

Regolare fa rima con partecipare. Brevi note a TAR Lazio 27 ottobre 2010, n. 33044.

di Giovanni Natali

Sommario: 1. Premessa. 2. Il divieto introdotto dal Regolamento Isvap n. 35 del 26 maggio 2010. 3. Il ricorso dell'ABI. 4. La decisione del TAR Lazio. 5. Considerazioni finali.

Premessa.

Scopo delle seguenti note è una breve disamina della sentenza n. 33044/2010, con la quale il TAR Lazio si è pronunciato in merito al ricorso proposto dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI) e da alcune banche italiane avverso il recente Regolamento emanato dall'ISVAP in materia di disciplina degli obblighi di informazione e pubblicità dei prodotti assicurativi¹.

2. Il divieto introdotto dal Regolamento ISVAP n. 35 del 26 maggio 2010.

Con il citato ricorso l'ABI era insorta, chiedendone l'annullamento, contro l'art. 52 del detto Regolamento, recante – in attuazione alle disposizioni del CAP in materia di trasparenza delle operazioni di assicurazione e protezione dell'assicurato (artt. 182, 183 e 185) – la modifica dell'art. 48 del Regolamento ISVAP n. 5 del 16 ottobre 2006².

In particolare, il comma 1 dell'art. 48 di tale ultimo Regolamento (con il quale a suo tempo era stata dettata la disciplina dei casi di conflitto di interessi in capo agli intermediari³ dei contratti di assicurazioni) così recita: *“Nell’offerta e nella gestione dei contratti di assicurazione gli intermediari evitano...di effettuare operazioni in cui hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo o da rapporti di affari propri o di*

* Dottore di Ricerca in Sistemi Giuridici e Politico-sociali comparati (XVII Ciclo), Università del Salento. Le opinioni espresse in queste note riflettono i personali convincimenti del loro autore e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza (Banca d'Italia).

¹ Regolamento n. 35 del 26 maggio 2010 (pubblicato nella G.U. 9 giugno 2010, n. 132) adottato in attuazione degli artt. 182, 183 e 185 del Codice delle Assicurazioni private (CAP) di cui al D. Lgs. 7 settembre 2005, n. 209.

² Regolamento concernente la disciplina dell'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa di cui al Titolo IX (intermediari di assicurazione e di riassicurazione) e di cui all'articolo 183 (regole di comportamento) del D. Lgs. n. 209/2005 (pubblicato nella G.U. 23 ottobre 2006, n. 247).

³ In base al CAP, per intermediari assicurativi (e riassicurativi) si intendono i soggetti (agenti, broker, banche, collaboratori di varia natura) iscritti in distinte sezioni di un apposito Registro (previsto dall'art. 109 CAP e disciplinato dal Regolamento ISVAP n. 5/2006) ed ai quali è riservato lo svolgimento dell'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa; quest'ultima, a sua volta, è definita come quella consistente nel *“presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati”* (art. 106 CAP).

società del gruppo. Qualora il conflitto non risulti evitabile, gli intermediari operano comunque in modo da non recare pregiudizio agli interessi dei contraenti”.

La modifica recata dall'art. 52 del Regolamento n. 35/2010 era consistita nell'aggiungere al comma qui sopra riportato il seguente comma 1-bis. *“È comunque fatto divieto di assumere, direttamente o indirettamente, anche attraverso uno dei rapporti di cui al comma 1, primo periodo, la contemporanea qualifica di beneficiario o di vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di intermediario del relativo contratto in forma individuale o collettiva”.*

Come chiarito dall'Amministrazione resistente, la previsione mirava ad incidere su una prassi alquanto diffusa nella commercializzazione dei prodotti assicurativi da parte degli intermediari di natura bancaria e rappresentabile, in sintesi, nei seguenti termini: al momento di erogare un mutuo o un'altra forma tecnica di finanziamento, la banca propone al cliente, in via accessoria e comunque non obbligatoria, un contratto assicurativo a copertura di rischi incombenti sul mutuatario quali, tipicamente, la morte, l'invalidità temporanea e/o permanente, la perdita del lavoro; ove uno di tali eventi si verifici, la banca mutuante assume la posizione di beneficiaria della prestazione assicurativa⁴.

Secondo quanto puntualizzato nella Relazione di presentazione del Regolamento (pag. 3), *“Tale norma...assume particolare rilievo proprio per le polizze connesse ai mutui o finanziamenti in cui il soggetto che intermedia la polizza ed eroga anche il finanziamento (banca o società finanziaria) ha un interesse proprio, derivante non solo dalla remunerazione dell'attività di intermediazione svolta, ma anche dal ruolo di beneficiario/vincolatario delle prestazioni del contratto assicurativo”.*

3. Il ricorso dell'ABI.

Ciò posto, le doglianze dell'ABI e degli altri ricorrenti si erano articolate in una pluralità di motivi di ricorso: il primo attinente al piano procedimentale, gli altri al merito della questione.

In dettaglio, era stata lamentata in primo luogo la violazione e falsa applicazione delle disposizioni del Codice delle Assicurazioni Private che impongono all'ISVAP di far precedere l'adozione dei regolamenti di competenza da *“procedure di consultazione aperte e trasparenti”* tali da consentire la conoscibilità della normativa in preparazione, con conseguente lesione delle prerogative partecipative e collaborative riconosciute dalla legge ai soggetti interessati (art. 191, comma 4 CAP)⁵: invero, come anche attestato dagli atti di causa, la previsione oggetto di gravame non era

⁴ Il fenomeno, noto come *Credit Protection Insurance* (CPI), descrive una fattispecie caratterizzata da un contratto di puro rischio, cioè da un contratto di assicurazione in cui le prestazioni sono legate esclusivamente al verificarsi di eventi quali il decesso, l'invalidità, l'inabilità dell'assicurato. Oltre a quello dei mutui, il mercato di riferimento delle Polizze di protezione del credito è quello del credito al consumo (prestiti personali, finalizzati, auto) e delle carte di credito *revolving*. Per un inquadramento del fenomeno cfr. M. BURRONI e F. POLI, *Credito alle famiglie e payment protection insurance: quali prospettive di sviluppo in Italia?*, in G. BRACCHI, D. MASCIANDARO (a cura di), *Banche italiane e governo dei rischi – Imprese, famiglie, regole. Tredicesimo rapporto Fondazione Rosselli*, Milano, Bancaria Editrice-Edibank, 2008, pp. 323 ss..

⁵ *“I regolamenti sono adottati nel rispetto di procedure di consultazione aperte e trasparenti che consentano la conoscibilità della normativa in preparazione e dei commenti ricevuti anche mediante pubblicazione sul sito Internet dell'Istituto. All'avvio della consultazione l'ISVAP rende noto lo schema del provvedimento ed i risultati dell'analisi relativa all'impatto della regolamentazione, che effettua nel rispetto dei principi enunciati all'articolo 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229”.*

stata oggetto di preventiva consultazione, non figurando la stessa in alcune delle bozze di regolamento pubblicate sul sito dell'Autorità prima dell'adozione del testo finale.

Quanto al merito, era stato eccepito l'eccesso di potere per errore nel presupposto, sostenendosi l'erroneità del citato art. 52 del Regolamento sia nella parte in cui presuppone un conflitto di interesse in capo alla banca che intermedia la polizza assicurativa e contemporaneamente è beneficiaria della relativa prestazione, sia laddove considera il divieto di collocamento della stessa polizza come misura indispensabile per rimuovere il citato conflitto: nella prospettiva dei ricorrenti, infatti, perché possa dirsi integrato un conflitto di interesse sarebbe necessario che al vantaggio della banca corrisponda un danno a carico del cliente; ciò che nella specie sarebbe insussistente, beneficiando il cliente dell'utilità sostanziale del contratto assicurativo.

Sempre nella prospettiva dell'eccesso di potere, era stata stigmatizzata sia la violazione del principio di proporzionalità⁶ sia l'irragionevolezza della scelta regolamentare in relazione agli effetti dalla stessa prodotti⁷.

Infine, era stata lamentata l'illegittimità della norma regolamentare da ultimo richiamata per contrasto con la norma primaria (art. 183) del CAP: quest'ultima, nel dettare le regole alla cui osservanza sono tenuti gli intermediari assicurativi, non vieterebbe *tout court* il conflitto di interessi, limitandosi per contro ad obbligare i medesimi intermediari ad organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare quel conflitto ovvero – ove ciò non risulti possibile – ad assicurare comunque trasparenza in ordine ai possibili effetti sfavorevoli rivenienti dal conflitto stesso; sicché all'Autorità, nell'esercizio del suo potere regolamentare, sarebbe preclusa la disciplina di un'opzione non contemplata dal dato normativo primario⁸.

Costituitosi in giudizio, l'Organo di Vigilanza si era innanzitutto soffermato nell'esposizione del meccanismo costituito dalle polizze abbinate a mutui e finanziamenti, sottolineandone il carattere non obbligatorio ancorché di fatto preteso dai soggetti finanziatori in vista dell'utile definizione della pratica di affidamento creditizio.

Nell'evidenziare la mancanza di un'autoregolamentazione del fenomeno da parte delle competenti associazioni di categoria (ABI, ANIA), la difesa dell'ISVAP aveva altresì sottolineato come lo

⁶ In particolare, secondo i ricorrenti, il divieto assoluto di assumere la contemporanea qualifica di beneficiario delle prestazioni assicurative e di intermediario del relativo contratto rappresenterebbe una misura eccessivamente restrittiva della sfera di azione degli intermediari del mercato assicurativo, rispetto alla quale l'ISVAP avrebbe potuto prevedere altre soluzioni meno afflittive ma comunque in grado di salvaguardare il rispetto degli obblighi di trasparenza, correttezza, diligenza ed informazione previsti dalla normativa primaria.

⁷ Il difetto di preventiva analisi di impatto della norma si sarebbe tradotto in una disciplina che non apporta alcun contributo in termini di miglioramento della tutela dei clienti.

⁸ Art. 183, comma 1, CAP: *“Nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati; b) acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati; c) organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse ove ciò sia ragionevolmente possibile e, in situazioni di conflitto, agire in modo da consentire agli assicurati la necessaria trasparenza sui possibili effetti sfavorevoli e comunque gestire i conflitti di interesse in modo da escludere che rechino loro pregiudizio; d) realizzare una gestione finanziaria indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei contraenti e degli assicurati”*.

stesso comporti per gli utenti del mercato costi superiori a quelli richiesti per analoghe coperture collocate tramite canali alternativi.

Per altro verso, l'Autorità aveva posto in luce come la disciplina del conflitto di interessi nel settore dei servizi finanziari e assicurativi assuma una valenza ben più ampia di quella riconosciuta al medesimo fenomeno nel diritto comune; e ciò in ragione della nota condizione di asimmetria, relazione ed informativa, che informa il rapporto tra intermediari e clienti.

4. La decisione del TAR Lazio.

Seguendo l'ordine delle doglianze di parte ricorrente, il TAR capitolino si è pronunciato sul primo motivo di ricorso (relativo alla violazione delle prerogative partecipative in capo agli intermediari), con carattere assorbente rispetto alle censure di merito, relative alla legittimità del divieto introdotto dal Regolamento n. 35/2010.

In proposito, il G.A. ha affermato che l'apertura della procedura di consultazione si iscrive nel contesto degli oneri di implementazione della pubblicità e della trasparenza delle determinazioni amministrative imposti dalla L. n. 241/1990, rappresentando tale apertura *"non una facoltà ma un vero e proprio obbligo, ex art. 97 Cost., connaturale ad una nuova e diversa visione del rapporto tra pubblica amministrazione ed amministrati"*.

La previa esternazione del concreto atteggiarsi della volontà amministrativa in corso di determinazione da parte dell'autorità persegue, infatti, molteplici finalità: se per un verso consente ai destinatari di apportare osservazioni e deduzioni, che possono rilevare nel senso di indurre la pubblica amministrazione ad orientarsi in modo interamente o parzialmente difforme dagli intenti iniziali, dall'altro scongiura il venire ad esistenza di provvedimenti "a sorpresa", che si traducono nel *"grave vulnus consistente nella deprivatione della più ampia interlocuzione, attinente anche ai profili di opportunità e di stretto merito tecnico od economico, che solo la fase procedimentale amministrativa è destinata ad assicurare"*.

Inoltre, atteso che il procedimento che ha condotto all'adozione della norma contestata non ha carattere vincolato, non può trovare applicazione l'art. 21-octies, comma 2, della L. n. 241/90⁹, che – in materia di atti vincolati – consente il diretto apprezzamento da parte del giudice delle eventuali considerazioni volte a dimostrare che il contenuto dell'atto finale non avrebbe potuto essere difforme da quello assunto in carenza di partecipazione e, per l'effetto, esclude la pronuncia di annullamento dell'atto stesso.

D'altronde – soggiunge il TAR – la pretermissione del momento partecipativo nei procedimenti concretanti esercizio di potere di normazione secondaria a carattere regolatorio impedisce la conoscenza degli indirizzi in corso di assunzione da parte dell'autorità di regolazione (finalità

⁹ Art. 21-octies. Annullabilità del provvedimento (introdotto dall'art. 14 della L. 11.2.2005, n. 15): "1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. 2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

espressamente riguardata dall'art. 191, comma, CAP) e, conseguentemente, la predisposizione di strategie d'impresa con essi coerenti.

Né in senso contrario vale osservare – come sostenuto dalla difesa dell'ISVAP – che l'art. 191, comma 4 del CAP (contemplante le sopra richiamate “*procedure di consultazione aperte e trasparenti*”) non trovi più applicazione, perché sarebbe stato sostituito dall'art. 23 della L. 28 dicembre 2005, n. 262, recante disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari.

Nella ricostruzione del TAR, anche a ritenere corretto l'assunto in ordine alla successione fra le due citate disposizioni, le conclusioni non cambierebbero: invero, il citato art. 23, dopo aver previsto che i provvedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, devono essere “*motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono*” (comma 1), dispone che “*Nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le Autorità di cui al comma 1 tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori*” (comma 2).

Di talché – conclude il Giudice amministrativo – risulta evidente che, per effetto dell'art. 23 in menzione, nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale da parte dell'ISVAP, non solo l'obbligo di consultazione degli interessati non è venuto meno, ma esso trova, rispetto alla formulazione più generica dell'art. 191, comma 4 CAP, una precisa finalizzazione che ne sottolinea la specifica valenza¹⁰.

In definitiva, l'indebita compressione delle prerogative partecipative riconosciute dalla legge agli interessati schiude la strada alla tutela giurisdizionale, comportando l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento della norma impugnata.

5. Considerazioni finali.

La sentenza in esame merita condivisione. Essa si inserisce nel solco di quella elaborazione giurisprudenziale e dottrinale che sostiene l'ineludibilità del contraddittorio procedimentale davanti alle autorità amministrative indipendenti (cui l'ISVAP è certamente riconducibile), come strumento di mitigazione del “*deficit democratico*” che connota tali enti.

In tal senso, la pronuncia sembra riprendere le argomentazioni sviluppate da una di poco precedente decisione del Consiglio di Stato (Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215), resa su un contenzioso in materia di regolazione del mercato elettrico¹¹.

¹⁰ L'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia è stata disciplinata con il Provvedimento 24 marzo 2010 (in G.U. 4 maggio 2010, n. 102); per un commento a tale normativa, cfr. S. CORNELLA, *La nuova disciplina della regolazione in materia di vigilanza bancaria*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10/2010, pp. 1072 ss..

¹¹ Per un commento cfr. S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2010, pp. 947 ss..

In particolare, in detta ultima pronuncia il G.A. ha affermato che la L. n. 241/1990 è legge generale sul procedimento amministrativo, non già nei termini di una codificazione dell'atto e del procedimento, ma piuttosto come individuazione di principi fondamentali cui la successiva normazione, di rango primario e secondario, deve uniformarsi.

Da ciò consegue che i principi generali in tema di partecipazione procedimentale – i quali hanno lo scopo di assicurare, secondo le norme previste dagli speciali ordinamenti di settore, l'acquisizione corretta ed imparziale degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del pubblico potere – si pongono come canoni interpretativi della disciplina di settore, non già nel senso di un'interpretazione meramente letterale della legge speciale, ma piuttosto come ricerca del significato che meglio soddisfi le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore.

Inoltre, ciò che più rileva ai fini del discorso sin qui condotto, *“in assenza di responsabilità e di soggezione di dette Autorità nei confronti del Governo, la loro indipendenza e neutralità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale”*¹².

In conclusione, mutuando le parole di una celebre canzone di Giorgio Gaber sulla libertà, si potrebbe dire che l'attività regolatoria delle autorità amministrative indipendenti non è uno spazio libero ma è partecipazione¹³.

¹² Sembra il caso di segnalare che, nella circostanza, il Consiglio di Stato è andato oltre la riaffermazione dei principi richiamati, sancendo anche – nonostante la clausola di esclusione di cui all'art. 13 della l. n. 241/1990 – l'obbligo di motivazione dei regolamenti delle Autorità (sebbene non nei termini di una considerazione puntuale e specifica degli argomenti dedotti da ogni operatore del mercato, trattandosi pur sempre di atto generale).

¹³ In proposito, si ha presente che in data 16 dicembre 2010 l'ISVAP ha posto in pubblica consultazione sul proprio sito internet lo schema di norma regolamentare per disciplinare il conflitto di interessi degli intermediari assicurativi nell'offerta di polizze di cui siano anche beneficiari, ribadendo l'obbligo per i medesimi di astenersi dal rivestire contemporaneamente la qualifica di intermediario e di beneficiario o vincolatario della polizza offerta al cliente.