

2019
n. 1

P.A.
Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti, Università di Bari "Aldo Moro".

Comitato di direzione

Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Francesco Follieri, Libera Università Mediterranea – LUM "Jean Monnet" di Casamassima; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Massimo Monteduro, Università del Salento; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria.

Redattore centrale

Donato Vese, Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia

Comitato di redazione

Giuseppina Buia, Andrea Gemmi, Roberto Franco Greco; Lorian Maccari; Alberto Marcovecchio; Antonio Micello, Chiara Mulinari; Clara Napolitano; Marina Roma; Federico Romoli.

Comitato internazionale di referaggio

Marcos Almeida Cerredá, Universidad de Santiago de Compostela (Spagna); Sandro Amoroso, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Barone, Università di Catania; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertozzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimino, Università di Teramo; Stefano Cognigni, Università di Macerata; Paolo Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University (Delaware, U.S.A.); Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco (Brasile); Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università di Roma "Tor Vergata"; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani (Slovenia); Pierdomenico Logroscino, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana (Colombia); Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor

Vergata”; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense (Brasile); Sergio Perongini, Università di Salerno; Nicola Pignatelli, Università di Bari “Aldo Moro”; Aristide Police, Università di Roma “Tor Vergata”; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law (Francia); Anikó Raisz, Miskolci Egyetem (Ungheria); Margherita Ramajoli, Università di Milano Bicocca; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio, Benevento; Stefano S. Scoca, Università per stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem (Ungheria); Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università “Ca’ Foscari” di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo (Giappone); Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin (Germania); Diego Vaiano, Università della Tuscia, Viterbo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile (Cile); Stefano Villamena, Università di Macerata; Ewald Wiederin, Universität Wien (Austria); Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines (Francia); Alberto Zito, Università di Teramo.

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza

via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230

email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Sebastiano Miccoli

Telefono: +39 0722 303223

e-mail: sebastiano.miccoli@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell’Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2610-9050**. Registrazione al Tribunale di Urbino richiesta.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con **Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale**

SOMMARIO

I – SEZIONE MONOGRAFICA

LUCA R. PERFETTI, Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico.....	p. 7
MARIA CRISTINA CAVALLARO, Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità.....	p. 39
NINO PAOLANTONIO, Ricusazione del responsabile del procedimento per conflitto di interessi tra dimensione organizzativa e pretese dei privati.....	p. 53
SANDRO AMOROSINO, Politiche di coesione, strutture amministrative e Mezzogiorno	p. 63
BIAGIO GILIBERTI, L'amministrare in senso oggettivo tra libertà e funzione. Riflessioni a margine di un recente caso in materia di libere università	p. 71
SALVATORE CIMINI, Modello organizzativo e responsabilità della P.A.	p. 99
FRANCESCO FOLLIERI, Politica e amministrazione.....	p. 109
ALBERTO CLINI, Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona	p. 137
IPPOLITO PIAZZA, L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti	p. 159
ANDREA CARBONE, Prime considerazioni su situazioni giuridiche procedurali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU	p. 175
FLAMINIA APERIO BELLA, I riflessi dell'organizzazione sul rapporto tra le Istituzioni: l'AGCM quale giudice <i>a quo</i> del giudizio di legittimità costituzionale?.....	p. 211
CLARA NAPOLITANO, Profili organizzativi dell'autotutela.....	p. 241
ROSA CALDERAZZI, La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria.....	p. 261
DONATO VESE, L'efficienza dell'organizzazione amministrativa come massimizzazione dei diritti fondamentali	p. 279

LORIANO MACCARI, Le forme organizzative della amministrazione pubblica e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive.....	p. 365
MASSIMILIANO BELLAVISTA, La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quella del responsabile del procedimento.....	p. 373
MARIACONCETTA D'ARIENZO, Crisi e riscatto delle Funzioni «serventi» degli Ordini e dei collegi professionali	p. 393

II – STUDI

ILDE FORGIONE, Le norme edilizie della rigenerazione urbana, tra esigenze di semplificazione, sostenibilità ambientale e rilancio dell'economia.....	p. 433
--	--------

III – OPINIONI E RECENSIONI

ALBERTO ZITO, Dall'epoca del cambiamento al cambiamento d'epoca: il ruolo delle pubbliche amministrazioni nella prospettiva del giurista.....	p. 457
ENRICO MAURO, Recensione a Jo Littler, <i>Against meritocracy, Culture, power and myths of mobility</i> , Routledge, Abingdone (Oxon) – New York, 2018	p. 469
GIANLUCA ROMAGNOLI, Rapporti di durata tra assicuratori ed intermediari nella prospettiva della disciplina della concorrenza. Il caso dell'accordo nazionale agenti di assicurazione	p. 477
ANDREA GEMMI, Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza	p. 487
GUIDO BONOMELLI, Ispirare il management nelle aziende pubbliche: da un caso pratico a considerazioni trasferibili in campo sanitario	p. 509

GIANLUCA ROMAGNOLI
Professore associato di diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Padova
gianluca.romagnoli@unipd.it

**RAPPORTI DI DURATA TRA ASSICURATORI ED
INTERMEDIARI NELLA PROSPETTIVA DELLA
DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA.
IL CASO DELL'ACCORDO NAZIONALE AGENTI DI
ASSICURAZIONE***

SINTESI

Lo scritto verifica se il diritto della concorrenza vieta alle associazioni degli assicuratori e degli agenti la definizione di un testo base da usare senza vincoli, per la scrittura dei contratti individuali. L'autore esclude l'esistenza di divieti assoluti.

ABSTRACT

The paper checks whether competition law prohibits insurers and agents' associations from defining a basic text for unconstrained use for writing individual contracts. The author excludes the existence of absolute prohibitions.

PAROLE CHIAVE: diritto della concorrenza, distribuzione prodotti assicurativi, agente di assicurazione.

KEYWORDS: competition law, insurance distribution, insurance tied agent.

INDICE: 1. L'ipotesi di definizione di un nuovo accordo nazionale agenti – 2. Il dubbio pregiudiziale di compatibilità con la disciplina della concorrenza – 3. La persistente possibilità di definizione di un nuovo quadro negoziale contenente punti già oggetto dell'accordo ANA del 2003 – 4. Le prese di posizione di AGCM relative a talune clausole dell'accordo ANA del 2003 – 5. Conclusioni e prospettive.

1. L'ipotesi di definizione di un nuovo accordo nazionale agenti.

Da tempo si discute dell'opportunità di un confronto – analogo a quello che impegnò sino a fine 2003 ANIA¹ e le principali associazioni degli iscritti alla sezione A del RUI – per la definizione d'un nuovo accordo nazionale agen-

* Il presente scritto, con l'aggiunta di alcune note essenziali, riproduce il testo preparato per la relazione tenuta a Bologna il 4 luglio 2019, all'incontro "*Prepariamoci insieme al confronto con ANIA*", organizzato da ANAPA - Associazione Nazionale Agenti Professionisti di Assicurazione.

¹ Associazione nazionale tra le imprese assicuratrici.

ti. L'utilità della redazione condivisa d'un quadro di riferimento aggiornato alle necessità dei tempi ed alle caratteristiche dell'attività assicurativa viene sollecitata evidenziando le problematiche sollevate dall'attuale stato di fatto. Da un lato, si registra una sostanziale persistente rilevanza di clausole datate (e, peraltro, parte di un accordo superato), dall'altro, si sottolinea l'insoddisfacente risultato cui conduce l'impiego di clausole concepite per ordinare rapporti in un mercato avente diverse regole, struttura e dimensione². I contenuti dell'accordo del 2003, infatti, vengono più o meno ampiamente e frequentemente richiamati nei singoli mandati conferiti dalle imprese di assicurazione operanti in Italia tanto che il costante rinvio li ha trasformati in una sorta di fonte "naturale" di integrazione del singolo rapporto negoziale.

2. Il dubbio pregiudiziale di compatibilità con la disciplina della concorrenza.

L'avvio d'un'utile discussione tra ANIA ed associazioni rappresentative degli agenti – a prescindere dalle considerazioni di carattere "politico" – risulta, però, significativamente condizionata da un dubbio pregiudiziale. Si teme, infatti, la contrarietà alla disciplina della concorrenza (art. 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287; art. 101 TFUE ed art. 1, reg. CE/1/2003)³ d'un accordo che possa avere per oggetto anche una sola parte dei temi trattati in quello del 2003. In altri termini, ci si chiede se quei potenziali vincoli alla libertà negoziale delle imprese di settore, che potrebbero derivare da un positivo esito di un confronto tra enti esponenziali degli operatori economici, collidano con l'aspirazione alla realizzazione di mercati aperti, altamente competitivi e come tali, in tesi, in grado di garantire il massimo beneficio per i consumatori.

Se non ci si inganna – nella sua assolutezza – si tratta di un dubbio mal posto.

La disciplina della concorrenza, infatti, non preclude, ogni spazio alla contrattazione tra associazioni rappresentative di imprese ed intermediari per la fissazione di una "cornice negoziale", impiegabile come "base" o fonte d'ispirazione per la definizione degli accordi che legheranno ciascuno specifico distributore all'assicuratore preponente. Tanto le norme europee (art. 101 TUFE) quanto quelle interne (art. 2 l. 287/1990), invero, bandiscono in assoluto

² In tal senso si vedano le prese di posizione di ANAPA, consultabili in <https://anapaweb.it/>.

³ Cfr. V. DI GENNARO, S. IANNITTI, *Agenti di assicurazione: vigenza e validità degli accordi nazionali agenti*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, 2016.

solo gli accordi che mirano direttamente ad escludere o limitare la concorrenza; al contrario, non vietano quelli di durata – tra cui appunto quelli tra imprese ed agenti – che creano vincoli non istantanei tra operatori economici e, come tali, possono avere effetti restrittivi per la concorrenza⁴.

Poiché non c'è vincolo protratto che non possa riflettersi negativamente sulla concorrenza, il legislatore ha adottato una “linea di temperamento”. Infatti ne subordina la loro ammissibilità all'inidoneità (anche potenziale) degli stessi a produrre significativi effetti limitativi o restrittivi sulla competizione tra imprese. In altri termini, la sanzione della nullità (art. 101, par. 2, TFUE; art. 2, comma 3, l. 287/1990) delle clausole non aventi oggetto anticompetitivo diretto presuppone l'emersione di una loro capacità a produrre un significativo effetto distorsivo/restrittivo dell'andamento del mercato di un singolo prodotto condizionando, in vario modo, rispettivamente, le scelte degli altri operatori economici e dei consumatori⁵.

E', peraltro, da segnalare come la valutazione degli effetti e del potere di mercato - inteso come contesto in cui si va a misurare la “forza negativa” dell'accordo - è sostanzialmente dipendente dal modo con cui si ricostruisce un dato “segmento di scambi”⁶. È, infatti, intuitivo che a fronte di un progressivo ampliamento dell'ambito territoriale di riferimento corrisponde, in modo inversamente proporzionale, una diminuzione della capacità di condizionamento dell'intesa sospetta di effetti restrittivi. Analogamente, ad una valutazione di ammissibilità – per difetto di significativi effetti restrittivi – si può giungere se la misurazione delle “conseguenze indirette” viene effettuata avendo riguardo ad un contesto – ferma la sua dimensione territoriale – in cui si includono, accanto al prodotto tipico, anche i beni fungibili, cioè quelli che hanno una utilità sostanzialmente equivalente⁷ e dunque sono sostituibili⁸. Ancora, alla stessa

⁴ Cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 99-100; P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 91. Da ultimo, sui punti d'interesse si veda anche A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea. Profili sostanziali*, Torino, UTET Giuridica, 2018, *passim*.

⁵ In giurisprudenza, recentemente, si segnala T.A.R. Lazio, sez. I, 14 novembre 2018, n. 10997, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶ Sulle problematiche relative all'individuazione del c.d. “potere di mercato” riferibile alle imprese parti dell'intesa nonché per la ricognizione dei criteri impiegati per la definizione del mercato rilevante, per tutti si vedano, P. FATTORI, M. TODINO, *op. cit.*, p. 29 ss.

⁷ Cfr. Trib. UE, 26 febbraio 2016, CT-251/12 (part. 33, 34, 42, 48, 52, 53), in www.europa.eu.

⁸ Dunque, se si dovessero valutare gli effetti indiretti d'un'intesa relativa alla distribuzione di prodotti assicurativi d'investimento (ad es. polizze *linked*), si dovrebbe ricostruire il mercato avendo riguardo all'operatività su d'un dato territorio anche degli operatori economici che offrono prodotti con analoga funzione d'impiego di risparmio, quali i fondi d'investimento mobiliare aperti e SICAV.

conclusione, in termini di ammissibilità, si può giungere se si allarga la potenziale platea dei concorrenti e, dunque, si includono – accanto a coloro che già offrono il prodotto che caratterizza quel mercato – coloro che hanno la possibilità di iniziare a competere perché non ostacolati da c.d. barriere d'ingresso, siano esse di tipo normativo o strutturale⁹.

In conclusione, il c.d. diritto *antitrust* non pone preclusioni assolute ai patti non aventi contenuto anticoncorrenziale diretto ma stigmatizza solo quelle intese che, in esito ad una verifica tecnica complessa – attenta alle peculiarità di contesto anche in una prospettiva temporale – si rivelano capaci di deprimere significativamente¹⁰ la più ampia competizione, considerata fattore di crescita di un sistema improntato all'economia sociale di mercato, ove la regola, interviene non per orientare l'iniziativa economica ma per controbilanciare o prevenire gli eccessi¹¹.

3. La persistente possibilità di definizione di un nuovo quadro negoziale contenente punti già oggetto dell'accordo ANA del 2003.

Le richiamate coordinate del diritto della concorrenza, dunque, consentono di affermare che l'attuale quadro regolatorio non pone preclusioni alla discussione di una cornice negoziale in cui siano dedotte clausole ad effetti astrattamente restrittivi come quelle relative alla definizione di una c.d. “zona agenziale”, quelle che privilegino la fedeltà dell'agente o, ancora, la sua “anzianità di servizio”. Tali clausole – che non godono di quella discussa esenzione

⁹ Dunque, la valutazione della forza di mercato di prodotti c.d. standardizzati non potrebbe prescindere dal considerare l'ingresso potenziale nel settore di tutti i soggetti che possono ottenere l'iscrizione alla sezione sez. D del RUI (banche, SIM, intermediari finanziari ex art. 106 del TUB, Istituti di pagamento ex art. 114-*septies* del TUB e Poste italiane - Divisione servizi di bancoposta).

¹⁰ Si deve ricordare che, ferma la necessità d'una valutazione caso per caso di ciascuna intesa, la Commissione UE – nella sua veste di autorità garante della concorrenza – nel corso del tempo ha adottato le c.d. comunicazioni *de minimis* con cui ha isolato taluni parametri utili al fine della valutazione degli effetti dell'intesa, al cui non superamento accompagna una presunzione semplice di non distorsività dell'accordo. Da ultimo, si veda la Comunicazione 2014/C-291/01, parte I.3, in www.europa.eu.

¹¹ In dottrina viene, peraltro, costantemente osservato come la preservazione della struttura competitiva del mercato – in funzione di incremento del benessere dei consumatori – non impone di considerare automaticamente restrittivi della concorrenza tutti gli accordi che, di fatto, limitano la politica commerciale degli agenti economici, poiché dagli stessi possono anche derivare dei benefici per l'ordinato funzionamento di quello stesso mercato o per coloro che vi accedono per reperire beni o servizi utili alla soddisfazione dei propri bisogni. In tal senso per tutti, si vedano, P. FATTORI, M. TODINO, op. cit., p. 58.

riservata alla contrattazione collettiva¹² – non possono essere censurate a priori perché, rispettivamente, non hanno un oggetto, in sé (autonomamente), illecito e per assolvere ad una funzione organizzativa.

Probabilmente, a difesa di uno spazio di libertà nella definizione dei potenziali con-tenuti d'un accordo quadro, si può spendere qualche argomento ulteriore, teso a valorizzare la valenza positiva della componente organizzativa e ciò a prescindere da un non secondario dubbio. Non sembra, infatti, possibile prospettare con facilità un'ampia generalizzazione della carica limitativa della normativa positiva (art. 101, par. 1, TUF; art. 2, l. 287/1990), concepita per essere applicata alla produzione di beni o servizi “industriali” e non di natura finanziaria; dunque, prescindendo totalmente dal considerare le specificità della disciplina assicurativa che impone strette forme di collaborazione tra impresa ed intermediario.

Le varie clausole relative al rapporto d'agenzia – che prevedono zone esclusive o privilegiano chi intrattiene un rapporto preferenziale con una sola impresa preponente – ben potrebbero essere ritenute lecite¹³, indipendente-

¹² Si ricorda che con una non recente pronuncia la Corte di giustizia (Cort. giust. CE, 21 settembre 1999, C-67/96, in www.europa.eu) aveva escluso dai limiti del diritto della concorrenza il contratto collettivo finalizzato al “miglioramento” del trattamento dei lavoratori. Tale soluzione, criticata per i dubbi in merito alla definizione dell'esenzione in ragione delle finalità sociali, è stata oggetto di una profonda rivisitazione critica rilevandosi che anche i contratti collettivi possono sortire effetti restrittivi della concorrenza. A titolo esemplificativo si è ricordato come la tutela del lavoratore che si traduce nella fissazione di limiti all'apertura d'un esercizio commerciale – garantendogli certezza del periodo lavorativo o del momento di godimento del riposo infrasettimanale - di fatto “ingessa” il mercato impedendo che la competizione dal lato dell'offerta si sviluppi tramite l'estensione del periodo in cui l'utenza può usufruire dei servizi dell'impresa aderente al contratto collettivo. Sul punto e sulle relative problematiche, per tutti, si veda, P. ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust. Un problema aperto*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1/2000, p. 63 ss. ed ora liberamente consultabile, in <https://archivio.pietroichino.it>. Si deve ricordare, poi, come la considerazione per la contrattazione collettiva, a livello europeo, si sia sviluppata in un duplice ordine di direzioni che, peraltro, portano ad escludere che gli accordi conclusi dalle organizzazioni rappresentative degli agenti di assicurazione vi possano ricadere. Sul versante normativo, la Carta dei diritti fondamentali UE, al suo art. 28, riconosce il diritto dei lavoratori, dei datori di lavoro e delle relative associazioni sindacali a concludere contratti collettivi, ponendo tale forma di negoziazione su d'un piano differenziato dai contratti od accordi tra imprese. A livello giurisprudenziale, si assiste ad un'assimilazione del lavoratore autonomo al dipendente quando questi, per la sua posizione di integrazione sostanziale nell'organizzazione dell'impresa non sopporta il relativo rischio. Sul punto e per i relativi riferimenti giurisprudenziali e bibliografici, si rinvia a M. BIASI, *Ripensando il rapporto tra diritto della concorrenza e contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. 81 del 2017*, in <http://csdle.lex.unict.it>, 358/2018.

¹³ Simili clausole, peraltro, ragionevolmente, non si caratterizzano per un loro potenziale effetto restrittivo della concorrenza, potendosi attribuire loro – in forza della vigente normativa imperativa (art. 22, comma 10 e 12, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179) – la capacità di generare un vincolo unilaterale a carico della sola impresa preponente. Si ricorda, infatti, che l'agente “riservatario” può sempre operare in regime di collaborazione con altri intermediari

mente dai loro effetti secondari restrittivi, per l'operare della c.d. eccezione legale (art. 1, par. 2, reg. CE/1/2003)¹⁴: cioè, per la loro idoneità a garantire una più efficiente ed efficace applicazione della disciplina di settore, dichiaratamente strumentale alla tutela degli assicurati ed aventi diritto alle prestazioni (cfr. art. 3, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 – cod. ass.). In altre parole, per essere in grado di contribuire alla realizzazione di condizioni per una più efficiente distribuzione dei prodotti del segmento, con un vantaggio in termini di più elevato rispetto degli standard normativi posti a presidio di interessi generali e particolari.

Sembra ragionevole immaginare che la clausola che assegna in esclusiva una zona agenziale o che premia il rapporto preferenziale con un singolo distributore si possa apprezzare – in punto di efficienza – per agevolare l'assolvimento di quegli obblighi organizzativi e di controllo che la normativa sulla distribuzione pone anche a carico dell'agente, peraltro, autonomamente esposto al rischio di sanzione in caso d'inosservanza.

Un'operatività in ambito predefinito consente al distributore di calibrare al meglio la propria struttura aziendale così come un'interlocuzione preferenziale gli permette di realizzare in modo più puntuale ed economico quella stretta integrazione con il preponente che gli impone proprio la disciplina distributiva. Si pensi, ad esempio, alla diversa e più complicata situazione di chi opera liberamente o con più interlocutori, con tutte le difficoltà conseguenti in punto di rispetto delle disposizioni sul governo e controllo del prodotto (art. 30-decies, cod. ass. e reg. UE/2017/2358). Si ricorda, infatti, che il diritto assicurativo europeo, per garantire - già prima della fase di contatto con il cliente - l'offerta di prodotti adeguati ai consumatori, impone a tutti i distributori - e dunque anche gli agenti - di dotarsi, autonomamente (ed in proprio), di presidi e procedure, anche informatiche, di controllo, in grado di: "interfacciarsi" con continuità con l'impresa produttrice; sollecitare ogni informazione necessaria relativa al prodotto; verificare autonomamente la rispondenza del prodotto ai bisogni delle classi di "assicurandi" definita dall'impresa (art. 4, reg. UE/2017/2358); riscontrare la persistenza nel tempo dalla loro capacità di

per fornire al cliente quei prodotti idonei a soddisfare le necessità assicurative di quest'ultimo e di cui non dispone in proprio perché non presenti nella gamma "costruita" dall'impresa preponente.

¹⁴ Si ricorda, infatti, che il sistema dell'autorizzazione preventiva delle intese ancor'oggi contemplata dal testo della legge domestica (art. 3, l. 287/1990), deve ritenersi superata dall'indicazione della prevalente disciplina europea (art. 1, par. 2, reg. 1/2003/CE), che esclude l'applicabilità del divieto a quelle intese che - sostanzialmente - a prescindere da qualunque provvedimento amministrativo d'accertamento, soddisfano le condizioni previste dall'art. 101 TFUE (già art. 81 Tratt. CE).

soddisfare quel bisogno individuato in sede di progettazione (art. 11, reg. UE/2017/2358); di informare, eventualmente, la proponente dell'obsolescenza sopravvenuta (art. 11, reg. UE/2017/2358) per consentirne una sollecita revisione (art. 7, reg. UE/2017/2358).

4. Le prese di posizione di AGCM relative a talune clausole dell'accordo ANA del 2003.

Richiamate le peculiarità della normativa assicurativa, ci si deve concentrare su d'una presa di posizione di AGCM del 2013 che, forse, rappresenta una delle principali fonti di alimentazione del dubbio di compatibilità concorrenziale che gravano sulla fissazione di un'intesa "cornice" tra ANIA ed associazioni rappresentative degli agenti.

Secondo una diffusa vulgata, infatti, una qualunque forma di riedizione di una "base negoziale" sarebbe ostacolata dalle considerazioni svolte dall'Autorità della concorrenza, rispettivamente, nell'atto d'avvio del procedimento n. 702/2013, in punto di rapporti d'esclusiva, di operatività degli agenti e di definizione delle provvigioni, contenute nell'accordo ANA del 2003 e nel provvedimento con cui la stessa amministrazione rendeva obbligatori (*ex art. 14-ter l. 287/1990*) gli impegni proposti dalle imprese indagate.

Ora la risposta negativa – in termini di inidoneità conformativa di condotte future di soggetti terzi – dovrebbe essere scontata considerato il modo con cui fu definito il procedimento. Il persistente richiamo nel dibattito intercategoriale alla presunta capacità di condizionamento delle valutazioni "infraprocedimentali" di AGCM giustifica, però, una sia pur sintetica indicazione delle molteplici ragioni che escludono una loro rilevanza esterna o, se si vuole, di tipo obbiettivo.

a) In primo luogo, il procedimento iniziato nel 2013 non si concluse con un accertamento di anticoncorrenzialità – cioè con una valutazione amministrativa di incompatibilità – ma con un provvedimento che rendeva obbligatorie talune proposte formulate in sede di interlocuzione istruttoria tra P.A. ed imprese indagate; in particolare, con un atto mirante a superare i dubbi¹⁵ emersi nel corso degli accertamenti preistruttori – necessariamente, per la loro stessa

¹⁵ Si deve, altresì, evidenziare come la definizione del procedimento con provvedimento che rende obbligatori gli impegni delle imprese indagate viene adottato, per determinazione della stessa Autorità della concorrenza (Delibera 6 settembre 2012, n. 23863, in www.agcm.it), o quando si debbano definire procedure aventi ad oggetto "infrazioni meno gravi" oppure quando sia dubbio il fondamento della contestazione perché non sussistono ragionevoli certezze in merito alla sua sussistenza.

natura – parziali, su cui era fondato l’atto d’avvio (art. 14-ter l. 287/1990 e art. 9, reg. CE/1/2003). In altri termini, tanto la determinazione iniziale quanto quella conclusiva non consentono di trarre indicazioni negative relative alle clausole che furono oggetto di attenzione poiché l’una fu formulata sulla base di un apprezzamento incompleto – sui soli dati raccolti unilateralmente dalla P.A., senza un minimo contraddittorio con le parti private – l’altra perché era funzionale a valutare se quanto le indagate, spontaneamente proponevano¹⁶ fosse stato idoneo a fugare quelle «preoccupazioni»¹⁷ che l’Autorità aveva documentato nell’atto di avvio del procedimento.

b) A prescindere dalla considerazione sulle modalità di conclusione del procedimento n. 702/2013, si deve ricordare come la valutazione di un potenziale riflesso anticoncorrenziale d’un’intesa abbia un carattere storicamente relativo¹⁸. La misurazione degli effetti d’un accordo tra imprese, infatti, è condizionata dall’assetto del mercato nel momento in cui viene svolta la verifica. Dunque, dipende da una serie di variabili mutevoli nel tempo che, come tali, precludono l’affermazione di una persistente validità per il futuro di apprezzamenti svolti nel passato¹⁹. Apprezziamenti, come già segnalato²⁰, che dipendono, ancora, dal modo con cui si individua il mercato rilevante nella prospettiva dei concorrenti. Infatti, il potenziale effetto restrittivo dell’intesa può apparire non rilevante se si considerano oltre agli operatori “attuali” anche quelli “potenziali”, vale a dire coloro che possono accedere ad un dato “segmento di scambi” senza essere ostacolati da c.d. barriere d’ingresso, come sono tutti i soggetti iscrivibili alle diverse sezioni del RUI.

¹⁶ Ed, al limite, anche oltre quanto strettamente necessario per far venir meno il dubbio sulla compatibilità dei contenuti dell’intesa, con conseguente impossibilità per le proponenti, una volta resi obbligatori gli impegni, di richiederne una revisione, rappresentando la loro “eccedenza” rispetto al ripristino delle condizioni di un mercato concorrenziale o la non proporzionalità di quanto loro imposto, dalla P.A. con il provvedimento ex art. 9, reg. CE/1/2003 (o ex art. 14-ter, l. 287/1990), Cfr. G. ROMAGNOLI, *I procedimenti di accertamento della violazione della disciplina europea della concorrenza. Pluralità di autorità a presidio di uno stesso diritto*, in M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La disciplina della concorrenza in ambito assicurativo*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 115-116.

¹⁷ L’art. 9, reg. CE/1/2003, per dar ragione della situazione parziale su cui sono formulate le prime valutazioni della P.A., espressamente indica come l’atto che rende obbligatori gli impegni proposti dalle indagate sia adottato se il loro contenuto sia idoneo a fugare «le preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare».

¹⁸ Si veda par. 1.

¹⁹ La giurisprudenza, peraltro, ha avuto modo di ricordare come se non ci si trova innanzi ad intese aventi oggetto restrittivo, la censura è rigorosamente subordinata all’esame dei loro effetti ed alla «sussistenza di tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo rilevante», Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ Si veda par. 1.

c) In fine, tanto l'atto d'avvio del procedimento, quanto quello che rese obbligatori gli impegni, parrebbero fondarsi su d'un "presupposto" viziato che, ulteriormente, porta ad escludere qualunque valore indicativo di quelle determinazioni amministrative. L'autorità sospettò della anticoncorrenzialità delle clausole non già in ragione dei loro effetti ma in quanto le stesse, in vario modo, apparivano «*idonee a disincentivare il plurimandato, ostacolando gli agenti ad assumere mandati da diverse compagnie assicurative*». Come si vede, il presupposto dell'atto d'impulso non era costituito dalla rilevazione di ricadute anticoncorrenziali delle clausole ma dal fatto che quelle erano potenzialmente in grado di contrastare quell'assetto distributivo, caldeggiato dal legislatore con le disposizioni concernenti il divieto di clausole esclusiva nei rami danni (art. 5, comma 1, d.l. 7/2007). In altri termini, l'iniziativa di AGCM mirava a "combattere" – con conseguente dubbio d'un eccesso di potere – delle clausole sospette d'essere in grado di frustrare il disegno legislativo. Quelle disposizioni negoziali, quindi, seguendo l'impostazione dell'Autorità, avrebbero meritato una censura per essere astrattamente idonee a "frodare la legge" e non per la loro capacità di "distorcere" il naturale andamento del mercato della distribuzione di talune polizze assicurative.

5. Conclusioni e prospettive.

Volendo trarre una conclusione, sembra potersi confermare che imprese ed agenti godono dei più ampi margini di manovra per definire un quadro comune di principi e clausole negoziali da impiegare come fattore orientatore degli accordi decentrati od individuali. Quadro negoziale, si deve sottolineare, che mettendo a disposizione degli interessati una disciplina compiuta ed articolata, potrà utilmente concorrere alla riduzione dei c.d. costi di transazione, offrendo agli interlocutori delle trattative individuali, come termine di riferimento, una disciplina convenzionale compiuta ed altamente qualificata sotto il profilo tecnico per essere il risultato d'un confronto tra enti esponenziali delle categorie interessate²¹.

Ragionevolmente in sede di fissazione del quadro regolatorio dovranno solo essere evitate clausole che contengano esclusive "secche" per la distribu-

²¹ Analogamente a quanto sostenuto da P. ICHINO, op. loc. cit., p. 14, con riferimento alla persistente utilità e compatibilità concorrenziale del risultato della contrattazione collettiva.

zione dei prodotti danni, perché incompatibili con la specifica disciplina, di stretta interpretazione, su cui, peraltro forse, s'allunga qualche ombra²².

Verosimilmente, da un lato, da quella normativa limitativa non si potrà trarre argomento per escludere la legittimità di clausole che favoriscano la c.d. fidelizzazione dell'agente perché i divieti d'esclusiva sono insuscettibili d'un'applicazione sostanziale di carattere estensivo, come invece sembrerebbe ritenere AGCM. D'altro lato, l'imposizione rigorista (così come la norma su divieto di esclusive), potrebbe rivelarsi non solo incompatibile con il principio di proporzionalità ma anche con una prescrizione specifica. Infatti, sia pur limitatamente al settore della distribuzione delle polizze danni, la norma interna, potrebbe confliggere con quel precetto che vieta agli Stati membri di introdurre misure più restrittive di quelle previste a livello di normazione europea (art. 3, par. 2, reg. 1/2003/CE). Il principio della barriera unica²³, invero, esclude l'introduzione o la creazione anche per via interpretativa di norme più severe di quelle dell'Unione, mettendo così fuori campo quella interna che "criminalizza" le clausole d'esclusiva, od addirittura prende di trarre da quella un principio generale.

²² Sul punto, si veda, P. MARIANI, *Concorrenza e mercato assicurativo in Italia: la distribuzione dei servizi di assicurazione tra normativa nazionale e diritto dell'Unione europea*, in M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La disciplina della concorrenza in ambito assicurativo*, cit., p. 66, che, sia pur a fronte di un diverso contesto normativo rispetto a quello attuale, sembrava ritenere la normativa interna compatibile con quella UE.

²³ Cfr. S. BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 42, cui si rinvia per ogni altro spetto di diritto UE considerato nelle precedenti parti del presente scritto.