



Corte II
B-8041/2016

Sentenza del 22 febbraio 2017

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Jean-Luc Baechler, Ronald Flury,
cancelliere Dario Quirici.

Parti

A. _____,

... ,

patrocinata dall'avv. Dr. Matteo Galante,
MAG Legis SA, Via G. B. Pioda 14,
casella postale 6409, 6901 Lugano,
ricorrente,

contro

**Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari
FINMA,**
Laupenstrasse 27, 3003 Berna,
autorità inferiore.

Oggetto

Nomina di un incaricato dell'inchiesta.

Fatti:**A.**

Il 27 settembre 2016, riferendosi ad elementi raccolti nel corso della sorveglianza ordinaria, l'autorità inferiore ha comunicato per scritto alla ricorrente, commerciante in valori mobiliari (CHE-...), l'inizio di un procedimento d'*enforcement* nei suoi confronti, e ciò per sospette lacune nella sua operatività in relazione, sostanzialmente, al sistema di controllo interno e di antiriciclaggio, nonché all'attività con titoli illiquidi e alla gestione dei rischi.

B.

Il 24 novembre 2016, dopo avere sentito la ricorrente, l'autorità inferiore ha nominato, mediante decisione provvisoria, uno specialista indipendente quale incaricato di accertare la fattispecie rilevante (di seguito, l'incaricato dell'inchiesta), definendo gli scopi del suo mandato e autorizzandolo a chiedere congrui anticipi, ed ha nello stesso tempo dichiarato il dispositivo della decisione immediatamente esecutivo, togliendo quindi l'effetto sospensivo ad un eventuale ricorso.

C.

Il 2 dicembre 2016, l'incaricato dell'inchiesta ha invitato la ricorrente a versare un primo anticipo di fr. 50'000.-.

Il 9 dicembre 2016, con lettera anticipata via fax, la ricorrente ha chiesto all'autorità inferiore, paventando in particolare l'importo dei costi dell'inchiesta e l'ampiezza del suo campo di attuazione, di "*riconsiderare la propria decisione provvisoria, restringendo e meglio calibrando la missione affidata all'incaricato dell'inchiesta*".

Il 22 dicembre 2016, l'autorità inferiore ha risposto alla ricorrente che non intravedeva nuovi elementi per modificare la decisione provvisoria da essa emanata.

D.

Il 27 dicembre 2016, la ricorrente ha quindi impugnato la decisione di nomina dell'incaricato dell'inchiesta davanti al Tribunale amministrativo federale (TAF), chiedendo preliminarmente, a titolo cautelare, la restituzione dell'effetto sospensivo al ricorso, e, in via principale, che quest'ultimo sia accolto e la decisione annullata oppure che la causa sia rinviata all'autorità inferiore affinché emani una nuova decisione

ridefinente, alla luce dei principi di proporzionalità e finalità, il mandato dell'incaricato dell'inchiesta. Per quanto necessario, i suoi argomenti saranno dettagliati e valutati nei considerandi.

E.

Il 29 dicembre 2016, mediante decisione incidentale, questo Tribunale ha chiesto alla ricorrente di anticipare, entro il 19 gennaio 2017, le presunte spese processuali di fr. 5'000.—, ciò che è avvenuto puntualmente, ed ha invitato l'autorità inferiore a presentare, entro il 13 gennaio 2017, una presa di posizione sulla domanda di restituzione dell'effetto sospensivo.

F.

Il 2 gennaio 2017, la ricorrente ha inoltrato una richiesta superprovvisoria di restituzione dell'effetto sospensivo, che questo Tribunale ha respinto, mediante decisione incidentale, il 5 gennaio seguente.

G.

Il 13 gennaio 2017, l'autorità inferiore ha trasmesso le sue osservazioni sull'istanza di restituzione dell'effetto sospensivo, di cui chiede il rigetto, esponendo pure le ragioni a fondamento della nomina dell'incaricato dell'inchiesta.

Il 17 gennaio 2017, questo Tribunale ha comunicato per conoscenza alla ricorrente le dette osservazioni, invitando contemporaneamente l'autorità inferiore a formulare, entro il 10 febbraio 2017, una sua eventuale presa di posizione sul merito della causa (avvio del procedimento d'*enforcement* / mandato all'incaricato dell'inchiesta), corredata dei relativi documenti.

H.

Il 23 gennaio 2017, la ricorrente ha inoltrato delle osservazioni spontanee alla sua istanza di restituzione dell'effetto sospensivo, di cui ripropone l'accoglimento, alle quali ha allegato, in particolare, una fattura dell'autorità inferiore di fr. 63'630.—, coprente il periodo d'inchiesta dal 17 maggio al 30 novembre 2016.

Il 26 gennaio 2017, questo Tribunale ha trasmesso le dette osservazioni per conoscenza all'autorità inferiore.

I.

Il 13 febbraio 2017, dando seguito all'ordinanza di questo Tribunale del 17 gennaio 2017, l'autorità inferiore ha fatto pervenire le sue osservazioni munite di due classificatori contenenti diversi atti di procedura, corredata di

un elenco provvisorio degli stessi. In sostanza, l'autorità inferiore ribadisce la fondatezza dell'avvio del procedimento d'*enforcement*, con il relativo mandato attribuito all'incaricato dell'inchiesta, in funzione dei sospetti, menzionati al consid. A, accumulatisi nel corso della vigilanza ordinaria.

Diritto:

1.

La decisione provvisoria di nomina dell'incaricato dell'inchiesta, qui impugnata, è di natura incidentale, dal momento che si inserisce nel solco del procedimento d'*enforcement* avviato dall'autorità inferiore, senza concluderlo (cfr. AUER/MÜLLER/SCHINDLER [ed.], VwVG – Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, n. 2 *ad* art. 45 PA; ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, 2010, pag. 248). Da ciò deriva che la competenza di questo Tribunale a pronunciarsi sul ricorso del 27 dicembre 2016, è pacifica (art. 4 cpv. 1 e 54 cpv. 1 della legge federale del 22 giugno 2007 concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari [LFINMA, RS 956.1]; art. 5 cpv. 2 della legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 [PA, RS 172.021]; art. 31, 32 e 33 lett. h della legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale [LTAF, RS 173.32]).

2.

Premesso che la ricorrente è parte del procedimento d'*enforcement* (art. 48 cpv. 1 PA), che il ricorso, tempestivo (art. 50 cpv. 1 PA), soddisfa alle esigenze di contenuto e di forma (art. 52 cpv. 1 PA), e che l'anticipo equivalente alle presunte spese processuali è stato versato nel termine impartito (art. 63 cpv. 4 PA), per poter pronunciarsi sull'ammissibilità del ricorso, in relazione al carattere incidentale della decisione contestata, è dapprima necessario identificare senza ambiguità l'oggetto del litigio.

2.1

2.1.1 L'oggetto d'impugnazione è delimitato dal dispositivo della decisione provvisoria, il quale concerne la nomina di un incaricato dell'inchiesta e la definizione del suo mandato. Quanto all'oggetto del litigio, circoscritto dal petito del ricorso, esso si traduce principalmente nella richiesta di annullare la decisione impugnata. Ora, considerato che questa domanda non si rapporta alla persona dell'incaricato, come riconosce la stessa ricorrente, l'annullamento puro e semplice della decisione impugnata significherebbe

porre un termine *ex ovo* al procedimento *d'enforcement*, nella misura in cui esso ha cominciato a prendere forma con la nomina dell'incaricato e il quasi simultaneo inizio del suo operare. In altre parole, tramite la richiesta di annullare la decisione impugnata, la ricorrente mira in fondo ad invalidare l'avvio stesso del detto procedimento. Tuttavia, l'avvio del procedimento *d'enforcement* in sé "*non [sic] costituisce un atto interno all'amministrazione e quindi [non costituisce] nemmeno una decisione impugnabile*" (Messaggio sulla LFINMA del 1° febbraio 2006, Foglio federale [FF] 06.017 2676; cfr. la versione tedesca, scevra da contraddizioni: "*Die Eröffnung des Verfahrens an sich stellt aber eine verwaltungsinterne Handlung und damit keine anfechtbare Verfügung dar*", FF 06.017 2881; cfr. anche la versione francese, dello stesso tenore di quella tedesca: "*L'ouverture de la procédure est toutefois un acte interne à l'administration contre lequel il n'est pas possible de recourir*", FF 06.017 2793), ragione per la quale l'autorità inferiore si è limitata a comunicarlo alla ricorrente mediante lo scritto (avviso) del 27 settembre 2016 (art. 30 LFINMA).

2.1.2 In quest'ottica appare dunque chiaro che l'avvio del procedimento *d'enforcement* non può essere oggetto del presente litigio, per cui, dato che la ricorrente sembra voler concludere, perlomeno di riflesso, attraverso l'impugnazione della decisione provvisoria, all'annullamento dell'avvio del detto procedimento (conclusione principale), il ricorso è inammissibile e, di conseguenza, la relativa istanza di ripristino del suo effetto sospensivo è priva d'oggetto.

2.2

2.2.1 Subordinatamente, la ricorrente formula, nel suo petito, previo annullamento della decisione provvisoria, il rinvio della causa all'autorità inferiore per una nuova definizione del mandato dell'incaricato dell'inchiesta, che ne limiti la portata in applicazione dei principi di proporzionalità e finalità. In questo senso, l'oggetto del litigio rispecchiandosi nell'oggetto d'impugnazione (cfr., a titolo illustrativo, DTF 131 V 164 consid. 2.1; sentenze TAF B-5465/2015 e 5527/2015 del 22 settembre 2016, consid. 8.3, nonché B-5796/2014 del 26 marzo 2016, consid. 1.3.1), il ricorso è di principio ammissibile, purché le condizioni speciali previste all'art. 46 cpv. 1 PA (altre decisioni incidentali, i.e. non concernenti la competenza e la ricsuzione [art. 45 PA]), siano adempiute.

2.2.2 Il ricorso contro altre decisioni incidentali notificate separatamente è ammissibile se (a) tali decisioni possono causare un pregiudizio

irreparabile, oppure (b) l'accoglimento del ricorso comporterebbe immediatamente una decisione finale, consentendo di evitare una procedura probatoria defaticante e dispendiosa (art. 46 cpv. 1 PA).

2.2.3 È pacifico che la decisione provvisoria è stata notificata alla ricorrente separatamente; è pure incontrovertibile che l'accoglimento del presente ricorso non comporterebbe alcuna decisione finale sull'opportunità o adeguatezza (art. 49 lett. c PA) di condurre, da parte dell'autorità inferiore, un procedimento amministrativo, con o senza la partecipazione di un incaricato dell'inchiesta, nei confronti della ricorrente (art. 46 cpv. 1 lett. b PA), poiché l'avvio del procedimento d'*enforcement*, che non è impugnabile in quanto tale (cfr. consid. 2.1.1), e la nomina dell'incaricato dell'inchiesta, sono due momenti procedurali chiaramente distinti. Rimane quindi da verificare la condizione del pregiudizio irreparabile (art. 46 cpv. 1 lett. a PA).

2.2.4 Secondo la prassi di questo Tribunale, il pregiudizio irreparabile non deve essere, contrariamente a quanto richiesto per adire il Tribunale federale, di natura giuridica, ma è sufficiente che esso abbia, come per i provvedimenti cautelari nella procedura civile, un carattere fattuale, cosicché l'interesse a ricorrere contro una decisione incidentale può essere tutelato, in funzione delle circostanze del caso, anche se esso si fonda solamente, per esempio, su motivi d'ordine economico, precisato però che un semplice interesse ad evitare l'allungamento dei tempi della procedura o l'aumento dei suoi costi non basta (cfr. AUER/MÜLLER/SCHNEIDER, op. cit., n. 11 *ad* art. 46 PA, e WALDMANN/WEISSENBERGER [ed.], *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2^a ed., 2016, nn. 4 a 7 *ad* art. 46 PA, con i riferimenti a diverse sentenze del Tribunale federale e numerose sentenze TAF).

2.2.5 In concreto, alla luce di quanto da essa esposto, e senza bisogno di vagliare la pertinenza di ogni suo singolo argomento, si può ammettere prudenzialmente che la ricorrente potrebbe subire, in definitiva, un pregiudizio irreparabile, per esempio reputazionale, in seguito all'attività dell'incaricato dell'inchiesta, la quale implica infatti l'accesso ai locali, ai documenti e a tutte le informazioni necessarie della persona sottoposta a vigilanza (cfr. art. 36 cpv. 3 LFINMA), anche se la ricorrente non è stata oggetto, perlomeno finora, di misure conosciute per essere potenzialmente foriere di rischi irreparabili, quali il blocco dei suoi conti bancari (cfr. sentenze del Tribunale federale 4A_611/2011 del 3 gennaio 2012, consid. 4.1, 2A.320/2001 del 5 dicembre 2011, consid. 1b, e 2A.509/1999 del

24 marzo 2000, consid. 1b; cfr. anche TERLINDEN, op. cit., pag. 249 e segg.).

Però, premesso che i costi dell'inchiesta sono per legge a carico della persona sottoposta a vigilanza (art. 36 cpv. 4 LFINMA), è necessario enfatizzare che, contrariamente a quanto pretende la ricorrente (cfr., per es., ricorso, cifre 7 a 10, e osservazioni spontanee, pagg. 3 a 5), e in accordo con il parere dell'autorità inferiore (osservazioni del 13 gennaio 2017, punto 2), il rischio di un pregiudizio irreparabile non deriva e non può derivare dall'importo dei detti costi, sia pure notevole in termini assoluti, considerato che l'autorità inferiore non ha ancora emanato una decisione definitiva finale, con un'apposita cifra nel dispositivo ad essi consacrata, oppure una corrispondente decisione d'accertamento separata, le quali sono entrambe impugnabili davanti a questo Tribunale che dispone di un pieno potere d'esame rispetto al diritto, ai fatti e all'adeguatezza (art. 49 e 54 PA; sentenza TAF B-5407/2012 del 29 settembre 2014, consid. 2.2.2; cfr. anche TERLINDEN, op. cit., pag. 353 e segg.).

2.2.6 Riassumendo, la conclusione subordinata del ricorso (rinvio della causa all'autorità inferiore per ridefinizione del mandato dell'incaricato dell'inchiesta) è ammissibile, per cui nulla osta al suo esame sostanziale, solamente nella misura in cui il rischio della ricorrente di subire un pregiudizio irreparabile non venga rapportato ai costi dell'inchiesta. All'opposto, in quanto la stessa conclusione presupponga che il detto rischio sia inerente ai costi dell'inchiesta, essa è, a questo stadio del procedimento d'*enforcement*, prematura e, come tale, inammissibile.

3.

3.1 L'autorità inferiore può incaricare uno specialista indipendente (incaricato dell'inchiesta) di accertare la fattispecie rilevante presso una persona sottoposta a vigilanza o di attuare i provvedimenti fondati sulla legislazione in materia di vigilanza da essa ordinati (art. 36 cpv. 1 LFINMA). Essa definisce nella decisione di nomina i compiti dell'incaricato dell'inchiesta, e stabilisce in quale misura quest'ultimo deve agire al posto degli organi della persona sottoposta a vigilanza (art. 36 cpv. 2 LFINMA).

3.2 L'autorità inferiore dispone di un ampio ("*weitgehend*") potere d'apprezzamento tecnico ("*technisches Ermessen*") nel determinare come intenda esercitare la sua funzione di vigilanza (DTF 132 II 382 consid. 4.1; cfr. anche sentenza TAF B-7038/2009 del 20 novembre 2009, consid. 1.8). Ciò riguarda, in particolare, la scelta delle misure da adottare nel quadro

dell'inchiesta come, per esempio, la nomina di un incaricato che svolga direttamente sul posto, dove si trova la persona soggetta a sorveglianza, i controlli che si impongono (sentenza TAF B-5407/2012 del 29 settembre 2014, consid. 2.1.1). D'altronde, per procedere alla nomina di un incaricato dell'inchiesta non è necessario che si sia già verificata una specifica violazione della legge (DTF 137 II 284 consid. 4).

3.3 Ora, per giustificare la sua domanda di limitare la portata del mandato affidato all'incaricato dell'inchiesta, la ricorrente afferma che *“non vi è alcun elemento concreto [...] che permetta di ritenere l'esistenza di una qualsivoglia violazione delle norme anti-riciclaggio”* (ricorso, cifra 35). È invece proprio in ragione delle sospette lacune (indizi) nella sua operatività in relazione, sostanzialmente, al sistema di controllo interno e di antiriciclaggio, nonché all'attività con titoli illiquidi e alla gestione dei rischi (cfr. scritto del 27 settembre 2016, menzionato al consid. A), che l'autorità inferiore ha considerato necessario avviare un procedimento amministrativo nei confronti della ricorrente con l'ausilio di un incaricato dell'inchiesta, senza per il momento adottare altre misure (cfr. consid. 2.2.5).

D'altro canto, per tener conto nel miglior modo possibile dell'andamento del procedimento in funzione degli elementi investigativi acquisiti progressivamente, e, dunque, con il dovuto riguardo al principio della proporzionalità, l'autorità inferiore si è espressamente riservata *“il diritto di estendere o limitare in ogni momento il mandato conferito all'incaricato”* (decisione provvisoria, cifra 28 del dispositivo). In questo senso, diversamente da quanto fa la ricorrente (ricorso, cifra 35, pag. 18), la cifra 30 del dispositivo della decisione provvisoria (*“L'incaricato avrà cura di costatare ogni e qualsiasi altro elemento fattuale raffigurante potenziali violazioni di disposizioni legali in materia di vigilanza emerso all'interno del presente mandato [...]”*) non deve e non può essere interpretata come la volontà dell'autorità inferiore di scoprire a tutti i costi, dilettrandosi nell'esercizio di una *“fishing expedition”* (ricorso, cifra 36, pag. 21), eventuali infrazioni alla legislazione finanziaria. La detta cifra non allarga, infatti, il mandato attribuito all'incaricato dell'inchiesta, ma esplicita, per quanto possa occorrere, l'idea che qualsiasi fatto riscontrato nel corso dell'inchiesta, e avente una valenza specifica per la vigilanza, deve essere portato a conoscenza dell'autorità inferiore, conformemente agli scopi della legislazione finanziaria.

Questo conferma peraltro che, in fin dei conti, la questione della proporzionalità dell'estensione del mandato investigativo, nella sua

attuazione concreta, potrà essere sollevata con efficacia dalla ricorrente, se del caso, solamente ad avvenuta conclusione dell'inchiesta, una volta che l'autorità inferiore avrà emanato la sua decisione finale, e ciò tramite un ricorso davanti a questo Tribunale.

Vale la pena ancora aggiungere che, indipendentemente da quanto potrà succedere più tardi, la questione del pregiudizio irreparabile inerente allo svolgimento stesso dell'inchiesta, ammesso pregiudizialmente come presupposto per poter entrare nel merito del presente ricorso (cfr. consid. 2.2.4), avrebbe potuto essere valutata, date le garanzie, appena evocate, relative al carattere modulabile del mandato investigativo, e l'assenza di altre misure (cfr. consid. 2.2.5), anche in modo più severo.

3.4 Alla luce delle considerazioni sopraesposte questo Tribunale deve così constatare che l'autorità inferiore non ha violato il diritto federale (art. 49 lett. a e c PA) nel definire il mandato dell'incaricato dell'inchiesta mediante la decisione provvisoria del 24 novembre 2016, dimodoché la conclusione subordinata del ricorso, rivelandosi infondata, deve essere respinta. Di riflesso, non essendo più necessario trattare la questione del ripristino dell'effetto sospensivo, la relativa istanza diventa priva d'oggetto.

4.

In sintesi, il ricorso è respinto nella misura della sua ammissibilità e l'istanza di restituzione dell'effetto sospensivo è dichiarata priva d'oggetto.

5.

Alla ricorrente è trasmessa una copia delle osservazioni dell'autorità inferiore, del 10 febbraio 2017, con il relativo elenco provvisorio degli atti del procedimento. In proposito occorre sottolineare che, per quanto si riferiscano al merito del litigio, le stesse non influiscono sull'esito della presente procedura, tenuto conto, come già rilevato, dell'intrinseca prematurità del ricorso in assenza di una decisione finale dell'autorità inferiore.

6.

Le spese processuali, consistenti in una tassa di decisione, nelle tasse di cancelleria nonché negli esborsi, incluse le spese derivanti dalla decisione incidentale superprovvisoria del 5 gennaio 2017, sono fissate a fr. 3'500.– e poste a carico della ricorrente che soccombe (art. 63 cpv. 1 PA). Di conseguenza, a quest'ultima sono restituiti fr. 1'500.– da prelevare sul suo anticipo di fr. 5'000.–.

Per quanto concerne le spese ripetibili, alla ricorrente non si assegna alcuna indennità, conformemente al principio della soccombenza (art. 64 cpv. 1 PA *a contrario*). Lo stesso vale per l'autorità inferiore, considerato che le autorità federali non hanno diritto a un'indennità a titolo di ripetibili (art. 7 cpv. 3 del regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale [TS-TAF, RS 173.320.2]).

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Il ricorso è respinto nella misura della sua ammissibilità.

2.

L'istanza di restituzione dell'effetto sospensivo è priva d'oggetto.

3.

Le spese processuali, fissate a fr. 3'500.–, sono messe a carico della ricorrente e detratte dal suo anticipo di fr. 5'000.–. Alla ricorrente saranno restituiti i rimanenti fr. 1'500.– dell'anticipo, dopo il passaggio in giudicato della presente sentenza.

4.

Non si accordano indennità per spese ripetibili.

5.

Alla ricorrente è trasmessa una copia delle osservazioni dell'autorità inferiore, del 10 febbraio 2017, con il relativo elenco provvisorio degli atti del procedimento.

6.

Comunicazione:

- alla ricorrente (atto giudiziario; allegati: come da cifra 5 e formulario "indirizzo per il pagamento");
- all'autorità inferiore (n. di rif. ...; atto giudiziario).

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Il presidente del collegio:

Il cancelliere:

Francesco Brentani

Dario Quirici

Rimedi giuridici:

Contro la presente decisione può essere interposto ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro un termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 e segg., 90 e segg. e 100 LTF). Gli atti scritti devono essere redatti in una lingua ufficiale, contenere le conclusioni, i motivi e l'indicazione dei mezzi di prova ed essere firmati. La decisione impugnata e – se in possesso della parte ricorrente – i documenti indicati come mezzi di prova devono essere allegati (art. 42 LTF).

Data di spedizione: 23 febbraio 2017