



Esternalizzazione di funzioni aziendali nelle imprese di assicurazione: il modello dei consorzi e delle società consortili
di **MARGHERITA MANZATO**

SOMMARIO **1.** QUADRO NORMATIVO E PRINCIPI CARDINE: LE MODIFICHE AL REGOLAMENTO IVASS N. 20/2008 E AL CODICE DELLE ASSICURAZIONI PRIVATE IN RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA SOLVENCY II; **2.** LA DISCIPLINA IN TEMA DI ESTERNALIZZAZIONE DI FUNZIONI “CHIAVE”, “ESSENZIALI O IMPORTANTI” O “ALTRE ATTIVITÀ”: I PRINCIPALI OBBLIGHI IN CAPO AL SOGGETTO ESTERNALIZZANTE; **3.** LA NOZIONE DI ATTIVITÀ “ESSENZIALE O IMPORTANTE”: PROFILI DI PROBLEMATICITÀ, L’OUTSOURCING NELL’AMBITO DEL GRUPPO E IL RICORSO ALL’ISTITUTO DEL CONSORZIO O DELLA SOCIETÀ CONSORTILE; **4.** APPROFONDIMENTO SULLA PROPOSTA DI ANIA IN SEDE DI CONSULTAZIONE: AMMISSIBILITÀ DI UN CONSORZIO (O DI UNA SOCIETÀ CONSORTILE) COSTITUITO TRA IMPRESE APPARTENENTI A UN GRUPPO; **5.** PROSPETTIVE EVOLUTIVE

Abstract

The essay, starting from a synthetic overview of the regulatory framework in banking and investment sectors, proceeds with an analysis of the main aspects regarding outsourcing operational functions in Italian insurance sector, describing the discipline as set out by the supervisory authority (IVASS) in Regulation n. 20/2008. In compliance with Solvency II Directive, the legislative framework is proportionally tailored on the type of the outsourced function: therefore, different obligations shall be due if a company decides to outsource crucial functions, important and essential functions or others. Furthermore, rules less stringent are set if outsourcing is made in favor of a company belonging to a group of enterprises. The author then proposes the analysis of an issue raised by ANIA (Italian insurance intermediaries' association) during the last public consultation for amending Regulation n. 20/2008: it concerns the possibility of founding a consortium between corporations that already belong to a group and are under the same holding's management and coordination activity. After a short overview of the doctrine's evolution on the relationship between consortiums and groups, the author proposed the interpretation that is possible to create a consortium inside a group and that is desired to improve the use of consortiums in outsourcing functions, since they can offer specific guarantees and therefore deserve a less stringent discipline, as in case of intra-group outsourcing.

1. Quadro normativo e principi cardine: le modifiche al Regolamento IVASS n. 20/2008 e al Codice delle assicurazioni private in

recepimento della Direttiva Solvency II. Gli studi di organizzazione aziendale identificano con il termine *esternalizzazione* (o *outsourcing*) la tecnica di gestione imprenditoriale mediante la quale l'impresa si avvale di una fonte produttiva esterna per lo svolgimento di una specifica funzione. L'istituto, di derivazione anglosassone, è stato in origine utilizzato dalle società industriali esclusivamente per le funzioni di supporto e ha subito, nel corso del tempo, un'espansione dell'ambito di utilizzo sia sotto il profilo soggettivo (*outsourcing* effettuato da parte di imprese operanti in settori diversi da quello industriale) sia oggettivo, ovvero *outsourcing* per funzioni ulteriori rispetto a quelle originarie (CULLITON, 1956; LARGE, 1991; FORD - COTTON - FARMER - GROSS – WILKINSON, 1993).

L'obiettivo è, da un lato, quello di migliorare l'efficienza aziendale complessiva attraverso una sostanziale riduzione dei costi operativi interni e, dall'altro, quello di innalzare il livello di qualità della funzione interessata, attraverso il godimento del bagaglio di conoscenze specialistiche vantate dall'*outsourcer* o *service provider* (PIERAZZI, 2009). La scelta di esternalizzare una o più funzioni aziendali costituisce peraltro una possibile espressione del potere/dovere degli amministratori di imprimere un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'art. 2381 c.c. (MAUGERI, 2010).

Data la rilevanza del fenomeno e la sua diffusione, il legislatore nazionale è intervenuto nel corso del tempo a disciplinare l'esternalizzazione in diversi settori, tenendo in considerazione gli influssi derivanti dall'ordinamento internazionale e comunitario.

Nel settore bancario, la disciplina dell'esternalizzazione di funzioni aziendali è contenuta nella Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 e, segnatamente, nella parte I, titolo IV, capitolo 3, sezioni nn. IV e V, dedicate rispettivamente all'esternalizzazione di funzioni al di fuori del gruppo bancario e infragruppo. Come emerge dalla Relazione sull'analisi d'impatto del giugno 2013, la disciplina risponde a plurime esigenze quali la garanzia della predisposizione di strumenti di controllo adeguati, la tutela dell'autonomia delle scelte imprenditoriali e il principio di proporzionalità. Peculiare caratteristica è la

differenziazione della disciplina applicabile in caso di *outsourcing* di funzioni aziendali infragruppo o al di fuori del gruppo stesso.

Per quanto riguarda il settore finanziario, si segnala che l'esternalizzazione di funzioni operative essenziali o importanti è attualmente disciplinata dal Regolamento congiunto Banca d'Italia/Consob in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio del 29 ottobre 2007 (e successive modificazioni). La disciplina in particolare si concentra sulle cautele da adottare in caso di esternalizzazione di funzioni operative "essenziali o importanti".

Quanto al settore assicurativo, il decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209 - c.d. Codice delle assicurazioni private - ha riconosciuto all'Autorità di vigilanza poteri di natura regolamentare, che sono stati esercitati con l'emanazione del Regolamento 26 marzo 2008, n. 20 in materia di controlli interni, gestione dei rischi, *compliance* ed esternalizzazione delle attività delle imprese di assicurazioni. Il Regolamento n. 20/2008 nel delineare il *framework* normativo ha mutuato i principali orientamenti emersi nel *Joint Forum "Outsourcing in Financial Services"*, tenutosi nel 2005 nell'ambito del Comitato di Basilea e, a seguito delle modifiche apportate con il Provvedimento IVASS 15 aprile 2014 n. 17, è stato in esso recepita la Direttiva 2009/138/CE (meglio nota come *Solvency II*) in conformità alle relative linee guida emanate nel 2013 e 2014 dall'Autorità europea competente per il settore assicurativo, la c.d. "EIOPA", volte a garantire un avvicinamento armonizzato al nuovo regime nei diversi Stati membri.

In particolare, il tema dell'esternalizzazione delle funzioni aziendali è preso in considerazione dal legislatore europeo nei Considerando di *Solvency II* che definiscono l'*outsourcing* quale principio generalmente riconosciuto e da valorizzare nell'ambito dell'autonomia organizzativa della singola assicurazione. La Direttiva esalta la libertà dell'impresa di decidere in che modo concretamente organizzare ogni singola funzione, contemplando la possibilità sia di avvalersi di consulenti esterni sia di esternalizzare a esperti nei limiti

fissati dalla Direttiva stessa. Il legislatore pertanto cristallizza il principio in base al quale ogni singola fase del processo produttivo di un'impresa assicurativa - ivi comprese quelle "cruciali" - è passibile di esternalizzazione, rispondendo cioè a una logica di specializzazione che caratterizza sempre di più il mercato assicurativo.

A completamento del quadro normativo, la recente modifica al Codice delle assicurazioni private, intervenuta ad opera del decreto legislativo 12 maggio 2015 n. 74, ha introdotto l'art. 30-*septies* dedicato al tema dell'esternalizzazione delle funzioni aziendali da parte di imprese assicurative. L'introduzione in normativa primaria di una specifica disposizione conferma il crescente interesse dimostrato nei confronti dell'*outsourcing* dal legislatore nazionale, in considerazione sia della rilevante diffusione del fenomeno sia della strategicità dello stesso per la sana e prudente gestione delle imprese assicurative: quanto alla diffusione del fenomeno, in sede di Relazione Illustrativa di accompagnamento al testo originario del Reg. 20/2008, era stato messo in luce come il mercato assicurativo mostrasse - già all'epoca - una crescente tendenza verso l'adozione di modelli organizzativi caratterizzati dall'affidamento di attività o di alcune fasi di esse a soggetti terzi, giuridicamente autonomi, appartenenti o meno al medesimo gruppo dell'impresa.

Dall'analisi delle disposizioni di riferimento, appare chiara, primariamente, la volontà del legislatore di evitare il fenomeno delle c.d. *empty boxes*, sia in fase di costituzione dell'impresa sia durante la vita della stessa. Un ricorso eccessivo all'istituto dell'*outsourcing* - in nome di un immediato vantaggio economico - potrebbe infatti non risultare in linea con lo scrutinio di adeguatezza svolto dall'Autorità di vigilanza, in grado di imporre la modifica del contratto ovvero, nei casi più gravi, il recesso dallo stesso. Ne è esplicitazione l'articolo 29 del Regolamento n. 20/2008, il quale riconosce alle imprese la possibilità di sottoscrivere accordi di esternalizzazione a condizione che la natura e la quantità delle attività esternalizzate oltre che le modalità della cessione non determinino lo svuotamento dell'attività dell'impresa cedente. Per

altro verso, a corollario del divieto di *empty boxes*, si prevede che le imprese di assicurazione, in caso di esternalizzazione di una funzione aziendale, restino pienamente responsabili di tutti gli obblighi imposti loro dalla normativa e che siano adottate politiche scritte in materia di *outsourcing*, da riesaminare almeno con cadenza annuale.

Ulteriore principio cardine alla base della normativa vieta alle imprese di esternalizzare l'attività *core* di assunzione dei rischi, oggetto di riserva di attività: ciò in conformità ai principi internazionali comunemente accettati, come ricordato dalla Relazione Illustrativa di accompagnamento al Reg. 20/2008 ove si specifica che i divieti imposti dalla normativa mirano a impedire sia la violazione della riserva di attività - tramite il divieto di esternalizzare l'attività assuntiva ex art. 29, comma 2, Reg. 20/2008 - sia l'elusione della stessa, attraverso la riduzione a una "scatola vuota" dell'impresa assicurativa, avendo quest'ultima affidato a terzi la quasi totalità delle proprie funzioni.

Di rilievo è infine la graduazione della normativa in ragione della diversa natura delle attività oggetto di *outsourcing*, in conformità all'art. 191, comma 2, cod. ass. priv. che prescrive che i regolamenti adottati dall'IVASS risultino conformi al principio di proporzionalità per il raggiungimento del fine con il minor sacrificio possibile per i destinatari. Tale approccio - adottato anche nel settore bancario in riferimento all'esternalizzazione di funzioni aziendali "importanti" e "di controllo" - è applicabile sia al contenuto obbligatorio degli accordi di esternalizzazione sia agli obblighi di comunicazione all'Autorità di vigilanza (*ex ante* o *ex post*) secondo quanto tracciato da *Solvency II* che ha previsto una netta distinzione di disciplina tra funzioni "chiave", funzioni "sostanziali o importanti" e "altre attività" riconducibili alle imprese assicurative.

2. La disciplina in tema di esternalizzazione di funzioni "chiave", "essenziali o importanti" o "altre attività": i principali obblighi in capo al soggetto esternalizzante. L'articolo 49 della Direttiva *Solvency II* riferito alle funzioni "sostanziali o importanti" (tradotte dal legislatore italiano in attività "essenziali o importanti"), nel ribadire la piena responsabilità dell'impresa in

caso di esternalizzazione delle stesse, dispone che l'*outsourcing* non debba avvenire con modalità che possano determinare un grave pregiudizio alla qualità del sistema di *governance* o alla capacità delle Autorità di vigilanza di controllare che l'impresa adempia a tutti i propri obblighi, un indebito incremento del rischio operativo o la messa a repentaglio di un servizio continuo e soddisfacente. Sul punto, l'articolo 30 del Regolamento n. 20/2008 se da un lato appare più stringente in quanto prescrive che l'*outsourcing* sia attuato anche senza compromissione dei risultati finanziari e della stabilità dell'impresa, dall'altro non esplicita l'esigenza di salvaguardare la capacità effettiva dell'Autorità di settore di svolgere la propria attività di vigilanza (esigenza peraltro richiamata anche nell'ordinamento bancario dalla Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013). Soccorre al riguardo la recente introduzione dell'articolo 30-*septies*, comma 2, cod. ass. priv., che invece richiama esplicitamente l'attività di supervisione dell'IVASS, rendendo pertanto ipotizzabile una modifica al Regolamento n. 20/2008.

Quanto alla disciplina delle funzioni c.d. chiave, il Considerando 30 della Direttiva *Solvency II* ha chiarito che "il sistema di *governance* comprende la funzione di gestione del rischio, la funzione di verifica della conformità, la funzione di *audit* interno e la funzione attuariale" mentre il successivo Considerando 33 ha ricondotto "le funzioni incluse nel sistema di *governance*" tra quelle considerate "funzioni chiave e, di conseguenza, anche funzioni importanti e cruciali". Sul punto, il Regolamento n. 20/2008 impone un particolare obbligo di contenuto per gli accordi di esternalizzazione, nell'ambito dei quali devono essere adeguatamente definiti, tra gli altri, i controlli sulle attività esternalizzate (obiettivi, metodologie e frequenza), i rapporti con l'amministrazione della società (modalità e frequenza dei contatti) oltre che la possibilità di riconsiderare le "condizioni del servizio" in caso di modifiche rilevanti all'operatività o all'organizzazione dell'impresa esternalizzante. Inoltre, i soggetti individuati quali responsabili interni dei controlli sulle attività esternalizzate devono possedere requisiti di idoneità alla carica in termini di onorabilità, professionalità e indipendenza.

Tramite la previsione di adeguati flussi informativi, anch'essi graduati proporzionalmente alla natura della funzione esternalizzata, la normativa mira altresì a evitare che l'*outsourcing* possa rendere difficoltosa l'attività di supervisione quando la stessa abbia a che fare con terzi fornitori che non sono compagnie assicurative. Come sottolineato dal legislatore europeo, da un lato è essenziale, per tenere conto degli sviluppi del mercato e per garantire che le condizioni in materia di esternalizzazione continuino a essere rispettate, che le Autorità di vigilanza siano informate prima dell'esternalizzazione di funzioni o attività cruciali o importanti; dall'altro, le stesse devono poter avere accesso a tutti i dati rilevanti detenuti dal prestatore dei servizi, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia un'entità regolamentata o meno, con il conseguente diritto di effettuare ispezioni *in loco* a garanzia dell'efficacia dell'azione di vigilanza.

Quanto al primo profilo, fermo l'obbligo di comunicazione preventiva per entrambe le tipologie di funzioni, le diversità di disciplina - conformemente al richiamato approccio graduato in funzione della natura delle attività esternalizzate - sono ravvisabili sia nel termine per la preventiva comunicazione all'IVASS (45 giorni per le attività essenziali o importanti e 60 per quelle cruciali) sia nell'obbligo, previsto per le funzioni cruciali, di invio della bozza del contratto e di ogni altro elemento informativo che consenta di valutare, tra l'altro, l'opportunità economica e finanziaria dell'operazione. Al contrario, la disciplina muta notevolmente in caso di esternalizzazione di funzioni non cruciali né essenziali o importanti in quanto, al posto di un obbligo di comunicazione preventiva all'Autorità di vigilanza, viene prevista una comunicazione all'IVASS successiva rispetto all'inizio del rapporto di esternalizzazione, con la possibilità di trasmettere tale informazione anche in occasione dell'invio del bilancio di esercizio.

Quanto al profilo relativo all'accesso ai dati rilevanti detenuti dall'*outsourcer*, il legislatore impone all'impresa esternalizzante di adottare tutte le misure necessarie ad assicurare che il fornitore del servizio cooperi con l'IVASS e a garantire l'accesso effettivo ai dati relativi alle attività esternalizzate

oltre che ai locali commerciali del fornitore del servizio. L'Autorità di settore deve quindi poter essere in grado di esercitare i richiamati diritti di accesso connessi a un'attività di vigilanza ispettiva e informativa, e in ciò si sostanzia il requisito dell'effettività dell'accesso.

La disciplina descritta peraltro ricalca quella del settore bancario, anch'essa improntata al principio di preventiva comunicazione all'Autorità di Vigilanza nazionale o europea della decisione di esternalizzare funzioni "importanti" o "di controllo", sia infragruppo che extragruppo. Tale approccio risponde all'esigenza che l'Autorità di Vigilanza sia sempre informata su decisioni che - come l'*outsourcing* - incidono in maniera rilevante sull'assetto organizzativo interno degli enti vigilati. Il termine - diversamente che nel settore assicurativo - è il medesimo sia per le funzioni importanti sia per quelle di controllo ed è pari a 60 giorni.

3. La nozione di attività "essenziale o importante": profili di problematicità. L'outsourcing nell'ambito del gruppo e il ricorso all'istituto del consorzio o della società consortile. In considerazione della diversità della disciplina sopra richiamata, si pone un problema di individuazione dei criteri utilizzabili per la qualificazione delle attività come essenziali o importanti, differenziandole così da quelle cruciali o dalle altre attività, attesa l'assenza di una definizione normativa delle stesse e la conseguente rimessione della questione all'interprete.

Soccorrono in primo luogo gli Orientamenti dell'EIOPA in base ai quali possono considerarsi sostanziali e importanti quelle funzioni che sono indispensabili per la specifica operatività dell'impresa esternalizzante ovvero funzioni in assenza delle quali l'assicurazione non sarebbe in grado di fornire i propri servizi agli assicurati.

In secondo luogo, il Regolamento n. 20/2008 delinea ulteriormente – all'articolo 2 – l'attività essenziale o importante definendola come quella attività la cui mancata o anomala esecuzione comprometterebbe in modo grave la possibilità dell'impresa di continuare a conformarsi alle condizioni richieste per

la conservazione dell'autorizzazione IVASS oppure comprometterebbe in modo grave i risultati finanziari, la stabilità dell'impresa o la continuità e qualità dei servizi verso gli utenti.

Vero è che tale definizione non viene considerata dal legislatore quale esclusiva, in quanto al successivo articolo 31 del predetto Regolamento si riconosce la competenza dell'organo amministrativo a deliberare in ordine ai criteri per la qualificazione delle attività essenziali o importanti "in aggiunta a quanto previsto dal presente Regolamento", conformemente alle indicazioni date dalla competente Autorità europea. Ne consegue che la nozione di attività essenziale o importante non coincide con una casistica prestabilita, alla quale una determinata funzione potrebbe essere sempre ricondotta. Il legislatore ha invero riconosciuto piena autonomia alle imprese nella definizione dei criteri di qualificazione, sicché gli stessi potranno risultare diversi come diverse sono le strategie di *business* seguite dalle singole imprese assicurative. Trattasi in definitiva di una nozione flessibile, coincidente con le fasi dello specifico processo produttivo che la singola impresa ha deciso di sviluppare (e sulle quali puntare) all'atto del proprio ingresso sul mercato assicurativo.

Ciò posto, emerge con chiarezza la problematicità della disciplina sopra richiamata: l'applicazione degli obblighi più stringenti previsti con riferimento alle attività essenziali o importanti è rimessa, sostanzialmente, a una decisione da parte delle stesse imprese assicurative, le quali, nell'individuare i criteri per la qualificazione delle attività sostanziali o importanti in via ulteriore rispetto a quanto previsto dalla normativa, andrebbero ad autovincolarsi a una disciplina caratterizzata da obblighi più stringenti.

Quanto alla natura del fornitore del servizio, lo stesso può essere un soggetto esterno o interno al gruppo di imprese. In quest'ultimo caso, il legislatore prescrive una disciplina più flessibile nei confronti dell'impresa esternalizzante, ritenendo opportuno valorizzare il rapporto intercorrente tra impresa controllante e fornitore controllato. La fattispecie in esame è stata peraltro oggetto di specifiche osservazioni in sede di documento di consultazione originario; in particolare, si fa riferimento alla proposta

dell'Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici (ANIA) di operare una distinzione tra esternalizzazione verso soggetti terzi ed esternalizzazione nell'ambito del gruppo.

L'ipotesi di ANIA prevede la sottrazione di quest'ultimo tipo di *outsourcing* dal perimetro applicativo della disciplina di riferimento, attesa la maggior "garanzia di affidabilità e omogeneità delle procedure di controllo" che caratterizza la proposta in esame. La proposta evoca la disciplina dell'esternalizzazione nel settore bancario, che si differenzia in ragione dell'appartenenza o meno al gruppo bancario del fornitore dell'attività esternalizzata: il legislatore ha ritenuto di valorizzare il rapporto di controllo e, *rectius*, lo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento da parte della capogruppo, chiamata a definire la "politica aziendale" in materia di esternalizzazione all'interno del gruppo bancario. Il rispetto di tale politica da parte della banca esternalizzante non è priva di conseguenze: valorizzando lo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento, si consente infatti di derogare alle disposizioni previste per l'esternalizzazione al di fuori del gruppo nel caso di rispetto, da parte della banca esternalizzante, della politica aziendale definita dalla capogruppo.

Con riguardo all'ipotesi formulata da ANIA, l'IVASS ha evidenziato come l'esternalizzazione effettuata all'interno del gruppo in ottica di economia di scala comporta, come ogni altro caso di *outsourcing*, rischi operativi congeniti e suscettibili di contagio nell'ambito del gruppo stesso, sicché la relativa disciplina può soltanto essere graduata - proporzionalmente all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento - ma non è suscettibile di totale disapplicazione.

Conformemente a tale impostazione, il Regolamento n. 20/2008 prevede che, in caso di appartenenza dell'impresa di assicurazione e del fornitore di servizi allo stesso gruppo assicurativo, il soggetto esternalizzante possa tener conto – nell'adozione dei presidi contrattuali e organizzativi – della misura in cui esercita il controllo sul fornitore. L'art. 33, comma 5, del Regolamento n. 20/2008 esplicitamente rimanda alla nozione di "controllo" di cui all'art. 72 del Codice delle assicurazioni private e utilizza una formulazione peraltro identica a

quella del Regolamento congiunto Banca d'Italia/Consob in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio. In prospettiva, apparirebbe opportuno valorizzare - al posto della nozione di "controllo" - la nozione di "attività di direzione e coordinamento" svolta dalla capogruppo, riconoscendo, come nell'ordinamento bancario, la possibilità di derogare alle disposizioni previste per l'esternalizzazione fuori dal gruppo in caso di rispetto della "politica aziendale" definita dalla capogruppo.

Sul punto, la posizione della Vigilanza nazionale è in linea con quella dell'Autorità europea che ha specificato come l'esternalizzazione infragruppo non sia necessariamente diversa dall'esternalizzazione esterna: essa può consentire un processo di selezione più flessibile, ma non dovrebbe essere considerata un processo che richiede automaticamente meno attenzione e vigilanza rispetto a un'esternalizzazione esterna e che, in ogni caso, le imprese interessate da esternalizzazione infragruppo dovrebbero documentare quali funzioni sono attribuite a quale entità e assicurare che l'adempimento delle attività critiche o importanti a livello di impresa non risulti compromesso da tali accordi.

Rileva infine l'ipotesi di costituzione di un consorzio di "coordinamento" deputato allo svolgimento delle funzioni esternalizzate che, come noto, si sostanzia nell'accordo attraverso cui più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o lo svolgimento di talune fasi delle rispettive imprese. Al riguardo la dottrina ha fatto notare che "disciplina" e "svolgimento" sono "elementi alternativi della fattispecie consortile", essendo stati collegati per opera del legislatore dalla congiunzione disgiuntiva "o", potendo aversi quindi disciplina senza svolgimento, sia nel senso che deve ammettersi uno svolgimento senza disciplina (Mosco, 1988).

La questione è stata peraltro sollevata da parte degli operatori del settore, come risulta dagli esiti della consultazione pubblica del 15 aprile 2014. In particolare ci si riferisce all'osservazione con la quale ANIA ha proposto di eliminare l'applicabilità degli adempimenti relativi all'esternalizzazione qualora il

servizio sia reso da una società consortile il cui statuto preveda l'erogazione del servizio esclusivamente a favore di soggetti appartenenti al gruppo assicurativo.

4. Approfondimento sulla proposta di ANIA in sede di consultazione: ammissibilità di un consorzio (o di una società consortile) costituito tra imprese appartenenti a un gruppo. Dalla proposta di ANIA espressa in sede di consultazione alle modifiche da apportare al Regolamento n. 20/2008, emerge l'esigenza degli operatori del settore di valorizzare il ruolo che, nell'ambito dell'*outsourcing* delle funzioni di imprese assicuratrici, potrebbe svolgere la creazione di un consorzio o di una società consortile deputati allo svolgimento delle attività esternalizzate. Sul punto l'impostazione dell'Autorità di vigilanza è stata quella di non accogliere la proposta formulata atteso il principio cardine sotteso alla materia *de qua*, ovvero l'imprescindibile presenza di un adeguato presidio di controllo necessario in tutti i casi di esternalizzazione di attività.

Per comprendere la problematicità e le implicazioni della proposta sollevata da ANIA - ovvero una società consortile costituita da società che facciano parte di un gruppo assicurativo - è opportuno interrogarsi, a monte, circa l'ammissibilità o meno della costituzione di un consorzio tra società già appartenenti a un gruppo di imprese. Come noto, il legislatore ha inteso distinguere tra consorzi in genere e consorzi con "attività esterna" di cui all'art. 2612 c.c.: ai due modelli corrisponde tuttavia un ruolo diverso della predetta organizzazione comune, che è componente essenziale dello stesso paradigma funzionale consortile, "il che vuol dire che deve consistere in un fenomeno organizzativo del consorzio, e non ad esso esterno" (Mosco, 1988).

Nel consorzio con attività interna o, *rectius*, di "disciplina" (Mosco, 1988), l'organizzazione è volta a regolamentare convenzionalmente i rapporti reciproci fra i consorziati tramite l'assunzione reciproca di obblighi e a verificare il corretto rispetto degli stessi da parte delle imprese consorziate (SANTAGATA, 2015); tali consorzi, pur svolgendo un'attività di natura non economica e prevalentemente rivolta all'interno del consorzio, godono di soggettività giuridica e pertanto la

loro attività assume rilievo anche nei confronti dei terzi in considerazione della presenza della c.d. organizzazione comune (MOSCO, 1988). Nel consorzio di cui all'art. 2612 c.c. o consorzio c.d. "imprenditore" (ASCARELLI, 1937; MOSCO, 1988, SANTAGATA, 2015), la cui operatività si estrinseca anche nei confronti dei terzi, l'elemento organizzativo assume una particolare valenza, ponendosi quale strumento per la realizzazione, da parte del consorzio stesso, dell'esercizio di attività (*economica*) di impresa nei confronti di terzi, ferma la possibilità di affiancare allo svolgimento anche l'attività di disciplina delle fasi oggetto di accordo (MOSCO, 1988).

Le riflessioni della dottrina in ordine ai rapporti tra consorzi e gruppi di imprese hanno origini antiche, anteriori al codice del 1942 (MACARIO E SCOGNAMIGLIO, 2009). Un primo orientamento (AULETTA, 1938) sottolinea i profili di differenza intercorrenti tra gruppi e consorzi, evidenziando in particolar modo l'aspetto relativo alla indipendenza sia giuridica sia economica che contraddistingue le singole imprese coinvolte nel modello consortile. In quest'ultimo caso infatti i partecipanti restano pienamente liberi nello svolgimento della loro attività produttiva, nella misura in cui questa non costituisca oggetto del contratto di consorzio e relativi obblighi; nel caso del gruppo invece il partecipante è assoggettato a una completa dipendenza dalla impresa controllante, con conseguente esclusione dell'autonomia sotto il profilo economico.

Poste le richiamate differenze tra consorzi e gruppi di società, si potrebbe tuttavia indagare se possano esistere forme di stretta interazione tra i due modelli; invero, ci si potrebbe interrogare se l'assenza di indipendenza economica delle imprese (caratteristica di quelle operanti infragruppo) possa essere d'ostacolo, o meno, alla stipulazione tra le stesse di un contratto di consorzio.

Ferma la diversa natura dei consorzi "anticoncorrenziali" con funzione di riparto e limitazione della concorrenza, scopo ultimo del consorzio di "coordinamento" è, come noto, razionalizzare, cooperare, creare un'organizzazione comune nell'ambito della quale si espliciti la collaborazione

tra imprese. Da un punto di vista formale, quindi, presupposto necessario affinché si estrinsechi la predetta cooperazione e il coordinamento interaziendale (SANTAGATA, 2015) è la presenza di soggetti giuridici distinti tra loro: indipendenza giuridica quindi, non economica. Adottando tale soluzione interpretativa, l'assenza di indipendenza economica non precluderebbe, *ipso facto*, la costituzione di un consorzio in quanto le imprese contraenti, ancorché legate alle logiche di gruppo dal punto di vista economico, mantengono la propria autonomia negoziale derivante dall'indipendenza giuridica. Vero è che, in tal caso, il contenuto del contratto di consorzio verrebbe necessariamente influenzato dai rapporti di potere in essere all'interno del gruppo, la cui esistenza, tuttavia, non preclude - da un punto di vista formale - la stipula del contratto stesso.

Nota è peraltro la tesi dottrinale dei primi decenni del '900 (SALANDRA 1934) che riconduceva i consorzi e i gruppi nell'ambito dell'ampia categoria delle "unioni di imprese", caratterizzate dalla "costituzione di una organizzazione collettiva tra imprese che conservano la loro individualità giuridica avente per oggetto la disciplina totale o parziale della loro attività economica". In particolare, la richiamata posizione dottrinale distingueva tra cartelli "senza accentrimento di vendita" (o consorzi interni) e cartelli "con accentrimento di vendita" (o consorzi esterni) ove l'organizzazione è più complessa in quanto "i consorziati si obbligano a vendere (o ad acquistare) soltanto a mezzo dell'organo collettivo, il quale entra in rapporto con i terzi clienti (o fornitori) nello interesse di tutti i consorziati e provvede al reparto delle ordinazioni fra loro" (SALANDRA, 1934).

Con posizione rimasta tuttavia isolata, si osservava come non vi fosse "ragione di escludere dall'ambito di tali intese i gruppi, nei quali il vincolo ha per scopo [...] la disciplina della produzione" e che "frequente è la mescolanza tra la forma del cartello o quella del gruppo" in quanto le imprese partecipanti a un "cartello" possono "anche appartenere a un gruppo", il quale "lungi [...] dall'aver una natura opposta a quella che vincola tra loro i membri di un cartello, ha la stessa natura" (SALANDRA, 1934).

Ferma la diversa natura e funzione dell'istituto del consorzio e di quello del gruppo sottoposto a direzione unitaria, ulteriore aspetto che depone in modo incontrovertibile a favore dell'ammissibilità di un consorzio costituito tra società già appartenenti a un gruppo è la presenza nel nostro ordinamento, fino al 1° gennaio 2009, di una normativa che prevedeva benefici fiscali connessi all'applicazione dell'IVA tra imprese appartenenti a un gruppo e contestualmente partecipanti a un consorzio. In particolare, l'articolo 6 della legge 13 maggio 1999 n. 133 disponeva un'esenzione fiscale per le prestazioni di servizi rese, nell'ambito delle attività di carattere ausiliario (di cui all'art. 59, comma 1, lett. c del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385), da parte di un consorzio costituito tra società di un gruppo assicurativo a favore delle società stesse. In tal modo, il legislatore ammetteva esplicitamente la possibilità di costituire consorzi anche tra soggetti privi di indipendenza economica in quanto partecipanti a un gruppo di imprese, nella specie di tipo assicurativo.

Attualmente, l'esenzione dall'IVA per le prestazioni effettuate dai consorzi a favore dei consorziati o soci è disciplinata, con precise limitazioni, dal decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, art. 10: la normativa nulla specifica quanto alla "natura" del soggetto consorziato sicché non preclude, dal punto di vista normativo, che i partecipanti al consorzio possano contestualmente essere parte di un gruppo di società assicurative.

Dalle norme in esame emerge pertanto come, in tali casi, lo svolgimento di servizi accessori sia stato considerato fiscalmente in un'ottica di tipo "interno", quasi a significare che il consorzio fosse un'emanazione delle singole imprese, partecipanti - contestualmente - a un gruppo assicurativo.

Con riferimento, invece, alle società consortili, la dottrina (ZANELLI, 1962) – in relazione alla appartenenza delle stesse a un gruppo di società – ha messo in luce come "l'autonomia delle imprese aderenti ad un'organizzazione consortile non è di per sé conseguenza specifica, come è stato detto, della struttura causale del consorzio" e che, quanto al modello consortile, lo stesso è stato adottato anche "al fine di coordinare l'assunzione di lavori [...] da parte di alcune società, aventi ad oggetto attività economiche complementari, facenti

parti dello stesso gruppo industriale”, ammettendo pertanto la possibilità di costituire un consorzio “tra imprese non solo non concorrenti ma neppure (economicamente) autonome”.

5. Prospettive evolutive. Ragioni di cautela condivisibili hanno indotto l’Autorità di Vigilanza a non concedere una disciplina proporzionalmente graduata in caso di esternalizzazione a favore di un consorzio costituito tra imprese giuridicamente ed economicamente indipendenti in quanto estranee a logiche (e relative garanzie) derivanti dall’appartenenza a un gruppo. Tale operazione appare infatti paragonabile all’esternalizzazione nei confronti di un soggetto terzo in quanto, a differenza dell’ipotesi di affidamento di funzioni a una società controllata o a un consorzio costituito tra società infragruppo, non sussiste uno stretto legame o una stretta identificazione tra soggetti esternalizzanti, attività dell’*outsourcer* e soggetti beneficiari dell’attività di quest’ultimo, legame che giustifica l’applicazione di una disciplina graduata e che è assente nel caso in esame.

Le predette ragioni di cautela appaiono tuttavia venire meno se, all’istituto consortile, si aggiungono le garanzie derivanti dall’appartenenza a un gruppo delle imprese partecipanti al consorzio, in considerazione dell’esercizio dell’attività unitaria di direzione e coordinamento da parte della *holding*. Se l’esternalizzazione fuori dal gruppo comporta la dipendenza per lo svolgimento di una determinata funzione da un soggetto esterno all’assicurazione o al gruppo di appartenenza, l’esternalizzazione all’interno del gruppo o a un consorzio costituito da imprese appartenenti allo stesso costituisce al contrario una riallocazione organizzativa dei compiti all’interno del gruppo sottoposto a direzione e coordinamento unitari. Di carattere opposto è pertanto la logica che guida l’*outsourcer* nello svolgimento dei propri servizi offerti sul mercato e quella del consorzio costituito tra imprese infragruppo che opera a vantaggio delle stesse: di profitto, la prima; di cooperazione, razionalizzazione e risparmio gestionale in un’ottica di gruppo, la seconda.

L’affidamento di funzioni ad un consorzio infragruppo appare invero

qualificabile come *outsourcing* soltanto in senso formale: da un punto di vista sostanziale ed economico, il consorzio opera solo formalmente come entità terza, agendo lo stesso in chiave strumentale rispetto ai soggetti partecipanti che vi hanno affidato lo svolgimento di una o più fasi delle rispettive imprese. Risulta quindi condivisibile considerare un consorzio costituito tra imprese appartenenti a un gruppo quale emanazione delle stesse imprese partecipanti: la logica che sovrasta una simile operazione appare quasi di "*insourcing*" più che di "*outsourcing*", operando il consorzio o la società consortile alla stregua di una divisione "interna" del gruppo.

Nel caso di consorzio tra imprese infragruppo verrebbe peraltro valorizzato non solo il rapporto - esplicitamente richiamato dall'articolo 33, comma 5, Reg. 20/2008 - tra impresa controllante e fornitore controllato ma anche, e più in generale, lo stretto rapporto intercorrente tra tutte le società consorziate le quali, contestualmente, appartengono al medesimo gruppo societario, con conseguenti minori rischi operativi attesa la maggior garanzia di affidabilità e omogeneità delle procedure di controllo che caratterizza l'ipotesi in esame.

Da tali considerazioni emergono le similitudini tra la figura del consorzio creato tra imprese di gruppo e il caso di *outsourcing* con funzioni svolte dalla controllata-*outsourcer* a favore della controllante-esternalizzante, per il quale il legislatore attualmente già riconosce una graduazione della disciplina in considerazione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

La possibilità di riconoscere al gruppo di imprese una disciplina proporzionalmente graduata e parzialmente in deroga alle disposizioni ordinarie è inoltre un principio pacificamente riconosciuto nel nostro ordinamento giuridico: ci riferisce, ad esempio, alla normativa in materia di IVA di gruppo di cui all'art. 73, comma 3, del d.p.r. n. 633/1972, la quale, in virtù dell'appartenenza a un gruppo, riconosce alle imprese partecipanti la possibilità di usufruire di una procedura unificata di compensazione e versamento del tributo in capo alla società controllante.

Ne consegue che un consorzio costituito tra società già appartenenti a un

gruppo parrebbe, quantomeno, risultare meritevole di applicazione del regime favorevole concesso dal Regolamento n. 20/2008 all'impresa che effettua l'*outsourcing* nei confronti del soggetto sul quale esercita l'attività di direzione e coordinamento. Le conseguenze, peraltro, non sarebbero irrilevanti sul piano pratico in quanto, tenendo conto dell'esistenza di legami di gruppo, si consentirebbe a tutte le società appartenenti allo stesso di avvantaggiarsi di un regime normativo più favorevole laddove l'esternalizzazione di funzioni avvenga in favore di un consorzio costituito tra le stesse ovvero di una società consortile con operatività a favore del gruppo.

Uno specifico intervento legislativo nei termini sopra richiamati è peraltro necessario: non è possibile affermare esclusivamente in via interpretativa l'applicabilità della disciplina dell'esternalizzazione infragruppo al consorzio, essendo quest'ultimo soggetto formalmente estraneo al gruppo assicurativo ancorché le medesime imprese facciano, contemporaneamente, parte di entrambi.

Dall'analisi del quadro normativo e dagli esiti delle consultazioni pubbliche può, in conclusione, essere tratta una considerazione di ampio respiro: appare opportuno individuare soluzioni che sviluppino e valorizzino la cooperazione tra imprese, modello che si è reso necessario attesa la specializzazione del mercato, da un lato, e la composizione del tessuto imprenditoriale nazionale, dall'altro.

Appare in definitiva auspicabile fornire una risposta concreta all'esigenza espressa dagli operatori del settore di valorizzare le peculiarità degli istituti in esame, espressioni di coordinamento e cooperazione interaziendale. Consorzio e società consortile infragruppo potrebbero rappresentare una valida alternativa rispetto all'esternalizzazione nei confronti di soggetti terzi, alternativa che appare rispettosa dei principi alla base dell'*outsourcing* e dell'esigenza di preservare la sana e prudente gestione delle imprese assicurative e pertanto meritevole di una disciplina normativa proporzionalmente graduata.

Riferimenti bibliografici

- ASCARELLI T., *Consorzi volontari tra imprenditori*, Giuffrè, 1937
- AULETTA G., *Consorzi commerciali*, in *N. dig. it.*, 1938
- CULLITON J. W., *Make or but: a consideration of the problems fundamental to a decision whether to manufacture or buy materials, accessory equipment, fabricating parts and suppliers*, in *Harvard University Research*, 1956
- FORD D. - COTTON B. - FARMER D. - GROSS A. - WILKINSON I., *Make-or-buy decisions and their implications*, in *Industrial Marketing Management*, 1993;
- LARGE A., *Outsourcing: An Unorthodox Response To Bank Capital Shortage*, in *Journal of international securities markets*, 1991
- MACARIO F. - SCOGNAMIGLIO C., *Reti di impresa e contratto di rete: spunti per un dibattito*, in *I Contratti*, 2009
- MAUGERI M., *Esternalizzazione di funzioni aziendali e "integrità" organizzativa nelle imprese di investimento*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2010
- MOSCO G.D., *I consorzi tra imprenditori*, Giuffrè, 1988
- MOSCO G.D., *Coordinamento consortile per la competitività delle imprese tra codice civile e leggi speciali*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Giappichelli Ed., 2009
- PIERAZZI E.M., *L'outsourcing*, in *Contratto e Impresa*, 2009
- SALANDRA V., *Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi)*, Cedam, 1934
- SANTAGATA R., *La cooperazione tra imprenditori*, in *Diritto Commerciale, Estratto*, a cura di M. Cian, Giappichelli Ed., 2015
- ZANELLI E., *La nozione di oggetto sociale*, Giuffrè, 1962