

REGOLE STATICHE, REGOLE DINAMICHE E QUESTIONI APERTE IN TEMA DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA ANTITRUST AL SETTORE ASSICURATIVO

Prov. Avv. Aldo FRIGNANI

Ordinario de Diritto privato della Comunità Europea
Università degli studi di Torino

Avv. Giuseppe Rossi

Dottorando di ricerca in diritto comparato
Università degli studi di Palermo

1. LE «REGOLE STATICHE» DEL REGOLAMENTO COMUNITARIO DI ESENZIONE PER CATEGORIA 3932/1992: UN MODELLO DEFINITIVO? (OVVERO: LEGGENDO IL REGOLAMENTO COME UN «CODICE»)

Con il regolamento 21-12-1992, n. 3932/1992¹ la Commissione, su apposita delega ottenuta dal Consiglio², ha concesso l'esenzione decennale (cfr. art. 21: il regolamento rimarrà in vigore fino al 31-3-2003) dall'applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza, di cui all'art. 85, comma 2 del Trattato, a «talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni».

Ciò che *ictu oculi* colpisce, del reg. 3932/1992, è la sua «settorialità»³. Nella maggior parte dei casi, l'ambito di applicazione dei regolamenti comunitari di esenzione per categoria è determinato attraverso un criterio tipologico: vale a dire, vengono resi beneficiari dell'esenzione determinati «tipi» di intese restrittive, riconducibili ad una data fattispecie dal punto di vista del contenuto giuridico. È questo il caso della nutrita categoria dei regolamenti di esenzione per categoria in materia di accordi di distribuzione, il cui ambito di applicazione è determinato tramite il riferimento, sancito generalmente da apposita norma definitoria, ad un deter-

¹ In *GUCE*, L398, del 31-12-1992, 7.

² Regolamento del Consiglio 31-5-1991, n. 1534/1991, in *GUCE*, L143, del 7-6-1991, 1.

³ Come rileva anche G. VERNIMMEN, «Le règlement d'exemption du 21 décembre 1992. Historique, contexte, analyse et procédure», in LEVIE, COUSY (eds.), *La politique européenne de concurrence en matière d'assurances*, Bruxelles, 1995, 29 e ss., 32.

minato «tipo» contrattuale (distribuzione esclusiva, acquisto esclusivo, *franchising*, e così via).

Approccio questo che si trova oggi, proprio nella materia delle restrizioni verticali, in fase di profonda revisione, visto che il Green Paper del 1997 e i suoi *follow-ups* ne propongono il superamento, a favore di una più ampia ed unitaria regolamentazione di tutti i *verticals*, la quale dovrebbe trovare i suoi fondamenti non nella ricostruzione tipologica di ciascuna figura contrattuale, ma nell'analisi economica degli effetti «comuni» a tutte le intese verticali. Nondimeno, approccio che gode ancora di una posizione quasi monopolistica, con poche eccezioni, tra cui, appunto, il reg. 3932/1992, in materia di assicurazioni.

Scorrendo le norme che compongono il regolamento, balza agli occhi come il riferimento al settore di attività economica sia davvero il più forte catalizzatore di norme altrimenti difficilmente riconducibili a sistema, in quanto relative a fattispecie tra loro piuttosto eterogenee. Il regolamento è suddiviso in sei titoli: il primo contiene «*disposizioni generali*», il secondo regola il «*calcolo del premio*», il terzo le «*condizioni tipo di assicurazione diretta*», il quarto la «*copertura in comune di certi tipi di rischi*», il quinto le «*apparecchiature di sicurezza*», il sesto è dedicato a «*disposizioni varie*».

Oltre all'inerenza al mercato assicurativo, tra le questioni oggetto delle varie norme non esiste ulteriore connessione, se non il fatto di riguardare tutte intese orizzontali tra compagnie di assicurazione: programmaticamente, la Commissione ha escluso dall'esenzione gli accordi di distribuzione assicurativa, lasciati alle norme «ordinarie» e, soprattutto, agli orientamenti generali in tema di accordi di agenzia⁴.

La *policy* sottesa al regolamento 3932/1992 era di «isolare» il mercato assicurativo, concedendogli una disciplina antitrust *ad hoc*, ma soltanto in parte (quasi come se la distribuzione assicurativa non presentasse peculiarità rilevanti). Una volta identificato l'oggetto dell'intervento negli accordi orizzontali tra compagnie di assicurazione, l'intervento normativo avrebbe però dovuto avere, nei propositi della Commissione, carattere esauriente e onnicomprensivo, come un «codice del diritto antitrust in materia assicurativa»⁵, fornendo così una risposta efficace e definitiva alle problematiche che le vistose peculiarità economiche del settore presentano nell'applicazione delle norme di concorrenza.

Progetto ambizioso, di cui si trova traccia eloquente nell'ampiezza della delega che la Commissione era riuscita a farsi concedere dal Con-

⁴ In proposito, ci si permetta di rinviare sin d'ora a A. FRIGNANI, G. ROSSI, «Le proposte di riforma dell'agenzia assicurativa: *policies* dirigitiche a confronto con la tutela comunitaria della concorrenza», in corso di pubblicazione in *Dir. ec. assicurazione*, 1998.

⁵ Sulle caratteristiche del «codice» come atto normativo, e sul peso dell'esperienza delle grandi codificazioni nel dar luogo a distinzioni nell'ambito della *western legal tradition*, cfr. per tutti, A. GAMBARO, R. SACCO, «Sistemi giuridici comparati», in *Tratt. dir. comparato* diretto da R. SACCO, Torino, 1997.

siglio, la quale si estendeva a ricomprendere, oltre alle materie poi incluse nel regolamento 3932/1992, anche «*il regolamento dei sinistri*» e «*i registri e le informazioni per i rischi aggravati*». Materie queste ultime che furono escluse dal regolamento per «mancanza di sufficiente esperienza» (cfr. *a contrario* il considerando 2 del regolamento), ovvero, fuor di metafora, per mancanza di esatta percezione dei loro (eventuali) riflessi sul piano della concorrenza tra compagnie di assicurazione⁶. Esulerebbe dal presente lavoro chiedersi se, nel 1992, i tempi fossero maturi per una «codificazione»: il giudizio negativo sarebbe del resto, inevitabilmente, viziato dall'essere formulato *ex post*. Senza dubbio, esisteva un certo numero di decisioni della Commissione, almeno su alcuni dei problemi toccati, e qualche sentenza della Corte, che sembravano aver generato orientamenti piuttosto costanti, se non consolidati.

L'ottimismo non era quindi del tutto ingiustificato. Leggendo il reg. 3932/1992 come un «codice» ne balza tuttavia oggi agli occhi una caratteristica tanto evidente, quanto comune allo stesso «genere normativo» costituito dal «codice»⁷: la «staticità», frutto dell'intima convinzione del «codificatore» della possibilità di fissare, una volta per tutte, in una «descrizione» le modalità economiche di funzionamento del mercato assicurativo (si leggano a riprova i «considerando»), di individuare gli scopi particolari dell'intervento antitrust su tale mercato, e infine di formulare norme generali ed astratte, conseguenza (in ipotesi) diretta e coerente della sintesi tra peculiarità del mercato assicurativo e finalità del controllo antitrust, in grado di essere applicate *sic et simpliciter* a tutti i casi futuri.

Una contestazione della nostra ricostruzione che si fondasse sulla natura puramente «attuativa» del regolamento di esenzione per categoria, come atto normativo, rispetto alle norme generali del Trattato, e quindi negasse al regolamento 3932/1992 il carattere creativo ed innovatore, se non addirittura «rivoluzionario», proprio del «codice» non coglierebbe, a nostro avviso, nel vero. Senza dubbio, a monte dell'intera operazione si poneva la convinzione dell'idoneità del meccanismo di produzione normativa rappresentato dall'esenzione per categoria⁸ a creare regole atte a disciplinare la materia (convinzione agevolata, come sempre accade, dall'auspicio della Commissione di ridurre il carico di notificazioni indi-

⁶ Una posizione fortemente dubitativa quanto alla rilevanza antitrust delle intese in materia di liquidazione di sinistri (già accaduti), nonché in materia di tenuta di registri di rischi aggravati (ad esempio: dati sui tipi di autovetture più di frequente soggette ad incidenti) è stata di recente assunta da L. GYSELEN, «EU Antitrust Law in the Area of Financial Services-Capita Selecta for a Cautious Shaping of a Policy», in B. HAWK (ed.), *1996 Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law & Policy*, Yonkers NY, 1997, 329 e ss., par. 133 e ss.

⁷ Ci sia consentito ricordare la definizione di «codici» offerta da G. TARELLO, voce «Codificazione», in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, 465 e ss., 466: «documenti i quali: a) contengono serie di norme...; b) vengono considerati, da chi li produce e da chi li adopera, come documenti unitari talché le norme in essi contenute sono a lor volta considerate come in qualche senso coerenti e sistematizzate; c) vengono ritenuti, da chi li produce e da chi li usa, realizzare una disciplina giuridica esauriente... di tutti i rapporti appartenenti ad un genere individuato dall'unità di materia».

⁸ Sulla quale cfr., volendo, A. FRIGNANI, M. WAELEBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4.^a ed., Torino, 1996, 192 e ss.

viduali da sottoporre ad esame), salvo comunque il «paracadute» rappresentato dal potere di revoca dell'applicazione del regolamento (v. l'art. 17, reg. 3932/1992).

All'esito del processo, tuttavia, le regole emanate evidenziano caratteristiche che ne denunciano il carattere non meramente «attuativo», ma «innovatore» rispetto alle prescrizioni generali del Trattato, ed insieme l'ambizione di esaustività nell'approntare una disciplina della concorrenza tra compagnie di assicurazione: ci riferiamo alla già evidenziata adozione del criterio settoriale per delimitare l'ambito di applicazione dell'esenzione (di cui non si trova traccia nell'art. 85, comma 3, del Trattato), ma non soltanto ad essa. Ulteriori elementi nel senso della natura e delle aspirazioni «codicistiche» del reg. 3932/1992 si ritrovano nel testo delle sue norme, a partire dagli artt. 2-4, che esentano, apparentemente, *intese orizzontali di fissazione dei prezzi* (premi), sia pure soltanto «indicativi», e non vincolanti (cfr. art. 3, lett. a) tra compagnie, e scambi di informazioni tra le stesse comunque finalizzati a comportamenti concertati sui premi.

L'«originalità» di simili disposizioni non necessita sicuramente una lunga dimostrazione; tuttavia, la descrizione delle norme citate come esenzione di un'intesa orizzontale sui prezzi, che ha il pregio di ricondurre la fattispecie oggetto di esenzione alla figura tipica di intesa prevista all'art. 85, comma 1, lett. a) del Trattato, non è del tutto fedele. In effetti, la Commissione non ha disposto l'esenzione di un'intesa sui «prezzi», ma ha elaborato una nuova nozione di «prezzo» (premio), propria del mercato assicurativo, costruita sulla distinzione tra «premio puro» e «premio commerciale», che rappresenta il perno dell'esenzione *in parte qua*. Dunque, nuove regole, basate su nuove categorie (almeno per quanto riguarda l'antitrust comunitario), fornite dei crismi della completezza e della sistematicità: un «codice», appunto.

Un «codice», aggiungiamo, composto in massima parte di regole statiche, ovvero modellate su una data interpretazione del funzionamento economico del mercato assicurativo, ad esse sottesa, considerata come valida in assoluto, o quanto meno in grado di garantire una razionale politica antitrust nel settore assicurativo per il periodo decennale di vigenza del regolamento.

Consideriamo ancora gli artt. 2-4: le relative norme si fondano su un'analisi economica descrittiva della prestazione assicurativa che scompone il premio finale nelle due componenti del premio «puro» e dei c.d. «caricamenti commerciali». Il primo viene definito, dall'art. 1, come «*costo medio della copertura dei rischi*»; il premio «commerciale» trova invece definizione nel considerando n. 6, ove si afferma che per «premi commerciali» si intendono «*i premi effettivamente applicati ai contraenti e comprensivi del caricamento per la copertura di spese amministrative, commerciali ed altri costi, del caricamento di sicurezza e degli utili previsti*». In sostanza, l'esenzione copre soltanto le concertazioni che hanno ad oggetto quella componente del premio che direttamente consente la copertura dei rischi, ovvero la base economica dell'attività

assicurativa, con esclusione di tutte le altre, sulle quali la concorrenza non deve essere in alcun modo ristretta.

L'impostazione della Commissione è probabilmente, nelle sue linee generali, corretta: tuttavia, la regola che ne deriva è «statica», poiché non contempla l'ipotesi che nell'ambito del premio assicurativo, o di determinati premi assicurativi relativi a dati rami particolari di rischi, siano presenti componenti non riconducibili con certezza né al premio puro, né al premio commerciale, o che simili componenti vengano a crearsi per effetto dell'evoluzione della tecnica assicurativa.

Identico discorso vale, a maggior ragione, per gli artt. 10-13, relativi ai consorzi di coassicurazione e coriassicurazione (i c.d. *pools*), che fondano l'esenzione in primo luogo su un criterio di quota di mercato: ai sensi dell'art. 11, comma 1, l'esenzione si applica purché le imprese partecipanti al consorzio non detengano quote di mercato superiori al 10 % *«dell'insieme dei prodotti assicurativi identici, o considerati analoghi sotto il profilo dei rischi coperti o delle garanzie offerte»*, nel caso di consorzi di coassicurazione, ed al 15 % di tale «insieme», per i consorzi di coriassicurazione. Il comma 2 contempla una parziale deroga al comma 1, a favore dei consorzi per la copertura dei rischi «catastrofici» o «aggravati», consentendo in tali casi che le percentuali del 10 % e del 15 % siano *«applicate sui soli prodotti assicurativi conferiti al consorzio, con esclusione dei prodotti identici o analoghi sottoscritti dalle imprese partecipanti o per loro conto non conferiti al consorzio»*.

Anche in questo caso, la regola «codificata» si basa su un presupposto di analisi economica, secondo cui la presenza di un consorzio di coassicurazione o coriassicurazione che raggruppi imprese con consistente potere di mercato può vanificare i possibili effetti procompetitivi del *pooling* dei rischi. Tale premessa si traduce in una regola «statica» che fissa precise soglie di mercato, al di sopra delle quali la natura anticompetitiva del *pool* è presunta.

A chiusura del sistema, poi, l'art. 17, che disciplina le ipotesi della revoca dell'applicazione dell'esenzione, alle lett. a) e b), «codifica» alcuni casi tipici di deviazione patologica del *pooling*, che potrebbero condurre alla disapplicazione dell'esenzione anche a consorzi i cui partecipanti non raggiungano le soglie di mercato.

La «staticità» delle norme deriva dal fatto che esse non considerano (o meglio, relegano all'area di applicazione della facoltà di notifica individuale), l'eventualità che la copertura di determinati rischi, per la loro novità, o per le loro dimensioni o caratteristiche, renda necessario il *pooling* anche tra imprese in possesso di quote di mercato elevate, o addirittura renda necessaria la costituzione di un unico *pool*, monopolista del mercato. In simili ipotesi, potrebbe addirittura dubitarsi della incompatibilità del *pool* con l'art. 85, comma 1, Trattato, e dunque della necessità o meno dell'esenzione⁹: dubbio che la Commissione, ragionando sulla

⁹ V. in proposito le osservazioni di L. GYSELEN, «EU Antitrust Law in the Area of Financial Services», cit., par. 118 e ss.

base di un'analisi modellata sul paradigma della disciplina delle *joint-ventures* cooperative, non ci risulta essersi sino ad ora posta.

Un sistema basato su quote di mercato, del resto, è strutturalmente rigido, posto che esso assoggetta a differenti trattamenti situazioni omogenee, in cui l'unica differenza può essere rappresentata da diversità di quote di mercato (si pensi a due *pools* di coassicurazione, i partecipanti all'uno dei quali detengano il 9 % del mercato, beneficiando dell'esenzione, mentre i partecipanti all'altro detengano il 10,5 %, così collocandosi al di fuori dell'esenzione).

Nei paragrafi che seguono, il «regolamento-codice» n. 3932/1992 verrà seguito nelle sue fortune quale modello per le autorità antitrust nazionali (in particolare, per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana), e posto a confronto con il diverso approccio «dinamico» nei confronti dell'applicazione del diritto antitrust al mercato assicurativo adottato negli Stati Uniti, sul piano dell'efficienza nell'adattare la teoria antitrust alle innegabili peculiarità di tale mercato.

Alcune «questioni aperte», portate alla ribalta da recenti evoluzioni del mercato assicurativo, verranno infine analizzate attraverso i due prismi delle regole «statiche» e delle regole «dinamiche».

2. LA FORTUNA DEL REGOLAMENTO 3932/1992 NELLA GIURISPRUDENZA DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

I «codici», per la loro forza innovativa, spesso danno vita a modelli giuridici circolanti: vale a dire, le norme che contengono, se non la loro struttura formale, vengono assunti a paradigma per la produzione di regole ad opera di ordinamenti diversi da quello in cui sono stati emanati.

Così è stato anche per il «regolamento-codice» 3932/1992, le cui norme sono state assunte a modello per numerose decisioni delle Autorità antitrust nazionali, e soprattutto, per quanto qui interessa, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana.

La relazione tra diritti della concorrenza nazionali e disciplina comunitaria, così come quella tra Commissione e Autorità nazionali, assume spesso contorni non chiarissimi, tesa com'è tra i due principi opposti della sussidiarietà e del decentramento¹⁰.

Il legislatore italiano ha tentato di disciplinare tale relazione, sul piano sostanziale, tramite la norma dell'art. 1, comma 4, l. 287/1990, che eleva

¹⁰ Cfr., per tutti, i contributi raccolti nel volume collettaneo *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, collana *Temi e problemi* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 1996, ed ivi in particolare i contributi di C. D. EHLERMANN, *Il dibattito sulla sussidiarietà nel diritto della concorrenza*, 17 e ss., e V. KORAH, *Sussidiarietà e decentramento nell'applicazione del diritto della concorrenza europeo*, 51 e ss.

i «principi dell'ordinamento delle comunità europee in materia di concorrenza» a canone interpretativo delle disposizioni nazionali ¹¹. Se si considera che lo stesso legislatore italiano ha espressamente conferito (ove necessario) all'Autorità Garante il potere di dare diretta applicazione alle norme comunitarie di concorrenza ¹², ne deriva che i principi sottesi a tali norme costituiscono ormai, in via diretta o indiretta, un punto di riferimento costante per l'azione dell'Autorità stessa.

Tuttavia, tra il caso dell'applicazione diretta delle norme comunitarie, e quello della loro applicazione indiretta tramite l'interpretazione conforme delle norme nazionali, deve essere tracciata una distinzione: mentre nel primo caso la fattispecie ha rilevanza comunitaria, nel secondo essa ha rilevanza puramente nazionale. Ancora, mentre nel primo caso debbono essere applicate dall'Autorità tutte le «norme» comunitarie, nel secondo l'interpretazione dei precetti nazionali deve aver luogo alla luce dei «principi» comunitari. Tra «norme» e «principi» può essere ricostruita una relazione da genere a specie: non tutti i precetti comunitari, che senza dubbio rappresentano altrettante «norme», contengono dei «principi». Ne consegue che l'Autorità Garante, nel decidere i casi di rilevanza puramente nazionale in materia di assicurazioni, non è vincolata ad adottare quale criterio interpretativo delle disposizioni nazionali ogni e qualsiasi *norma* comunitaria, ma soltanto quelle *norme* che, secondo la sua valutazione, assurgono al rango di *principi* ¹³.

Le disposizioni del regolamento 3932/1992, al fine in esame, possono essere considerate *principi*? Alla domanda, la giurisprudenza dell'Autorità Garante ha dato risposta nettamente positiva.

Così è stato per la distinzione «premio puro»-«caricamenti commerciali», utilizzata ad esempio dall'Autorità nella decisione *Ricostituzione CIAG*, relativo alle assicurazioni contro i danni provocati dalla grandine ¹⁴. Il procedimento aveva evidenziato come nel ramo in questione fosse computato nel premio puro un «elemento estraneo al rischio propriamente attuariale», ovvero un «margine di sicurezza» il cui ammontare, determinato dalle compagnie in sede consortile, era pari al 10 % del premio (n. 58). L'ISVAP, nel suo parere reso ai sensi dell'art. 20, l. 287/1990, in data 7-3-1997, aveva rilevato che «il margine di sicurezza» è «una componente del premio di rischio tipica di questo ramo, non assimilabile ad un caricamento commerciale». Tale incerta natura era dovuta alle peculiarità del ramo grandine, caratterizzato, aggiungeva l'ISVAP da «un andamento del risultato tecnico fortemente variabile nel tempo che giustifica,

¹¹ Sul punto, più diffusamente, A. FRIGNANI, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, I, sub art. 1, 109.

¹² Art. 54, u.c., l. 6-2-1996, n. 52 (legge comunitaria per il 1994); per un commento v. P. AUTERI, «I rapporti tra la normativa antitrust nazionale e quella comunitaria dopo la legge comunitaria per il 1994», in *Contr. Impresa/Europa*, 1996, 535. Il primo caso di applicazione diretta delle norme comunitarie ad opera dell'Autorità è costituita dal provvedimento di apertura dell'istruttoria 26-3-1999, *Stream/Telepiù*, in *Bollettino*, 12/1999.

¹³ Così ancora A. FRIGNANI, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁴ Dec. 27-3-1997, in *Bollettino*, 13/1997.

tra l'altro, la partecipazione dello Stato alla tutela degli interessi agricoli ad esso correlati, tutela che si sostanzia nella possibilità di concludere forme di assicurazione agevolata».

Il «margine di sicurezza» in discorso sfugge dunque alle «regole statiche» degli artt. 2-4, reg. 3932/1992. Ciononostante, l'Autorità ha ritenuto di poter invece applicare tale regola: «in assenza di ulteriori precisazioni circa la effettiva natura economica del margine di sicurezza ... si deve desumere che detta voce del premio assicurativo, anche se non finalizzata alla copertura delle spese (come è proprio di un caricamento commerciale) costituisce un elemento di «caricamento di sicurezza» la cui determinazione in sede accentrata si pone in contrasto con le regole della libera concorrenza, così come affermato dal Regolamento comunitario» (n. 58).

Riservando al prosieguo ulteriori commenti, rileviamo per ora come l'Autorità abbia forzato la componente di premio dall'incerta natura nello schema dualistico premio puro/caricamenti commerciali: ovvero abbia posposto l'analisi economica della fattispecie rispetto all'applicazione di un precetto del reg. 3932/1992.

Tra le norme del reg. 3932/1992, tuttavia, quelle che più di frequente hanno avuto applicazione «analogica» nella giurisprudenza dell'Autorità sono le disposizioni in tema di *pools* di coassicurazione, e in particolare il sistema di quote di mercato previsto dall'art. 11.

Risultato sorprendente, per una ragione chiara. La determinazione di tali soglie non può che essere stata il frutto di una valutazione politica, cioè, in altre parole, di una scelta discrezionale compiuta dalla Commissione CE. E le soglie del 15 % (per i *pools* di coriassicurazione) e del 10 % (per i *pools* di riassicurazione) indicate dall'art. 11, comma 1, lett. b) sono appunto il frutto di una tale scelta discrezionale, compiuta dalla Commissione CE sulla base dell'esperienza maturata nell'analisi dei vari mercati assicurativi *comunitari* e del grado di concorrenza che in essi è reputato insopprimibile¹⁵.

Non è certo agevole, allora, comprendere come le soglie di mercato in discorso possano considerarsi «principio dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza», ai sensi dell'art. 1, u.c., l. 287/1990¹⁶: una soglia basata su parametri quantitativi non potrà mai, infatti, elevarsi a «principio»¹⁷.

¹⁵ In senso non difforme, in dottrina, R. A. CAPOTOSTI, «Diritto della concorrenza e assicurazioni», in *Assicurazioni*, 1993, II, 39, 42, a parere del quale il ricorso a parametri quantitativi (dei quali peraltro mette in dubbio la legittimità, alla luce delle «fonti gerarchicamente superiori»), sarebbe stato consigliato alla Commissione dall'esigenza di «dare contenuto oggettivo... ai criteri di applicazione della normativa di esonero alle varie fattispecie concrete», a fronte della «sfuggevolezza dei confini del mercato assicurativo». Lo stesso Autore aggiunge tuttavia che in questo modo «l'arbitrarietà si sposta sulle misure fissate».

¹⁶ Per una rassegna delle decisioni dell'Autorità sul punto, condotta alla luce dell'osservazione critica di cui al testo, ci sia consentito il rinvio a A. FRIGNANI, «I *pools* di coriassicurazione nei rischi da inquinamento e la normativa antitrust», in *Danno e resp.*, 1998, 105, parzialmente ripreso

Non intendiamo certo dire che all'Autorità deve ritenersi precluso il ricorso a parametri quantitativi, ma che la sua valutazione sul punto non può esaurirsi in un mero richiamo ai parametri comunitari, indicati come più o meno latamente precettivi ai sensi dell'appena ricordata disposizione interpretativa, dovendosi invece estendere all'accertamento dell'adequatezza di quei parametri in relazione alla specifica situazione del mercato assicurativo italiano, nel ramo in considerazione (posto che sino ad ora l'Autorità non ha dato applicazione nel settore alle norme comunitarie, ma ha sempre proceduto sulla base di un'individuazione del mercato rilevante in senso geografico a livello nazionale)¹⁸.

La ricostruzione del regolamento 3932/1992 e la sua lettura come un «codice del diritto antitrust comunitario in materia assicurativa», sopra proposte, ci inducono a ritenere che la forza espansiva di tale regolamento sia dovuta proprio alle aspirazioni «codificatrici» dei suoi estensori. L'aspirazione sistematica che informa la ricostruzione del meccanismo economico alla base del mercato assicurativo, fatta propria dal regolamento, ha posto rimedio alla evidente asistematicità, se non vera e propria discrezionalità, dimostrata dalle singole prescrizioni comunitarie (pensiamo soprattutto, ancora una volta, all'art. 11), facendo di loro un modello «circolante», nonostante gli evidenziati vizi originari.

La «staticità», in quest'ottica, anziché costituire un freno alla circolazione come modello delle norme comunitarie ne è stata un propulsore. Staticità come conseguenza di un'aspirazione sistematica che traspare nell'ambizione di ricostruzione unitaria e valida in assoluto degli aspetti economici della prestazione assicurativa: dunque staticità che non evidenzia la reale carenza di fondamenti economici della maggior parte delle singole norme del regolamento, incorporanti, come detto, scelte puramente discrezionali, ma, all'esatto contrario, conferisce loro una parvenza di solidità, di coerenza e razionalità, rendendole attraenti agli occhi degli interpreti nazionali.

3. «REGOLE DINAMICHE»: IL McCARRAN-FERGUSON ACT E L'APPLICAZIONE «FLESSIBILE» DELL'ANTITRUST AL BUSINESS OF INSURANCE NEGLI STATI UNITI

Il problema dell'applicazione del diritto antitrust al mercato assicurativo si è posto, naturalmente, anche negli Stati Uniti. I caratteri del sistema antitrust statunitense, articolato tramite una doppia ripartizione

in «Les pools de coassurance et le droit antitrust européen et italien», in corso di pubblicazione in *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*.

¹⁷ In questo senso, ancora, A. FRIGNANI, in *Diritto antitrust italiano*, cit., 111.

¹⁸ Il rischio di una indebita estensione dell'ambito di applicazione del regolamento (in grado di dar luogo a esiti eccessivamente restrittivi) è stato individuato da L. GYSELEN, «Antitrust Law in the Area of Financial Services. The Cause of Subsidiarity Diagnosed», in AAVV, *Antitrust fra diritto nazionale e comunitario*, Atti del Convegno tenutosi a Treviso —maggio 1997, Milano—, Bruxelles, 1998.

di competenze, tra la Federazione e i singoli Stati, a livello generale, e, nell'ambito dell'ordinamento federale, tra il Department of Justice e la Federal Trade Commission¹⁹, hanno fatto sì che le soluzioni elaborate oltreoceano si dimostrino notevolmente diverse rispetto a quelle comunitarie. Disomogeneità riconducibili, più in generale, alle stesse differenze identificabili sul piano sistemologico tra ordinamento statunitense e ordinamenti dell'Europa continentale, quanto ai meccanismi di produzione delle regole giuridiche, ed ai fattori che ne determinano la circolazione transfrontaliera. In altre parole, anche la problematica in esame è analizzabile e comprensibile alla luce delle descrizioni e delle analisi che il diritto comparato ha elaborato dei sistemi di *common law* (e degli Stati Uniti in particolare) e di *civil law*.

Diamo subito conto di un'obiezione ovvia: poiché il Regno Unito appartiene all'Unione Europea, e la stessa ha «importato» nel proprio ordinamento istituti caratteristici del *common law*, è arbitrario analizzare i meccanismi di *rule making* comunitari nel presupposto della loro assimilabilità a quelli dei Paesi di pura *civil law*.

La risposta, che purtroppo non è possibile fornire esaurientemente nei limiti del presente lavoro²⁰, potrebbe articolarsi su due piani.

In primo luogo, le regole comunitarie sono il frutto di un processo non spontaneo, ma «regolamentato», di *mixing* tra norme, o modelli giuridici, di origine nazionale²¹: nell'ambito di tale processo, il ruolo della norma autoritativa (emanata dal legislatore) è esaltato dalla necessità di conferire sanzione formale al risultato terminale del processo, rendendo così la «nuova» norma comunitaria «opponibile» a tutte le «vecchie» norme nazionali. Il formante normativo acquista quindi un rilievo preponderante, salvi possibili «riequilibri» nella fase applicativa a favore dei formanti giurisprudenziali (per tali intendendo tanto la Commissione quanto le Corti comunitarie).

In secondo luogo, ci sembra comunque chiaro, per le ragioni già esposte, che nel caso del regolamento 3932/1992 il legislatore comunitario ha tentato di emulare la figura più caratteristica del legislatore *civilian*, vale a dire il codificatore, e vi è in parte riuscito, creando la parvenza di un «sistema» e così originando regole circolanti negli Stati membri (o almeno, senza dubbio, in Italia). Per completezza, dobbiamo comunque prendere atto del fatto che nell'ordinamento comunitario un unico organo,

¹⁹ Per una descrizione del sistema applicativo delle norme antitrust negli Stati Uniti, in comparazione con quello comunitario, cfr. B. E. HAWK, L. LAUDATI, «Federalismo antitrust negli Stati Uniti e decentramento nell'applicazione del diritto della concorrenza nell'Unione Europea: un esame comparativo», in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, cit., 25 e ss.

²⁰ Svolgiamo quindi le brevi considerazioni che seguono *incidenter tantum*.

²¹ Nella materia che ci occupa, talvolta il modello nazionale può presentare una disciplina ad hoc profondamente divaricata rispetto a quella generale: si consideri il caso della Germania, ove il § 102 della *GWB* sottrae in certa misura il settore assicurativo ai divieti antitrust, sottoponendolo alla vigilanza dell'organo di controllo delle assicurazioni private (cfr. IMMENGA, MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, 2.^a ed., München, 1992, sub § 102).

la Commissione, tende ad assumere al tempo stesso le vesti del legislatore e dell'interprete, e che il regolamento 3932/1992 è stato emanato sulla base di un precedente *case law* della stessa Commissione: ma si tratta di un'osservazione che non invalida la nostra tesi. Rispetto al *case law*, il «regolamento-codice» ha portato, oltre a varie innovazioni evidenti (pensiamo ancora, ad esempio, al sistema di soglie di cui all'art. 11), un *quid pluris* fondamentale, ovvero l'aspirazione sistematica. A riprova: non è realistico supporre che l'Autorità Garante italiana avrebbe applicato *sic et simpliciter* soglie comunitarie nel valutare della compatibilità con la l. 287/1990 di un *pool* di coassicurazione o coriassicurazione, se queste, anziché beneficiare dei crismi del regolamento, fossero state identificate soltanto in una decisione della Commissione.

Veniamo dunque agli Stati Uniti. Fino al 1944, non era dubbio che l'attività assicurativa fosse sottratta alle competenze normative federali; in quell'anno, la decisione della Corte Suprema nel caso *United States v. South-Eastern Underwriters Association*²², innovando rispetto alla precedente giurisprudenza, stabilì che una compagnia di assicurazioni contro l'incendio operante in diversi Stati doveva considerarsi svolgere attività di *interstate commerce*. Quindi, la sua attività era regolata, ai sensi della «commerce clause» costituzionale²³, dalle norme federali, incluso lo Sherman Act, il quale non conteneva alcuna esenzione, o disposizione particolare, in materia di attività assicurativa. Il *revirement* della Corte Suprema suscitò ovvia preoccupazione nel mondo assicurativo, ma anche in quello politico, in cui si diffuse il timore che un intervento eccessivo dell'antitrust federale sulle pratiche del mercato assicurativo potesse mettere a rischio gli sforzi comuni delle compagnie per nella valutazione dei rischi e dei costi della loro copertura, sino ad allora condotti sotto la sola vigilanza delle norme e delle autorità statali.

Appunto per ovviare a simili timori fu emanato, nel 1945, il McCarran—Ferguson Act²⁴, ai sensi del quale le imprese di assicurazione sono esenti da responsabilità per violazione delle leggi antitrust federali qualora la specifica condotta in questione sia parte del «business of insurance», non sia «regulated by State law» e non rappresenti un atto di «boycott, coercion or intimidation».

Sarebbe decisamente riduttivo leggere la norma descritta in sintesi come una pura e semplice esenzione dell'intera attività assicurativa

²² *United States v. South-Eastern Underwriters Ass.*, (1944) 322 US 533; la decisione sovvertì una giurisprudenza consolidata sin da *Paul v. Virginia*, (1869) 75 US 168, secondo il quale l'emissione di una polizza di assicurazione a favore di un cittadino di uno Stato diverso da quello della compagnia non costituiva atto di *interstate commerce*. Da tale decisione si ricavò il corollario dell'immunità dell'attività assicurativa rispetto alle norme federali, incluso lo Sherman Act.

²³ Art. 1, sez. 8 comma 3 della Costituzione degli Stati Uniti (che può leggersi in traduzione italiana in G. AJANI, P. G. MONATERI, *Casi e materiali di sistemi giuridici comparati*, Torino, 1998, 149).

²⁴ 15 USCS §§ 1011-1013; sulla genesi storica dell'Act, v. ampiamente R. CORDERO, *Exemption or Immunity from Federal Antitrust Liability under McCarran—Ferguson Act and State Action and Noerr-Pennington Doctrines for Business of Insurance and Persons Engaged in It*, in 116 ALR Fed., 163 e ss. spec. 183 e ss.

dall'applicazione delle norme antitrust. L'inammissibilità di una simile interpretazione è stata infatti sancita dalla Corte Suprema praticamente all'indomani dell'approvazione dello *statute*²⁵. Secondo la Corte, la norma non avrebbe inteso riconoscere l'assoluta ed esclusiva sovranità statale nella disciplina dell'attività assicurativa in ogni suo aspetto, con piena immunità dall'intervento antitrust federale. All'esatto contrario, precisa la Corte, le compagnie di assicurazione potrebbero compiere molti atti soggetti alla preordinata legislazione federale, in tutti i casi in cui la loro condotta non rientri nell'ambito del «*business of insurance*», il riferimento al quale delimita, insieme agli altri elencati requisiti, positivi e negativi, l'ambito di applicazione del McCarran-Ferguson Act. L'elemento qualificante dell'attività assicurativa è stato quindi identificato, dalla stessa Corte Suprema, nella relazione tra assicuratore ed assicurato, in tutti i suoi aspetti, e nella traslazione del rischio che la stessa mira a realizzare.

Coerentemente con tali premesse, una decisione recente della Corte d'Appello federale per l'undicesimo circuito ha recisamente rifiutato di interpretare il McCarran-Ferguson Act nel senso di conferire agli assicuratori una forma di «*immunity*» dalla legge antitrust federale, qualificandolo invece come uno «*statute of state-law preemption*»²⁶: vale a dire una norma che indica i casi in cui le norme statali emanate al fine di disciplinare l'attività assicurativa prevarranno sulla disciplina antitrust federale. La qualificazione della norma speciale federale come avente funzione di regolare un conflitto di leggi, a favore della disciplina statale, fornisce all'interprete un ulteriore strumento discrezionale, consistente nella facoltà di accertare la sussistenza o meno del conflitto. In assenza di questo, la pratica sotto indagine, anche se rientrante nel «*business of insurance*», non sarà «*regulated by State law*», e dunque le norme antitrust federali potranno essere applicate: in altre parole, per paralizzare l'applicazione dell'antitrust federale i requisiti previsti dal McCarran Ferguson Act devono sussistere cumulativamente.

Vedremo in un prossimo paragrafo come i due requisiti in discussione siano stati interpretati ed applicati dal *case law*: sin da ora rileviamo tuttavia come la disciplina del McCarran-Ferguson Act possa qualificarsi una «regola dinamica». La ragione è che essa non adotta una definizione ed una descrizione «fisse» del «*business of insurance*», esentando l'attività assicurativa così «cristallizzata» dal vincolo antitrust, ma sancisce due requisiti di ordine generale, delegando quindi all'interprete (giudiziale ed amministrativo) il compito di accertare in primo luogo se *ciascuna singola pratica* sottoposta al suo esame presenti connotati tali da renderla funzionale allo svolgimento dell'attività assicurativa, definita e delimitata anch'essa ad opera del medesimo interprete, che meglio rispetto al legis-

²⁵ V. *Prudential Insurance Co. v. Benjamin*, (1946) 328 US 408, e successivamente *SEC v. National Securities Inc.*, (1969) 393 US 453; *Hartford Fire Insurance Company v. California*, (1993) 125 L. Ed. 2d 612.

²⁶ *Jordan v. AVCO Financial Services*, 117 F. 3rd 1254 (11th Cir. 1997); un resoconto in *Annual Review of Antitrust Law Developments*, 1997, 413.

latore può analizzare il mercato nel suo divenire, e in secondo luogo se tale pratica sia soggetta al controllo del diritto statale (*antitrust* e non), o se essa non richieda invece l'intervento antitrust federale. Valutazione anche questa largamente discrezionale, e perciò «dinamica».

Infine, si deve rilevare come la disciplina del controllo antitrust dell'attività assicurativa negli Stati Uniti emerga dall'interazione di atti normativi e di *case law*: si ricordi come la Corte Suprema ha immediatamente «ridimensionato» la portata del McCarran-Ferguson Act rispetto alle ambizioni dei suoi autori. Un simile «dialogo» tra legislatore e Corti, che secondo una dottrina autorevole costituisce il compito più qualificante del *common law* nell'era degli *statutes*²⁷, è sino ad ora mancato nell'applicazione (decentrata) del regolamento 3932/1992, almeno a giudicare sulla base dell'esperienza italiana. L'Autorità Garante, come abbiamo accennato, ha svolto il ruolo che le descrizioni generalmente assegnano al giudice di *civil law*: «un operatore di una macchina disegnata e costruita dal legislatore»²⁸.

4. LA CRISI DEL REGOLAMENTO 3932/1992: *FALLACY* DI REGOLE STATICHE AL TEST DELL'APPLICAZIONE

Entro il 1999, ai sensi del regolamento delegante del Consiglio, la Commissione dovrà presentare al Consiglio stesso ed al Parlamento Europeo una *mid-term review* del regolamento 3932/1992. Sulla base delle circostanze riferite, il regolamento, dopo sei anni di applicazione, parrebbe presentarsi all'appuntamento in buono stato di salute. Indizi a favore della sostanziale efficienza della regolamentazione comunitaria parrebbero potersi trarre anche dalla diminuzione delle decisioni della Commissione in materia, rispetto agli anni anteriori al 1992, oltre che dal *favor* incontrato dal regolamento presso le Autorità nazionali.

Eppure, agli osservatori attenti non sfugge un singolare fenomeno: uno dei problemi fondamentali che la prossima *review* dovrà affrontare è costituito dal fatto che il regolamento ha avuto *troppo* successo. Vale a dire, è acriticamente applicato «per analogia», soprattutto dalle Autorità nazionali (ancora una volta, è emblematica l'esperienza italiana) a fattispecie difficilmente inquadrabili nelle sue prescrizioni, perché refrattarie ad essere collocate nell'ambito della descrizione economica del mercato assicurativo che ne rappresenta la filosofia ispiratrice, e che insieme fondava, come abbiamo visto, le sue ambizioni sistematiche. La maggior virtù del regolamento, vale a dire la sua «staticità» sistematica di «codice»,

²⁷ G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge Mass., 1982, 164.

²⁸ Con le parole ormai classiche di J. H. MERRYMAN, «The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America», Stanford Ca., 1969, trad. it., *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, 1973, 57.

che ne ha favorito la circolazione come modello²⁹, tende così a trasformarsi in un «vizio».

Di un simile fenomeno possono darsi due generiche spiegazioni: il regolamento poggiava su basi economiche-sistematiche erranee, o parziali, oppure il regolamento poggiava su basi economiche in sé corrette, ma non sull'unica interpretazione economica possibile del fenomeno assicurativo. Vale a dire, il mercato assicurativo, come e forse più di altri, si presta a diverse analisi economiche, e quindi a diverse applicazioni delle norme antitrust, ed è in divenire, quindi nelle varie fasi temporali un'interpretazione potrebbe sembrare *giusta*, mentre in realtà essa è soltanto *migliore* di altre, che potrebbero recuperare efficacia alla luce di successivi sviluppi. Dunque, l'analisi antitrust del mercato assicurativo, e vorremmo dire l'analisi antitrust in generale, ma abbiamo per ora scelto questo limitato e peculiare angolo visuale, mal sopporta l'imposizione di regole statiche, basate su schemi economici statici.

5. LA SUMMA DIVISO PREMIO PURO-PREMIO COMMERCIALE E GLI SCAMBI DI INFORMAZIONI

Partiamo, in una breve ricognizione, da uno dei cardini sistematici del regolamento: la distinzione «premio puro»-«caricamenti commerciali». Secondo la Commissione, tale distinzione dovrebbe segnare la soglia di liceità degli scambi di informazioni tra compagnie diretti al reperimento di premi uniformi per la copertura di determinati rischi. In particolare, non è consentita (art. 3, lett. b) l'inclusione nelle «tariffe o tavole» statistiche comuni, la cui redazione è esentata dall'art. 2, di «caricamenti di sicurezza, redditi derivanti dalle riserve, spese amministrative o commerciali, ivi comprese le commissioni spettanti agli intermediari, i tributi fiscali o parafiscali e l'utile previsto».

Con le disposizioni in commento, la Commissione prende atto di una caratteristica indiscutibile del mercato assicurativo, che non sarà mai sufficientemente ribadita: «per realizzare un corretto procedimento mutualistico occorre ... procedere alla formazione di una comunione di rischi che abbiano i requisiti qualitativi e quantitativi atti a ridurre quanto più possibile gli scarti fra la probabilità teorica e la frequenza pratica del

²⁹ Secondo le analisi dei comparatisti, un modello circola grazie al suo «prestigio»: senza dubbio, la Commissione è una fonte di regole antitrust «prestigiosa». In Italia, lo stesso legislatore, con l'art. 1, comma 4, l. 287/1990 ha imposto all'Autorità di conformarsi ai «principi» comunitari, tra i quali possono rientrare, secondo un'interpretazione ormai pacifica, i *dicta* della Commissione, benché tale imposizione, beninteso nei casi in cui l'Autorità applichi il diritto nazionale, non fosse strettamente indispensabile per virtù dell'appartenenza dell'Italia all'Unione. Secondo un'accreditata tesi alternativa (elaborata da U. MATTEI, «Efficiency in Legal Transplants. An Essay in Comparative Law and Economics», in *Int. Rev. of Law and Economics*, 1994, 14, sintetizzata in lingua italiana in U. MATTEI, P. G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, 116 e ss.), circolerebbe il modello più efficiente. A nostro modo di vedere, nel caso del regolamento 3932/1992 l'unico fattore di «efficienza» immaginabile è la considerevole «comodità del decidere» che la sua applicazione ai «casi dubbi» ha consentito all'Autorità.

fenomeno che si considera. ... È difficile che un simile equilibrio possa essere raggiunto nell'ambito di una medesima impresa»³⁰. Lo scambio di informazioni tra compagnie è quindi indispensabile per garantire l'equilibrio dell'intero sistema assicurativo, ovvero per evitare che vengano utilizzati premi che non consentono l'effettiva copertura di tutti i rischi assicurati, alla luce della probabilità dell'avveramento del sinistro, come calcolabile sulla base dell'esperienza passata (c.d. calcolo attuariale).

Di ciò consapevole, la Commissione non poteva tuttavia ignorare il dato di comune esperienza, nei confronti del quale l'antitrust comunitario è da lungo tempo allertato, per cui gli scambi di informazioni tra imprese possono costituire o dissimulare strumenti di concertazione sui prezzi³¹: da qui l'esigenza, coerente con il disposto dell'art. 85, comma 3, del Trattato, di limitare l'ambito dell'esenzione ai soli scambi di informazione indispensabili per realizzare il risultato procompetitivo, escludendo dalle informazioni lecitamente trasmissibili ai concorrenti tutti i dati estranei agli scopi del calcolo attuariale. Tale *estraneità* è determinata applicando appunto il criterio fornito dalla distinzione «premio puro»-«caricamenti commerciali»: mutuato dalla prassi assicurativa, tale criterio si dimostra allo scopo perfettamente funzionale, perché permette di tracciare una linea netta tra le informazioni necessarie per «il calcolo e la comunicazione del costo medio della copertura dei rischi (premio puro)» (art. 2, comma 1, reg. 3932/1992), il cui scambio è lecito, e le altre, elencate (verosimilmente) in via esemplificativa dall'art. 3, il cui scambio è viceversa illecito³².

Tuttavia, il criterio funziona purché si postuli che non esistano, nel mondo assicurativo, componenti del premio che sfuggano al dualismo, ovvero che, pur non inerendo al costo della copertura del rischio in quanto tale, neppure siano «caricamenti commerciali.» È questo il caso, ad esempio, del «margine di sicurezza» praticato dagli assicuratori del ramo grandine, e sul quale l'Autorità Garante si è pronunciata nel già menzionato caso *Ricostituzione CIAG*, assimilandolo, non senza una evidente forzatura, che emerge confrontando le valutazioni dell'Autorità con quelle dell'ISVAP, ad un «caricamento di sicurezza», vietando di conseguenza gli scambi di informazioni (tra imprese, si noti, partecipanti ad un *pool* di coassicurazione) su tale «margine».

³⁰ Così G. FANELLI, «Le assicurazioni», in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXVI, 1, Milano, 1973, 22; v. anche A. DONATI, «Trattato del diritto delle assicurazioni private», Milano, 1952, I, 461, e più di recente M. MINIELLO, «La concorrenza nel mercato assicurativo», in *Dir. ec. ass.*, 1995, 473 e ss.; M. RICOLFI, *La coassicurazione*, Milano, 1997, 30 e ss.; G. VOLPE PUTZOLU, «La disciplina della concorrenza nel settore assicurativo», in V. RIZZO (a cura di), *Diritto privato comunitario. Lavoro, impresa e società*, Atti del Convegno di Camerino del 25-29-9-1995, Napoli, 1997, II, 422 e ss. Nello stesso senso A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, 2.^a ed., Milano 1998.

³¹ Cfr. in proposito, anche per la citazione dei rilevanti precedenti: BELLAMY, CHILD, *Common Market Law of Competition*, 4.^a ed., London, ..., sub § 4-032; RITTER, BRAUN, RAWLINSON, *EEC Competition Law. A Practitioner's Guide*, ..., 1991, 159.

³² V. anche l'art. 7, lett. d) del regolamento che, coerentemente, esclude dall'esenzione l'elaborazione di condizioni tipo di assicurazione diretta che indichino importi di garanzia o franchigia.

Una fattispecie ancor più emblematica è tuttavia rappresentata dal procedimento per presunta violazione dell'art. 85 nei confronti dell'ANIA, per un'asserita concertazione sui premi commerciali nel settore dell'assicurazione marittima «corpi», svoltasi tra le compagnie di assicurazione in sede associativa. Il caso ha preso avvio da una segnalazione dell'Union of Greek Shipowners, con la quale gli armatori greci lamentavano applicazioni discriminatorie a loro danno, da parte delle compagnie italiane, di una tabella di fonte ANIA recante indicazioni di sovrappremi per navi di età superiore a determinati limiti. La Commissione, qualificati tali «soprapremi» come estranei al «premio puro», ha proceduto a contestazione degli addebiti³³, prendendo le mosse dal regolamento 3932/1992, e da precedenti casi di aumenti concordati di premi, uno dei quali proprio nel settore dell'assicurazione marittima «corpi», ritenuti costituire intese orizzontali sui premi vietate dall'art. 85, comma 1, lett. a), Trattato³⁴.

La «tabella» in discorso, elaborata dall'Institute of London Underwriters sulla base delle proprie statistiche, e da questo diffusa presso tutte le associazioni del mondo, tuttavia, lungi dal rappresentare una pura e semplice intesa sui premi commerciali, deve analizzarsi alla luce della prassi, propria del settore marittimo «corpi», delle c.d. «polizze in abbonamento», o *open policies*. In altri termini l'assicurato (importatore/esportatore o spedizioniere), anziché stipulare una polizza per ciascun viaggio, stipula un'unica «polizza quadro» che copre tutti i viaggi che effettuerà in un determinato periodo: i premi dovuti saranno quindi calcolati a periodi di tempo determinati, alle condizioni stabilite ed in ragione del numero dei viaggi e delle caratteristiche di ciascuno di essi (nave impiegata, rotta, tipo di merce). Nella fase di negoziazione di tali polizze, non sono note le navi che effettueranno i viaggi, ma soltanto i tipi di merci. La tabella in discorso viene utilizzata appunto in tale fase, per determinare un parametro di incidenza sul rapporto contrattuale, e quindi sui premi che verranno via via calcolati, dell'uso di navi vecchie, tendenzialmente a più alto rischio di sinistri³⁵.

Dunque, i soprapremi di cui alla tabella non possono considerarsi inerenti al «premio puro» strettamente inteso, in quanto al momento della stipula della polizza quadro non sono ancora noti tutti gli elementi del rischio; ma neppure possono assimilarsi a «caricamenti», posto che essi svolgono comunque una funzione di adeguamento del premio al possibile atteggiarsi del rischio, garantendo alle parti della polizza quadro affidabili

³³ Contestazione degli addebiti del 24-7-1998, pratica IV/37049, ANIA.

³⁴ Si tratta dei casi *Lloyd's Underwriters Association* (Commissione, 4-12-1992, Lloyd's Underwriters Ass. e Institute of London Underwriters, in *GUCE*, L4, del 8-1-1993, 26) e *Verband der Sachversicherer* (Commissione, 5-12-1984, in *GUCE*, L35 del 7-2-1985, 21; C. Giust., 27-1-1987, causa 45/1985, «Verband der Sachversicherer», in *Raccolta*, 1987, 405).

³⁵ Coerentemente con tale funzione, la tabella determina i soprapremi in ragione del tipo e del peso della merce trasportata: ovvero del più significativo elemento noto al momento della stipula della polizza in abbonamento.

parametri di riferimento per quantificare l'incidenza sul rapporto assicurativo dell'uso di navi vecchie.

A nostro modo di vedere, la fattispecie descritta sfugge al dualismo premio puro-caricamenti commerciali (e quindi all'assimilabilità a quelle oggetto dei casi *Lloyd's* e *Verband der Sachversicherer*, effettivamente relativi ad intese sui caricamenti commerciali), e la Commissione non potrà non tenere conto di questo dato nell'emettere la propria decisione: una simile constatazione equivarrebbe ad una presa d'atto che il dualismo in discorso non è onnicomprensivo, e che il mercato assicurativo può presentare fattispecie non spiegabili in base ad esso. L'agevole risposta per cui tali fattispecie «anomale» possono restare estranee all'ambito dell'esenzione per categorie, ed essere esaminate dalla Commissione in scrutinio individuale, a seguito di comunicazione, non è appagante: in effetti, essa trascura il rischio che le fattispecie anomale siano in realtà più di quanto la tranquillizzante sistematica del regolamento-«codice» faccia pensare.

6. I CONSORZI DI COASSICURAZIONE E CORIASSICURAZIONE E L'ART. 11 DEL REGOLAMENTO 3932: *THE HARD PART OF THE REGULATION*

Ma il vero *punctum dolens* viene quando si giunge ad occuparsi dei consorzi di coassicurazione e coriassicurazione, e del sistema di quote di mercato previsto dall'art. 11 del regolamento. Non a caso, tale norma è stata definita «the hard part of the regulation»³⁶.

La Commissione, dettando la norma in discorso, è partita dal presupposto, espresso al considerando 11, che il *pooling* di rischi tra imprese che possiedano elevate quote di mercato può portare distorsioni della concorrenza superiori rispetto ai benefici che dovrebbero fondare l'esenzione³⁷. Anche in questo caso, un modello economico «statico» è stato assunto a chiave di volta per l'elaborazione di regole generali.

Tali quote sono state individuate, discrezionalmente³⁸, nel 10 % (per i consorzi di coassicurazione) e nel 15 % (per i consorzi di coriassicurazione), con una disposizione *ad hoc* per il caso di rischi «catastrofici» o «aggravati» (art. 11, comma 2).

In effetti, tale individuazione è del tutto discrezionale, e si basa su un paradigma di *pooling* dei rischi assolutamente teorico: a tacer d'altro,

³⁶ Da L. GYSELEN, «Antitrust Law in the Area of Financial Services. The Cause of Subsidiarity Diagnosed», cit. (relazione presentata all'edizione del 1997 di questo Convegno trevigiano).

³⁷ Secondo il considerando 10: «la costituzione di consorzi di coassicurazione o di coriassicurazione, destinati a garantire un numero indeterminato di rischi, deve essere considerata favorevolmente in quanto permette ad un elevato numero di imprese di entrare nel mercato, col risultato di accrescere la capacità di garantire, in particolare, rischi difficilmente garantibili per la loro dimensione, rarità o novità».

³⁸ Rileva l'arbitrarietà nella fissazione delle quote anche R. CAPOSTI, «Diritto della concorrenza e assicurazioni», in *Assicurazioni*, 1993, II, 39 e ss., 42.

il sistema comunitario, che distingue tra rischi «ordinari», «aggravati» e «catastrofici», trascura di analizzare le relazioni intercorrenti tra i vari mercati corrispondenti a ciascun «ramo» di rischi assicurati³⁹, e quindi di prendere in considerazione gli effetti che tali relazioni comportano con riferimento alla costituzione ed al funzionamento di un *pool*. Non è difficile comprendere che esistono rischi la cui copertura può essere garantita soltanto da un *pool* di compagnie: pensiamo ai rischi da inquinamento, a determinati rischi da attività aerospaziale o marittima, alle polizze dei c.d. «grandi enti» che accorpano categorie eterogenee di rischi. In questi casi, potrà rendersi necessaria la costituzione di un *pool* monopolista, o potrà rendersi necessario il conferimento al *pool* di una quota considerevole di rischi assicurabili anche dalle singole compagnie, in modo da consentire, se non la vera e propria «omogeneizzazione» di tali rischi con quelli aggravati, forme di *cross-subsidizing* tra i vari rischi. Comunque, le soglie di cui al regolamento comunitario dovranno essere superate: in difetto, il *pool* non potrebbe operare a condizioni di economicità: a nostro modo di vedere, in simili casi, vi è davvero di che dubitare addirittura della stessa contrarietà del *pooling* all'art. 85, comma 1⁴⁰.

Già abbiamo accennato alla tendenza dell'Autorità Garante ad applicare meccanicamente il *market share test* di cui all'art. 11 del regolamento. Ci sia consentito soffermarci su tre esempi.

Nel caso *Consorzio italiano assicurazioni aeronautiche*⁴¹, l'Autorità ha escluso *a priori* l'applicabilità dell'esenzione a favore di un consorzio, in ragione della quota di mercato delle compagnie, ben più elevata rispetto alle soglie indicate dal regolamento (n. 33). La decisione, rilevato che il *pooling* riguardava sia «grandi» sia «piccoli» rischi, scinde il mercato in due sottomercati, corrispondenti a tali due categorie: mentre al mercato dei «grandi rischi» aeronautici è stato riconosciuto carattere sovranazionale, il mercato dei «piccoli rischi» è stato considerato avere dimensione nazionale, in considerazione del fatto che la quotazione dei rischi e la loro coriassicurazione avevano luogo su base nazionale (ad opera del CIAA, le cui partecipanti controllavano il 93 % del mercato). Conseguentemente, l'Autorità ha riconosciuto la necessità del consorzio per i soli «grandi rischi».

Si noti che i *pool* di coriassicurazione dei rischi aeronautici sono stati portati anche all'attenzione della Commissione. Lo stesso CIAA aveva pro-

³⁹ L'orientamento per cui ciascun «ramo» di rischi assicurati costituisce un autonomo mercato è consolidato nella giurisprudenza comunitaria a partire dalla decisione *Codan/Hafnia* (...), e talmente ripetuto può dirsi in ogni decisione in materia dell'Autorità Garante. A nostro modo di vedere, tale orientamento ha talvolta condotto a scissioni artificiose di mercati che avrebbero dovuto essere considerati unitariamente (o, quanto meno, nella loro interrelazione): ci si permetta il rinvio a A. FRIGNANI, *I pools di coriassicurazione...*, cit., 108 e ss.

⁴⁰ In questo senso cfr. soprattutto la posizione di L. GYSELEN, «EU Antitrust Law in the Area of Financial Services-Capita Selecta for a Cautious Shaping of a Policy», cit., par. 118, sulla base della condivisibile osservazione per cui: «The fact that the parties deprive themselves of the freedom to offer insurance individually for these risks is immaterial from a competition policy point of view if anyway none of them would even think about making use of such freedom».

⁴¹ Dec. 21-2-1996, in *Bollettino*, 8/1996.

ceduto infatti ad una comunicazione, nell'ottica di un'eventuale esenzione individuale: successivamente, sono pervenute alla Commissione altre sei notifiche da parte di consorzi nazionali. Dopo l'entrata in vigore, due notifiche sono state ritirate (*pools* britannico e tedesco): i procedimenti relativi alle altre, a quanto consta, sono a tutt'oggi aperti⁴². La Commissione, quindi, in questo caso, ha dimostrato minore fiducia nelle regole da lei stessa emanate rispetto all'Autorità Garante italiana: come accennavamo, il «troppo successo» del regolamento 3932/1992, alla vigilia della sua *mid-term review*, sta alimentando qualche scetticismo.

Perplessità non dissimili sollevano alcuni orientamenti dell'Autorità nell'ambito della complessa vicenda dell'assicurazione contro i danni provocati dalla grandine. Nel caso *Assicurazioni rischi agricoli*⁴³, l'Autorità aveva manifestato la propria posizione contraria alla coassicurazione da parte di consorzi già obbligatori *ex lege* (in virtù di norme di recente abrogazione, ad opera di riforme liberalizzatrici) i cui partecipanti occupassero quote di mercato elevate (v. i nn. 14 e 26): chiaramente, la decisione è frutto del timore che il *pooling* dei rischi vanificasse di fatto gli obiettivi di liberalizzazione fatti propri dalla più recente disciplina settoriale. Nonostante ciò, aveva concesso un'esenzione, in considerazione del fatto che l'immediato scioglimento del *pool* avrebbe potuto creare difficoltà agli agricoltori nel reperire una copertura assicurativa.

Nel successivo caso *Ricostituzione CIAG*⁴⁴, relativo al medesimo consorzio, l'Autorità ha negato il rinnovo dell'esenzione, sanzionando anzi il tentativo del consorzio di proporsi come controparte unitaria dell'organizzazione degli agricoltori (Associazione Nazionale Consorzi di Difesa-ASNACODI): e ciò nonostante le quote di mercato delle partecipanti fossero notevolmente scese, e fosse prevedibile una loro ulteriore contrazione. Nella decisione appena citata, l'Autorità non ha forse attribuito la necessaria rilevanza all'esistenza, accertata da lei stessa nella successiva decisione *ASNACODI*⁴⁵, di una posizione dominante dal lato della domanda in capo appunto all'ASNACODI che, rifiutando di erogare il contributo statale agli agricoltori che avessero provveduto ad assicurarsi direttamente (ovvero, con una compagnia diversa da quella prescelta dal consorzio di difesa), mirava ad ottenere condizioni assicurative uniche, e un'unica compagnia come controparte, per gli agricoltori di (almeno) ciascuna provincia.

Anche a prescindere da tale condotta, che l'Autorità ha ritenuto costituire abuso di posizione dominante, il fatto che l'ASNACODI fosse nor-

⁴² Cfr. quanto riferito da L. GYSELEN, «Antitrust Law in the Area of Financial Services. The Cause of Subsidiarity Diagnosed», cit.

⁴³ Dec. 26-10-1994, in *Bollettino*, 43/1994.

⁴⁴ Dec. 23-3-1997, in *Bollettino*, 13/1997.

⁴⁵ Dec. 30-4-1997, in *Bollettino*, 18/1997, e in *Riv. dir. comm.*, 1997, II, 420, con nota critica di M. AMBROSIO, *I contratti di assicurazione grandine e la disciplina antitrust: il caso dei consorzi di difesa*. La ricostruzione dell'Autrice ci sembra sottovalutare la circostanza per cui l'ASNACODI subordinava la concessione del contributo statale per l'assicurazione grandine al fatto che l'agricoltore stipulasse il contratto con la compagnia individuata dalla stessa ASNACODI.

mativamente incaricata della gestione del contributo statale da erogare agli agricoltori avrebbe potuto fondare una più attenta considerazione dell'opportunità di concedere al consorzio tra assicuratori CIAG il ricorso alla coassicurazione. In difetto, l'eventualità che la concorrenza nel ramo, appena liberalizzato, si concentrasse sugli aspetti tariffari, anche inducendo le imprese ad adottare, al fine di poter sostenere i livelli di premio di fatto imposti dall'ASNACODI, premi non adeguati al tasso di sinistrosità, con evidente pericolo per l'equilibrio economico delle imprese, avrebbe dovuto considerarsi tutt'altro che ridotta ⁴⁶.

La forza espansiva del regolamento 3932/1992 si è tuttavia manifestata al massimo grado, nella giurisprudenza dell'Autorità, nella decisione *Assicurazione rischi Comune di Milano* ⁴⁷. Secondo tale decisione, violerebbe l'art. 2, l. 287/1990 l'accordo di coassicurazione stipulato tra più compagnie per la partecipazione in raggruppamento alla gara pubblica indetta dal Comune di Milano per l'affidamento della sua copertura assicurativa: a tale risultato l'Autorità giunge, ancora una volta, attraverso l'applicazione «analogica» del regolamento 3932/1992, e in particolare dell'art. 11, osservando che le quote di mercato delle imprese parti dell'accordo di coassicurazione erano nettamente superiori alle soglie comunitarie, e che comunque ciascuna delle compagnie partecipanti all'accordo avrebbe potuto, in linea teorica, aggiudicarsi singolarmente l'appalto.

Del tutto evidente è, in realtà, che mentre il regolamento comunitario riguarda i consorzi (o *pools*) di coassicurazione, ovvero strutture costituite per la sistematica coassicurazione di rischi inerenti ad un determinato ramo tra le compagnie partecipanti, la fattispecie oggetto della decisione presentava un singolo accordo di coassicurazione, relativo alla sola copertura dei rischi del Comune di Milano. La differenza tra le due fattispecie è abissale, e non necessita di essere a lungo dimostrata: gli accordi di coassicurazione rappresentano un ordinario strumento di omogeneizzazione dei rischi, coessenziale allo stesso svolgimento dell'attività assicurativa ⁴⁸, proprio per questo elevati dal legislatore alla dignità di contratto tipico (cfr. art. 1911, cod. civ.). Attraverso la coassicurazione l'impresa, limitando *pro quota* la propria responsabilità nei confronti dell'assicurato, può dar luogo ad un primo frazionamento dei rischi assicurati, che vengono ripartiti con altre imprese (ovviamente, la ripartizione e la omogeneizzazione dei rischi assicurati

⁴⁶ Una dottrina recente (M. SIRI, «Il mercato assicurativo nella politica italiana della concorrenza durante il 1997», in *Dir. ec. ass.*, 1998, 449 e ss., 454) osserva come le due decisioni *Ricostituzione CIAG* e *ASNACODI* appaiano caratterizzate da una volontà dell'Autorità di «destrutturare» le contrapposte organizzazioni, delle compagnie di assicurazione e degli agricoltori, istituite durante la previgente disciplina pubblicistica di controllo del mercato, per assicurare «una più accentuata contendibilità» dello stesso. Lo stesso Autore nota come le decisioni abbiano il pregio di evitare di «correggere errore con errore», concedendo un *countervailing power* al CIAG per consentirgli di reagire agli abusi dell'ASNACODI.

⁴⁷ Dec. 22-5-1996, in *Bollettino*, 19/1996.

⁴⁸ V. per tutti G. FANELLI, «Pluralità di assicurazioni e pluralità di assicuratori», in *Saggi di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1971, 480 e ss.; M. RICOLFI, *La coassicurazione*, cit., 30 e ss.

in un'unica «comunione dei rischi» costituiscono l'elemento fondamentale del meccanismo assicurativo). Lo stesso legislatore comunitario, con la direttiva 4-5-1978, n. 78/473, ha riconosciuto l'importanza della coassicurazione per il funzionamento del mercato assicurativo, emanando norme dirette a consentire la partecipazione di imprese di differenti Stati membri ad accordi di coassicurazione.

Pools di coassicurazione e «accordi» di coassicurazione debbono quindi essere valutati in maniera differente dal punto di vista dell'economia della prestazione assicurativa: l'estensione meccanica («analogica») agli accordi delle norme previste dal regolamento comunitario per i *pools* sembra francamente incomprensibile, se non, ancora una volta, per il fascino «sistematico» del regolamento 3932/1992, e per la pretesa di assolutezza dell'analisi economica ad essa sottostante, che ha indotto l'Autorità a non scorgerne i limiti di applicabilità.

In secondo luogo, la decisione non tiene conto del fatto che il mercato delle coperture assicurative dei rischi degli enti pubblici è segnato da gravi rigidità e barriere all'accesso, dovute ad una lunga tradizione di quasi monopolio delle compagnie (già) pubbliche: basti pensare che per la prima volta il Comune di Milano bandiva una gara per affidare la propria copertura assicurativa, fino ad allora sempre attribuita ad una sola compagnia (Assitalia). In simili condizioni, esiste un ovvio problema di accesso delle compagnie *new comers* al *know-how* specifico del ramo, appannaggio della compagnia poi risultata delegataria nell'accordo di coassicurazione. Naturalmente, tale *know-how* non sarebbe stato gratuitamente divulgato a favore delle compagnie concorrenti: dunque, l'accordo di coassicurazione, lungi dall'ostacolare il comunque impossibile accesso al mercato di altre compagnie, ha favorito appunto la diffusione di tale *know-how* ⁴⁹.

La decisione in discorso ha suscitato notevole preoccupazione nel mondo assicurativo, visto il chiaro timore che essa potesse inaugurare una tendenza dell'Autorità a considerare vietati tutti gli accordi di coassicurazione, ciò che avrebbe potuto avere gravissime conseguenze sul mercato assicurativo, e considerata inoltre la situazione di incertezza che essa generava per le compagnie, in occasione della stipula dei futuri accordi di coassicurazione. Con ordinanza del 17-12-1997 ⁵⁰, il TAR Lazio ha respinto l'istanza di sospensione provvisoria avverso tale decisione, sulla base dell'osservazione per cui: «il dispositivo del provvedimento impugnato

⁴⁹ Sotto questo punto di vista, il provvedimento presenta una certa contraddittorietà nel rilevare le distorsioni strutturali di concorrenza presenti sul mercato, senza poi tenerne conto nel valutare la condotta delle compagnie. Analoga contraddittorietà vizia, a nostro parere, la successiva segnalazione generale trasmessa dall'Autorità alle pubbliche amministrazioni (provv. 13-11-1997, «Affidamento dei servizi assicurativi da parte degli enti pubblici», in *Bollettino*, 47/1997), in cui vengono censurati sia la persistente riluttanza degli enti ad affidare i servizi assicurativi tramite gare d'appalto, e quindi il fatto che la grande maggioranza dei contratti sia affidata ad una sola impresa, sia la tendenza delle compagnie a ricorrere alla coassicurazione.

⁵⁰ TAR Lazio, 17-12-1997, n. 3257, ord., Pres. Schinaia, est. Romano, *RAS e a. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, inedita.

ha efficacia limitata al caso concreto cui è riferito e ... pertanto, non ha alcun generale effetto né preclusivo né ostativo alla stipulazione di futuri contratti di coassicurazione purché questi ultimi risultino non in contrasto con gli scopi tutelati dalla norma dell'art. 2 della citata l. 287/1990».

Il TAR, in sostanza, motiva rilevando che l'Autorità non è tenuta al principio *stare decisis*, e che ciascuna fattispecie deve essere valutata autonomamente. Potremmo anche concordare con questa interpretazione, se non fosse che la condanna dell'accordo di coassicurazione per la copertura dei rischi del Comune di Milano è stata la conseguenza, più che di un'analisi della specifica fattispecie, dell'applicazione meccanica di norme rinvenute *aliunde*, vale a dire del regolamento comunitario 3932/1992. Dunque, esisteva (ed esiste) il fondato pericolo che l'art. 11, e i suoi criteri di quota di mercato, potessero essere applicati altrettanto meccanicamente a futuri accordi di coassicurazione.

In effetti, tali timori non sono stati fugati dalla successiva decisione del caso *Assitalia-Unipol/Azienda usl Città di Bologna*⁵¹, resa all'esito di un'istruttoria aperta in base ad elementi acquisiti nel corso delle indagini sul caso milanese.

In questo caso, si trattava di un accordo spartitorio concluso tra le due compagnie assicuratrici per ripartirsi, eventualmente anche tramite accordi di coassicurazione con compagnie terze, tutte le coperture dei rischi degli enti pubblici situati nel territorio di riferimento. Nella maggior parte dei casi, i contratti venivano stipulati in coassicurazione. Il caso si differenzia da quello relativo all'assicurazione del Comune di Milano per l'esistenza di un accordo spartitorio generale, rispetto al quale i singoli contratti di coassicurazione rivestivano natura puramente attuativa, ciò che ha consentito all'Autorità di giungere comunque a dichiararne l'illiceità, prescindendo «da una valutazione sotto il profilo della concorrenza degli accordi di coassicurazione» (n. 44). Tuttavia, obiter, la decisione, nel rispondere alle osservazioni formulate dall'ISVAP, rileva comunque come la quota di mercato occupata dalle imprese parti dell'accordo fosse superiore alle soglie fissate dal regolamento comunitario (nn. 40-43), ciò che avrebbe potuto di per sé fondarne l'illiceità. L'orientamento secondo cui anche un singolo accordo di coassicurazione, qualora le quote di mercato occupate dalle parti superino le soglie di cui all'art. 11, reg. 3932/1992, si sta dunque radicando.

7. I MUTEVOLI CONFINI DEL *BUSINESS OF INSURANCE*: IL McCARRAN-FERGUSON ACT NEL *CASE LAW*

Come accennato, il McCarran-Ferguson Act dispone l'immunità dall'applicazione delle leggi antitrust federali per le pratiche inerenti al

⁵¹ Dec. 26-11-1998, in *Bollettino*, 48/1998.

«business of insurance» che siano oggetto di disciplina ad opera delle leggi statali (fermo comunque il divieto federale di «boycott, coercion or intimidation»). Chiaramente, l'ambito di applicazione della norma è determinato in primo luogo da un concetto «aperto», quello di «business of insurance», che deve essere riempito di contenuto dall'interpretazione. Abbiamo accennato al fatto che proprio questo carattere «aperto» della disciplina statunitense ne assicura la «dinamicità», ovvero la flessibilità necessaria per «adattare» l'analisi antitrust alle peculiarità del mercato assicurativo, nel suo divenire.

Nell'applicazione del McCarran-Ferguson Act ciascun Corte, o organo amministrativo, deve accertare se la pratica ad esso sottoposta sia o meno parte del «business of insurance»: a tal fine, la Corte Suprema, in una giurisprudenza piuttosto nutrita⁵², ha elaborato una serie di criteri guida, che «indirizzano» l'interprete verso una data ricostruzione del «business of insurance», pur lasciandogli una discrezionalità considerevole.

Tra le decisioni più recenti si segnalano due *leading cases*. Il caso *Group Life & Health Insurance Co. v. Royal Drug*, del 1979⁵³, riguardava l'accordo tra una compagnia di assicurazione ed un distributore di farmaci, diretto a garantire prezzi di favore agli assicurati. La Corte rileva che dal punto di vista storico il primo scopo del McCarran-Ferguson Act fu di far salvo il potere degli stati di regolare, anche sotto il profilo fiscale, l'attività assicurativa, evitando intrusioni del legislatore federale. Il secondo scopo era garantire alle compagnie di assicurazione una limitata immunità dalle leggi antitrust federali, allo scopo di consentire la cooperazione tra compagnie nella sottoscrizione dei rischi. Quindi, precisa la Corte, il legislatore federale non ha inteso garantire alle compagnie di assicurazione in quanto tali una piena esenzione dall'antitrust, ma ha inteso escludere dal controllo antitrust le sole pratiche direttamente funzionali al «business of insurance», il cui tratto distintivo si identifica appunto nella «sottoscrizione dei rischi», ovvero nel *transfer of risk* tra l'assicuratore e l'assicurato. L'accordo in questione quindi era estraneo al «business of insurance», in quanto relativo a rapporti di fornitura che, pur ripercuotendosi nell'ambito di una relazione assicurato-assicuratore, non sono direttamente funzionali al trasferimento del rischio che di tale rapporto rappresenta l'elemento peculiare.

Nel caso *Union Labor Life Insurance Co. v. Pireno*⁵⁴, del 1982 la Corte ha affrontato il caso di un accordo tra una compagnia di assicurazione ed un terzo diretto allo svolgimento di attività di *peer review* (revisione

⁵² Il fatto che la Corte Suprema sia intervenuta in materia per un numero nutrito di volte è di per sé indicativo del carattere «aperto» della norma di *statute law*; basti ricordare che la Corte Suprema, attraverso il meccanismo del *writ of certiorari*, decide discrezionalmente di quali casi occuparsi, anche in relazione alla necessità o meno del suo intervento quale *rule maker* (per una descrizione dei compiti e del funzionamento della Corte Suprema v. U. MATTEI, «Common Law. Il diritto anglo-americano», in *Tratt. di dir. comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1992, 193 e ss.).

⁵³ 440 US 205 (1979). Cfr. anche *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 125 L.Ed. 2nd 612 (1993).

⁵⁴ 458 US 119 (1982).

congiunta tra assicuratori ed esperti terzi) delle spese mediche delle quali gli assicurati chiedevano il rimborso alla compagnia. In primo luogo, la Corte constata che l'accordo non interviene tra soggetti che siano ambedue parte del «business of insurance»: ciò che, sulla base dell'eccezionalità della deroga concessa dal McCarran-Ferguson Act, e sulla conseguente necessità di interpretare tale deroga in senso restrittivo, già evidenziata nel caso *Royal Drug*, sarebbe di per sé sufficiente a far rientrare l'accordo nell'ambito di applicazione dello Sherman Act. In secondo luogo, la Corte ribadisce che il tratto caratteristico del «business of insurance» deve identificarsi nel trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore, sulla base di un'argomentazione che prende le mosse dal dato storico per cui scopo del McCarran-Ferguson Act era quello di consentire alle imprese di assicurazione di cooperare tra di loro nella copertura del rischio, da cui l'esclusione dall'ambito di applicazione della deroga di tutte le pratiche non direttamente funzionali al *transfer of risks* e, nella più ampia ottica del mercato assicurativo nel suo insieme, al *risk spreading* tra compagnie. Caratteristicamente riconducibili al «business of insurance» sono quindi la fissazione dei premi, la vendita e la pubblicità delle polizze.

La relazione tra condotta sotto accusa e *transfer of risk*, precisa la Corte, deve essere diretta. Ne consegue che pratiche come la *peer review*, benché idonee a generare economie di costi per l'assicuratore, e quindi abbassamenti dei premi, non rientrano, in linea generale, nel «business of insurance»⁵⁵.

Anche una volta identificato il tratto caratterizzante il «business of insurance» nel *transfer of risk*, e quindi limitato il campo di applicazione dell'esenzione alle sole pratiche immediatamente funzionali ad assicurare lo stesso *transfer of risk* a condizioni di economicità, la norma non perde i suoi connotati di elasticità, visto che l'inerenza di ciascuna pratica al rapporto assicuratore-assicurato, e la sua direzione o meno a consentire il *transfer of risk*, non debbono essere valutate applicando schemi astratti, ma in base ad una valutazione caso per caso di ogni singola fattispecie. Tutt'altro che impossibile è allora che pratiche apparentemente analoghe vengano valutate in maniera differente, alla luce di particolari caratteristiche di ciascun caso, o del mercato specifico (ramo di attività assicurativa) sottoposto ad esame.

Così, ad esempio, un accordo orizzontale di fissazione dei premi nell'assicurazione vita può rientrare nel «business of insurance», godendo dell'immunità, qualora le parti dimostrino che esso è direttamente funzionale a garantire un più efficiente *risk spreading*⁵⁶. Viceversa, può giungersi a conclusione opposta nel caso di un accordo di fissazione dei prezzi

⁵⁵ In senso opposto, in precedenza, *Bartholomew v. Virginia Chiropractors Association*, 612 F2nd 812 (1979), che aveva ritenuto l'attività di *peer review* rientrante nel «business of insurance» a causa del fatto che i rimborsi venivano corrisposti direttamente all'assicurato che aveva anticipato i costi della prestazione medica. Il caso è stato ritenuto *overruled* dalla giurisprudenza *Pireno* [cfr. *Ratino v. Medical Service of District of Columbia*, 718 F2nd 1260 (1983)].

⁵⁶ *Steingart v. Equitable Life Insurance Co.*, 366 F. Supp. 790 (1973).

e spartizione territoriale del mercato nel ramo dell'assicurazione medica, qualora non sia dimostrato dalle compagnie che il criterio di ripartizione è collegato alla migliore identificazione del rischio ed al più efficiente calcolo del premio (in ipotesi per particolari configurazioni del territorio che espongono soltanto una parte della popolazione a determinati rischi), e che esso quindi contribuisce al *transfer of risk* tra assicurato ed assicuratore, anziché risolversi in una pura e semplice spartizione di portafoglio tra compagnie ⁵⁷.

L'osservatore europeo potrebbe ricavare, da una rassegna circostanziata delle multiformi definizioni del «business of insurance» e dalle variabili conclusioni che la giurisprudenza statunitense ne trae ⁵⁸, l'impressione di un quadro segnato da assai scarsa certezza del diritto. Simmetricamente, l'esame anche sommario dell'esperienza statunitense potrebbe rafforzare l'impressione di solidità e coerenza sistematica della disciplina comunitaria, che dovrebbe presentare il pregio di offrire soluzioni note e prevedibili. In realtà, simili impressioni sono forse semplicistiche. Il problema dell'applicazione del diritto antitrust al settore assicurativo è delicato proprio perché mal si presta, almeno a nostro parere, a soluzioni rigide e predefinite.

L'attività assicurativa presenta peculiarità che la rendono sfuggente ad analisi che abbiano pretese di esaustività, ed a regole «statiche» (codificate) modellate su tali analisi: meglio dunque fissare, in sede regolamentare, pochi capisaldi, tra cui soprattutto quello per cui condizione prima del funzionamento del mercato assicurativo è la creazione della «comunione dei rischi», con la conseguente esenzione delle pratiche che, nel rispetto dei limiti dell'art. 85, comma 3, sono dirette a realizzarla, e adeguare l'applicazione delle regole antitrust generali (munite dei crismi della certezza sia nell'Unione Europea, sia negli Stati Uniti) attraverso l'analisi caso per caso, secondo un modello «dinamico».

8. QUESTIONI APERTE: I NUOVI CANALI DELLA DISTRIBUZIONE ASSICURATIVA

Nel presente paragrafo, e nel successivo, analizzeremo in sintesi alcune «questioni aperte», che l'evoluzione del mercato assicurativo ha portato più di recente all'attenzione dell'*antitrust*. Tali questioni verranno esaminate dai due angoli visuali dell'applicazione possibile di regole «statiche» secondo il modello comunitario, e di regole «dinamiche», secondo il modello statunitense, alla ricerca della soluzione che meglio consenta la realizzazione degli scopi procompetitivi che a ciascuna pratica potreb-

⁵⁷ *Maryland v. Blue Cross & Blue Shield Asso.*, 620 F. Supp. 907 (1985). La Corte ha respinto l'argomentazione formalistica delle compagnie per cui l'immunità era concessa al «business of insurance», e non al «business of underwriting», e dunque avrebbe dovuto estendersi a pratiche comunque inerenti all'attività assicurativa, e non soltanto al trasferimento del rischio.

⁵⁸ Per una dettagliatissima rassegna v. R. CORDERO, *Exemption or Immunity from Federal Antitrust Liability under McCarran-Ferguson Act ...*, cit.

bero essere propri, senza al tempo stesso dar luogo a restrizioni di concorrenza superflue.

Una delle «rivoluzioni» che negli anni più recenti hanno attraversato il mondo assicurativo riguarda l'attività di distribuzione delle polizze. In particolare, il dualismo tradizionale agenti/*brokers* è stato incrinato dal forte ricorso, da parte delle compagnie, al canale distributivo bancario, tramite la stipula di appositi accordi di distribuzione. Oltre a sollevare problemi di non agevole soluzione in relazione alla compatibilità del nuovo canale distributivo con la disciplina speciale degli agenti e dei *brokers*⁵⁹, che qualcuno legge come istitutiva di esclusive legali nella distribuzione assicurativa⁶⁰, gli accordi di distribuzione tra banche ed assicurazioni danno vita a delicate questioni antitrust, in relazione alle quali si è formata una giurisprudenza dell'Autorità ormai piuttosto corposa⁶¹.

L'ottica in cui tale giurisprudenza esamina il problema è quella del c.d. «effetto cumulativo»: in altre parole, le decisioni dell'Autorità affrontano il rischio che il moltiplicarsi degli accordi di distribuzione muniti di esclusive (espresse o di fatto) porti ad una progressiva «saturazione» del canale bancario, restringendo l'accesso al canale distributivo bancario per le compagnie di assicurazione nuove entranti. Le decisioni, secondo uno schema ormai consolidato, determinano il mercato rilevante su base tendenzialmente locale (provinciale), accertano il numero di sportelli bancari già «vincolati» da accordi di esclusiva con compagnie assicurative, e dispongono la non apertura dell'istruttoria, qualora nel mercato di riferimento il canale bancario non sia «congestionato» dalle esclusive⁶².

⁵⁹ V. l. 7-2-1979, n. 48, *Istituzione e funzionamento dell'albo nazionale degli agenti di assicurazione*; l. 28-11-1984, n. 792, *Istituzione e funzionamento dell'albo nazionale dei mediatori di assicurazione* (ambedue emanate in attuazione di norme comunitarie). L'art. 1, comma 4, l. 48/79 e l'art. 2, comma 1, l. 792/1984 sanciscono il divieto di svolgere attività rispettivamente di agente e broker di assicurazione per i non iscritti ai relativi albi.

⁶⁰ Lo sviluppo dei nuovi canali distributivi, soprattutto bancari, ha sollevato comprensibili timori tra gli operatori «tradizionali», e soprattutto tra gli agenti. In conseguenza, sono stati recentemente proposti due disegni di legge di riforma dell'agenzia assicurativa (nn. 2817-Senato, del 10-10-1997, Gambini e a., e 3130-Senato, del 11-3-1998, Demasi e a.), dal contenuto fortemente restrittivo, se non impeditivo, del futuro sviluppo dei «canali alternativi», sui quali, in chiave critica, si v. G. PARTESOTTI, «Note su due disegni di legge di riforma dell'agenzia assicurativa», in *Contr. impr.*, 1998, 1088, nonché, volendo, A. FRIGNANI, G. ROSSI, «Le proposte di riforma dell'agenzia assicurativa: policies dirigtistiche a confronto con la tutela comunitaria della concorrenza», cit.

⁶¹ Sull'integrazione tra banca e assicurazione v. i contributi raccolti in A. PATRONI GRIFFI, M. RICOLFI (a cura di), *Banche ed assicurazioni fra cooperazione e concorrenza*, Milano, 1997, ed ivi in particolare, per quanto qui interessa a V. DONATIVI, *La distribuzione bancaria di prodotti assicurativi*, 55 e ss. Per una sintesi degli orientamenti dell'Autorità Garante v. anche le rassegne annuali sull'applicazione dell'art. 2, l. 287/1990 ai «settori speciali», a cura di F. GHEZZI, P. MAGNANI, M. SIRI apparse su *Concorrenza e mercato*.

⁶² Nella decisione 28-5-1997, «Assicurazioni Generali/Unicredit», in *Bollettino*, 22/1997, l'Autorità ha ritenuto illecito l'accordo di distribuzione esclusiva di polizze tramite una filiale comune, a causa dell'effetto di blocco che esso avrebbe generato sul mercato rilevante (provinciale). Il TAR Lazio, nel disporre la sospensione d'urgenza del provvedimento (ord. 30-7-1997, n. 2041, inedita ma cit. da M. SIRI, «Il mercato assicurativo...», cit., 461, n. 33) si è orientato in senso opposto, contestando sia la definizione del mercato rilevante (non sufficientemente motivata dal provvedimento), sia la scarsa considerazione attribuita dall'Autorità alla concorrenza potenziale nella dis-

Ulteriore criterio rilevante è rappresentato dalla «standardizzazione» o meno delle polizze nel settore di riferimento: mentre nel ramo vita l'elevata standardizzazione delle polizze ne facilita la circolazione tramite il canale bancario, così non è per il ramo danni, in cui la coesistenza di una pluralità di schemi di polizza, e quindi di una maggiore difficoltà nell'orientare le scelte del cliente, costituisce un fattore di rallentamento per la diffusione attraverso il canale bancario.

In ambedue i casi, si tratta di criteri «a tempo»: è chiaro infatti che progressivamente tutti i mercati locali raggiungeranno la saturazione del canale bancario, e la standardizzazione delle polizze tenderà a crescere in tutti i rami, proprio per agevolarne la «vendibilità» nei canali distributivi «alternativi». Di ciò consapevole, l'Autorità basa la sua valutazione anche sulla durata delle eventuali esclusive, consentendo l'esecuzione dell'accordo nei soli casi in cui questa non oltrepassi limiti temporali piuttosto ristretti (circa cinque anni), salvo riservarsene il riesame alla scadenza⁶³.

L'analisi di tale orientamento, secondo le linee sin qui tracciate, non può che partire dalla constatazione per cui il problema *de quo* non è in alcun modo toccato dal regolamento-«codice» 3932/1992, né regole ad esso applicabili possono ricavarsi attraverso attività interpretativa, per quanto lata, del regolamento stesso. Quindi, l'Autorità ha dovuto ricavare le regole da applicare *aliunde*: e più in particolare, nella giurisprudenza comunitaria in materia di «effetto cumulativo», notoriamente elaborata con riferimento a fattispecie affatto diverse rispetto alla distribuzione assicurativa. L'inesistenza di «regole statiche» ha consentito quindi all'Autorità l'adozione di un atteggiamento maggiormente creativo: vale a dire, maggiormente attento alle caratteristiche economiche del problema, ed alle effettive possibili ricadute della prevedibile evoluzione del mercato sulla concorrenza.

Quale avrebbe potuto essere la soluzione del problema applicando le «regole dinamiche» statunitensi? In materia di distribuzione assicurativa, l'orientamento delle Corti è di escluderne la rilevanza antitrust, in quanto parte del «business of insurance» nel senso specificato dal *case law*, per quanto riguarda i rapporti tra distributore o intermediario assicurativo e cliente finale. Non così per quanto riguarda i rapporti tra compagnie e distributori, o tra distributori, che non divergendo significativamente rispetto a qualsiasi altra attività di distribuzione di prodotti o prestazione di servizi possono essere assoggettati al controllo antitrust

tribuzione assicurativa, che avrebbe condotto ad una sopravvalutazione della rilevanza dell'accessibilità del canale bancario per consentire l'accessibilità al mercato *tuot court*.

⁶³ V. da ultimo, nel senso del testo, le decc. 19-3-1998, «Assicurazioni Generali/Cassa di risparmio di Ravenna», in *Bollettino*, 12/1998; 7-5-1998, *Banca Agricola Mantovana/Compagnia Assicuratrice Unipol*, *ivi*, 19/1998; 11-6-1998, *Istituto Bancario S. Paolo di Torino/Reale Mutua di Assicurazione*, *ivi*, 24/1998; 29-10-1998, *Italiana Assicurazioni/Deutsche Bank*, *ivi*, 44/1998; 3-12-1998, *Cattolica di assicurazione/Banca Popolare di Verona*, *ivi*, 49/1998.

federale⁶⁴. Dunque, gli accordi di esclusiva per la distribuzione di prodotti assicurativi, in linea di tendenza, sono sottoposti al controllo antitrust: spetterà alle Corti e alle agenzie amministrative determinare i contenuti di tale controllo.

9. ANCORA QUESTIONI APERTE: I «NUOVI RAMI» DI ASSICURAZIONE (CALAMITÀ NATURALI, INFORTUNI SUL LAVORO, PREVIDENZA SOCIALE)

Un'altra, evidente tendenza evolutiva in atto nel settore assicurativo è la sua espansione alla copertura di «nuovi» rischi, o più correttamente di rischi contro i quali le prestazioni previdenziali erano tradizionalmente riservate all'intervento pubblico. Così è, ad esempio, per le calamità naturali, che un recente dibattito normativo, per ora, a quanto riferiscono le più recenti notizie, prossimo all'accantonamento⁶⁵, intendeva sottrarre alla quasi esclusiva di fatto dello Stato (i casi di assicurazioni private contro le calamità naturali sono rarissimi), per affidarlo ad un sistema misto, basato sulla copertura del rischio ad opera delle assicurazioni private, con un residuo margine di intervento statale per il caso di superamento di determinate entità di danni, o a favore dei soggetti non in grado, perché al di sotto di date fasce di reddito, di provvedersi autonomamente di una copertura assicurativa.

Il meccanismo previsto contemplava l'estensione automatica delle polizze contro l'incendio ai rischi da calamità naturali, con conseguente aumento del premio nella misura stabilita tramite una procedura «amministrata», e l'istituzione di un *pool* di coriassicurazione di tutti i rischi da calamità naturali, il quale avrebbe dovuto in sostanza fungere da assicuratore di ultima istanza (salvo l'eventuale residuo intervento statale), ed al quale avrebbero dovuto aderire, apportandovi tutti i rischi da loro assicurati, tutte le compagnie attive nel ramo. Progressivamente, sarebbe quindi stato escluso l'accesso ai risarcimenti statali per tutti i soggetti che non si fossero provveduti di copertura assicurativa.

La tesi sottesa al progetto era che l'affidamento alle assicurazioni private di una parte considerevole dei rischi da calamità naturali avrebbe consentito un alleggerimento del bilancio dello Stato, ed al tempo stesso una più rapida ed efficiente liquidazione dei danni, grazie all'impiego delle reti di periti utilizzate dalle compagnie di assicurazione, e dei loro uffici di liquidazione dei sinistri. In senso favorevole deponeva tra l'altro l'esperienza francese, che vede la partecipazione delle assicurazioni private alla copertura dei rischi da calamità naturali sin dal 1982, appunto

⁶⁴ Tra le decisioni recenti v. *Bogan v. Northwestern Mutual Life Insurance Co.*, 953 F. Supp. 532 (SDNY 1997), secondo cui non rientrano nel «business of insurance» i divieti imposti ai sub-agenti di una compagnia di trasferirsi da un'agenzia generale all'altra (allo scopo di disincentivare la concorrenza tra agenti nel garantirsi le prestazioni dei sub-agenti).

⁶⁵ O quanto meno ad un considerevole rallentamento dei tempi, visto che è stata abbandonata l'ipotesi di una delega *ad hoc* al Governo (cfr. notizia apparsa su *Il Sole-24 Ore* del 29-4-1999).

tramite l'estensione a tali rischi dell'ambito di copertura delle polizze incendio, affiancato da un meccanismo «amministrato» di fissazione dei premi⁶⁶.

Con parere del 12-4-1999, l'Autorità Garante ha preso posizione sul progetto, ai sensi dell'art. 22, l. 287/1990. Dopo aver rilevato il rischio che l'«agganciamento» tra la nuova polizza contro le calamità naturali e le polizze incendio potesse condurre a distorsioni di concorrenza nel ramo incendio, il parere prende in considerazione il problema del pooling dei rischi, osservando che: «al fine di evitare che la scelta consortile comporti alterazioni della concorrenza non strettamente necessarie al raggiungimento dell'interesse pubblico, le funzioni ed il ruolo di coordinamento del consorzio dovrebbero essere ispirati ai principi contenuti nel Regolamento CE di esenzione n. 3932/1992 in materia di accordi tra imprese di assicurazione. Ciò non di meno, tenuto conto della peculiarità dei rischi e della novità dell'assicurazione contro le calamità naturali, è possibile giustificare, per un periodo transitorio, l'esistenza di un consorzio con quote di mercato anche significativamente superiori a quelle previste dal regolamento citato».

Prestato l'indispensabile ossequio al regolamento — «codice», l'Autorità arriva, diremmo quasi sorprendentemente, a giustificare un «eccezionale» allontanamento, e proprio sul piano a lei più caro del controllo delle quote di mercato occupate dalle partecipanti al *pool*. Tuttavia, per ottenere questo risultato, rimarrebbe comunque necessario un intervento del legislatore nazionale, oltre tutto strutturato in modo da risultare compatibile con il test comunitario dell'«effetto utile» (vale a dire, che non risulti tale da compromettere l'«effetto utile» delle regole di concorrenza comunitarie applicate al settore assicurativo). La «staticità» del regolamento 3932/1992, anche in questo caso, esige i suoi tributi.

Tentiamo in breve, allora, di analizzare il caso sottoponendolo alle «regole dinamiche» statunitensi: se vi è prova che i rischi da calamità naturali, per novità, rarità e dimensioni possono essere meglio coperti attraverso l'istituzione di un consorzio, questa diviene condizione *sine qua non* per rendere possibile quello stesso risultato di *risk spreading* che rappresenta il tratto distintivo del «business of insurance». Conseguentemente, il consorzio sfuggirebbe al controllo antitrust federale, e ciò tanto più se istituito e regolato per effetto di una disposizione normativa statale.

Analogamente a quanto accade per le calamità naturali, emergono tendenze ad affidare al mercato assicurativo la copertura dei rischi di infortuni sul lavoro, o genericamente, attraverso lo sviluppo della previdenza c.d. «integrativa», contro i rischi dell'invecchiamento.

⁶⁶ Cfr. loi n. 82-600, 13-7-1982, *relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles*, JO, n. 162, del 14-7-1982; Décret du Ministère de l'économie et des finances n. 82-705, 10-8-1982, *fixant les conditions de constitution et les règles de fonctionnement du Bureau central de tarification des risques de catastrophes naturelles*, JO, 11-8-1982.

Per quanto riguarda gli infortuni sul lavoro, un impulso decisivo in questo senso proviene dalla stessa Autorità Garante, che con una propria segnalazione ha rilevato l'opportunità di restringere, o addirittura eliminare il monopolio INAIL⁶⁷, sulla base dell'osservazione per cui la copertura di tale rischio non presenta significative divergenze rispetto all'ordinaria attività assicurativa, e quindi ben può aver luogo ad opera delle compagnie private.

Per quanto riguarda la previdenza alternativa, i difetti del sistema pubblico ne fanno un mercato attraente, che le compagnie di assicurazione, non diversamente dalle banche e da altri intermediari finanziari, stanno tentando di conquistare: i compiti degli enti di previdenza alternativa sono tuttavia, in maniera più o meno pervasiva, regolati dal legislatore, ciò che rende la relativa attività non priva di caratteristiche particolari dal punto di vista antitrust⁶⁸.

In ambedue i casi, esiste il fondato rischio che il sistema assicurativo venga gravato di obiettivi di natura pubblicistica, imposti dall'attuazione del principio di solidarietà sociale, soltanto in parte compatibili con la natura economica della prestazione assicurativa. Da cui il pericolo che la libertà di concorrenza venga ostacolata, anziché incentivata, dall'applicazione di regole «statiche», e quindi l'auspicio che i precetti antitrust siano applicati tramite uno schema «dinamico», che tenga conto delle caratteristiche dei «nuovi rami», e dell'esigenza che l'attività assicurativa vi si sviluppi in modo finanziariamente sano, a tutela, in primo luogo, degli stessi assicurati.

⁶⁷ Prov. AS164, del 9-2-1999, «Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali», in *Bollettino*, n. 4/1999, 57.

⁶⁸ Per una rassegna dei primi orientamenti comunitari in materia, cfr. l'assai informato L. GYSELEN, «Applicabilité des règles de concurrence communautaires a des régimes de protection sociale», in corso di pubblicazione in *Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck*, che abbiamo potuto leggere in bozze grazie alla cortesia dell'Autore.