

Comunicazione n. DIN/10085658 del 20-10-2010

inviata alla società ...

Oggetto: Compatibilità tra l'attività di promotore finanziario e l'attività di consulenza avente ad oggetto la raccolta di dati e informazioni nonché l'elaborazione di idee di marketing

Si fa riferimento alla nota del [...omissis...] con la quale codesta Società ha formulato un quesito circa la compatibilità tra l'attività di promotore finanziario e quella di consulente di un soggetto abilitato diverso dall'intermediario per conto del quale il promotore svolge l'attività di offerta fuori sede. Al riguardo, codesta Società ha precisato che l'attività di consulenza che il promotore finanziario - [...omissis...], promotore di [...banca X...] - intende esercitare avrebbe ad oggetto la prestazione di un servizio di raccolta di dati e informazioni nonché di elaborazione di idee di *marketing*, riguardante un comparto di OICR gestito da un intermediario estero, estraneo al gruppo dell'impresa preponente, e distribuito in Italia esclusivamente dalla stessa impresa preponente. Codesta Società ha inoltre riferito che il promotore, [...omissis...], sarebbe remunerato dall'intermediario estero "con un importo fisso e non particolarmente rilevante, comunque non collegato alle sottoscrizioni degli investitori (...) o alla performance del comparto".

La risposta al quesito così enunciato non può che discendere dalla ricostruzione del significato e della portata delle lett. b) ed e) dell'art. 106 del Regolamento CONSOB n. 16190/2007 (di seguito anche RI)¹, recante le norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari.

Occorre, in particolare, domandarsi se lo svolgimento di un'attività come quella innanzi delineata, avente ad oggetto la prestazione di un'opera intellettuale a favore di un soggetto abilitato estraneo al gruppo di appartenenza - escluso che possa integrare gli estremi di un rapporto di amministrazione o di lavoro subordinato - sia configurabile alla stregua di un rapporto di "collaborazione" vietato ai promotori finanziari dall'art. 106, lett. b), del RI o se, comunque, detto incarico di consulenza si ponga in "grave contrasto" con l'attività di promotore finanziario ai sensi della lett. e) della medesima disposizione.

A tale proposito, si osserva che non pare pienamente condivisibile la tesi, adombrata nella formulazione del quesito, secondo cui la "collaborazione" vietata dalla lett. b) dell'art. 106 del RI presupporrebbe necessariamente l'esistenza di un vincolo di parasubordinazione nei confronti del soggetto abilitato (estraneo al gruppo di appartenenza), cosicché sarebbero attratti nel perimetro della incompatibilità soltanto i rapporti caratterizzati dai requisiti di stabilità, di gerarchia e di

¹ Ai sensi del quale 1. L'attività di promotore è incompatibile:

a) con la qualità di sindaco o suo collaboratore ai sensi dell'articolo 2403-bis del codice civile, responsabile o addetto al controllo interno, presso soggetti abilitati;

b) con la qualità di amministratore, dipendente o collaboratore di un soggetto abilitato non appartenente al gruppo al quale appartiene quello per conto del quale opera il promotore;

c) con la qualità di socio, amministratore, sindaco o dipendente della società di revisione incaricata della certificazione del bilancio del soggetto abilitato per conto del quale opera il promotore;

d) con l'iscrizione nel ruolo unico degli agenti di cambio;

e) con ogni ulteriore incarico o attività che si ponga in grave contrasto con il suo ordinato svolgimento.

formale inquadramento nell'organigramma aziendale di quest'ultimo. La disposizione in esame non richiede, infatti, perché ricorra una situazione d'incompatibilità, che la collaborazione del promotore sia anche qualificabile come "coordinata" e "continuativa" né contiene alcuna indicazione terminologica idonea a restringerne il significato nel senso prospettato. La locuzione "collaboratore" impiegata dall'art. 106 RI, per la sua larghissima portata semantica e per la sua collocazione affianco alle figure diversissime del dipendente (il quale si trova in una posizione giuridica di subordinazione) e dell'amministratore (il quale occupa il vertice dell'organizzazione imprenditoriale) costituisce, invece, una formula generale di chiusura e si presta di per sé ad abbracciare qualsiasi forma di cooperazione nell'attività del soggetto abilitato (estraneo al gruppo di appartenenza), attuata in forza di un vincolo obbligatorio avente ad oggetto un *facere*, indipendentemente dalla durata e stabilità del vincolo, dalla presenza di relazioni gerarchiche o di poteri di istruzione e direttiva in capo al soggetto abilitato.

Rientrano, quindi, nella categoria dei rapporti di "collaborazione" di cui alla lett. b) preclusi al promotore finanziario che già intrattiene un rapporto con altro intermediario tanto i rapporti di agenzia, caratterizzati, secondo la definizione fornita dall'art. 1742 c.c., da un vincolo di stabilità, quanto i rapporti di mandato e di prestazione d'opera, siano o meno contrassegnati dalla nota distintiva della durata, purché abbiano come controparte un soggetto abilitato. In via residuale, rientrano invece nel campo di operatività della previsione della lett. e) dell'art. 106 - tra le altre ipotesi - i rapporti di collaborazione (agenzia, mandato, prestazione d'opera) instaurati con soggetti estranei al novero dei soggetti abilitati, ancora una volta a prescindere dalla circostanza che la cooperazione del promotore possieda il tratto della stabilità e sempre che essi si pongano "in grave contrasto" con il corretto esercizio dell'attività di promozione finanziaria.

L'ampio significato attribuito in questa sede al concetto di "collaborazione" indicato nel testo dell'art. 106, lett. b), non è tuttavia risolutivo per ricondurre nel campo dell'incompatibilità qualsiasi forma di cooperazione inerente ad un *facere*. Affinché siano individuabili gli estremi del divieto è, infatti, altresì necessario che la collaborazione prestata a favore di un intermediario estraneo al gruppo di appartenenza del promotore sia tale da creare una condizione di pericolo per l'ordinato svolgimento dell'attività di promotore finanziario. E' necessario in altri termini che il contenuto dell'attività di collaborazione interferisca o possa interferire (anche quindi in via soltanto potenziale) con l'esercizio dell'attività di promotore.

Non v'è dubbio, infatti, che la disciplina dell'incompatibilità, così come attualmente configurata dal RI, è intesa ad individuare un complesso di attività o incarichi il cui espletamento minaccia la fedeltà del promotore nei confronti dei clienti o dell'impresa preponente e ciò può principalmente verificarsi, secondo le ipotesi delineate dall'art. 106 RI e la casistica esaminata in passato da questa Commissione: (i) per le interferenze che possono derivarne nel funzionamento dei controlli interni degli intermediari [art. 106 lett. a) e c)]⁽²⁾; (ii) per le attività e gli incarichi suscettibili di determinare situazioni di potenziale conflitto con gli interessi degli investitori⁽³⁾; (iii) per le attività idonee ad ingenerare confusione nei clienti⁽⁴⁾; (iv) infine, perché l'attività stessa si pone in concorrenza con un'analogha attività svolta dall'impresa preponente o da altre imprese del gruppo [art. 106 lett. b) e d)]⁽⁵⁾. Sotto quest'ultimo profilo, può inoltre precisarsi che un'attività in concorrenza con l'impresa preponente (o il suo gruppo) può ravvisarsi anche nei casi in cui il

² Comunicazione n. DI/99084603 del 16-11-1999.

³ Comunicazione n. DIN/64565 del 29-8-2000; Comunicazione n. DIN/79533 del 25-10-2000,

⁴ Comunicazione n. DIN/1093857 del 18-12-2001; Comunicazione n. DIN/3056478 del 4-9-2003.

⁵ Comunicazione n. DI/99088302 dell'1-12-1999; Comunicazione n. DI/43074 del 2-6-2000; Comunicazione n. DIN/8003618 del 15-1-2008.

promotore, in virtù di un rapporto di collaborazione, fornisca ad un altro intermediario la propria consulenza su temi attinenti alle strategie e all'organizzazione aziendale, alle politiche di *recruitment* del personale (in particolare se relative al reclutamento di promotori finanziari), alla configurazione dei prodotti, alle attività di promozione delle vendite (*marketing*) e così via. Ipotesi nelle quali il promotore potrebbe sfruttare a favore di un altro intermediario *know how* e informazioni di mercato acquisiti in ragione dell'attività svolta per conto dell'impresa preponente. Una simile conclusione è imposta, si deve ritenere, dall'accostamento operato dalla lett. b) dell'art. 106 tra la figura del dipendente (e dell'amministratore) e quella del "collaboratore", laddove il divieto che investe i rapporti di collaborazione assume il significato di estendere il campo dell'incompatibilità ad aree d'attività e funzioni aziendali (ad es. la funzione *marketing*) che, in tutto o in parte, siano state eventualmente esternalizzate ed affidate a consulenti e collaboratori esterni dell'impresa invece che svolte internamente e affidate a suoi dipendenti.

Ciò premesso, nel caso di specie, può affermarsi che l'attività di consulenza che il promotore finanziario, [...*omissis*...], intende svolgere per conto dell'intermediario estero, diverso dall'intermediario preponente, deve ascrivere nell'ampia categoria dei rapporti di "collaborazione" vietati dalla lett. b) dell'art. 106.

Le prestazioni richieste al promotore atterrebbero, infatti, alla raccolta di informazioni concernenti i sottoscrittori di OICR istituiti e gestiti da un intermediario terzo e dovrebbero consistere nella formulazione di "idee di *marketing*" riguardanti tali OICR. Da un lato, si tratterebbe, quindi, di informazioni raccolte presso i clienti dell'impresa preponente, distributore degli OICR, in forza del mandato di promotore di [...*banca X*...]; dall'altra, le "idee di *marketing*" elaborate dal promotore sarebbero rivolte a rafforzare l'offerta commerciale e la posizione di mercato di un soggetto abilitato distinto dall'intermediario preponente ed estraneo al suo gruppo.

Né può assumere rilievo la circostanza che gli OICR siano collocati in via esclusiva da [...*banca X*...]. A tal riguardo si è osservato dalla richiedente che fornire informazioni, dati e idee a un soggetto abilitato che non si pone in concorrenza con l'impresa preponente, ma anzi intrattiene con questa una convenzione di collocamento in esclusiva, determina una convergenza di interessi tra i due intermediari, "rafforza i rapporti tra le due strutture [e] determina un miglior servizio per la clientela perché le sue esigenze giungono direttamente alla società prodotto". Tale convergenza di interessi tra i due intermediari è tuttavia soltanto contingente e strutturalmente debole poiché trova fondamento nell'esistenza di un vincolo contrattuale di distribuzione a termine tra le due società, con la conseguenza che l'eventuale rafforzamento della capacità di attrazione della clientela acquisita dagli OICR, *di fatto*, è destinata a ripercuotersi favorevolmente [oltre che sull'emittente-gestore degli OICR] anche sulla facilità di distribuzione degli stessi ad opera dell'impresa preponente, fintanto e solo per il tempo in cui si protrae l'accordo di distribuzione. La circostanza che le ripercussioni positive dell'attività di *marketing* in favore dell'emittente-gestore degli OICR possano, di fatto, beneficiare anche l'intermediario preponente incaricato della distribuzione non esclude, infatti, che la consulenza del promotore finanziario avente ad oggetto quelle stesse attività di *marketing* sarebbe pur sempre contrattualmente prestata nell'interesse esclusivo di un soggetto abilitato diverso da quello che ha conferito il mandato di promozione finanziaria e sarebbe giuridicamente diretta a suo esclusivo vantaggio; tanto più se il promotore possa utilizzare informazioni e dati direttamente acquisiti nella attività esplicata per conto di [...*banca X*...]. Conclusione, questa, che trova conferma nel contesto della stessa lett. b) dell'art. 106 RI, nella parte in cui esclude la ricorrenza di una situazione di incompatibilità allorché il promotore intrattiene rapporti di collaborazione (lavoro subordinato o amministrazione) con soggetti abilitati appartenenti al "gruppo"; locuzione da cui può desumersi *a contrario* che la sussistenza di vincoli e relazioni non

riconducibili a legami di “gruppo”, come quelli derivanti da un accordo di distribuzione, sono inidonei ad escludere l’incompatibilità.

Deve dunque concludersi che l’attività di promotore finanziario è incompatibile [ai sensi della lett. b) dell’art. 106 RI], con l’attività di consulente *marketing* prestata per conto di un soggetto abilitato estraneo al gruppo di appartenenza.

IL PRESIDENTE VICARIO
Vittorio Conti