizzati, potenzialmente uno Stato (rispettando le condizioni elaborate dalla giurisprudenza e riprese dalla Commissione) può esercitare il proprio potere e imporre obblighi ulteriori alle imprese europee per perseguire un interesse meritevole di tutela.

È importante evitare, dunque, che si affermino prassi interpretative discordanti e frantumate, che impedirebbero il funzionamento del mercato unico assicurativo.

¹¹⁹ R. A. CAPOTOSTI, *Giurisprudenza comunitaria in tema di regole di concorrenza, discriminazione fiscale e responsabilità degli Stati per violazioni di diritto comunitario*, in *Ass.*, 1996, II, 4-6, 170.

2. La procedura per l'accesso all'attività assicurativa in Italia. Cenni

Il codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209 del 2005) detta la disciplina dell'attività assicurativa applicabile alle imprese operanti in Italia. Le compagnie interessate da tale disciplina sono suddivisibili in quattro categorie: imprese aventi sede legale in Italia, soggette alla completa vigilanza dell'IVASS sia nella fase di autorizzazione che di esercizio; imprese aventi sede in uno Stato membro dell'UE ed operanti in Italia in regime di libertà di stabilimento, cioè quelle imprese che hanno stabilito in Italia sedi secondarie, ma hanno ottenuto l'autorizzazione in altri Stati europei; imprese aventi sede legale in uno Stato membro che operano in Italia in libera prestazione di servizi; imprese aventi sede legale in uno Stato terzo.¹²⁰

Esula dall'oggetto della presente dissertazione l'ultima categoria, poiché l'obiettivo è delineare e affrontare i nodi cruciali della disciplina dettata per un'impresa europea che intenda operare in Italia in libera prestazione di servizi. Infatti, vale la pena ricordare che alle imprese con sede legale in uno Stato terzo non si applica la disciplina dei Trattati europei sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi, pertanto se ne darà brevemente conto al solo di fine di evidenziare le differenze con le imprese europee.

Nemmeno ci si soffermerà in dettaglio sulle problematiche relative alla disciplina dettata per le imprese aventi sede legale in Italia che operano all'estero in regime di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi: anche di tale disciplina se ne darà brevemente conto nelle pagine

120 C. F. GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni. L'impresa – I contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da R. COSTI, Sez. III, vol. 3, Torino, 2013, 21.

che seguono al solo fine di comprendere con maggiore cognizione le problematiche sottese alla regolazione dettata per un'impresa avente sede legale in uno Stato membro che opera in Italia in libera prestazione.

Innanzitutto, l'impresa italiana può esercitare l'attività assicurativa se è autorizzata dall'IVASS (art. 13, c.a.p.):¹²¹ l'istanza va quindi presentata a tale Autorità, «completa dei documenti richiesti» dall'impresa già regolarmente costituita, ma prima dell'istanza di iscrizione al registro delle imprese. L'autorizzazione, valida per il territorio della Repubblica e per quello degli altri Stati membri, nel rispetto delle disposizioni relative alle condizioni di accesso in regime di stabilimento o di prestazione di servizi, può essere rilasciata per uno o più rami vita o danni e copre tutte le attività rientranti nei rami cui si riferisce, a meno che l'impresa non chieda che sia limitata ad una parte soltanto di esse.¹²²

121 Ai sensi dell'art. 167, c.a.p. i contratti stipulati con un'impresa non autorizzata sono nulli anche se tale vizio può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato; mentre lo svolgimento abusivo dell'attività assicurativa è sanzionato ai sensi dell'art. 305, c.a.p.

122 L'art. 13, comma primo, c.a.p. dispone che il provvedimento di autorizzazione è pubblicato sul Bollettino trimestrale dell'IVASS. Successivamente, ai sensi dell'art. 14, comma quarto, c.a.p., l'IVASS – verificata l'iscrizione nel registro delle imprese – iscrive il soggetto autorizzato in un'apposita sezione dell'albo delle imprese autorizzate in Italia e ne dà pronta comunicazione allo stesso, che indicherà negli atti e nella corrispondenza l'iscrizione all'albo. L'autorizzazione all'esercizio dell'impresa assicuratrice rientra, secondo parte della dottrina, nell'ampio *genus* delle autorizzazioni amministrative, cioè quegli atti con i quali la P.A. rimuove un ostacolo all'esercizio, da parte del privato, di un diritto che preesiste all'emanazione dell'atto autorizzativo, ma che fino a quel momento è solo potenziale, e cioè non può essere esercitato (la definizione è di RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, I, 7). Secondo altri, invece, si tratterebbe di una autorizzazione costitutiva, in quanto prima di essa il privato non vanta alcun diritto all'esercizio dell'impresa, a causa del generale divieto di esercizio dell'attività assicurativa di cui all'art. 1883 c.c. M. GNES, *La disciplina delle assicurazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, parte speciale, tomo terzo, Milano, 2003, 2910.

L'art. 14, comma primo e comma terzo del c.a.p. prevede analiticamente i requisiti in presenza dei quali l'IVASS può rilasciare l'autorizzazione. Tra questi merita di essere evidenziata la lett. b), per cui la direzione generale e amministrativa dell'impresa richiedente è stabilita nel territorio della Repubblica.

Tale disposizione non si allinea alla normativa europea,¹²³ poiché la capacità di supervisione delle autorità di vigilanza si indebolisce quando il soggetto vigilato opera in più Paesi e la mancata coincidenza fra sede legale e operativa rende difficoltoso individuare un centro d'imputazione di responsabilità.¹²⁴

Molto si è discusso in merito alla natura della autorizzazione: secondo un orientamento¹²⁵ l'autorizzazione, in presenza dei requisiti richiesti dalla legge, sarebbe un «atto dovuto»; altri autori, invece, criticano l'ampio margine di valutazione lasciato all'IVASS dalla normativa in esame, sottolineando il potere di discrezionalità dell'Authority, bilanciato solo dall'obbligo di motivazione in caso di diniego.¹²⁶

Sebbene l'esercizio del potere dovrebbe essere il più possibile circoscritto alla valutazione di circostanze oggettive, a garanzia del rispetto dei principi di libertà

123 Cfr. Direttiva 95/26/CE, che nasce, come indica il primo considerando, dalla vicenda della Bank of Credit and Commerce International; nonché direttiva 2002/83/CE, il cui art. 3 prescrive agli Stati membri che le imprese di assicurazione (e gli enti creditizi) abbiano l'amministrazione centrale nello stesso Stato membro in cui hanno la sede statutaria.

124 MEZZACAPO, *L'accesso all'attività assicurativa*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, a cura di AMOROSINO - DESIDERIO, Milano, 2006, 126; Cfr. N. GENTILE, *Commento agli artt. 13-15, Il codice delle assicurazioni private*, in F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007, 142 ss.

125 Cfr. A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2002, 37.

126 Cfr. C. MERANI, *Commento agli artt. 13-22*, in *Commentario al Codice delle Assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006, 60. L'A. non scende nel merito della natura di tale potere (qualificabile come potere di accertamento; come vero e proprio potere discrezionale funzionalizzato alla tutela di specifici interessi pubblici; oppure come potere "tecnico").

economica e di libera concorrenza,¹²⁷ la norma sembra quasi imporre all'autorità il perseguimento di un fine teleologico, nel senso che dovrebbe verificare il possesso dei requisiti da parte dell'impresa al fine di garantire la sana e prudente gestione.¹²⁸ La lettera della disposizione, infatti, non afferma che l'autorizzazione è negata se l'impresa non possiede i requisiti prescritti, ma che l'autorizzazione è negata se dai requisiti posseduti non risulta garantita la sana e prudente gestione. Se così fosse, se cioè l'autorità di controllo dovesse valutare il fine per cui i requisiti sono previsti, l'impresa potrebbe essere autorizzata anche quando sia carente di un requisito prescritto, ma dimostrasse in ogni caso di poter garantire la sana e prudente gestione. Tuttavia, non si può fare a meno di notare che la mancanza anche di uno soltanto dei requisiti previsti dalla legge dovrebbe essere sintomatica dell'incapacità di garantire una sana e corretta gestione. Merita precisare che le disposizioni del codice sono implementate dal Reg. n. 10 del 2008 dell'IVASS, tra le cui norme va segnalato l'art. 6, secondo cui l'impresa, in aggiunta ai requisiti minimi di capitale deve disporre di mezzi finanziari adeguati alla copertura delle spese di impianto, relative alla costituzione dei servizi amministrativi e tecnici, centrali e periferici, e per l'organizzazione agenziale e produttiva, come risultanti dal programma di attività. Rispetto alla disciplina previgente, la novità è rappresentata dalla mancata previsione di una misura minima di tale dotazione patrimoniale, rimettendo la valutazione dell'adeguatezza

127 N. GENTILE, *Commento agli artt. 1-15, Il codice delle assicurazioni*, cit., 154 ss.

128 M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, Vol. I, Padova, 2011, 146.

dei mezzi all'Autorità, in funzione della natura e dell'importo delle spese stimate dall'impresa.¹²⁹

L'articolo 7 del Regolamento, inoltre, riguardo il programma di attività triennale che l'impresa deve allegare all'istanza, richiede informazioni di carattere qualitativo sulle procedure di controllo interno e di gestione dei rischi, sulle procedure di selezione e assunzione dei rischi da assicurare e sulle modalità di gestione dei sinistri, unitamente a previsioni quantitative sullo sviluppo degli affari e sull'andamento tecnico ed economico nel primo triennio di attività.¹³⁰

In ogni caso, l'IVASS può negare l'autorizzazione con provvedimento motivato, da comunicarsi entro 90 giorni dalla presentazione della domanda di autorizzazione, completa dei documenti richiesti,¹³¹ quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 dell'art. 14, c.a.p. non risulti garantita la sana e prudente gestione, purché, però, il giudizio non sia stato condotto sulla base della struttura e dell'andamento dei mercati interessati. Questo significa che la lettera dell'art. 14, c.a.p. esclude che l'autorizzazione sia uno strumento di regolazione del mercato.

In realtà, l'autorizzazione assume più le caratteristiche di uno strumento finalizzato al «controllo all'entrata»: l'IVASS svolge, infatti, un controllo preventivo su un determinato soggetto al fine di consentirgli o meno di

¹²⁹ Così *Relazione del 2 gennaio 2008 al Regolamento n. 10 del 2 gennaio 2008* concernente la procedura di accesso all'attività assicurativa e l'albo delle imprese di assicurazione di cui al titolo II del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 – codice delle assicurazioni private, reperibile su <http://www.ivass.it>.

¹³⁰ Così *Relazione al Reg. n. 10 del 2008*, cit., 2.

¹³¹ In mancanza di una specifica previsione normativa, il termine è da considerarsi ordinatorio, anche in considerazione del fatto che sia il c.a.p. che la normativa europea prevedono e presuppongono la necessità dell'assunzione di un provvedimento formale da parte dell'Autorità, per poter esercitare l'attività assicurativa.

operare in uno specifico settore (ciò che, nella teoria della regolazione, viene definita come *prior approval*).¹³²

È bene sottolineare, infatti, che i vantaggi derivanti dall'uso di tale strumento (ad es. prevenzione di un comportamento socialmente indesiderabile; forte controllo pubblico) scontano il rischio di causare effetti distorsivi della concorrenza. Insomma, a causa della sensibilità e del ruolo di primo piano occupato dal settore assicurativo, l'interesse che si persegue è talmente meritevole di tutela da accettare l'uso di uno strumento che potrebbe produrre effetti anticoncorrenziali.¹³³

Se così è, allora, l'autorizzazione diviene uno strumento di controllo pubblico sull'attività di impresa di assicurazione per l'accesso al mercato assicurativo e in realtà svolge un ruolo non di ampliamento della sfera giuridica del destinatario, ma di restrizione all'accesso al mercato.¹³⁴

Posto che non è più espressamente previsto che l'IVASS possa richiedere ulteriori documenti ai fini del rilascio dell'autorizzazione, ma solo integrazioni e/o chiarimenti rispetto ai documenti già presentati per dimostrare il possesso dei requisiti prescritti, è stato desunto il carattere tassativo dell'elenco delle condizioni contenute nel primo comma, con conseguente impossibilità per l'Istituto di ampliare l'ambito dei requisiti necessari al rilascio del titolo autorizzatorio.¹³⁵

132 E. CASSESE, *Le trasformazioni dell'autorizzazione amministrativa: autorizzazioni e concorrenza*, in Ceradi, 2004, 7. In questo modo l'esercizio dell'attività economica è condizionato dall'ottenimento di un'autorizzazione, per la quale occorre essere in possesso di determinati requisiti. Secondo l'A. la regolazione per mezzo di *prior approval* permette di effettuare un vero e proprio "controllo all'entrata", prima, cioè, dello svolgimento dell'attività per cui è richiesta l'autorizzazione.

133 E. CASSESE, *Le trasformazioni*, cit., 8.

134 C. MERANI, *Commento agli artt. 13-22*, cit., 57.

135 C. MERANI, *Commento agli artt. 13-22*, cit., 58 ss.

Visti gli interessi particolarmente sensibili (stabilità del sistema tutela del consumatore, solvibilità dell'impresa) che si intrecciano nel settore assicurativo, il rilascio di un'autorizzazione diventa necessario per raggiungere gli obiettivi di cui all'art. 3, c.a.p. Pertanto, non vi è alcun contrasto con il principio della licenza unica: è la stessa normativa europea a presupporre proprio un'autorizzazione da parte delle autorità del Paese d'origine, circostanza imprescindibile per garantire la stabilità del sistema e la tutela dei consumatori.

Tuttavia, sebbene il rischio di una valutazione discrezionale permanga laddove l'IVASS valuti la «sana e prudente gestione», controbilanciata solo con l'obbligo di fornire una specifica e adeguata motivazione all'eventuale diniego di autorizzazione, accolta la qualifica dell'autorizzazione come strumento di controllo di accesso (e restrizione) al mercato, l'esercizio del potere riconosciuto all'Authority deve essere circoscritto il più possibile a considerazioni oggettive, altrimenti i principi di libertà economica e di libera concorrenza rischiano di essere compressi in maniera arbitraria.¹³⁶

Dunque, l'impresa italiana autorizzata dall'IVASS può operare non solo su tutto il territorio nazionale, ma, grazie alla c.d. licenza unica europea¹³⁷, corollario del principio del mutuo riconoscimento degli atti amministrativi tra gli Stati dell'Unione Europea, anche in regime di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi sull'intero territorio dell'Unione, con l'effetto di sottoporre l'impresa, per tutta la sua attività, alla vigilanza dello Stato della sede legale, secondo il principio dell'*home*

¹³⁶ C. MERANI, *Commento agli artt. 13-22, cit.*, 60.

¹³⁷ Introdotto con le terze direttive (92/96/CEE e 92/49/CEE) e fondato sulle norme sulla libera circolazione delle persone e dei servizi (previste nel Trattato istitutivo della Comunità Europea agli artt. 43-55).

country control, e salva la cooperazione fra le autorità di controllo.

Essendo tali libertà tutelate dalla normativa europea, lo Stato membro non può opporsi, ma può porre delle condizioni all'esercizio dell'attività assicurativa giustificate da motivi di interesse generale.

Poiché anche l'attività svolta all'estero si ripercuote sull'intera attività dell'impresa, si avverte l'esigenza di un controllo preventivo sulla capacità dell'impresa di poter operare su un mercato più vasto, garantendo la propria stabilità economica e finanziaria.

Pertanto, l'impresa italiana che intenda aprire una sede secondaria in uno Stato membro o voglia operare in libera prestazione di servizi deve darne comunicazione all'IVASS,¹³⁸ trasmettendo anche un programma di attività recante, in particolare, l'indicazione dei rischi e delle obbligazioni che essa intende assumere e la struttura organizzativa della sede secondaria (art. 16, c.a.p.).¹³⁹

In questo modo l'Autorità conosce e valuta l'estensione dell'attività all'estero di un'impresa già autorizzata in ambito nazionale.

La preventiva comunicazione all'IVASS non costituisce una mera formalità: qualora, infatti, l'impresa non comunichi l'intenzione di costituire una sede secondaria,

138 La notifica persegue l'obiettivo di reciproca informazione delle Autorità di vigilanza e non è una misura idonea a tutelare i consumatori (cfr. sentenza del 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard, in materia di accesso all'attività professionale d'avvocato).

139 Cfr. art. 17, c.a.p. e art. 22, comma 1, Regolamento Isvap n. 10 del 2008. Il codice utilizza termini diversi, "comunicazione" (art. 16, comma 1) oppure "richiesta" (art. 17). Dal dettato normativo e regolamentare, risulta evidente che non si tratta di una comunicazione di carattere informativo, nel senso letterale del termine, bensì di una comunicazione di richiesta cui nella specie vanno allegati una serie di documenti che sono poi vagliati dall'IVASS ai fini dell'«abilitazione all'esercizio dell'attività al di fuori del territorio della Repubblica Italiana» (cfr. art. 3, lett. b, Regolamento n. 10 del 2008). E. PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, in *Le Assicurazioni*, a cura di M. PROSPERETTI, A. COLAVOLPE, Padova, 2012, 70.

l'impresa incorrerà nella sanzione di cui all'art. 309, c.a.p.¹⁴⁰

Infatti, come ha precisato la Commissione il fine della notifica non è la tutela dei consumatori, bensì la reciproca informazione delle Autorità di settore; pertanto la mancata comunicazione non comporterebbe la nullità dei contratti, poiché la procedura non si atteggia a presupposto formale rilevante ai fini della validità dell'accordo.¹⁴¹ Tale conclusione è suffragata dall'art. 167, c.a.p. che non sembra includere nelle ipotesi di nullità dei contratti conclusi con imprese non autorizzate anche il caso dell'impresa sì autorizzata ma che non abbia presentato la previa comunicazione ex art. 16, c.a.p.

Nell'ipotesi fisiologica, dopo aver notificato all'IVASS, lo stabilimento in un altro Stato membro è subordinato alla comunicazione all'autorità dello Stato ospitante: cioè l'IVASS, entro sessanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta, trasmette la comunicazione all'autorità di vigilanza dello Stato membro nel quale l'impresa intende stabilirsi, unitamente ad una certificazione attestante che l'impresa possiede, per l'insieme delle sue attività, il margine di solvibilità richiesto.

Trascorso il termine, in caso di silenzio, l'impresa può iniziare ad operare.

L'art. 17, invece, rubricato «Procedura per l'accesso in regime di stabilimento», delinea l'*iter* procedurale della richiesta che l'impresa ha presentato ai sensi dell'articolo 16.

All'impulso di parte in seguito al quale si avvia il procedimento, segue la valutazione dell'IVASS e la conclusione del procedimento stesso con la comunicazione

¹⁴⁰ L'art. 309, c.a.p. punisce con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila ad euro centomila esplicitamente la violazione dell'art. 16.

¹⁴¹ Commissione Com. C/43, pubblicata nella GUCE del 16 febbraio 2000, parte I pf. 7B.

all'Autorità di vigilanza dell'altro Stato membro, in caso positivo, della comunicazione unitamente ad una certificazione attestante che l'impresa possiede per l'insieme delle sue attività il margine di solvibilità richiesto, o con il rigetto della richiesta nelle ipotesi di diniego motivato, qualora l'IVASS abbia motivo di dubitare dell'adeguatezza delle strutture amministrative o della stabilità della situazione finanziaria dell'impresa (art. 17, c.a.p.).¹⁴²

Si consideri comunque che l'impresa non può insediare la sede secondaria e iniziare l'attività se prima non ha ricevuto la comunicazione da parte dell'Autorità di vigilanza dello Stato membro: una volta inoltrata la comunicazione, l'Autorità di controllo dello Stato nel quale l'impresa intende stabilirsi ha l'onere di comunicare formalmente il proprio assenso all'impresa richiedente e qualora non provveda esplicitamente l'istituto del silenzio-assenso scatta dopo il decorso di sessanta giorni dal momento in cui l'Autorità estera ha ricevuto dall'IVASS la comunicazione. Tuttavia, tenuto conto della funzione svolta dalle autorità di vigilanza è da ritenere che le stesse possano, anche trascorso il termine di 60 giorni prescritto dalla norma, indicare le disposizioni a cui l'impresa deve attenersi nell'esercitare la sua attività tramite la sede secondaria.

È evidente che questa fase è caratterizzata da una stretta collaborazione tra l'IVASS e l'impresa, a cui sono

142 A. SERINO, *Commento all'art. 17*, in *Il codice delle assicurazioni*, cit., 175 ss. Va evidenziato che la norma, nel disporre genericamente che l'IVASS respinge la richiesta se dubita dell'adeguatezza delle strutture amministrative o della stabilità della situazione finanziaria dell'impresa, anche tenuto conto del programma di attività presentato, ovvero quando il rappresentante generale non possieda i requisiti di onorabilità e di professionalità, sembra richiedere una valutazione più rigorosa rispetto al giudizio richiesto dall'art. 14, comma 2, c.a.p. A. SERINO, *Commento all'art. 17*, cit., 177.

trasmesse tutte le comunicazioni emesse dalla corrispondente Authority estera anche relativamente alle disposizioni di interesse generale che la sede secondaria deve rispettare per poter operare all'estero.

Specularmente, l'impresa che intende effettuare per la prima volta attività in regime di prestazione di servizi in un altro Stato membro, ne dà preventiva comunicazione all'IVASS, trasmettendo un programma nel quale sono indicati gli stabilimenti dai quali l'impresa si propone di svolgere l'attività, gli Stati membri nei quali intende operare, la natura dei rischi e delle obbligazioni che intende assumere e le altre informazioni indicate dall'IVASS (art. 18, c.a.p.).

L'IVASS, entro trenta giorni dalla data di ricevimento della comunicazione trasmette all'autorità di vigilanza dello Stato membro, nel quale l'impresa si propone di operare in regime di libertà di prestazione di servizi, le necessarie informazioni e contestualmente ne dà notizia all'impresa interessata.

L'IVASS può respingere la richiesta, con provvedimento motivato, qualora abbia motivo di dubitare dell'adeguatezza delle strutture amministrative o della stabilità della situazione finanziaria dell'impresa, anche tenuto conto del programma di attività presentato (art. 19, c.a.p.).

A tale proposito merita una riflessione il sistema di esercizio in libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi delineato in sede europea e trasposto a livello nazionale: la decisione dell'IVASS di trasmettere o meno all'autorità di controllo del paese straniero la «comunicazione» ricevuta dall'impresa italiana si atteggia in realtà come una vera e propria autorizzazione. Infatti, non solo il provvedimento non ha natura vincolata,

subordinato com'è all'accertamento della tutt'altro che incontrovertibile nozione di stabilità finanziaria; ma è anche previsto un obbligo di motivazione in caso di rifiuto di inoltro della richiesta all'autorità straniera. Dunque, il ruolo dell'Autorità è nient'affatto *passivo*, al contrario, essa esercita una vera e propria funzione di controllo, finalizzata all'emissione di un provvedimento che ha natura sostanziale di autorizzazione.¹⁴³

Infatti, a completare la disciplina è la previsione per cui l'IVASS mantiene un controllo sulle imprese italiane che operano in libera prestazione o si stabiliscono all'estero anche durante l'esercizio della loro attività (e non solo in questa fase iniziale).¹⁴⁴

Inoltre, l'art. 192 precisa inequivocabilmente come le imprese di assicurazione con sede legale in Italia siano soggette alla vigilanza dell'IVASS sia per l'attività esercitata nel territorio della Repubblica sia per quella svolta nel territorio degli altri Stati membri in regime di stabilimento e di libertà di prestazione di servizi.¹⁴⁵

¹⁴³ M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., 161.

¹⁴⁴ Cfr. art. 17, comma 5: "L'impresa, qualora intenda modificare il contenuto della comunicazione effettuata ai sensi dell'articolo 16, deve informarne l'IVASS e l'autorità di vigilanza dello Stato membro ospitante almeno trenta giorni prima di mettere in atto quanto comunicato. L'IVASS, entro sessanta giorni dalla data di ricevimento delle informazioni, ne valuta la rilevanza in relazione alla permanenza delle condizioni che hanno giustificato l'invio della comunicazione di cui al comma 3 e, se del caso, provvede ad informare l'autorità competente dello Stato membro interessato. L'IVASS trasmette prontamente all'impresa ogni eventuale comunicazione che pervenga dall'autorità di vigilanza dello Stato membro della sede secondaria entro il medesimo termine".

¹⁴⁵ Inoltre, secondo l'art. 192, l'IVASS adotta le misure idonee a porre fine alle irregolarità commesse in altri Stati membri dalle imprese di assicurazione con sede legale in Italia o alle attività svolte in tali Stati che possano compromettere la stabilità finanziaria delle stesse ed esercita le funzioni di vigilanza prudenziale affinché le imprese di assicurazione che svolgono attività in regime di stabilimento o di prestazione di servizi rispettino le condizioni di esercizio stabilite dal codice delle assicurazioni e dalla normativa attuativa. Per un maggiore approfondimento sulle funzioni di vigilanza tra Autorità, v. cap. III.

Tuttavia, il ruolo dell'Autorità del paese ospitante non è totalmente eclissato: infatti, questa deve controllare che la prestazione di servizi non si trasformi in un insediamento di fatto e, venendo meno il carattere della temporaneità, dovrebbe essere soggetta alle disposizioni sul diritto di stabilimento.¹⁴⁶

Dunque, poiché, come detto, la via della completa armonizzazione è stata abbandonata dalle terze direttive per accelerare il processo di creazione del mercato unico, che, date le obiettive differenze tra le normative statali, rischiava di rimanere fortemente compromesso in ambito assicurativo, le perduranti diversità tra le disposizioni statali possono essere superate solo attraverso una fattiva collaborazione fra le Autorità degli Stati membri.

In particolare, la cooperazione è un segmento essenziale della vigilanza soprattutto nei casi di esercizio dell'attività assicurativa in libera prestazione, che si presta più agevolmente a elusioni della normativa.

Merita sottolineare la portata innovativa che le disposizioni *de quibus* comportano. Con la nascita dello Stato moderno si è affermato come principio generale quello della territorialità del diritto; eppure la disciplina prevista per l'accesso in regime di stabilimento e libera prestazione ne costituisce una deroga.

Se è vero, infatti, che si può esercitare l'attività assicurativa in libera prestazione anche sulla base del silenzio assenso dell'autorità di vigilanza dell'altro stato membro, allora vuol dire che *di fatto* la norma nazionale produrrà effetti in tale ordinamento.¹⁴⁷

146 A. SERINO, *Commento agli artt. 18-20, in Il codice delle assicurazioni private*, cit., 191.

147 M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., 159.

2.1 Le imprese estero-vestite.

L'art. 21, c.a.p. concerne l'attività svolta da sedi secondarie situate in altri Stati membri da parte di imprese aventi la sede legale nel territorio della Repubblica.

In questo modo le imprese possono operare in libera prestazione di servizi, imputandone l'esercizio alla sede secondaria che opera in regime di stabilimento in un altro Stato membro.

È bene chiarire che l'unica autorità di vigilanza, in ossequio al c.d. principio dell'*home country control*, è quella italiana: la possibilità di operare ex art. 21, c.a.p., infatti, è consentita solo previa notifica all'autorità di vigilanza italiana.

Tuttavia, non bisogna sottovalutare i vantaggi fiscali derivanti da tale forma di operatività: i premi, infatti, rimangono imputabili alla redditività della rappresentanza dell'impresa stabilita nell'altro Stato membro e, di conseguenza, sconteranno la relativa tassazione prevista non dallo Stato di origine, ma da quello di stabilimento, poiché riferibili alla sola sede secondaria.¹⁴⁸

Di conseguenza se la legge dello Stato di stabilimento è più favorevole rispetto a quella italiana, l'impresa potrebbe contare su vantaggi anche competitivi, potendo determinare in ragione di sensibili risparmi fiscali¹⁴⁹ condizioni distributive e strutturali dei propri prodotti migliorative rispetto alle stesse tipologie diffuse direttamente in Italia (fenomeno della esterovestizione").¹⁵⁰

¹⁴⁸ Cfr. A. SERINO, A. LONGO, *Commento all'art. 21*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007, 193

¹⁴⁹ E. PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, cit., 78.

¹⁵⁰ Non è a rischio, invece, la tutela dei contraenti, poiché rimane applicabile l'intera disciplina italiana. S. TAURINI, *L'impresa assicurativa*, in *Le assicurazioni private*, a cura di M. HAZAN, S. TAURINI, Padova, 2015, 119.

Tutto ciò, però, con possibili distorsioni della concorrenza. Anzi, in alcuni casi la mancata armonizzazione non è frutto casuale di differenti sistemi tributari, ma una scelta consapevole di alcuni Paesi membri che perseguono politiche fiscali particolarmente agevolative al fine di attrarre capitali stranieri.¹⁵¹

Dal punto di vista di tutela degli assicurati, invece, la estero-vestizione non pone grossi dilemmi: rimane applicabile la disciplina italiana, risultando i contratti conclusi comunque relativi al portafoglio italiano.¹⁵²

Si noti bene che l'art. 21, c.a.p. nel procedimento di accesso al mercato italiano coinvolge l'IVASS a cui è attribuito ogni controllo di vigilanza prudenziale né può essere diversamente poiché l'impresa comunica l'intenzione di operare in stabilimento in un Paese membro all'IVASS, che ne valuta le condizioni di accesso; di conseguenza non può che essere l'Autorità italiana, in virtù del principio dell'*home country control*, a vigilare sull'impresa estero-vestita (con sede legale italiana) per quanto riguarda l'esercizio di attività (dalla sede dello stabilimento europeo, ma) in libera prestazione (in Italia).¹⁵³

Pertanto, dal momento in cui l'IVASS comunica di aver ricevuto la comunicazione l'impresa può iniziare l'attività (art. 21, comma 2).¹⁵⁴

151 A. SERINO, A. LONGO, *Commento all'art. 21*, cit., 193 ss. Gli Autori evidenziano come tali problematiche possano essere composte soprattutto in sede europea, laddove la Commissione decida di intervenire o meno per evitare le possibili distorsioni della concorrenza.

152 A. SERINO, A. LONGO, *Commento all'art 21*, cit., 194.

153 A. SERINO, A. LONGO, *Commento all'art. 21*, cit., 195; E. PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, cit., 78.

154 Conseguente a tale regime è la previsione dell'art. 309, c.a.p. che prevede una sanzione amministrativa in caso di omessa comunicazione. La sanzione si applica direttamente all'impresa in Italia sia perché l'Autorità straniera non è coinvolta nel procedimento sia perché la competenza a vigilare sull'attività dell'impresa italiana su tutto il territorio europeo è affidata all'autorità di

3. La normativa applicabile alle imprese europee che operano in regime di libertà di stabilimento in Italia.

L'attivazione del procedimento

Grazie al principio dell'*home country control*, le imprese di assicurazione con sede legale in uno Stato membro¹⁵⁵ possono operare in Italia in regime di stabilimento e libera prestazione di servizi, senza necessità di richiedere ed ottenere un'autorizzazione dall'IVASS, rimanendo sotto il controllo dell'autorità di vigilanza del proprio Stato. Destinatari delle norme in esame sono imprese già autorizzate ad operare nel settore assicurativo che, pur conservando il proprio centro strategico e decisionale nello Stato di origine, hanno interesse ad ampliare la propria attività in Italia.

Il procedimento consta di tre fasi: l'autorità dello Stato d'origine, dopo aver ricevuto da parte dell'impresa assicurativa la comunicazione dell'intenzione di aprire una succursale in Italia,¹⁵⁶ verifica e valuta la completezza

vigilanza italiana. Per un maggiore approfondimento sulla tematica v. A. SERINO, A. LONGO, *Commento all'art. 21*, cit., 196.

155 Per Stato d'origine si intende lo Stato in cui le imprese di assicurazione hanno la sede legale. Cfr. la definizione di cui all'articolo 1, comma primo, lett. e) della direttiva 2002/83/CE: «Stato membro d'origine: lo Stato membro in cui è situata la sede sociale dell'impresa di assicurazione che assume l'impegno». La direttiva definisce *impegno* l'obbligo che deriva da una delle forme di assicurazione regolate dalle direttive comunitarie.

156 L'elenco delle informazioni contenute nella comunicazione dovrebbe intendersi uniforme a livello comunitario. Cfr. art. 40, comma secondo della direttiva 2002/83/CE [vita], art. 35 della direttiva 92/49/CEE [danni]. L'impresa di assicurazione che intenda stabilire una succursale in un altro Stato membro deve allegare alla propria richiesta ad es.: (a) l'indicazione dello Stato membro nel cui territorio l'impresa intende stabilire una succursale; (b) un programma di attività nel quale siano indicati il tipo di operazioni che si intendono effettuare e la struttura organizzativa della succursale; (c) l'indirizzo nello Stato membro della succursale ove possono essere richiesti e rilasciati i documenti; (d) il nominativo del mandatario generale della succursale, dotato di poteri sufficienti a impegnare l'impresa nei confronti dei terzi e a rappresentarla dinanzi alle autorità e agli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui opera la succursale. F. BASSAN, *Commento agli artt. 23 e 24*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007, 205. Tali requisiti sono in linea con quanto stabilito nel *General Protocol relating to the*

delle informazioni rese e l'adeguatezza della struttura legale-organizzativa. Solo dopo aver espletato tali verifiche comunica all'IVASS le informazioni previste dall'ordinamento comunitario: infatti, l'autorità di settore dello Stato membro d'origine deve inviare all'IVASS un certificato che attesti il possesso del margine di solvibilità richiesto e un programma di attività (o una dichiarazione) che specifichi i rischi e le obbligazioni che l'impresa intende assumere.¹⁵⁷

Tuttavia, il procedimento non è ancora esaurito: nei trenta giorni successivi al ricevimento dell'informativa, l'IVASS può comunicare all'autorità nazionale dello Stato d'origine «*la normativa, giustificata da motivi d'interesse generale, che l'impresa deve osservare nell'esercizio dell'attività*» (art. 23, c.a.p.) ovvero le condizioni alle quali le attività di assicurazione devono essere esercitate in Italia dalle succursali di imprese aventi la sede principale in un altro Stato membro.¹⁵⁸

collaboration of the insurance supervisory authorities of the Member States of the European Union, Part III, Cross-border activities, par. 1.1, reperibile su www.eiopa.europa.eu/publications/protocols. Inoltre, l'IVASS aveva predisposto delle linee guida, non più disponibili sul sito, in cui chiariva la lista delle informazioni elencate dalla direttiva. Infine, merita richiamare l'*Insurance core principles, standards, guidance and assessment methodology* (ICP), pubblicato il 1 ottobre 2011 dall'IAIS (disponibile sul sito www.iaisweb.org), che indica i principi guida applicabili all'attività di vigilanza del settore assicurativo. Cfr. E. PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa*, cit., 93.

157 S. CHINI, *L'impresa di assicurazione*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. ALPA, Torino, 2006, 84. Invero, una differenza tra le due discipline, quella delle imprese aventi sede legale in Italia (Capo II) e quella qui in commento, esiste: mentre nella prima sono espressi in dettaglio gli elementi che devono accompagnare le comunicazioni da trasmettersi all'IVASS (v. artt. 16 e 18), nella seconda si fa generico riferimento alle «informazioni» e agli «adempimenti» previsti dalle norme comunitarie.

158 Da notare in precedenza la legge prescriveva che l'Istituto indicasse le «condizioni» da rispettare; oggi, invece, il riferimento alla «normativa» è sì un riferimento più ampio, ma ancorato ad una fonte ben precisa e non lasciato, dunque, alla determinazione dell'Istituto di vigilanza. C. MERANI, *Commento agli artt. 23-27*, in *Commentario*, cit., 68 ss. Gli specifici problemi connessi alla definizione dell'interesse generale in via unilaterale ad opera degli Stati membri e quindi potenzialmente discriminatoria saranno trattati *infra*.

In particolare, qualora l'impresa europea intenda operare in regime di stabilimento, potrà iniziare l'attività non appena l'IVASS manifesti il proprio assenso o, in ogni caso, dopo 30 giorni che l'Autorità nazionale ha ricevuto la documentazione prevista in materia.¹⁵⁹

Oltre all'informativa fornita dall'autorità dello Stato d'origine all'IVASS e alla normativa connessa ai motivi di interesse generale, l'art. 23, c.a.p. subordina lo stabilimento in Italia dell'impresa mediante l'apertura di una succursale o di una sede secondaria.

Pur essendo possibile, almeno in linea di principio, infatti, operare in regime di stabilimento senza l'apertura di una sede secondaria (il dettato dell'art. 23 non prevede la necessaria istituzione di una succursale come condizione per operare in regime di stabilimento), nella prassi si ritiene che al fine di poter operare nel territorio italiano, l'impresa con sede legale in uno Stato membro dovrà procedere alla costituzione di una sede secondaria ex art. 2508, c.c. e alla nomina di un rappresentante generale.¹⁶⁰

Se è vero, come è vero, che la procedura di accesso per le attività assicurative in regime di stabilimento in Italia estende di fatto l'efficacia dell'autorizzazione rilasciata

159 La mancata comunicazione entro il termine di trenta giorni, secondo una dottrina, integra non l'istituto del silenzio assenso, ma ha effetto di silenzio facoltativo, poiché l'intero procedimento si svolge sotto l'iniziativa e il controllo dell'autorità dello Stato d'origine, diretto ad ampliare gli effetti dell'autorizzazione unica. La mancata comunicazione ad opera dell'IVASS della normativa italiana di interesse generale determina dunque la consumazione del relativo potere, e consente all'impresa di «*insediare la sede secondaria e dare inizio all'attività*». F. BASSAN, *Commento agli artt. 23 e 24*, cit., 209.

Riguardo ai termini che l'IVASS deve rispettare, è bene rilevare come la disciplina italiana preveda un termine più breve rispetto a quello concesso dalla normativa comunitaria. Infatti, l'art. 146, par. 3, comma 1, della Dir. 2009/138/CE prevede che: «le autorità di vigilanza dello Stato membro ospitante dispongono, ove applicabile, di un periodo di due mesi a decorrere dalla data di ricevimento delle informazioni». S. TAURINI, *L'impresa assicurativa*, cit., 121.

160 E. PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa*, cit. 94 ss.

nello Stato d'origine, allora il procedimento che si svolge presso l'IVASS non ha natura autorizzatoria:¹⁶¹ la comunicazione dell'IVASS all'autorità dello Stato d'origine sulle condizioni di interesse generale che devono essere rispettate per l'esercizio dell'attività assicurativa "è qualificabile come un provvedimento vincolato di carattere generale (il provvedimento in questione ha per oggetto la posizione dell'impresa istante, ma non è ad essa indirizzato) di mero accertamento della completezza delle informazioni ricevute".¹⁶²

Tuttavia, per il corretto funzionamento del meccanismo delineato dalle direttive in materia e sviluppato al fine di creare un mercato unico delle assicurazioni nella UE, è necessaria, oltre all'applicazione di una procedura simile in tutti gli Stati membri, una stretta collaborazione tra le autorità nazionali, in modo da ridurre i fattori di incertezza, anche regolamentare, ai quali è esposta un'impresa europea che intende operare in Italia.

Infatti, all'IVASS spetta bilanciare la rigidità del regime dell'autorizzazione unica con l'ordinamento giuridico italiano, garantendo a tal fine l'applicazione, se del caso, delle norme di interesse generale alle quali l'impresa comunitaria deve adeguarsi (cfr. art. 23, comma terzo e art. 27, c.a.p.).

In tale prospettiva l'IVASS deve cooperare e coordinarsi con le autorità nazionali degli altri Stati membri per

161 Le c.d. terze direttive hanno stabilito che «l'accesso all'attività di assicurazione diretta è subordinato alla concessione di un'autorizzazione amministrativa preliminare» [articolo 4 della direttiva 92/49/CEE e articolo 4 della direttiva 2002/83/CE] e che «l'autorizzazione è valida per l'intera Comunità. Essa permette all'impresa di esercitarvi attività in regime di stabilimento o in regime di libera prestazione di servizi» [articolo 5 della direttiva 92/49/CEE, e articolo 5 della direttiva 2002/83/CE]. F. BASSAN, *Commento agli artt. 23 e 24, cit.*, 206 ss.

162 F. BASSAN, *op. ult. cit.*, 207 ss.

realizzare un efficace controllo sul mercato interno delle assicurazioni.¹⁶³

E solo sul piano della cooperazione può essere risolto l'eventuale contrasto tra Authorities in caso di valutazione difforme sulla completezza delle informazioni fornite o sul difetto dei requisiti prescritti per lo svolgimento dell'attività assicurativa nel mercato interno, sintomatico di una scarsa affidabilità dell'impresa.

Per questo in caso di insuccesso dell'attività di cooperazione, potrebbe trovare applicazione l'art. 19, Reg. n. 1094 del 2010, affinché l'EIOPA intervenga a risolvere una controversia tra autorità transfrontaliere competenti.¹⁶⁴

3.1 L'esercizio della libertà di stabilimento attraverso una succursale.

Garantita dalle norme sulla libertà di stabilimento è anche l'apertura di una succursale, sottoposta al controllo dell'autorità dello Stato membro d'origine.

La definizione di succursale, specificata a livello comunitario rinviando sostanzialmente all'art. 3, dir. 90/619/CEE,¹⁶⁵ consiste in qualsiasi presenza permanente di un'impresa nel territorio di uno Stato membro. Pertanto, ogni impresa di assicurazione che intenda stabilire una succursale nel territorio di un altro Stato membro ne dà notifica all'autorità competente dello Stato membro di origine, fornendo informazioni sul programma

¹⁶³ F. BASSAN, *op. ult. cit.*, 205.

¹⁶⁴ Prima dell'istituzione di tale autorità si riteneva che la strada da percorrere fosse la sollecitazione di un intervento da parte del Governo italiano o della Commissione europea per avviare la procedura di infrazione ex art. 258 e art. 259, TFUE allo scopo di accertare la violazione della normativa comunitaria in materia di stabilimento nel mercato assicurativo, v. F. BASSAN, *op. ult. cit.* 208. Rimane fermo che lo stesso art. 19, pf. 4 del Reg. n. 1094 del 2010 fa salva l'applicazione dell'art. 258. Sulla cooperazione tra Autorità e in particolare sul ruolo dell'EIOPA v. cap. III.

¹⁶⁵ Cfr. art. 1, lett. b), dir. 92/96.

di attività nel quale siano in particolare indicati il tipo di operazioni che si intendono effettuare e la struttura organizzativa della succursale e sull'indirizzo nello Stato membro della succursale ove possono esserle richiesti e rilasciati i documenti, fermo restando che detto indirizzo è lo stesso al quale sono inviate tutte le comunicazioni destinate al mandatario generale, il quale deve essere dotato di poteri sufficienti ad impegnare l'impresa nei confronti dei terzi e a rappresentarla dinanzi alle autorità ed agli organi giurisdizionali dello Stato membro della succursale.¹⁶⁶

Le direttive prescrivono all'impresa solo di fornire informazioni sulla struttura organizzativa che intendono adottare, ma non impongono un minimo di organizzazione, tanto che tutte le comunicazioni sono indirizzate al mandatario generale.

La sede secondaria è una struttura organizzativa interna dell'impresa caratterizzata da una rappresentanza stabile.¹⁶⁷ In questa ipotesi per l'applicazione della normativa sulla libertà di stabilimento, è necessaria l'esistenza di un nucleo imprenditoriale collegato con la sede principale, pur mantenendo autonomia organizzativa. Inoltre, deve essere gestita da un soggetto abilitato ad agire in nome e per conto della società con carattere di continuità¹⁶⁸ e deve svolgere un'attività economica compresa nell'oggetto sociale.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Cfr. art. 32 Direttiva 92/96/CEE del Consiglio del 10 novembre 1992.

¹⁶⁷ S. CHINI, *L'impresa*, cit., 44.

¹⁶⁸ Non può qualificarsi come sede secondaria, e non necessita quindi della omologazione, l'apertura in Italia di un ufficio di rappresentanza con il compito di raccogliere e fornire informazioni per conto della società costituita all'estero; dovendosi qualificare come sede secondaria con rappresentanza stabile l'esistenza in Italia di un'azienda o stabilimento o comunque di un nucleo imprenditoriale organicamente collegato con la sede principale all'estero, che sia dotato di una certa autonomia amministrativa e la cui gestione sia affidata ad un soggetto abilitato ad agire in nome e per conto della società estera con

Nel campo assicurativo sono, ad esempio, considerate sedi secondarie le agenzie c.d. ad economia, alle quali sono preposti institori legati da rapporto di lavoro subordinato e che sono in effetti filiali e sedi secondarie dell'impresa assicuratrice, a meno che esse non svolgano semplicemente funzioni promozionali e l'agente non abbia il potere di concludere contratti.¹⁷⁰

Dunque, come il diritto di stabilimento è riconosciuto alla succursale in presenza di un mandatario generale, così si applicherà anche alla sede secondaria caratterizzata da una rappresentanza stabile.¹⁷¹

Accanto agli elementi di rapporto duraturo e di permanenza, secondo la giurisprudenza della Corte

carattere di continuità. Trib. Roma sentenza del 24 novembre 1987, in *Società*, 1988, 395.

L'istitutore, quale ausiliare dell'imprenditore, ha, nell'ambito dell'impresa, poteri di autonomia e di iniziativa analoghi a quelli dell'imprenditore, in una cerchia di attività costituente, economicamente, una unità organica (impresa, sede secondaria, o ramo particolare dell'impresa) con riferimento alla quale i poteri predetti sono determinati, ciò nel senso che il fatto stesso della preposizione attribuisce, salva espressa limitazione, il potere di gestione e di rappresentanza per tutti gli atti che si riferiscono all'impresa o alla sede secondaria o al ramo particolare, senza bisogno di uno specifico atto di conferimento. Cass. civ. 4 febbraio 1969, n. 341, in *Mass. Giur. It.*, 1960.

169 Permangono dubbi su cosa si intende per attività compresa nell'oggetto sociale: da una parte si sostiene che vada interpretata tenendo presente l'intero ciclo produttivo (così LEVI, *Sede secondaria*, in *Digesto, sez. comm.*, vol. XIII, Torino, 294); dall'altra si osserva che il concetto di sede non implica una rilevanza dell'attività esercitata, ma della collocazione (così MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica*, Napoli, 1985, 162).

170 Cass. civ. Sez. lavoro, 6 giugno 1987, n. 4975, in *Mass. Giur. It.*, 1987.

171 S. CHINI, *L'impresa*, cit., 46. I poteri di rappresentanza dell'istitutore devono sempre essere espressione di una inequivoca volontà dell'imprenditore di delegare al preposto poteri di gestione in tutto coincidenti con i propri; questa volontà, che è presente in via assoluta nell'ipotesi di preposizione o alla direzione ed esercizio di un dell'impresa, nel caso di preposizione si misura sui poteri di gestione in concreto attribuiti, nel senso che rispetto a questi ultimi il potere di rappresentanza assume un ruolo strumentale o servente, e si estende perciò naturalmente, ossia senza necessità di un apposito incarico e secondo i criteri della generalità e normalità, soltanto agli atti che lo svolgimento del rapporto di gestione esige (nella specie, è stata esclusa la sussistenza del potere di transigere e/o di concedere speciali riduzioni sul prezzo in capo al soggetto preposto al dipartimento di una società). Cass. civ. 19 febbraio 1993, n. 2020, in *Foro It.*, 1994, I, 159.

caratterizza il regime di stabilimento anche la sussistenza del potere di direzione da parte dell'impresa: il concetto di succursale, di agenzia o di qualsiasi altra filiale implica un'estensione della casa madre provvisto di direzione e materialmente attrezzato in modo da potere trattare affari con i terzi, di guisa che questi, pur sapendo che un eventuale rapporto giuridico si stabilirà con la casa madre, sono dispensati dal rivolgersi direttamente a questa, e possono concludere affari nel centro operativo che ne costituisce l'estensione.¹⁷²

4. La normativa applicabile alle imprese europee che operano in regime di libera prestazione di servizi.

Grazie all'adozione delle direttive comunitarie di terza generazione la possibilità di concludere affari oltre i confini nazionali si è notevolmente ampliata attraverso l'esercizio dell'attività assicurativa in libera prestazione di servizi.

All'interno del Titolo II sull'accesso all'attività assicurativa, infatti, l'art. 24, c.a.p. disciplina le condizioni di accesso in libera prestazione di servizi in Italia per le imprese con sede legale in uno Stato membro, cioè quelle imprese già operanti nello Stato membro di origine, dove conservano il centro principale dei propri affari.

L'*iter* si fonda, ancor più che l'espletamento in libero stabilimento, sul principio dell'*home country control*, spettando, anche in questo caso, all'Autorità dello Stato membro d'origine di valutare la richiesta dell'impresa assicuratrice.

In particolare, l'abilitazione all'accesso in libera prestazione di servizi all'attività dei rami vita o dei rami

¹⁷² A. SERINO, *Commento all'art. 17*, in *Il codice delle assicurazioni*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007, 165.

danni in Italia, da parte di una impresa avente la sede legale in un altro Stato membro e già stata autorizzata ad operare nel medesimo, è subordinato alla comunicazione all'IVASS, da parte dell'autorità di vigilanza di tale Stato, delle informazioni e degli adempimenti previsti dalle disposizioni dell'ordinamento comunitario.

Tale impresa, dunque, può iniziare l'attività dal momento in cui l'IVASS attesti di aver ricevuto la comunicazione dell'autorità di vigilanza dello Stato di origine e ogni modifica alla comunicazione per l'accesso in regime di libertà di prestazione di servizi deve essere comunicata all'Istituto tramite l'autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine.

Si fa presente che la guida *Accesso all'attività assicurativa nel territorio della Repubblica Italiana, Impresa con sede legale in un altro Stato dell'Unione Europea o dello Spazio Economico Europeo - Attività in regime di libertà di prestazione di servizi*, precisa le informazioni da dichiarare quali, ad esempio:

- a) l'indicazione della denominazione sociale dell'impresa e l'indirizzo della sua sede legale o, nel caso in cui l'impresa intenda operare da una sede secondaria situata in un altro Stato membro, indirizzo di tale sede e nominativo del rappresentante generale;
- b) il certificato indicante i rami che l'impresa è autorizzata ad esercitare nello Stato di origine e attestante che l'impresa possiede, per l'insieme delle sue attività, il margine di solvibilità minimo previsto dalle direttive 2002/83/CEE (assicurazione sulla vita) o 73/239/CEE (assicurazione contro i danni) e successive modifiche ed integrazioni;
- c) la dichiarazione indicante la natura dei rischi e delle obbligazioni che l'impresa intende assumere in Italia (è richiesta la gestione distinta in caso di esercizio

congiunto dei rami danni e vita, ove l'impresa sia così autorizzata nello Stato di origine).¹⁷³

Come risulta palese il procedimento non si discosta particolarmente dagli adempimenti necessari per svolgere l'attività in libero stabilimento, a parte la precisazione che i poteri di controllo preventivo dell'IVASS in questo caso appaiono meno incisivi. L'art. 24, infatti, non contempla una disposizione che riconosca all'Istituto il potere di indicare all'impresa la normativa da osservare sulla base di motivi di interesse generale.

In particolare, tale regime si giustifica con il carattere temporaneo della prestazione, ferma restando, qualora l'IVASS ritenga che le informazioni ricevute siano inattendibili o che l'autorizzazione non sia conforme ai requisiti comunitari, la possibilità di avviare un confronto con l'omologo straniero ovvero sollecitare l'intervento delle Autorità europee (cfr. art. 19, Reg. n. 1094 del 2010 e artt. 258 ss., TFUE).¹⁷⁴

¹⁷³ Come un'attenta dottrina ha sottolineato, la guida, precedente l'emanazione del c.a.p., non pare possa considerarsi più in vigore; tuttavia è utile poiché rispecchia una prassi consolidata nei rapporti tra l'IVASS e le autorità degli Stati membri. Le informazioni indicate nella predetta guida peraltro sono ancora confermate, nella sostanza, dal c.d. Protocollo di Siena (*General Protocol relating to the collaboration of the insurance supervisory authorities of the Member States of the European Union*, Part III, Cross-border activities, par. 1.1, cit.). E. Così PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa*, cit., 96 ss.

¹⁷⁴ In base al principio di reciprocità l'autorità dello Stato ospitante conserva un generale potere di controllo di tipo cooperativo, fermi restando i poteri di accertamento e sanzionatori in capo all'autorità dello Stato d'origine; né ciò pregiudica il potere sanzionatorio residuale ex art. 193 c.a.p. attribuiti in caso di inadempimento della normativa italiana. F. BASSAN, *Commento agli artt. 23 e 24*, in *Il Codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, vol. I, Padova, 2007, 209.

4.1 Il labile confine tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento

Se in teoria sembra molto chiara la distinzione tra i due regimi, in pratica sono state evidenziate incertezze sull'interpretazione delle norme del Trattato e delle disposizioni delle direttive sulle assicurazioni in tema di libera prestazione dei servizi.

Esigenze di certezza nell'applicazione del diritto e di garanzia di tutela di un mercato concorrenziale impongono chiarezza.

È vero – del resto lo ammette la stessa Commissione – che le norme prudenziali e di vigilanza cui è soggetta un'impresa di assicurazione sono in buona parte armonizzate, indipendentemente dal regime in cui sono esercitate le attività (stabilimento o libera prestazione di servizi).

Tuttavia, la questione ha «un'indubbia valenza fiscale» poiché - in ragione del tipo di regime con cui viene esercitata l'attività in uno Stato membro – l'impresa potrebbe essere sottoposta a differenti trattamenti in materia tributaria.¹⁷⁵

Prima di dipanare la matassa circa la linea di demarcazione tra le due libertà in commento, è utile richiamare le disposizioni del Trattato CEE (già riprese dal TCE e oggi trasfuse nel TFUE) che per primo ha disciplinato tali istituti.

¹⁷⁵ E. PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, cit., 64. In particolare, l'A. riflette sulla circostanza che l'impresa che opera in libera prestazione di servizi nello Stato ospite, ove l'autorità fiscale di questo ritenesse, per le modalità con cui è esercitata, l'esistenza sul proprio territorio di una stabile organizzazione dell'impresa estera, con l'effetto di ritenere imponibili i relativi proventi, l'impresa in LPS sconterebbe una doppia imposizione sia nello Stato ospite sia in quello di origine; v. anche E. PUCCI., *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, in *Banche, assicurazioni e gestori del risparmio*, a cura di M. PROSPERETTI, A. COLAVOLPE, Padova, 2009, 627; v. art. 162 TUIR (Testo Unico delle Imposte sui Redditi (d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917)).

Secondo i Trattati la libertà di stabilimento consente l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese ospitante nei confronti dei propri cittadini (art. 49 TFUE, ex art. 43 TCE); mentre la libera prestazione di servizi sussisterebbe, per costante orientamento giurisprudenziale, sia quando il prestatore si sposta nello Stato membro della prestazione (articolo 57, TFUE, già art. 50, terzo comma, TCE)¹⁷⁶ sia quando è il destinatario della prestazione a muoversi nello Stato membro del prestatore sia infine quando non vi è alcuno spostamento dei soggetti contraenti.¹⁷⁷

Dunque, la disciplina sulla libera prestazione si applica in tutti i casi in cui il servizio è offerto sul territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui il prestatore è insediato a prescindere dal luogo in cui sono stabiliti i destinatari di tali servizi.

Sulla base di tali elementi le direttive in materia assicurativa hanno fondato la loro disciplina, individuando il presupposto per l'applicazione del regime di stabilimento nello svolgimento di attività assicurativa da parte di un'impresa insediata mediante uno stabilimento nello stesso Stato dei contraenti, e della libera prestazione di servizi nella diversità dello Stato della prestazione.¹⁷⁸

Inoltre, sempre sulla base dell'art. 57 la libera prestazione di servizi si distingue per il suo carattere temporaneo,

¹⁷⁶ E' consentito al prestatore l'esercizio temporaneo della sua attività nello Stato membro ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini.

¹⁷⁷ Cfr. cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*; C-76/90, *Säger*; C-384/93, *Alpine*.

¹⁷⁸ A. SERINO, *Commento all'art. 16*, cit., 164.

mentre lo stabilimento presuppone un'installazione duratura nel paese ospitante.¹⁷⁹

Ma cosa si intende per temporaneità?

Sicuramente è più semplice rispondere al quesito per esclusione: una presenza permanente in uno Stato membro è sintomatica dell'esercizio in libertà di stabilimento.

Infatti, anche la Corte ritiene che “qualora un'impresa assicuratrice di uno Stato membro sia permanentemente presente in un altro Stato membro, ad essa si applicano le disposizioni del Trattato sul diritto di stabilimento anche se la sua presenza in quest'ultimo Stato non ha assunto la forma di una succursale o di una agenzia, ma si manifesta tramite un semplice ufficio, gestito da personale dipendente dall'impresa, o tramite una persona indipendente, ma incaricata di agire in permanenza per conto dell'impresa alla stregua di un'agenzia”.¹⁸⁰

Merita precisare, inoltre, che nel settore delle assicurazioni, sulla base di specifiche indicazioni giurisprudenziali,¹⁸¹ la normativa comunitaria ha ampliato la nozione di stabilimento prevista dal Trattato assimilando “ad un'agenzia o ad una succursale qualsiasi presenza permanente di un'impresa nel territorio di uno Stato membro, anche se questa presenza non ha assunto la forma di una succursale o agenzia, ma si esercita per mezzo di un semplice ufficio gestito dal personale proprio dell'impresa o [per mezzo di] una persona indipendente

¹⁷⁹ C-286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*; causa C-55/94, *Gebhard* (pf. 25-27); C-221/89, *Factortame*.

¹⁸⁰ CGCE sent. 4 dicembre 1986, C-205/84, *Commissione c. Germania*. La Corte (C-191/99, *Kvaerner*, del 14 giugno 2001) ha altresì precisato che non si ha «stabilimento» di una impresa assicuratrice quando questa, per l'esercizio dell'attività, si avvalga di una società controllata.

¹⁸¹ Cfr. CGCE C-205/84.

ma incaricata di agire in permanenza per conto dell'impresa come farebbe un'agenzia".¹⁸²

È evidente, dunque, la centralità del requisito della "permanenza": la giurisprudenza lo riscontra nell'esercizio effettivo di un'attività economica per mezzo di un'installazione stabile e di durata indeterminata;¹⁸³ o in maniera continuativa;¹⁸⁴ o senza limitazione prevedibile di durata.¹⁸⁵

Dunque, poiché l'elemento comune a tali ipotesi è un legame stabile con lo Stato in cui si esercita l'attività, attualizzando tale casistica, si potrebbe concludere che il collegamento non dovrebbe tradursi esclusivamente in un insediamento *materiale*, purché l'esercizio dell'attività assicurativa sia permanente.

Tentando, invece, di definire positivamente la caratteristica della temporaneità, secondo la Corte di giustizia, il carattere temporaneo della prestazione di servizi va valutato in funzione della durata, della frequenza, della periodicità e della continuità della prestazione. Tuttavia, secondo la Corte, la presenza di un'infrastruttura nello Stato membro ospitante non esclude il regime della libera prestazione nei limiti in cui l'"ancoraggio fisso" è necessario allo svolgimento della prestazione stessa.¹⁸⁶

Pertanto, ciò che rileva non è tanto la presenza *fisica* sul territorio dello Stato ospitante, quanto la conclusione di un flusso di affari regolare nello Stato ospite.

182 Art. 3 Seconda direttiva 88/357/CEE del Consiglio del 22 giugno 1988; art. 3, Seconda direttiva 90/619/CEE del Consiglio, dell'8 novembre 1990. Cfr. anche CGCE sent. 22 novembre 1978, C-33/78, Somafer.

183 CGCE sent. 25 luglio 1991, C-221/89, Factortame.

184 CGCE sent. 30 novembre 1995, C- 55/94, Gebhard.

185 CGCE sent. 5 ottobre 1988, C-196/87, Steymann.

186 C-55/94, Gebhard, cit., punto 27; cfr. anche Commissione Comunicazione 43/03, parte I pf. 2.

4.2 Il caso dell'intermediario indipendente (persona fisica o giuridica)

Se c'è spostamento fisico la distinzione tra le due libertà, per quanto complesso possa essere accertarla in concreto, si basa certamente sulla temporaneità; se tale spostamento manca e la libera prestazione è esercitata tramite un intermediario, incaricato di svolgere funzioni che l'assicuratore non può concretamente espletare, si applicherà l'uno o l'altro regime a seconda delle caratteristiche proprie dell'intermediazione.¹⁸⁷

Mentre non sembra destare particolari problemi l'ipotesi dell'intermediario dipendente dell'impresa, dovendosi applicare il regime dello stabilimento, maggiori perplessità suscita l'ipotesi in cui l'impresa si avvalga di un soggetto indipendente per distribuire prodotti nel Paese ospitante.¹⁸⁸

Quest'ultima ipotesi è una c.d. zona grigia, in cui la stessa Commissione sembra essere consapevole della necessità di verificare l'applicazione dell'uno o dell'altro regime a seconda del caso concreto.

L'interrogativo di fondo che richiede una risposta è se all'impresa che fa ricorso a persone indipendenti stabilite nello Stato membro ospitante potrà essere applicata la disciplina dello stabilimento, imputandole l'esercizio dell'attività in maniera permanente.

In particolare, nella pronuncia CGCE C-205/84 la Corte precisa che “qualora un'impresa assicuratrice di uno Stato membro sia permanentemente presente in un altro Stato membro, ad essa si applicano le disposizioni del Trattato sul diritto di stabilimento, anche se la sua presenza in quest'ultimo Stato non ha assunto la forma di una succursale o di una agenzia, ma si manifesta tramite un

¹⁸⁷ D. CERINI, *Note in tema*, cit., 163

¹⁸⁸ D. CERINI, *Note in tema*, cit., 168.

semplice ufficio, gestito da personale dipendente dall'impresa, o tramite una persona indipendente, ma incaricata di agire in permanenza per conto dell'impresa alla stessa stregua di un'agenzia. In ragione della suddetta definizione contenuta nell'art. 60, 1 comma, l'impresa assicuratrice non potrebbe quindi, in tal caso, valersi degli artt. 59 e 60 del Trattato per quanto riguarda le sue attività nel secondo Stato membro".¹⁸⁹

La sentenza, dunque, va ben al di là della situazione apparente. È irrilevante la condizione formale in cui l'impresa opera: anche se non si avvale di una succursale o un'agenzia le norme sulla libera prestazione di servizi non trovano una applicazione automatica, poiché resta da valutare la *permanenza* dell'impresa nello Stato membro.

Maggiore chiarezza arriva dalla Commissione, che sintetizzando la giurisprudenza europea, ritiene che “per considerare che i legami fra una persona indipendente - ad esempio un intermediario indipendente - e un'impresa di assicurazione sono di natura tale da comportare l'assoggettamento dell'impresa al regime di stabilimento invece che a quello applicabile alla libera prestazione di servizi, occorre che tale persona indipendente soddisfi cumulativamente le tre condizioni seguenti:

- i) essere soggetta alla direzione e al controllo dell'impresa di assicurazione che essa rappresenta,
- ii) avere il potere di impegnare l'impresa di assicurazione e
- iii) disporre di un mandato permanente.

Solo dunque nell'ipotesi in cui la persona indipendente agisca come una vera e propria estensione dell'impresa di assicurazione ciò può comportare l'assoggettamento

¹⁸⁹ CGCE sent. 4 dicembre 1986, C-205/84, Commissione c. Germania, punto 21.

dell'impresa stessa al regime applicabile allo stabilimento di una succursale".¹⁹⁰

In particolare, non sussistono la direzione e il controllo qualora l'intermediario indipendente abbia una libertà sufficiente per organizzare la propria attività e per poter rappresentare contemporaneamente altre imprese di assicurazione concorrenti.¹⁹¹

Infatti, solo un mandato esclusivo è indizio di subordinazione alla direzione dell'impresa.¹⁹²

In ogni caso è appunto un *indizio* e la stessa Corte¹⁹³ ha poi in concreto applicato la disciplina dello stabilimento nei confronti di un concessionario di vendita in esclusiva «che, da un lato, non abbia il potere di negoziare in nome e per conto e/o di impegnare il concedente e, dall'altro, non sia soggetto al controllo e/o alla direzione del concedente». ¹⁹⁴

Per tale motivo, in aggiunta alla condizione della soggezione al controllo o direzione dell'impresa, va verificato se l'intermediario indipendente compie atti o

¹⁹⁰ Comunicazione 43/00, parte I, pf. 3 a).

¹⁹¹ In questo senso si era espressa la Corte nella sentenza 18 marzo 1981, C-139/80, Blanckaert e Willemsl: "un rappresentante di commercio (intermediario) il quale sia un collaboratore indipendente dell'impresa preponente nel senso che può in sostanza, in base alla propria situazione giuridica, liberamente organizzare la propria attività e determinare il tempo da dedicare al lavoro per detta impresa, al quale l'impresa rappresentata non possa **vietare di rappresentare contemporaneamente più imprese concorrenti** nello stesso settore di produzione o di distribuzione e che inoltre si limiti a trasmettere gli ordini all'impresa preponente, senza partecipare alla stipulazione o all'esecuzione dei relativi contratti, non presenta le caratteristiche di una succursale, di un'agenzia o di una qualsiasi altra filiale".

¹⁹² Non passa inosservata l'ipotesi in cui l'intermediario lavori per più imprese di assicurazione di cui una sola gli abbia conferito mandato esclusivo: in tali casi sarebbe equiparato ad una succursale solo dell'unico assicuratore mandante, sempreché il mandato assoggetti l'intermediario al potere di controllo e di direzione dell'impresa stessa. Le altre imprese di assicurazione, invece, resterebbero soggette alle disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi. Comunicazione 43/03, p. 10.

¹⁹³ C-14/76, De Bloos, del 6 ottobre 1976.

¹⁹⁴ E. PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, cit., 67.

prende decisioni che impegnino l'impresa di assicurazione verso i terzi e se questi possono concludere affari presso quello si applicherà il regime dello stabilimento.¹⁹⁵

Dunque, secondo la Commissione soltanto quando le tre condizioni (assoggettamento al controllo dell'impresa di assicurazione; potere di impegnare direttamente l'impresa di assicurazione; mandato permanente) sono soddisfatte, un'impresa di assicurazione che si avvale di intermediari indipendenti stabiliti permanentemente nello Stato membro ospitante è sottoposta al regime di stabilimento: l'impresa di assicurazione dovrà quindi seguire la procedura stabilita per l'apertura di una succursale (precisando che le attività previste saranno esercitate tramite un intermediario indipendente).

Se così è, allora la presenza di una base fissa in uno Stato membro non necessariamente equivale all'applicazione del regime di stabilimento, potendo verificarsi l'ipotesi che il prestatore si doti nello Stato membro ospitante di una infrastruttura, nella misura in cui questa sia necessaria allo svolgimento di una prestazione temporanea.¹⁹⁶

Se ciò è vero, allora, fino alla novella del 2015 si registrava la prima difformità tra l'art. 3 delle seconde direttive e il codice delle assicurazioni, il cui art. 24, comma 4 disponeva che ai fini dell'esercizio dell'attività, in regime di libertà di prestazione di servizi nel territorio della Repubblica, l'impresa *non* poteva avvalersi di sedi secondarie, di agenzie o di qualsiasi altra presenza permanente nel territorio italiano, neppure se tale presenza consisteva in un semplice ufficio gestito da personale dipendente, o tramite una persona indipendente,

¹⁹⁵ Cfr. conclusioni dell'avvocato generale nella causa C-89/91, Shearson Lehman Hutton presentate il 27 ottobre 1992: "Tale criterio [il criterio determinante, n.d.r.] risiede, a nostro parere, nel fatto che lo stabilimento secondario ha il potere di *negoziare affari con terzi*".

¹⁹⁶ A. SERINO, *Commento all'art. 16*, cit., 165.

ma incaricata di agire in permanenza per conto dell'impresa stessa.

Le direttive comunitarie, invece, hanno sempre equiparato ad un'agenzia o succursale qualsiasi presenza permanente di un'impresa nel territorio di uno Stato membro, a prescindere se consista in un semplice ufficio gestito da personale dipendente, o tramite una persona indipendente, ma incaricata di agire in permanenza per conto dell'impresa alla stessa stregua di un'agenzia. La norma comunitaria ravvisa i requisiti dello stabilimento guardando alla struttura o persona che realizza la presenza permanente; la norma italiana, invece, vietava di avvalersi di tali soggetti per operare in libera prestazione di servizi. In termini pratici, questo vuol dire che per l'ordinamento europeo è sufficiente che l'intermediario non abbia il potere di impegnare l'impresa per escludere il libero stabilimento;¹⁹⁷ mentre l'art. 24, comma 4, c.a.p. escludeva a priori la possibilità di servirsi di un intermediario permanente, anche se privo di poteri di rappresentanza (es. soggetti che promuovono stabilmente affari).

Tuttavia, tale asimmetria è venuta meno solo con il recente intervento legislativo (d.lgs. n. 74 del 2015), che abroga il comma 4, art. 24, c.a.p. Parallelamente, la novella legislativa equipara alla libertà di stabilimento l'esercizio dell'attività assicurativa, anche in assenza di succursali, agenzie o sedi secondarie, tramite qualsiasi presenza permanente nel territorio della Repubblica, inclusa l'organizzazione di un semplice ufficio gestito da personale dipendente dell'impresa ovvero da una persona

¹⁹⁷ Infatti, l'art. 3 delle seconde direttive specifica "alla stregua di un'agenzia", lasciando intendere "che non ogni azione permanente svolta per conto o nell'interesse dell'impresa è assimilabile ad un'agenzia o succursale, ma solo quella che si esplica come agenzia, mediante un soggetto dotato di poteri di rappresentanza". S. CHINI, *L'impresa*, cit., 48.

indipendente ma incaricata di agire in modo permanente per conto dell'impresa stessa (art. 23, comma 1-*bis*, c.a.p.).

4.3 Attività assicurative prestate a distanza tramite internet

La libera prestazione di servizi può essere esercitata, per giurisprudenza ormai acclarata, con o senza spostamento fisico del prestatore purché non vi sia coincidenza tra lo Stato in cui il servizio è offerto e lo Stato in cui il prestatore è stabilito.

Un tipico esempio di esercizio dell'attività senza la necessità dello spostamento è l'utilizzo di servizi telematici.

La conclusione di affari tramite internet solleva numerosi problemi giuridici (luogo di conclusione del contratto,¹⁹⁸ diritto di recesso, normativa applicabile alla pubblicità, tutela del consumatore, firma digitale, informazioni precontrattuali, comparazione tra offerte,¹⁹⁹ per citarne solo alcuni), ma qui interessa soffermarsi sul regime applicabile alle proposte di offerte assicurative effettuate

198 Per una disamina sulle varie tesi circa il luogo di conclusione del contratto stipulato tramite *internet* v. M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., 911.

199 C. CAVALIERE, *Commento agli artt. 117-121*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006, 285 mette in guardia sui rischi che la mancanza o l'insufficienza di informazioni da parte dell'impresa comporta, poiché ostacola la possibilità di effettuare, da parte del consumatore, una corretta comparazione fra le offerte, impedendo scelte consapevoli e ripercuotendosi sulla concorrenza. V. anche M. HAZAN, S. CENTONZE, *L'intermediazione assicurativa e gli altri sistemi di collocamento dei prodotti assicurativi*, in *Le assicurazioni private*, a cura di M. HAZAN, S. TAURINI, Padova, 2015, 1506 sui c.d. "comparatori telematici", siti *internet* espressamente dedicati alla comparazione telematica delle offerte assicurative, inquadrabili come figure atipiche di brokers assicurativi.

via *web* da imprese UE, in quanto potenzialmente rivolte a mercati territorialmente illimitati.²⁰⁰

In una prospettiva di protezione del mercato, infatti, sia riguardo la tutela del consumatore sia riguardo la stabilità del sistema (cfr. art. 3, c.a.p.) è necessario evitare che lo strumento telematico venga utilizzato per accedere ed esercitare attività assicurativa senza le dovute autorizzazioni.

Si pone innanzitutto il problema di evitare l'esercizio abusivo dell'attività assicurativa, a tutela non solo del consumatore ma anche della concorrenza tra le stesse imprese (autorizzate). Tali esigenze verrebbero frustrate se tramite i canali telematici fossero conclusi contratti da parte di soggetti non autorizzati e sottratti al controllo degli organi di vigilanza.²⁰¹

In secondo luogo, occorre verificare il rispetto delle modalità di accesso ed esercizio all'attività assicurativa (soprattutto se tale attività viene esercitata da compagnie straniere, ma con sede legale nell'UE e dunque in applicazione dei principi di licenza unica e mutuo riconoscimento).

In particolare, posto che l'attività assicurativa può essere esercitata in stabilimento o in libera prestazione, *quid iuris* se essa è svolta tramite un sito internet?²⁰²

200 M. HAZAN, *Struttura e poteri dell'autorità di vigilanza, Le assicurazioni private*, cit., 314.

201 F. BRAVO, *La distribuzione tramite internet*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. ALPA, Torino, 2006, 470 ss.

202 DI FONZO, *Assicurazioni ed Internet realtà attuale e prospettive future*, in *Dir. eco. ass.*, 2001, 2, 331 e ss., si chiede se si applichi uno dei regimi tradizionali o addirittura tale ipotesi rientri in un *tertium genus*, proprio del commercio elettronico. L'art. 3 della dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico sembrerebbe indicare un ambito di prestazione particolarmente ampio laddove prevede che gli Stati membri non possano limitare la circolazione dei servizi dell'informazione provenienti da un altro Stato membro (c.d. clausola del mercato interno). Sembra concludere per l'applicazione di un regime diverso dalla LPS, R. CAPOTOSTI, *Il concetto di libera circolazione dei servizi secondo la Commissione europea*, in *Ass.*, 1994, II, 26, secondo cui "per tutte le altre

La domanda ha trovato diverse risposte.

Una dottrina, partendo dall'assunto che il criterio distintivo per l'applicazione dell'uno o l'altro regime è l'esercizio temporaneo dell'impresa, si sofferma sulla nozione di "presenza permanente".²⁰³

In particolare, sembra giungere alla conclusione che, se l'*insurance service provider by internet*²⁰⁴ colloca, tramite sito *web*, i prodotti assicurativi in uno Stato membro diverso rispetto a quello in cui ha sede legale la compagnia si applicherà la libertà di stabilimento (purché ricorrano i requisiti individuati in sede europea); altrimenti deve concludersi per la libera prestazione quando è l'impresa assicurativa che gestisce il sito con il quale intende collocare i prodotti in un Paese membro.²⁰⁵

situazioni derivanti da una contrattazione assicurativa internazionale effettuata sulla base della "licenza unica" e non richiedenti la presenza dell'assicuratore nel Paese dell'assicurato per ivi dare esecuzione alla prestazione di assicurazione, si parlerà non già di attività in regime di libertà di prestazione di servizi, perché non risulta applicabile l'art. 60, terzo comma, ma soltanto di scambio di prestazioni e controprestazioni assicurative"; e sembra andare addirittura oltre, verso l'applicazione di un regime diverso dalla LS o dalla LPS: R. CAPOTOSTI, *Stabilimento, prestazione di servizi e interesse generale secondo la comunicazione interpretativa della Commissione europea*, in *Ass.*, 2000, II, 53: "nell'era del commercio elettronico, l'area dello scambio di servizi a distanza è destinata a dilatarsi considerevolmente, con conseguente dilatazione di attività di LPS durevole (per la cui effettuazione – si ritiene – che non sussista neppure l'obbligo per l'impresa di notificare l'esercizio di tale attività – attraverso la propria Autorità di controllo – all'Autorità del Paese di prestazione)". Conclusione non condivisibile non solo perché la direttiva sul commercio elettronico fa salva l'applicazione delle norme dettate in materia assicurativa (art. 3, comma 3), ma perché in materia assicurativa sono state adottate specifiche disposizioni per regolamentare il settore: tali norme impongono un *iter* ben determinato nel caso di LPS e non prevedono alcuna deroga esplicita all'attività assicurativa prestata tramite *internet*.

203 F. BRAVO, *Il collocamento dei prodotti assicurativi tramite internet*, Milano, 2001, 50 ss. L'A. specifica che l'ISP (*internet service provider*) può essere assimilato a una presenza permanente, ma l'ISP si limita a fornire accesso alla rete e non esercita direttamente alcuna attività di promozione o collocamento dei servizi assicurativi né ha il potere di impegnare l'impresa.

204 Ovvero uno dei soggetti che svolge attività di promozione o collocamento dei prodotti assicurativi, F. BRAVO, *op. ult. cit.*

205 F. BRAVO, *Il collocamento*, cit., 57 e ss.

A conclusioni analoghe, anche se per diverse motivazioni, giunge la Commissione nella Comunicazione C/43/03 del 2000, che propende per l'applicazione della libera prestazione, a seconda della coincidenza o meno tra lo Stato di stabilimento dell'impresa e quello di ubicazione del rischio: l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza (telefono, fax, stampa, ecc.), e in particolare del commercio elettronico (ad esempio internet) per la conclusione dei contratti d'assicurazione, che coprono un rischio (un impegno) situato in uno Stato membro diverso dal luogo di stabilimento dell'assicuratore con cui è firmato il contratto, deve essere considerato come un'attività di assicurazione esercitata in regime di libera prestazione di servizi, poiché non vi è uno spostamento delle parti contraenti.²⁰⁶

Pertanto, un'impresa di assicurazione con sede in un dato Stato membro, disposta a concludere contratti via internet per coprire rischi o impegni situati in altri Stati membri, dovrebbe seguire la procedura di notificazione prevista per le attività svolte in regime di libera prestazione di servizi e ottenere così l'abilitazione ad operare nello Stato membro in cui il rischio è situato.

Tale conclusione si fonda sulla definizione di «Stato membro dell'impegno» e «Stato membro di prestazione di servizi» fornita dalla normativa comunitaria²⁰⁷ e dall'art.

206 Cfr. Le sentenze della Corte di Giustizia C-286/82 e C-26/83, Luisi e Carbone. Si badi che per appurare il luogo di stabilimento dell'impresa di assicurazione con cui è concluso il contratto si prende in considerazione lo Stato membro dello stabilimento dell'assicuratore che esercita in maniera effettiva tale attività (sede sociale, succursale), e non il luogo in cui si trovano i mezzi tecnologici utilizzati per fornire il servizio; mentre la localizzazione del rischio o dell'impegno viene effettuata seguendo criteri precisi fissati dalle direttive (Assicurazione non vita: seconda direttiva 88/357/CEE, articolo 2, lettera d). Assicurazione vita: direttiva 90/619/CEE, articolo 2, lettera e).

207 Cfr. Direttiva 2002/83/CE relativa all'assicurazione sulla vita, considerando n. 13 e art. 1, lett. d), g) e h). Cfr. in senso analogo anche se sulla c.d. libera prestazioni di servizi "passiva", cioè l'ipotesi che un cittadino italiano si rechi

1, comma 1, lett. e), c.a.p., ai sensi del quale l'attività in regime di libertà di prestazione di servizi o rischio assunto in regime di libertà di prestazione di servizi è quell'attività che un'impresa esercita da uno stabilimento situato nel territorio di uno Stato membro assumendo obbligazioni con contraenti aventi il domicilio, ovvero, se persone giuridiche, la sede in un altro Stato membro o il rischio che un'impresa assume da uno stabilimento situato nel territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui è ubicato il rischio.

Ciò che pare poco convincente è la conclusione: l'assenza di spostamento e la differente localizzazione del rischio rispetto allo stabilimento dell'assicuratore porterebbero all'applicazione della LPS, senza verificare se l'esercizio dell'impresa sia continuo e duraturo.²⁰⁸

D'altronde la stessa Commissione pare mettere in dubbio l'adequatezza della disciplina, affermando che "l'attuale quadro giuridico del mercato unico delle assicurazioni poggia su meccanismi che non hanno preso in considerazione l'utilizzo delle nuove tecnologie della società dell'informazione", optando per la libera prestazione perché ritenuta più coerente al mercato elettronico.²⁰⁹

in Francia e stipuli un contratto con un'impresa con sede legale francese ma per la copertura di un rischio localizzato in Italia, E. PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, cit., 69.

208 Condivide il giudizio che la conclusione della Commissione per cui l'esistenza di uno sportello elettronico, quale sola forma di presenza di un'impresa d'assicurazione in uno Stato membro, dovesse assimilarsi "non a uno stabilimento dell'impresa d'assicurazione" bensì "come un'attività svolta in regime di libera prestazione di servizi" sia equivoca e non più adeguata anche M. HAZAN, *Struttura e poteri*, cit., 314.

209 Comunicazione C/43/03, pf. 6. Cfr. A. ANTONUCCI, *Problemi giuridici della vendita a distanza dei servizi assicurativi*, in *Ass.*, 2000, 3, 269, che sembra propendere per la libera prestazione poiché "la rete sovverte ogni ordinario riferimento alla territorialità, dato che per sua natura essa non ha vincoli di ancoraggio fisso su un territorio". V. anche C. RUSSO, *Attività*

Tuttavia, la capillare diffusione della conclusione di contratti tramite *internet* ha di fatto reso obsolete tali conclusioni e il criterio di localizzazione del rischio non può più essere sufficiente a stabilire il *discrimen* tra stabilimento e LPS, dovendo necessariamente prendere in considerazione altri elementi (v. *infra*).²¹⁰

Le conclusioni raggiunte, in particolare, contrastano con una lettura unitaria degli artt. 56 e 57, TFUE.

La *ratio* della disciplina, infatti, è quella di applicare la libera prestazione a tutti quei casi in cui l'attività è esercitata in maniera limitata (*rectius* non permanente) sul territorio di uno Stato membro.²¹¹

Andrebbero, dunque, attualizzate le conclusioni della Commissione, che troppo frettolosamente conclude per

assicurativa esercitata tramite internet e Circolare ISVAP n. 393/D del 17 gennaio 2000. Prime riflessioni, in *Ass.*, 2000, 3, 283.

210 Non a caso valorizza l'aspetto economico anche il Considerando n. 19 della Direttiva del Parlamento Europeo 8 giugno 2000, n. 2000/31 sul commercio elettronico, il quale afferma che il luogo di «stabilimento», per le società che forniscono servizi tramite siti *internet*, «non è là dove si trova la tecnologia di supporto del sito né là dove esso è accessibile, bensì il luogo in cui tali società esercitano la loro attività economica» (anche se in questo caso la questione nulla ha a che vedere con l'attività assicurativa, poiché il fine è quello di individuare il regime autorizzatorio per le imprese che esercitano l'*e-commerce*).

211 Se si applicasse aprioristicamente il regime in LPS si potrebbe arrivare a conclusioni paradossali. Ad esempio, si è visto che la disciplina applicabile al soggetto che opera in LPS è meno stringente (si pensi alla interpretazione della clausola dell'interesse generale invocabile dagli Stati membri, etc.) perché chi esercita l'assicurazione in LPS lo fa in maniera temporanea e dunque limitando il collegamento con la vita economica dello Stato di prestazione; al contrario la disciplina per chi si stabilisce è più cogente, poiché l'impresa è presente sulla scena economica del Paese ospitante in maniera permanente, duratura. Se non si applicasse il requisito della temporaneità/occasionalità anche al prestatore che opera a distanza, si arriverebbe al paradosso che i) chi si stabilisce deve osservare disposizioni più restrittive rispetto a chi ii) non è stabilito, ma esercita l'attività in maniera duratura e permanente, contravvenendo qualsiasi logica. Non solo: un controllo sulla sede secondaria è comunque possibile da parte delle Autorità; invece in caso di esercizio a distanza non vi è alcun ufficio/struttura presente sul territorio, rendendo più complicato ogni tipo di accertamento (più di quanto non lo sia già, vista la necessaria cooperazione tra Autorità imposta dal regime di *home country control*), eppure questa seconda possibilità gode di una normativa più elastica rispetto allo stabilimento.

l'applicazione *a priori* della libertà di prestazione a tutti quei casi in cui l'impresa non si sposta, ma offre un servizio a distanza.

A dimostrazione della rilevanza che sta assumendo il fenomeno della conclusione di contratti tramite internet negli ultimi anni, l'IVASS è intervenuto adottando un regolamento (n. 34 del 2010) recante disposizioni in materia di promozione e collocamento a distanza di contratti di assicurazione. Tale Regolamento si applica alla promozione e al collocamento mediante tecniche di comunicazione a distanza effettuati da imprese di assicurazione, aventi ad oggetto: a) contratti di assicurazione sulla vita rivolti a contraenti aventi il domicilio abituale, o se persone giuridiche la sede legale, nel territorio della Repubblica italiana; b) contratti di assicurazione contro i danni per la copertura di rischi ubicati nel territorio della Repubblica italiana.

Pertanto, le imprese di assicurazione con sede legale in uno Stato membro che intendono utilizzare tecniche di comunicazione a distanza per la promozione e il collocamento di contratti di assicurazione nel territorio della Repubblica italiana, qualora non risultino già ammesse ad operare in regime di stabilimento o di libera prestazione di servizi, si conformano alle previsioni di cui al Capo III del Titolo II, c.a.p. (imprese aventi la sede legale in un altro Stato membro) e delle relative norme di attuazione (art. 4).²¹²

212 L'IVASS era già intervenuto in materia con la circolare 393/D del 17 gennaio del 2000, il cui scopo principale era quello di garantire un'adeguata tutela dei consumatori, anche se nel comunicato stampa viene messo in evidenza un triplice intento: "prevenire il rischio abusivo, connesso alla facilità di accesso ad *internet* da parte di operatori di tutto il mondo", "garantire certezza e trasparenza ai rapporti contrattuali conclusi tramite la rete" e "tutelare più in generale i consumatori". La circolare propendeva per l'applicazione del regime in libera prestazione.

In realtà, neanche l'IVASS è intervenuto definendo a priori il regime applicabile.

Né potrebbe essere altrimenti, poiché è necessario vagliare in concreto le modalità operative dell'impresa.

In conclusione, in questa sede non si sostiene che l'attività assicurativa svolta tramite internet ricada sempre e comunque nello stabilimento, ma che, alla stregua delle altre modalità di esercizio dell'attività assicurativa, bisogna valutare in concreto come si intende organizzare l'attività e su tali basi verificare quale regime vada applicato (stabilimento o libera prestazione).

Ogni diversa conclusione potrebbe portare a un'"utilizzo abusiva" della libera prestazione, facilitata dall'uso del sito internet al fine di eludere la normativa dello Stato ospite.²¹³

4.4 Insufficienza del criterio della temporaneità: l'occasionalità della prestazione.

La disamina che precede è resa necessaria poiché da un lato la nozione di libera prestazione di servizi si ricava in negativo dalla nozione di stabilimento dall'altro le disposizioni sulla libera prestazione di servizi si applicano in via sussidiaria (cfr. causa Ghebard): in via preliminare si valuta, dunque, se il caso di specie integri un'ipotesi di stabilimento e, solo ove non trovino applicazione queste ultime, la fattispecie potrà essere regolata dalle norme in materia di libertà di servizi.²¹⁴

Pertanto, per tracciare i confini – invero assai labili – dei due istituti la Corte di Giustizia afferma che “il carattere temporaneo delle attività considerate dev'essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, *ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o*

²¹³ DI FONZO, *Assicurazioni ed internet*, cit., 336.

²¹⁴ S. CHINI, *L'impresa*, cit., 47.

continuità di questa. Il carattere temporaneo della prestazione non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio), se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi”.²¹⁵

Tanto più che secondo la Corte di giustizia il senso dell’elemento della *temporaneità* riposa nella garanzia del diritto del prestatore di stabilirsi nello Stato di prestazione per il tempo indispensabile a fornire il servizio.²¹⁶

Se è vero che «nessuna disposizione del Trattato consente di determinare, in maniera astratta, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro non può essere più considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato»,²¹⁷ allora è necessario prendere in considerazioni altre condizioni.

È ragionevole desumere, quindi, che per l’applicazione della libera prestazione di servizi non è sufficiente la breve durata di una singola prestazione, dovendo considerare anche la ripetizione delle singole operazioni: un flusso continuo di operazioni assicurative, infatti, potrebbe essere sintomatico di un’attività continua e permanente.²¹⁸

Il requisito della “temporaneità” indicato nei Trattati va inteso non come intervallo di tempo (breve), bensì verificando che l’incidenza dell’impresa europea sulla vita economica del paese ospitante “non risulti né continuativa né stabile e che, in linea più generale, le

²¹⁵ Causa Ghebard, cit., punto 27.

²¹⁶ Corte di Giustizia 17 dicembre 1981, C-279/80, Webb.

²¹⁷ Corte di Giustizia 11 dicembre 2003, C-215/01, Schnitzer, punto 31.

²¹⁸ S. CHINI, *L’impresa*, cit., 47.

attività svolte non siano particolarmente frequenti o assidue”.²¹⁹

Pertanto, il vero discrimine fra le due libertà in questione andrebbe fondato su dati certi e matematici, come ad esempio il fatturato derivante dalle polizze stipulate in libera prestazione dei servizi.

Se, infatti, una consistente percentuale degli introiti deriva dalla conclusione di affari in un unico Stato membro dove l’impresa opera in libera prestazioni di servizi, in realtà si potrebbe essere di fronte ad uno stabilimento camuffato.²²⁰

Tale ragionamento è avallato dall’interpretazione letterale dell’art. 57, pf 3, TFUE, che, oltre al requisito della temporaneità, riconosce al prestatore il diritto di esercitare “per l’esecuzione *della sua prestazione*, a titolo temporaneo, la sua attività nello Stato membro ove *la prestazione è fornita*”, lasciando, dunque, intendere chiaramente che tale diritto è tutelato nei limiti in cui si riferisca ad *una sola attività* occasionale e limitata.²²¹

D’altro canto tale conclusione è in linea con l’intrinseca natura dell’assicurazione, i cui servizi possono protrarsi per un periodo di tempo più o meno lungo a causa dell’inversione del ciclo produttivo: il contratto assicurativo concluso oggi non cessa i suoi effetti, ma, proprio per la sua funzione economica avrà ripercussioni nel futuro, al verificarsi dell’evento. Tanto più che in

²¹⁹ S. TORTINI, *I labili confini fra la libera prestazione di servizi ed altri principi comunitari*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, 2, 152.

²²⁰ Proprio per questo la continuità e la stabilità dell’attività esercitata non debbano essere lette in virtù di un’astratta statuizione della frequenza e dell’estensione temporale, ma in chiave economica, v. S. TORTINI, *I labili confini*, cit., 152.

²²¹ Pur essendo consapevole della difficoltà di distinguere lo stabilimento dalla libera prestazione, ritiene “arbitrario” ricavare dal termine “temporaneo” il significato di “occasionale”, M. FRIGESSI di RATTALMA, *Libertà di prestazione assicurativa nel diritto comunitario derivato*, in *Dir. e pratica dell’ass.*, 1989, 3, 392.

materia assicurativa l'impresa non avverte necessariamente l'esigenza di dotarsi di uno stabilimento per espletare la prestazione.

I requisiti di distinzione indicati dal Trattato (temporaneità e occasionalità), dunque, devono essere interpretati come un argine per evitare un ricorso abusivo alla LPS e sottrarsi alla disciplina pubblicistica dello Stato di prestazione dettata in caso di stabilimento.²²²

A fortiori, tale interpretazione è in linea con il sistema delineato dal Trattato: il combinato disposto degli artt. 57, pf. 3 e 56, pf. 1, TFUE corrobora la soluzione qui proposta. Infatti, la tutela della libera prestazione di servizi non autorizza il prestatore ad abusare di tale libertà allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio

222 Cfr. SCORDAMAGLIA, *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi nel settore assicurativo*, in *Foro it.*, 1988, IV, pf. 2. Merita chiarire che tale conclusione non contrasta né con l'art. 2082, c.c. né con quella dottrina che ritiene inconcepibile una operazione singola di assicurazione al di fuori dell'impresa assicurativa (G. FERRARI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1980, 911). La singolarità dell'operazione potrebbe essere ritenuta in contrasto con l'art. 2082, c.c. solo laddove ci si fermasse a considerare esclusivamente il territorio italiano: l'impresa assicurativa in libera prestazione svolge un'attività economica organizzata, anche se occasionalmente in Italia, ma la stessa impresa, guardata complessivamente, esercita l'attività in maniera abituale in un altro Stato e segnatamente nel Paese d'origine. Alla luce del principio del mercato unico rileva non solo l'attività (occasionale) svolta in Italia, bensì l'organizzazione dell'impresa esercitata sul mercato europeo, dove l'attività è tutt'altro che occasionale ed episodica. Unitariamente considerata, l'attività dell'impresa in LPS è organizzata professionalmente. Inoltre, la *ratio* della norma è garantire la solvibilità dell'impresa e tutelare il contraente, affinché l'impresa adempia al contratto concluso. Per questo motivo, la conclusione dei contratti non è posta al di fuori dell'organizzazione in forma di impresa assicurativa e, di conseguenza, anche l'impresa estera ammessa in LPS deve dimostrare di aver rispettato i canoni (armonizzati) imposti dalle direttive in materia di riserve tecniche e margine di solvibilità a garanzia della corretta esecuzione del contratto. D'altronde, già i d.lgs. nn. 174 e 175 del 1995 davano una definizione di impresa che non coincideva con l'art. 2082, c.c. (cfr. art. 1, d.lgs. 174 del 1995: "c) impresa: ogni società che esercita le assicurazioni o le operazioni previste dalla tabella di cui all'allegato I del presente decreto"). Cfr. E. BOTTIGLIERI, *I decreti legislativi per l'esercizio dell'attività assicurativa. Il principio dell'"autorizzazione unica"*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1995, 830.

dell'attività assicurativa la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli si stabilisse nello Stato in questione.

Le disposizioni europee, infatti, costituiscono un tipico esempio di norme non di fattispecie, bensì di risultato: ogni condotta, quindi, che contrasta con l'obiettivo che la normativa sovranazionale vuole raggiungere è rilevante, a prescindere dai singoli elementi costitutivi della fattispecie.

4.5 Le libertà europee strumento di elusione: il principio del divieto di abuso di diritto²²³

223 Pur non essendovi nell'ordinamento europeo disposizioni che definiscano il principio del divieto di abuso di diritto (a parte la rubrica dell'art. 54 della Carta europea dei diritti fondamentali e l'art. 4, pf. 3, T.F.U.E, che si ritiene alluda al principio di abuso di diritto. Così G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contratto e impresa*, 2015, 2, 245) la Corte di Giustizia ne ha fatto ampio uso, sebbene non si riscontri un orientamento univoco nella sua configurazione. Cfr. A. ADINOLFI, *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. internaz.*, 2012, 2, 329. L'A. sottolinea come non sia chiara nemmeno la natura del principio, se debba, cioè, considerarsi alla stregua di un principio generale dell'ordinamento europeo o "come un'eccezione all'applicabilità di norme dell'Unione ovvero quale criterio rilevante ai fini della loro interpretazione". Esclude che il principio del divieto dell'abuso del diritto possa essere annoverato tra i principi generali dell'UE, poiché "manca di un elemento fondamentale per qualificarsi come tale, e cioè la sua capacità di fungere da parametro di legalità di atti di diritto derivato", F. MUNARI, *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2015, 4, 530. Merita precisare che non solo l'abuso del diritto in ambito europeo ha un'applicazione peculiare che lo discosta dall'esperienza nazionale, ma lo stesso concetto ha "diverse accezioni, che mutano nel tempo e a seconda dei contesti in cui la formula è utilizzata". Così G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario*, cit., 247. Per un approfondimento sulle principali pronunce (per certi versi contraddittorie) della Corte di Giustizia in tema di applicazione del principio di abuso del diritto nei vari ambiti, v. S. M. CARBONE, *Brevi riflessioni sull'abuso del diritto comunitario: commercio internazionale ed esercizio delle libertà individuali*, *Relazione al Seminario "L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario. E' ancora lecito il risparmio d'imposta?"*, Genova, 29 gennaio 2011, in *Dir. comm. internaz.*, 2011, 1, 67; R. DE LA FEIRA, S. VOGENHAUER, *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, (edited by), Oxford, 2011; GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nel diritto comunitario*, Milano, 2003.

Riguardo, invece, l'uso del principio *de quo* nell'ordinamento interno, se si volesse affrontare il tema non basterebbe l'intera tesi: qui si accennerà solo ad alcune problematiche, indicando, senza pretesa di esaustività, la bibliografia al riguardo. Per una trattazione a largo respiro v. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 211 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di MANIACI, Milano, 2006, 115 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, 1 ss. In via preliminare giova sottolineare che sono state elaborate diverse teorie al fine di inquadrare tale principio. Secondo un orientamento sussisterebbe abuso del diritto in caso di "uso oggettivamente anormale del diritto", cioè quando quest'ultimo si ponga in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico o con le disposizioni che lo regolano (cfr. Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Mass. Giur. it.*, 1960, 788); secondo un altro orientamento, invece, l'abuso si configura qualora il titolare del diritto persegua un interesse differente rispetto allo scopo della legge (Cfr. C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, 81). Per una ricostruzione più dettagliata delle diverse teorie elaborate e delle conseguenti critiche si rinvia a R. T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, 1 ss., su www.comparazionedirittocivile.it; G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 3, 168 ss. Inoltre, non tutta la dottrina e la giurisprudenza riconoscono al principio *de quo* un'esistenza autonoma, ritenendolo talvolta sintomatico della violazione del principio di buona fede. Una dottrina ritiene il principio di abuso del diritto non contraddittorio, ma superfluo, "un inutile doppione" (R. SACCO, *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2001, 373); il nesso fra buona fede e abuso del diritto è stato messo in dubbio anche da G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, 2010, 18 ss.; di opinione contraria è F. GALGANO, *Qui iure suo abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, 2, 318 ss., che, invece, valorizza il canone della buona fede, posto a fondamento del divieto di abuso del diritto. Critiche mosse a questa ricostruzione sono state a sua volta avanzate da G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I Contratti*, 2011, 7, 653-655, secondo cui "occorra, fare lo sforzo di differenziare le due nozioni; non per annullare l'una o l'altra di esse, ma semmai per individuarne un distinto modo di operare".

M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. Dir. civ.*, 2010, 2, 155 riconduce le diverse teorie sull'abuso del diritto a due scuole di pensiero: secondo la prima il titolare esercita concretamente il diritto discostandosi dal modello applicabile, dunque "le condotte abusive perdono la protezione armata della legge e divengono inefficaci"; la seconda teoria, invece, concepisce "l'abuso come condotta riprovevole secondo criteri «giuridici e non giuridici» [...] La condotta abusiva rileva quale esercizio del diritto, e così ne implica gli effetti; essa al contempo vale secondo altra fonte come condotta illecita, cioè lesiva di un altro diritto, e così implica il risarcimento del danno".

Secondo una recente ricostruzione, l'abuso del diritto sussisterebbe quando (i) la legge non predetermina le modalità di esercizio del diritto e (ii) il titolare, pur comportandosi (iii) formalmente in maniera rispettosa della disposizione che lo

Tutto questo affannarsi per fare chiarezza sulla distinzione tra libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi è funzionale, oltre, come detto, a esigenze di certezza del diritto, ad evitare l'elusione delle disposizioni comunitarie: le norme sulla libera prestazione di servizi, infatti, non possono essere invocate per

regola, in realtà tiene un contegno biasimevole, rispetto ad un certo criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico, generando così (iv) una ingiustificata sproporzione tra il beneficio ottenuto dal titolare del diritto ed il sacrificio che deve subire la controparte (Cass., 18 settembre 2009, sent. n. 20106, in *I Contratti*, 2010, 1, 5, cfr. G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, 1, 31 ss.).

Ma a questo punto l'interrogativo sorge spontaneo: com'è possibile che chi esercita un diritto commetta un atto riprovevole? (l'antico brocardo latino sintetizza proprio tale circostanza: *qui iure suo abutitur neminem laedit*)? E, infatti, M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, cit., 155, afferma “delle due l'una: o [la condotta] è conforme, ed allora rileva quale esercizio del diritto, e così implica gli effetti producibili; o è difforme, ed allora non rileva come esercizio”. L'A. sembra rispondere alla domanda demandando il bilanciamento al giudice: se “si danno due fonti valide ed efficienti, esse mettono capo a due pretese contrapposte. Che sarà il giudice a combinare nella sintesi unitiva del giudizio e della sentenza decisiva. La prevalenza dell'uno o dell'altro effetto non dipende dalla efficienza della fonte, poiché essa è una volta per tutte guadagnata in origine, con il giudizio di validità. [...] La comparazione scenderà allora al piano degli effetti della condotta, e avrà riguardo alla compatibilità tra gli effetti implicati dalle fonti” (157).

In particolare, l'A. critica la conclusione della Cassazione, sent. n. 20106 del 2009, che fonda l'abuso del diritto sulla violazione dell'obbligo di buona fede. “In che si risolverà l'abuso nella teoria della doppia qualifica? [...] L'abuso finisce allora per risolversi nella qualifica dell'illiceità dell'atto di esercizio; il quale atto — in ragione di altra specifica fonte — implicherà l'effetto risarcitorio. [...] Dov'è dunque l'abuso, nella teoria della doppia qualifica? Cade — dobbiamo pur concludere — sotto il fatidico rasoio, poiché il lemma implica non già un fenomeno nuovo e diverso, ma niente altro che un illecito. La condotta è abusiva perché illecita, e non illecita perché abusiva. Essa, ledendo un (ipotetico) diritto della controparte, rifluisce sotto la specie dei fatti dolosi o colposi che cagionano un danno ingiusto” (M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, cit., 159).

Critica la ricostruzione di ORLANDI, che riconduce l'abuso del diritto all'area dell'illecito, F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, 2, 317, secondo cui “l'atto abusivo non è trattato come fatto illecito, fonte di danno risarcibile ex art. 2043, c.c.; in materia contrattuale è, invece, atto invalido, destinato ad essere privato di effetti”. V. anche ATIENZA e RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004 e il commento di C. CASTRONOVO, *Abuso del diritto come illecito atipico?*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 3, 1051 ss.

aggirare gli obblighi scaturenti dall'esercizio del diritto di stabilimento.²²⁴

In particolare, la storica sentenza Van Binsbergen, la prima in cui la Corte di giustizia ha affermato tale principio, è paradigmatica: è considerato legittimo il divieto imposto a un avvocato olandese, trasferita la propria residenza in Belgio, di continuare ad esercitare dinanzi ai giudici olandesi. La libertà di prestazione di servizi, infatti, non può essere invocata per eludere l'applicazione delle regole professionali dell'Olanda, che richiedevano la residenza nel Paese per la rappresentanza in giudizio.²²⁵

Anche la Commissione nella Comunicazione 43/03 precisa che è necessario evitare un'utilizzazione abusiva del regime di libera prestazione dei servizi per eludere le regole che sarebbero applicabili nello Stato membro ospitante qualora l'impresa vi fosse stabilita.²²⁶ Sebbene tale rischio di utilizzazione abusiva dovrebbe essere *quasi* inesistente in ambito assicurativo,²²⁷ vista la sostanziale

224 M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., 155. Cfr. Corte di Giustizia sent. 4 dicembre 1986, C-205/84; sent. 3 dicembre 1974, C-33/74, Van Binsbergen.

225 "E' del pari, giusto riconoscere ad uno Stato membro il diritto di provvedere affinché un prestatore di servizi, la cui attività si svolga per intero o principalmente sul territorio di detto Stato, non possa utilizzare la libertà garantita dall'art. 59 allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli si stabilisse nello Stato in questione. Una simile situazione deve infatti venir regolata dalle norme sul diritto di stabilimento e non dalle norme sulla prestazione di servizi. Sulla base dei principi testé enunciati non si può considerare incompatibile con gli artt. 59 e 60 la norma che impone a chi esercita una professione connessa con l'amministrazione della giustizia di stabilire la propria residenza nella circoscrizione di determinati organi giudiziari, quando detta norma appare obiettivamente necessaria per assicurare l'osservanza di disposizioni professionali collegate in particolare col funzionamento della giustizia e col rispetto della deontologia" (punti 13 e 14, C-33/74, cit.).

226 Anche in questo caso anticipata nelle conclusioni dalla Corte, C-205/84, punti 21 e 22; C-48/91, Veronica; C-56/96, VT4.

227 Ritengono che non sussista il rischi di utilizzazione abusiva del regime di libera prestazione di servizi per eludere le regole che sarebbero applicabili nello

armonizzazione sulle condizioni d'accesso e di esercizio dell'attività,²²⁸ indipendentemente dal regime in cui si opera (stabilimento o libera prestazione di servizi), tanto che ormai le condizioni finanziarie e la disciplina di vigilanza cui è soggetta un'impresa di assicurazione nei diversi Stati dovrebbero essere equiparabili, rimangono ciononostante alcuni profili di rilievo (come le convenienze fiscali) che potrebbero avere ricadute sia sulla concorrenza tra imprese (o forse sarebbe più corretto tra legislazioni), favorendo non le più efficienti, ma le più furbe che si avvalgono delle normative meno gravose degli altri Stati, sia sul diritto degli assicurati alla scelta del prodotto maggiormente conforme alle proprie esigenze, oltre che economicamente più vantaggioso.

Va precisato che lo Stato deve provare l'intenzione elusiva dell'impresa, volta ad aggirare "le regole deontologiche cui dovrebbe sottostare qualora fosse stabilita nel Paese ospite"²²⁹ o comunque la sussistenza di un comportamento tenuto ad arte per realizzare artificiosamente le condizioni necessarie ad invocare l'applicazione della normativa europea.²³⁰

Stato membro ospitante qualora l'impresa vi fosse stabilita A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, *Commento agli artt. 192-194*, in *Il codice delle assicurazioni*, a cura di F. CAPRIGLIONE, cit., 313.

²²⁸ La stessa Corte, d'altronde, esclude che in un settore armonizzato gli Stati membri possano pretendere l'applicazione della normativa interna più rigorosa giacché ogni rischio di abuso è escluso a priori (CGCE sent. 7 febbraio 1979, C-115/78).

²²⁹ D. CERINI, *Note in tema*, cit., 169 ss.

²³⁰ Si pensi al soggetto che decide di operare in libera prestazione al solo scopo di avvantaggiarsi della legge meno rigorosa di uno Stato, ma l'attività è essenzialmente o principalmente rivolta verso un altro Stato membro, le cui norme dovrebbe osservare se si stabilisse nello Stato in questione. In tali casi, lo Stato membro può adottare provvedimenti volti a impedire che le libertà garantite dal Trattato si risolvano un'elusione normativa. Cfr. TV 10, C-23/93, del 5 ottobre 1994; e Veronica, C-148/91, 3 febbraio 1993; A. ADINOLFI, *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in Riv. Dir. internaz., 2012, 2, 344. Nel caso Diamantis (sent. 23 marzo 2000, C-373/97) la Corte sostiene che "Il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali

Inoltre, la concreta applicazione delle norme da parte delle autorità potrebbe differire da Paese a Paese a seconda della sensibilità degli interpreti: il rischio è che le imprese, fissando la sede in uno Stato in cui la applicazione delle norme è meno severa e in cui i controlli sono meno capillari, possano operare in Italia sfruttando il regime della libera prestazione.

La condotta abusiva presuppone, dunque, una combinazione di fattori²³¹ da cui emerge che, nonostante l'osservanza delle condizioni stabilite dalla normativa

applicano una disposizione di diritto interno che consenta loro di valutare se un diritto riconosciuto da una norma comunitaria venga esercitato in modo abusivo" (punto 44).

231 Nel caso Halifax (sull'applicazione della normativa in materia di imposte indirette, sent. 21 febbraio 2006, C-255/02) la Corte precisa che "perché possa parlarsi di un comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale. Come ha precisato l'avvocato generale al paragrafo 89 delle conclusioni, il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali" (punti 74-75). Cfr. anche le conclusioni dell'Avv. Generale La Pergola nel caso Centros (sent. 9 marzo del 1999, C-212/97), secondo cui la frode sussiste solo se gli interessati abbiano tratto "vantaggi illeciti e palesemente estranei all'obiettivo" del Trattato, altrimenti se c'è conformità i motivi che abbiano spinto l'impresa ad avvalersi della libertà di stabilimento sono irrilevanti e insindacabili (punto 20). Detto altrimenti, se viene costituita una società nello Stato membro le cui norme di diritto societario sembrano meno severe e si creino succursali in altri Stati membri, tale condotta non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento (sent. Centros, cit., punti 24 e ss.).

In alcune pronunce, inoltre, la Corte verifica l'intenzione di porre in essere un comportamento fraudolento; tuttavia per rendere meno aleatoria la valutazione della condotta, spesso si tende ad oggettivizzare il comportamento. Cfr. sent. 12 luglio 1988, C-138 e 139/86, Direct Cosmetics Ltd; v. A. ADINOLFI, *La nozione*, cit., 334, secondo l'A., l'elemento soggettivo, altrimenti irrilevante (sent. 12 settembre 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes; sent. 19 Ottobre 2004, C-200/02, Chen), è preso in considerazione dalla Corte quando il comportamento è posto in essere non per beneficiare dei vantaggi che il diritto dell'Unione intende garantire, ma al solo fine di aggirare l'applicazione di una normativa statale meno favorevole altrimenti applicabile (cfr. C-33/74, Van Binsbergen, cit.).

europea, lo scopo a cui tali norme mirano non è stato raggiunto e, anzi, l'impresa ha intenzione di beneficiare di un vantaggio (concesso dalla normativa europea oppure indirettamente eludendo la più rigorosa normativa nazionale per chiedere l'applicazione più favorevole delle disposizioni di un altro Stato membro),²³² creando "artificialmente" le condizioni per ottenerlo.²³³

E tale "raggiro" non può essere tollerato se non a discapito del buon funzionamento del mercato stesso.

4.6 Imprese con sede legale in uno Stato terzo. Agevolazioni per le imprese operanti in più Stati. Cenni

Le imprese con sede legale in uno Stato terzo²³⁴ ovviamente non vantano l'esercizio delle libertà previste dai Trattati europei: non applicandosi, dunque, i principi del mutuo riconoscimento e dell'*home country control*, se intendono svolgere attività assicurativa in Italia, devono

232 Merita precisare che la figura dell'abuso del diritto è stata richiamata relativamente a due circostanze: nel primo caso si invoca correttamente il diritto europeo, ma in realtà lo scopo è l'elusione delle norme del diritto interno; nel secondo caso, invece, l'abuso coinvolge direttamente la normativa eurolunitaria per ottenere vantaggi (indebiti). G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto*, cit., 246. Nel primo caso l'istituto dell'abuso è invocato dallo Stato membro per evitare che il ricorso alla normativa europea frustri l'applicazione della norma interna oppure per giustificare l'apposizione di un limite a tale applicazione, v. F. MUNARI, *Il divieto di abuso*, cit., 522. Per altre e diverse classificazioni v. A. ADINOLFI, *La nozione di "abuso di diritto"*, cit., 329 ss.; F. MUNARI, *Il divieto di abuso*, cit., 519 ss.; F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011, 135.

233 V. EDWARDS, P. FARMER, *The concept of abuse in the freedom of establishment of Companies: a case of double standards?*, in *Continuity and change in UE Law*, edited by A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS, Oxford, 2008, 207.

234 Definito dall'art. 1, comma 1, lett. hhh) come "uno Stato che non è membro dell'Unione europea o non è aderente allo Spazio economico europeo"; mentre la lett. z) definisce l'impresa di assicurazione extracomunitaria come "la società di assicurazione avente sede legale e amministrazione centrale in uno Stato non appartenente all'Unione europea o non aderente allo Spazio economico europeo, autorizzata per l'esercizio delle assicurazioni o delle operazioni di cui all'articolo 2".

essere previamente autorizzate dall'IVASS e rimarranno soggette alla sua vigilanza.²³⁵

L'impresa straniera è tenuta a istituire in Italia una sede secondaria, nominando un rappresentante generale che risieda in Italia e possieda i requisiti di onorabilità e professionalità.

Venendo meno il sistema del mutuo riconoscimento e quindi la presunzione di equivalenza tra le legislazioni (e i relativi controlli) che permea l'ordinamento europeo, la disciplina che regola l'accesso all'attività assicurativa da parte di imprese di Stati terzi mira a verificare la solidità dell'impresa straniera, affinché sia garantita protezione degli assicurati.²³⁶

Oltre alla verifica dei requisiti di cui all'art. 28, Reg. n. 10 del 2008, l'IVASS valuta altresì le seguenti condizioni:

- a) che lo Stato di origine rispetti il principio di parità di trattamento e di reciprocità nei confronti delle imprese aventi sede legale in Italia che intendano costituire o abbiano costituito in tale Stato una sede secondaria;
- b) che nello Stato di origine che intende istituire la sede secondaria in Italia vi sia una regolamentazione adeguata sotto il profilo dei controlli di vigilanza prudenziale a fini di stabilità sulle imprese di assicurazione;
- c) che esistano accordi in materia di scambio di informazioni ovvero non vi siano ostacoli allo scambio di informazioni con l'Autorità di vigilanza dello Stato di origine.²³⁷

²³⁵ Per i requisiti necessari ad ottenere l'autorizzazione e l'*iter* da seguire, oltre alle disposizioni del codice delle assicurazioni, v. Reg. ISVAP n. 10 del 2008, artt. 28 e ss. Merita precisare che anche se nello Stato di origine esercita congiuntamente i rami vita e i rami danni, in Italia l'impresa può essere autorizzata ad esercitare esclusivamente i rami danni o i rami vita (art. 28, comma 3, c.a.p.).

²³⁶ E. PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, in *Le assicurazioni*, a cura di A. COLAVOLPE, M. PROSPERETTI, Padova, 2012, 99.

²³⁷ Art. 32, comma 2, Reg. 10 del 2008.

In particolare, il rispetto del principio di parità di trattamento o di reciprocità, comune in ambito internazionale, mira a tutelare le imprese italiane, affinché abbiano nello Stato terzo un trattamento analogo rispetto a quello riservato in Italia alle imprese dello Stato estero;²³⁸ pertanto, mancando tale condizione, l'autorizzazione non viene concessa.

Lo scopo della disposizione è la tutela di un mercato assicurativo concorrenziale.²³⁹

In particolare, non trovando applicazione le disposizioni europee, spetta allo Stato italiano non solo garantire la libertà economica e la parità di concorrenza tra imprese italiane e straniere sul territorio nazionale, ma anche, in un certo senso, tutelare le compagnie nazionali all'estero: le imprese straniere potranno operare in Italia solo se lo Stato terzo consentirà parità di trattamento agli operatori italiani sul suo territorio.

Da notare che si è parlato di sede secondaria: l'art. 29, c.a.p., infatti, vieta all'impresa di un Paese terzo l'esercizio in Italia dell'attività nei rami vita o nei rami danni in regime di libertà di prestazione di servizi e tale divieto è esteso anche alle sedi secondarie situate in Stati terzi appartenenti ad imprese aventi sede legale in un altro Stato membro. La *ratio* di tale disposizione è stata rinvenuta nell'intento di evitare effetti elusivi e garantire che i soggetti che svolgono l'attività assicurativa sul territorio italiano siano sottoposti alla vigilanza delle Autorità nazionali; al contrario la presenza di una sede stabile dà maggiore certezza circa la possibilità di

²³⁸ P. MARIANO, *Commento all'art. 28*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, cit., 242.

²³⁹ P. MARIANO, *Commento all'art. 28*, cit., 243. L'A. manifesta perplessità circa l'attribuzione all'Authority di un potere che solo apparentemente è tecnico, ma presenta chiari risvolti politici.

espletare i controlli e offre maggiori garanzie sul corretto adempimento delle obbligazioni.²⁴⁰

Inoltre, l'impresa di un Paese terzo, che al momento in cui presenta istanza di autorizzazione ad operare sul territorio della Repubblica è già autorizzata all'esercizio dei rami vita o dei rami danni in uno o più Stati membri o ha presentato in tali Stati domanda di autorizzazione, può usufruire di particolari agevolazioni in materia di Requisito Patrimoniale di Solvibilità, cauzione, localizzazione delle attività a copertura del Requisito Patrimoniale Minimo (art. 51, c.a.p.).

In questi casi, i suddetti requisiti vengono calcolati considerando non il singolo stabilimento (come fosse un'unità isolata), ma l'insieme delle attività assicurative svolte dalle succursali operanti negli Stati in cui si applica la normativa dell'Unione europea.²⁴¹

L'istanza per usufruire di tale regime è presentata all'IVASS ed alle autorità di vigilanza degli altri Stati membri interessati, indicando l'autorità alla quale l'impresa chiede che venga demandato il controllo di solvibilità per il complesso delle attività effettuate dalle sedi secondarie stabilite negli Stati membri.

Le agevolazioni possono essere concesse soltanto congiuntamente e con l'accordo di tutte le autorità degli Stati membri interessati. Esse hanno effetto dal momento in cui l'autorità prescelta per il controllo della solvibilità globale, avuta notizia dell'accordo di tutti gli Stati

240 P. MARIANO, *Commento all'art. 29, Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, cit., 250.

241 S. DE POLIS, *Commento all'art. 51*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, cit., 442. La funzione della disposizione *de qua* viene rinvenuta dalla dottrina nell'intento di applicare la disciplina prudenziale "alla valutazione dell'attività assicurativa svolta globalmente dalle succursali, dislocate sul territorio di diversi Stati membri", così G. VOLPE PUTZOLU, *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, Padova, 2013, 362.

membri interessati, comunica alle altre autorità di essere disposta ad esercitare la vigilanza. Le agevolazioni vengono meno in tutti gli Stati membri interessati nel caso in cui siano soppresse ad iniziativa di uno o più Stati membri interessati.

Riassumendo, l'impresa extracomunitaria che intende operare in Italia in stabilimento deve essere autorizzata da IVASS (art. 28); mentre non è consentito l'esercizio in libera prestazione (art.29).

Inoltre, non è consentito l'esercizio del diritto di stabilimento né da parte di una impresa extraeuropea attraverso una sede secondaria nell'UE né attraverso sedi secondarie situate in Stati terzi appartenenti ad imprese aventi sede legale in un altro Stato membro (una sede secondaria non può a sua volta creare una sede secondaria ed esercitare il diritto di stabilimento).

Infine, ci si chiede se sia possibile che l'impresa con sede legale in uno Stato terzo operi in Italia in libera prestazione tramite una sede secondaria stabilita in uno Stato membro. Tale ipotesi, non espressamente prevista dal codice, potrebbe essere sussunta nell'art. 24, c.a.p.²⁴²

A favore di tale conclusione depone sia l'espressa previsione dell'art. 28, comma 2, che estende all'impresa extraeuropea con sede secondaria in Italia l'applicazione delle disposizioni sulle condizioni per lo svolgimento all'estero dell'attività in regime di libertà di prestazione di servizi; sia il venir meno delle esigenze di protezione degli assicurati, poiché si *presuppone* che la sede secondaria sarà soggetta alla vigilanza delle autorità dello Stato membro.

²⁴² M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, Padova, 2013, 163.

5. Il mercato unico riassicurativo.

L'attività di riassicurazione (uno degli strumenti per consentire la ripartizione del rischio tra più assicuratori) consiste nell'accettazione di rischi ceduti da un'impresa di assicurazione o da un'altra impresa di riassicurazione.²⁴³

È il caso di sottolineare che, vista l'esigenza di ripartire i rischi, la riassicurazione, a differenza dell'attività assicurativa, è *ex se* fenomeno internazionale.²⁴⁴

Per tale motivo l'attività riassicurativa è stata per lungo tempo "trascurata"²⁴⁵ non solo dal legislatore interno ma anche da quello sovranazionale.

Inoltre, le esigenze di tutela dell'assicurato, che si pongono in maniera pungente per l'attività assicurativa, sono più blande nel contratto di riassicurazione, stipulato tra operatori che appartengono allo stesso settore.²⁴⁶

Prima della direttiva n. 2005/68/CE, il legislatore comunitario aveva adottato solo un atto, la direttiva 25 febbraio 1964, n. 64, sulla soppressione delle restrizioni

243 Cfr. la definizione dell'attività riassicurativa dell'art. 1, comma 1, lett. d) c.a.p.: "l'assunzione e la gestione dei rischi ceduti da un'impresa di assicurazione, anche di uno Stato terzo o retrocessi da un'impresa di riassicurazione". Sulla natura del contratto assicurativo rimane ancora fondamentale la ricostruzione di A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1956. Nel senso che, al di là delle varie teorie, il contratto di riassicurazione realizza il trasferimento del rischio dell'assicuratore al riassicuratore v. L. MORELLO, *Commento art. 57*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, cit., 126. Cfr. la precedente formulazione dell'art. 57, comma 1, c.a.p.: "L'attività di riassicurazione consiste nell'accettazione di rischi ceduti da un'impresa di assicurazione o da un'altra impresa di riassicurazione ed è riservata alle imprese di riassicurazione".

244 C. RUSSO, *Commento all'art. 57*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, cit., 5.

245 L'espressione è di R. CAPOTOSTI, *Riassicurazione, il completamento dell'ordinamento assicurativo*, in *Assicurazioni*, 2006, 1, 31 ss.

246 Cfr. R. CAPOTOSTI, *La riassicurazione. Il contratto e l'impresa*, Torino, 1991, 34 ss.; A. VOLANTI, *Commento agli artt. 58-59*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, cit., 18.

alle libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi anche in ambito riassicurativo.²⁴⁷

Merita precisare che la direttiva del 1964 aveva come obiettivo non il coordinamento delle disposizioni nazionali (perseguito dalla direttiva del 2005), ma la liberalizzazione del mercato riassicurativo.²⁴⁸

Dunque, dal punto di vista interno, la disciplina era contenuta nel T.U. del 1959 (D.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449), modificato dalla l. n. 178 del 1965, che, per trasporre la direttiva del 1964, abrogava l'art. 73, il quale riconosceva in capo al Ministro il potere discrezionale di vietare la cessione dei rischi di riassicurazione ad imprese estere che non avessero costituito la legale rappresentanza sul territorio nazionale;²⁴⁹ ma rimaneva in vigore il regime dell'autorizzazione, per cui le imprese di riassicurazione (europee o con sede legale in Stati terzi), che intendevano operare in regime di stabilimento, dovevano essere previamente autorizzate (prima dal Ministro dell'Industria e poi dall'ISVAP, in seguito alle modifiche apportate dal D.P.R. n. 385 del 1994).²⁵⁰

Tuttavia, la creazione di un mercato unico assicurativo si realizza anche attraverso una disciplina armonizzata dell'attività riassicurativa.

247 Merita precisare che l'obiettivo della direttiva è non l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, ma solamente garantire l'eliminazione degli ostacoli allo stabilimento ed alla prestazione di servizi riassicurativi da parte delle imprese comunitarie.

248 R. CAPOTOSTI, *Riassicurazione, il completamento dell'ordinamento assicurativo*, Ass., 2006, 1, 35. Infatti, è stato imposto agli Stati membri di eliminare dagli ordinamenti nazionali le disposizioni che limitano l'esercizio dell'attività riassicurativa in regime di stabilimento e di libera prestazione (nel caso italiano la l. n. 178 del 1965 ha abrogato l'art. 73, comma 2, del T.U. 449 del 1959).

249 A. VOLANTI, *Commento agli artt. 58-59*, cit., 21.

250 Per un approfondimento su tale regime si rinvia a C. RUSSO, *Commento agli artt. 60 e 61*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, cit., 37 ss.

In particolare, l'assenza di una disciplina comunitaria che ponesse obblighi di armonizzazione aveva prodotto una forte disomogeneità tra le normative nazionali sia riguardo le condizioni di accesso e di esercizio sia riguardo la vigilanza,²⁵¹ soprattutto in considerazione del fatto che all'attività riassicurativa non si applicava il meccanismo della licenza unica e dell'*home country control*.²⁵²

Per tale motivo è stata adottata la direttiva 68/2005/CE,²⁵³ il cui nono considerando ammette che con la presente direttiva il settore riassicurativo si conforma all'impostazione adottata dal diritto comunitario nell'assicurazione diretta, attuando un'armonizzazione essenziale, necessaria e sufficiente per garantire il reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di controllo prudenziale e permettere il rilascio di un'autorizzazione unica valida in tutta la Comunità e l'applicazione del principio della vigilanza da parte dello Stato membro d'origine,²⁵⁴ affinché tale autorizzazione consenta all'impresa di svolgere le proprie attività ovunque nella Comunità, sia in regime di libero stabilimento, sia in regime di libera prestazione di servizi (decimo considerando).

251 C. RUSSO, *Commento agli artt. 60 e 61, cit.*, 41.

252 Cfr. I. RIVA, *La direttiva 2005/68/CE in materia di riassicurazione*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, 535.

253 Peraltro abrogata dalla Direttiva 2009/138/CE.

254 Cfr. il quinto considerando sulle divergenze tra legislazioni in materia di regolamentazione prudenziale della riassicurazione, che hanno comportato "una situazione in cui le notevoli differenze fra i livelli di vigilanza sulle imprese di riassicurazione della Comunità ostacolano l'esercizio della riassicurazione, come l'imposizione alle imprese di riassicurazione dell'obbligo di impegnare attivi a garanzia della parte di riserve tecniche cedute dagli assicuratori diretti, o di essere soggetti a norme di vigilanza diverse a seconda degli Stati membri in cui operano, ovvero ad una vigilanza indiretta sui vari aspetti della loro attività da parte delle autorità competenti per le imprese di assicurazione diretta".

Pertanto, la direttiva ha innanzitutto esteso il regime della licenza unica e dell'*home country control* anche al settore riassicurativo.²⁵⁵

In particolare, l'art. 3 della direttiva *de qua*, nel subordinare l'accesso all'attività riassicurativa alla preventiva concessione di un'autorizzazione amministrativa, dispone che questa deve essere richiesta alle autorità competenti dello Stato membro d'origine da parte dell'impresa che stabilisce la sede sul territorio di detto Stato membro oppure dell'impresa di riassicurazione che, ricevuta l'autorizzazione, estende la propria attività a rami riassicurativi diversi dai rami già autorizzati. Analogamente a quanto disposto per il settore assicurativo, l'autorizzazione viene concessa dopo aver verificato, attraverso il possesso di una serie di requisiti, la sana e prudente gestione dell'impresa, non potendo gli Stati membri condizionare l'accoglimento della domanda di autorizzazione alle necessità economiche del mercato.

L'autorizzazione è valida per l'intera Comunità e permette all'impresa di riassicurazione di svolgere l'attività in regime di diritto di stabilimento o di libera prestazione di servizi (art. 4).²⁵⁶

Lo scopo della direttiva è non solo armonizzare le normative degli Stati membri, ma anche provvedere finalmente a disciplinare a livello europeo un settore rilevante dal punto di vista economico-finanziario quale quello assicurativo.²⁵⁷

²⁵⁵ Anche se l'art. 1, dir. 2005/68 delimita l'ambito di applicazione alle imprese di riassicurazione che svolgono soltanto l'attività riassicurativa e non anche a quelle che svolgono congiuntamente riassicurazione e assicurazione.

²⁵⁶ Per lo speculare aspetto della vigilanza riservata allo Stato membro d'origine qualora si operi in regime di stabilimento o in libera prestazione, v. artt. 15 e 16 e artt. 47 e 48 (sui poteri delle autorità dello Stato membro ospitante), dir. 2005/68.

²⁵⁷ M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., 431.

Il testo originario del codice delle assicurazioni, nonostante una bozza avanzata di direttiva fosse già stata licenziata, non ha tenuto conto delle novità introdotte in materia,²⁵⁸ tanto che la l. n. 56 del 2008 è dovuta intervenire nuovamente sulla disciplina riassicurativa per trasporre la direttiva del 2005, modificando gli artt. 57 e seguenti del c.a.p.

5.1 Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi riassicurativi.

Anche nel caso dell'accesso alla attività riassicurativa il regime di distingue a seconda che le imprese abbiano sede legale nel territorio della Repubblica, in un Paese europeo oppure in uno Stato terzo.²⁵⁹

Nella specie l'art. 58, c.a.p. prevede che l'impresa con sede legale in Italia e che intende esercitare esclusivamente l'attività di riassicurazione sia autorizzata dall'IVASS (se possiede i requisiti di cui all'articolo 59). L'autorizzazione è valida per il territorio della Repubblica, per quello degli altri Stati membri, nel rispetto delle disposizioni relative alle condizioni di accesso in regime di stabilimento o di prestazione di servizi nonché per quello degli Stati terzi di cui all'articolo 59-*quinquies*, nel rispetto della legislazione di tali Stati.

Merita precisare che i requisiti richiesti dall'art. 59 (sulla forma societaria, ma anche sui fondi in possesso

²⁵⁸ Cfr. E. BELLIZZI, *Commento agli artt. 57-67*, in *Il Nuovo codice delle assicurazioni*, a cura di AMOROSINO e DESIDERIO, Milano, 2006, 200.

²⁵⁹ Per completezza si ricorda che l'impresa di assicurazione che esercita congiuntamente l'attività di riassicurazione è soggetta alla disciplina di cui al titolo II (art. 57, comma 4, c.a.p.). Inoltre, è bene ricordare che la normativa del codice deve essere implementata dal Regolamento IVASS 10 marzo 2010, n. 33, che detta norme in materia di accesso ed esercizio dell'attività riassicurativa da parte di imprese con sede legale in Italia e di sedi secondarie in Italia di imprese con sede legale in Stati terzi.

dell'impresa) sono indice di una sana e prudente gestione dell'impresa.

Infatti, l'IVASS nega l'autorizzazione quando dalla verifica di tali condizioni non risulta garantita la sana e prudente gestione, a prescindere dalla struttura e dall'andamento dei mercati interessati. Il provvedimento è specificatamente e adeguatamente motivato ed è comunicato all'impresa interessata entro novanta giorni dalla presentazione della domanda di autorizzazione completa dei documenti richiesti.

Proprio per adeguare l'ordinamento italiano alla direttiva del 2005 e, dunque, ai principi del mutuo riconoscimento e dell'*home country control*, l'art. 59-ter dispone che l'impresa di riassicurazione, qualora intenda istituire una sede secondaria in un altro Stato membro, ne dà preventiva comunicazione all'IVASS, indicando a) l'indirizzo della sede secondaria; b) il nominativo e i poteri del rappresentante generale; c) gli Stati membri in cui intende operare; d) un programma che illustri il tipo di attività che intende esercitare. L'IVASS, entro trenta giorni dalla data di ricezione della comunicazione, ove non ravvisi la sussistenza di elementi ostativi, comunica all'autorità di vigilanza competente dello Stato membro interessato l'intenzione dell'impresa di istituire una succursale in tale Stato, trasmettendo le informazioni previste dalle disposizioni dell'ordinamento comunitario. Qualora, invece, ravvisi motivi ostativi respinge la richiesta con provvedimento motivato.²⁶⁰

Analogo *iter* è previsto dall'art. 59-quater per l'attività in regime di prestazione di servizi in un altro Stato membro. In tale ipotesi, infatti, l'impresa di riassicurazione,

²⁶⁰ E. PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, in *Banche, assicurazioni e gestori del risparmio*, a cura di M. PROSPERETTI, A. COLAVOLPE, Padova, 2009, 644.

qualora intenda effettuare per la prima volta attività in regime di libertà di prestazione di servizi in un altro Stato membro, ne dà comunicazione all'IVASS. Insieme alla comunicazione l'impresa trasmette un programma nel quale sono indicati gli stabilimenti dai quali l'impresa si propone di svolgere l'attività, gli Stati membri nei quali intende operare, il tipo di attività che intende esercitare.

Dunque, affermato il principio dell'*home country control* anche in materia riassicurativa, il rilascio dell'autorizzazione e il relativo controllo spetta all'Autorità del Paese in cui l'impresa ha la propria sede legale.

In particolare, l'art. 60, c.a.p.²⁶¹ dispone che l'accesso all'attività riassicurativa in regime di stabilimento nel territorio della Repubblica, da parte di un'impresa avente la sede legale in un altro Stato membro, è subordinato alla comunicazione all'IVASS, da parte dell'autorità di vigilanza di tale Stato delle informazioni e degli adempimenti previsti dalle disposizioni dell'ordinamento europeo.

L'impresa può insediare la sede secondaria e dare inizio all'attività in Italia dal momento in cui riceve notizia dall'autorità di vigilanza dello Stato di origine dell'avvenuta trasmissione all'IVASS della comunicazione.

Di conseguenza, il potere dell'Istituto si sostanzia nell'intervento in quei casi di inosservanza da parte dell'impresa europea della normativa vigente in Italia e ad essa applicabile, mentre l'impresa rimane soggetta alla

²⁶¹ Invero, l'art. 60 è stato riformato dal d.lgs. n. 56 del 2008. Il precedente testo sottoponeva l'esercizio della riassicurazione in regime di stabilimento nel territorio della Repubblica da parte dell'impresa che ha sede legale in un altro Stato membro o in uno Stato terzo alla preventiva autorizzazione dell'ISVAP, che con proprio regolamento attuava tale disposizione indicando le condizioni necessarie per operare e la procedura per l'accesso in regime di stabilimento.

vigilanza prudenziale dell'Autorità del Paese d'origine (cfr. art. 195-*bis*, v. anche cap. III).

L'impresa riassicurativa potrà iniziare l'attività dopo aver ricevuto la conferma dell'avvenuta comunicazione all'IVASS da parte dell'Authority nazionale.

La libera prestazione di servizi in campo riassicurativo, invece, è disciplinata dall'art. 61, c.a.p.

Da notare che a differenza dell'esercizio della assicurazione, la libera prestazione è ammessa anche per le imprese con sede legale in uno Stato terzo.

Il precedente testo dell'art. 61, c.a.p. vietava, attraverso il richiamo al comma 4 dell'art. 24, c.a.p., alle imprese di operare in regime di libera prestazione di servizi a mezzo di sedi secondarie, di agenzie o di qualsiasi altra presenza permanente nel territorio italiano, neppure se tale presenza consisteva in un semplice ufficio gestito da personale dipendente, o tramite una persona indipendente, ma incaricata di agire in permanenza per conto dell'impresa stessa.

In seguito alla novella introdotta dal d.lgs. n. 74 del 2015, il comma 1-*bis*, art. 61 ha capovolto la prospettiva, stabilendo che nei confronti dell'impresa riassicurativa si applica l'art. 23, comma 1-*bis*, nel senso che è considerato esercizio dell'attività assicurativa in regime di stabilimento, anche in assenza di succursali, agenzie o sedi secondarie, qualsiasi presenza permanente nel territorio della Repubblica, inclusa l'organizzazione di un semplice ufficio gestito da personale dipendente dell'impresa ovvero da una persona indipendente ma incaricata di agire in modo permanente per conto dell'impresa stessa.

La vera novità dell'art. 61, c.a.p. è il regime dell'autorizzazione: l'accesso e l'esercizio dell'attività di riassicurazione in regime di libera prestazione di servizi

nel territorio della Repubblica da parte delle imprese aventi la sede legale in un altro Stato membro o in uno Stato terzo è consentito *senza* necessità di autorizzazione. In realtà, la disposizione non stravolge la disciplina, ma dà veste legale ad una prassi già in uso, vista la forte liberalizzazione del mercato riassicurativo. Non è, infatti, necessaria alcuna preventiva notifica da parte dell'autorità di origine o della stessa impresa di riassicurazione.

Una parte della dottrina²⁶² ha evidenziato come in realtà l'art. 61 non sia in linea con la disciplina europea laddove equipara le imprese aventi la sede legale in uno Stato terzo a quelle comunitarie. La direttiva del 2005, infatti, precisa che le imprese di riassicurazione aventi la sede fuori dell'Unione Europea ma esercenti la riassicurazione nella UE non possono essere soggette a disposizioni tali da determinare un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese di riassicurazione aventi la sede in uno Stato membro (considerando trentasei e art. 49), tanto che la direttiva contempla la possibilità di negoziare accordi con i Paesi terzi, affinché si favorisca la liberalizzazione dei servizi riassicurativi attraverso lo stabilimento o la prestazione transfrontaliera di servizi (considerando trentotto; art. 50, Dir. n. 68/2005).

Invero, consentire alle imprese di riassicurazione con sede legale in uno Stato terzo di operare in libera prestazione senza imporre loro l'autorizzazione non comporta una violazione dei Trattati per due elementari motivi.

Innanzitutto la direttiva vieta di prevedere un trattamento *più favorevole* alle imprese extraeuropee, ma non impedisce allo Stato membro di parificare la disciplina applicabile alle imprese europee e a quelle straniere; in secondo luogo se l'UE avesse voluto imporre agli Stati un

262 C. RUSSO, *Commento agli artt. 60 e 61*, cit., 47.

determinato regime l'avrebbe previsto nella direttiva stessa oppure si sarebbe avvalsa della facoltà di stipulare Convenzioni con i Paesi interessati.

A maggior ragione non necessita di autorizzazione l'impresa di riassicurazione con sede legale in uno Stato terzo, ma che operi in regime di libera prestazione in Italia tramite una sede secondaria situata in uno Stato membro. In tal caso, infatti, si *presuppone* che i requisiti di solvibilità, stabilità e sana e prudente gestione siano stati vagliati dallo Stato membro che ha autorizzato lo stabilimento e, pertanto, il mutuo riconoscimento sia della legislazione applicabile (per di più armonizzata) sia della equivalenza dei controlli fanno propendere per la possibilità di operare in libera prestazione in Italia.

Tanto più che tale ipotesi è ammessa per le imprese di assicurazione: è vero che la normativa prevede un ruolo dell'IVASS in tali casi, tuttavia è anche vero che si tratta di assicurare la finalità principale di cui all'art. 3, c.a.p. (la tutela del consumatore), esigenza che nel caso delle riassicurazioni, concludendosi il contratto tra soggetti "professionisti", viene in rilievo solo indirettamente sotto il profilo della stabilità del sistema e della solvibilità delle imprese, obiettivi garantiti tramite l'*iter* delineato. Non a caso, infatti, le critiche mosse alla norma in commento non riguardano pericoli di insolvidità delle imprese riassicurative, ma un contrasto con la normativa europea, che va escluso per le ragioni anzidette.²⁶³

263 Sarebbe utopistico pensare che il sistema di vigilanza prudenziale possa evitare ogni fallimento. D. FOCARELLI, *Il ruolo delle imprese di assicurazione nella crisi finanziaria: Solvency II è una risposta adeguata?*, in *Banca Impresa Società*, 2010, 2, 281, che ricorda come "«La possibilità di avere una probabilità non nulla di sfuggire eternamente al fallimento ... non può dipendere che dalla previsione di imporre ... criteri di prudenza indefinitivamente crescenti ... Tale ipotesi è assurda»" (cita B. DE FINETTI, *La compensazione tra rischi eterogenei*, in *Giornale dell'Istituto italiano degli Attuari*, 1954, 17, 1-24).

Ne consegue che, nel silenzio dell'attuale normativa europea e alla luce dell'evoluzione storico-normativa dell'attività riassicurativa (ignorata per molto tempo dalla stessa UE) nonché della sua natura intrinsecamente internazionalistica, è lecito concludere che l'art. 61, c.a.p. non contrasti con l'ordinamento europeo.

6. Il limite dell'interesse generale.

Se è vero che l'obiettivo principale delle direttive sulle assicurazioni è la creazione di un mercato unico, realizzato in particolare tramite i principi dell'*home country control* e del mutuo riconoscimento, permettendo cioè a qualsiasi impresa di assicurazione autorizzata in uno Stato membro di esercitare le proprie attività su tutto il territorio dell'Unione Europea, è anche vero che tali principi non possono essere interpretati nel senso che qualunque impresa, sia essa stabilita o in libera prestazione, sia soggetta esclusivamente alle norme dello Stato d'origine, ritenendosi legittimata a disattendere la disciplina vigente nello Stato ospitante. Un'applicazione eccessivamente elastica di tali principi, infatti, potrebbe condurre nel migliore dei casi a disparità di trattamento, nel peggiore alla "strutturazione di architetture societarie transazionali dietro alle quali potrebbero celarsi fenomeni abusivi di *law shopping*".²⁶⁴

Per tentare di scongiurare tale situazione la Corte di Giustizia ha elaborato il principio del rispetto delle norme nazionali poste a presidio di interessi generali.

In particolare, le imprese di assicurazione europee per poter operare nel Paese ospitante devono rispettare le peculiari norme adottate per tutelare interessi generali.

²⁶⁴ M. HAZAN, *Struttura e poteri dell'autorità di vigilanza*, in M. HAZAN, S. TAURINI, *Assicurazioni private*, Padova, 2015, 312.

La nozione ricorre in diverse circostanze. Ad esempio nell'ambito della procedura di apertura di una succursale, lo Stato membro ospitante può indicare all'impresa di assicurazione condizioni, dettate da motivi di interesse generale, da osservare per esercitare nello Stato membro della succursale (articolo 10 delle direttive 73/239/CEE e 79/267/CEE modificato dall'articolo 32 delle direttive 92/49/CEE e 92/96/CEE, trasposte nell'ordinamento interno dall'art. 23, comma 3, c.a.p.²⁶⁵ e dall'art. 27, c.a.p.)²⁶⁶

In particolare, l'art. 27, c.a.p. attribuisce implicitamente all'IVASS un controllo sull'attività dell'impresa, aggiungendosi al (circoscritto) potere di vigilanza sulle condizioni di accesso al mercato italiano.²⁶⁷

Un altro riferimento importante riguarda la commercializzazione dei contratti di assicurazione: lo Stato membro dell'impegno o quello in cui è situato il rischio deve ammettere la conclusione di contratti di assicurazione (non vita o vita) con imprese di assicurazione autorizzate in altri Stati membri, sia in regime di stabilimento che di libera prestazione dei servizi, purché tali contratti non siano in contrasto con le disposizioni legali d'interesse generale in vigore nello

²⁶⁵ Ai sensi dell'art. 23, comma 3 nel termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della comunicazione l'IVASS indica all'autorità di vigilanza dello Stato membro di origine la normativa, giustificata da motivi d'interesse generale, che l'impresa deve osservare nell'esercizio dell'attività.

²⁶⁶ Una parte della dottrina ha sottolineato la "coincidenza d'ambito disciplinare che si realizza fra le due disposizioni considerate, la cui *ratio* si lega all'esigenza di un'applicazione tendenzialmente uniforme del principio", giungendo, dunque, alla conclusione che "sia l'indicazione dell'autorità di vigilanza ai sensi dell'art. 23 a delineare il perimetro delle disposizioni rilevanti ai fini dell'art. 27, che sono tutte e solo quelle indicate dall'autorità di vigilanza". In caso contrario, si rischia una "frantumazione interpretativa ed operativa", che mette in pericolo la costruzione del mercato unico assicurativo, rispetto al quale l'indeterminatezza della clausola *de qua* si pone come ostacolo. A. ANTONUCCI, P. MARIANO, *Commento all'art. 27 cap.*, in *Il codice delle assicurazioni*, a cura di F. CAPRIGLIONE, cit., 222 ss.

²⁶⁷ C. MERANI, *Imprese aventi sede legale*, cit., 69.

Stato membro dell'impegno o in quello in cui è situato il rischio (articolo 28, direttiva 92/49/CEE e articolo 28, direttiva 92/96/CEE).²⁶⁸

Merita precisare che un'impresa di assicurazione europea può essere costretta ad adeguare i propri servizi alla regolamentazione del Paese ospitante *solo se* le misure ad essa opposte sono di interesse generale, indipendentemente dal fatto che l'impresa agisca tramite una succursale o in regime di libera prestazione di servizi. Infatti, l'unica differenza fra succursale e prestazione di servizi riguarda esclusivamente la procedura di notificazione, più dettagliata per lo stabilimento di una succursale (articolo 32 della direttiva 92/49/CEE, articolo 32 della direttiva 92/96/CEE) rispetto all'esercizio di attività assicurative in regime di libera prestazione di servizi (articoli 34 e seguenti della direttiva 92/49/CEE e della direttiva 92/96/CEE).

Il concetto dell'interesse generale, dunque, potrebbe costituire una barriera all'operatività delle imprese europee.

È evidente, data l'indeterminatezza della locuzione, che il principale problema da risolvere consiste nella definizione del contenuto. In particolare, tale clausola, se da un lato consente ai singoli ordinamenti statali di tutelare interessi ritenuti meritevoli di tutela, dall'altro potrebbe porre in serio rischio la liberalizzazione e armonizzazione del mercato assicurativo, qualora si riconoscesse al legislatore e poi conseguentemente all'Authority di

268 Per completezza si precisa che un riferimento all'interesse generale è contenuto anche nella disciplina relativa all'assicurazione malattia sottoscritta in alternativa alla copertura sanitaria fornita dal regime legale di previdenza sociale (art. 54 della terza direttiva non vita n. 92/49/CEE) e nella disciplina relativa alla pubblicità di servizi (articolo 41 della direttiva 92/49/CEE e articolo 41 della direttiva 92/96/CEE).

limitare l'esercizio assicurativo in nome di non meglio precisati interessi generali.

Tuttavia le direttive non contengono alcuna indicazione utile a definire l'interesse generale, limitandosi a ricordare nei considerando le condizioni stabilite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.²⁶⁹

Invero, neanche la Corte, che pure ha elaborato il principio, ha mai fornito una definizione di interesse generale, valutando caso per caso la possibilità di considerare un determinato provvedimento nazionale giustificato da un motivo imperioso di pubblico interesse. Tuttavia, un argine all'indeterminatezza è stato posto, precisando le rigorose condizioni che devono soddisfare i provvedimenti nazionali volti a perseguire un obiettivo di interesse generale per essere legittimamente opposti all'assicuratore europeo.

Innanzitutto, una disposizione nazionale può legittimamente ostacolare o limitare l'esercizio del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi se è dettata in un settore non armonizzato.

In alcuni ambiti le direttive sul mercato assicurativo dettano disposizioni sufficientemente dettagliate da non lasciare spazio alla discrezionalità statale: ad esempio, relativamente al calcolo delle riserve tecniche e del

269 Cfr. C-55/94, Gebhard, cit. Cfr. il considerando diciannovesimo della direttiva 92/49/CEE: "considerando che, nel quadro del mercato interno, è nell'interesse del contraente avere accesso alla più ampia gamma possibile di prodotti assicurativi offerti nella Comunità, al fine di poter scegliere tra essi il più adeguato alle sue esigenze; che spetta allo Stato membro in cui è situato il rischio vigilare affinché non sussista alcun ostacolo alla possibilità di commercializzare sul suo territorio tutti i prodotti assicurativi offerti nella Comunità, purché detti prodotti non siano contrari alle *disposizioni giuridiche di interesse generale* in vigore nello Stato membro in cui è situato il rischio e nella misura in cui l'interesse generale non sia salvaguardato dalle disposizioni dello Stato membro d'origine, sempreché tali disposizioni si applichino senza discriminazioni a qualsiasi impresa operante in detto Stato membro e siano obiettivamente necessarie e proporzionate all'obiettivo perseguito". Analogo il ventesimo considerando della direttiva 92/96/CEE.

marginale di solvibilità, alle condizioni d'accesso all'attività assicurativa e alla vigilanza finanziaria e prudenziale gli Stati non possono più far valere alcun riferimento all'interesse generale.

Al contrario, quando le regole armonizzate sono clausole minime oppure non vi è alcuna armonizzazione (es. il regime dei contratti),²⁷⁰ uno Stato membro rimane libero di imporre, nei confronti delle proprie imprese di assicurazione, norme più severe di quelle previste dalle direttive.

In ogni caso, qualora venisse imposto un livello di protezione più elevato rispetto al minimo stabilito da una disposizione europea, tale imposizione dovrebbe, per essere conforme al diritto eurounitario, rispettare il principio di proporzionalità.²⁷¹

Tale criterio è soddisfatto laddove non sia possibile trovare mezzi meno restrittivi per raggiungere l'obiettivo d'interesse generale perseguito.²⁷²

Si noti che, nonostante il ragionamento sia lo stesso, la valutazione della proporzionalità potrebbe essere differente a seconda che l'impresa operi in libertà di stabilimento o in libera prestazione: una restrizione potrebbe più facilmente essere considerata proporzionata

²⁷⁰ Cfr. art. 27, c.a.p.: "L'impresa di assicurazione comunitaria non può stipulare contratti, nonché fare ricorso a forme di pubblicità che siano in contrasto con disposizioni nazionali di interesse generale, ivi comprese quelle poste a protezione degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative". Tra gli obiettivi di interesse generale individuati dalla giurisprudenza si segnalano: la tutela dei lavoratori (Corte di giustizia C-279/80, Webb), la tutela dei consumatori (Corte di Giustizia C-205/84, Commissione v. Germania), la prevenzione delle frodi (Corte di Giustizia C-275/92, Scindler), la coerenza fiscale (Corte di Giustizia C-204/90, Bachmann), la sicurezza stradale (Corte di Giustizia C-55/93, Johannes Gerrit).

²⁷¹ Commissione C-43/03, parte II, pf. b).

²⁷² Anche se "il fatto che uno Stato membro imponga norme meno severe di quelle imposte da un altro Stato membro non significa che queste ultime non siano proporzionate e perciò incompatibili con il diritto comunitario" (Corte di Giustizia C-384/93, Alpine Investments).

nei riguardi di un soggetto operante in permanenza su un territorio che nei riguardi dello stesso soggetto operante soltanto a titolo temporaneo, poiché il prestatore di servizi agisce, proprio a causa della temporaneità dell'attività, in un quadro giuridico meno restrittivo.²⁷³

Anche se il principio soffre di un'importante eccezione nel caso di tutela del consumatore: l'esigenza di protezione del consumatore deve essere identica, indipendentemente dal fatto che il servizio venga fornito in regime di libera prestazione di servizi o tramite stabilimento.²⁷⁴

Inoltre, la misura deve essere necessaria al raggiungimento dell'obiettivo perseguito: sono, dunque, illegittime da un lato misure discriminatorie che avvantaggiano le imprese nazionali; dall'altro quelle che dichiaratamente perseguono un fine meritevole di tutela, ma in realtà mirano ad altri scopi connessi alla protezione del mercato nazionale.²⁷⁵

Qualora sia di natura discriminatoria, la restrizione potrà essere giustificata unicamente per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica, ma è in ogni caso illegittima ogni discriminazione fondata su motivi di natura economica.

Infine, l'obiettivo di interesse generale non deve essere già salvaguardato dalle regole alle quali il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito: occorre, cioè, verificare, in aderenza al principio del mutuo

²⁷³ Secondo la Corte uno Stato membro "non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del trattato dirette a garantire appunto la libera prestazione dei servizi" (Corte di Giustizia C-76/90, Säger; C-279/80, Webb).

²⁷⁴ Commissione C 43/03, cit., 20.

²⁷⁵ Resta a carico dello Stato l'onere di dimostrare sia la necessità della norma per perseguire un determinato scopo di interesse generale sia l'inesistenza di mezzi meno restrittivi per soddisfarlo. Cfr. Corte di Giustizia, C-101/94; C-84/93.

riconoscimento, che il medesimo interesse non sia già protetto dalla legislazione dello Stato membro d'origine.

Per ritenerla conforme all'ordinamento europeo la norma interna deve cumulativamente rispettare tali condizioni; pertanto, se anche una sola di esse non sussistesse, la disposizione porrà un indebito ostacolo alla realizzazione del mercato unico assicurativo e di conseguenza sarà contrario al diritto eurounitario.

Lo scopo di tale dettagliata giurisprudenza è quello di impedire che la legislazione dello Stato membro sia dichiarata a priori integralmente imperativa, imponendone il rispetto alle imprese europee:²⁷⁶ onde evitare l'abuso della clausola *de qua*, lo Stato non può rinviare in blocco ad un intero settore, dovendo identificare le precise disposizioni che rispondono alle esigenze da tutelare.

A tale proposito l'onere di provare che le disposizioni adottate si fondano su motivi di interesse generale incombe sullo Stato che ne invoca l'applicazione.²⁷⁷

6.1 L'interpretazione dell'interesse generale nell'ordinamento interno.

Come detto, l'interesse generale costituisce una deroga al sistema del mercato unico, basato sui principi del mutuo riconoscimento e dell'*home country control*; pertanto, non solo la clausola deve essere interpretata in maniera restrittiva, ma anche omogeneamente.

È importante evitare, infatti, che si affermino prassi interpretative discordanti e frantumate, che impedirebbero il funzionamento del mercato unico assicurativo.

²⁷⁶ A. SERINO, *Commento all'art. 17*, in *Il codice delle assicurazioni private*, cit., 179.

²⁷⁷ A. ANTONUCCI, P. MARIANO, *Commento all'art. 27*, cit., 227.

Invero, in base al sistema delineato dalle terze direttive, tale clausola è efficace solo se l'interpretazione che ne viene data può poggiare su basi univoche.²⁷⁸

Competente ad indicare in concreto il contenuto della clausola *de qua* è l'autorità di vigilanza, diretto interlocutore dell'omonimo estero, in modo da garantire una collaborazione fra le stesse, propedeutico alla creazione di una prassi il più possibile omogenea.²⁷⁹

Per agevolare la chiarezza del sistema, l'IVASS ha pubblicato un elenco (applicabile alle imprese di assicurazioni e agli intermediari)²⁸⁰ contenenti norme di interesse generale e, sebbene si tratti di una casistica esemplificativa e non esaustiva, l'Istituto precisa di non essersi limitato a indicare puramente e semplicemente intere parti di legislazione, ma di selezionare le norme che contengono requisiti aggiuntivi rispetto alle disposizioni minimali previste dalle direttive. Le disposizioni prese in considerazione riguardano per il codice (i) disposizioni di carattere generale, (ii) assicurazioni responsabilità civile auto, responsabilità civile natanti e responsabilità civile venatoria, (iii) contratti, (iv) attività d'intermediazione, (v) operazioni straordinarie, (vi) misure cautelari, (vii) riassicurazione; per la normativa secondaria, (i) disposizioni di carattere generale, (ii) assicurazioni responsabilità civile auto, responsabilità civile natanti e responsabilità civile venatoria, (iii) contratti, (iv) attività d'intermediazione; (v) il testo unico sulla finanza; (vi) il codice del consumo; (vii) la normativa fiscale e (viii) il codice civile e della navigazione. Vi è poi un riferimento alle norme penali, antiriciclaggio e antitrust, ai provvedimenti antitrust relativi alle procedure istruttorie

²⁷⁸ A. ANTONUCCI, P. MARIANO, *Commento all'art. 27*, cit., 224

²⁷⁹ A. ANTONUCCI, P. MARIANO, *Commento all'art. 27*, cit., 223.

²⁸⁰ Reperibile sul sito web dell'IVASS.

in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole, nonché alle altre disposizioni previste dalla normativa italiana di recepimento della normativa comunitaria applicabili alle imprese di assicurazione e riassicurazione.²⁸¹

Tuttavia, una parte della dottrina si è posta in atteggiamento critico, rilevando l'imprecisione delle stesse, poiché alcune delle norme contenute, per stessa ammissione dell'Istituto, hanno carattere informativo "pur non potendosi considerare strettamente di interesse generale". In questo modo, dunque, ricade sull'interprete verificare se la natura sia informativa ovvero imperativa a discapito della chiarezza normativa.²⁸²

Pertanto, il valore da riconoscere a tale elenco è certamente informativo, ma non pone lo Stato italiano al riparo da procedimenti di infrazione se le imprese europee dovessero sollevare dubbi di conformità con l'ordinamento sovranazionale.

6.2 L'esorbitante ricorso all'interesse generale.

Compresa la ragione della clausola di salvaguardia dell'interesse generale, è opportuno interrogarsi sui rimedi che l'impresa assicurativa dispone per contrastare una disposizione nazionale asseritamente imposta per tutelare tali interessi.

L'impresa assicurativa, infatti, non è obbligata a subire in silenzio l'imposizione di disposizioni che sarebbero poste a tutela di un pubblico interesse.

Tralasciando l'ipotesi di un adeguamento all'ordinamento per ragioni di convenienza economica, valutazione rimessa alla discrezionalità dell'impresa, si pone il problema di stabilire quali siano i rimedi esperibili

²⁸¹ E. PUCCI, *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, cit., 73.

²⁸² Così, G. VOLPE POTLOZU, *Commentario breve*, cit., 238.

nell'ipotesi in cui uno Stato membro imponga limiti fondati sull'interesse generale, ma di dubbia legittimità.

In questi casi, se l'operatore ritiene la norma nazionale ingiustificatamente restrittiva della libertà di stabilimento o di prestazione di servizi dovrebbe ricorrere all'autorità giudiziaria dello Stato membro oppure informare la Commissione.

Se, invece, non si è adeguata alla normativa né ha sollevato dubbi sulla conformità della disciplina con l'ordinamento europeo, l'impresa potrebbe essere perseguita da parte delle autorità nazionali o chiamata in giudizio da un contraente. In tali casi, l'impresa dovrà far valere in giudizio le proprie ragioni, lasciando che sia il giudice nazionale a valutare la validità degli argomenti delle parti o a sollevare questione pregiudiziale *ex art.* 267, TFUE. In ogni caso, l'impresa può in qualsiasi momento, informare la Commissione, la quale potrebbe, se ritiene le restrizioni non fondate e contrarie al diritto comunitario, aprire un procedimento per infrazione *ex art.* 258, TFUE, dovendo, però, fornire la prova del presunto mancato adempimento.²⁸³

A parte tali consueti rimedi, in seguito all'istituzione dell'EIOPA resta da vedere in che modo tale Authority si interfacerà con le imprese.

In particolare, ci si chiede se un'impresa possa adire direttamente l'EIOPA, posto che quest'ultima sicuramente ha poteri di intervento in materia di cooperazione *tra Autorità* competenti degli Stati membri.

In una recente vicenda (che tra l'altro ha visto coinvolto l'IVASS), l'EIOPA ha dichiarato ricevibile²⁸⁴ una domanda formulata da un'impresa assicuratrice ai sensi

²⁸³ Corte di Giustizia C-157/91, Commissione v. Paesi Bassi.

²⁸⁴ Decisione EIOPA-14-266 del 6 giugno 2014, anche se nel merito ha rigetto la richiesta di indagine formulata dalla ricorrente. Cfr. BOA 2015 001 del 3 agosto 2015, reperibili su eiopa.europa.eu/publications.

dell'articolo 17 del regolamento n. 1094 del 2010 (violazione del diritto europeo).

Pertanto, sembra che l'EIOPA possa (ma non vi è obbligo) intervenire anche su iniziativa di operatori privati.²⁸⁵

Resta fermo che la decisione definitiva su ogni eventuale questione spetta alla Corte di Giustizia (anche avverso le decisioni dell'EIOPA, cfr. artt. 60 e 61, Reg. n. 1094 del 2010),²⁸⁶ che garantirebbe così una certa uniformità di

²⁸⁵ Il caso sopra menzionato si è concluso con un ricorso al Tribunale *ex* artt. 263 e 265, TFUE (ordinanza 24 giugno 2016, T-590/2015), che nel merito ha, però, rigettato le doglianze dell'impresa. Vale la pena di leggere i punti principali dell'ordinanza, che, se per un verso ammette il diritto di ricorrere alla Corte, dall'altro sembra limitare le pretese dei privati nei confronti dell'EIOPA. "51. Nella specie, è pacifico che la ricorrente ha proposto all'EIOPA una domanda ai sensi dell'articolo 17 del regolamento n. 1094 del 2010. Tale disposizione istituisce un meccanismo che consente all'EIOPA di trattare i casi di violazione del diritto dell'Unione da parte delle autorità nazionali nella loro opera di vigilanza. [...] 52. In particolare, l'articolo 17, paragrafo 2, del regolamento in questione così dispone: «[s]u richiesta di una o più autorità competenti, del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione o del pertinente gruppo delle parti interessate, o di propria iniziativa, e dopo averne informato l'autorità competente interessata, l'[EIOPA] può effettuare indagini sull'asserita violazione o mancata applicazione del diritto dell'Unione». 53 Da tale disposizione, segnatamente dall'utilizzo del verbo «potere», emerge che l'EIOPA dispone di un potere discrezionale in materia di avvio di indagini, sia nel caso in cui venga investita di una richiesta da parte di uno degli enti espressamente indicati dall'articolo 17, paragrafo 2, del regolamento n. 1094/2010, sia nel caso in cui agisca di propria iniziativa (v., per analogia, sentenza del 9 settembre 2015, *SV Capital/ABE*, T_660/14, oggetto di impugnazione, EU:T:2015:608, punto 47). 54 Di conseguenza, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente nell'ambito della domanda per carenza, l'EIOPA non è affatto tenuta ad agire in applicazione dell'articolo 17 del regolamento n. 1094/2010. [...] 55. La garanzia della corretta e integrale applicazione del diritto dell'Unione ne costituirebbe un requisito essenziale. In altri termini, e come osservato peraltro dall'EIOPA, l'obiettivo di detto meccanismo non è accordare una protezione o una riparazione a titolo individuale nelle controversie tra una persona fisica o giuridica e un'autorità competente a livello nazionale" (ordinanza T-590/2015, cit.).

²⁸⁶ Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sono considerati atti impugnabili ai sensi dell'articolo 263, TFUE tutti i provvedimenti, a prescindere dalla loro forma, adottati dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione e intesi alla produzione di effetti giuridici vincolanti (v. sentenza del 31 marzo 1971, *Commissione/Consiglio*, C-22/70, punto 4; v. anche sentenza del 13 ottobre 2011, *Deutsche Post e Germania/Commissione*, C_463/10 e C-475/10, punto 36). In particolare, qualora il ricorso di annullamento avverso un atto adottato da un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione sia

sistema, non solo definendo in via preliminare le norme di interesse generale, ma vagliando anche in sede di applicazione la conformità all'ordinamento sopranazionale di singole clausole imposte dagli Stati membri.²⁸⁷

6.3 L'obbligo di contrarre: da ostacolo alla concorrenza a strumento di tutela dell'interesse generale

Un esempio di disposizione nazionale posta a tutela dell'interesse generale è l'obbligo a concludere un contratto nel settore r.c.a. La scelta è ricaduta proprio su tale normativa non tanto perché alle imprese europee siano imposti particolari adempimenti rispetto alle imprese italiane, quanto perché la giurisprudenza della Corte di giustizia solleva perplessità. Infatti, dopo aver censurato la normativa italiana nel 2003 per il regime tariffario imposto nel medesimo settore della r.c. auto,²⁸⁸

proposto da una persona fisica o giuridica, la Corte ha ripetutamente dichiarato che tale ricorso è esperibile solo se gli effetti giuridici vincolanti di tale atto sono idonei ad incidere sugli interessi di chi lo impugna, modificandone in misura rilevante la situazione giuridica (v. sentenza dell'11 novembre 1981, IBM/Commissione, C-60/81, punto 9; v. anche sentenza del 13 ottobre 2011, Deutsche Post e Germania/Commissione, C_463/10 e C_475/10, punto 37).

287 A. ANTONUCCI, P. MARIANO, *Commento all'art. 27*, cit., 230. Nell'ipotesi in cui la normativa interna dovesse risultare legittima e, dunque, l'impresa ha disatteso gli obblighi nazionali posti a tutela dell'interesse generale, si pone il problema di stabilire le ripercussioni non tanto sull'impresa (che sicuramente sarà soggetta a sanzioni) quanto sui contratti eventualmente conclusi. Secondo una ricostruzione dottrina, visto il rinvio di cui all'art. 165, c.a.p., la violazione comporterebbe la nullità degli atti e dei negozi eventualmente posti in essere per contrarietà a norma imperativa (art. 1418, c.c.). Tuttavia, poiché tale nullità rischia di essere pregiudizievole proprio per l'assicurato, più persuasiva è la teoria per cui dovrebbe applicarsi la nullità di protezione di cui all'art. 167, comma 2, c.a.p., previsto per i contratti conclusi con imprese non autorizzate (art. 167, comma 2, c.a.p.). Così A. ANTONUCCI, P. MARIANO, *Commento all'art. 27*, cit., 222 ss. Invero, tale conclusione pare più aderente ai principi informativi del settore assicurativo, il cui art. 3, c.a.p. prescrive come scopo principale della vigilanza, ancor prima della stabilità del sistema e dei mercati finanziari, l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative.

288 Sul quale per un approfondimento v. *infra*.

la Corte di giustizia nella sentenza del 28 aprile 2009, C-518/06 ritiene in linea con l'ordinamento europeo l'obbligo di contrarre.²⁸⁹

In particolare, la Commissione, informata da alcune imprese europee operanti in Italia dell'imposizione di tale disciplina, apre una procedura di infrazione per aver mantenuto disposizioni limitative della libertà di concorrenza e in contrasto con le libertà del Trattato.²⁹⁰

La Corte analizza diversi profili di censura.

Innanzitutto, l'obbligo a contrarre costituirebbe una restrizione alle libertà fondamentali dei Trattati.

Per costante giurisprudenza una restrizione alle libertà dei Trattati comprende tutte le misure che vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio della libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi,²⁹¹ comprese quelle misure che, seppure indistintamente applicabili, pregiudicano l'accesso al mercato per le imprese di altri Stati membri, ostacolando in tal modo il commercio intracomunitario, poiché le imprese che

289 Le censure riguardano le disposizioni della l. n. 990 del 1969 (art. 11, comma 1, che impone alle imprese di assicurazione l'obbligo di prestare l'assicurazione responsabilità civile auto su richiesta di qualsiasi potenziale cliente (oggi ripreso dall'art. 132, c.a.p.); l'art. 11, comma 1-bis sul calcolo delle tariffe (ripreso dagli artt. 35, n. 1, e 314, n. 2, c.a.p.); l'art. 12-bis sulla pubblicità dei premi e delle condizioni generali e speciali di polizza praticati nel territorio della Repubblica (oggi artt. 131 e 313, c.a.p.); l'art. 12-quater, comma 1 che punisce il rifiuto o l'elusione da parte delle imprese assicuratrici dell'obbligo di contrarre (cfr. art. 314, n. 1, c.a.p.).

290 G. ROMAGNOLI, *Obbligo a contrarre. compatibilità con il diritto UE*, in *Danno e resp. (Osservatorio assicurativo)*, 2009, 8-9, 903; per un approfondimento v. anche P. GROSSO, *Assicurazione R.C.-auto, obbligo di contrarre, disciplina nazionale: l'Italia viene assolta dall'accusa di violazione della direttiva europea n. 92/49/CEE*, in *Dir. eco. ass.*, 2009, 3, 1012 ss.; F. MANIARI, *Il "contratto base" r.c. auto e l'autonomia negoziale: profili di diritto europeo e costituzionale*, in *Dir. fisc. ass.*, 2013, 3, 348 ss.

291 Cfr. Corte di giustizia C-465/05, Commissione c. Italia e C-389/05, Commissione c. Francia.

intendono accedere al mercato italiano devono ripensare alle linee di politica aziendale.²⁹²

La Corte è ben consapevole che l'obbligo di contrarre non produce *stricto sensu* ripercussioni sull'accesso al mercato assicurativo in uno Stato membro, poiché non viene messa in discussione l'autorizzazione ottenuta dal Paese d'origine; tuttavia l'imposizione da parte di uno Stato membro dell'obbligo di contrarre costituisce un'ingerenza sostanziale nella libertà di concludere affari di cui godono, in linea di principio, gli operatori economici.²⁹³

Infatti, è fuor di dubbio che l'obbligo di contrarre, implicando maggiori oneri e costi per le imprese, renda meno attraente l'accesso al mercato italiano, in particolare laddove assoggetta le imprese di assicurazione non solo all'obbligo di assumersi tutti i rischi che vengono loro proposti, bensì parimenti ad esigenze di moderazione tariffaria. Queste sono tenute, qualora intendano poter accedere al mercato italiano secondo modalità compatibili con la normativa italiana, a ripensare la loro politica e le loro strategie aziendali, in particolare ampliando considerevolmente la gamma della loro offerta di servizi assicurativi.²⁹⁴

Tanto che è la stessa Corte ad ammettere che l'obbligo riduce la capacità delle imprese interessate a svolgere immediatamente una concorrenza efficace nei confronti

²⁹² Corte di giustizia, C-518/06, cit., punto 64.

²⁹³ Corte di Giustizia, C-518/06, cit., punto 66.

²⁹⁴ Corte di Giustizia, C-518/06, cit., punto 69. Il ragionamento della Corte è contestato da un'attenta dottrina: l'obbligo a contrarre ostacolerebbe la libera concorrenza tra imprese, piuttosto che risultare in contrasto con la libertà di stabilimento o libera prestazione, poiché difetta di uno dei requisiti basilari per configurare la violazione di tali norme del Trattato, ovvero una discriminazione tra l'impresa nazionale e quella europea. L'obbligo a contrarre, invece, si applica indistintamente tanto alle imprese straniere che domestiche. In questo senso M. ROSSETTI, *Tanto tuonò che non piovve: come sopravvisse l'obbligo di contrattare*, in *Corriere giuridico*, 2010, 4, 461.

delle imprese tradizionalmente operanti in Italia, ponendosi così in contrasto con le libertà di stabilimento e di prestazione di servizi.²⁹⁵

Tuttavia, la Corte accoglie le giustificazioni invocate dallo Stato italiano, tra le quali rileva la protezione sociale delle vittime di incidenti stradali, che, intesa come garanzia a un adeguato risarcimento delle suddette vittime, può essere considerata ragione imperativa di *interesse generale*.

In particolare, tale risarcimento viene principalmente finanziato mediante contratti conclusi con imprese di assicurazione ed è la stessa normativa europea, imponendo agli Stati membri di prendere tutte le misure utili affinché i loro cittadini adempiano l'obbligo consistente nella conclusione di un'assicurazione di responsabilità civile auto (art. 3 della direttiva 72/166), a consentire di utilizzare strumenti idonei a far sottoscrivere a ogni proprietario di un autoveicolo un'assicurazione ad una tariffa *non eccessiva*.

Né rileva l'esistenza di un fondo di garanzia per le vittime della strada, che assicurerebbe comunque un risarcimento, poiché assume solamente una funzione sussidiaria nel risarcimento delle vittime di incidenti stradali, principalmente nel caso in cui il sinistro sia stato causato da un veicolo per il quale gli obblighi assicurativi non siano stati soddisfatti.

Invece, sono proprio l'esistenza di un contratto individuale di assicurazione responsabilità civile auto e la possibilità di far valere il contratto medesimo direttamente nei confronti dell'impresa di assicurazione a costituire, secondo la Corte, il fondamento principale della protezione delle vittime di incidenti stradali.

²⁹⁵ Corte di Giustizia C-518/06, cit., punto 70.

Invero, il ragionamento lascia perplessi: la persona danneggiata può contare sul risarcimento in ogni caso grazie al fondo di garanzia, ma ai fini della decisione tale constatazione viene glissata considerando primario il risarcimento ottenuto dall'assicuratore.²⁹⁶

Neanche la censura sollevata dalla Commissione, secondo cui l'obbligo di contrarre nei confronti di tutti i potenziali clienti e sull'intero territorio italiano sarebbe sproporzionato, è accolta. La Corte, invece, dà peso alla motivazione dello Stato italiano: a causa delle difficili condizioni del Meridione, dove si registra un aumento dei sinistri, lo Stato deve assumere misure correttive affinché l'assicurazione responsabilità civile auto possa essere offerta a condizioni accettabili tanto per i contraenti quanto per le imprese di assicurazioni. Pertanto, l'obbligo a contrarre, così come strutturato dalla disciplina italiana, contempererebbe la necessità degli assicurati situati nella parte meridionale del Paese a poter concludere l'assicurazione (obbligatoria) r.c.a., e le esigenze delle imprese, a cui non è impedito di applicare tariffe differenziate in funzione di statistiche storiche del costo medio del rischi, di calcolare, cioè, una tariffa più elevata per un contraente residente in una zona caratterizzata da un numero rilevante di sinistri rispetto ad un contraente residente in una zona a rischio meno elevato.²⁹⁷

Invero, tale conclusione probabilmente non tiene nel dovuto conto le esigenze delle assicurazioni: il contratto assicurativo, per semplificare, si fonda su un meccanismo in cui il premio è rimodulato sulla base dell'andamento

²⁹⁶ Cfr. M. ROSSETTI, *Tanto tuonò*, cit., 462.

²⁹⁷ Dall'art. 11, comma 1-bis della legge n. 990 del 1969 e dall'art. 35, n. 1 del codice delle assicurazioni private emerge d'altronde che, adottando tale misura, la Repubblica italiana non ha vietato alle imprese di assicurazione di applicare tariffe differenziate in funzione di statistiche storiche del costo medio del rischio nell'ambito di categorie di assicurati definite in maniera sufficientemente ampia. Corte di Giustizia, C-518/06, cit., punto 90.

della sinistrosità. Su tale base riposa la stessa disciplina pubblicistica in merito alla sana e prudente gestione. Pertanto, imporre la conclusione di tali contratti potrebbe avere ripercussioni negative sulla stessa solidità dell'impresa: è vero, infatti, che tecnicamente non sono imposte tariffe, ma è altrettanto vero che la possibilità di differenziare le tariffe in funzione di statistiche storiche del costo medio del rischio incontra il limite (di interesse generale) di garantire ai contraenti la conclusione di contratti con tariffe non eccessive.²⁹⁸

Ad ogni modo, secondo la Corte la normativa italiana integra una restrizione delle libertà fondamentali, ma nel caso di specie è legittima perché risponde a ragioni imperative di interesse generale (le finalità di protezione sociale).

Ed è proporzionata allo scopo di tutelare le vittime di incidenti stradali, poiché senza tale strumento le imprese potrebbero decidere di non coprire i rischi nelle Regioni ad alto tasso di sinistrosità.²⁹⁹

Sotto un altro profilo la direttiva sarebbe stata violata per il “controllo sulle modalità con cui le imprese di assicurazione, con sede centrale in un altro Stato membro, ma operanti in Italia nel quadro della libertà di stabilimento o della libera prestazione di servizi, calcolano i propri premi assicurativi”³⁰⁰ e per le sanzioni comminate dall'IVASS alle imprese che per eludere

²⁹⁸ Cfr. M. ROSSETTI, *Tanto tuonò*, cit., 465.

²⁹⁹ Contesta aspramente tale conclusione, M. ROSSETTI, *Tanto tuonò*, cit., 462, poiché ritiene che si finirebbe per premiare coloro che mantengono un comportamento scorretto. La critica mossa dall'A. si fonda soprattutto sull'aumento delle frodi alle assicurazioni, decisamente più frequenti proprio nelle Regioni del Sud Italia, ovvero in quelle zone a favore delle quali l'obbligo di contrarre è stato imposto come motivo di interesse generale (*sic!*).

³⁰⁰ Cfr. anche M. GAGLIARDI, *L'interesse generale nel diritto comunitario e l'obbligo a contrarre nella RC auto: una "ventata" di solidarismo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 1, 97.

l'obbligo *de quo* proponevano la conclusione di contratti con una richiesta di premi esorbitanti.

Invero, tale controllo spetterebbe al paese d'origine (cfr. quinto considerando della direttiva 92/49 e artt. 11 e 40 della stessa).

Dunque, interpretando restrittivamente le eccezioni a tale principio, l'IVASS, qualora intendesse intervenire in merito ai premi assicurativi responsabilità civile auto praticati dalle imprese con sede principale in un altro Stato membro, dovrebbe informare delle presunte irregolarità le autorità di controllo dello Stato membro di origine, chiedendo a queste ultime di prendere le misure appropriate per porre fine alle infrazioni.

Tuttavia, gli interventi in materia tariffaria aventi ad oggetto la tutela dei consumatori non rientrano nell'ambito della vigilanza finanziaria sulle imprese di assicurazioni (di cui all'art. 9 della direttiva 92/49, che attribuisce la competenza esclusiva all'autorità dello Stato membro di origine), ma sono strumentali alla tutela dei diritti del consumatore e, di conseguenza, competente è l'autorità del Paese ospitante.³⁰¹

Infatti, sebbene l'art. 9 della citata direttiva indichi in maniera esemplificativa e non esaustiva quali siano le verifiche connesse alla vigilanza finanziaria, tale disposizione non può essere interpretata nel senso che lo Stato membro di origine possieda una competenza di controllo onnicomprensiva estesa anche ai comportamenti commerciali delle imprese di assicurazioni.³⁰²

Da qui la legittimità dei controlli dell'IVASS.³⁰³

³⁰¹ Il principio dell'*home country control* riguarda unicamente la sorveglianza finanziaria delle imprese di assicurazione, secondo il settimo considerando e lo stesso art. 9 della direttiva 92/49.

³⁰² Corte di Giustizia C-518/06, cit., punto 116.

³⁰³ La Corte respinge anche una contrarietà con gli artt. 11 e 40, Dir. 92/49, invocati dalla Commissione, sull'assunto che l'art. 11 della direttiva 92/49

Inoltre, la Commissione muove motivi di censura in ordine al calcolo dei premi, ritenendo l'art. 35, comma 1, c.a.p. in contrasto con la direttiva 92/49.

Anche sotto tale profilo è confermata la legittimità della disciplina italiana, poiché secondo la Corte tale disposizione non integra un sistema di previa autorizzazione o di comunicazione preventiva delle tariffe, per la cui configurazione è invece necessario un sistema diffuso e generalizzato di controllo dei prezzi, ma fissa un quadro tecnico al cui interno le imprese devono calcolare i loro premi, potendo così avere ripercussioni sulle tariffe, ma in maniera non vietata dalla direttiva europea.³⁰⁴

Dunque, di fronte alle esigenze di protezione sociale, di cui l'obbligo a contrarre costituisce strumento attuativo, le libertà dei Trattati devono arretrare. Conclusione condivisibile nel fine, anche se la Corte avrebbe dovuto indagare più a fondo e bilanciare in maniera diversa gli interessi in conflitto, consentendo all'assicuratore di tutelarsi dagli assicurati *distratti* che vengono coinvolti in un numero anomalo di incidenti.³⁰⁵

6.4 Applicazione dell'interesse generale: casistica. In particolare, il blocco delle tariffe

apporta modifiche ad una disposizione della direttiva 73/239 e riguarda la solidità finanziaria delle imprese di assicurazione; riguardo l'art. 40 della direttiva 92/49 la Commissione non ha contestato alla Repubblica italiana di aver ignorato gli obblighi affermati ai nn. 3-5 di tale articolo e in ogni caso l'art. 40, n. 7 conferma il potere dello Stato membro ospitante di sanzionare le violazioni commesse sul proprio territorio (Corte di Giustizia C-518/06, cit., punti 119 e 120).

304 M. GAGLIARDI, *L'interesse generale nel diritto comunitario*, cit., 97.

305 Inoltre, l'obbligo a contrarre potrebbe cozzare con la disciplina in tema di solvibilità dell'impresa: se l'assicuratore non è libero di scegliere quali rischi assumere, poiché è obbligato a concludere il contratto, potrebbe essere ritenuto responsabile in caso di insolvenza? Come può prevenire i rischi di instabilità se è tenuto a concludere il contratto?

L'ambito di applicazione della clausola dell'interesse generale non è definibile a priori: sia la Corte che la Commissione, infatti, si limitano a dettare i requisiti che una normativa nazionale deve rispettare per non essere giudicata esorbitante e in contrasto con l'ordinamento europeo.

Di conseguenza, in tutti i settori non armonizzati, potenzialmente uno Stato può esercitare il proprio potere e imporre obblighi ulteriori alle imprese europee per perseguire un interesse pubblico meritevole di tutela.

In ogni caso, la Commissione nella citata comunicazione interpretativa C/43/03, allo scopo di chiarire il concetto, offre alcuni esempi di misure in cui un operatore economico potrebbe imbattersi nell'esercizio dei diritti di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

Tra le ipotesi più rilevanti si segnala la notificazione preliminare delle condizioni di polizza.

Invero, le direttive in materia sono chiare: è vietato un controllo materiale preventivo e sistematico delle polizze di assicurazione e dei documenti contrattuali, a prescindere dalla denominazione data dalle autorità nazionali a un tale sistema.

Eppure alcuni Stati membri continuano ad esigere la notificazione preventiva di tali informazioni, giustificando la richiesta come strumento per la tutela del consumatore e della trasparenza dei prodotti disponibili sul mercato nazionale.

In realtà, tale ambito è ormai armonizzato e un siffatto controllo non potrebbe essere considerato conforme all'ordinamento europeo neppure laddove lo Stato dimostrasse di tutelare un interesse generale, la cui applicazione è esclusa proprio nei settori armonizzati.

Tale controllo, dunque, è ammissibile soltanto nei limiti indicati dalle terze direttive. Ad esempio nel settore delle

assicurazioni obbligatorie l'art. 39, pf. 3 della direttiva 92/49 consente allo Stato membro della succursale o di prestazione dei servizi di mantenere in vigore o introdurre la notifica preventiva o l'approvazione delle maggiorazioni tariffarie proposte solo in quanto elemento di un sistema generale di controllo dei prezzi.

In particolare, nella sentenza C-59/01³⁰⁶ la Corte giudica la compatibilità del sistema tariffario imposto dallo Stato italiano con l'ordinamento europeo.³⁰⁷

La direttiva 92/49, perseguendo la finalità di completare il mercato interno nel settore dell'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita, garantendo la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi, allo scopo di facilitare alle imprese di assicurazione aventi la propria sede sociale nella Comunità la copertura dei rischi situati all'interno di quest'ultima (primo considerando) e osservando che, nell'interesse del contraente, questi deve avere accesso alla più ampia gamma possibile di prodotti assicurativi offerti nella Comunità, al fine di poter scegliere tra essi il più adeguato alle sue esigenze (diciannovesimo considerando), intende realizzare la

³⁰⁶ CGCE sent. 25 febbraio 2003, C-59/01. Per un approfondimento v. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Blocco delle tariffe assicurative e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitari: riflessioni a margine di Corte di Giustizia 25 febbraio 2003 C-59/01*, in *Dir. eco. ass.*, 2003, 3-4, 629.

³⁰⁷ Cfr. Art. 2, commi 2 e 5-*quinquies*, del decreto legge 28 marzo 2000, n. 70, recante disposizioni urgenti per il contenimento delle spinte inflazionistiche (GURI n. 73 del 28 marzo 2000, pag. 4), come modificato dalla legge 26 maggio 2000, n. 137, di conversione in legge, con modificazioni, del detto decreto legge (GURI n. 122 del 27 maggio 2002, pag. 4), che tra l'altro prevedeva "Per i contratti dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, rinnovati entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto nelle formule tariffarie che prevedono variazioni del premio in relazione al verificarsi o meno di sinistri, le imprese di assicurazione non possono applicare nessun aumento di tariffa ai contraenti a carico dei quali non risultino nell'ultimo periodo di osservazione sinistri provocati dai conducenti. Per i contratti stipulati entro un anno da tale data nelle formule tariffarie che prevedono variazioni del premio in relazione al verificarsi o meno di sinistri si applicano le tariffe esistenti alla medesima data".

libera commercializzazione nella Comunità dei prodotti assicurativi nel settore interessato e vieta agli Stati membri di esigere l'approvazione preventiva o la comunicazione sistematica delle condizioni generali e speciali delle polizze di assicurazione e delle tariffe che un'impresa si propone di utilizzare sul suo territorio nei rapporti con il contraente (cfr. art. 39, pf. 2, Dir. 92/49), a meno che la notifica preventiva o l'approvazione delle maggiorazioni tariffarie proposte non sia elemento di un sistema generale di controllo dei prezzi (art. 39, pf. 3).

Nel caso di specie, la Corte affronta specificamente la difesa avanzata dallo Stato italiano di giustificare la disciplina perché coperta da motivi di interesse generale. La Corte rigetta tale motivazione, poiché tale principio non può intervenire in un settore armonizzato ed essere interpretato in modo da privare di effetto i casi tassativi che giustificano una deroga al principio della libertà tariffaria.

Inoltre, la Corte non accoglie neanche la difesa secondo cui la disciplina *de qua*, pur restringendo la libertà tariffaria delle imprese di assicurazione, possa essere giustificata in quanto elemento di un "sistema generale di controllo dei prezzi", poiché un sistema generale di controllo dei prezzi presuppone, in particolare, che gli elementi che lo compongono presentino un carattere vincolante e che tale sistema sia caratterizzato da un certo grado di omogeneità e di generalità, cioè applicabile a diversi settori dell'economia.³⁰⁸

Al contrario, la disciplina italiana implica un intervento puntuale in un settore specifico, quello della r.c.a. e, pertanto, essa non può, da sola, soddisfare il criterio di generalità che un sistema di controllo deve presentare per giustificare una deroga al principio della libertà tariffaria.

³⁰⁸ Corte di Giustizia C-59/01, cit., punto 34.

Dunque, avendo istituito e mantenuto in vigore un sistema di blocco delle tariffe applicabile a tutti i contratti di assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, relativi ad un rischio situato sul territorio italiano, senza distinzione fra le compagnie di assicurazione che hanno sede in Italia e quelle che ivi svolgono le proprie attività tramite succursali o in regime di libera prestazione dei servizi, in violazione del principio della libertà tariffaria di cui agli artt. 6, 29 e 39 della direttiva 92/49, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della detta direttiva.³⁰⁹

Al di fuori dei casi specificamente consentiti dalle direttive, secondo la Commissione, gli Stati membri possono utilizzare unicamente sistemi di controllo a posteriori e non sistematici delle condizioni di assicurazione, purché tale esigenza non diventi una condizione preliminare dell'esercizio dell'attività, al fine di verificare che le polizze commercializzate sul loro territorio rispettino le disposizioni riguardanti le condizioni di assicurazione, giustificate da motivi di interesse generale.

Valutazioni simili sono state presentate riguardo al calcolo dei premi dell'assicurazione r.c.a. (sistemi di bonus/malus).

Alcuni Stati, in particolare, impongono dei coefficienti di riduzione/maggiorazione dei premi (sistemi di bonus/malus), definendo una scala di gradi obbligatori sulla cui base viene calcolato il premio annuo. Questa scala si applica tanto al momento della stipulazione del contratto di assicurazione della responsabilità civile autoveicoli, che (oppure) in occasione dei successivi spostamenti lungo la scala in relazione ai sinistri in cui è

309 Corte di Giustizia C-59/01, cit., punto 48.

incorso l'assicurato. Il risultato è che l'aumento o la riduzione del premio di assicurazione non sono liberi, ma devono rispondere a precisi criteri stabiliti nella legislazione dello Stato membro.³¹⁰

In sostanza, questi criteri si traducono in meccanismi di tariffazione.

La logica conclusione è che anche tali imposizioni siano contrarie alla terza direttiva non vita, non solo perché ostano con la libertà tariffaria e l'abolizione dei controlli preliminari e sistematici sulle tariffe e sui contratti, ma anche perché la competenza esclusiva sul controllo finanziario dell'impresa di assicurazione spetta allo Stato membro d'origine.³¹¹

Né la Commissione giustifica una tale restrizione sulla base dell'argomentato avanzato da alcuni Stati della prevenzione degli incidenti stradali: i conducenti, cioè, poiché obbligati a pagare un premio maggiorato in seguito ad un incidente, sarebbero più prudenti ed attenti.

Infine, tali regimi obbligatori contribuirebbero alla trasparenza in quanto consentono agli assicurati di confrontare i diversi prodotti assicurativi e di operare una scelta, il che faciliterebbe la mobilità degli assicurati stessi. La Commissione considera invece che questo obiettivo possa essere realizzato senza che sia messo in discussione il principio della libertà tariffaria, prevedendo regimi che non comportino elementi tariffari, come, ad esempio, delle scale di gradi bonus/malus indipendenti da un coefficiente imposto di riduzione o maggiorazione, lasciando agli assicuratori la libertà di fissare il tasso dei premi.³¹²

³¹⁰ Commissione C/43/03 del 16 febbraio 2000, pf 3, lett. c).

³¹¹ Articolo 6, paragrafo 3, articoli 29 e 39 della direttiva 92/49/CEE e articolo 5, paragrafo 3, articoli 29 e 39 della direttiva 92/96/CEE.

³¹² Comunicazione C/43/03, pf. 3, lett. c)

Un altro tipico esempio in cui gli Stati invocano la clausola dell'interesse generale riguarda le normative nazionali che impongono franchigie obbligatorie nei contratti di assicurazione. In genere, si sostiene che tale meccanismo, scaricando sul consumatore una parte del costo del sinistro, gli consente di concludere contratti a un prezzo inferiore, poiché l'assicuratore è esonerato dalla liquidazione di sinistri di lieve entità.

Un altro argomento invocato a favore del mantenimento delle franchigie obbligatorie è la lotta alle frodi assicurative, frequenti proprio nei sinistri meno gravi.

In questi casi, secondo la Commissione la franchigia potrebbe mascherare l'obiettivo di garantire i risultati dell'assicuratore, chiamato a far fronte ad una massa di piccoli sinistri, piuttosto che quello di tutelare l'interesse dell'assicurato. Inoltre, tali clausole potrebbero avere effetti anticoncorrenziali, contenendo la spinta verso un mercato competitivo attraverso le tariffe praticate dalle imprese di assicurazione.

Infine, la Commissione rileva che l'imposizione di franchigie potrebbe ostacolare la libertà di stabilimento e la libera prestazione, poiché l'applicazione indifferenziata di tali normative da parte dello Stato membro ospitante può comportare un effetto restrittivo per le imprese europee, a cui sarebbe impedito di commercializzare contratti di assicurazione privi di franchigie.³¹³

Le imprese di assicurazione dovrebbero pertanto essere libere di valutare l'opportunità di introdurre una franchigia nei contratti che commercializzano. Se un'impresa di assicurazione soddisfa i criteri di solvibilità stabiliti dal suo Stato membro d'origine, che le ha concesso l'autorizzazione ed è responsabile della vigilanza finanziaria sull'impresa, questa dovrebbe essere

³¹³ Commissione C/43/03, pf. 3, lett. h).

libera di decidere se commercializzare nello Stato membro ospitante contratti di assicurazione con franchigie o meno, indicandolo chiaramente ai contraenti, senza essere costretta a conformarsi a tale proposito a normative nazionali imperative.³¹⁴

Dalla disamina che precede emerge un unico dato incontrovertibile: la conformità di una normativa nazionale che invoca a sostegno della sua legittimità la tutela di un interesse generale è questione delicata e un uso abusivo di tale clausola può comportare una violazione delle libertà di stabilimento e prestazione di servizi riconosciute dal Trattato e mettere a rischio il funzionamento del mercato unico.

7. Conclusioni

L'obiettivo che pervade le numerose e articolate direttive dettate in materia assicurativa è la creazione di un mercato unico europeo.

Tuttavia, si è anche constatato che permangono degli ostacoli alla sua realizzazione e tra questi sicuramente vi è la poco chiara distinzione tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento (soprattutto alla luce delle innovazioni tecnologiche) e la definizione di interesse generale.

Riguardo la prima questione, in linea di principio, la disciplina sulla libera prestazione si applica in tutti i casi in cui il servizio è offerto sul territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui il prestatore è stabilito e l'attività è esercitata in modo temporaneo, in funzione della durata, della frequenza, della periodicità e della continuità della prestazione. Tuttavia, secondo la Corte, la presenza di un'infrastruttura nello Stato membro ospitante

³¹⁴ Commissione C/43/03, pf. 3, lett. h).

non esclude il regime della libera prestazione nei limiti in cui l'“ancoraggio fisso” è necessario allo svolgimento della prestazione stessa.³¹⁵

Sulla base di tale giurisprudenza nella Comunicazione interpretativa C/43/03 del 2000 la Commissione distingue tre ipotesi di applicazione del regime di libera prestazione: i) il prestatore esercita l'attività spostandosi nello Stato dell'assicurato; ii) l'assicurato si sposta nello Stato in cui l'impresa assicurativa svolge la sua attività; iii) né l'impresa né l'assicurato si spostano, ma il servizio è prestato a distanza.

Mentre nel primo caso la distinzione con la libertà di stabilimento risiede nel requisito della temporaneità, nelle altre due ipotesi sarebbe irrilevante tale caratteristica, poiché tutte le volte in cui non vi è alcuno spostamento del prestatore nello Stato membro ospitante si applicherebbe il regime di libera prestazione.

A ben vedere tale conclusione è insoddisfacente: se è vero che la caratteristica dello stabilimento è l'instaurazione di un collegamento permanente con il mercato dello Stato ospitante e l'applicazione della LPS si ricava per esclusione (se non trova applicazione la LS la fattispecie è riconducibile alla LPS), bisogna verificare che l'attività sia esercitata in maniera temporanea, da valutarsi in funzione della durata, della frequenza, della periodicità e della continuità.³¹⁶

Se si applicasse *a priori* la libera prestazione anche per l'attività esercitata a distanza (*i.e.* senza spostamento) vi sarebbe il forte rischio che le imprese optino per il regime

³¹⁵ C-55/94, Gebhard, cit., punto 27; cfr. anche Commissione Comunicazione 43/03, parte I pf. 2.

³¹⁶ A. SERINO, *Commento agli artt. 18-20*, cit., 183.

di libera prestazione solo al fine di eludere la disciplina sullo stabilimento.³¹⁷

Da qui la proposta di fondare la distinzione tra le suddette libertà sul criterio della temporaneità inteso, però, come episodicità della prestazione, considerando l'incidenza di tale flusso (magari regolare) di affari sul mercato del Paese ospitante.

Il ragionamento si fonda sul combinato disposto degli artt. 56 e 57, pf. 3, TFUE, che, oltre al requisito della temporaneità, riconosce al prestatore il diritto di esercitare “per l'esecuzione *della sua prestazione* [...] la sua attività nello Stato membro ove *la prestazione* è fornita”, lasciando, dunque, intendere chiaramente che tale diritto è tutelato nei limiti in cui si riferisca ad una sola attività occasionale e limitata.

È ragionevole desumere, quindi, che per l'applicazione della libera prestazione di servizi non è sufficiente la breve durata di una singola prestazione, dovendo considerare anche la ripetizione delle singole operazioni: un flusso continuo di operazioni assicurative, infatti, potrebbe essere sintomatico di un'attività continua e *permanente*, che, quindi, riveste un peso economico non trascurabile.³¹⁸

317 E' vero che ormai quasi tutti gli aspetti della disciplina assicurativa sono armonizzati e però permangono delle differenze in alcuni settori chiave (es. il regime fiscale) nonché l'interpretazione della clausola dell'interesse generale. Merita precisare che secondo una dottrina la distinzione tra libertà di stabilimento e libera prestazione ormai è irrilevante: “licenza unica, controllo del Paese di origine e armonizzazione delle legislazioni o loro residuale equivalenza fanno della distinzione tra stabilimento e LPS una questione pressoché teorica” (R. CAPOTOSTI, *Stabilimento, prestazione di servizi e interesse generale secondo la comunicazione interpretativa della Commissione*, in *Ass.*, 2000, II, 53). Sul rischio di svuotare di contenuto la libertà di stabilimento, cfr. M. COLANGELO, *Da Centros a Inspire Art. Libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2003, 2, 1232 ss.

318 S. CHINI, *L'impresa*, cit., 47.

Forse è il giunto il momento di valorizzare le conclusioni a cui era già giunto l'avv. Generale nel caso Gebhard, secondo cui oltre i criteri dell'ambito territoriale e della durata della prestazione, la temporaneità andrebbe valutata anche in considerazione della quantità delle prestazioni e del volume di affari.³¹⁹

Se da un lato il funzionamento del mercato unico in materia assicurativa può essere messo a rischio da comportamenti distorsivi delle imprese assicurative che si avvalgono delle libertà riconosciute dai Trattati per sottrarsi alle disposizioni nazionali dettate a tutela del consumatore e della stabilità del sistema, dall'altro l'effetto anticoncorrenziale può essere posto in essere anche dagli stessi Stati membri che, avvalendosi della clausola di interesse generale, potrebbero vanificare gli sforzi delle direttive per creare un mercato unico europeo. In particolare, se è vero che le istituzioni europee non hanno imposto una disciplina identica per il settore assicurativo, è anche vero che i principi del mutuo riconoscimento e dell'*home country control* costituiscono gli strumenti attraverso i quali l'ordinamento europeo ha cercato di superare gli ostacoli alla creazione di un mercato unico, tentando di applicare anche in campo assicurativo le libertà disposte dai Trattati.

Tuttavia, tali sforzi rischiano di essere vanificati dalla clausola dell'interesse generale, che, consentendo agli

³¹⁹ Conclusioni dell'avvocato generale Léger del 20 giugno 1995, punti 87 e 88: "Di conseguenza, la prestazione di servizi potrà essere distinta dallo stabilimento sulla scorta di una molteplicità di indizi. L'ubicazione del centro principale d'attività dell'avvocato, il luogo della residenza principale, l'ammontare del suo fatturato nei diversi Stati membri in cui svolge la sua attività, il tempo trascorso in ciascuno di essi, [...] costituiscono altrettanti indizi che consentono di caratterizzare la sua attività in ciascuno degli Stati membri considerati". Cfr. A. BARINI, *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, in *Dir. comunitario e degli scambi internaz.*, 1996, 2, 306. Cfr. anche F. TORIELLO, *Libertà di prestazione di servizi legali, interessi degli utenti e compiti del legislatore nazionale*, in *NGCC*, 1996, I, 436 ss.

Stati di salvaguardare interessi meritevoli di tutela, deroga ai suddetti principi.

Pertanto, non solo la clausola deve essere interpretata in maniera restrittiva, ma anche omogeneamente.

In questo caso il ruolo decisivo non è tanto quello del legislatore statale, bensì dell'Autorità di vigilanza, che dovrà indicare il concreto contenuto della clausola, confrontandosi e dialogando con le altre Authorities.

Infatti, il principio del mutuo riconoscimento coinvolge non solo la disciplina normativa, ma anche l'attività di controllo delle autorità nazionali:³²⁰ la cooperazione tra le autorità statali e l'applicazione di normative coordinate dovrebbero ridurre i fattori di incertezza, eliminando così gli ostacoli allo stabilimento o alla libera prestazione e concretizzando il mercato unico anche in materia assicurativa.³²¹

³²⁰ F. BASSAN, *Commento agli artt. 23-24*, in *Il codice delle assicurazioni*, cit., 203.

³²¹ F. BASSAN, *op. ult. cit.*, 204, il quale auspica la realizzazione di una rete tra le autorità europee anche nel settore delle assicurazioni.

CAPITOLO III

IL CONTROLLO SULL'ATTIVITA' ASSICURATIVA IN LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI E IL DIALOGO FRA AUTORITA' DI VIGILANZA

1. Premessa. Le finalità della vigilanza

Nel mercato assicurativo si scontrano due esigenze non facili da comporre: da un lato la necessità di controllare e, in un certo senso indirizzare, la libertà negoziale dei suoi protagonisti, dall'altro consentire il libero gioco della concorrenza.³²²

Il legislatore, infatti, considerata l'inversione del ciclo produttivo, ha da sempre dettato norme che obbligano le imprese a rispettare condizioni gestionali ed operative in modo da adempiere alle prestazioni degli assicurati.³²³

A questo proposito l'art. 3 del codice delle assicurazioni precisa che lo scopo principale della vigilanza è l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative, affidando all'IVASS il compito di perseguire la sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e riassicurazione la loro trasparenza e correttezza nei confronti della clientela;

³²² Sull'evoluzione della vigilanza v. P. PORRETTA, F. SANTOBONI, *Fare assicurazione*, Padova, 2016, 2, dove si evidenzia il passaggio da una vigilanza "strutturale" a una "prudenziale", la prima incentrata "su limiti e divieti, con la chiara volontà di innalzare barriere amministrative all'ingresso dei mercati e, quindi, di privilegiare la stabilità alla concorrenza; quella prudenziale si fonda sull'utilizzo di coefficienti patrimoniali e, pur non rinunciando al perseguimento dell'obiettivo della stabilità, ha ampliato gli spazi di autonomia dei diversi operatori, consentendo, per tale via, un graduale aumento della concorrenza".

³²³ A. LONGO, *Commento all'art. 3*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007, 25 ss. L'A. sottolinea che nel campo assicurativo si sono susseguite normative sempre più penetranti nella gestione dell'azienda (tanto da indicare in alcuni casi anche le scelte gestionali da compiere), volte a imporre forme e modalità di investimento a copertura delle riserve tecniche, senza dimenticare che tali investimenti sono stati anche strumento di politica economica (ad es. finanziamento del debito pubblico).

subordinatamente a tale obiettivo, l'Authority vigila sulla stabilità del sistema e dei mercati finanziari.³²⁴

324 L'Istituto per la vigilanza sulle Assicurazioni private e d'interesse collettivo (Isvap) è stato istituito con l. n. 576 del 1982 e inizialmente si affiancava all'allora Ministero dell'Industria e del Commercio, a cui erano affidati in precedenza i compiti di vigilanza del settore. Per una ricostruzione delle iniziali competenze dell'ISVAP e della sua natura, v. S. CASSESE, *Gli organi dell'ISVAP*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1984, I, 2, 221 ss. Tuttavia, nell'impianto originario l'Istituto avrebbe dovuto svolgere i propri compiti nel rispetto delle direttive impartite dal Ministro e delle linee programmatiche della politica assicurativa fissate dal CIPE, sebbene fosse previsto un certo grado di separatezza rispetto all'autorità governativa.

Tale situazione ha fatto dubitare della possibilità di considerare l'ISVAP un'Autorità indipendente, ma nel corso del tempo l'Istituto ha acquisito le caratteristiche proprie di un'Authority. Il processo di trasformazione dell'ISVAP è iniziato con il c.d. Decreto Cassese (D.P.R. 18 aprile 1994, n. 385) ed è proseguito con i Decreti legislativi (nn. 174 e 175 del 1995) di recepimento delle Terze Direttive in materia di assicurazione. La necessità di adeguarsi al quadro europeo ha comportato l'assegnazione di poteri più incisivi, ulteriormente rafforzati con il d.lgs. n. 373 del 1998 (e poi compiutamente sistematizzati nel codice delle assicurazioni, d.lgs. n. 209 del 2005), che, tra l'altro, gli riconosce una completa autonomia nell'organizzazione dei propri uffici e un'autonomia finanziaria (attraverso la riscossione diretta del contributo di vigilanza versato dalle imprese di assicurazione).

Tuttavia, è aperto il dibattito sulla opportunità di affidare i compiti di vigilanza dei settori finanziari, bancari ed assicurativi ad un'unica autorità, che, data l'integrazione e la correlazione sempre più marcata tra mercati, sia in grado di meglio tutelare gli interessi pubblici e privati in gioco. Ad esempio, questa è la linea seguita dal Regno Unito con la FSA (*Financial Service Authority*), che ha assunto le funzioni di vigilanza nei settori bancario, assicurativo e finanziario. Per una critica al sistema basato sulla vigilanza unica v. J. CALMON, *Commento agli artt. 203-204*, in, *Il codice delle assicurazioni private*, cit., 401.

In Italia, invece, la proposta non è stata accolta, sebbene il d.l. n. 95 del 2012 (conv. dalla l. n. 135 del 2012) abbia soppresso l'ISVAP e attribuito i relativi poteri e competenze all'IVASS (a partire dal 1 gennaio 2013) in un'ottica di integrazione con la Banca d'Italia, prendendo così atto del fatto che i mercati bancari e assicurativi sono sempre più inestricabilmente legati. M. HAZAN, *Struttura e poteri dell'autorità di vigilanza*, in *Le assicurazioni private*, a cura di M. HAZAN, S. TAURINI, Padova, 2015, 262 ss.; v. anche S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2013; I. RIVA, *Commento agli artt. 3-10*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006, 19 ss. Sulle varie proposte di abolizione dell'ISVAP v. M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, Vol. I, Padova, 2011, 451 ss. Sulla discussione circa l'opportunità o meno di unificare la vigilanza dei settori bancario e finanziario v. C. ARMBRÜSTER, *La vigilanza su banche ed assicurazioni: è meglio avere un'autorità o due?*, in *Banche, assicurazioni e gestori del risparmio*, a cura di M. PROSPERETTI, A. COLAVOLPE, Padova, 2009, 241 ss. Dunque, l'autorità del settore rimane l'IVASS, ma la *governance* è ricondotta alla Banca d'Italia. Sulle modifiche della struttura apicale v. M. HAZAN, *Struttura e poteri*, cit.,

Merita precisare che l'attuale formulazione dell'art. 3 (riformato dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 12 maggio 2015, n. 74) si allinea al sedicesimo considerando della direttiva Solvency II (2009/138/CE del 25 novembre 2009), secondo cui "l'obiettivo principale della regolamentazione e della vigilanza in materia di assicurazione e di riassicurazione è l'adeguata tutela dei contraenti e dei beneficiari [...]. La stabilità finanziaria e l'equità e la stabilità dei mercati sono altri obiettivi della regolamentazione e della vigilanza assicurativa e riassicurativa di cui si dovrebbe altresì tenere conto senza tuttavia mettere a repentaglio il raggiungimento dell'obiettivo principale".

Impostazione, dunque, differente rispetto alla precedente formulazione:³²⁵ la sana e prudente gestione delle imprese da scopo della vigilanza diviene strumento attraverso il quale garantire l'obiettivo principale - la tutela dell'assicurato - a cui è finanche subordinata la stabilità

270 e per l'organigramma v. www.ivass.it. Infine, sebbene l'IVASS sia annoverabile tra le Autorità indipendenti, non si può non ricordare che l'art. 351, c.a.p. ha sostituito l'articolo 4 della legge 12 agosto 1982, n. 576, prevedendo che "L'ISVAP, in conformità alla normativa dell'Unione europea in materia assicurativa e *nell'ambito delle linee di politica assicurativa determinate dal Governo*, svolge le funzioni di vigilanza previste nel codice delle assicurazioni private". Nel senso che l'IVASS non sembra più una vera e propria autorità indipendente, ma un ente ausiliario della Banca d'Italia v. A. LUBERTI, *La seconda direttiva sull'intermediazione assicurativa. Profili pubblicistici*, in AA.VV., *Novità nell'intermediazione assicurativa progetto europeo IMD2 e mercato italiano. Atti Verona, 12 aprile 2013*, Milano, 2014, 47.

325 L'art. 3, c.a.p. nella formulazione originaria così recitava: "la vigilanza ha per scopo la sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e di riassicurazione e la trasparenza e la correttezza dei comportamenti delle imprese, degli intermediari e degli altri operatori del settore assicurativo, avendo riguardo alla stabilità, all'efficienza, alla competitività ed al buon funzionamento del sistema assicurativo, alla tutela degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, all'informazione ed alla protezione dei consumatori". È evidente, dunque, che la protezione dell'assicurato era solo uno tra i tanti obiettivi a cui l'operato dell'Authority doveva mirare; nella nuova formulazione, invece, diventa scopo principale.

del sistema e dei mercati, meramente strumentali al suo perseguimento.³²⁶

Il conseguimento di tali obiettivi è propedeutico alla realizzazione del mercato unico, tanto sospirato da tre generazioni di direttive e fondato sulla concorrenza tra imprese europee e nazionali e sulla libera determinazione delle condizioni contrattuali tra imprese e assicurati.³²⁷

L'art. 3, in particolare, coniugando sana e prudente gestione con trasparenza e correttezza dei comportamenti di tutti gli operatori assicurativi, offre gli strumenti per giungere al miglior funzionamento del mercato assicurativo, ed in definitiva ad una efficace tutela dei consumatori.³²⁸

Infatti, la via per bilanciare la tutela del contraente più debole, tutela fondata su nuovi criteri e strumenti di controllo diretti ad accertare il comportamento degli operatori, con la stabilità delle imprese e del sistema assicurativo in se stesso, non può che essere la garanzia della solvibilità delle imprese.³²⁹

Inoltre, accanto a tali obiettivi, il codice delle assicurazioni attribuisce all'IVASS un'attività di indirizzo generale del mercato assicurativo e, in base a quanto dispone l'art. 5, comma 3, c.a.p., ha il compito di promuovere un appropriato grado di protezione del

326 M. HAZAN, *Struttura e poteri dell'autorità di vigilanza*, cit., 257. Perplexità in merito a tale subordinazione sono espresse da L. FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2016, 52, poiché l'inefficienza del mercato si ripercuote anche sui consumatori.

327 A. LONGO, *Commento art. 3*, cit., 30 ss.

328 A. LONGO, *Commento all'art. 3*, cit., 38.

329 A. LONGO, *Commento art. 3*, cit., 28 ss. Sebbene connessi, si fa distinzione tra il concetto di solvibilità e quello di solidità finanziaria, intendendosi con il primo "la capacità di una impresa assicurativa di far fronte agli impegni assunti nei confronti dei contraenti e dei beneficiari di un contratto assicurativo", mentre con il secondo si indica "la capacità generale dell'impresa di fronteggiare situazioni sfavorevoli ed altre situazioni di rischio", così P. PORRETTA, F. SANTOBONI, *Fare assicurazione*, Padova, 2016, 3.

consumatore e di sviluppare la conoscenza del mercato assicurativo.³³⁰

I poteri attraverso cui l'IVASS esplica i propri compiti sono di natura autorizzativa (ad es. il potere di autorizzare le imprese all'esercizio dell'attività assicurativa, ai sensi degli artt. 13 ss.), prescrittiva (ad es. il divieto di commercializzazione di prodotti, il divieto per le imprese di altri Stati membri di stipulare contratti in regime di stabilimento o di libertà di prestazione di servizi quando le irregolarità commesse possano pregiudicare interessi generali), accertativa, cautelare e repressiva (art. 5, comma 1, c.a.p.).

Inoltre, tra i poteri più significativi attraverso i quali l'IVASS può compiere la propria missione istituzionale, vi è quello regolamentare.³³¹

Invero, le finalità assai ampie attribuite dall'art. 3, c.a.p. rischierebbero di conferire all'Authority un potere indefinito.

Tuttavia, l'art. 191, commi 2 e 3, impone il rispetto del principio di proporzionalità e delle esigenze di competitività e di sviluppo dell'innovazione.

Nella specie, secondo il principio di proporzionalità, l'IVASS, nel contemperare gli interessi in gioco, deve adottare regolamenti che raggiungano il fine perseguito con il minor sacrificio per i soggetti destinatari. Tale parametro, dunque, può essere invocato anche in sede giurisdizionale per valutare la legittimità degli interventi autoritativi che dovessero essere ritenuti eccessivamente

330 M. HAZAN, *Struttura e poteri dell'autorità di vigilanza*, cit., 279 ss.

331 Sul quale v. M. HAZAN, *Struttura e poteri dell'autorità di vigilanza*, cit., 300 ss. La configurabilità di potestà normativa in capo alle Autorità indipendenti ha incontrato le perplessità di parte della dottrina sotto il profilo della conformità ai principi costituzionali dell'esercizio di un potere normativo da parte di un ente non rappresentativo ed irresponsabile. V. I. RIVA, *Commento agli artt., 188-191*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006, 610.

gravosi per le posizioni giuridiche dei privati senza che siano bilanciati da un contrapposto interesse.³³²

In secondo luogo, il richiamo alle esigenze di competitività e di sviluppo dell'innovazione implica "una valutazione di coerenza fra le finalità della vigilanza, positivamente enucleate nell'art. 3 e le esigenze di competitività e di sviluppo dell'innovazione. Si tratta di un principio avanzato, che introduce nel quadro legislativo e regolamentare un bilanciamento tra gli obiettivi di vigilanza e di competitività".³³³

Non a caso l'art. 4, lett. c) della legge delega (l. n. 229 del 2003) dispone in linea di principio la «salvaguardia dell'effettiva concorrenza tra le imprese autorizzate all'esercizio dell'attività assicurativa in Italia o operanti in regime di LPS». Il richiamo alle imprese operanti in libera prestazione è un'emblematica applicazione del principio di competitività: da un lato garantire alle imprese italiane di reggere il gioco concorrenziale rispetto a quelle europee che operano sul mercato nazionale; dall'altro arrivare alla realizzazione di un mercato effettivamente unico tale da risultare irrilevante la nazionalità dell'impresa.

È evidente, infatti, che uno dei rischi insiti nella regolazione del mercato assicurativo (e non solo) è quello di strozzare gli interessi economici delle imprese, rendendo vani gli obblighi di prestazione verso i contraenti e gli assicurati.

I parametri invocati dall'art. 191, c.a.p. mirano ad evitare un eccessivo sacrificio a carico dell'interesse imprenditoriale sulla base di una consapevolezza spesso

³³² M. HAZAN, *Struttura e poteri dell'autorità di vigilanza*, cit., 259 ss.

³³³ Così il Consiglio di Stato nel Parere n. 11603 del 2004, Adunanza del 14 febbraio 2005, 18, reperibile su astrid-online.it

dimenticata: il soffocamento dell'impresa si ripercuote anche sull'assicurato.

Sono proprio tali principi a dover guidare, ad esempio, l'opera delle Autorità in materia di esercizio dell'attività assicurativa svolta tramite internet.³³⁴

In questo settore, infatti, ben si scontrano interessi opposti: da un lato l'impresa ha il diritto di sfruttare i nuovi strumenti che la tecnologia mette a disposizione anche al fine di ridurre i costi (e quindi incrementare i ricavi) e risultare più efficiente; dall'altro le nuove frontiere informatiche rendono più vulnerabili i beneficiari del contratto assicurativo.³³⁵

Premesso ciò, esula dall'oggetto del presente lavoro una ricostruzione analitica dei singoli poteri attribuiti all'Autorità. È necessario, infatti, distinguere tra le funzioni attribuite all'IVASS e i poteri che esso esercita per perseguirle.³³⁶

³³⁴ Cfr. quanto affermato dal Presidente dell'IVASS (e Direttore Generale della Banca d'Italia) in occasione della XV edizione dell'*Insurance Day* dedicata a "THE INSURER OF CHANGE - Riconfigurare la Compagnia nell'era digitale", Centro Congressi Fondazione Cariplo, Milano, 30 settembre, S. ROSSI, *Governare il cambiamento: il punto di vista dell'autorità*, 2016, su ivass.it, 2 ss.: "La rivoluzione digitale coinvolge anche il mercato assicurativo. Porta con sé grandi opportunità ma anche grandi pericoli; fantastiche innovazioni per i consumatori e per le imprese, ma anche un aumento dei rischi per le compagnie e delle necessità di protezione dei consumatori.

Il web può diventare strumento di iniziative opache. La perdita di sicurezza e di privacy è il rischio principale dell'era digitale. [...] Per il legislatore, per la Banca d'Italia, per l'Ivass e più in generale per regolatori e supervisori europei è la sfida del presente e del futuro: tocca a loro adeguare norme e pratiche di vigilanza per garantire al tempo stesso protezione del consumatore e sviluppo dell'innovazione".

³³⁵ Cfr. M. HAZAN, *Struttura e poteri dell'autorità di vigilanza*, cit., 261.

³³⁶ Cfr. M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., 458. L'A. ricorda che le funzioni dell'IVASS possono essere distinte in tre categorie: i) vigilanza (strutturale e prudenziale); ii) conoscenza ed informazione (cfr. art. 5, comma 3, c.a.p.: "L'IVASS effettua le attività necessarie per promuovere un appropriato grado di protezione del consumatore e per sviluppare la conoscenza del mercato assicurativo, comprese le indagini statistiche ed economiche e la raccolta di elementi per l'elaborazione delle linee di politica assicurativa"); iii) consulenza e collaborazione.

In questa sede, dunque, si darà conto delle funzioni dell'IVASS connesse alla vigilanza sulle imprese in libera prestazione e libertà di stabilimento nonché il rapporto con le altre Autorità sia nazionali che sovranazionali.

È superfluo premettere, infine, che ci si soffermerà sulla vigilanza prudenziale, rimandando al capitolo II l'analisi di quella strutturale (sulle condizioni di accesso al mercato).³³⁷

³³⁷ Esula dagli scopi della tesi esaminare i profili tecnici sulle condizioni di esercizio delle imprese assicurative; tuttavia si accenna al nuovo sistema entrato in vigore il 1 gennaio 2016. La direttiva c.d. Solvency II (Direttiva 2009/138/CE) ha rimodellato il sistema dei controlli: da una vigilanza incentrata soprattutto sull'aspetto strutturale si è passati ad una più prudenziale. Merita ricordare come accanto alla direttiva si pongano ulteriori livelli di normazione, tra cui 16 regolamenti di esecuzione direttamente applicabili (ITS – *Implementing Technical Standards*, proposti dall'EIOPA e adottati dalla Commissione) e le linee guida EIOPA che devono essere recepite nei singoli ordinamenti nazionali. P. PORRETTA, F. SANTOBONI, *Fare assicurazione*, Padova, 2016, 2.

Il sistema di solvibilità originario, adottato negli anni '70 dalle prime direttive in materia di assicurazione, si fondava su un margine minimo di solvibilità, rapportato a premi e sinistri, per il ramo danni, e a riserve matematiche e capitali sotto rischio, per il ramo vita. Successivamente il sistema è stato rivisto dalle direttive 2002/12/CE e 2002/13/CE (Solvency I), che, pur rafforzando la disciplina del margine di solvibilità, non ne hanno modificato la logica. Le novità, infatti, hanno riguardato le singole componenti, affinché si tenesse maggiormente conto della rischiosità effettiva connessa all'attività svolta dalla singola impresa assicurativa, ma le modalità di calcolo dei requisiti patrimoniali minimi obbligatori non sono mutate. Così, P. PORRETTA, F. SANTOBONI, *Fare assicurazione*, cit., 5. Ivi per un approfondimento sul sistema di vigilanza in Solvency I.

Tuttavia, proprio la genericità del sistema di calcolo, che non tiene conto delle peculiarità della singola impresa, ha portato alla revisione del sistema di vigilanza, ora basata su “• una visione economica del bilancio, per cui le singole poste devono per quanto possibile essere valutate in base a criteri *market-consistent*;

- un approccio orientato al rischio, per cui i requisiti patrimoniali devono riflettere, in linea di massima, tutti i rischi quantificabili cui l'impresa è esposta;
- incentivi al *risk management*, con una serie di regole che mirano a migliorare l'identificazione, la misurazione e la gestione del rischio nelle imprese;
- principi di materialità e di proporzionalità, secondo cui gli obblighi a carico delle imprese devono riflettere la natura, la complessità e la dimensione dei rischi assunti;
- armonizzazione e convergenza delle pratiche di vigilanza seguite dalle Autorità nazionali;

2. I limiti alla vigilanza (per soggetti) dell'IVASS: le imprese europee in libera prestazione.

Strettamente connessa al perseguimento della sana e prudente gestione delle imprese è la vigilanza prudenziale di cui all'art. 192, c.a.p., che si esplica attraverso la costante verifica della gestione tecnica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa, con particolare riferimento all'adeguatezza dei requisiti patrimoniali e delle riserve tecniche in rapporto all'insieme dell'attività svolta, alla disponibilità di attivi e di fondi propri ammissibili ai fini dell'integrale copertura delle riserve tecniche e dei requisiti patrimoniali di solvibilità, alla valutazione dei

• maggiore coerenza con gli *standard* contabili internazionali” Così A. NICELLI, *La solvibilità dell'impresa assicurativa*, in *Le assicurazioni private*, a cura di M. HAZAN e S. TAURINI, Padova, 2015, 184.

In particolare, Solvency II si basa su tre pilastri tra loro integrati. Nel primo sono definiti i requisiti quantitativi per il calcolo delle poste di bilancio e specialmente delle riserve tecniche e del margine di solvibilità; il secondo, invece, prevede i requisiti qualitativi relativi da un lato alla struttura interna (*corporate governance*, *risk management*, controllo interno, *internal auditing*, *compliance*) e dall'altro alla vigilanza esterna demandata alle Autorità degli Stati membri. “L'idea sottostante è che non tutti i rischi possono essere attendibilmente misurati, per cui non è sempre possibile introdurre un requisito (quantitativo) di capitale; tali rischi, invece, sono più opportunamente ed efficacemente presidiati con requisiti di tipo qualitativo, che richiedono all'impresa di dotarsi di un adeguato sistema di governo societario per comprendere, assumere e gestire tali rischi con consapevolezza” (P. PORRETTA, F. SANTOBONI, *Fare assicurazione*, cit., 24). Infine, il terzo pilastro riguarda la trasparenza, ovvero le informazioni che le imprese devono comunicare alle autorità (*supervisory reporting*) o da rendere pubbliche (*public disclosure*).

Dunque, muta l'approccio alla vigilanza, orientato ai rischi (*risk based*) e prospettico (*forward-looking*), “cioè incentrato anche sulla valutazione della capacità dell'impresa di gestire appropriatamente i rischi, oltre che sulla verifica *ex post* del rispetto dei requisiti” (così S. ROSSI, *Audizione nell'ambito dell'esame dell'atto del Governo n. 146 Schema di decreto legislativo per l'attuazione della Direttiva 2009/138/CE in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione*, Testimonianza del Presidente dell'IVASS, Camera dei Deputati, Commissione Finanze, 24 marzo 2015, reperibile su ivass.it, 4).

Per un approfondimento sulle novità introdotte dal Solvency II e sulle questioni tecniche v. P. PORRETTA, F. SANTOBONI, *Fare assicurazione*, cit.; v. anche A. NICELLI, *La solvibilità dell'impresa assicurativa*, cit., 172 ss.

rischi emergenti, nonché al governo societario e all'informativa all'IVASS ed ai terzi (art. 192, comma 2).

L'IVASS, dunque, vigila affinché, attraverso una sana e prudente gestione dell'attività, l'impresa sia in grado di assolvere alla prestazione assicurativa.³³⁸

La vigilanza prudenziale, in altre parole, controlla la gestione delle imprese affinché queste non minino la loro solvibilità,³³⁹ mettendo a rischio la capacità di far fronte ai propri obblighi contrattuali.

In particolare, tale vigilanza consiste nella verifica che, considerando le dotazioni tecniche, patrimoniali e finanziarie, l'impresa mantenga la propria solidità alla luce dell'intera attività svolta.³⁴⁰

Tuttavia, la vigilanza dell'IVASS non è generalizzata.

In particolare, il codice delle assicurazioni delinea un modello di vigilanza *per soggetto* e specificamente sono sottoposti al suo controllo i soggetti indicati dall'art. 6, c.a.p. e, per quello che qui interessa, le imprese, comunque denominate e costituite, che esercitano nel territorio della Repubblica attività di assicurazione o di riassicurazione in qualsiasi ramo e in qualsiasi forma (art. 6, comma 1, lett. a), c.a.p.).

Tuttavia, tale norma deve essere letta in combinato disposto con altre disposizioni del codice (artt. 193 ss., c.a.p.) che delimitano la portata dei poteri dell'IVASS nei confronti delle imprese estere.

³³⁸ M. HAZAN, *Struttura e poteri dell'autorità di vigilanza*, cit., 283. L'A., in particolare, precisa che il nucleo fondamentale dell'assicurazione è l'obbligo di protezione e la prestazione deve essere intesa come prestazione di sicurezza e non solo di indennizzo.

³³⁹ Per un approfondimento sul sistema introdotto dalla direttiva Solvency II v. S. VERDUCHI, *I presidi della solvibilità dell'impresa di assicurazioni*, in *Le assicurazioni*, a cura di A. COLAVOLPE, M. PROSPERETTI, Padova, 2012, 562 ss. P. PORRETTA, F. SANTOBONI, *Fare assicurazione*, cit., 21 ss.

³⁴⁰ C. BORTOLANI, *La sorveglianza*, in *Le assicurazioni*, a cura di A. COLAVOLPE, M. PROSPERETTI, Padova, 2012, 191.

In particolare, le terze direttive, abbandonando la via della massima armonizzazione, danno una forte spinta alla creazione del mercato unico assicurativo europeo attraverso l'applicazione dei principi della licenza unica e dell'*home country control*.

Dunque, l'IVASS esercita i poteri di controllo sulle imprese italiane che decidono di stabilirsi all'estero o di operare in libera prestazione (art. 192), ma non su quelle europee che concludono affari in Italia (cfr. art. 193, comma 1).³⁴¹

Infatti, la vigilanza sulle imprese di assicurazione aventi sede legale in un altro Stato membro ma che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi o in libertà di stabilimento spetta all'autorità di vigilanza dei Paesi di origine (a parte il non trascurabile obbligo di valutare il rispetto della normativa di interesse generale).

Dunque, l'art. 192, c.a.p. delinea, sulla base delle direttive europee, un sistema di vigilanza integrato³⁴² basato sul principio dell'*home country control* per cui anche la vigilanza prudenziale sull'attività svolta in altri Stati membri (e la adozione di misure in caso di irregolarità) compete all'Autorità del Paese d'origine che, rilasciando l'autorizzazione ad operare all'estero, ha verificato il possesso dei requisiti di accesso al mercato.

Tuttavia, tali principi non si applicano in maniera assoluta.

In particolare, l'art. 193, c.a.p. prevede delle attenuazioni al principio dell'*home country control*,³⁴³ disponendo, infatti, che l'IVASS, qualora accerti che l'impresa di

³⁴¹ L'art. 194, invece, precisa che le sedi secondarie delle imprese di assicurazione che hanno sede legale in Stati terzi sono soggette alla vigilanza dell'ISVAP per l'attività svolta in Italia.

³⁴² I. RIVA, *Commento agli artt. 192-197*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006, 618.

³⁴³ In questo senso I. RIVA, *Commento agli artt. 192-197*, cit., 619.

assicurazione non rispetta le disposizioni della legge italiana che è tenuta ad osservare, ne contesta la violazione e le ordina di conformarsi alle norme di legge e di attuazione. Inoltre, qualora persista l'atteggiamento di inottemperanza dell'impresa, l'IVASS informa l'autorità di vigilanza dello Stato membro di origine, chiedendo che vengano adottate le misure necessarie a far cessare le violazioni.

Nella eventualità in cui manchino o risultino inadeguati i provvedimenti dell'autorità dello Stato di origine, quando le irregolarità commesse possano pregiudicare interessi generali, ovvero nei casi di *urgenza* per la tutela degli interessi degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, l'IVASS può adottare nei confronti dell'impresa di assicurazione, dopo averne informato l'autorità di vigilanza dello Stato membro di origine, le misure necessarie, compreso il divieto di stipulare nuovi contratti in regime di stabilimento o di libertà di prestazione di servizi (art. 193, commi 4 e 5).³⁴⁴

È evidente che il meccanismo delineato dalle terze direttive e trasposto nell'ordinamento nazionale sarà efficace nella misura in cui le Autorità degli Stati membri siano in grado di cooperare tra loro.

2.1 La vigilanza sulle imprese di riassicurazione

La vigilanza prudenziale sulle imprese di riassicurazione si snoda in maniera analoga a quanto previsto per le imprese assicurative.

Anche in questo caso, infatti, i poteri di vigilanza saranno pieni nei confronti delle imprese riassicurative italiane, mentre per quelle con sede legale in altri Stati membri la competenza spetta al Paese d'origine.

³⁴⁴ C. BORTOLANI, *La sorveglianza*, cit., 193 ss.

Merita precisare, tuttavia, che tale impostazione è stata introdotta solo in seguito alla novella del 2008 (d.lgs. n. 56 del 2008).

Il testo originario infatti dedicava alla riassicurazione un'unica disposizione (art. 195), attribuendo all'IVASS poteri sulle imprese di riassicurazione che hanno la sede legale nel territorio della Repubblica sia per l'attività esercitata in Italia, sia per quella svolta in regime di prestazione di servizi nel territorio degli altri Stati membri o in quello di Stati terzi, ma non riconosceva all'Istituto la vigilanza sulle sedi secondarie delle imprese di riassicurazione italiane operanti in altri Stati membri o in Stati terzi, soggette ai poteri dell'Autorità dello Stato ospitante.³⁴⁵

Inoltre, il potere dell'ISVAP si estendeva alle sedi secondarie (situate in Italia) di imprese di riassicurazione con sede legale in altri Stati membri o in Stati terzi, limitatamente all'attività esercitata nel territorio della Repubblica.

Conformemente a tale impostazione, infatti, l'originario art. 60, c.a.p. subordinava l'esercizio della riassicurazione in Italia in regime di stabilimento da parte dell'impresa che ha sede legale in un altro Stato membro alla preventiva autorizzazione dell'ISVAP.

Anche in seguito al mutato quadro europeo (la Dir. n. 2005/68/CE relativa alla riassicurazione, attuata dal d.lgs. n. 56 del 2008, ha introdotto il sistema dell'autorizzazione unica anche per le imprese di riassicurazione), la novella del 2008 ha modificato il regime di vigilanza sulle imprese riassicurative.³⁴⁶

³⁴⁵ C. BORTOLANI, *La sorveglianza*, cit., 194.

³⁴⁶ La l. n. 56 del 2008 ha modificato l'art. 60, il cui primo comma prevede: "l'accesso all'attività riassicurativa in regime di stabilimento nel territorio della Repubblica, da parte di un'impresa avente la sede legale in un altro Stato membro, è subordinato alla comunicazione all'ISVAP, da parte dell'autorità di

In particolare, l'attuale art. 195 si limita ad attribuire all'IVASS la vigilanza prudenziale sulle imprese di riassicurazione che hanno la sede legale nel territorio della Repubblica sia per l'attività esercitata in Italia, sia per quella svolta in regime di stabilimento sia in prestazione di servizi nel territorio degli altri Stati membri o in Stati terzi.

Invece, l'art. 195-*bis* attua il principio dell'*home country control*, disponendo che le imprese di riassicurazione che hanno la sede legale in altri Stati membri sono soggette alla vigilanza prudenziale della autorità dello Stato membro di origine anche per l'attività svolta in regime di stabilimento o in regime di libertà di prestazione di servizi in Italia, residuando all'IVASS poteri di intervento, eventualmente previa consultazione dell'omologo straniero, in caso di inottemperanza delle disposizioni da parte dell'impresa europea.

Infine, le sedi secondarie delle imprese di riassicurazione che hanno sede legale in Stati terzi rimangono soggette alla vigilanza dell'IVASS per l'attività svolta in Italia.

2.2 La vigilanza sulle imprese di assicurazione che operano tramite internet

Merita precisare quale sia il regime applicabile alle imprese che operano tramite internet.

Coerentemente a quanto in precedenza affermato, una volta chiarito, in base ai parametri proposti (cap. II, pff. 4.3 e 4.4), se l'impresa opera in libera prestazione o libertà di stabilimento, ovviamente ad essa saranno applicabili le norme del codice in materia di vigilanza.

vigilanza di tale Stato delle informazioni e degli adempimenti previsti dalle disposizioni dell'ordinamento comunitario”.

Ne consegue che, se l'impresa ha la sede sociale in un altro Stato membro, la vigilanza, a parte le eccezioni sopradette, spetterà al Paese d'origine.

Tuttavia, l'esercizio dell'attività assicurativa tramite *web* soffre un'eccezione: sono sottratte alla vigilanza dell'IVASS le imprese che promuovono o collocano via internet contratti di assicurazione "a condizione che:

a) il sito *web* contenga l'esplicita avvertenza che il contenuto del sito è rivolto solo a contraenti con domicilio abituale o, se persone giuridiche, con sede legale in Stati diversi dall'Italia, per quanto riguarda le polizze di assicurazione sulla vita, e alla copertura di rischi ubicati al di fuori dell'Italia, per quanto riguarda le polizze di assicurazione contro i danni;

b) il sito *web* disponga di procedure tecniche tali da rifiutare proposte o adesioni provenienti da contraenti con domicilio abituale o, se persone giuridiche, con sede legale in Italia, per quanto riguarda le polizze vita, ovvero proposte o adesioni relative alla copertura di rischi ubicati in Italia, per quanto riguarda le polizze di assicurazione contro i danni" (Reg. IVASS n. 34 del 2010, art. 3).³⁴⁷

3. I limiti alla vigilanza (per funzioni) dell'IVASS: ambito di applicazione del principio dell'*home country control*

A questo punto rimane da chiarire quale sia il riparto di competenze in tema di vigilanza: il principio dell'*home country control* si arresta alla vigilanza prudenziale oppure copre anche la vigilanza sull'attività assicurativa?

Partendo anzitutto dal dato letterale, l'art. 9 della terza direttiva (92/49/CEE)³⁴⁸ dispone che la vigilanza finanziaria su un'impresa di assicurazione, compresa

³⁴⁷ Reperibile sul sito dell'IVASS.

³⁴⁸ Cfr. anche art. 8 dir. 92/96/CEE.

quella sulle attività da questa esercitate tramite succursali e in regime di prestazione di servizi, rientra nella competenza esclusiva dello Stato membro d'origine; e specifica che per vigilanza finanziaria si intende in particolare la verifica, per l'insieme delle attività dell'impresa di assicurazione, dello stato di solvibilità e della costituzione di riserve tecniche e delle attività di contropartita in conformità delle norme o della prassi stabilite nello Stato membro d'origine, ai sensi delle disposizioni adottate a livello comunitario.

Dunque, l'oggetto dell'*home country control* viene identificato nella vigilanza finanziaria, nella vigilanza cioè “sulla stabilità e sull'equilibrio patrimoniale dell'impresa, con particolare attenzione ai livelli del margine di solvibilità e alla copertura delle riserve tecniche”.³⁴⁹

Pertanto, senza dubbio la vigilanza *de qua* si esplica nella verifica della gestione patrimoniale e finanziaria della società affinché l'impresa sia in grado di mantenere fede agli impegni assunti. E senza dubbio dal dato letterale si evince che soggette al controllo dell'Autorità del Paese d'origine sono le imprese nazionali per il complesso dell'attività svolta sia sul mercato statale sia nell'ambito europeo in stabilimento o in libera prestazione.

D'altronde, come detto, in questo senso depongono chiaramente gli artt. 192, commi 1 e 2 e 193, comma 1.

Ma *quid iuris* sulle altre funzioni di vigilanza sulle imprese europee che operano in stabilimento o in libera prestazione? Qual è l'ambito di estensione del principio dell'*home country control*?

349 A. LONGO, *Poteri dell'ISVAP*, in *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, Commentario a cura di G. PARTESOTTI e M. RICOLFI, Padova, 2000, 465; E. BOTTIGLIERI, *I decreti legislativi per l'esercizio dell'attività assicurativa. Il principio dell'home country control*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1996, 865.

In proposito le disposizioni europee non pronunciano alcuna regola in merito alla vigilanza sull'attività che l'impresa svolge negli altri Paesi membri.

Esse, infatti, intente ad armonizzare le legislazioni nazionali soprattutto sul piano delle condizioni di accesso ed esercizio, non contengono una disciplina anche sulle funzioni di vigilanza, limitandosi a dettare i principi attraverso cui individuare l'autorità competente.³⁵⁰

Tuttavia, il comma 2 dell'art. 193 riconosce all'IVASS, qualora accerti che l'impresa di assicurazione non rispetti le disposizioni della legge italiana che è tenuta ad osservare, il potere di contestarne la violazione e le ordina di conformarsi alle norme di legge e di attuazione; anche se, qualora l'impresa non si conformi alle norme di legge e di attuazione, l'IVASS non può agire direttamente, ma deve informare l'autorità di vigilanza dello Stato membro di origine, chiedendo che vengano adottate le misure necessarie a far cessare le violazioni.

Merita precisare che le direttive in materia assicurativa in varie occasioni ricordano che le imprese di assicurazione operanti in base all'autorizzazione unica devono rispettare le regole di interesse generale dello Stato membro ospitante.

Dunque, alla luce di un'interpretazione sistematica delle disposizioni *de quibus*, il riferimento alle “disposizioni della legge italiana che è tenuta ad osservare” non può non essere che una perifrasi per indicare la normativa di interesse generale.³⁵¹

350 A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, *Commento agli artt. 192-194*, in *Il codice delle assicurazioni private*, cit., 317.

351 Nel senso che la vigilanza sull'attività assicurativa in senso lato (*home country law*) implichi “il rispetto delle condizioni all'esercizio dell'attività dettate dallo Stato membro ospitante per motivi di interesse generale” v. I. BOZZANO, *Il controllo e la regolamentazione del mercato assicurativo*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. ALPA, Torino, 2006, 640.

In tal caso sembra potersi concludere che la vigilanza sull'attività spetti all'Autorità del Paese membro di stabilimento o di prestazione in collaborazione con l'omologo del Paese d'origine;³⁵² il controllo sulla stabilità delle imprese è prerogativa esclusiva delle autorità nazionali, perché sono tali autorità a rilasciare l'autorizzazione all'esercizio anche in libera prestazione o stabilimento.³⁵³

Ne consegue, che per la corretta operatività del mercato comune, la cooperazione tra le Autorità di vigilanza nazionali ed europee è l'unica via percorribile affinché si arrivi alla applicazione di una interpretazione uniforme del diritto europeo assicurativo e si evitino prassi difformi con risultati anticoncorrenziali.

4. La cooperazione tra Autorità nazionali e sovranazionali

Le forme di collaborazione tra l'IVASS e le autorità di vigilanza degli altri Paesi e con le Istituzioni europee sono inevitabili in un sistema il cui obiettivo principale è la creazione di un mercato unico, fondato sulla applicazione di una disciplina tendenzialmente uniforme e

³⁵² Per una ricostruzione sulle diverse soluzioni v. A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, *Commento agli artt. 192-194*, cit., 314 ss. In particolare, prima della adozione del codice delle assicurazioni si scontravano due visioni: da un lato chi differenziava i poteri di vigilanza tra le autorità nazionali (cfr. E. BOTTIGLIERI, *I decreti legislativi per l'esercizio dell'attività assicurativa: il principio dell' "home country control"*, in *Resp. Civ e prev.*, 1996, 5, 882, che distingue la vigilanza prudenziale di competenza del Paese d'origine dalla vigilanza sull'attività di competenza di entrambe le Autorità) e dall'altro chi (CARANTA, *Commento sub artt. 20-20 bis e 73 della direttiva 95/26/CE*, in *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, a cura di G. PARTESOTTI e M. RICOLFI, Padova, 2000, 157-159, 739) attribuiva tutte le funzioni di vigilanza (pur se con qualche deroga) al Paese d'origine. Sul tema v. la sentenza della corte di Giustizia C-518/06 (relativa alla questione dell'obbligo di contrarre, pf. 6.3 del cap. II).

³⁵³ In questo senso A. LONGO, *Commento art. 3*, cit., 45.

sulla vigilanza su imprese che operano oltre i confini nazionali (in un mercato appunto europeo).³⁵⁴

A livello generale vanno messe in evidenza due disposizioni del codice delle assicurazioni che mirano a favorire tale cooperazione.

L'art. 5, comma 1-ter dispone che "l'IVASS, nell'espletamento delle sue funzioni, prende in considerazione il potenziale impatto delle sue decisioni sulla stabilità dei sistemi finanziari dell'Unione europea, soprattutto in situazioni di emergenza, tenendo conto delle informazioni disponibili al momento, anche avvalendosi degli opportuni scambi di informazioni con l'AEAP, il Comitato congiunto, il CERS e le autorità di vigilanza degli altri Stati membri. In periodi di turbolenze eccezionali sui mercati finanziari, l'IVASS tiene conto dei potenziali effetti prociclici derivanti dai suoi interventi".

Inoltre, l'art. 10 prevede in linea di principio una collaborazione tra l'IVASS e l'EIOPA (l'AEAP secondo l'acronimo italiano) e le altre autorità di vigilanza europee, con il Comitato congiunto, con il CERS, con le istituzioni dell'Unione europea e le autorità di vigilanza dei singoli Stati membri, al fine di agevolare l'esercizio delle rispettive funzioni.

Tale collaborazione si esplica soprattutto attraverso obblighi di comunicazione stabiliti dalle disposizioni dell'Unione europea e scambi di informazione a condizione di reciprocità e di equivalenti obblighi di riservatezza.

Oltre a disposizioni di principio, il codice delle assicurazioni dedica l'intero capo IV alla cooperazione con le autorità di vigilanza degli altri Stati membri e comunicazioni alla Commissione europea e all'EIOPA.

³⁵⁴ Cfr. in questo senso I. RIVA, *Commento agli artt. 3-10*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006, 45 ss.

Ad esempio, l'art. 203 dispone una procedura di cooperazione basata sulla consultazione preventiva non solo tra autorità di vigilanza del mercato assicurativo, ma anche con quelle che controllano gli enti creditizi e finanziari, in caso di rilascio dell'autorizzazione relativa all'esercizio dell'attività assicurativa richiesta da qualsiasi impresa di assicurazione o di riassicurazione che si trovi in determinate condizioni previste dalla norma.

Inoltre, l'art. 205 riguarda i poteri di indagine in collaborazione con le autorità di altri Stati membri. In particolare, come l'IVASS può svolgere direttamente o attraverso persone appositamente incaricate ispezioni nei locali delle sedi secondarie delle imprese di assicurazioni o di riassicurazioni operanti in regime di stabilimento in un altro Stato membro, informandone l'autorità di vigilanza dello Stato membro della sede secondaria, la quale, ove lo richieda, ha diritto di parteciparvi; così l'autorità di vigilanza dello Stato membro d'origine di un'impresa di assicurazione o di riassicurazione che opera in Italia in regime di stabilimento può svolgere, direttamente o attraverso persone appositamente incaricate, ispezioni nei locali della sede secondaria da questa costituita, dirette a verificare ogni elemento utile ai fini dell'esercizio della vigilanza sull'impresa stessa, informando l'IVASS, che, ove lo richieda, ha diritto di partecipare all'ispezione stessa.

Tali previsioni altro non sono che una concreta applicazione del principio dell'*home country control*.

4.1 L'impatto della nuova architettura europea di vigilanza sul sistema dell'*home country control*

Tralasciando le specifiche disposizioni che disciplinano i casi in cui l'IVASS deve cooperare con le istituzioni

straniere, è interessante osservare il sistema nel suo complesso.

Prima dell'istituzione dell'EIOPA,³⁵⁵ a livello europeo non esisteva una vera e propria autorità di vigilanza in materia finanziaria, bensì operavano diversi comitati inseriti nella c.d. “procedura Lamfalussy”.³⁵⁶ In risposta alla crisi economica iniziata nel 2008, che ha messo in evidenza i limiti di tale struttura (i Comitati avevano un ruolo per lo più consultivo), è stato rimodellato il sistema europeo di vigilanza finanziaria.

Innanzitutto i precedenti comitati sono stati trasformati in tre autorità europee (*European Supervisory Authorities-*

355 Gli ambiti di competenza dell'EIOPA sono ben riassunti da M. HAZAN, *Struttura e poteri dell'autorità di vigilanza*, cit., 274: “l'Eiopa è incaricata di monitorare e individuare le tendenze, i rischi potenziali e le vulnerabilità a livello micro-prudenziale, in situazioni transfrontaliere e intersettoriali, proteggendo l'interesse pubblico e contribuendo alla stabilità e all'efficacia a breve, medio e lungo termine del sistema finanziario/assicurativo, a beneficio dell'economia dell'Unione, dei suoi cittadini e delle sue imprese”.

356 Originariamente proposta per il settore dei servizi finanziari in cui si avvertì l'esigenza di armonizzare la regolamentazione europea in materia e di adeguarla ai rapidi sviluppi del mercato, la procedura si basa su quattro livelli. Il primo livello (Principi quadro) prevede l'adozione degli atti legislativi adottati dal Parlamento Europeo e dal Consiglio mediante procedura di co-decisione, contenenti i principi quadro definiti dalla Commissione; le misure attuative del primo livello e implementate dalla Commissione costituiscono il secondo livello. Tali misure vengono adottate con l'ausilio dei cosiddetti «comitati di livello 2» composti dai rappresentanti degli Stati membri (il Comitato Bancario Europeo-EBC, il Comitato Europeo per i Valori Mobiliari-ESC, il Comitato Europeo per le Assicurazioni e le Pensioni Professionali-EIOPC ed il Comitato per i Conglomerati Finanziari-FCC) e sono predisposte sulla base dei lavori dei cosiddetti «comitati di livello tre» (il Comitato Europeo delle Autorità di Vigilanza Bancarie-CEBS, il Comitato Europeo delle Autorità di Vigilanza sui Mercati Finanziari-CESR e il Comitato Europeo delle Autorità di Vigilanza per il Settore Assicurativo e le Pensioni Professionali-CEIOPS), composti da rappresentanti di alto livello delle autorità nazionali di vigilanza e delle banche centrali nazionali. Il terzo livello coinvolge, dunque, gli Stati membri; il quarto livello, infine, attribuisce poteri di controllo alla Commissione per verificare l'effettiva conformità degli ordinamenti nazionali al diritto europeo. R. RAZZANTE, *I tratti essenziali del quadro normativo di riferimento*, in *Il contenzioso finanziario nell'era MIFID*, a cura di R. RAZZANTE, Torino, 2010, 7 ss.; C. ARMBRÜSTER, *La vigilanza su banche ed assicurazioni: è meglio avere un'autorità o due?*, cit., 244.

ESA):³⁵⁷ una per il settore bancario (EBA: *European Banking Authority*), una per i mercati finanziari (ESMA: *European Securities and Markets Authority*) e una per le assicurazioni (EIOPA: *European Insurance and Occupational Pension Authority*, istituita con Reg. n. 1094 del 2010).

Merita chiedersi se la nuova struttura abbia ripercussioni anche sul modello di regolazione finanziaria basato sull'armonizzazione minima e sul principio dell'*home coutry control*.

In particolare, l'EIOPA ha il potere di adottare norme tecniche, linee guida e raccomandazioni.

Le norme tecniche di regolamentazione non implicano decisioni strategiche o scelte politiche e il loro contenuto è limitato dagli atti legislativi su cui si basano (art. 10, Reg. 1094 del 2010).

Innanzitutto, il potere di regolamentazione può essere esercitato laddove il Parlamento europeo e il Consiglio delegano alla Commissione il potere di adottare norme tecniche di regolamentazione. In tali casi, l'Autorità, se elabora progetti di norme tecniche di regolamentazione, sottopone tali progetti all'approvazione della Commissione, che li trasmette senza indugio al Parlamento europeo e al Consiglio (art. 10, pf.1).

Entro tre mesi dal ricevimento del progetto, la Commissione decide se approvarlo o modificarlo per tutelare gli interessi dell'Unione.

Ove non intenda approvare un progetto di norma tecnica di regolamentazione o intenda approvarlo in parte o con

³⁵⁷ Le ESA vengono istituite a seguito del rapporto redatto dal gruppo di lavoro presieduto da De Larosiere. M. DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in *Riv. it. dir. com.*, 2015, 6, 1154 ss. Per una ricostruzione sulla nuova architettura europea dopo il lavoro di De Larosiere, v. S. VERDUCHI, *I presidi della solvibilità dell'impresa di assicurazioni*, cit., 559 ss.

modifiche, la Commissione lo rinvia all'Autorità, fornendo le ragioni della sua mancata approvazione o, a seconda dei casi, delle modifiche apportate. Entro un termine di sei settimane, l'Autorità può modificare il progetto di norma tecnica di regolamentazione sulla base delle modifiche proposte dalla Commissione e ripresentarlo come parere formale alla Commissione, inviando copia anche al Parlamento europeo e al Consiglio.

Se, alla scadenza di tale termine di sei settimane, l'Autorità non ha presentato un progetto modificato di norma tecnica di regolamentazione o ha presentato un progetto di norma tecnica di regolamentazione modificato in modo non coerente con le modifiche proposte dalla Commissione, questa può adottare la norma tecnica di regolamentazione con le modifiche che ritiene pertinenti o respingerla.

Tuttavia, merita precisare che la Commissione può modificare il contenuto di un progetto di norma tecnica di regolamentazione elaborato dall'Autorità solo previo coordinamento con l'Autorità.

Infatti, la Commissione può adottare una norma tecnica di regolamentazione mediante un atto delegato senza un progetto dell'Autorità solo nel caso in cui l'Autorità non abbia presentato un progetto di norma tecnica di regolamentazione entro i termini previsti dall'art. 10 e la Commissione abbia richiesto di nuovo il progetto concedendo un nuovo termine, inutilmente spirato a causa dell'inerzia dell'EIOPA.

Dal regolamento istitutivo si evince che, nonostante i limiti menzionati (dovuti al coinvolgimento della Commissione e del Parlamento per cui non vi è stata una delegazione di poteri a favore dell'autorità tecnica, né poteva essere altrimenti visti i vincoli contenuti nei

Trattati), all'EIOPA (ma il discorso può essere esteso sostanzialmente alle altre ESA) sono attribuiti soprattutto poteri di regolazione, rimanendo le funzioni di vigilanza in linea di principio di competenza delle autorità nazionali.³⁵⁸

Tuttavia, le ESA (e quindi l'EIOPA) possono assumere decisioni vincolanti in tre circostanze: i) nel caso di violazioni del diritto UE, ii) nel caso di situazioni di emergenza o iii) per risolvere controversie tra autorità nazionali di vigilanza.

In particolare, secondo l'art. 17 del Reg. 1094 del 2010, se un'autorità competente viola il diritto dell'Unione, l'EIOPA, su richiesta di una o più autorità competenti, del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione o del pertinente gruppo delle parti interessate, o di propria iniziativa, e dopo averne informato l'autorità competente interessata, può effettuare indagini sull'asserita violazione o mancata applicazione del diritto dell'Unione. Non oltre due mesi dall'avvio dell'indagine, l'EIOPA può trasmettere all'autorità competente interessata una raccomandazione in cui illustra l'azione necessaria per conformarsi al diritto dell'Unione ed entro dieci giorni lavorativi dal ricevimento della raccomandazione l'autorità competente informa l'Autorità delle misure adottate o che intende adottare per conformarsi al diritto dell'Unione.

Tuttavia, merita evidenziare che se l'autorità competente non si conforma al diritto dell'Unione nei termini, sarà la Commissione, dopo essere stata informata dall'Autorità, o di propria iniziativa, a gestire la situazione, esprimendo un parere formale, sulla base della raccomandazione

358 M. DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in *Riv. it. dir. com.*, 2015, 6, 1560.

dell'EIOPA, per chiedere all'autorità competente di prendere le misure necessarie per rispettare il diritto dell'Unione.

Entro dieci giorni lavorativi dal ricevimento del parere formale, l'autorità statale informa la Commissione e l'EIOPA delle misure adottate o che intende adottare per conformarsi a tale parere formale.

Più rilevante è il potere riconosciuto all'EIOPA qualora un'autorità nazionale non si conformi al parere e sia necessario rimediare tempestivamente a tale inosservanza al fine di mantenere o di ripristinare condizioni neutre di concorrenza sul mercato o per assicurare il regolare funzionamento e l'integrità del sistema finanziario. In tali casi, infatti, l'EIOPA può adottare una decisione nei confronti di un singolo istituto finanziario, imponendogli di prendere misure per rispettare gli obblighi imposti dal diritto dell'Unione, tra cui la cessazione di ogni eventuale pratica.³⁵⁹

La seconda ipotesi in cui all'EIOPA sono attribuiti poteri più incisivi riguarda le situazioni di emergenza, quando le è riconosciuto un vero e proprio ruolo di coordinatrice (art. 18, reg. 1094 del 2010).

In caso di sviluppi negativi che possano seriamente compromettere il regolare funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari nonché la stabilità generale o parziale del sistema finanziario nell'Unione, l'EIOPA facilita attivamente e, ove ritenuto necessario, coordina le misure adottate dalle pertinenti autorità nazionali di vigilanza competenti.

Per essere in grado di svolgere tale ruolo di facilitazione e coordinamento, l'Autorità è pienamente informata di tutti

³⁵⁹ Merita ricordare che lo stesso art. 17 del Reg. 1094 del 2010 fa salvo il potere della Commissione di aprire una procedura di infrazione ex art. 258, TFUE.

gli sviluppi rilevanti ed è invitata dalle pertinenti autorità nazionali di vigilanza competenti a partecipare in qualità di osservatore alle eventuali riunioni in materia.

In casi eccezionali se è necessaria un'azione coordinata delle autorità nazionali per rispondere a sviluppi negativi che possano seriamente compromettere il regolare funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari o la stabilità generale o parziale del sistema finanziario nell'Unione, l'Autorità può adottare decisioni individuali per chiedere alle autorità competenti di prendere le misure necessarie ad affrontare tali sviluppi, assicurando che gli istituti finanziari e le autorità competenti rispettino gli obblighi fissati in tale normativa.

Anche in questo caso se un'autorità nazionale non si conforma alla decisione dell'Autorità, questa può adottare una decisione nei confronti di un singolo istituto finanziario imponendogli di prendere le misure necessarie per rispettare gli obblighi imposti da tale normativa, tra cui la cessazione di ogni eventuale pratica.

In ogni caso non c'è molto da entusiasarsi: è vero che in quest'ultima ipotesi non è previsto un coinvolgimento della Commissione analogo a quello che caratterizza la procedura relativa alla violazione del diritto dell'UE; ma la spiegazione non risiede in una maggiore attribuzione di poteri all'EIOPA, bensì in ragione dei diversi presupposti che giustificano l'attivazione dei poteri di vigilanza (la situazione di emergenza accertata da una decisione del Consiglio).³⁶⁰

Infine, nei casi di risoluzione delle controversie tra autorità competenti in situazioni transfrontaliere (art. 19, reg. 1094 del 2010) se un'autorità competente è in

³⁶⁰ M. DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in *Riv. it. dir. com.*, 2015, 6, 1562. L'A. ricorda che nei primi quattro anni di attività tali poteri di vigilanza non sono mai stati esercitati.

disaccordo con la procedura seguita o il contenuto di una misura adottata da un'autorità di vigilanza di un altro Stato membro o con l'assenza di intervento da parte di quest'ultima l'EIOPA può, su richiesta di una o più autorità competenti interessate o di sua iniziativa, prestare assistenza alle autorità per trovare un accordo. Se le autorità competenti interessate non riescono a trovare un accordo entro il termine fissato per la conciliazione dall'Autorità, questa può adottare una decisione con valore vincolante per imporre loro misure specifiche (o anche di astenersi dall'agire).

Anche in tale ipotesi, la disposizione *de qua* prevede che, se un'autorità competente non si conforma alla decisione dell'Autorità e pertanto omette di garantire che l'impresa assicurativa rispetti gli obblighi che le sono direttamente applicabili, l'EIOPA può adottare nei confronti del singolo istituto finanziario una decisione individuale che gli impone di adottare le misure necessarie (tra cui la cessazione di ogni eventuale pratica) per rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione.

Dalla disciplina in materia un dato emerge chiaramente: la vigilanza in ambito assicurativo non è stata centralizzata a livello sopranazionale.³⁶¹

In conclusione dal nuovo quadro istituzionale risulta che la vigilanza in ambito assicurativo continua a spettare alle autorità nazionali, sebbene rispetto all'originario assetto di applicazione del principio dell'*home country control* si è cercato di intensificare la cooperazione istituzionale.³⁶²

³⁶¹ Concorda con tale conclusione A. CANDIAN, A. TITA, *La compliance delle imprese assicurative nel quadro europeo, tra Solvency II, EIOPA, e direttiva Omnibus II*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2001,1, 21 ss.

³⁶² M. DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in *Riv. it. dir. com.*, 2015, 6, 1568.

5. Conclusioni

I principi della licenza unica e dell'*home country control* sono stati elaborati per accelerare il processo di creazione di un mercato unico in ambito assicurativo.

Tali principi - è bene ricordarlo - non limitano la loro operatività alla fase di accesso al mercato, nel senso che l'autorizzazione concessa dal Paese d'origine è valida per l'intera Comunità, potendo l'impresa operare in libera prestazione o stabilirsi all'estero, ma riguardano anche la fase di esercizio, per cui una volta ammessa ad operare in un altro Stato membro, la vigilanza prudenziale sull'impresa assicurativa estera continuerà, entro certi limiti, a soggiacere al controllo dell'Autorità del Paese d'origine; mentre la competenza a vigilare sull'attività dell'impresa sembra spetti all'Autorità del Paese membro di stabilimento o di prestazione (eventualmente in collaborazione con l'omologo del Paese d'origine).

Tuttavia, il sistema delineato prima del 2010 ha messo in evidenza anche la debolezza della sua architettura non solo per le conseguenze della crisi del 2008, ma anche per la necessità di raggiungere livelli di integrazioni più alti.

A tale proposito sono state adottati diversi atti al fine di incentivare la cooperazione tra le Autorità di vigilanza degli Stati membri e tra queste e le istituzioni sopranazionali nella consapevolezza che il mercato unico assicurativo può realizzarsi innanzitutto attraverso una uniforme applicazione del diritto europeo.

Le misure immediatamente successive alla crisi del 2008 si sono mosse in questa direzione. In particolare, il CEIOPS, da organo consultivo, è stato trasformato in un'Autorità a tutti gli effetti (EIOPA).

Tuttavia, dalla disciplina in materia un dato emerge chiaramente: la vigilanza in ambito assicurativo non è stata centralizzata a livello sopranazionale, ma continua a

spettare alle autorità nazionali, sebbene rispetto all'originario assetto di applicazione del principio dell'*home country control* si è cercato di intensificare la cooperazione istituzionale.³⁶³

Rimane da vedere se in futuro il sistema evolverà nel senso di un ridimensionamento delle funzioni di vigilanza riconosciute alle autorità nazionali a favore di più incisive competenze dell'EIOPA,³⁶⁴ anche se sembra difficile credere in un'evoluzione in questo senso (alla luce dei recenti avvenimenti politici l'Unione europea sembra non godere di molta stima).

³⁶³ M. DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in *Riv. it. dir. com.*, 2015, 6, 1568.

³⁶⁴ Si interroga sul punto M. HAZAN, *Struttura e poteri dell'autorità di vigilanza*, cit., 274. In un senso del tutto nuovo ("alternativo") del ruolo delle autorità di vigilanza nel sistema finanziario, definito come "un insieme organizzato di mercati, intermediari e strumenti", v. P. PORRETTA, F. SANTOBONI, *Fare assicurazione*, cit., 117 ss.; la soluzione suggerita è nel senso che "le Autorità di vigilanza devono abbandonare atteggiamenti egocentrici durante l'espletamento delle proprie funzioni, in quanto non riescono dall'esterno a causare meccanicamente ed unidirezionalmente determinati comportamenti nei soggetti vigilati, che non subiscono passivamente le regole, ma interagiscono attivamente influenzando il sistema-vigilante (causalità circolare). Le relazioni di *feed-back* continuo, poc'anzi descritte, innescano, dunque, reazioni a catena nei comportamenti del sistema-vigilante e del sistema vigilato («suggerimenti organizzativi»), che consentono di costruire un tutto solidale, mediante quell'accoppiamento strutturale che, a ben vedere, costituisce la base di un Sistema finanziario stabile ed efficiente".

Conclusioni

Il mercato unico può davvero funzionare solo se si raggiunge un grado di omogeneità sia tra le normative degli Stati membri sia sulla loro applicazione da parte delle Autorità competenti.

In particolare, il difficile equilibrio tra le contrapposte esigenze (tutela del consumatore, stabilità del sistema, creazione di un mercato unico e concorrenziale) ha trovato un punto di equilibrio (precario) nel principio dell'*home country control* e nella ripartizione delle funzioni di vigilanza.

L'applicazione di tale principio, infatti, impone di distinguere la vigilanza strutturale e prudenziale da quella sull'attività dell'impresa nel Paese ospitante.

La verifica sulla sussistenza delle condizioni di accesso e di esercizio spetta allo Stato d'origine, residuando alle Autorità del Paese ospitante limitati poteri.

Più complessa, invece, è la questione relativa all'insieme delle attività esercitate dall'impresa straniera sul territorio di uno Stato membro, poiché le direttive in materia non si esprimono apertamente.

Merita precisare che le direttive in materia assicurativa in varie occasioni ricordano che le imprese di assicurazione operanti in base all'autorizzazione unica devono rispettare le regole di interesse generale dello Stato membro ospitante.

Pertanto, quanto alle attività svolte in un Paese diverso da quello della sede legale, il controllo deve essere ripartito: spetta all'autorità dello Stato di origine la vigilanza sulle vicende generali dell'impresa e all'autorità dello Stato ospitante, in collaborazione con l'omologo straniero, il controllo sulle attività svolte sul proprio territorio,

affinché si rispetti la normativa nazionale dettata a tutela dell'interesse generale.³⁶⁵

Tale conclusione è coerente con l'intero impianto, delineato dalle direttive e recepito dal codice, sull'accesso e sull'esercizio dell'attività assicurativa.

Il controllo sulla stabilità delle imprese è prerogativa esclusiva delle autorità nazionali, perché sono tali autorità a rilasciare l'autorizzazione all'esercizio anche in libera prestazione o stabilimento.³⁶⁶

Tuttavia, se l'applicazione delle norme non è omogenea, l'impresa sarà tentata di localizzare la sede legale nello Stato il cui sistema di vigilanza è ritenuto meno gravoso.³⁶⁷

Ne consegue da un lato la necessità che le Autorità degli Stati membri collaborino tra loro e dall'altro un'applicazione uniforme della normativa (magari affidando il compito a un'autorità unica di vigilanza europea).

Solo in questo modo potrà parlarsi di mercato unico assicurativo europeo.

A tale proposito merita rilevare l'istituzione dell'EIOPA (Reg. n. 1094 del 2010).

Sicuramente la vigilanza in ambito assicurativo continua a spettare alle autorità nazionali, ma rispetto all'originario

³⁶⁵ Nel senso che la vigilanza sull'attività assicurativa in senso lato (*home country law*) implichi "il rispetto delle condizioni all'esercizio dell'attività dettate dallo Stato membro ospitante per motivi di interesse generale" v. I. BOZZANO, *Il controllo e la regolamentazione del mercato assicurativo*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. ALPA, Torino, 2006, 640; in senso analogo: "lo Stato ospitante vigila sulla gestione dei rischi assunti nel proprio territorio e sulla tutela degli assicurati locali, intervenendo nella situazione di crisi quando gli effetti siano limitati al proprio territorio (la competenza, invece, è dell'autorità del Paese di origine quando la crisi investa l'intera impresa nel suo complesso)" v. M. CONDEMI, *Commento all'art. 48*, in *Il codice delle assicurazioni*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007, 418.

³⁶⁶ In questo senso A. LONGO, *Commento art. 3*, cit., 45.

³⁶⁷ Il fenomeno c.d. di *shopping* di ordinamenti, v. A. ANTONUCCI, *Assicurazione fra impresa e contratto*, Bari, 2000, 42.

assetto di applicazione del principio dell'*home country control* si è cercato di intensificare la cooperazione istituzionale.³⁶⁸

È vero che le norme tecniche adottate dall'EIOPA non implicano decisioni strategiche o scelte politiche e il loro contenuto è limitato dagli atti legislativi su cui si basano (art. 10, Reg. 1094 del 2010), ma è anche vero che le è stato conferito anche il potere di assumere decisioni vincolanti in tre circostanze: i) nel caso di violazioni del diritto UE, ii) nel caso di situazioni di emergenza e iii) per risolvere controversie tra autorità nazionali di vigilanza (artt. 17 ss. del Reg. n. 1067).

Certo non c'è molto da entusiasarsi: non si tratta di poteri particolarmente incisivi e in ogni caso è sempre previsto il coinvolgimento di un'altra istituzione (Commissione o Consiglio, in genere).

Tuttavia, non è da sottovalutare l'ipotesi di interventi per la risoluzione delle controversie tra autorità competenti in situazioni transfrontaliere (art. 19, Reg. 1094 del 2010). Infatti, se un'autorità competente è in disaccordo con la procedura seguita o il contenuto di una misura adottata da un'autorità di vigilanza di un altro Stato membro o in caso di inerzia da parte di quest'ultima l'EIOPA può, su richiesta di una o più autorità competenti interessate o di sua iniziativa, prestare assistenza alle autorità per trovare un accordo. Se le autorità competenti interessate non riescono a trovare un accordo entro il termine fissato per la conciliazione dall'Autorità, questa può adottare una

³⁶⁸ Dal regolamento istitutivo si evince che all'EIOPA sono attribuiti soprattutto poteri di regolazione, rimanendo le funzioni di vigilanza in linea di principio di competenza delle autorità nazionali. Cfr. M. DE BELLIS, *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in *Riv. it. dir. com.*, 2015, 6, 1560.

decisione con valore vincolante per imporre loro misure specifiche.

Qualora poi un'autorità competente non si conformi alla decisione dell'Autorità e pertanto ometta di garantire che l'impresa assicurativa rispetti gli obblighi che le sono direttamente applicabili, l'EIOPA può adottare nei confronti del singolo istituto finanziario una decisione individuale che gli impone di adottare le misure necessarie per rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione.

Rimane da vedere come evolverà in futuro il sistema:³⁶⁹ certo è che in una recente vicenda (che tra l'altro vede coinvolto l'IVASS) l'EIOPA ha dichiarato ricevibile una domanda formulata da un'impresa assicuratrice ai sensi dell'articolo 17 del regolamento n. 1094 del 2010 (violazione del diritto europeo).³⁷⁰

³⁶⁹ Ovviamente nella consapevolezza che vige il principio di attribuzione *ex art.* 5, TUE.

³⁷⁰ V. cap. II, pf. 6.2.

BIBLIOGRAFIA

ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014.

ADINOLFI A., *La nozione di "abuso di diritto" nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. internaz.*, 2012, 2, 329-351.

AFFERINI V., *I servizi assicurativi nel diritto comunitario*, in *Studi in onore di Uckmar*, Tomo Primo, Padova, 1997.

ALPA G., *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contratto e impresa*, 2015, 2, 245-361.

AMOROSINO S., *Principi "costituzionali", poteri pubblici e fonti normative: lo jus commune dei mercati finanziari, bancari ed assicurativi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2003, I, 335-352.

ANTONUCCI A., *Assicurazione fra impresa e contratto*, Bari, 2000.

ANTONUCCI A., MARIANO P., *Commento all'art. 27*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007.

ANTONUCCI A., *Problemi giuridici della vendita a distanza dei servizi assicurativi*, in *Ass.*, 2000, 3, 265.

ARMBRÜSTER C., *La vigilanza su banche ed assicurazioni: è meglio avere un'autorità o due?*, in *Banche, assicurazioni e gestori del risparmio*, a cura di M. PROSPERETTI, A. COLAVOLPE, Padova, 2009.

ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004.

BALLARINO T., *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2004.

BARANI A., *Il caso Gebhard: un avvocato tedesco in Italia*, in *Dir. comunitario e degli scambi internaz.*, 1996, 2, 301-310.

BASSAN F., *Commento agli artt. 23-24*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007.

BELLIZZI E., *Commento agli artt. 57-67*, in *Il Nuovo codice delle assicurazioni*, a cura di S. AMOROSINO e L. DESIDERIO, Milano, 2006.

BONANZINGA R. T., *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, su www.comparazonedirittocivile.it

BORTOLANI C., *La sorveglianza*, in *Le assicurazioni*, a cura di A. COLAVOLPE, M. PROSPERETTI, Padova, 2012.

BOTTIGLIERI E., *I decreti legislativi per l'esercizio dell'attività assicurativa. Il principio dell'"autorizzazione unica"*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1995, 6, 821-877.

BOTTIGLIERI E., *I decreti legislativi per l'esercizio dell'attività assicurativa. Il principio dell'home country control*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1996, 5, 862-891.

BOZZANO I., *Il controllo e la regolamentazione del mercato assicurativo*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. ALPA, Torino, 2006.

BRAVO F., *Il collocamento dei prodotti assicurativi tramite internet*, Milano, 2001.

BRAVO F., *La distribuzione tramite internet*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. ALPA, Torino, 2006.

BUS HENRIKSEN O., *La libertà di prestazione nell'attività assicurativa*, relazione al Convegno dell'Associazione Internazionale di Diritto delle Assicurazioni (AIDA) sezioni Friuli-Venezia Giulia e Lombarda sul tema "Attività assicurativa, Trattato di Roma e libertà di prestazione", Trieste, 19-20 ottobre 1984, in *Diritto e pratica nell'assicurazione*, 1984, pp. 70-92.

CALMON J., *Commento agli artt. 203-204*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007.

CANDIAN A., TITA A., *La compliance delle imprese assicurative nel quadro europeo, tra Solvency II, EIOPA, e direttiva Omnibus II*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2001, 1, 3-30

CAPOTOSTI R., *Gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria in tema di libertà di servizi e la loro influenza sulla prestazione assicurativa*, in *Ass.*, 1975, II

CAPOTOSTI R., *Il concetto di libera circolazione dei servizi secondo la Commissione europea*, in *Ass.*, 1994, 2A, 23-27.

CAPOTOSTI R., *La realizzazione effettiva della libertà di servizi della libertà di servizi nelle assicurazioni contro i danni*, in *Ass.*, 1988, II

CAPOTOSTI R., *La riassicurazione. Il contratto e l'impresa*, Torino, 1991

CAPOTOSTI R., *Le modalità nell'esercizio della libertà di servizi secondo i più recenti orientamenti della Corte di Giustizia Comunitaria*, in *Ass.*, 1976, II, 1, 6-10

CAPOTOSTI R., *Mercato unico delle assicurazioni contro i danni: terza ed ultima fase*, in *Ass.*, 1990, II

CAPOTOSTI R., *Riassicurazione, il completamento comunitario dell'ordinamento assicurativo*, in *Ass.*, 2006, I, 1, 31-50.

CAPOTOSTI R., *Stabilimento, prestazione di servizi e interesse generale secondo la comunicazione interpretativa della Commissione europea*, in *Ass.*, 2000, II, 1, 51 ss.

CAPOTOSTI R., *Voce Prestazione di servizi (diritto comunitario)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991

CAPOTOSTI R.A., *Giurisprudenza comunitaria in tema di regole di concorrenza, discriminazione fiscale e responsabilità degli Stati per violazioni di diritto comunitario*, in *Ass.*, 1996, II, 4-6, 169-173

CARANTA, *Commento sub artt. 20-20 bis e 73 della direttiva 95/26/CE*, in *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, a cura di G. PARTESOTTI e M. RICOLFI, Padova, 2000

CARBONE S. M., *Brevi riflessioni sull'abuso del diritto comunitario: commercio internazionale ed esercizio delle libertà individuali*, *Relazione al Seminario "L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario. E' ancora lecito il risparmio d'imposta?"*, Genova, 29 gennaio 2011, in *Il Diritto del commercio internazionale*, 2011, 1, 67-83.

CASSESE E., *Le trasformazioni dell'autorizzazione amministrativa: autorizzazioni e concorrenza*, in *Ceradi*, 2004

CASSESE S., *Gli organi dell'ISVAP*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1984, I, 2, 221-227.

CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2013

CASTRONOVO C., *Abuso del diritto come illecito atipico?*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 3, 1051-1060

CAVALIERE C., *Commento agli artt. 117-121*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006

CERINI D., *Note in tema di esercizio dell'attività assicurativa in regime di libertà di prestazione di servizi e in regime di stabilimento*, in *Dir. eco. ass.*, 1999, 1, 155-179.

CHINI S., *L'impresa di assicurazione*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. ALPA, Torino, 2006

COLANGELO M., *Da Centros a Inspire Art. Libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2003, 2, 1220-1242.

CONDEMI M., *Commento all'art. 48*, in *Il codice delle assicurazioni*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007

CONDINANZI M., *Libertà di stabilimento*, in *Diritto dell'Unione europea*, Parte speciale, a cura di G. STROZZI, Torino, 2015.

COTTINO G., *L'assicurazione tra passato e presente*, in M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2011

D'AMICO G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I Contratti*, 2011, 7, 653-655.

D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, 2010, 1, 11-23.

DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008

DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012

DE BELLIS M., *Unificazione, differenziazione e tecnificazione nella regolazione europea dei mercati finanziari*, in *Riv. it. dir. com.*, 2015, 6, 1553-1578.

DE FINETTI B., *La compensazione tra rischi eterogenei*, in *Giornale dell'Istituto italiano degli Attuari*, 17, 1954

DE LA FEIRA R., VOGENHAUER S., *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, (edited by), Oxford, 2011.

DE POLIS S., *Commento all'art. 51*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007

DESIDERIO L., *Liberalizzazione, trasparenza e controllo nel settore assicurativo*, in *Dir. econ. dell'ass.*, 1996, 1, 61-80.

DESIDERIO L., *Temi e problemi di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2010

DI FONZO, *Assicurazioni ed Internet realtà attuale e prospettive future*, in *Dir. eco. ass.*, 2001, 2, 323-362.

DICKINSON, *I mercati assicurativi in Europa occidentale e l'impatto delle terze direttive comunitarie*, in *Banca, Impresa e Società*, 1997, 2.

DONATI A., *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, Milano, 1956.

DONATI A., VOLPE PUTZOLU G., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2012

EDWARDS V., FARMER P., *The concept of abuse in the freedom of establishment of Companies: a case of double standards?*, in *Continuity and change in UE Law*, edited by A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS, Oxford, 2008

FARENGA L., *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2016

FERRARI G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1980

FLORIDI V., *Terza direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992 sulle assicurazioni contro i danni (n. 92/49/CEE)*, in *Dir. eco. ass.*, 1992, 2-3, 591-609.

FOCARELLI D., *Il ruolo delle imprese di assicurazione nella crisi finanziaria: Solvency II è una risposta adeguata?*, in *Banca, impresa e società*, 2010, 2, 269-282.

FORNI S., *Assicurazione e impresa*, Milano, 2009

FRIGESSI DI RATTALMA M., *Blocco delle tariffe assicurative e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitari: riflessioni a margine di Corte di Giustizia 25 febbraio 2003 C-59/01*, in *Dir. eco. ass.*, 2003, 3-4, 629-659

FRIGESSI di RATTALMA M., *Libertà di prestazione assicurativa nel diritto comunitario derivato*, in *Dir. e pratica dell'ass.*, 1989, I, 3, 381-408.

GAGLIARDI M., *L'interesse generale nel diritto comunitario e l'obbligo a contrarre nella RC auto: una "ventata" di solidarismo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, II, 1, 97-106.

GALGANO F., *Qui iure suo abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, 2, 311-319.

GARRI F., *Voce Impresa di assicurazione II) Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989

GENTILE N., *Commento agli artt. 13-15, Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007

GESTRI M., *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003

GIAMPAOLINO C.F., *Le assicurazioni. L'impresa – I contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da R. COSTI, Sez. III, vol. 3, Torino, 2013

GNES M., *La disciplina delle assicurazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, parte speciale, tomo terzo, Milano, Giuffré, 2003

GROSSO P., *Assicurazione R.C.-auto, obbligo di contrarre, disciplina nazionale: l'Italia viene assolta dall'accusa di violazione della direttiva europea n. 92/49/CEE*, in *Dir. eco. ass.*, 2009, 3, 1012-1019

HAZAN M., CENTONZE S., *L'intermediazione assicurativa e gli altri sistemi di collocamento dei prodotti assicurativi*, in *Le assicurazioni private*, a cura di M. HAZAN, S. TAURINI, Padova, 2015

HAZAN M., *Struttura e poteri dell'autorità di vigilanza, Le assicurazioni private*, a cura di M. HAZAN, S. TAURINI, Padova, 2015

LA TORRE A., *Cinquant'anni col diritto. Diritto delle assicurazioni*, vol. II, Milano, 2008

LA TORRE A., *L'assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi*, Milano, 2000

LA TORRE A., *La disciplina giuridica dell'attività assicurativa*, in *Diritto delle assicurazioni*, vol. I, Milano, 1987

LAMBERT-FAIVRE Y., *Droit des assurances*, Dalloz, 1998

LEVI, *Sede secondaria*, in *Digesto*, sez. comm., vol. XIII, Torino, 2009

LOHEAC F., *Le marché unique de l'assurance: opportunités, limites et perspectives*, in *Revue du marché commun européenne*, n. 382, novembre 1994

LOMNICKA E., *The financial services single market and the interface between Community Law and domestic law*, in *Continuity and change in UE Law*, edited by A. ARNULL A., P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS, Oxford, 2008.

LONGO A., *Commento all'art. 3*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007

LONGO A., *Poteri dell'ISVAP*, in *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, Commentario a cura di G. PARTESOTTI e M. RICOLFI, Padova, 2000

LOSURDO F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011

LUBERTI A., *La seconda direttiva sull'intermediazione assicurativa. Profili pubblicistici*, in AA.VV., *Novità nell'intermediazione assicurativa progetto europeo IMD2 e mercato italiano. Atti Verona, 12 aprile 2013*, Milano, 2014

LUCIANETTI C., *Attività assicurativa e rendiconti nella nuova realtà europea*, Torino, 2009

MANIORI F., *Il "contratto base" r.c. auto e l'autonomia negoziale: profili di diritto europeo e costituzionale*, in *Dir. fisc. ass.*, 2013, I, 3, 348-364.

MARIANO P., *Commento all'art. 28*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007

MARIANO P., *Commento all'art. 29*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007

MASI, *Articolazioni dell'iniziativa economica*, Napoli, 1985

MASTROIANNI R., *La libera prestazione dei servizi*, in *Diritto dell'Unione europea*, Parte speciale, a cura di G. STROZZI, Torino, 2015

MERANI C., *Commento agli artt. 13-22*, in *Commentario al Codice delle Assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006

MERANI C., *Commento agli artt. 23-27*, in *Commentario al Codice delle Assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006

MEZZACAPO, *L'accesso all'attività assicurativa*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, a cura di S. AMOROSINO, L. DESIDERIO, Milano, 2006.

MONACO R., *Esiste già la libera prestazione dei servizi assicurativi?*, in *Dir. e pratica nell'ass.*, 1986, I, 4, 645-654.

MONTI A., *Mercato unico europeo e diritto delle assicurazioni: problemi e prospettive*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 8-9, 817-822.

MORELLO L., *Commento art. 57*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006

MUNARI F., *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2015, I, 4, 519-534.

NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37

NICELLI A., *La solvibilità dell'impresa assicurativa*, in *Le assicurazioni private*, a cura di M. HAZAN e S. TAURINI, Padova, 2015

ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. Dir. civ.*, 2010, II, 2, 147-159.

OTTOW A., *An international insurance market before the turn of the century?*, in *CML Rev.*, 1992

PADOA F., *Gli aspetti operativi per gli assicuratori italiani*, in *Diritto e pratica nell'assicurazione*, 1984, 128-144

PAMPANIN, *La disciplina pubblica dell'attività assicurativa*, Padova, 1969.

PANDARESE A.M., *La normativa comunitaria in materia di prestazione dei servizi assicurativi: le implicazioni per lo sviluppo di un mercato assicurativo europeo*, in *Il settore assicurativo: struttura, concorrenza e performance*, a cura di G. FORESTIERI, Milano, 1991

PENNETTA P., *Voce Stabilimento I)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1993.

PERRAZZELLI F., *La libera prestazione dei servizi assicurativi: la seconda direttiva di coordinamento*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1989, 1-2, 145-155.

PINO G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, 1, 25-60

PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di MANIACI, Milano, 2006.

PIVA P., *Assicurazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Tomo II, Coordinato da G. F. CARTEI e D. U. GALETTA, Milano, 2007.

PORRETTA P., SANTOBONI F., *Fare assicurazione*, Padova, 2016

PUCCI E., *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, in *Le Assicurazioni*, a cura di PROSPERETTI M., COLAVOLPE A., Padova, 2012.

PUCCI E., *L'accesso all'attività assicurativa e riassicurativa*, in *Banche, assicurazioni e gestori del risparmio*, a cura di M. PROSPERETTI, A. COLAVOLPE, Padova, 2009

RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, I.

RAZZANTE R., *I tratti essenziali del quadro normativo di riferimento*, in *Il contenzioso finanziario nell'era MIFID*, a cura di R. RAZZANTE, Torino, 2010

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 211

RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

RIVA I., *Commento agli artt. 188-191*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006

RIVA I., *Commento agli artt. 192-197*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006,

RIVA I., *Commento agli artt. 3-10*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006

RIVA I., *La direttiva 2005/68/CE in materia di riassicurazione*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, 1, 533-544

ROMAGNOLI G., *Obbligo a contrarre. Compatibilità con il diritto UE*, in *Danno e resp. (Osservatorio assicurativo)*, 2009, 8-9, 903-906.

ROSSETTI M., *Il diritto delle assicurazioni*, vol. I, Padova, 2011.

ROSSETTI M., *Tanto tuonò che non piovve: come sopravvisse l'obbligo di contrattare*, in *Corriere giuridico*, 2010, 4, 460-466

ROSSI S., *Audizione nell'ambito dell'esame dell'atto del Governo n. 146 Schema di decreto legislativo per l'attuazione della Direttiva 2009/138/CE in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione*, Testimonianza del Presidente dell'IVASS, Camera dei Deputati, Commissione Finanze, 24 marzo 2015, reperibile su ivass.it

ROSSI S., *Governare il cambiamento: il punto di vista dell'authority*, 2016, su ivass.it

ROUSSELLE P., *Riflessioni sull'applicazione della libertà di prestazione dei servizi all'attività assicurativa nel mercato comune e sull'orientamento degli assicuratori comunitari*, in *Diritto e pratica nell'assicurazione*, 1984, 94-126

RUSSO C., *Attività assicurativa esercitata tramite internet e Circolare ISVAP n. 393/D del 17 gennaio 2000. Prime riflessioni*, in *Ass.*, 2000, 3, 278 ss.

RUSSO C., *Commento agli artt. 60 e 61*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007

RUSSO C., *Commento all'art. 57*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007

SACCO R., *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2001

SACERDOTI G., *Diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi assicurativi dopo la l. 10 giugno 1978, n. 295*, in *Dir e pratica nell'ass.*, 1980, I, 1, 81-96

SALVI C., *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988.

SCIARRONE ALIBRANDI A., MUCCIARONE G., *Commento agli artt. 192-194*, in *Il codice delle assicurazioni*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007

SCORDAMAGLIA V., *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi nel settore assicurativo*, in *Il Foro italiano*, 1988, IV, 1, 23-31

SERINO A., *Commento agli artt. 18-20*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007

SERINO A., *Commento all'art. 17*, in *Il codice delle assicurazioni*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007

SERINO A., LONGO A., *Commento all'art. 21*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2007

SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007

TAURINI S., *L'impresa assicurativa*, in *Le assicurazioni private*, a cura di M. HAZAN, S. TAURINI, Padova, 2015

TIZZANO A., *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *Foro it.*, 1989, IV, 2, 75-85

TORIELLO F., *Libertà di prestazione di servizi legali, interessi degli utenti e compiti del legislatore nazionale*, in *NGCC*, 1996, I, 440-448.

TORTINI S., *I labili confini fra la libera prestazione di servizi ed altri principi comunitari*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2013, 2, 149-157

VERDUCHI S., *I presidi della solvibilità dell'impresa di assicurazioni*, in *Le assicurazioni*, a cura di A. COLAVOLPE, M. PROSPERETTI, Padova, 2012

VETTORI G., *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 3, 166-171

VOLANTI A., *Commento agli artt. 58-59*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. CPRIGLIONE, Padova, 2007

VOLPE PUTZOLU G., *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, Padova, 2013

VOLPE PUTZOLU G., *L'evoluzione della legislazione in materia di assicurazioni*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commento sistematico*, a cura di S. AMOROSINO, L. DESIDERIO, Milano, 2006,

ZIMOLO A., *L'armonizzazione del settore assicurativo nelle direttive della Comunità Economica Europea*, in *Dir. e pratica nell'ass.*, 1978, I, 3, 345-366.

ZIMOLO A., *Problemi di armonizzazione legislativa e di controllo nel quadro del mercato unico europeo*, in *Ass.*, 1990, I, 2-3, 401-405.

****Le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sono reperibili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>**