



**CONSIGLIO NAZIONALE
DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI**

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

Roma, 14 luglio 2004

**CIRCOLARE n. 20/2004
GM/MG/5123**

**Ai Sigg.ri Presidenti
dei Consigli degli Ordini
dei Dottori Commercialisti**

Loro sedi

Oggetto: Incompatibilità all'esercizio della professione - Art. 3 O.P.

Considerato che è trascorso il termine del 30/06/2004 entro il quale l'iscritto avrebbe dovuto presentare all'Ordine locale l'autodichiarazione, facoltativamente l'istanza o la segnalazione di eventuali situazioni di incompatibilità ex art. 3 dell'Ordinamento Professionale;

... ..

ALLEGATI

NOTA 1 - PROMOTORE FINANZIARIO

NOTA 2 - MEDIATORE CREDITIZIO

PROMOTORE FINANZIARIO

La figura del promotore finanziario è regolata dal Dlgs 24 febbraio 1998, n. 58, che all'art.31, comma 2, definisce quale promotore finanziario "la persona fisica che, in qualità di dipendente, agente o mandatario, esercita professionalmente l'offerta fuori sede. L'attività di promotore finanziario è svolta esclusivamente nell'interesse di un solo soggetto".

L'offerta fuori sede è definita dall'art.30 del citato decreto. Infatti per offerta fuori sede si intendono la "promozione" e il "collocamento" presso il pubblico:

- a) di strumenti finanziari in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze dell'emittente, del proponente l'investimento o del soggetto incaricato della promozione e del collocamento;
- b) di servizi di investimento in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze di chi presta, promuove o colloca il servizio.

Il comma 5 ed il comma 9 dell'art.30 estendono l'offerta fuori sede a prodotti diversi dagli strumenti finanziari.

Il comma 1, dell'art.31 del Dlgs 58 del 1998 recita che, per l'offerta fuori sede, i soggetti abilitati si avvalgono di promotori finanziari e il comma 3 dispone che il soggetto abilitato che conferisce l'incarico è responsabile in solido dei danni arrecati a terzi dal promotore finanziario, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale.

La figura del promotore finanziario venne originariamente regolata dall'art.5 della L. 2 gennaio 1991 n. 1. Detta norma fu poi abrogata dall'art.66, comma 2, lettera b del Dlgs 23 luglio 1996, n. 415.

Fatte queste opportune premesse, per quanto concerne i profili dell'incompatibilità, l'art.31 del Dlgs 24 febbraio 1998, n 58, comma 6, lettera d, prevede che la CONSOB disciplini con regolamento le attività incompatibili con l'esercizio dell'attività di promotore finanziario. La richiamata normativa è stata emanata dalla CONSOB con regolamento di attuazione adottato con delibera n 11522 del 1 luglio 1999 (successivamente modificato con delibere n. 11745 del 9 dicembre 1998, n. 12409 del 1 marzo 2000, n. 12498 del 20 aprile 2000, n. 13082 del 18 aprile 2001 e n. 13710 del 6 agosto 2002).

Tra le ipotesi di incompatibilità, l'art.94 del citato regolamento n 11522 del 1 luglio 1998 non contempla l'esercizio della professione o la qualità di dottore commercialista. Pertanto, agli iscritti all'Albo unico nazionale dei promotori finanziari istituito presso la CONSOB non è precluso l'esercizio della professione di dottore commercialista. In particolare, per quanto possa occorrere, va segnalato che l'art.16, comma 8, della L.7 marzo 1996, n. 108, prevede che le disposizioni relative all'attività di mediazione o di consulenza nella concessione di finanziamenti non si applicano ai promotori finanziari iscritti all'Albo previsto dall'art.5, comma 5, della L. 2 gennaio 1991, n. 1 (che in forza di quanto sopra è stato abrogato e poi sostituito dall'art.31 del Dlgs 24 febbraio 1998 n 58, a cui occorre oggi fare riferimento). E' di tutta evidenza che se le norme sulla mediazione creditizia non si applicano ai promotori finanziari non può dirsi applicabile anche il comma 5 dell'art.16 della L.7 marzo 1996 n.108, che concerne la compatibilità dell'esercizio dell'attività di mediazione creditizia con lo svolgimento di altre attività professionali.

E' possibile quindi affermare che, per i promotori finanziari, né il Dlgs 58/1998 né la L. 108/1998 contengono disposizioni di incompatibilità con esercizio della professione di dottore commercialista.

Occorre altresì affermare che il promotore finanziario non è un mediatore creditizio e ad esso non si applicano autonomamente le relative regole. Fattispecie diversa è quella interpretata dalla CONSOB, nella comunicazione del 19 ottobre 2001 inviata ai promotori finanziari: richiamando l'art.16, comma 8, della L. 108 del 1996 l'ente di vigilanza ha affermato che il promotore finanziario "può svolgere l'attività di mediatore creditizio", anche se non iscritto all'apposito albo (n.d.r: dei mediatori creditizi).

Per quanto concerne invece i dottori commercialisti, l'art.3 del DPR 27 ottobre 1953, n.1067, nel disciplinare le ipotesi di incompatibilità con l'esercizio della professione, non elenca né l'attività né la qualità di promotore finanziario. Elenca invece, tra le altre, la qualità di mediatore. Occorre quindi chiarire se e quando i promotori finanziari siano mediatori, oltre al caso sopra citato del promotore finanziario che svolge attività di mediatore creditizio.

Poiché l'iscrizione all'Albo Unico nazionale dei promotori finanziari non costituisce di per sé una causa di incompatibilità con la professione di dottore commercialista, la stessa deve essere ricondotta nell'ambito del più ampio genere dell'attività di mediazione regolata dall'art.1754 del codice civile oppure di esercizio del commercio di cui all'art.3, Ordinamento Professionale.

Diverse conclusioni possono quindi derivare dalla valutazione dell'incompatibilità del dottore commercialista che si iscrive o si è iscritto all'Albo Unico Nazionale dei promotori finanziari.

E' preliminarmente da ricordare che il promotore finanziario può essere:

- a) una persona fisica;
- b) che esercita "professionalmente" l'offerta fuori sede;
- c) in qualità di dipendente, agente o mandatario.

Occorre pertanto esaminare la figura del promotore finanziario anche sotto i tre profili supra c) al fine di correttamente considerare l'incompatibilità con l'esercizio della professione di dottore commercialista.

Sempre preliminarmente ma da ultimo deve essere altresì osservato che tutte le riportate disposizioni concernenti l'attività di promotore finanziario non intendono, o non hanno inteso, in alcun modo derogare all'art.3 del DPR 27 ottobre 1953, n.1067.

A proposito del mediatore, l'art.1754 del codice civile recita che mediatore è colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcune di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza.

Dall'analisi della tipologia di attività, ed in particolare dall'esame delle disposizioni recate dall'art.31 del Dlgs 24 febbraio 1998 e dal regolamento CONSOB 11522 del 1 luglio 1998 appare che l'iscrizione all'albo dei promotori finanziari sia riconducibile ad una particolare fattispecie di mediazione volta al procacciamento di un affare a due o più parti (intermediario finanziario ed investitore) senza essere legato ad alcune di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza. Pertanto è sicuramente da considerare incompatibile con l'esercizio della professione di dottore commercialista l'iscrizione all'Albo Unico Nazionale dei promotori finanziari nella misura in cui detta iscrizione sia finalizzata alla mediazione, ex art.1754 del codice civile ovvero, qualora la persona fisica eserciti professionalmente l'offerta fuori sede in qualità di agente o mandatario, figure in re ipsa riconducibili alla mediazione ovvero all'esercizio del commercio in nome e per conto proprio (art.2195 del codice civile).

Differente ci sembra il caso del "promotore finanziario dipendente" in quanto lo stesso, ai sensi dell'art.1754 del codice civile, che esclude i dipendenti dalla tipologia del mediatore, non

può rientrare nel novero dei mediatori. Pertanto l'iscrizione all'albo dei promotori finanziari in qualità di dipendente, che esercita professionalmente l'offerta fuori sede e fino a che l'attività non venga esercitata autonomamente quale agente o mandatario, o comunque cessi il rapporto di dipendenza che può dar luogo all'attività di promotore finanziario, non è incompatibile con l'esercizio della professione di dottore commercialista. Infatti, l'art.3, del DPR del 27 ottobre 1953, n. 1067 se da un lato include tra le cause di incompatibilità l'assunzione della qualità di mediatore e l'esercizio del commercio, dall'altro esclude a priori la qualità di dipendente quale causa di incompatibilità.

Pertanto, in linea di principio, sono le sole attività che possono essere svolte dal promotore finanziario nella qualità di mediatore o esercente il commercio a rendere incompatibile l'esercizio della professione di dottore commercialista e non quella svolta sotto altra veste: per espressa previsione dell'art.1754 del codice civile è esclusa l'attività di mediazione volta a mettere in relazione due o più parti per la conclusione di un affare qualora vi sia un legame di dipendenza con una delle due parti (nella fattispecie con l'intermediario finanziario).

In conclusione, risultano incompatibili con l'esercizio della professione di dottore commercialista gli iscritti all'Albo Unico Nazionale dei promotori finanziari che:

- a) esercitano l'attività quali agenti o mandatari;
- b) non esercitano l'attività quali dipendenti di un intermediario finanziario.

Per quanto concerne gli iscritti all'Albo unico dei promotori finanziari che non esercitano - e non hanno mai esercitato l'attività quali agenti o mandatari - poiché è solo il concreto esercizio quale dipendente, agente o mandatario che funge da discriminante attraendo il promotore finanziario, rispettivamente tra i dipendenti o i mediatori o gli esercenti il

commercio, è del tutto logico che la condizione di incompatibilità non si verifichi sino a tale momento e rimanga per così dire "sospesa".

Ciò è altresì conforme al fatto che il promotore finanziario non è disciplinato direttamente dall'art.3, Ordinamento Professionale.

Al contrario, il promotore finanziario già iscritto che cessa l'esercizio dell'attività quale agente, rimane comunque incompatibile se mantiene l'iscrizione (trattasi infatti di qualità soggettiva).

Da ultimo si segnala che l'attività del promotore finanziario, dipendente o non, che assurga a livello dell'attività di mediatore creditizio rende pienamente incompatibile il dottore commercialista che esercita tale attività di promotore finanziario/mediatore creditizio.

Per completezza, si segnala la sentenza della corte di cassazione n.10683 del 2003 che ha considerato, relativamente ai notai, lesive della dignità e del decoro della professione l'attività di procacciatore d'affari adibita alla vendita di polizze.

MEDIATORE CREDITIZIO

L'art.3 del DPR 1067/1953, nel disciplinare le ipotesi di incompatibilità con l'esercizio della professione, elenca tra le altre, anche la qualità di mediatore.

Ai sensi dell'art.1754 del codice civile mediatore è colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza. La disciplina generale della mediazione contenuta nella legge 3 febbraio 1989, n.39 inibisce l'esercizio dell'attività di mediazione a tutti gli iscritti in albi, registri e simili.

Infatti, l'art.5 della L. 3 febbraio 1989, n.39 prevede che l'esercizio dell'attività di mediazione è incompatibile:

- a) con qualunque impiego pubblico o privato, fatta eccezione per l'impiego presso imprese o società
aventi per oggetto l'esercizio dell'attività di mediazione;
- b) con l'iscrizione in altri albi, ordini, ruoli o registri e simili;
- c) con l'esercizio in proprio del commercio relativo alla specie di mediazione che si intende esercitare.

Sia per il DPR 1067/1053 che per la L.39/1989 trattasi di fattispecie soggettive, nel senso che l'assunzione della mera qualità di mediatore per il dottore commercialista, o l'iscrizione in altri ruoli, albi od elenchi per il mediatore fa discendere l'incompatibilità pur in assenza di un concreto esercizio delle corrispettive attività.

In tal senso interviene la circolare n.11 del Consiglio Nazionale del 04/08/2003 al punto I.3 "Fattispecie soggettive" della sezione "Casi".

Per quanto concerne il mediatore creditizio, la L. 7 marzo 1996, n.108, recante disposizioni in materia di usura, ha previsto che l'attività di mediazione o di consulenza per la concessione di finanziamenti da parte delle banche o di intermediari finanziari è riservata a soggetti iscritti in un apposito albo tenuto dall'Ufficio Italiano Cambi (UIC). La nuova disciplina è tuttavia entrata in vigore solo successivamente alla pubblicazione del DPR 28 luglio 2000, n.287 che, in attuazione di apposita delega contenuta nella citata L. 108 del 1996, specifica il contenuto dell'attività di mediazione creditizia e fissa le modalità per l'iscrizione e la cancellazione dall'albo e le forme di pubblicità dello stesso.

Il quadro normativo sulla mediazione creditizia, completato dal provvedimento UIC del 4 agosto 2000, prevede dunque gli obblighi per coloro che svolgono attività di mediazione creditizia anche nella forma della consulenza.

Tra i nuovi adempimenti richiesti e di seguito illustrati rilevano in particolare l'obbligo di iscrizione nell'apposito albo tenuto dall'UIC e la soggezione alla normativa antiriciclaggio.

Il decreto n.287 del 2000 individua i soggetti tenuti ad iscriversi nello speciale albo dei mediatori creditizi in tutti coloro che professionalmente, anche se non a titolo esclusivo ovvero abitualmente, mettono in relazione, anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari determinati con la potenziale clientela al fine della concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma.

Gli intermediari finanziari, a cui fa riferimento il citato articolo 2, sono quelli indicati nell'elenco generale e nell'elenco speciale previsti dagli articoli 106 e 107 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Tra le attività rilevanti ai fini dell'applicazione del decreto sono incluse oltre alla concessione di crediti anche il rilascio di garanzie sostitutive

del credito e di impegni di firma, nonché ogni altra attività di finanziamento connessa con operazioni di:

- a) locazione finanziaria;
- b) acquisto di crediti;
- c) credito al consumo, così come definito dall'art.121 del testo unico, fatta eccezione per la forma tecnica della dilazione di pagamento;
- d) credito ipotecario;
- e) prestiti su pegno;
- f) rilascio di fidejussioni, avalli, aperture di credito documentarie, accettazioni, girate nonché impegni a concedere credito. Fanno eccezione le fidejussioni e altri impegni di firma previsti nell'ambito di contratti di fornitura in esclusiva e rilasciati unicamente a banche e intermediari finanziari.

La raccolta di richieste di finanziamento effettuata sulla base di apposite convenzioni stipulate con banche ed intermediari finanziari, non è invece considerata mediazione creditizia qualora sia svolta da:

- iscritti in ruoli, albi o elenchi tenuti da pubbliche autorità, da ordini o da consigli provinciali;
- fornitori di beni e servizi;

nell'ambito delle loro specifiche attività o di quelle strumentali alle stesse.

La legge n.108 del 1996 ha dichiarato compatibile l'attività di mediazione creditizia con lo svolgimento di altre attività professionali.

Infatti l'art.16, comma 5, della citata Legge 108 del 1996 prevede che l'esercizio dell'attività di mediazione creditizia è compatibile con lo svolgimento di altre attività professionali.

La legge ha inoltre chiarito che, analogamente a quanto previsto per la mediazione in generale, non è richiesto il possesso della licenza di polizia prevista dall'art.115 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza.

Fatte queste premesse di ordine generico e sistematico è possibile pervenire alla valutazione della potenziale incompatibilità tra professione di dottore commercialista e mediatore creditizio.

Innanzitutto occorre rilevare che si è in presenza di una professione (dottore commercialista) e di una attività (mediatore creditizio) che l'ordinamento giuridico regola con strumenti e obiettivi differenti. Ciò è tanto più evidente in quanto, per essere dottori commercialisti non è necessario essere mediatori creditizi e per essere mediatori creditizi non è necessario essere dottori commercialisti.

Ai dottori commercialisti è riconosciuta "competenza tecnica" nelle materie finanziarie (tant'è che l'art. 53 del DPR 10/10/1994, n.645 "Tariffa professionale dei dottori commercialisti" disciplina espressamente gli onorari e connesse fattispecie relative alla "competenza finanziaria" senza entrare però nella mediazione e consulenza volta all'ottenimento di finanziamenti).

Ai soggetti iscritti nell'albo istituito presso il Ministero del tesoro, che si avvale dell'UIC, è "riservata" invece l'attività di "mediazione o di consulenza nella concessione di finanziamenti" da parte di banche o di intermediari finanziari.

Trattasi quindi di attività oggettivamente dissimili se è vero che:

- le seconde attengono alla sfera di quei caratteristici esercizi miranti a far concludere un affare finanziario (n.d.r: la legge parla di mediazione, concessione di finanziamenti)

mentre le prime attengono a indipendenti valutazioni di ordine finanziario sulla base della propria competenza;

- le seconde sono oggetto di una "riserva" ed è notorio che non possono sussistere plurime riserve per una medesima attività (in caso contrario si creerebbero situazioni paradossali e confliggenti nella gestione di albi ecc.) mentre le prime sono oggetto di una "attribuzione" riconosciuta dalla Legge.

Appare così evidente come il Legislatore abbia inteso regolamentare le due fattispecie sotto il profilo della incompatibilità:

- a) poiché la normativa generale sulla mediazione (art.5, L. 39/1989) ha disposto l'incompatibilità generica di tutte le attività di mediazione con la mera iscrizione in altri albi, ordini, ruoli ecc., il Legislatore della mediazione creditizia, non ritenendo utile o necessaria tale preclusione per tale fattispecie di mediazione, ne ha sancita in deroga, la compatibilità con "ogni altra attività professionale" e quindi anche con quella di dottore commercialista;
- b) per esercitare attività "riservate" di mediazione o di consulenza nella concessione di finanziamenti occorre iscriversi in apposito albo; ciò non è precluso al dottore commercialista, che, d'altro canto, non può, in base al solo proprio ordinamento professionale, esercitare tale attività in quanto riservata al mediatore creditizio;
- c) la professione di dottore commercialista contiene una propria norma sull'incompatibilità che pone un divieto per qualsiasi qualifica di mediatore assunta, di cui il mediatore creditizio è una specie del più ampio genere.

L'attività di mediazione o consulenza nella concessione di finanziamenti non rientra nell'art.1 del DPR 1067/1953 essendo riservata ad iscritti in altro albo.

Pertanto, senza tale iscrizione il dottore commercialista non può esercitare l'attività di mediazione o consulenza nella concessione di finanziamenti. La predetta iscrizione lo rende, d'altro canto, incompatibile. Occorre quindi operare una scelta, anche tramite l'iscrizione facoltativa e contemporanea nell'elenco speciale di cui all'art.28, ultimo comma, dell'Ordinamento Professionale;

- d) è del tutto evidente che gli iscritti all'albo dei mediatori creditizi sono legittimati ad esercitare altre attività professionali regolamentate da norme che, relativamente all'incompatibilità, non contengono un proprio divieto relativo alla mediazione. Tra quelle contenenti il divieto vi è il DPR 27/10/1953 n.1067, Ordinamento della professione di dottore commercialista;
- e) la L.108 del 1996, e nessuna altra norma è intervenuta a, o ha inteso modificare (quale legge speciale sopravvenuta che supera una precedente) l'art.3 dell'Ordinamento (in senso contrario D'Agnolo, in *Il Commercialista Veneto*, n.149/2003, pag. 6).

Ulteriore finale questione concerne un eventuale parallelismo con la professione di ragioniere e perito commerciale. A questo proposito si rileva che l'art.3, comma 1, del DPR 27/10/1953, n.1068 non dispone un'incompatibilità soggettiva della professione di ragioniere con la qualità di mediatore.

Infatti, "l'esercizio della professione di ragioniere e perito commerciale è incompatibile con l'esercizio della professione di notaio, con l'esercizio del commercio in nome proprio o in nome altrui, con la qualità di ministro di qualunque culto, di giornalista professionista, di agente di cambio, di esattore di pubblici tributi e d'incaricato di gestioni esattoriali".

Per il principio "ubi lex voluit, dixit, ubi noluit taquit" è presente nel nostro ordinamento una legittima disparità di trattamento tra dottori commercialisti e ragionieri liberi

professionisti. Solo per i primi è infatti prevista l'incompatibilità con il mediatore dalla quale discendono le conclusioni sopra riportate.

Elidendo tale divieto per i ragionieri professionisti appare legittima nelle sue conclusioni la circ. 11 del 26/06/2001 del Consiglio Nazionale dei ragionieri. Parimenti, ma all'opposto, appare pienamente legittima nelle sue conclusioni la circ.11 del 04/08/2003 del Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti.