RIFLESSIONI SUL GOVERNO E CONTROLLO DEL PRODOTTO NEL MERCATO ASSICURATIVO.

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi e d'inquadramento. – 2. L'innesto della recente Direttiva in materia di assicurazioni nel quadro normativo preesistente: dal singolo contratto all'attività di impresa. – 3. Il governo e il controllo del prodotto: i soggetti coinvolti, il design *del prodotto e la tutela informativa. – 4. La vigilanza sul prodotto: l'intensificazione del controllo preventivo. Sanzioni, reclami e risoluzione stragiudiziale delle controversie. – 5. La responsabilità della dirigenza. – 6. Considerazioni conclusive e temi aperti. Procedimentalizzazione della contrattazione: verso un sapiente dialogo tra* public *e* private enforcement *nel mercato assicurativo.*

1. Da oltre un decennio il legislatore comunitario e, di riflesso, quello nazionale rivolgono un'attenzione sempre maggiore all'obiettivo comune di creare dei mercati regolamentati integrati, efficaci e competitivi (c.d. *level playing field*)[1] e con essa cresce la rete complessa delle regole sulla *governance* dei prodotti nei tre settori di riferimento: bancario, finanziario e assicurativo[2].

Assistiamo a una rivoluzione copernicana dell'approccio: se prima la tutela degli equilibri del mercato e dei suoi attori – in particolare, dei consumatori – era perseguita concentrando i controlli e la vigilanza sulla fase di "uscita" del prodotto, ora l'intervento è anticipato a partire dal processo di creazione e accompagna tutte le fasi di sviluppo, fino all'immissione del prodotto sul mercato. È comunemente ritenuto, infatti, che l'interesse del cliente parta già dalla fase di concepimento del prodotto[3] e che in un mercato regolamentato ormai maturo il controllo e la vigilanza debbano essere soprattutto preventivi e non limitarsi a disciplinare l'interazione tra i diversi ruoli del settore[4]. A riprova di ciò, è sufficiente pensare al rinnovamento nel settore assicurativo delle categorie del produttore – che include oggi anche il c.d. *manufacturer de facto* – e del distributore.

L'attività di controllo e di vigilanza del prodotto assumono un rilievo e caratteri nuovi: con l'abbandono dell'approccio prevalentemente sanzionatorio *ex post* (e dunque postumo, sia nel senso di rimodellazione o, in casi estremi, di esclusione volontaria del prodotto in autotutela da parte del produttore, sia in quello d'intervento successivo dell'autorità di vigilanza di settore),

[1] Per una descrizione dei mercati regolamentati, v. S. AMOROSINO, *Il diritto delle assicurazioni nell'unitarietà delle regolazioni dei tre mercati finanziari*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 253 ss.

[2] Per un'analisi puntuale, v. V. TROIANO, *La* product governance, in *La MiFID II*, a cura di V. Troiano e R. Motroni, Padova, 2016, p. 213 ss. In tema assicurativo, v. G. BERTI DE MARINIS, *Avvicinamento dei mercati regolamentati e presì di di governo del prodotto*, in *Atti della giornata di studio su Banca-Assicurazione*, Napoli, 2017, p. 313 ss.

[3] F. FALCONI, *I contratti di assicurazione trasfrontaliera tra esigenze di tutela dell'assicurato e regolazione del mercato interno*, in *Dir. comm. int.*, 2016, p. 417 ss.

[4] Così S. MORLINO, *La* Product Governance *nel nuovo regime MiFID 2*, in *dirittobancario.it*, 2015, p. 8; v. anche U. MINNECI, *Servizi di investimento in favore del cliente professionale: dal regime del rapporto alla disciplina dell'attività*, in *Banca borsa e tic. cred.*, 2012, p. 568 ss., il quale evidenzia che la prospettiva del legislatore si sta trasferendo progressivamente dalla disciplina del rapporto a quella dell'attività.

www.contabilita-pubblica.it

procediamo con costanza verso l'irrobustimento dell'apparato di monitoraggio *ex ante* della qualità del processo e di approvazione del prodotto prima dell'immissione nel mercato.

Ecco dunque che, con riguardo ai processi di creazione, di *design* del prodotto, fiorisce una serie articolata di regole concepite per individuare dei parametri di riferimento: l'individuazione del mercato di riferimento con cui instaurare un canale informativo e, per taluni aspetti, di comunicazione; la valutazione delle caratteristiche dei soggetti che lo popolano e delle loro esigenze; l'emarginazione dei rischi e la creazione di meccanismi di prevenzione e di adeguamento del prodotto; l'adozione di una politica di distribuzione attenta ai diversi aspetti considerati; soprattutto, la novità dell'adozione di un protocollo di messa a punto periodica del prodotto; non da ultimo, un dialogo tra produttore e distributore del prodotto, non solo con riguardo al regime di responsabilità, ma soprattutto con l'obiettivo di creare una rete di relazioni efficiente e di prevenzione delle criticità.

Allo stesso tempo, il ruolo dell'autorità di vigilanza è del tutto rinnovato[5]: non solo un arbitro delle operazioni di mercato, ma un referente d'indirizzo con cui instaurare un dialogo continuo e costruttivo.

Questa nuova prospettiva mette in luce che il governo e il controllo del prodotto altro non sono se non un modo in cui il legislatore ha declinato la trasparenza dell'informazione nei mercati regolamentati, rimuovendo l'opacità informativa non (solo) dal prodotto come risultato, ma anche dal suo processo di formazione[6].

2. Il compimento di questa lunga stagione di riforma – e, per molti aspetti, l'inizio di una nuova fase – è rappresentato dalla Direttiva 2016/97 di rifusione, la Insurance Distribution Directive (IDD), con cui il legislatore comunitario intende uniformare la disciplina sulla distribuzione dei diversi prodotti assicurativi per assicurare un livello adeguato di tutela dei consumatori in tutta l'Unione europea. La ragion d'essere di questo intervento legislativo è l'esigenza avvertita di aumentare il livello di tutela dei consumatori rispetto alla precedente Direttiva 2002/92/CE (IMD) e, al contempo, di ridurre la necessità di applicare misure nazionali diverse, in linea con la disciplina comunitaria di massima armonizzazione introdotta per l'intermediazione finanziaria (MiFID e MiFID II).

Il recente intervento comunitario si inserisce in un contesto ormai stabile di progressivo riassetto della fisionomia dei vari mercati, spostando l'attenzione dell'interprete dalla tutela

[5] U. MINNECI, *Servizi di investimento in favore del cliente professionale: dal regime del rapporto alla disciplina dell'attività*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, p. 568 ss.

[6] In tema di trasparenza informativa nei mercati regolamentati in genere, *ex multis*: M. LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento*, in *Contr. impr*, 2007, p. 1257; E. CAPOBIANCO e F. LONGOBUCCO, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, agg. VI, Torino, 2012, p. 713 ss.; O. CALLIANO, *Informazione e trasparenza nei contratti bancari e finanziari tra diritto dei consumatori e nuovo diritto europeo dei servizi bancari e finanziari*, in *Riv. Dir. bancario*, 2014, p. 1 ss.

www.contabilita-pubblica.it

propriamente contrattuale a quella delle relazioni e dei rapporti con la clientela. Il che è il punto di vista che, in maniera benemerita, stanno progressivamente adottando anche le varie nostre Autorità di settore (si pensi all'intervento di Banca d'Italia in materia di trasparenza bancaria e finanziaria nelle relazioni con i clienti).

Dal punto di vista dogmatico, la Direttiva IDD incrementa l'ottica della *contrattazione*, del *contatto sociale*, in definitiva valorizza il paradigma dell'*attività di impresa*, secondo una tendenza che in maniera costante oggi pone il singolo contratto (specie il contratto *standard* come quello assicurativo) al centro del mercato nel quale viene stipulato. Viene dunque, come si vedrà, focalizzata l'attenzione sul *pre* e *post* contratto, nonché sul dato dell'organizzazione e della vigilanza in un disegno di più ampia *regulation*, nel quale il contratto diventa monade non già isolata bensì totalmente integrata (al fine di desumerne disciplina applicabile, patologie e rimedi).

Venendo allora all'esame delle più salienti novità del provvedimento in discorso, e guardando al passato per comprendere il futuro che sarà, dobbiamo soffermarci innanzitutto sulla già citata Direttiva 2002/92/CE, antesignana della 97/2016, con cui abbiamo assistito a un deciso slancio verso il processo di armonizzazione degli ordinamenti nazionali in materia assicurativa. Sottesa a questa prima elaborazione vi era infatti l'intenzione di garantire nello spazio UE libertà di stabilimento e libertà di prestazione di servizi per gli operatori assicurativi: un primo passo verso una generale uniformità del mercato assicurativo europeo.

A ben vedere, indizi della necessità di una nuova presa di posizione del legislatore europeo sono rinvenibili fin dal Considerando 139 della Direttiva 2009/138/CE (la c.d. Solvency II), nel quale si raccomanda alla Commissione europea di formulare quanto prima una proposta di riesame della direttiva sulla intermediazione assicurativa sia tenendo conto delle incidenze sui contraenti, sia garantendo la giusta uniformità con i principi espressi nella Direttiva 2004/39/CE (MiFID I).

Più di recente, nel mese di novembre del 2010 e di nuovo nell'ottobre del 2011, il G20 ha trasmesso ai Ministri delle Finanze, ai Governatori delle Banche Centrali, all'OECD (Organization for Economic Co-operation and Development), all'FSB (Financial Stability Board) e alle altre organizzazioni internazionali rilevanti, le proprie linee guida in tema di protezione dei consumatori nel settore finanziario.

Soffermiamoci per un istante su un aspetto: ciò che è interessante notare sulla genesi di questa nuova tendenza normativa è proprio il momento preparatorio, permeato di pragmaticità, in modo del tutto coerente con la materia del resto. Nel mese di novembre 2010 infatti la Commissione Europea ha collocato in pubblica consultazione un documento di lavoro e discussione, il cui scopo principale consisteva nel raccogliere il parere del mercato e di tutti i soggetti interessati, al fine di formulare, seguendo un percorso "*bottom-up*", cioè dal basso verso l'alto, il nuovo testo della

www.contabilita-pubblica.it

Direttiva IDD. La consultazione, conclusa nel febbraio 2011, ha portato ai risultati di cui oggi ci troviamo a discutere.

Per un approccio sistematico completo della questione, affianco a questo complesso apparato normativo, non possiamo trascurare l'insieme complesso delle c.d. *soft law*[7] poste in funzione ancillare della nuova Direttiva, ma decisive per una corretta interpretazione e ricezione della stessa da parte di operatori e Stati membri.

Per coerenza temporale, dobbiamo considerare innanzitutto la *Joint position* delle autorità centrali europee per i mercati regolamentati[8], che per prima ha introdotto temi come la supervisione e il controllo dei processi di formazione del prodotto, ponendo tali oneri a carico dell'organo amministrativo[9].

Sempre in quest'ottica, le *Preparatory guidelines* dell'EIOPA[10] hanno sottolineato l'utilità – per il personale interessato – di elaborare documenti scritti per uniformare l'agire nella realizzazione dei diversi prodotti assicurativi. È proprio il produttore a farsi carico di tale elaborazione con un approfondimento circa il grado di alfabetizzazione che i nostri *stakeholder* – i clienti appunto – hanno del mercato assicurativo e dell'offerta dello stesso. L'EIOPA è investita del solo potere di intervento marginale, peraltro riferito più ai profili formali degli operatori, quali la fase di registrazione delle imprese assicurative e l'eventuale violazione degli obblighi nell'esercizio della libera prestazione dei servizi.

Le elaborazioni dell'Autorità centrale non terminano qui. Difatti, la Commissione europea ha richiesto all'EIOPA la redazione di alcune *Technical advice*, un *vademecum* di natura squisitamente tecnica rispetto alle *Preparatory guidelines*. Tale intervento ha delle ricadute d'importanza fondamentale per i produttori e i distributori, poiché impone loro un allineamento rispetto a temi quali i compensi in generale (qui ci riferiamo infatti ai c.d. *inducements*), l'adeguatezza dei *reporting* ai clienti, la prevenzione e correzione dei conflitti di interesse, ed infine il nostro tema: il governo e controllo del prodotto. Dal punto di vista degli operatori è dunque evidente come questi interventi rappresentino un ingente dispendio di risorse e questo è sicuramente un aspetto da risolvere in sede applicativa.

Un tentativo nel senso della quantificazione degli oneri necessari alla effettiva applicazione della Direttiva IDD è stato compiuto attraverso un *panel* rappresentativo – inserito nel *Final*

www.contabilita-pubblica.it

[7] P. MARIANI, *Evoluzione e nuovo assetto del sistema di regolazione e vigilanza del mercato assicurativo in Italia tra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. comm. int.*, 2017, p. 365 ss.

[8] ESMA, EBA, EIOPA, *Joint position of European Supervisory Authorities on Manufacturers Product Oversight & Governance Processes*, JC-2013-77; in particolare, v. punti nn. 18-22.

[9] *Joint position*, punto 7.II: «The manufacturer's executive board should endorse the product oversight and governance processes. Senior management should take responsibility for compliance with these processes before and after the launch of a product, and should ensure that adequate records of this asessment are mantained».

[10] Così S. LANDINI, *Le preparatory Guidelines di EIOPA in relazione agli obblighi in materia di governo e controllo del prodotto da parte delle imprese di assicurazione e dei distributori di prodotti assicurativi*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 416 ss.

Report[11] – di tutte le compagnie assicurative europee. Questo documento resta una valida indicazione sul piano prospettico, priva però dell'effettiva applicazione pratica necessaria per divenire un parametro vigente vero e proprio[12].

Un inquadramento invece più teorico, e anzi preparatorio, rispetto al recepimento della Direttiva IDD può quindi venire dalla Solvency II, nella quale è chiara la volontà di regolamentare il tema della organizzazione interna delle imprese assicurative. Tale Direttiva, infatti, conferisce un ruolo decisivo alla predisposizione di misure organizzative interne[13], le cosiddette "politiche scritte", certamente utili a pianificare l'attività delle principali funzioni aziendali, come appunto il sistema di gestione dei rischi e il controllo interno. Questione di non poco conto peraltro è che queste politiche dovranno essere costantemente aggiornate dallo stesso organo gestorio.

Volgiamo ora lo sguardo alla dimensione nazionale e consideriamo la Lettera al mercato dell'IVASS, concernente l'applicazione delle *Preparatory guidelines* EIOPA anzidette. Si tratta di un elaborato di grande rilevanza per l'indirizzo espresso su alcuni obblighi gravanti su produttori e distributori proprio in tema di governo e controllo del prodotto.

In definitiva, quello attuale è un panorama organico, che però richiede uno sforzo ai vari attori del mercato per individuare le *best practices* con cui dare applicazione effettiva ai dettami comunitari.

3. L'interazione delle diverse fonti esaminate finora ha quindi dato vita al tema di oggi: l'art. 25 della Direttiva IDD. Si tratta di una norma d'indirizzo, che tratteggia le linee guida tecnico-operative a cui si deve ispirare e, per molti aspetti, attenere l'attività degli operatori del settore assicurativo in tema di governo e controllo del prodotto, accezione peraltro del tutto nuova rispetto a questo settore.

Il tentativo del legislatore comunitario è innanzitutto quello di introdurre un'equiparazione sostanziale tra il ruolo dell'impresa assicurativa e quello dell'intermediario che realizzi i prodotti offerti in vendita. La prospettiva è ora mutata radicalmente: se prima veniva considerato produttore la sola compagnia assicurativa, oggi questo ruolo – e, dunque, le relative responsabilità – sono ad appannaggio di chi operi sul mercato per confezionare un prodotto assicurativo. Ne è conferma indiretta l'esclusione dal novero dei produttori dell'intermediario che disegni un prodotto "su misura" a partire da specifiche individuate dal cliente; in questo caso, infatti, è chiaro che il ruolo dell'intermediario non è quello di sondare le esigenze del mercato e, in risposta a

[11] EIOPA, *Final Report on Public Consultation on Preparatory Guidelines on product oversight and governance arrangements by insurance undertakings and insurance distributors*.

[12] Per dei profili di valutazione sui costi si veda il Bilancio di previsione esercizio finanziario 2017 pubblicato dalla stessa IVASS.

[13] V. Rizzo, *Principio di trasparenza e tutela del contraente debole (con particolare riguardo al settore assicurativo – finanziario)*, in *Atti (op. cit.)*, p. 47 ss.

www.contabilita-pubblica.it

queste, ingegnerizzare un prodotto assicurativo, ma quello di dare una veste tecnica a esigenze preindividuate.

Il passaggio dall'*intermediazione* alla *distribuzione* ha comportato dunque un ampliamento del novero dei soggetti interessati che, a vario titolo, partecipano alla vendita dei prodotti assicurativi. E, infatti, la Direttiva IDD si applica a tutti i soggetti che distribuiscono prodotti assicurativi e riassicurativi (considerando n. 11), che il considerando n. 5 indica espressamente essere agenti, mediatori e operatori di "bancassicurazione", imprese di assicurazione, nonché ai soggetti, indicati ai considerando nn. 8 e 12, che gestiscono siti internet di comparazione quando questi consentano di stipulare direttamente o indirettamente un contratto di assicurazione, agenzie di viaggio e autonoleggi (a meno che non siano espressamente esentati).

Che l'attenzione del legislatore sia tutta rivolta al monitoraggio costante del mercato e delle sue tendenze lo dimostra poi che la norma presenta rimandi costanti all'adeguatezza del prodotto e alla coerenza del mercato di riferimento.

Alle imprese di assicurazione ed agli intermediari assicurativi che realizzano prodotti assicurativi da vendere ai clienti viene indicato di elaborare e adottare presìdi in materia di governo e controllo del prodotto che prevedano appropriate misure e procedure finalizzate all'ideazione, monitoraggio, revisione e distribuzione dei prodotti proporzionati (si parla appunto di principio di proporzionalità) al livello di complessità e rischiosità dei prodotti nonché alla natura, alle dimensioni e alla complessità dell'attività svolta dai produttori. In particolare, l'art. 30 della Direttiva IDD focalizza l'attenzione sugli obblighi di valutazione dell'idoneità e della adeguatezza dei prodotti di investimento assicurativi nell'ipotesi di prestazione o meno del servizio di consulenza, definita all'art. 2 (15) come "*la fornitura di raccomandazioni personalizzate ad un cliente, su sua richiesta o su iniziativa del distributore di prodotti assicurativi, in relazione ad uno o più contratti di assicurazione*". In capo al distributore assicurativo grava dunque, d'ora in poi, una vera e propria "funzione consulenziale", che si concreta in una serie di attività rivolte ad una revisione di contratti, procedure interne e azioni di *governance* proiettate a massimizzare il principio di direzione dell'attività di intermediazione alla più corretta gestione degli interessi dei consumatori contraenti. Questo è il primo aspetto della nuova concezione di governo e controllo del prodotto.

Le imprese di assicurazione e gli intermediari che realizzano prodotti assicurativi da vendere ai clienti sono tenute a mettere in piedi e a seguire un vero e proprio procedimento di approvazione e controllo del prodotto ancora prima che sia somministrato ai clienti. La prospettiva sembra in effetti quella di un controllo preventivo, novità assoluta nel panorama assicurativo, che si compie anche attraverso una attenta valutazione dei rischi, scaturente sicuramente da uno studio attento del mercato di riferimento e della clientela. Si tratta – ed è bene sottolinearlo – di un controllo continuo e costante, basato su un bagaglio di informazioni che le

www.contabilita-pubblica.it

imprese assicurative e gli intermediari stessi mettono a disposizione dei distributori[14]. Questo flusso informativo dovrà chiaramente trovare degli argini, nel rispetto di ovvie esigenze di tutela della privacy, riguardo le quali la norma comunitaria nulla esplicita.

Proprio per esigenze costitutive e tenuto conto dello spirito d'indirizzo della stessa Direttiva, l'art. 25 non può contenere disposizioni di dettaglio, ragion per cui si è preferito fare riferimento allo schema degli Atti delegati[15], modalità tramite la quale si rimandano questioni di natura strettamente settoriale all'organo tecnico per eccellenza dell'Unione europea: la Commissione.

Tale organo ha così elaborato il Regolamento n. 2358/2017[16]; si tratta di norme "di concetto", ma che – confrontate in maniera puntuale con quelle della Direttiva – impongono ai diversi legislatori europei di compiere il recepimento entro certi parametri ben precisi. Ancora più deciso è, ad esempio, il richiamo ad una "tutela preventiva" del consumatore, ivi parlandosi addirittura di testare il prodotto assicurativo per verificare se soddisfi le esigenze, gli obiettivi e le caratteristiche individuati per il mercato di riferimento.

Testare dunque, ancor prima di immettere sul mercato, nell'ottica di salvaguardare il consumatore "inesperto", soggetto al centro delle tutele della Solvency II, elaborata – come sappiamo – per tutelare il consumatore medio dalle turbolenze finanziarie che dall'anno 2009 imperversano i mercati. Non a caso si fa specifico riferimento, tra i soggetti[17] tenuti a compiere simili procedure, ai distributori di prodotti assicurativi iscritti nella sezione D del RUI[18] (oltre che A e B per cui agenti e broker), cioè banche, intermediari finanziari e Poste italiane.

È assolutamente centrale avere una visione di insieme di questi aspetti, anche e soprattutto rispetto alla c.d. "bancassicurazione"[19], un nuovo assetto che ha fatto dell'integrazione il suo punto di forza, fondandosi su concetti quali: l'investimento, la garanzia, l'intermediazione, il sapere consigliare e gestire il cliente. Poco interessa soffermarsi in questa sede sui tipi di forme associative e di accordi alla base della bancassicurazione, diversi e dalle peculiarità ogni volta uniche: il legislatore europeo ci chiede di mettere in primo piano il destinatario finale del prodotto, null'altro.

4. Per il conseguimento di tale obiettivo è necessaria una rete di controlli e di sanzioni specifiche operate dall'autorità di vigilanza. Un ruolo che conferma la tendenza del legislatore a

www.contabilita-pubblica.it

[14] In particolare sulle informazioni in possesso delle compagnie e degli intermediari, v. G. CAPPA, *Governance e distribuzione dei prodotti assicurativi vita: impatti imminenti legati al regolamento dei Priips ed alla normativa IDD*, 2016.

[15] Per un approfondimento circa il procedimento di delegazione degli atti, v. G. GAJA e A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma, 2010.

[16] S. ANGELI e M. DEBONI, *La distribuzione assicurativa e il Regolamento PRiIPs*, 2018.

[17] Un esplicito riferimento a questi si trova in L. OPILIO e M. ALPIGIANI, *Presidi in materia di governo e controllo dei prodotti assicurativi*", Assinews, 2017.

[18] RUI: Registro unico degli intermediari assicurativi.

[19] Sul tema, v. R. GUIDA, *La bancassicurazione. Modelli e tendenze del rapporto di partnership*, Bari, 2004.

prestare attenzione al *procedimento*[20] nella sua totalità, come più su osservato, piuttosto che al solo prodotto finale.

Sono dedicati a questo aspetto ben due articoli della Direttiva IDD: l'art. 31, nel quale sono individuati generici poteri di vigilanza, e l'art. 33, che prevede la fissazione di sanzioni di natura pecuniaria ed interdittiva tipologia già presenti – del resto – nel titolo XVIII del Codice delle assicurazioni[21]. Da non sottovalutare poi – al pari di quanto già accaduto per il mercato bancario – l'implementazione della fase di risoluzione del reclamo e delle controversie. Sarebbe auspicabile, a tale riguardo, affiancare nel nostro Paese – anche per il mercato assicurativo – un organo di giustizia alterativa come quello dell'ABF o dell'ACF.

Per il tema della *product governance*, non essendo prevista alcuna specifica sanzione nella Direttiva, ci viene in aiuto la proposta di regolamento delegato del 14 luglio 2016 di integrazione del regolamento PRIIPs. In tale proposta viene individuato un aspetto ben preciso: la possibilità di emanare una misura di intervento sul prodotto qualora questo sia stato commercializzato al di fuori del mercato di riferimento, oppure quest'ultimo non sia stato addirittura identificato correttamente.

Non dissimile è la posizione per i mercati mobiliari all'art. 69 della MiFID II[22], per cui le Autorità competenti - nell'esercizio dei loro poteri di vigilanza potranno «*sospendere la commercializzazione o la vendita di strumenti finanziari o depositi strutturati qualora l'impresa di investimento non abbia sviluppato o applicato un processo di approvazione del prodotto efficace o non abbia altrimenti rispettato le disposizioni dell'art. 16 paragrafo 3*», un riferimento esplicito alla problematica del governo e prodotto nel mercato mobiliare. Pur su due piani diversi il parallelismo tra le due realtà appare evidente: la *product intervention*[23] è da interpretare come il potere delle autorità nazionali e sovranazionali preposte alla vigilanza del mercato finanziario di vietare e/o limitare la distribuzione di specifici prodotti perché nocivi ai risparmiatori o per l'integrità o la stabilità del mercato[24].

5. Se dunque l'attenzione del legislatore si è rivolta principalmente sulla creazione di una rete di controlli preventivi, ciò nondimeno la Direttiva non trascura di prendere in considerazione gli effetti dell'insuccesso o della violazione di questi controlli.

www.contabilita-pubblica.it

[20] P. MONTALENTI, *Corporate governance", sistema di controlli interni e ruolo della Consob: da garante della trasparenza a presidio della correttezza e della gestione*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 120 ss.

[21] D. Lgs. 7 settembre 2005, n. 209. Per la parte riguardante le sanzioni si vedano in particolare gli artt. 318–320 sulla protezione dell'assicurato.

[22] P. LUCANTONI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *I contratti del mercato* finanziario, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, Torino, 2011, p. 239 ss.

[23] F. GUARRACINO, *I poteri di intervento sui prodotti finanziari*, in La *MiFID II*, a cura di V. Troiano e R. Motroni, Padova, 2016, p. 231 ss.

[24] C. IURILLI, *La direttiva IDD e la distribuzione assicurativa*, 2017.

In tal caso, è centrale il tema della responsabilità della dirigenza, che viene chiamata a rispondere per le omissioni e per le condotte che possano aver determinato (o, quantomeno, non abbiano colpevolmente evitato) una situazione patologica.

Questo assunto, che si legge in filigrana nell'art. 25 della Direttiva[25], viene infine esplicitato nel già citato art. 31 che dà principio al capo in tema di sanzioni. In particolare, il comma 4 investe gli Stati membri dell'onere legislativo di garantire che, in caso di violazione degli obblighi previsti dalla Direttiva, si possano comminare sanzioni amministrative e applicare altre misure nei confronti dei membri del loro organo di amministrazione o di vigilanza.

La direttiva IDD sottolinea che le Autorità competenti dovrebbero essere autorizzate ad irrogare sanzioni pecuniarie sufficientemente elevate, in modo da poter annullare gli eventuali benefici derivanti dal mancato rispetto della normativa ed avere un effetto dissuasivo anche per gli enti di maggiori dimensioni e per i loro dirigenti (considerando nn. 58 e 60). Questo principio è rilanciato dall'IVASS[26] che nella lettera al mercato richiama l'attenzione sull'agire informati degli organi amministrativi e gestori del produttore in tutte le fasi di ingegnerizzazione, realizzazione dei prodotti, così come in quello successivo all'immissione sul mercato e di controllo successivo[27].

Sul punto, in attesa dell'adeguamento normativo oggi previsto per il 1° ottobre 2018 (a seguito del recentissimo accordo interno al Consiglio dell'Unione europea[28]), può essere utile prendere in considerazione sistemi già maturi sempre all'interno dei mercati regolamentati e, quindi, rivolgere lo sguardo al settore bancario e agli obblighi interni di vigilanza che gravano sulla dirigenza. In particolare, si fa riferimento a fattispecie omissive riconducibili alla *culpa in vigilando*.

In questo senso, si può immaginare che il sistema dei controlli debba ravvisare profili di responsabilità: nell'inadeguata conoscenza del fatto, ossia nel non aver rilevato colposamente i segnali dell'altrui illecita gestione, pur percepibili con la diligenza della carica, in quanto solo la responsabilità omissiva dolosa presuppone la conoscenza effettiva del fatto illecito o reato in itinere quale elemento essenziale della fattispecie, laddove l'imputazione per colpa richiede la

www.contabilita-pubblica.it

[25] *Inter alia*, v. art. 31, comma 4, per cui «Gli Stati membri garantiscono che, in caso di violazione degli obblighi che incombono ai distributori di prodotti assicurativi o riassicurativi, si possano irrogare sanzioni amministrative e applicare altre misure nei confronti dei membri del loro organo di amministrazione o di vigilanza e di tutte le altre persone fisiche o giuridiche che, ai sensi del diritto nazionale, sono responsabili di tale violazione.».

[26] S. STACCA, *A proposito di alcuni atti flessibili dell'Ivass: possibili implicazioni per imprese e assicurazioni*, in *Atti (op. cit.)*, p. 387 ss.

[27] V. p. 6, par. 2, all. 1 della lettera al mercato IVASS, per cui «I presìdi in materia di governo e controllo del prodotto e le relative modifiche dovrebbero essere approvati dall'organo amministrativo o dalla struttura equivalente del produttore rimanendo responsabili della loro elaborazione, attuazione, successiva revisione e continua osservanza.».

[28] V. comunicato stampa 61/18 del 14 febbraio 2018, con cui è stato riferito che «Sulla base di una proposta della Commissione è stato […] concordato di prorogare la scadenza per il recepimento al 1° luglio 2018 e quella per l'applicazione al 1° ottobre 2018» e che, in mancanza di una direttiva di modifica del Parlamento europeo e del Consiglio prima del marzo 2018, «la proroga si applicherà con effetto retroattivo a partire dal 23 febbraio.».

mera conoscibilità dell'evento (mediante la conoscibilità dei predetti "sintomi" o "segnali di allarme"); nel non essersi attivati utilmente e con diligenza al fine di evitare l'evento.

Detto altrimenti, alla dirigenza sarà richiesto non soltanto di essere passivi destinatari delle informazioni rese sua sponte dall'organo delegato, ma anche di assumere l'iniziativa di richiedere informazioni, in particolare allorché sussistano quei "segnali di pericolo" o "sintomi di patologia", quali "indici rivelatori" o "campanelli di allarme" del fatto illecito posto in essere – o che sta per essere posto in essere – dagli organi delegati.

In osservanza del potere-dovere di richiedere informazioni, si impone dunque l'attivazione di non predeterminate fonti conoscitive, le quali non possono ragionevolmente ridursi all'informazione resa in seno al consiglio di amministrazione; al contrario, l'amministratore è tenuto ad intraprendere tutte le iniziative, rientranti nelle sue attribuzioni, volte ad impedire gli eventi medesimi, in ciò concretandosi l'obbligo di agire informati (c.d. "dovere di agire informati").

6. Sono così delineati i tratti essenziali della Direttiva IDD e del contesto in cui il legislatore nazionale verrà chiamato ad adeguare e applicare i suoi principi all'interno del nostro ordinamento: anticipare la tutela dalla fase di immissione in commercio a quella di ingegnerizzazione del prodotto; promuovere la cultura dell'agire informati per prevenire patologie di sistema e innalzare il livello comunitario a uno *standard* qualitativo sempre maggiore; strutturare una rete di controlli e di vigilanza, sia interna che esterna, con particolare attenzione al ruolo – e le responsabilità conseguenti – della dirigenza delle compagnie assicurative.

Si tratta di una manovra di ampio respiro, moderna e proiettiva; uno strumento efficace di armonizzazione della disciplina comunitaria, per mettere in condizione gli Stati membri di concorrere in modo efficace anche a livello internazionale.

Al contempo, è naturale che un intervento così organico e che, anzi, rappresenta l'*incipit* per diverse norme di adeguamento nazionali lasci aperte diverse questioni, che pure richiedono un intervento di armonizzazione del legislatore e una riflessione attenta e preventiva da parte degli operatori del settore.

Ad avviso del relatore, in primo luogo l'anticipazione della tutela comporterà un necessario adeguamento delle strutture delle compagnie assicurative e, più in generale, degli operatori di settore, i quali si troveranno a dover far fronte a un sistema di controlli originale e da sperimentare. In questa prospettiva, si può immaginare che acquisirà un'importanza sempre crescente il ruolo di terze parti, come confermato da quanto riferito nella lettera al mercato

www.contabilita-pubblica.it

IVASS[29]. E, d'altronde, fulcro della Direttiva IDD è quello dei requisiti professionali e organizzative cui le compagnie dovranno adeguarsi.

Difatti, le problematiche evocate dal provvedimento esaminato sono perlopiù di natura applicativa. Tra i punti più problematici vi è sicuramente quello della valutazione del singolo cliente. Ci si chiede con quanta efficacia e con quali mezzi possa essere effettivamente assicurato un prodotto ed un controllo sullo stesso così dettagliato. Potrebbe essere un eccessivo aggravio di risorse su un sistema già duramente provato dalla crisi finanziaria. Ecco dunque che potrebbe essere fruttuoso il paragone col sistema dei controlli nel settore bancario, più maturo sotto questo punto di vista per la maggiore sollecitazione ricevuta negli anni più recenti a causa di agenti stressori interni ed esterni.

Al contempo, sarà fondamentale creare un sistema di controlli adeguato e d'interazione col mercato di riferimento, senza però rendere eccessivamente oneroso il flusso delle informazioni. Non a caso già il sistema del c.d. indennizzo diretto – che si fonda su un flusso informativo tra operatori – è stato inquadrato dalla più attenta dottrina nel sistema della contrattazione (che, come visto, la Direttiva IDD contribuisce a rafforzare)[30]. In tale contesto, sarà altresì determinante intensificare il dialogo con l'Organo di Vigilanza, che con poteri e funzioni rinnovate sarà un partner fondamentale per le compagnie assicurative e l'intero indotto[31].

In chiusura è opportuno ribadire il concetto della necessaria interazione tra *public* e *private enforcement* se è vero che il mercato è statuto normativo in continuo rapporto di osmosi con i singoli contratti stipulati. A parte il dato informativo (da trasmettere su supporto durevole al consumatore) come esplicitato nel considerando n. 48, dato che ormai rappresenta una costante del sistema B2C (*Business to Consumer*) e B2B (*Business to Business*), la Direttiva incrementa il punto di vista della procedimentalizzazione dell'attività d'impresa[32] – nella quale si stagliano gli appena ricordati obblighi di informazione a carico del distributore – ed è volta a creare un bilanciato assetto tra *public enforcement*, da un lato, e rimedi privatici dall'altro lato.

In questo contesto il contratto è destinato a partecipare, d'ora innanzi, al fine dinamico del mercato assicurativo sull'assunto della necessaria uniformità di tutela e parità di trattamento dei consumatori, nonché della garanzia di uno stesso livello di tutela (considerando n. 16), indipendentemente dal soggetto che propone l'acquisto di prodotti assicurativi (considerando n. 5) e della necessità di parificare il trattamento tra gli operatori funzionale a contenere possibili

[29] V. p. 8, par. 2, all. 1 della lettera al mercato IVASS, per cui «Il produttore rimane l'unico soggetto responsabile della compliance con le misure in materia di governo e controllo del prodotto anche quando l'incarico di ideare i prodotti per suo conto sia conferito a terzi.».

[30] In tale direzione si rinvia a O. CLARIZIA, *Indennizzo diretto e prestazione assicurativa*, Napoli, 2009, p. 11 ss.

[31] In questi termini, v. anche: *Business compliance Hub 2017 – Stream II – POG, IDD e MiFID II – Giornata I*, Università Cattolica di Milano, 2017.

[32] V., in questa prospettiva di analisi, F. LONGOBUCCO, *Forniture non richieste e procedimentalizzazione dell'attività d'impresa: doveri di status del professionista*, in *Giur it.*, 2014, p. 2619 ss.

www.contabilita-pubblica.it

effetti distorsivi della concorrenza (considerando n. 6). Il passaggio e le implicazioni sono rilevanti: *dal contratto nell'impresa, all'impresa nel contratto*.

www.contabilita-pubblica.it