

# **BVGer B-5051/2012 vom 10. April 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-04-10, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-5051\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5051_2012)

FR: TAF B-5051/2012 du 10 avril 2014

IT: TAF B-5051/2012 del 10 aprile 2014

## **Regeste**

Vigilanza dei mercati finanziari

## **Erwägungen**

### **E. 4**

Visto che l'apertura del fallimento in data 24 agosto 2012, si è rivelata giustificata, occorre quindi rivenire sulla questione se la ricorrente dispone ancora di un interesse attuale in riferimento alle rimanenti censure sollevate nel ricorso interposto contro la decisione di messa in liquidazione a titolo di provvedimento di vigilanza (procedimento B 3143/2012). Tuttavia, la questione può finalmente restare aperta visto che, come si vedrà nei considerandi seguenti, tali censure sono in ogni modo destinate all'insuccesso.

### **E. 5**

Avverso la decisione della FINMA del 7 giugno 2012, la ricorrente ha presentato svariati memoriali. In un primo tempo essa ha presentato, come si è visto, un ricorso datato 12 giugno 2012, le cui domande di giudizio si riferiscono esclusivamente alle misure cautelari pronunciate dalla FINMA. Ancor prima che quest'ultima presentasse le sue osservazioni al riguardo, la ricorrente ha prodotto, il 19 giugno 2012, un "mémoire complémentaire", anch'esso riferito esclusivamente alle citate misure provvisoriale. Il 22 giugno 2012 essa ha, infine, presentato un nuovo memoriale, intitolato "ricorso" e suddiviso in sei parti intitolate "in ordine al presente ricorso", "in diritto (misure cautelari)", "inutilizzabilità della motivazione della FINMA a causa di difetti procedurali insanabili", "carezza dei requisiti per la messa in liquidazione di X. SA", "violazione dell'ordinanza datata 21.6.2012 del giudice istruttore del TAF" e "misure istruttorie nel merito". Questo Tribunale si è già pronunciato in merito alla domanda volta al ripristino dell'effetto sospensivo e, di conseguenza, sulle contestate misure cautelari adottate dall'autorità inferiore con decisione incidentale del 26 luglio 2012, confermata dal Tribunale federale con sentenza del 29 novembre 2012. Si può quindi rinunciare a un nuovo esame delle censure contenute nei memoriali del 12 giugno 2012 e del 19 giugno 2012 - integralmente dedicati alle contestate misure provvisoriale - come anche a quelle riferite a tale aspetto contenute nel capitolo intitolato "in diritto (misure cautelari)" del nuovo ricorso del 22 giugno 2012.

#### **E. 5.1**

Prima di esaminare le censure della ricorrente occorre descrivere brevemente gli sviluppi della procedura dinanzi all'autorità inferiore, così come si presentano in base agli atti. Infatti, già pochi giorni dopo la presentazione dell'istanza, il 30 agosto 2010, la FINMA ha comunicato a X. di ravvisare "evidenti problemi di tenuta della contabilità e di violazioni sistematiche di carattere penale", invitando X. a ritirare la richiesta oppure a domandare l'emanazione di una decisione impugnabile (atti FINMA A 765). Dagli atti si evince inoltre

che poco dopo questa lettera, la FINMA ha inviato un rapporto della società di M. \_\_\_\_\_ SA (M.), concernente l'attività in seno a X. La ricorrente ha chiesto con scritto del 20 settembre 2010 di conoscere i motivi di questa decisione, l'indicazione di fatto e delle prove. Attraverso lo stesso scritto X. ha comunicato di considerare la predetta lettera come una decisione e ne ha richiesto il riesame. Essa ha fornito una presa di posizione sul rapporto di M. ed ha richiesto l'accesso agli atti della procedura, nonché l'ossequio del diritto di essere sentito. Il 25 gennaio 2011 si è tenuto un incontro tra X. e la FINMA. In tale incontro, X. ha potuto spiegare la propria attività, come essa è nata e come era previsto che evolvesse. Con lettera del 21 aprile 2011 (atti FINMA A-844) la ricorrente dichiara quanto segue: "X. et ses organes avaient vivement apprécié la possibilité d'être entendu lors de la rencontre auprès de vos bureaux." Tuttavia, durante l'incontro del 25 gennaio 2011, la FINMA ha comunicato che diverse questioni rimanevano aperte ed ha chiesto se la società potesse eventualmente accettare un controllo da parte di uno specialista indipendente, disponibilità che X. ha dato. Il 1° aprile 2011 X. ha interposto presso la FINMA un'ulteriore istanza di riesame concernente la decisione di nominare un incaricato dell'inchiesta chiedendo nel contempo l'accesso agli atti della FINMA, e, il 21 aprile 2011, ha sollecitato una risposta all'istanza del 1 aprile 2011, esigendo inoltre, in ossequio al diritto di essere sentito, di prendere posizione sul mandato prima che esso fosse affidato allo specialista indipendente. Con lettera del 9 giugno 2011, la FINMA ha dichiarato, fra altro, che il mandato sarebbe conferito allo specialista indipendente senza previa discussione con X. delle modalità di esecuzione dello stesso. La decisione sul mandato degli incaricati dell'inchiesta presso X. (e Y.) è stata rilasciata il 28 luglio 2011. Il rapporto degli incaricati dell'inchiesta del 4 ottobre 2011 è stato trasmesso alla ricorrente il 10 ottobre 2011, insieme con un invito a prendere posizione in merito al medesimo rapporto. X. ha inoltrato alla FINMA delle osservazioni al rapporto degli incaricati d'inchiesta il 21 novembre 2011, e ha presentato dei complementi il 3 gennaio 2012. Con lettera del 2 marzo 2012, la FINMA ha ricordato al patrocinatore di X. che essa non può svolgere attività di commerciante ai sensi della LBVM, fintanto che nessun'autorizzazione è rilasciata. Con lettera del 29 marzo 2012, la ricorrente ha chiesto di sospendere la procedura di autorizzazione avviata a seguito dell'istanza del 20 agosto 2010. Come è noto, la decisione impugnata è poi stata rilasciata il 7 giugno 2012.

## **E. 5.2**

Rispetto alla presunta assenza dei requisiti per pronunciare la liquidazione di X., in quanto si riferiscano ad una asserita violazione del principio di proporzionalità, si rileva di nuovo che una società che esercita un'attività bancaria o di commerciante di effetti mobiliari senza disporre della necessaria autorizzazione perde il diritto di esercitare tale attività (cfr. sopra, consid. 2.4, art. 37 cpv. 2 e 3 LFINMA per analogia). Le ulteriori conseguenze della revoca rispettivamente della constatazione dell'esercizio di un'attività bancaria senza autorizzazione sono disciplinate dalle pertinenti leggi sui mercati finanziari. L'art. 36 LBVM dispone che in tali casi è determinato lo scioglimento della persona giuridica. Lo stesso articolo dispone inoltre che la FINMA disegna il liquidatore e ne sorveglia l'attività. Le misure pronunciate dalla FINMA devono rispettare - come ogni altro agire dello Stato - il principio di proporzionalità. In altri termini, esse non possono andare oltre a quanto necessario per ripristinare una situazione conforme al diritto e devono essere atte a impedire che delle attività non autorizzate vengano nuovamente esercitate (DTF 136 II 43, consid. 3.2; sentenza del Tribunale federale 2C\_71/2011 del 26 gennaio 2012, consid. 2.3). Nell'evenienza, al momento della contestata decisione del 7 giugno 2012, X. esercitava

un'unica attività, quella di commerciante di valori mobiliari per conto proprio. L'attività in concreto svolta dalla ricorrente presupponeva un'autorizzazione quale commerciante di valori mobiliari, della quale la ricorrente non disponeva. Un'altra attività non è né ravvisabile dagli atti, né affermata in maniera convincente dalla ricorrente, essendo la pretesa distinzione tra transazione con e senza rischio per il mercato irrilevante. Visto il superamento della soglia dei 5 miliardi di franchi sia al momento della richiesta dell'autorizzazione, sia nel 2011 e al momento del rilascio della decisione impugnata del 7 giugno 2012, nonostante l'avviso espresso della FINMA, (cfr. lettera della FINMA del 2 marzo 2012, atti FINMA A-1330), non c'erano elementi concreti per ritenere che X. avrebbe rispettato tale limite nel futuro. La richiesta di rilascio di una siffatta autorizzazione è stata respinta dalla FINMA con la decisione impugnata del 7 giugno 2012 e X., nel suo gravame avverso tale decisione, non contesta il diniego dell'autorizzazione, che è pertanto passato in giudicato. In sintesi, la ricorrente esercitava un'attività soggetta ad autorizzazione senza disporre di quest'ultima e un suo rilascio a posteriori appare in ogni caso escluso, essendone il diniego passato in giudicato. La liquidazione appare quindi essere l'unico mezzo per impedire una continuazione dell'attività illegale della ricorrente e si avvera quindi giustificata. Il ricorso, al riguardo, è quindi destinato all'insuccesso.

### **E. 5.3**

Nella decisione del 7 giugno 2012 l'autorità inferiore ha infine ritenuto che, oltre a svolgere un'attività senza disporre della necessaria autorizzazione, X. abbia anche violato le norme in materia di riciclaggio di denaro e fornito all'autorità informazioni inveritiere in merito al perimetro di consolidamento e all'attività svolta. Tali infrazioni non sarebbero compatibili con la garanzia di un'attività irreprensibile. La garanzia di un'attività irreprensibile è una delle condizioni per il rilascio di un'autorizzazione quale commerciante di valori mobiliari (art. 10 cpv. 2 lett. d LBVM). Non contestando la ricorrente - neppure in via subordinata - il diniego di tale autorizzazione, non occorre soffermarsi sulle censure da lei sollevate in merito alle infrazioni rimproverate dall'autorità inferiore. Tali censure, espunte nel capitolo sulla carenza dei requisiti per la messa in liquidazione di X., concernono anzitutto l'asserita mancanza di indizi e di prove riguardo alla violazione di norme antiriciclaggio e la mancanza di prove riguardo all'asserita violazione dell'obbligo di fornire informazioni alla FINMA (cfr. nm 94 ss del ricorso, nm 108 ss del ricorso del 22 giugno 2012). Del resto, come si è visto, il semplice e unico esercizio di un'attività senza autorizzazione è, da sola, sufficiente per giustificare la liquidazione di X.

### **E. 5.4**

Nel capitolo intitolato "inutilizzabilità della motivazione della FINMA a causa di difetti procedurali insanabili", la ricorrente solleva svariate censure di carattere procedurale. In particolare, essa rimprovera all'autorità inferiore una "violazione del principio di celerità", una "violazione dell'obbligo di fairness", una "violazione del diritto di essere sentito" e una "violazione del principio nemo tenetur".

#### **E. 5.4.1**

In relazione all'asserita violazione del principio di celerità, la ricorrente conclude che "si dovrà ora spiegare per quali ragioni di urgenza tale decisione e le misure provvisoriale siano state adottate inaudita alter pars [sic!], malgrado i mesi durante i quali la FINMA disponeva del tempo necessario per ascoltare la X. anche riguardo agli sviluppi che erano intervenuti a partire dalla data della presentazione dell'istanza, ossia dal 20 agosto 2010, quasi due anni

dalla decisione qui impugnata". In sostanza, per quanto pare di capire, la ricorrente mette in dubbio l'urgenza delle misure provvisorie pronunciate. Tali misure sono però già state oggetto della decisione incidentale del 26 luglio 2012 e della susseguente sentenza del Tribunale federale del 29 novembre 2012, sicché non vi è motivo di chinarsi ulteriormente sulla questione.

#### **E. 5.4.2**

Nei capoversi dedicati alla presunta violazione dell'obbligo di fairness e del diritto di essere sentito la ricorrente spiega inoltre, in modo inutilmente ripetitivo, di essere stata sorpresa dalla decisione impugnata del 7 giugno 2012, che mai in precedenza le sarebbe stata prospettata. Dalla procedura descritta qui sopra non si possono dedurre degli elementi che permettano di sostenere gli argomenti della ricorrente in quanto all'asserita violazione del diritto di essere sentito. Per menzionare solo una parte dell'abbondante corrispondenza, la ricorrente ha avuto l'occasione di pronunciarsi sia sul rapporto M., sia su quello degli incaricati dell'inchiesta, nonché la possibilità di presentare il suo punto di vista nell'incontro del 25 gennaio 2011, che la ricorrente avrebbe "apprezzato vivamente" (cfr. sopra, consid. 5.1). Anche nell'ipotesi poco probabile che un'eventuale violazione del diritto di essere sentito possa essere ammessa, è però in ogni caso stata sanata nella presente procedura di ricorso, nella quale la ricorrente ha esposto, più volte, il suo punto di vista in modo dettagliato (cfr. Pierre Tschannen / Ulrich Zimmerli / Markus Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3a ed., Berna 2009, pag. 276, con riferimenti). In riferimento alla presunta violazione dell'obbligo di fairness, la ricorrente pretende poi che nella procedura condotta dall'autorità inferiore vi sarebbero stati numerosi tempi morti. La FINMA avrebbe quindi confermato per atti concludenti l'assenza di pericoli dell'attività di X. per creditori, terzi e la reputazione della piazza finanziaria. Il ragionamento della ricorrente non può essere seguito. Infatti, già pochi giorni dopo la presentazione dell'istanza, il 30 agosto 2010 (cfr. anche sopra, consid. 5.1), la FINMA ha comunicato a X. di ravvisare "evidenti problemi di tenuta della contabilità e di violazione sistematiche di carattere penale", invitando X. a ritirare la richiesta oppure a domandare l'emanazione di una decisione impugnabile (atti FINMA A 765). Non si può quindi ammettere che l'autorità inferiore abbia mai avvalorato, tantomeno per atti concludenti, l'agire di X. Anzi, in riferimento ai presunti tempi morti occorre aggiungere che è stata la ricorrente stessa che ha contribuito alla prolungazione della procedura. Dagli scritti scambiati si evince che X. ha parzialmente agito sul piano del confronto procedurale, parzialmente sul piano della cooperazione. Da questo comportamento è emersa una certa confusione procedurale, circostanza che ha contribuito al rilascio della decisione sul mandato degli incaricati dell'inchiesta presso X. (e Y.) unicamente in data 28 luglio 2011. Sempre in riferimento ai presunti tempi morti appare quindi incomprensibile perché la ricorrente abbia chiesto infine con lettera, del 29 marzo 2012, la sospensione della procedura. In sintesi, nella procedura appena descritta in base agli atti (cfr. sopra, consid. 5.1) non sono quindi ravvisabili dei motivi che permettano di dedurre che la FINMA abbia violato il principio di fairness o il diritto di essere sentito. L'assunzione delle postulate "misure istruttorie nel merito" (sesta parte del ricorso del 22 giugno 2012) - riferite unicamente all'asserita violazione del principio di fairness e del diritto di essere sentito - si rivela così superflua e va respinta.

#### **E. 5.4.3**

Nel capitolo definito "violazione del principio nemo tenetur" la ricorrente osserva quando segue: "Durante l'intera procedura conseguente alla domanda di autorizzazione, tutta la

documentazione e le informazioni vennero fornite allo scopo di agevolare la decisione riguardo alla domanda di autorizzazione. In realtà, a partire da una certa data, tuttora ignota, all'interno della FINMA si decise una utilizzazione a carico di persone della X. e di altre società, al punto di concludere con accuse di carattere penale (ossia le numerose contenute nella motivazione) e addirittura con la decisione di trasmettere l'incarto al Ministero pubblico del Cantone Ticino (cap. 152). Pertanto, a partire da quel momento, sarebbe stato necessario, in ossequio alla fairness, informare la X., i membri dei suoi organi e i suoi dipendenti del fatto che tutte le osservazioni, dichiarazioni e documentazioni raccolte venivano utilizzate contro queste persone, prospettandosi addirittura un procedimento penale. È stato così pesantemente violato il principio riconosciuto anche in diritto amministrativo che si esprime con il proverbio "nemo tenetur se ipsum detegere atque accusare". La grave incompatibilità della concentrazione all'interno della FINMA di istruttorie riguardanti domande di autorizzazione, da una parte, e istruttorie di carattere sanzionatorio, appartenenti al diritto penale amministrativo e ordinario, è già stato oggetto di numerose critiche in dottrina (cfr. Bernasconi Paolo, *Banken und Finanzintermediäre im Verfahrensgestrüpp*, in: SZW/RSDA 6/2011, p. 577-584). Infatti, non è ammissibile una incongruenza all'interno del sistema processuale svizzero per cui, quando una persona si trova accusata nel procedimento penale beneficia di tutte le garanzie previste dal CPP, mentre invece, quando una persona è, perlomeno di fatto, accusata in un procedimento davanti alla FINMA, non beneficia di nessuna di queste garanzie. Il risultato di questa discrepanza è notorio: tutte le dichiarazioni e i mezzi di prova raccolti in violazione delle garanzie procedurali fondamentali sono inutilizzabili" (ricorso del 22 giugno 2012, pag. 22 e segg.). Essendo una materia regolamentata sia dal diritto penale, sia dal diritto amministrativo, l'obbligo di cooperazione ai sensi dell'art. 13 PA rispettivamente dell'art. 25 LFINMA, e il principio nemo tenetur sancito dall'art. 6 cifra 1 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, entrata in vigore per la Svizzera il 28 novembre 1974 (CEDU; RS 0.101), e dall'art. 14 cifra 3 lett. g del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, entrata in vigore per la Svizzera il 18 settembre 1992 (Patto ONU II, RS 0.103.2) possono entrare in conflitto (cfr. Simon Roth, *Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren*, Jusletter, 17 febbraio 2014 con numerosi rinvii sulla prassi abbondante della Corte europea dei diritti dell'uomo e sulla dottrina esistente). In linea di massima, il principio nemo tenetur è quindi anche applicabile nell'ambito della vigilanza sui mercati finanziari, se la misura concretamente imposta è di carattere penale. Se ciò è il caso si determina nell'esame del caso concreto (cfr. decisione del Tribunale amministrativo federale del 10 dicembre 2013 B-1186/2013, consid. 5.1 con rinvii; in maniera dettagliata decisione del Tribunale amministrativo federale del 19 maggio 2011 B-4066/2010, consid. 8.2 ss.) Riferite al caso concreto, le censure sollevate dalla ricorrente sono tuttavia, per quanto pare di capire, indirizzate avverso all'intenzione espressa dall'autorità inferiore di segnalare il caso al Ministero pubblico del Cantone Ticino (decisione impugnata del 7 giugno 2012, n. 152). La ricorrente critica pertanto l'utilizzabilità delle prove nell'ambito di una procedura penale, ma non pretende che le misure impugate fossero di carattere penale. Sull'utilizzabilità delle prove raccolte dalla FINMA nell'ambito di un procedimento penale o eventualmente nell'ambito dell'assistenza amministrativa o giuridica dovranno tuttavia in ogni caso pronunciarsi le competenti autorità di perseguimento penale, sicché la censura è - nella presente procedura di diritto amministrativo - irrilevante. Si osserva inoltre che le presunte "accuse di carattere penale" hanno condotto unicamente al diniego dell'autorizzazione e che

tale aspetto non è stato impugnato dinnanzi a questo Tribunale. Anche il volume totale delle contrattazioni accertato dagli incaricati dall'inchiesta e dalla FINMA non è, del resto, mai stato contestato dalla ricorrente, la quale, al riguardo, si è limitata a sostenere che talune di esse non debbano essere considerate nel computo del limite di 5 miliardi di franchi. Anche sotto questo punto di vista, la censura è quindi inconferente.

### **E. 5.5**

Nella parte finale del suo gravame del 22 giugno 2012, la ricorrente sostiene che l'ordinanza del giudice dell'istruzione del 21 giugno 2012 (recte: 20 giugno 2012) sarebbe stata disattesa dalla FINMA. La critica è di natura meramente appellatoria, non essendo in tale contesto stata formulata alcuna conclusione. Una disamina al riguardo è quindi superflua. 6. In riassunto, occorre quindi constatare che alla luce dei considerandi precedenti la ricorrente è soggetta all'obbligo dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 10 LBVM. Come si è visto, la ricorrente ha superato o al più tardi a partire dal 2010, la soglia dei 5 miliardi di franchi. Ciò significa che la ricorrente stava svolgendo un'attività assoggettata alla LBVM senza disporre della necessaria autorizzazione. La conseguenza giuridica che ne deriva per legge è la perdita del diritto di esercitare tale attività (cfr. art. 37 cpv. 2 e 3 LFINMA per analogia) (cfr. sopra, consid. 2.4). La liquidazione appare inoltre essere l'unico mezzo per impedire una continuazione dell'attività illegale della ricorrente e si avvera quindi giustificata (cfr. sopra, consid. 5.2). Dall'assoggettamento alla LBVM deriva inoltre che la FINMA è competente per pronunciare il fallimento di X. (cfr. sopra, consid. 2.4.). Al momento del rilascio della decisione sull'apertura di fallimento la ricorrente era da considerare sovraindebitata (cfr. sopra, consid. 3.4.6.3) e la rispettiva decisione si rileva inoltre conforme al principio di proporzionalità (cfr. sopra, consid. 3.4.7). Non sono ravvisabili difetti di natura procedurale che potrebbero contribuire al successo del ricorso (cfr. sopra, consid. 3.4.8). Il ricorso nella causa B-5051/2012 deve quindi essere respinto (cfr. sopra, consid. 3.4.9). In quanto sussiste ancora un interesse degno di protezione nella causa B-3142/2012, le censure sollevate in questo ambito si rivelano in ogni modo infondate, essendo innanzitutto indirizzate contro il diniego dell'autorizzazione ciò che non è mai stato impugnato dalla ricorrente. La rispettiva cifra 4 del dispositivo della decisione del 7 giugno 2012 è pertanto passato in giudicato (cfr. sopra, consid. 5.2 e 5.3). Le restanti censure di natura procedurale si sono rivelate infondate (cfr. sopra, consid. 5.4). Il ricorso nella causa B-3142/2012, per quanto ammissibile, deve quindi essere respinto. 7. Le spese processuali seguono la soccombenza (art. 63 cpv. 1 PA). Esse vanno quindi poste a carico della ricorrente, soccombente in entrambe le procedure, fissate complessivamente in fr. 11'000.- e compensate con gli anticipi, già versati, di pari importo. Nonostante la congiunzione dei procedimenti non appare adeguato ridurre le spese processuali, considerati gli scritti della ricorrente con contenuti ripetitivi e prolissi, e dei quali si rivelano inutili non solo le parti istruttive. A ciò si aggiunga che anche le decisioni incidentali del 26 luglio 2012 e del 28 novembre 2012 hanno causato un lavoro considerevole. Alla luce di quanto esposto sembra inoltre che l'anticipo versato nel procedimento B-5051/2012 pari a fr. 3'000.- appare troppo basso, mentre l'anticipo versato nel procedimento B-3142/2012 pari a fr. 8'000.- appare troppo alto. Tuttavia, l'ammontare complessivo dei due procedimenti pari a fr. 11'000.- appare giustificato. Occorre pertanto fissare le spese per ognuno dei procedimenti a fr. 5'500.- Alla ricorrente non compete un'indennità per ripetibili.