

Comunicazione n. DI/98092726 del 2-12-1998

inviata alla banca ...

Oggetto: **Prestazione di servizi di investimento nei confronti di una consociata**

Con lettera del ... 1998 codesta Banca, abilitata a operare in Italia per il tramite di una succursale, ha sottoposto alla scrivente Commissione alcuni quesiti in ordine alla prestazione di servizi di investimento nei confronti di una propria consociata.

In particolare, i servizi in discorso, per la cui prestazione codesta Banca designerebbe esclusivamente alcuni dipendenti (in seguito: i dipendenti designati), consisterebbero:

- a) nella negoziazione, nei mercati regolamentati e non, di strumenti finanziari per conto della propria consociata, anche sulla base della consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari fornita dai dipendenti designati;
- b) nella gestione di una parte del portafoglio di proprietà della consociata investito in strumenti finanziari negoziati nei mercati regolamentati italiani;
- c) nella mediazione di operazioni su strumenti finanziari tra la consociata e operatori qualificati italiani ed esteri (in particolare, i dipendenti designati sarebbero autorizzati a concludere telefonicamente operazioni su strumenti finanziari in nome e per conto della consociata).

E' stato precisato che i servizi di negoziazione e di mediazione sarebbero comunque prestati, con modalità ordinarie, anche nei confronti del pubblico, mentre il servizio di gestione su base individuale di portafogli di investimento sarebbe svolto esclusivamente nei confronti della propria consociata.

Codesta Banca ha altresì rappresentato di non aver comunicato alla Banca d'Italia, tramite l'autorità di controllo dello Stato di origine, l'intenzione di prestare in Italia mediante succursale il servizio di gestione su base individuale di portafogli di investimento.

Al riguardo, è stato chiesto:

- se, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera a), del decreto del Ministro del tesoro del 26 giugno 1997, n. 329, la prestazione di servizi di investimento nei confronti della consociata possa considerarsi non effettuata nei confronti del pubblico e se codesta Banca sia pertanto esentata, allorché operi per conto della consociata, dall'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 28 (Reclami), 29 (Attestazione degli ordini), 30 (Informazioni sulle operazioni eseguite) e 31 (Rendicontazioni periodiche) del regolamento Consob n. 10943 del 30 settembre 1997 #¹ (ora sostituiti dagli artt. 59, 60, 61 e 62 del regolamento Consob n. 11522 del 1° luglio 1998 #²);
- se, con riguardo all'attività di gestione svolta esclusivamente nei confronti della consociata, sia necessario integrare le comunicazioni alla Banca d'Italia relative ai

¹ La delibera e l'annesso regolamento sono pubblicati nel S.O. alla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 215 del 18.10.1997* ed, altresì, in *CONSOB, Bollettino n. 9/97*. La delibera n. 10943 sostituisce la delibera n. 8850 del 3.12.1994 e successive modifiche ed integrazioni.

² La delibera e l'annesso regolamento sono pubblicati nel S.O. n. 125 alla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 165 del 17.7.1998* ed, altresì, in *CONSOB, Bollettino n. 7/98*. La delibera n. 11522 sostituisce la delibera n. 10943 del 30.9.1997 e la delibera n. 10418 del 27.12.1996 e successive modifiche ed integrazioni.

servizi che la Banca presta in Italia;

- se, al fine di escludere i servizi prestati nei confronti della consociata dall'ambito dei servizi prestati nei confronti del pubblico, debba prevedersi che i dipendenti designati siano incaricati di operare esclusivamente nei rapporti con la consociata e se, in tal caso, possa eventualmente configurarsi la prestazione diretta di servizi di investimento in Italia da parte della consociata per il tramite degli stessi dipendenti designati ("succursale di fatto").

Con riferimento al primo quesito, si rappresenta che la scrivente Commissione ha già avuto modo di esprimersi sul tema della prestazione di servizi di investimento nei confronti di società del gruppo con la comunicazione n. DI/98017967 del 12 marzo 1998 #³.

Nella suddetta comunicazione si è precisato che la fattispecie prevista dall'art. 2, comma 1, lettera a), del decreto del Ministro del tesoro n. 329/1997 si concreta solo quando un servizio di investimento non è assolutamente prestato nei confronti del pubblico. Se invece il servizio è prestato sia nei confronti di società del gruppo che nei confronti del pubblico, lo svolgimento di tale servizio è interamente sottoposto alla disciplina di settore, anche per la parte che riguarda le sole società del gruppo.

Quanto al secondo quesito, si osserva che esso contempla una fattispecie ulteriore rispetto a quella oggetto del primo: codesta Banca presterebbe infatti il servizio di gestione esclusivamente nei confronti della propria consociata, affiancandolo però allo svolgimento nei confronti del pubblico - e, pertanto, in qualità di intermediario abilitato - di altri servizi di investimento (negoziazione, ricezione e trasmissione d'ordini nonché mediazione).

Si ritiene che anche la prestazione del servizio di gestione da parte di codesta Banca sia assoggettata alla disciplina di settore. La *ratio* delle disposizioni di cui al citato decreto del Ministro del tesoro n. 329/1997 è infatti quella di consentire eccezionalmente la prestazione di servizi di investimento, in presenza di determinate condizioni di svolgimento degli stessi, a soggetti che non siano stati a ciò abilitati (così, ad esempio, una società facente parte di un gruppo potrà fornire servizi di gestione della tesoreria che implicino operazioni su strumenti finanziari a proprie consociate senza ottenere l'autorizzazione al servizio di gestione individuale di portafogli di investimento, purché tale attività sia esclusivamente rivolta all'interno del gruppo stesso). Un intermediario abilitato, invece, solo in ragione del proprio *status* sarà comunque tenuto al rispetto della disciplina di settore anche quando presti i propri servizi nei confronti di società del gruppo.

Sulla base di quanto sopra, si precisa che:

- la prestazione di servizi di investimento da parte di codesta Banca nei confronti della propria consociata è assoggettata alla disciplina di settore (si rammenta tuttavia che sussiste la possibilità, prevista dall'art. 31 del regolamento Consob n. 11522 del 1° luglio 1998, di non applicare alcune norme nei rapporti con gli operatori qualificati);
- la comunicazione alla Banca d'Italia sui servizi prestati in Italia dovrà essere integrata in relazione alla prestazione del servizio gestione;
- non è richiesta la designazione di dipendenti alla prestazione esclusiva dei servizi nei confronti della consociata, ma devono essere rispettate le disposizioni in materia di separazione organizzativa fra la struttura di gestione e le altre strutture preposte allo svolgimento dei servizi di investimento.

E' comunque opportuno dedicare alcune brevi considerazioni al problema, sollevato da

³ Pubblicata nel Bollettino CONSOB del mese di riferimento.

codesta Banca, della configurabilità di una "succursale di fatto" con riguardo all'attività svolta dai dipendenti designati per conto della consociata. In proposito si fa presente che le concrete modalità di svolgimento dell'attività (quali, ad esempio, l'imputazione diretta delle operazioni in capo alla consociata e il regolamento delle operazioni direttamente da parte della consociata), congiuntamente considerate, potrebbero far configurare la prestazione diretta del servizio in Italia da parte della consociata per il tramite degli stessi dipendenti designati.

Si ritiene infine necessario aggiungere alcune precisazioni in ordine alla possibilità che i dipendenti di codesta Banca concludano operazioni in nome e per conto della consociata nella prestazione del servizio di mediazione. In astratto, si tratta di verificare se esista la possibilità di conferire all'intermediario che presti il servizio di mediazione il potere di rappresentanza nei confronti di una delle parti dell'affare da concludere con il suo intervento. In proposito si osserva quanto segue.

L'art. 1754 cod. civ., nel definire la figura del mediatore, indica come necessario requisito soggettivo (negativo) la circostanza che l'intermediario non sia legato ad alcuna delle parti da rapporti di collaborazione, dipendenza o rappresentanza.

Sulla base della disciplina di diritto comune, deve pertanto ritenersi che sussista una incompatibilità tra la posizione di mediatore e, per quanto qui interessa, quella di mandatario con rappresentanza di una delle parti; incompatibilità della quale si può trovare conferma anche nella disposizione dell'art. 1761 cod. civ. che contempla la possibilità di conferire un incarico di rappresentanza al mediatore nella sola fase di esecuzione del contratto (quando cioè il rapporto di mediazione deve considerarsi esaurito). In tal senso, in effetti, sono orientate sia la dottrina che la giurisprudenza; secondo quest'ultima, in particolare, carattere essenziale della figura giuridica del mediatore è l'imparzialità, intesa come assenza di ogni vincolo di mandato, di prestazione d'opera, di preposizione institoria e di qualsiasi altro rapporto che renda riferibile al dominus l'attività dell'intermediario, sicché non è configurabile mediazione nel caso di un soggetto munito di mandato con rappresentanza per la stipulazione di un contratto con un terzo (Cass. 87/1995).

Esclusa, per quanto sopra detto, la riconducibilità della fattispecie in esame allo schema della mediazione, si ritiene che l'operatività descritta - che si concreta nell'esecuzione dell'incarico di individuare controparti per la negoziazione di strumenti finanziari e di stipulare i relativi contratti - presenti piuttosto gli estremi dell'attività di negoziazione per conto terzi e che, pertanto, in sé considerata, pur dovendo essere giuridicamente qualificata in termini diversi da quelli proposti nella richiesta di chiarimenti, essa non incontri ostacoli nella disciplina dell'ordinamento di settore.

IL PRESIDENTE
Luigi Spaventa