La Corte di giustizia UE, pronunciandosi su un rinvio pregiudiziale del T.a.r. per il Lazio, esclude che il divieto temporaneo di esercizio dell'attività di consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede (misura prevista dall'art. 55, comma 2, del testo unico di cui al d.lgs. n. 58 del 1998) rientri nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2010/78/UE (c.d. direttiva MiFID) o delle disposizioni del Trattato FUE in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, nonché dei principi di non discriminazione e di proporzionalità.

Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. II, sentenza 8 maggio 2019, C-53/18 – *Mastromartino*

Intermediazione finanziaria – Consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede – Sospensione cautelare – Legittimità.

La direttiva n. 2004/39/CE, come modificata dalla direttiva n. 2010/78/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010 (c.d. direttiva MiFID), e segnatamente gli articoli 8, 23, 50 e 51, gli articoli 49 e 56 TFUE, nonché i principi di non discriminazione e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che, in una situazione quale quella in esame nel procedimento principale, un divieto temporaneo di esercizio dell'attività di consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede non rientra né nell'ambito di applicazione di detta direttiva, né in quello degli articoli 49 e 56 TFUE, e neppure in quello dei principi di non discriminazione e di proporzionalità; in una situazione siffatta, gli articoli 8, 23, 50 e 51 della direttiva MiFID, gli articoli 49 e 56 TFUE, nonché i principi di non discriminazione e di proporzionalità non ostano ad un divieto siffatto. (1)

(1) I. – Con la sentenza in rassegna, la Corte di giustizia UE esclude la possibilità – prospettata dal T.a.r. per il Lazio, nel sollevare questione pregiudiziale – che le norme della c.d. direttiva MiFID – *Markets in Financial Instruments Directive* (n. 2004/39/CE, "*Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio*", come modificata dalla direttiva n. 2010/78/UE), nonché le libertà fondamentali garantite dagli artt. 49 e 56 TFUE ed i principi euro-unitari di non discriminazione e di proporzionalità, rendano illegittima la misura prevista dall'art. 55, comma 2, del testo unico sulla finanza (il d.lgs. n. 58 del 1998), norma che, prima della sua abrogazione (sopraggiunta con il d.lgs. n. 129 del 2017), conferiva alla CONSOB il potere di sospendere cautelarmente l'attività del consulente finanziario in caso di applicazione di una misura cautelare personale o di sua imputazione in un processo penale per determinati reati.

Nel giudizio *a quo* il ricorrente - che esercitava l'attività di *consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede* (ex "promotore finanziario", figura nota anche con la denominazione di

"*tied agent*", ossia di "agente collegato" alle imprese di investimento, quale prevista dall'art. 23 della direttiva n. 2004/39/CE) – ha lamentato l'illegittimità del provvedimento con cui la CONSOB, in ragione della pendenza di un procedimento penale a suo carico, lo aveva "sospeso" per la durata di un anno.

Il T.a.r. per il Lazio, sezione II-*quater*, con l'ordinanza 10 gennaio 2018, n. 230, ha dubitato della compatibilità di tale misura sospensiva con la direttiva MiFID, avendo riguardo, in particolare, "*alla peculiare discrezionalità del potere in questione, nonché alla particolare incidenza dei relativi effetti sulla posizione del consulente/promotore*": si tratta, infatti, di un provvedimento che, secondo il rimettente, "*può anche precludere definitivamente al promotore finanziario la possibilità di continuare a svolgere la propria professione, ove venga intaccato il rapporto di fiducia con le imprese mandanti o con la clientela*", la cui durata massima (per come prevista dalla norma, pari ad un anno) "*è del tutto sganciata dalla durata del processo penale sottostante e appare piuttosto configurarsi come una sorta di sanzione (che può eventualmente concorrere con i procedimenti sanzionatori veri e propri previsti dal TUF)*".

In definitiva, si dubitava della compatibilità della misura sospensiva *de qua* con le richiamate disposizioni e principi comunitari sotto due aspetti:

a) contrasto con gli artt. 8, 23, 50 e 51 della direttiva n. 2004/39/CE (come modificata nel 2010), relativa al mercato degli strumenti finanziari, nella parte in cui questa consente limitazioni temporali all'esercizio dell'attività "*solo in relazione alla perdita dei requisiti per l'esercizio della professione, e in particolare dell'onorabilità, ovvero per infrazioni legate alla violazione delle norme attuative della direttiva, commesse nell'esercizio dell'attività di consulente/promotore*", senza quindi consentire soluzioni diverse;
b) contrasto con i principi del diritto UE (ed, in specie, di quelli relativi alle libertà previste dagli articoli 49 e 56 TFUE, unitamente ai principi di non discriminazione e di proporzionalità) i quali, in relazione alle misure nazionali che in qualunque modo restringano l'esercizio delle libertà fondamentali, esige che le fattispecie siano chiare e conformi al requisito della certezza del diritto.

II. – Nell'esaminare i quesiti sollevati dal giudice rimettente, la Corte di giustizia procede, per prima cosa, a verificare se il divieto temporaneo di esercizio dell'attività, di cui all'art. 55, comma 2, del d.lgs. n. 58 del 1998, rientri o meno nell'ambito di applicazione della direttiva MiFID. Al riguardo, il ragionamento del giudice comunitario si articola come segue:

c) la direttiva MiFID, per sua espressa previsione, si applica "*alle imprese di investimento e ai mercati regolamentati*" (articolo 1, paragrafo 1), nonché agli enti creditizi autorizzati che svolgano attività di investimento (articolo 1, paragrafo 2): nel caso di specie, non venendo in considerazione né la gestione di un

mercato regolamentato né alcun ente creditizio del tipo sopra indicato, il possibile ambito di applicabilità rimarrebbe ristretto alla nozione di "*impresa di investimento*" la quale comprende qualsiasi persona giuridica (ovvero, a determinate condizioni, anche persona fisica) "*la cui occupazione o attività abituale consiste nel prestare uno o più servizi di investimento a terzi e/o nell'effettuare una o più attività di investimento a titolo professionale*" (articolo 4, paragrafo 1, numero 1, della direttiva);

d) tuttavia – pur ricordandosi che, se è vero che spetta unicamente al giudice del rinvio, in funzione delle circostanze specifiche della causa dinanzi ad esso pendente, pronunciarsi sull'effettiva qualificazione giuridica del ricorrente, comunque "*ciò non toglie che la Corte è competente a desumere i criteri che detto giudice deve applicare a tal fine*" (con richiamo, qui, alla sentenza 16 novembre 2017, *Robeco Hollands Bezit e a.*, C-658/15, punto 25) – si giunge, nel caso di specie, ad escludere che il ricorrente della causa principale possa integrare la nozione di "*impresa di investimento*"; ciò, sulla base delle seguenti affermazioni:

   d1) quel ricorrente, nell'esercitare la sua attività di intermediazione finanziaria, risulta agire "*sotto la responsabilità e per conto di una sola impresa di investimento*": viene pertanto in considerazione la (diversa) nozione di "*agente collegato*", dalla direttiva definito come la "*persona fisica o giuridica che, sotto la piena e incondizionata responsabilità di una sola impresa di investimento per conto della quale opera, promuove i servizi di investimento e/o servizi accessori presso clienti o potenziali clienti, riceve e trasmette le istruzioni o gli ordini dei clienti riguardanti servizi di investimento o strumenti finanziari, colloca strumenti finanziari e/o presta consulenza ai clienti o potenziali clienti rispetto a detti strumenti o servizi finanziari*" (così il numero 25 dell'art. 4);

   d2) assume rilevanza, in particolare, la circostanza che l'intermediario svolga la propria attività per conto di "*una sola*" impresa di investimento, e non anche per conto di più imprese (posto che, in quest'ultimo caso, egli stesso tornerebbe ad assumere la qualità di "*impresa di investimento*", così come precisato dal considerando n. 36 della direttiva MiFID);

   d3) l'articolo 8 della direttiva MiFID (invocato dal ricorrente, nella causa principale), nell'enunciare le condizioni in base alle quali le autorità competenti possono revocare, ad un'impresa, l'autorizzazione per svolgere le attività che caratterizzano la qualifica di "*impresa di investimento*", è strutturalmente inapplicabile alla diversa nozione di "*agente collegato*" per la quale la stessa direttiva non contempla il rilascio di alcuna autorizzazione;

d4) né può assumere rilevanza l'art. 23 della stessa direttiva (parimenti invocato dal ricorrente e che fissa le condizioni in base alle quali le imprese di investimento possono nominare agenti collegati), disposizione che – osserva la Corte – "*non disciplina l'attività degli agenti collegati in quanto tale, bensì enuncia le condizioni alle quali le imprese di investimento possono fare ricorso a simili agenti*" e neanche "*disciplina le condizioni alle quali le autorità nazionali possono vietare temporaneamente l'attività di agente collegato*"; inoltre, tale art. 23 presuppone, quale requisito affinché le imprese di investimento possano servirsi di agenti collegati, quello che il soggetto scelto sia dotato di sufficiente onorabilità, condizione che, tuttavia, non assume rilievo nell'ambito della causa principale;

d5) ancora, la misura della sospensione temporanea non ricade neppure sotto il (parimenti invocato) articolo 50 della direttiva MiFID, seppur tale disposizione, nel quadro delle attività di indagine e di vigilanza, lascia alle autorità nazionali il potere di "*richiedere la temporanea interdizione dell'esercizio dell'attività professionale*": ciò, perché "*il considerando 38 di tale direttiva precisa che quest'ultima non disciplina le condizioni per l'esercizio di attività al di fuori dei locali dell'impresa di investimento. Orbene, il divieto temporaneo in discussione nel procedimento principale riguarda specificamente l'attività di consulenti finanziari che operano 'fuori sede' non rientranti nell'ambito della direttiva MiFID*";

d6) infine, non può assumere rilevanza nemmeno l'articolo 51, paragrafo 1, della direttiva MiFID (che impone agli Stati membri di prevedere sanzioni amministrative appropriate a carico delle persone responsabili "*nel caso in cui le disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva non siano rispettate*"), proprio perché, per quanto appena detto, i fatti all'origine del procedimento principale, per il fatto di riguardare l'attività di un "*consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede*" (e non di un'impresa di investimento) "*sono privi di qualsiasi correlazione con una violazione delle norme intese a trasporre la citata direttiva*";

e) la Corte passa, quindi, ad occuparsi dei parametri della libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, nonché di quelli costituiti dai principi di non discriminazione e di proporzionalità, giungendo, anche in questo caso, ed alla luce delle caratteristiche della causa principale, alla conclusione che essi non hanno rilevanza con la controversia portata all'attenzione del giudice rimettente e con la figura, *ivi* coinvolta, del *tied agent*; in particolare, la Corte osserva che:

e1) le disposizioni del Trattato FUE in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi non trovano applicazione in una situazione nella quale tutti gli elementi si collochino all'interno di un solo Stato membro (cfr., in tal senso, la sentenza 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, C-268/15, punto 47, in *Foro amm.*, 2016, 2616, solo massima, e la sentenza 14 novembre 2018, *Nova Kreditna Banka Maribor*, C-215/17, punto 41, in *Foro amm.*, 2018, 1879);

e2) pur non potendosi escludere che una normativa nazionale indistintamente applicabile alle attività interne e a quelle transfrontaliere di un *tied agent* possa, in funzione delle circostanze del caso di specie, produrre effetti che non si collocano all'interno di un solo Stato membro, la Corte ricorda che essa, "*in assenza di indicazioni da parte del giudice del rinvio ulteriori rispetto a quella del carattere indistintamente applicabile di tale normativa nazionale, non può ritenere che la domanda di interpretazione pregiudiziale vertente sulle disposizioni del Trattato FUE relative alle libertà fondamentali sia necessaria alla soluzione della controversia pendente dinanzi a detto giudice*" (si richiamano, in tal senso, le già citate sentenze *Ullens de Schooten*, punti 50 e 54, e *Nova Kreditna Banka Maribor*, punti da 42 a 44);

e3) nel caso di specie, precisa la Corte, "*la domanda di pronuncia pregiudiziale non fa emergere alcun elemento concreto che consenta di stabilire un nesso tra l'oggetto o le circostanze della controversia di cui al procedimento principale e l'esercizio, anche solo potenziale, da parte del sig. Mastromartino, delle libertà fondamentali garantite dagli articoli 49 e 56 TFUE*".

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

f) con sentenza 21 dicembre 2018, n. 240 (oggetto della News US n. 7 del 7 gennaio 2019, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti), la Corte costituzionale, a margine di una vicenda per molti versi analoga a quella oggetto della decisione qui in rassegna (concernente la costituzionalità del cumulo della misura della sospensione temporanea dell'attività dell'agente di intermediazione con quella della sua sospensione dall'Albo), ha affermato la natura meramente cautelare, e non anche sanzionatoria, della misura prevista dall'art. 55, comma 2, del d.lgs. n. 58 del 1998 (ciò, a differenza dell'altra misura, quella della sospensione dall'Albo, prevista dall'art. 196 dello stesso d.lgs., la quale ha invece natura sanzionatoria); in particolare, la Corte ha affermato che:

f1) quella di cui si discute costituisce "*una misura di natura cautelare, non sanzionatoria, posta a tutela di un interesse pubblico*", rispondente cioè ad esigenze proprie della funzione pubblica, come tale non assimilabile ad

una sanzione di natura penale; in tale quadro, il potere discrezionale esercitato dalla CONSOB (che è "*un potere avente natura di vigilanza attiva e non sanzionatoria*") implica una ponderazione dei vari interessi in gioco, con bilanciamento tra "*l'interesse generale a che un soggetto accusato di gravi reati non continui a esercitare un'attività delicata, quale è quella di promozione finanziaria*", e l'interesse personale del consulente imputato alla prosecuzione dell'attività professionale;

f2) non può, pertanto, rilevare, nell'applicazione di tale misura sospensiva, ed in raffronto al sottostante profilo di responsabilità penale imputata all'intermediario, alcun profilo di violazione del principio del *ne bis in idem*, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, "*principio che presuppone un cumulo di procedimenti sanzionatori di natura sostanzialmente penale*";

f3) in ogni caso, ha aggiunto la Corte, nelle valutazioni discrezionali che sottendono l'applicazione della misura cautelare di cui all'art. 55, comma 2, cit., l'autorità procedente "*non può non tener conto degli effetti dell'eventuale sospensione subita dal consulente finanziario a titolo di sanzione amministrativa e del periodo di interdizione già disposto dal giudice penale ai sensi dell'art. 308, comma 2, cod. proc. pen., per verificare se residuino ancora ulteriori esigenze di tutela del mercato da salvaguardare*";

g) quanto alla giurisprudenza euro-unitaria sulla direttiva MiFID, oltre alle sentenze della Corte di giustizia UE richiamate dalla decisione in rassegna, cfr. anche, di recente, la sentenza 31 maggio 2018, *Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag*, causa C-542/16 (in *Foro it.*, 2018, IV, 381, con nota di PARDOLESI e BONAVITA), avente ad oggetto le consulenze finanziarie nell'ambito dell'attività di intermediazione assicurativa, afferenti alla conclusione di un contratto di assicurazione sulla vita, le quali, secondo la Corte di Lussemburgo, rientrano nell'ambito di applicazione non della direttiva n. 2004/39/CE, ma della direttiva n. 2002/92/CE ("*Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla intermediazione assicurativa*"), dovendosi ritenere che "*le consulenze relative all'investimento di capitale oggetto del suddetto prodotto siano fornite in modo accessorio*" (nella specie, in sostanza, la controversia era relativa ad un prodotto ibrido, composto da un'assicurazione sulla vita e da un investimento, laddove però era possibile desumere la natura meramente accessoria di quest'ultimo rispetto alla prima);

h) sul piano normativo deve segnalarsi che la direttiva n. 2004/39/CE (nota, ormai, anche come "*MiFID 1*") è stata, recentemente, abrogata e sostituita dalla direttiva n. 2014/65/UE (c.d. "*MiFID 2*"), nel nostro ordinamento recepita con il

d.lgs. n. 129 del 2017 il quale ha, conseguentemente, apportato modifiche al d.lgs. n. 58 del 1998; tra le novità di maggior rilievo introdotte dalla direttiva MiFID 2, in tema di consulenza finanziaria, deve segnalarsi:

h1) l'imposizione di più vasti e penetranti obblighi informativi in particolare in capo all'intermediario che svolga attività di consulenza;

h2) una netta distinzione tra i c.d. servizi di investimento a valore aggiunto (consulenza e gestione individuale del portafoglio) e meri servizi esecutivi (collocamento, ricezione e trasmissione di ordini) svolti dagli intermediari;

h3) la previsione che gli intermediari possano nominare agenti collegati che, oltre a promuovere i servizi tradizionali, prestano il servizio di consulenza;

h4) l'introduzione del nuovo concetto di consulenza su base indipendente, che si differenzia dalla consulenza su base non indipendente (art. 24 della direttiva MiFID 2), con la conseguenza che il promotore finanziario vede ulteriormente rafforzato il suo ruolo di consulente a pieno titolo che svolge attività riservata e soggetta ad autorizzazione;

i) quanto alle novità introdotte dal d.lgs. n. 129 del 2017, si segnala che:

i1) con il nuovo art. 30-*bis* del testo unico, si consente che la prestazione fuori sede dell'attività di consulenza — sino ad oggi riservata ai consulenti a tanto abilitati — sia consentita anche ai consulenti finanziari autonomi ed alle società di consulenza finanziaria;

i2) con particolare riferimento al consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede, ai sensi del comma 2 dell'art. 31 del d.lgs. n. 58 del 1998, come riformato dal d.lgs. n. 129 del 2017, "*L'attività di consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede è svolta esclusivamente nell'interesse di un solo soggetto abilitato. Il consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede promuove e colloca i servizi d'investimento e/o i servizi accessori presso clienti o potenziali clienti, riceve e trasmette le istruzioni o gli ordini dei clienti riguardanti servizi d'investimento o prodotti finanziari, promuove e colloca prodotti finanziari, presta consulenza in materia di investimenti ai clienti o potenziali clienti rispetto a detti prodotti o servizi finanziari. Il consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede può promuovere e collocare contratti relativi alla concessione di finanziamenti o alla prestazione di servizi di pagamento per conto del soggetto abilitato nell'interesse del quale esercita l'attività di offerta fuori sede*";

j) in dottrina, per un'esaustiva ricostruzione delle novità di cui alla direttiva MiFID 2 ed al d.lgs. n. 129 del 2017, cfr. F. DI CIOMMO, *MiFID 2, d.leg. n. 129*

del 2017 e prestazione fuori sede dell'attività di consulenza in materia di investimenti finanziari da parte di consulenti autonomi e società di consulenza, in *Foro it.*, 2018, V, 183 ss.