

## LA FIGURA DEL PROMOTORE FINANZIARIO TRA AUTONOMIA E SUBORDINAZIONE

E' proprio un agente di commercio?

di Antonio Belsito

Sommario: 1. Introduzione. 2. La figura del promotore finanziario. 3. Attività con organizzazione autonoma o di terzi. 4. Natura parasubordinata? 5. Enasarco: obbligo di iscrizione. 6/a. Responsabilità del promotore. 6/b. Orientamenti giurisprudenziali. 7. Cessazione del rapporto di lavoro. 8. Conclusioni.

### 1. Introduzione

Questa breve disamina sul promotore finanziario si deve al particolare e interessante ruolo che tale figura ha assunto negli ultimi anni soprattutto dopo l'intervento della normativa del 1991 e relative modificazioni, in seguito alla quale tali collaboratori di istituti di credito hanno ottenuto un primo effettivo riconoscimento giuridico.

Parlare della natura dell'attività lavorativa svolta dal promotore finanziario non è cosa semplice, come sarà meglio esposto in seguito.

Si ha infatti motivo di ritenere che la normativa contenuta nel T.U. del 1998 sia poco chiara e incompleta non aiutando a dirimere contrasti dottrinari né tantomeno a sciogliere i tanti nodi problematici strettamente connessi allo studio di siffatta tipologia di lavoratori.

Si rileva che proprio per superare le questioni interpretative sorte in merito all'obbligatorietà del versamento IRAP sono stati necessari diversi interventi della sezione tributaria della Corte di Cassazione e di circolari della Agenzia delle Entrate pronunciatesi anche interpretando e

qualificando taluni aspetti del rapporto di lavoro.

Numerose le perplessità sulla possibile equiparazione del promotore all'agente di commercio, proposta a più riprese da una parte della dottrina che sceglie di tralasciare le molte inconfutabili diversità che invece emergono dall'analisi comparata delle due figure tra cui la particolare differenza secondo cui l'attività di promotore deve essere svolta da una persona fisica e non da società.

### 2. La figura del promotore finanziario

La legge n. 1 del 1991<sup>1</sup> per la prima volta istituiva la figura degli intermediari finanziari.

Tale normativa, con il D.lgs. n. 415/1996, veniva in buona parte modificata ed abrogata ed in data 24/02/1998<sup>2</sup> entrava in vigore il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria che, all'articolo 31, n. 2 definisce il promotore finanziario come la persona fisica che, in qualità di agente collegato, ai sensi della Direttiva 2004/39/CE, esercita professionalmente "l'attività di

<sup>1</sup> L. 2/01/1991 n. 1 (in Gazz. Uff., 4 gennaio, n. 3) - Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari (in parte modificata ed abrogata dal D.lgs. n. 415/1996).

<sup>2</sup> D.lgs. 24/02/1998 n. 58 - Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52.

*promozione e di collocamento presso il pubblico di strumenti finanziari e di servizi di investimento in luogo diverso dalla sede, legale o secondaria, del soggetto abilitato per il quale opera”.*

Nella pratica i promotori finanziari sono spesso ex bancari che - dopo aver acquisito particolare esperienza e la necessaria competenza nel settore degli investimenti che ben conoscono - **proporgono**, per conto dell'istituto di credito per il quale lavorano, i prodotti di investimento.

L'attività di promotore finanziario è svolta esclusivamente nell'interesse di un solo soggetto.

Il promotore finanziario è identificato come l'unico operatore dell'industria del risparmio gestito, autorizzato ad incontrare i risparmiatori fuori dai consueti luoghi - quali banche, S.G.R. (Società di Gestione Risparmio), S.I.M. (Società di Intermediazione Mobiliare) - per offrire strumenti finanziari o servizi di investimento. E' il soggetto tenuto all'osservanza di norme di comportamento rigide a garanzia dei risparmiatori e svolge un'attività atta a fornire consigli di investimento in base alle esigenze prospettate dal cliente, valutando la sua propensione al rischio, anche sulla base degli *input* di vendita ricevuti dalla stessa società per cui lavora. Ha altresì il compito di aggiornare periodicamente la situazione finanziaria dei propri clienti e, se necessario, proporre eventuali modifiche ai piani di investimento adottati in base all'andamento dei mercati finanziari o alle mutate esigenze della clientela, fornendo così assistenza personalizzata e continua<sup>3</sup>.

Il promotore finanziario può essere soltanto una persona fisica non potendo svolgere tali funzioni una persona giuridica.

Questi deve iscriversi nell'albo speciale tenuto presso la CONSOB e svolgere professionalmente la sua attività soltanto per un intermediario nella qualità di *“agente collegato”*.

<sup>3</sup> Cfr. A. BELSITO, *Il lavoro degli agenti e dei rappresentanti tra autonomia e subordinazione*, Ed. Cacucci, Bari, 2010, pag. 42.

La direttiva 2004/39/Ce ha previsto a sua volta che l'*agente collegato* svolga la propria attività esclusivamente per un solo mandante ovvero vi sia l'obbligo del cd. **monomandato**.

La retribuzione dei promotori, elargita dalla società e mai dai clienti, consta di una quota-parte fissa, una legata al portafoglio clienti ed un'altra prevista in misura percentuale e proporzionale all'attività di nuova raccolta effettuata dal promotore.

L'art. 31, comma 4, D.lgs. n. 58/1998 stabilisce infatti che requisito abilitante allo svolgimento della professione di promotore finanziario su tutto il territorio nazionale sia l'iscrizione all'*albo unico nazionale*<sup>4</sup> istituito presso la CONSOB, cui possono accedere tutti coloro i quali, persone fisiche, siano in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità, abbiano superato l'Esame di Stato<sup>5</sup> indetto dalla CONSOB (con cadenza di tre sessioni per anno) ed abbiano svolto sei mesi di

<sup>4</sup> L'Albo Unico Nazionale è composto da elenchi gestiti da Commissioni Regionali e Provinciali istituite presso le Camere di commercio con sede presso i capoluoghi di regione e le province autonome di Trento e Bolzano. Tali Commissioni sostituiscono l'organismo istituito con il decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 (art. 31) fino ad ora non ancora realmente costituito. Esse oltre ad avere compiti di controllo anche disciplinare sui promotori, si occupano prevalentemente della tenuta e aggiornamento dell'albo, della raccolta delle domande di iscrizione e cancellazione dall'albo, di partecipazione agli esami di idoneità ecc..

<sup>5</sup> L'esame può essere ripetuto una sola volta a distanza di due anni dal primo e consta di una prova scritta consistente in un questionario a risposta multipla (quattro risposte tra le quali andrà individuata quella corretta), di trenta domande da risolvere in trenta minuti vertenti sulle norme che regolano i mercati finanziari, la disciplina normativa e deontologica della professione e una prova orale cui potranno accedere solo i candidati risultati idonei nella prova a test nella quale dovrà rispondere a domande non solo su materie della prova scritta quanto sulla disciplina dei contratti e sulle norme tributarie dei mercati finanziari. Non è necessaria la laurea essendo richiesto il solo titolo del diploma di scuola media superiore.

pratica<sup>6</sup> presso una SIM (Società di intermediazione mobiliare).

Il promotore, considerato imprenditore a tutti gli effetti, è sottoposto alle stesse norme fiscali applicabili al reddito d'impresa.

La banca, la "SIM" o la "SGR" per cui il promotore opera, è responsabile in solido con il promotore stesso in rapporto all'attività da questi svolta nonché rispetto all'eventuale configurarsi di responsabilità penali (si veda avanti).

### 3. Attività con organizzazione autonoma o di terzi

L'indicazione sulla natura dell'attività lavorativa svolta dal promotore finanziario meglio precisata nel paragrafo seguente, cui si rimanda, deve considerarsi altresì legata a talune interessanti recenti indicazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate e dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

A tal proposito, la circolare del 13/06/2008 n. 45/E dell'Agenzia delle Entrate, anche in ossequio alla sentenza della Cassazione n. 8374/2008<sup>7</sup> - nel pronunciarsi in materia di applicazione dell'imposta IRAP - ha stabilito dei criteri distintivi onde poter individuare e qualificare l'esercizio delle varie attività svolte di fatto dai promotori e poterle diversificare e di conseguenza renderle o meno assoggettabili all'imposta predetta.

Stante quanto riferito in questa circolare occorrerebbe in effetti operare un distinguo tra il promotore finanziario esercitante attività d'impresa come qualsiasi altro professionista e colui che svolge invece lavoro autonomo non esplicito con organizzazione di lavoro altrui e con impiego di mezzi eccedenti le necessità richieste per l'esercizio dell'attività.

<sup>6</sup> Per alcune categorie come per esempio i brokers e coloro i quali hanno operato con posizioni direttive per almeno tre anni in istituti di credito la legge contempla la possibilità dell'esonero dal praticantato.

<sup>7</sup> Cass. civ. Sez. trib., 31 marzo 2008 n. 8374.

Secondo la circolare occorrerebbe valutare la differenza intercorrente tra **attività autonoma e autonoma organizzazione** riconducibile al promotore finanziario che svolge la sua attività in qualità di imprenditore commerciale assumendone il rischio (cfr. Cass. 8177/07).

Secondo anche quanto si legge nella citata sentenza n. 8374/2008, i promotori potranno ritenersi lavoratori autonomi qualora impieghino nella loro attività professionale prerogative personali non risultando rilevante l'impiego dei mezzi strumentali.

Si avrà autonoma organizzazione tutte le volte in cui risulti ravvisabile uno dei seguenti requisiti:

- a) utilizzo dei beni strumentali eccedenti per quantità e valore le necessità minime per l'attività d'impresa;
- b) impiego non occasionale del lavoro altrui.

Siffatti principi sono riscontrabili altresì nella sentenza n. 3678/2007<sup>8</sup> ove la Corte di Cassazione seguendo l'interpretazione della Corte Costituzionale ha sottolineato che l'esercizio della professione abituale, ancorché non esclusiva di attività di lavoro autonomo, diversa dall'impresa commerciale costituisce presupposto dell'IRAP qualora si tratti di attività autonomamente organizzata ed il requisito di autonoma organizzazione sussiste tutte le volte in cui il contribuente che eserciti l'attività di lavoro autonomo:

*"a) sia, sotto qualsiasi forma, il responsabile dell'organizzazione e non sia, quindi, inserito in strutture organizzative riferibili ad altrui responsabilità ed interesse;*

*b) impieghi beni strumentali eccedenti le quantità che secondo l'id quod plerumque accidit costituiscono nell'attualità il minimo indispensabile per l'esercizio dell'attività in assenza di organizzazione, oppure si avvalga in modo non occasionale di lavoro altrui".*

<sup>8</sup> Cass. civ. Sez. trib., 16 febbraio 2007 n. 3678. Conforme a Cass. civ. Sez. trib., 5 febbraio 2008 n. 2702.

Invero era già intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza del 21 maggio 2001 n. 156 in tema di assoggettamento all'IRAP (imposta regionale sulle attività produttive) ritenendo che tale imposta "... è pienamente conforme ai principi di uguaglianza e di capacità contributiva".

La Corte aveva evidenziato la legittimità di tale imposta del valore aggiunto prodotto da ogni tipo di attività autonomamente organizzata di carattere imprenditoriale o professionale.

In riferimento alla nozione di impresa la Corte ha ritenuto possibile ipotizzare un'attività professionale svolta in assenza di organizzazione di capitali o di lavoro altrui.

In conclusione, quindi, i promotori finanziari che svolgono la loro attività come autonomi senza stabile organizzazione oppure con rapporto di lavoro dipendente sono esentati dal pagamento dell'IRAP.

Non saranno soggetti al pagamento dell'imposta tutti quei promotori che espletano la loro attività negli uffici della Banca utilizzando magari gli strumenti della stessa, a nulla rilevando l'utilizzo di proprie attrezzature quali ad esempio potrebbero essere i propri computer portatili.

#### 4. Natura parasubordinata?

Sebbene come già specificato, il promotore finanziario possa farsi rientrare tra le figure di lavoratore parasubordinato, va considerato, che la sua attività può talvolta svolgersi secondo i canoni propri della forma subordinata soprattutto qualora sia ravvisabile la sottoposizione al potere disciplinare, di controllo ed alle costanti direttive ovvero quando la sua attività sia espletata in via esclusiva per il committente e soggetta a specifici vincoli di orario.

Molti sono i dubbi afferenti l'esatta qualificazione della attività lavorativa dei promotori, considerato che spesso finiscono per sostituire il personale dirigente di un istituto bancario e svolgere

la loro professione proprio nelle banche o in locali attrezzati e gestiti dalla banca stessa.

Il riferimento, nello specifico, è a tutti quegli uffici che, pur riportando all'esterno l'insegna della Banca che, tra l'altro, provvede spesso a fornire sia l'arredamento che il materiale di cancelleria, nonché l'inequivocabile dicitura di "uffici finanziari", di fatto finiscono con il non vedersi riconosciuta alcuna forma di autonomia<sup>9</sup>.

La giurisprudenza di legittimità chiarisce che: "*Ai fini della configurabilità della natura subordinata del rapporto tra un promotore finanziario ed una società non rileva, in presenza di altri indici utili per la qualificazione del rapporto come autonomo, il pagamento da parte della società del canone di affitto dei locali in cui il promotore svolge l'attività, non potendo essere qualificati come dipendenza della stessa società sulla base del solo pagamento del canone*"<sup>10</sup>.

L'attività di promotore finanziario può invero esercitarsi secondo tre differenti modalità negoziali e precisamente con contratto di agenzia, con contratto di mandato o con rapporto di lavoro subordinato. Volta per volta occorrerà effettuare un'analisi puntuale dell'attività espletata onde accertare l'eventuale sussistenza degli indici rivelatori affinché, secondo il principio di effettività e indipendentemente dal *nomen iuris*, si possa qualificare l'attività espletata.

<sup>9</sup> Cfr. A. BELSITO: op. cit..

<sup>10</sup> Cass. civ. Sez. lav., 24 novembre 2003 n. 17797. Un conto è accertare la competenza territoriale per elaborare un giudizio, altra cosa è poi accertare la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato. "... senza che l'accertamento in ordine alla natura autonoma o subordinata del rapporto possa ritenersi superato per il fatto che il giudice di primo grado abbia ritenuto la propria competenza territoriale considerando i locali di lavoro del procuratore come "dipendenza" dell'azienda, atteso che la pronuncia sulla competenza è limitata a finalità di ordine processuale e non ha autorità di giudicato sulle questioni di merito, essendo la competenza individuata in base alla domanda e non all'oggetto dell'indagine di merito".

Inutile ribadire che se l'attività dovesse risultare svolta sotto le costanti direttive del datore di lavoro, che esercita altresì poteri di controllo e disciplinari, potrà parlarsi di subordinazione. Qualora, al contrario, il lavoratore risultasse esente da vincoli di orario e non fosse sottoposto ai poteri del datore di lavoro sopra citati la sua attività potrebbe essere riconducibile a quelle previste al n. 3 dell'art. 409 c.p.c.. Nel caso in cui, poi, siffatta attività fosse espletata in totale autonomia con propria organizzazione e senza vincoli allora occorrerà qualificarla come lavoro autonomo ex art. 2222 cod. civ..

Spesso accade che la giurisprudenza di legittimità, chiamata a dirimere controversie inerenti l'attività di intermediazione finanziaria, si avvalga delle norme codicistiche in materia di contratti di agenzia anche sulla base del legame che tale figura ha con quella dell'agente di commercio anche se si deve far rilevare che, ad oggi, non esiste un accordo economico collettivo dei promotori finanziari né questi ultimi sono firmatari dell'accordo degli agenti di commercio, elemento questo di non poco conto.

### 5. ENASARCO: obbligo di iscrizione

La legge n. 662/1996, che ha previsto l'assoggettamento dei promotori finanziari ad una gestione speciale INPS, ha altresì instaurato un rapporto di specialità tra il regime della contribuzione INPS e quello della contribuzione ENASARCO.

Motivo questo che spinge taluni uffici istituzionali ad escludere la possibile applicabilità del regime previdenziale ENASARCO ai promotori finanziari.

La questione è controversa poichè qualora si dovesse far riferimento alla L. n. 12/1973, che prevede l'obbligatorietà dell'iscrizione all'ENASARCO, i promotori finanziari che svolgono la loro attività lavorativa autonomamente dovrebbero dar

luogo ad un rapporto giuridico identificabile con il rapporto di agenzia<sup>11</sup>.

A tal proposito nella nota del Ministero del Lavoro del 24/10/2005 si legge: "... a prescindere dal nomen iuris utilizzato dalle parti, l'esistenza di un contratto di agenzia ai sensi dell'art. 1742 cod. civ. determina l'appartenenza dei promotori finanziari alla più ampia categoria degli agenti e rappresentanti di commercio indipendentemente dal fatto che l'attività di promozione si riferisca ad un prodotto finanziario piuttosto che ad un bene materiale o di altro tipo...".

Quanto appena precisato, non sembra comunque mettere fine alle tante perplessità dato l'aspetto anacronistico della questione: la legge cui si fa riferimento in quello scritto (L. 12/1973) così come le disposizioni codicistiche sono invero antecedenti alla legge istitutiva della figura dei promotori finanziari (L. 1/1991 art. 1).

Come già anticipato, molti sono stati nel corso degli anni i conflitti interpretativi che hanno investito i diversi uffici istituzionali. A titolo esemplificativo basterebbe recuperare quanto dedotto dalla Direzione Provinciale del lavoro di Padova nel marzo 2005 - secondo cui ai promotori finanziari non sarebbe applicabile il regime previdenziale ENASARCO - e confrontarlo con la nota appena sopra citata che prevede sia l'obbligatorietà all'iscrizione all'ENASARCO sia il versamento dei contributi integrativi previdenziali.

Orbene se è vero che obbligatorietà dell'iscrizione all'ENASARCO potrebbe significare anche obbligatorietà del versamento dei contributi è altrettanto vero che la L. 662/1996 (successiva alla L. 12/1973 che non conosceva ancora la figura del promotore finanziario) ha previsto espressamente per i promotori

<sup>11</sup> Cfr. Ministero del Lavoro – Direzione Generale per l'attività ispettiva nota del 24/10/2005 (risposta ad istanza di interpello avanzata dalla Fondazione ENASARCO sulla assoggettabilità dei promotori finanziari-agenti all'obbligo contributivo ENASARCO).

finanziari l'assoggettamento di una gestione speciale INPS.

La problematicità dell'argomento e la diatriba che ne è derivata è tutt'altro che superata anche perché se l'interpretazione di cui alla nota Ministeriale fosse così semplicistica verosimilmente non ci sarebbe stata alcuna necessità di ricorrere ad una prima legge istitutiva dei promotori finanziari nel 1991 ed una successiva legge, nel 1996, che prevedesse l'assoggettamento alla gestione speciale INPS.

Probabilmente sarebbe opportuno cominciare a pensare in modo differente, magari prendendo le distanze dal discorso analogico su cui si basa parte della dottrina e propendere per un diverso inquadramento del promotore finanziario quale figura autonoma non così facilmente confondibile con l'agente di commercio.

D'altronde, a ben vedere, mentre l'attività di agenzia può essere svolta anche da una società (l'agente infatti può strutturarsi come società), il promotore deve essere soltanto una persona fisica solitamente priva di autonoma organizzazione.

### 6.a. Responsabilità del promotore

Il promotore finanziario è responsabile<sup>12</sup> solidalmente con l'intermediario per il quale opera, per tutti quei fatti illeciti da lui commessi durante l'esercizio della propria attività lavorativa.

Siffatto vincolo di solidarietà sussiste sempre e non può considerarsi escluso neppure nell'ipotesi in cui il promotore ponga in essere comportamenti dolosi o esorbitanti l'incarico conferitogli.

Anche qualora i danni siano rivenienti da responsabilità penali, le società di intermediazione mobiliare (SIM) risponderebbero in solido con i loro

<sup>12</sup> Art. 31 T.U.I.F. (Testo Unico Intermediazione Finanziaria) D.lgs. 24/02/1998 n. 58: *“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 accertate in sede penale”*.

promotori per i danni da questi arrecati ai terzi.

All'uopo la Suprema Corte pronunziandosi in materia di responsabilità penale ravvisa la responsabilità dell'intermediario anche nel caso di appropriazione indebita di denaro da parte del promotore: *“In tema di intermediazione mobiliare, la mera allegazione del fatto che il cliente abbia consegnato al promotore finanziario somme di denaro con modalità difformi da quelle con cui quest'ultimo sarebbe legittimato a riceverle non vale, in caso di indebita appropriazione di dette somme da parte del promotore, ad interrompere il nesso di causalità esistente tra lo svolgimento dell'attività di promotore e la consumazione dell'illecito e non preclude la possibilità di invocare la responsabilità solidale dell'intermediario. Né un tal fatto può essere addotto dall'intermediario come concausa del danno subito dall'investitore, in conseguenza dell'illecito consumato dal promotore, al fine di ridurre l'ammontare del risarcimento dovuto”*<sup>13</sup>.

In sede civile quella che investe il soggetto intermediario è una forma di responsabilità oggettiva che, a seconda dei casi, può altresì essere qualificata come **responsabilità rinforzata** essendo l'intermediario chiamato a rispondere anche qualora il promotore abbia agito come agente senza rappresentanza.

La responsabilità *de quo*, che esula dalla statuizione ex art. 2049 cod. civ., può anche varcare i confini della responsabilità oggettiva o aquiliana soprattutto se ci si sofferma a leggere la disposizione dell'art. 31 del T.U.I.F. dal cui esame appare chiara la possibilità che si possa ricorrere alla cosiddetta responsabilità mista (contrattuale ed extracontrattuale).

Come si deduce dalla sentenza penale appena sopra citata e come è facilmente intuibile leggendo altre massime della Suprema Corte, i soggetti cui riferirsi sono 3: clienti, promotori e intermediari.

<sup>13</sup> Cass. civ. Sez. pen., 7 maggio 2009 n. 34526.

La giurisprudenza riconosce che *“La banca è responsabile in solido ogni volta che il danno risulta causato dal promotore finanziario nell’ambito delle attività legate alle incombenze di cui il professionista è investito. Il cliente, però, non è esente da colpe se all’atto della richiesta di disinvestimento viola le regole accettando di versare le somme di sua pertinenza sul conto personale del promotore”*<sup>14</sup>.

A confermare tale indirizzo talune decisioni della sezione lavoro della Cassazione (cfr. Cass. civ. Sez. lav. 24 luglio 2009 n. 17393).

### **6.b. Orientamenti giurisprudenziali**

Numerosi sono stati gli interventi operati negli ultimi tempi dalla giurisprudenza di legittimità e di merito sia in materia di responsabilità che in riferimento alla natura giuridica del rapporto di lavoro del promotore finanziario. Qui di seguito si riportano alcuni cenni su massime che sono sembrate particolarmente significative.

In tema di responsabilità indiretta della società di intermediazione mobiliare (S.I.M.) per i danni arrecati a terzi dai promotori finanziari nello svolgimento delle incombenze loro affidate, recente giurisprudenza di legittimità così stabilisce: *“l’accertamento di un rapporto di necessaria occasionalità tra fatto illecito del preposto ed esercizio delle mansioni affidategli comporta l’insorgenza di una responsabilità diretta a carico della società, la cui configurabilità non è preclusa dall’art. 5, comma 4, L. n. 1 del 1991 (ed ora art. 31, comma 3, D.lgs. n. 58 del 1998), il quale si limita a prevedere un’estensione della responsabilità al fatto altrui, non impedendo tuttavia anche l’accertamento della potenziale responsabilità per fatto proprio, ai sensi dell’art. 2055 c.c.”*<sup>15</sup>.

La giurisprudenza di merito chiamata ad esprimersi sulla diligenza dei terzi

ricorda che *“Non è consentito far gravare su di un terzo regole di diligenza imposte dall’ordinamento in capo a soggetti qualificati, quali quelle previste del Regolamento Consob di attuazione del TUIF sulle forme di pagamento ricevibili dal promotore, essendo norme che non configurano un onere di diligenza in capo al risparmiatore, ma sono, al contrario, poste a sua esclusiva tutela”*<sup>16</sup>.

Ed ancora sempre in materia di responsabilità: *“L’art. 31 comma 3 D.lgs. n. 58 del 1998, che pone a carico dell’intermediario la responsabilità solidale per i <<danni arrecati a terzi dal promotore finanziario, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale>>, presuppone che il fatto illecito del promotore sia legato da un nesso di occasionalità necessaria all’esercizio delle incombenze a lui attribuite; la ratio della norma, intesa a responsabilizzare l’intermediario che, nell’ambito del perseguimento della propria attività imprenditoriale, ha accreditato di fronte al pubblico dei possibili investitori determinati soggetti, implicitamente richiede all’intermediario di esercitare un efficace controllo al fine di prevenire o scoprire tempestivamente le eventuali condotte illecite poste in essere dal promotore”*<sup>17</sup>.

Occorre a questo punto ricordare che vi sono decisioni della giurisprudenza di merito che aderiscono all’orientamento secondo cui non vi è automatica sussistenza della responsabilità solidale della SIM e del promotore finanziario, ma correttamente subordinano la responsabilità alla prova della sussistenza della negligenza o malafede del promotore.

Si legge infatti in una sentenza del Tribunale di Bari che la domanda volta a conseguire l’accertamento della responsabilità solidale della SIM e del promotore finanziario ai sensi dell’art. 31, comma 3, D.lgs. n. 58/1998 va rigettata *“...per l’asserita violazione della normativa*

<sup>14</sup> Cass. civ. Sez. III, 11 giugno 2009 n. 13529.

<sup>15</sup> Cass. civ. Sez. I 13 dicembre 2007 n. 26172.

<sup>16</sup> Tribunale di Milano, sez. IV, 01/04/2008, n. 4243.

<sup>17</sup> Tribunale di Torino, sez. I, 05/10/2007.

*in tema di trasparenza dei prodotti finanziari, ed in particolare per non essere stata fornita un'adeguata informazione all'investitore circa i prodotti consigliati, laddove manca la prova della supposta negligenza o malafede del promotore, e, soprattutto, se la domanda appare strutturata a posteriori su uno schema di causa-effetto che da un lato, vede la gestione del portafogli a cura del promotore finanziario e, dall'altro, le perdite subite dall'attrice, in un nesso di consequenzialità immediata e diretta, senza però trovare alcun riscontro probatorio negli atti di causa"*<sup>18</sup>.

### **7. Cessazione del rapporto di lavoro**

Al recesso dal contratto di lavoro sono legate diverse questioni tra le quali le due più interessanti afferiscono la eventualità che il promotore possa contattare la stessa clientela anche una volta avviato un nuovo rapporto di lavoro con altro Istituto di credito e quella riguardante la liquidazione delle spettanze.

Premesso che il promotore finanziario secondo quanto previsto dall'art. 31 del D.lgs. 58/1998 potrebbe avere espletato la propria attività o come lavoratore dipendente ovvero come agente o mandatario, risulta difficile applicare *sic et simpliciter* le disposizioni *ex lege* previste per gli agenti commerciali relativamente al patto di non concorrenza ai promotori trattandosi di una particolare attività non sempre assimilabile a quella dell'agente di commercio.

Bisognerà pertanto valutare caso per caso quali clausole risultino incluse nel contratto di lavoro per poter capire quali gli effettivi vincoli contrattuali cui sottostare, semprechè contenuti nella legalità.

Naturalmente i clienti, in quanto terzi, non sono tenuti a conoscere eventuali clausole vincolanti intercorrenti tra il promotore ed il precedente committente,

ragion per cui il promotore sarà libero di contattare i suoi clienti, che saranno eventualmente liberi di decidere, indipendentemente da tali "contatti", di seguire anche immediatamente il "proprio" promotore.

Tale aspetto di non poco conto non fa che mettere in risalto l'importanza del rapporto interpersonale che si instaura tra promotore e cliente.

Quest'ultimo potrebbe essersi rivolto all'istituto di credito cui il promotore "faceva capo" magari perché a lui legato da vincolo di amicizia o fiducia, poco rilevando il suo "collegamento" con l'Istituto di Credito.

E' di tutta evidenza che nei casi simili a quello appena esposto, neanche la prevista clausola del patto di non concorrenza produrrà alcun effetto.

La Banca infatti non potrà pretendere di trattenere i clienti che, ritenendo più affidabili i rapporti intrattenuti con lo stesso promotore, hanno scelto di seguirlo presso altro Istituto di credito.

Altre problematiche sono connesse alla liquidazione delle spettanze in favore del promotore.

Alla cessazione del rapporto di lavoro al promotore spetta la liquidazione del F.I.R.R. e altre indennità.

Regola generale vuole che l'obbligo di iscrizione all'ENASARCO produca il diritto di ottenere il F.I.R.R. che la banca è tenuta a versare presso tale Ente.

Il F.I.R.R. viene versato dalla ditta proponente ogni anno presso l'ENASARCO che provvede ad accantonarne le relative somme liquidate all'agente, al termine del rapporto di lavoro.

Tale procedura dovrebbe riguardare anche il promotore finanziario.

Infatti la ditta proponente, entro un mese dalla cessazione del rapporto di lavoro, dovrà inviare comunicazione alla fondazione ENASARCO che provvederà alla liquidazione delle somme accantonate direttamente nelle mani del promotore,

<sup>18</sup> Tribunale di Bari, sez. II, 20/03/2007, n. 747.

riconoscendo su tali somme un interesse annuo<sup>19</sup>.

In realtà alcune Banche ritengono di dover trattenere tali importi che provvedono a liquidare entro novanta giorni dalla cessazione del rapporto.

Nella pratica accade spesso che gli istituti di credito, stante le rigide regole cui di solito devono attenersi i promotori nell'espletamento della loro attività, non trovino alcuna difficoltà nel trovare argomenti utili per interrompere il rapporto di lavoro intercorrente con i loro promotori, magari sostenendo la sussistenza di una giusta causa di risoluzione contrattuale, evitando così di pagare il preavviso e le altre indennità spettanti al promotore in caso di risoluzione del rapporto non colpevole.

Si fa presente che il grave inadempimento che le banche sono "abitate" a contestare, oltre ad essere fondato, deve altresì essere adeguatamente provato in sede giudiziaria, cosa che non sempre risulta facile.

A tanto si aggiunga la necessità di un'attenta valutazione di quanto dedotto nel contratto di lavoro che lega la banca al promotore, attesa la più volte già dichiarata difficoltà di individuazione della natura del rapporto.

## 8. Conclusioni

La figura del promotore finanziario lungi dall'essere ben inquadrato nella sfera dei lavoratori autonomi, sembrerebbe più vicina e facilmente confondibile con quella del lavoratore bancario subordinato.

L'orientamento prevalente vuole che il promotore finanziario rientri tra i soggetti genericamente inclusi nel n. 3 dell'art. 409 c.p.c.: cd. lavoratori parasubordinati ai quali la disposizione processuale citata garantisce la tutela dei diritti secondo il rito del lavoro affidandola, per l'appunto, al Giudice del lavoro del luogo ove sia stata espletata l'attività (art. 413 c.p.c.).

Il promotore è un lavoratore "apparentemente autonomo" che espleta la propria attività in uffici posti a disposizione dalla Banca sotto il diretto e costante controllo di un dirigente (dipendente della Banca) addetto "al settore promotori finanziari" proponendo in esclusiva i prodotti finanziari scelti dalla Banca secondo specifiche modalità e precisi termini rigorosamente indicati dallo stesso istituto di credito.

Secondo l'insegnamento costante della S.C. di Cassazione, ormai condiviso dalla dottrina, è qualificabile lavoratore subordinato chi è assoggettato ai poteri direttivi, di controllo e disciplinari del datore di lavoro, elementi questi facilmente riscontrabili nell'analisi del rapporto di lavoro del promotore.

L'art. 31 del T.U.I.F. più volte citato, ha evidenziato espressamente la possibilità che siffatta tipologia di attività venga svolta da lavoratori dipendenti o da lavoratori autonomi in qualità di agenti o mandatari.

Stante quanto appena esposto, risulta infatti oltremodo complicato distinguere la figura del promotore da quella di qualsiasi altro dipendente di banca considerato, da un lato, il rapporto di esclusiva che lo lega all'istituto di credito e, dall'altro, l'espletamento dell'attività che avviene, come già anticipato, proprio negli uffici della stessa filiale.

Si rende pertanto necessaria volta per volta la verifica della eventuale sussistenza del rapporto di lavoro subordinato a prescindere dal *nomen iuris* contrattuale.

Verosimilmente l'indice cui sarebbe opportuno riportarsi per distinguere l'attività del promotore dalle altre risiederebbe nella mancanza del rigido vincolo di osservanza dell'orario di lavoro contrattualmente stabilito.

In effetti qualora si dovesse far riferimento a tutti i requisiti essenziali la cui sussistenza - anche secondo i costanti insegnamenti della Suprema Corte - consente la qualifica di un'attività come subordinata, ci si renderebbe subito conto che troppo spesso siffatta tipologia di

<sup>19</sup> D. BALDUCCI, *Il promotore Finanziario*, III<sup>a</sup> Edizione, ED. FAG, 2006, Milano.

contratto di lavoro mal cela un rapporto di lavoro subordinato a tutti gli effetti.

In particolare quasi sempre si potrà parlare di sottoposizione al potere direttivo poiché in ogni istituto di credito vi è un responsabile dei promotori che costantemente impartisce disposizioni esercitando altresì il potere di controllo sull'operato dei diversi promotori.

Anche la banca esercita il proprio potere di controllo direttamente servendosi dei suoi ispettori, la cui attività viene utilizzata per esercitare un vero e proprio potere disciplinare nei confronti dei promotori, potere che consente all'istituto di credito di contestare eventuali inadempimenti e, qualora ritenuto opportuno, di avviare procedimenti disciplinari a loro carico.

Se pertanto, come appena spiegato, il promotore finanziario che decide di espletare la propria attività negli uffici aventi sede all'interno della filiale, potrà facilmente "perdere" il grado di autonomia riconosciutagli dall'ordinamento giuridico quale lavoratore parasubordinato, purtuttavia tale figura non può confondersi con quella dell'agente di commercio *sic et simpliciter*.

Diverse infatti le "sfumature" che ci consentono di comprenderne le differenze.

Il riferimento è in *primis* alle conseguenze rinvenienti dalla violazione del patto di non concorrenza difficilmente provabile; nella iscrizione alla gestione speciale INPS, prevista per i promotori finanziari, a prescindere dall'obbligo di iscrizione all'ENASARCO; nella promozione di prodotti finanziari e non di semplici beni materiali e di altro tipo come accade per l'agente/rappresentante e in secondo luogo nella non trascurabile circostanza secondo cui l'agente - che può svolgere la sua attività anche come persona giuridica e quindi in forma societaria - non è chiamato alla necessaria presenza fisica all'interno dei locali dell'azienda committente diversamente dal promotore finanziario tenuto all'assidua frequenza dell'ufficio sito nella filiale cui è assegnato.

La figura del promotore per le particolari caratteristiche della sua attività

potrebbe essere comparabile a quella, contemplata dalla normativa in vigore dal 2007 nell'ordinamento iberico del "TR.A.D.E."<sup>20</sup> cioè del lavoratore autonomo in qualità di piccolo imprenditore non necessariamente munito di organizzazione autonoma aziendale.

Verosimilmente la disciplina sui promotori meriterebbe un'attenta rivisitazione onde poter disporre di una normativa più completa ed organica.

---

<sup>20</sup> "TRabajador Autonomo Economicamente Dependiente".