In linea di principio la risposta è negativa, in quanto l'effetto distorsivo conseguente prescinde dalla tipologia dei mercati, fatti salvi aspetti dimensionali del fenomeno e quantità di tariffe differenziate oggi praticate dagli operatori indipendentemente dall'ubicazione.

4. In quali aree e su quali aspetti sono necessari ulteriori chiarimenti al fine di agevolare l'attuazione della sentenza? (ad es: nuovi contratti, contratti già esistenti, rinnovi contrattuali, ecc.)

Occorre avere conferma/chiarimento in merito a quanto segue:

(i) Che l'eventuale nuovo regime unisex si applichi esclusivamente per i contratti sottoscritti successivamente al 21 dicembre 2012. Ciò in quanto, da un punto di vista tecnico-attuariale vi è il rischio che l'obbligo di variare in "unisex" i contratti in essere ed i relativi eventuali rinnovi avrebbe criticità soprattutto lato consumatori: **l'equilibrio prezzo-prestazioni contrattualizzato in origine verrebbe infatti significativamente alterato**. Le compagnie dovrebbero quindi adottare aumenti generalizzati del costo delle garanzie individuali, come già indicato. Operativamente, va inoltre tenuto presente che, come già menzionato, l'imposizione del regime unisex ai suddetti contratti in essere comporterebbe per le compagnie assicurative costi notevoli per l'adeguamento dei programmi e sistemi di gestioni di portafogli che si riferiscono a polizze ancora in vigore ed esistenti anche da vent'anni o più. Tali costi, si ribadisce, in definitiva ricadrebbero sui consumatori finali, sotto forma di maggiori applicati alle nuove tariffe.

(ii) **Che prodotti assicurativi/compagnie assicurative dedicati ad un solo sesso non siano affetti dall'applicazione della Sentenza Test Achats, in quanto rientranti in generale nella previsione dell'Art. 4(5)** della Direttiva Gender, che recita: "*La presente direttiva non preclude differenze di trattamento se la fornitura di beni o servizi esclusivamente o principalmente destinati a persone di un solo sesso è giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità sono appropriati e necessari*"

(iii) Il **trattamento delle riserve tecniche** connesse ai contratti in essere ed in scadenza successivamente alla data del 21 dicembre 2012 che applicano attualmente un regime differenziato dei premi e prestazioni;

5. l'Art 5, comma 1, vieta di considerare il sesso come fattore nel calcolo dei premi e delle agevolazioni quando ciò dovesse concretizzarsi in differenze nell'ambito dei premi e delle agevolazioni individuali.

   a) Cosa significa in pratica? Si prega di descrivere i casi in cui è possibile, secondo voi, utilizzare il sesso quale fattore di calcolo, dopo la sentenza e spiegarne il motivo (ad es: la valutazione del rischio assicurativo globale nella polizza assicurativa, la metodologia di calcolo del prezzo quando si riassicura una persona, le riserve di calcolo, le finalità di marketing e di distribuzione)

L'Art. 5(1) recita "Gli Stati membri provvedono affinché al più tardi in tutti i nuovi contratti stipulati dopo il 21 dicembre 2007, il fatto di tenere conto del sesso quale fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi e di altri servizi finanziari non determini differenze nei premi e nelle prestazioni". Dal momento che la sentenza non tocca l'Art 5(1), a nostro avviso questo significa che **le compagnie possono continuare a valutare i rischi, il fabbisogno tariffario, le riserve, le politiche di riassicurazione secondo il sesso** ma che il prezzo poi proposto al consumatore e la prestazione corrisposta dovranno essere indifferenziate per sesso. In merito alle regole di scontistica e alle campagne marketing non è chiara la portata della sentenza perché si entra già sul versante consumatore. Con particolare riferimento al calcolo delle **riserve tecniche,** si ritiene che, anche in futuro, tale calcolo potrà essere effettuato tenendo conto dell'effettivo rischio demografico della popolazione, ovvero tenendo conto della sua composizione per sesso, pur in presenza di premi di tariffa indifferenziati. Ciò non andrebbe comunque contro il principio imposto dalla Direttiva, che si riferisce al trattamento dei clienti (premi e prestazioni) e non alla valutazione e alla copertura del rischio (riserve matematiche).

b) Si prega di fornire qualche esempio pratico.

Si potrà, ad esempio, nella RC Auto continuare a rilevare statisticamente la frequenza e il costo del guidatore donna e del guidatore uomo, salvo poi applicare un prezzo uguale all'uomo e alla donna in applicazione della sentenza, pur continuando oggettivamente a registrare che la frequenza e i costi delle donne sono inferiori agli uomini.

C'è il rischio che nell'intento della sentenza di voler preservare degli aspetti "formali" di uguaglianza (stesso prezzo per l'uomo e per la donna) si va contro a degli aspetti "sostanziali", obbligando in questo caso le donne a pagare un prezzo sostanzialmente più alto di quello che il profilo di rischio oggettivamente risulterebbe e, di contro, gli uomini a pagare un prezzo più basso di quello il risultante dal loro profilo di rischio.

c) I casi su indicati sono specifici o più importanti per determinati prodotti assicurativi?

[Chiarire la Domanda?]

6. Alcuni schemi pensionistici professionali potrebbero non essere direttamente interessati dalla sentenza, ad es: gli schemi pensionistici a contribuzione definita, (CD), che vengono calcolati su base annuale e dunque non entrano in relazione con i contratti assicurativi per ciò che riguarda la loro fase di indennizzo[2].

a) Questi regimi esistono nel vostro Paese?

Si

[2] Vedere la Direttiva 2206/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 sull'attuazione del principio di pari opportunità e non discriminazione tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, in particolare l'art. 9 (1) (h).

b) In caso di risposta affermativa, tali schemi pensionistici forniscono dei premi di vitalizio che si differenziano per sesso o per Genere?

Dall'indagine condotta, è emerso che da almeno una ventina d'anni per tutti i nuovi aderenti a questi schemi pensionistici sono previsti coefficienti di conversione differenziati in base al fattore uomo-donna.

7. Secondo il vostro punto di vista, quali passi bisognerebbe intraprendere a livello di Unione Europea, a livello nazionale ed a quello che riguarda il settore dell'industria?

1. Preliminarmente si ribadisce l'opportunità che il legislatore comunitario riconsideri i fondamenti tecnico-assicurativi dell'utilizzo del fattore sesso quale giustificato motivo oggettivo della differenziazione delle tariffe e delle prestazioni e quale applicazione del principio di uguaglianza.

Si noti peraltro che le compagnie, già tenute ad obblighi di solvibilità regolamentare sia locale sia europea, svolgono una funzione sussidiaria allo Stato in importanti settori sociali (ad esempio Salute e Pensioni per i quali il fattore sesso rileva sensibilmente in tema di *pricing*) e che esse non possono prescindere dal considerare il fattore sesso, al pari di altri fattori di rischio, quando si trovino a prezzare coperture che riguardano l'individuo, pena il rischio di "rovina" con conseguenze non solo per la compagnia e i suoi azionisti ma anche per i suoi clienti e in definitiva per la società. L'obbligo di applicare indiscriminatamente il regime unisex anche a situazioni dove sia oggettivamente giustificata la differenziazione delle tariffe e prestazioni da dati statistici oggettivi ed accurati, potrebbe, pertanto, concretamente tradursi in una crescita generalizzata dei costi delle coperture dovute ad esigenza di tenuta del "sistema".

Tanto premesso e tenuto conto di tutte le considerazioni di cui sopra, sia a livello di Unione Europea che, in via di attuazione, a livello nazionale, devono essere intraprese, *in primis*, le necessarie azioni legislative per **eliminare l'incertezza giuridica derivante dall'applicazione della Sentenza Test Achats**.

Nel dibattito in seno alle istituzioni europee dovrebbe essere considerata l'opportunità di tradurre l'istanza di coerenza sollevata dalla Corte di Giustizia attraverso la modifica della direttiva che preveda **l'eliminazione del considerando 18, 19 e nella riformulazione dell'art. 5(1)** che riconosca la legittimità di una deroga generale all'applicazione del regime unisex in campo assicurativo, ove tale deroga trovi giustificazione in dati statistici ed attuariali obiettivi, accurati e pertinenti, senza dunque alcuna necessità di consentire agli Stati Membri di esercitare l'opzione della esenzione, come attualmente previsto all'art. 5.2 della Direttiva Gender.

A livello europeo occorre venga data evidenza al fatto che la Corte di Giustizia Europea nella Sentenza Test Achats non ha voluto imporre un regime unisex nel calcolo dei premi e delle prestazioni, indipendentemente dall'esistenza di dati statistici ed attuariali accurati ed obiettivi che giustifichino, come sopra evidenziato, un trattamento differenziato tra uomo e donna.

Come sopra già accennato, la Corte di Giustizia Europea ha inteso, piuttosto, dichiarare l'invalidità parziale della direttiva per ragioni di tipo strettamente "formale" e di coerenza interna dell'impianto normativo della direttiva stessa. Ciò in quanto, la previsione di una deroga senza alcun limite di tempo contenuta nell'art. 5(2) (dichiarato invalido) mal si concilia con la previsione del principio generale di regime unisex previsto dal precedente art. 5(1) e con quanto espresso nei consideranda 18 e 19.

D'altra parte, la Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto che nella giurisprudenza comunitaria è pacifico il principio generale che impone che "*situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale*", a meno che il diverso trattamento non possa essere obiettivamente giustificato (cfr. par. 28 della sentenza). **In altri termini, la Corte riconosce espressamente che lo scopo precipuo dell'applicazione del principio di pari trattamento richiede che vengano dichiarate illecite ed eliminate le pratiche che siano propriamente discriminatorie, mentre il trattare diversamente situazioni non paragonabili non è altro che la corretta declinazione del principio di uguaglianza**.

***

2. Qualora la modifica della direttiva nel senso sopra auspicato, non trovi il necessario consenso tra gli Stati Membri, si ritiene che, *de minimis*, l'incoerenza censurata dalla Corte di Giustizia con la declaratoria di invalidità possa essere sanata emendando il testo attuale dell'art. 5(2) con la previsione di un termine espresso. Si potrà prevedere un meccanismo di rinnovo del termine, ove alla sua scadenza venga ravvisato il persistere delle giustificazioni obiettive della deroga, giustificazioni che dovranno essere rivisitate e codificate in modo più specifico e dettagliato rispetto alla formula attualmente utilizzata dall'art. 5.(2).

In merito alla concreta fissazione del termine, si nota che la Sentenza Test Achats ha censurato l'art. 5(2) per il fatto di contenere una deroga senza limiti di tempo al principio del regime unisex di cui all'art. 5(1). Il termine del 21 dicembre 2012 rappresenta il termine a partire dal quale tale disposizione, in mancanza di un intervento normativo correttivo a livello di legislazione europea, è da considerare invalida. Di conseguenza deve ritenersi possibile l'intervento del legislatore europeo volto a sanare il vizio della disposizione, sancendo un preciso termine alla deroga attualmente sancita senza limiti di tempo.

Nulla impedisce che il termine in parola sia maggiore rispetto a quello previsto dalla Corte per il diverso profilo della decorrenza dell'invalidità della disposizione in quanto recante deroga priva di limiti di tempo.

Tale soluzione si fonda sul principio che non può che spettare alle autorità politiche comunitarie e non alla Corte compiere scelte eminentemente discrezionali – dunque propriamente politiche – quali quelle sottese alla fissazione di termini ai fini della specificazione della durata di periodi transitori o di regimi derogatori. Inoltre, è la stessa Corte che nella sentenza del 1° marzo 2011 ha affermato che il legislatore comunitario è pienamente legittimato a mettere in atto il principio del regime unisex "**in modo graduale**" prevedendo "**periodi transitori o deroghe di portata limitata**" (sentenza punti 21-23).

Infine, il superamento del termine fissato dalla Corte per la decorrenza della invalidità, ossia il 21 dicembre 2012, si può giustificare anche con un ulteriore argomento. Entro il termine assegnato dalla Corte le istituzioni comunitarie dovranno adottare una direttiva che modifichi la direttiva attuale per renderla conforme alla sentenza. Sembra quindi naturale, trattandosi di una direttiva, che sia concesso uno specifico termine per l'attuazione della direttiva adottanda da parte degli Stati membri a livello di legislazione nazionale. A questo argomento di carattere formale se ne aggiunge uno di natura sostanziale, ove si consideri che il maggior onere di adeguamento spetta certamente agli Stati membri ed agli assicuratori, piuttosto che alle istituzioni europee.

***

Necessità che a livello europeo si sancisca l'inapplicabilità del regime unisex ai contratti in essere

In ogni caso, ed in particolare qualora l'inserimento della suddetta deroga generale non trovi il consenso necessario, rimane essenziale che vengano forniti a livello di legislazione europea onde garantire uniformità di applicazione tra le imprese comunitarie gli opportuni chiarimenti circa l'applicabilità della sentenza ai soli contratti sottoscritti successivamente al 21 dicembre 2012, al fine di evitare le conseguenze sul mercato assicurativo indicati al precedente punto 4.

Da un punto di vista strettamente giuridico, inoltre, si ritiene debba prevedersi l'esclusione dell'applicazione ai suddetti contratti di durata in quanto:

- sebbene le sentenze dichiarative di invalidità di un atto europeo hanno effetto retroattivo, per pacifico orientamento della giurisprudenza comunitaria, la Corte di Giustizia ha il potere di limitare in tutto od in parte nel tempo gli effetti della sentenza declaratoria di invalidità quando riscontri esigenze di certezza del diritto, tutela dell'affidamento o di natura più prettamente economica, applicando in via analogica il potere conferitole in base all'art. 264 TFUE (ex. Art 231 TCE) in relazione alle sentenze di annullamento di un atto. Nel caso di specie, la Corte di Giustizia ha indicato un termine futuro per la presa di effetto della invalidità (parziale) della direttiva , ritenendo dunque irrilevante, per un certo periodo, l'illegittimità dell'atto.

- Vige nel diritto comunitario un principio generale di divieto di retroattività della nuova norma giuridica. Quando anche è stato affermato dalla Corte di Giustizia che tale divieto generale non vieta l'applicazione della nuova disciplina giuridica agli effetti futuri di situazioni esistenti (cfr. *ex plurimis*, anche i precedenti citati dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni del 30 settembre 2010), la Corte di Giustizia lo ha espressamente sancito e regolato gli effetti della norma di *jus superveniens*, entrando nel dettaglio dei rapporti da regolare. Nel caso di specie la Corte non lo ha fatto;

- Inoltre, a favore della soluzione che esclude l'applicabilità del regime unisex ai premi e alle prestazioni dovute in esecuzione di contratti in essere al 21 dicembre 2012 milita **un argomento fondato sull'analogia**. Infatti, quando la direttiva introdusse nel 2004 il principio del regime unisex (art. 5(1)), previde che tale regime si applicasse solo "ai nuovi contratti stipulati dopo ilo 21 dicembre 2007". E non anche ai premi ed alle indennità dovute in adempimenti di contratti in essere al 21 dicembre 2007. E ciò – come chiarì il 18° considerando – al fine di "*evitare un brusco adeguamento del mercato*". Si ritiene che anche nel caso in esame, dove si tratta di stabilire le conseguenze dell'invalidità dell'art. 5(2) sancita dalla Corte, si debba, in via analogica, tener conto delle preoccupazioni che hanno inspirato l'art. 5(2) (ossia evitare un brusco adeguamento del mercato), sancendo appunto l'applicabilità del regime unisex solo ai premi ed alle prestazioni dovuti in esecuzione di contratti nuovi, ossia stipulati dopo il 21 dicembre 2012.

Peraltro, ove dovesse prevalere, contrariamente a quanto qui sostenuto, l'orientamento secondo il quale anche i contratti di durata in essere al 21 dicembre 2012 siano obbligatoriamente sottoposti al regime unisex, l'unica soluzione ragionevole sarebbe costituita dalla previsione di una norma transitoria che attribuisca a ciascuna delle parti dei contratti discriminatori stipulati antecedentemente al 21 dicembre 2012 e con scadenza successiva a tale data, il diritto di ottenere la conversione dei contratti stessi in altri analoghi, con condizioni conformi a quelle offerte dall'impresa con le nuove tariffe, eguali per ambo i sessi, da applicarsi dopo la data stessa del 21 dicembre 2012. La norma dovrebbe altresì prevedere la risoluzione automatica o la nullità sopravvenuta dei contratti per i quali non venisse richiesta la conversione. Ciò ad evitare il rischio che in base al diritto europeo il soggetto discriminato abbia diritto al trattamento concesso al soggetto preferito. In mancanza, infatti, di un intervento normativo auspicabilmente comunitario – ovvero, *faut du mieux* - interno che preveda l'applicabilità anche in questo caso del "nuovo" regime contrattuale gender-neutral (con tariffe uguali per entrambi i sessi e si suppone comunque "ragionevoli" per le Compagnie), si profilerebbe il rischio per le Compagnie di dover concedere i premi più bassi al sesso discriminato senza possibilità di prevedere un premio "medio" per uomini e donne.

La norma transitoria sopra indicata potrebbe essere contenuta nella stessa direttiva europea di emendamento della direttiva attuale, ove dovesse appunto prevalere a livello di istituzioni europee l'orientamento favorevole all'applicazione obbligatoria del regime unisex anche ai contratti in essere. Ove poi la direttiva omettesse una siffatta precisazione, sarebbe opportuno introdurla comunque a livello di legislazione italiana, a garanzia della certezza del diritto ed al fine di prevenire un contenzioso potenzialmente molto diffuso.

Parimenti, i chiarimenti che devono essere forniti a livello europeo devono essere riflessi anche nella legislazione nazionale. I legislatori nazionali saranno poi chiamati a chiarire che sino alla scadenza del termine per l'adeguamento della normativa italiana alla direttiva nella sua formulazione emendata a seguito della sentenza, i contratti nazionali continueranno ad essere soggetti alle norme di cui al decreto legislativo 196/2007 e normativa secondaria di attuazione.

ALLEGATO 9

L'analisi dei problemi di attuazione che derivano dalla sentenza della Corte di Giustizia, *Test-Achats*, del 1 marzo 2011, non può prescindere da una corretta interpretazione dei contenuti della decisione per delimitarne l'ambito e comprenderne la *ratio*.

Come noto la sentenza ha dichiarato l'invalidità dell'articolo 5, n.2, della direttiva 2004/113/CE, con effetto alla data del 21 dicembre 2012. Dalla lettura della motivazione della sentenza si evince che la Corte di Giustizia non ha seguito, nella sua argomentazione giuridica, la strada tracciata dall'Avvocato generale nelle conclusioni presentate il 30 settembre 2010. L'Avvocato generale aveva, infatti, affermato come "*l'applicazione di fattori attuariali basati sul sesso non sia compatibile con il principio di parità di trattamento tra uomini e donne*" (punto 69), precisando che "*si presuppone aprioristicamente che la diversità tra uomini e donne - emergente soltanto a livello statistico – quanto alla loro aspettativa di vita, alla loro rispettiva disponibilità ad assumere rischi alla guida di autoveicoli ed alla loro rispettiva inclinazione a fare ricorso a prestazioni mediche sia riconducibile in misura determinante al loro sesso.*" (punto 61).

Nella sentenza della Corte di Giustizia, al contrario, non è affermata l'incompatibilità dell'articolo 5, n.2, della direttiva 2004/113/CE, con il principio di parità di trattamento tra uomini e donne, ma l'"*incoerenza*" intrinseca rinvenibile nella direttiva. Nel punto 30 della sentenza infatti si legge: "*E' pacifico che lo scopo perseguito da tale direttiva nel settore dei servizi assicurativi è, come testimoniato dal suo articolo 5, n.1, l'applicazione della regola dei premi e delle prestazioni unisex …. la direttiva 2004/113 si fonda sulla premessa secondo cui, ai fini dell'applicazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne dagli articoli 21 e 23 della Carta, la situazione delle donne e quelle degli uomini in rapporto ai premi e alla prestazioni assicurative da essi stipulati sono paragonabili.*". Dato tale presupposto, secondo la Corte di Giustizia, la formulazione dell'articolo 5, n.2, finirebbe per vanificare la premessa contenuta nel n.1 del medesimo articolo inserendo una deroga alla parità di trattamento "*a tempo indefinito*" (punto 31) , in modo tale che "*una disposizione siffatta, la quale consente agli Stati membri interessati di mantenere senza limiti di tempo una deroga alla regola dei premi e delle prestazioni unisex,* ***è contraria alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento tra donne e uomini perseguito dalla direttiva 2004/113/CE*** *ed è incompatibile con gli articoli 21 e 23 della Carta*"(punto 32). La Corte lussemburghese quindi evidenzia come l'incompatibilità non sia "*assoluta*" ma discenda dalla scelta operata dal legislatore dell'Unione europea, nella stessa direttiva in esame. Infatti, nella sentenza al punto 20 viene ricordato che "*Nella realizzazione progressiva di tale parità (*n.d.r. di trattamento tra uomini e donne *)è il legislatore dell'Unione che considerata la missione affidata dall'articolo 3, n.3, secondo comma , TUE e dall'articolo 8 TFEU, stabilisce il momento del proprio intervento tenendo conto dell'evoluzione delle condizioni economiche e sociali dell'Unione stessa. Tuttavia, una volta che tale intervento è stato deciso, esso deve volgersi, in modo coerente alla realizzazione dell'obiettivo ricercato*"(punto 21). Sviluppando tale premessa logico-giuridica la Corte ha richiamato la sua costante giurisprudenza secondo la quale il principio di parità di trattamento impone che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato. La paragonabilità delle situazioni deve essere valutata alla luce dello scopo perseguito dall'atto dell'Unione.

Se, come si ripete, scopo nella direttiva 2004/113 è quello fissato dal n.1 dell'articolo 5, di applicazione della regola dei premi e delle prestazioni unisex nel settore dei servizi assicurativi, fissato lo scopo, è apparsa incoerente rispetto ad esso, la formulazione del n.2 del medesimo articolo che consentiva scostamenti rispetto a questo principio, e dunque deroghe, a tempo indeterminato. Deve essere evidenziato come il legislatore dell'Unione sia libero nella scelta dei propri interventi tesi alla promozione della parità (punto 20 della sentenza, cfr. altresì sentenza Arcelor, causa C-127/07), e tale scelta non è censurabile se logicamente esercitata. Ma l'aver previsto quale principio generale quello delle polizze unisex non discende dalla concreta applicazione del principio di parità (come affermato dall'Avvocato generale, che nega che differenze attuariali siano riconducibili al sesso e non anche a diversi stili di vita), ma sembra essere ricondotto dalla Corte di giustizia alla necessità di promuovere azioni di parità.

Quindi la Corte nella sua argomentazione invece di scegliere la strada suggerita nelle conclusioni dell'Avvocato generale, ha preferito seguire un'argomentazione più articolata, che non a caso richiama la necessità di trattare situazioni paragonabili in modo uguale e situazioni diverse in modo diverso. La scelta non appare casuale poiché nell'ambito dei servizi assicurativi ci troviamo di fronte a dati oggettivi e certi (quelli attuariali) che fotografano in maniera puntuale la diversa esposizione a determinati rischi in relazione al fattore sesso. Quindi valutando oggettivamente la situazione (per esempio la durata della vita media per uomini e donne) fissare in ogni caso premi e prestazioni unisex, contraddice la regola basilare del principio di eguaglianza. La necessità di trattamento eguale per situazioni diverse (si pensi per esempio alla particolare tutela della maternità, e della gravidanza) può essere giustificata dal perseguimento di finalità di promozione della parità tra uomini e donne per eliminare le ineguaglianze. Ma trattandosi di scelte queste dovranno essere rimesse al legislatore comunitario che potrà e dovrà porre in essere interventi normativi tesi a finalità di promozione ma "*in modo coerente*".

Da questa analisi sembrano emergere alcune conclusioni di carattere generale ed altre più strettamente inerenti al vicenda in esame:

- il principio di parità di trattamento impone che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato;
- il legislatore comunitario nella realizzazione progressiva della parità fissa interventi miranti a superare le ineguaglianze, in modo discrezionale quanto agli interventi da compiere ma coerente rispetto alla realizzazione dell'obiettivo fissato;
- nel caso di specie, obiettivo fissato dal legislatore comunitario nella direttiva 2004/113 con riferimento al settore dei servizi assicurativi è la regola dei premi e delle prestazioni unisex, rispetto al quale la deroga a tempo indefinita fissata nell'articolo 5 n.2, della medesima direttiva è stata dalla Corte di giustizia giudicata incoerente (e non discriminatoria).

La fissazioni di tali punti appare necessaria per determinare le conseguenza della sentenza.

La circostanza che la Corte di Giustizia non abbia affermato che i premi e le prestazioni differenziati per sesso siano intrinsecamente contrari al principio di parità è, infatti, determinante per analizzare quali potrebbero essere gli interventi da realizzare a seguito della pronuncia giurisdizionale.

Infatti, qualora la Corte di Giustizia avesse seguito le argomentazioni dell'Avvocato Generale, ciò avrebbe costituito un rigido vincolo per il legislatore comunitario in caso di successivi interventi. Se la sentenza avesse affermato che la presenza di prestazioni o premi nel settore assicurativo differenziati per sesso è discriminatoria e contraria a disposizioni contenute nel TUE ovvero nel TFUE, il legislatore comunitario non avrebbe potuto intervenire (neppure nel futuro) sulla medesima materia e le conseguenze della decisione in esame avrebbero necessariamente coinvolto anche in contratti in essere. Al contrario, come esposto nelle argomentazioni che precedono, la Corte non ha affermato questo principio, e anzi stabilendo che l'articolo 5, n.2, della direttiva 2004/113 sia invalido solo dal 21 dicembre 2012, ha implicitamente negato l'ontologica contrarietà delle prestazioni differenziate per sesso rispetto al principio di parità. Infatti, la presenza di un periodo transitorio è ulteriore elemento dal quale si desume che la norma invalidata non sia stata considerata intrinsecamente discriminatoria, poiché altrimenti sarebbe stato necessario spiegare i motivi per i quali una norma in contrasto con uno dei fondamentali principi dell'Unione Europea potesse permanere (seppure in via transitoria) nell'ordinamento dell'Unione.

Inoltre, che l'utilizzo del fattore sesso come elemento di differenziazione delle prestazioni non sia da considerare discriminatorio, quando differenze siano giustificate dall'esame dei dati attuariali, è dimostrato anche dall'esame dell'intera legislazione comunitaria. Si veda, per esempio, la direttiva 2006/54/CE che, nell'articolo 9, nell'individuare esempi di discriminazione, al paragrafo 1, lettera h,) espressamente esclude che possa essere ritenuta discriminatoria la fissazione di livelli differenti per le prestazioni se "*necessario per tenere conto di elementi di calcolo attuariale che sono differenti per i due sessi nel caso di regimi a contribuzione definita*", specificando anche che "*nel caso di regimi a prestazioni definite, finanziate mediante capitalizzazione , alcuni elementi possono variare sempreché l'ineguaglianza degli importi sia da attribuire alle conseguenze dell'utilizzazione di fattori attuariali che variano a seconda del sesso all'atto dell'attuazione del finanziamento del regime*".

I contenuti della sentenza sembrano, pertanto, consentire la revisione dell'articolo 5 della direttiva 2004/113/CE al fine di renderlo coerente rispetto ai dati attuariali che registrano oggettive differenze basate sul fattore sesso. Partendo dalla prima parte del considerando 19 dell'attuale direttiva (*Talune categorie di rischi possono variare in funzione del sesso. In alcuni casi il sesso è un fattore determinate, ma non necessariamente l'unico, nella valutazione dei rischi assicurati*), si potrebbe ridefinire l'obiettivo perseguito dal legislatore dell'Unione con riferimento ai servizi assicurativi, eliminando quale principio generale quello delle polizze unisex e prevedendo che taluni fattori di rischio variano in funzione del sesso, e autorizzando conseguentemente in specifici prodotti assicurativi la possibilità di prevedere premi e prestazioni differenziati. A tutela del principio di parità e preso atto che i dati attuariali sono suscettibili di evoluzioni nel tempo,

dovrebbe essere previsto il continuo monitoraggio dei dati attuariali, da parte di organi terzi ed indipendenti (quali la Commissione europea e le autorità indipendenti che nei paesi UE controllano il mercato assicurativo). La modifica dovrebbe essere preceduta da un'attenta analisi tesa a determinare i rami assicurativi da includere nell'ambito delle polizze differenziate per sesso, e i rami da escludere.

Nella riformulazione dell'articolo 5 della direttiva si potrebbe prevedere quale principio generale la possibilità di tener conto del sesso quale fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni con riferimento al alcuni rami assicurativi (per esempio ramo vita), mentre altri rami potrebbero essere oggetto di esclusione dalla deroga(come già previsto per i costi relativi alla gravidanza e maternità dall' articolo 5 ,n.3).

In conclusione, vorremmo sottolineare la necessità di distinguere tra aspetti meramente assicurativi ed aspetti inerenti la previdenza sociale obbligatoria o gli schemi pensionistici aziendali nei quali entrano in gioco anche risvolti di natura sociale o lavoristica. Per contro, avendo l'assicurazione natura meramente privatistica e volontaria è del tutto naturale che si prendano in considerazione tutti i profili di personalizzazione per la determinazione delle tariffe e delle prestazioni.

Al riguardo non appare chiaro quanto affermato nelle conclusioni dell'Avv. Generale Kokott (punto 70) con riferimento alla legislazione USA sui "pension insurance funds", in quanto la materia sembra attenere ad aspetti "previdenziali", mentre nelle medesime conclusioni non si menziona il fatto che negli Stati Uniti a livello federale con riferimento alla materia assicurativa è ammessa la differenziazione delle tariffe in base al genere della popolazione assicurata, ove giustificata da dati statistici ed attuariali,(cfr. "National Association of insurance Commisioner's Model Unfair trade practices Act") adottato dalla maggior parte degli Stati federali (si veda estratto dal Codice Assicurativo della California - allegato).

La riformulazione dell'articolo 5 della direttiva 2004/113/CE appare necessaria anche in considerazione degli effetti della sentenza sui contratti in essere, qualora l'attuale articolo 5 non venisse modificato nel senso sopra indicato. In merito, la sentenza in esame si limita a stabilire che l'articolo 5, n.2, della direttiva 2004/113/CE "*è invalido con effetto alla data del 21 dicembre 2012*". Questa statuizione non sembra sollevare dubbi quanto agli effetti della sentenza sui nuovi contratti che verranno conclusi a partire dalla data indicata, mentre solleva numerosi dubbi interpretativi quanto agli effetti della decisione sui contratti in essere. Il punto era stato dettagliatamente affrontato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, affermando che pur se l'invalidità dell'atto produce in linea di principio effetti retroattivi (al pari di una sentenza di annullamento), tuttavia "*sulla base del principio enunciato dall'articolo 264, secondo comma, TFUE, la Corte può disporre la conservazione di taluni effetti dell'atto qualora lo ritenga necessario*", rilevando che poiché l'esistenza di una valida direttiva ha ragionevolmente indotto le

parti contraenti dei singoli contratti a *"fare affidamento sulla validità delle proprie norme nazionali"* per ragioni di certezza del diritto *"gli effetti del citato art. 5 , n.2, dovrebbero essere mantenuti concedendo agli SM un congruo termine per adeguare il loro ordinamento alla declaratoria di invalidità dell'articolo della direttiva, e prevedendo che solo decorso tale periodo tutti futuri premi assicurativi e le prestazioni finanziate con i premi dovranno essere unisex."*.

La Corte di Giustizia si è limitata a fissare il termine del 21 dicembre 2012, dal quale dovrà avere effetto la dichiarazione di invalidità dell'articolo 5, n.2, lasciando irrisolte le altre questioni.

La Corte lussemburghese ha taciuto quanto alla sorte dei contratti in essere,molti dei quali di durata (si pensi ad esempio alle assicurazioni vita). Questo punto merita un approfondimento che non può prescindere dall'analisi della *ratio* della decisione come sopra riportata. Infatti, nel punto 81 delle conclusioni dell'Avvocato generale si legge: *"una volta decorso tale periodo transitorio, tutti i futuri premi assicurativi, per il cui calcolo viene ancor oggi operata una differenziazione in ragione del sesso, come pure le prestazioni finanziate con i nuovi premi, dovranno essere determinati senza alcun riguardo al sesso degli assicurati. Ciò deve valer anche per i contratti di assicurazione in corso. Non sarebbe giustificato se ad assicurati che abbiano subito una discriminazione – avendo ad esempio concluso in passato un contratto di assicurazione sulla vita – venisse permanentemente negata la compensazione che gli spetta, tanto più che simili contratti in molti casi possono avere una durata di molti anni ancora. Il divieto generale di effetti retroattivi stabilito dal diritto dell'Unione non vieta in alcun modo di applicare una nuova disciplina giuridica agli effetti futuri di situazioni esistenti."*.

Questa conclusione impone di nuovo di interrogarsi sulle ragioni giuridiche sottese alla decisione della Corte di Giustizia, se infatti la ragione della dichiarazione di invalidità della norma è da ricondurre alla necessità di superare una discriminazione la conclusione dell'Avvocato generale dovrebbe condivisa, sa al contrario, come si è sopra esposto, la ragione della decisione è da ricondurre alla necessità di superare l'incoerenza intrinseca presente nella direttiva, allora la conclusione non può essere condivisa.

Si propende per la seconda soluzione non condividendosi quanto esposto dall'Avvocato generale al punto 81 delle conclusioni, in primo luogo poiché come detto tacendo sul punto e limitandosi a fissare che gli effetti della dichiarazione di invalidità si producano solo da una certa data la Corte ha implicitamente negato che la decisione si fondi sulla violazione dei principi di divieto di discriminazione per sesso. Inoltre, la conclusione prospettata dall'Avvocato generale produrrebbe effetti devastanti quanto a certezza del diritto ed affidamento dei contraenti. Non sarebbe, infatti, chiaro come dovrebbero essere determinati i nuovi premi per i contratti in essere con presumibili conseguenze negative sulla certezza del diritto. Inoltre, qualora *ratio* della decisione fosse la diretta applicazione dei principi di non discriminazione contenuti nei Trattati non si potrebbe neppure escludere che possano avere fondamento azioni giudiziarie da parte di contraenti di contratti assicurativi con le quali si chieda la ripetizione dei premi pagati in più (o delle prestazioni non ottenute) in applicazione dell'art. 5, n.2 della direttiva ora dichiarato invalido, poiché tale

dichiarazione essendo diretta applicazione dei principi del Trattato dovrebbe necessariamente essere retroattiva.

La certezza del diritto verrebbe ancor più compromessa, in mancanza di precise indicazioni delle istituzioni dell'Unione europea, in quanto ogni S.M. potrebbe seguire una diversa interpretazione della sentenza in esame.

Proprio tale incerto quadro impone un intervento del legislatore dell'Unione europea.

Tale intervento dovrebbe preferibilmente attuarsi con una revisione della direttiva in esame, che modificando l'attuale formulazione dell'articolo 5 consideri che l'utilizzo del fattore sesso quale fattore di calcolo dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi non viola il principio di parità tra sessi, in quanto alla luce degli oggettivi dati attuariali, consente di trattare situazioni paragonabili in maniera simile e situazioni diverse in maniera diversa. Nella formulazione della norma si potrebbero indicare aree in cui il principio delle polizze differenziate per sesso sia applicabile, ovvero si potrebbe prevedere l'esclusione per alcuni rami assicurativi per i quali è invece, a giudizio del legislatore europeo, necessario promuovere la parità (estendendo quanto attualmente previsto con riferimento alla gravidanza ed alla maternità dall'articolo 5 n.3).

Qualora tale opzione non fosse ritenuta praticabile sarebbe, comunque, necessario che le istituzioni comunitarie adottino un atto formale e vincolante in grado di rendere chiare le conseguenze della sentenza sui contratti futuri e sui contratti in essere. Appare, infatti, necessario prevedere che la regola dei contratti unisex si applichi solo per i contratti stipulati a partire dal 21 dicembre 2012 e non produca effetti per i contatti conclusi prima di tale data. Inoltre, dovrebbe essere risolta anche la questione delle condizioni da applicare ai rinnovi contrattuali di contratti i cui premi e prestazioni tenevano conto del fattore sesso, una volta che sia pienamente entrata in vigore la regola unisex.

Quanto alla forma giuridica dell'atto dell'Unione, lo stesso non dovrebbe assumere la forma di un mera raccomandazione della Commissione, che quale atto non vincolante non assicurerebbe la certezza del diritto della quale il mercato e le istituzioni (anche al fine di evitare il proliferare di azioni giudiziarie nei singoli SM, o dinanzi alla Corte di giustizia) necessitano. Sarebbe quindi opportuno fornire tali chiari indirizzi o con l'auspicata modifica dell'art. 5 della direttiva 2004/113/Ce ovvero (ma in via meramente subordinata) con l'adozione di un regolamento della Commissione.

ALLEGATO 10

Forum sull'implementazione dell'articolo 5 della Direttiva 2004/11/CE

A seguire in allegato il testo della sentenza (C-236/09)

20 giugno 2011 (data da confermare)

QUESTIONARIO

Si prega di venire preparati sull'argomento al fine di discuterne durante il meeting

Se possibile, si prega di completare il questionario e inviarlo alla Commissione prima del meeting (al seguente indirizzo di posta elettronica: christine.tomboy@ec.europa.eu)

Dati della persona che parteciperà al Forum

Nome e cognome:

Posizione ricoperta:

Ente rappresentato:

Indirizzo:

Email:

Telefono (comprensivo di prefisso internazionale):

Fax (comprensivo di prefisso internazionale):

Si prega rispondere alle seguenti domande

1. Quali sono le principali problematiche di attuazione dell'articolo 5 della Direttiva 2004/11/CE, scaturite dalla sentenza?

Sulla base di quanto disposto dalla sentenza, nel settore dei servizi assicurativi, sembrerebbe non essere più possibile, per i contratti conclusi successivamente al 21 dicembre 2012, applicare la deroga alla regola generale dei premi e delle prestazioni unisex prevista dall'art. 5, par.1, della direttiva 2004/113/EC.

Va preliminarmente osservato come trattare in maniera uguale situazioni oggettivamente diseguali, lungi dall'assicurare la parità di trattamento tra uomini e donne, rappresenti, in realtà, una palese violazione del principio di eguaglianza, ponendosi come fonte di una vera e propria discriminazione. Secondo il consolidato indirizzo della Corte di giustizia, il principio di parità di trattamento impone che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato. La paragonabilità delle situazioni deve essere valutata alla luce dello scopo perseguito dall'atto dell'Unione.
Nel caso di specie, poiché l'obiettivo fissato dal legislatore nella direttiva 2004/113 con riferimento al settore dei servizi assicurativi è la regola dei premi e delle prestazioni unisex, la Corte di Giustizia ha ritenuto incoerente rispetto ad esso la formulazione del n. 2 dell'articolo 5 che consentiva scostamenti rispetto a questo principio, e dunque deroghe, a tempo indeterminato.

Un'interpretazione della sentenza della Corte di giustizia europea nel senso di non consentire l'inclusione del sesso tra i fattori di valutazione dei rischi per la determinazione del premio, ove confermata, farebbe emergere una serie di profili problematici.

In primo luogo, anziché eliminare le discriminazioni in ambito assicurativo tra i due sessi, determinerebbe un ingiustificato aumento dei premi assicurativi, che potrebbero essere spinti verso l'alto per il raggiungimento della parità. In Italia abbiamo operato una semplice simulazione, su basi tecniche della popolazione generale, dalla quale è emerso che le donne, nelle coperture r.c. auto, qualora la parità tra i due sessi sia raggiunta mediante il livellamento con le coperture previste per gli uomini, nell'età compresa ad es. tra i 18 e 43 anni, subirebbero un effetto negativo con un incremento del premio puro del 21%. Così, anche nei rami vita (a prescindere da eventuali caricamenti di sicurezza che saranno inclusi nella quantificazione delle tariffe per compensare la minor precisione della valutazione del rischio/composizione della popolazione assicurata), in una polizza temporanea caso morte (es. età 30 anni e durata 20 anni), qualora il mercato facesse riferimento per la parità unisex all'attuale tasso degli uomini, il tasso di premio puro si incrementerebbe per le donne dell'86% circa.
In secondo luogo l'applicazione di tariffe unisex implicherebbe un fenomeno di "selezione avversa", ossia si verificherà una minore richiesta di assicurazione da parte della popolazione assicurata penalizzata dal suddetto aumento delle tariffe (ad esempio le donne nelle assicurazioni in caso di morte o gli uomini in caso di rendite vitalizie) con particolare riferimento ai prodotti assicurativi del ramo vita. I giovani maschi nella r.c.

auto potranno godere di coperture assicurative meno costose determinando quindi, sulla base dei dati disponibili al livello europeo, fenomeni di moral hazard che si tradurranno in un incremento della pericolosità delle strade.
In terzo luogo, l'aumento dei premi e la minore richiesta di assicurazione da parte della popolazione penalizzata dall'aumento delle tariffe potrebbe inoltre portare ad uno sbilanciamento nella composizione della popolazione assicurata verso il sesso che non è stato penalizzato dalla tariffa unisex (ossia l'aumento del premio potrebbe determinare l'assicurato/potenziale assicurato penalizzato da tale aumento a rinunciare alla copertura assicurativa); ciò potrebbe determinare squilibri nei portafogli e potrebbe comportare una frequente revisione del tasso medio di premio. In definitiva, anche per questa via si produrrebbe una discriminazione di fatto a danno delle donne.
Infine i premi verranno aumentati anche a causa dei costi notevoli che le compagnie dovranno sostenere per l'adeguamento dei sistemi informatici con traslazione alla fine del costo sull'assicurato. Il consumatore finale non trarrebbe quindi un beneficio, ma sarebbe svantaggiato dall'applicazione concreta della sentenza.

2. Tali problematiche si differenziano a seconda se si tratta di servizi assicurativi obbligatori1 o volontari?

No. In Italia si è fatto uso della deroga tanto per i rami vita (temporanea caso morte, capitale differito, rendite) che danni (responsabilità civile auto, infortuni, malattia) senza differenziare tra assicurazioni obbligatorie e volontarie.

3. Queste problematiche riguardano:

   a. Alcuni prodotti assicurativi (ad es. l'assicurazione sulla vita, l'assicurazione auto, l'assicurazione sanitaria, i prodotti offerti da operatori di nicchia, quelli innovativi)? In caso di risposta affermativa, si prega di motivare.

Vedasi risposta n. 2 per i prodotti per i quali si è fatto ricorso alla deroga. In Italia esistono inoltre talune compagnie che offrono prodotti dedicati alle donne. Potrebbero essere costrette ad uscire dal mercato o a rivedere le loro strategie di business.

   b. Determinati tipi di imprese (piccole e medie imprese, grandi imprese, operatori di nicchia, operatori che non posseggono i dati

[1] Es. La responsabilità civile per le automobili è obbligatoria nell'UE

necessari per riposizionare il Genere come fattore di rischio)? In caso di risposta affermativa, si prega di motivare.

No.

c. Alcuni tipi di mercati nazionali (ad es. i piccoli mercati, i grandi mercati, i mercati emergenti)? In caso di risposta affermativa, si prega di motivare.

No

4. In quali aree e su quali aspetti sono necessari ulteriori chiarimenti al fine di agevolare l'attuazione della sentenza? (ad es: nuovi contratti, contratti già esistenti, rinnovi contrattuali, ecc.)

Dovrebbe essere chiarito in un atto normativo dell'Unione europea che le nuove regole che gli assicuratori saranno tenuti a seguire ***varranno solo per i contratti conclusi a partire dal 21 dicembre 2012****. La nozione di contratti conclusi dal 21 dicembre 2012 dovrebbe essere comune a tutti gli Stati al fine di evitare interpretazioni difformi ad opera dei tribunali nazionali e, per tale ragione, andrebbe stabilita a livello comunitario. A tal fine, un mero atto interpretativo, quale una Comunicazione della Commissione europea, sembra inadeguato rispetto all'obiettivo di garantire certezza giuridica a tutti gli operatori del settore.*

5. l'Art 5, comma 1, vieta di considerare il sesso come fattore nel calcolo dei premi e delle agevolazioni quando ciò dovesse concretizzarsi in differenze nell'ambito dei premi e delle agevolazioni individuali.

a. Cosa significa in pratica? Si prega di descrivere i casi in cui è possibile, secondo voi, utilizzare il sesso quale fattore di calcolo, dopo la sentenza e spiegarne il motivo (ad es: la valutazione del rischio assicurativo globale nella polizza assicurativa, la metodologia di calcolo del prezzo quando si riassicura una persona, le riserve di calcolo, le finalità di marketing e di distribuzione) .

Al fine di evitare discriminazioni, il principio da salvaguardare, come indicato dalla stessa sentenza della Corte di Giustizia, è quello in base al quale non è possibile applicare uno stesso trattamento a situazioni oggettivamente diverse. Per questo motivo, occorrerebbe individuare, sulla base di dati oggettivi (e non dipendenti ad esempio dai comportamenti dei soggetti assicurati) gli elementi che impongono un trattamento differenziato quale misura necessaria ad assicurare la parità di trattamento e la non discriminazione.