

BVGer B-7062/2016 vom 8. Dezember 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-12-08, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7062_2016

FR: TAF B-7062/2016 du 8 décembre 2017

IT: TAF B-7062/2016 del 8 dicembre 2017

Regeste

Atto illecito (LBCR, LBVM, LICol)

Erwägungen

E. 1.1

In virtù dell'art. 31 della legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF, RS 173.32), questo Tribunale giudica i ricorsi contro le decisioni ai sensi dell'art. 5 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021), emanate dalle autorità menzionate all'art. 33 LTAF, riservate le eccezioni elencate all'art. 32 LTAF. In concreto, la FINMA è un ente di diritto pubblico con personalità giuridica propria (art. 4 cpv. 1 della legge federale del 22 giugno 2007 concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari [LFINMA, RS 956.1]), fa quindi parte delle dette autorità (art. 33 lett. e LTAF), e il suo provvedimento del 13 ottobre 2016, che non rientra nell'elenco dell'art. 32 LTAF, costituisce una decisione ai sensi dell'art. 5 PA, dimodoché questo Tribunale è competente a giudicare il presente ricorso.

E. 1.2

Ha diritto di ricorrere chi ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo, è particolarmente toccato dalla decisione impugnata e ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modificazione della stessa (art. 48 cpv. 1 PA). Il ricorso deve essere depositato entro trenta giorni dalla notificazione della decisione (art. 50 cpv. 1 PA) e contenere le conclusioni, i motivi, l'indicazione dei mezzi di prova e la firma del ricorrente o del suo rappresentante, con allegati, se disponibili, la decisione impugnata e i documenti indicati come mezzi di prova (art. 52 cpv. 1 PA). L'anticipo equivalente alle presunte spese processuali deve essere saldato entro il termine impartito (art. 63 cpv. 4 PA). In concreto, i ricorrenti, destinatari della decisione impugnata, hanno presentato il suo ricorso tempestivamente e nel rispetto dei requisiti previsti dalla legge, versando inoltre l'anticipo di fr. 5'000.- (fr. 2'500.- ciascuno), relativo alle spese processuali, nel termine impartito. Ne discende che il ricorso è ammissibile e nulla osta quindi all'esame del merito del litigio.

E. 1.3

Dato che i ricorrenti contestano unicamente la cifra 23 della decisione impugnata (pubblicazione per dieci anni sul sito Internet della FINMA dell'ordine di astenersi dall'esercizio di un'attività senza la necessaria autorizzazione; cfr. consid. J), l'oggetto del presente litigio si limita alla questione regolata nella detta cifra 23. Per il resto, si può dunque affermare che il dispositivo della decisione impugnata è cresciuto in giudicato incontestato, riservate tuttavia le precisazioni esposte nel considerando successivo.

E. 1.4

Il dispositivo della decisione impugnata contiene, da un alto, oltre alle cifre 1 a 3 relative alle constatazioni delle violazioni di legge, anche una serie di provvedimenti per il ripristino della situazione conforme, dimodoché i requisiti per una decisione di accertamento autonoma ai sensi dell'art. 32 LFINMA, non sarebbero soddisfatte. Dall'altro lato, però, la decisione costitutiva vertente sulla pubblicazione, purché non si intenda attribuirle la funzione di ripristino della situazione conforme, può sussistere di per sé senza bisogno di essere accompagnata da una decisione separata che accerti l'esistenza della violazione grave alla base della pubblicazione. In quest'ottica importa notare che l'adempimento della condizione di una violazione grave del diritto prudenziale costituisce, di regola, la questione pregiudiziale che deve essere trattata, a titolo preliminare o principale, prima di pronunciare una pubblicazione secondo l'art. 34 LFINMA, e che, in quanto tale, essa è parte integrante della motivazione della decisione. Ora, nella loro impugnativa, i ricorrenti dichiarano esplicitamente, tra le altre cose, di non contestare la cifra 3 del dispositivo, in cui è appunto accertata la violazione grave del diritto prudenziale da loro commessa. In questo modo, implicitamente, essi sembrano partire, a torto, dal presupposto che la cifra 3 del dispositivo sia, in linea di massima, impugnabile (cfr. sentenza TAF B-4354/2016 del 30 novembre 2017, consid. 1.2.2.2). Tuttavia si può affermare che i ricorrenti non contestano nemmeno il contenuto della constatazione, indipendentemente dal fatto che essa sia impugnabile autonomamente o che non lo sia.

E. 2.1

Con il deposito del ricorso, la trattazione della causa, oggetto della decisione impugnata, passa al Tribunale amministrativo federale (effetto devolutivo), il quale dispone di un pieno potere d'esame riguardo all'applicazione del diritto, compreso l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento, all'accertamento inesatto o incompleto dei fatti giuridicamente rilevanti, come pure, di principio, all'inadeguatezza (art. 49 e 54 PA).

E. 2.2

Questo Tribunale accerta d'ufficio i fatti, con l'ausilio, dove necessario, dei mezzi di prova previsti dalla legge, ossia documenti, informazioni delle parti, informazioni o testimonianze di terzi, sopralluoghi e perizie (art. 12 PA: massima inquisitoria), le parti essendo comunque tenute a cooperare in diversi modi (art. 13 cpv. 1, 49 e 52 cpv. 1 PA). Tuttavia, esso procede spontaneamente a constatazioni fattuali complementari rispetto a quanto risulta dagli atti solamente se ciò appare indicato. Esso ammette le prove offerte dalle parti se paiono idonee a chiarire i fatti, apprezzandole liberamente (art. 33 cpv. 1 PA nonché art. 37 e 40 della legge federale del 4 dicembre 1947 di procedura civile [PC, SR 273], in relazione con l'art. 19 PA). Esso è vincolato dalle conclusioni delle parti (principio dispositivo), a meno che siano soddisfatte le condizioni per concedere di più, di meno o un'altra cosa rispetto a quanto richiesto (art. 62 cpv. 1 a 3 PA: massima dell'ufficialità), ma non è vincolato in nessun caso dai motivi del ricorso (art. 62 cpv. 4 PA: principio dell'applicazione d'ufficio del diritto o iura novit curia).

E. 3

Riguardo ai motivi del ricorso, bisogna rilevare che i ricorrenti non hanno ripreso le critiche che avevano formulato alla FINMA nelle loro osservazioni sul rapporto d'inchiesta, del 2 dicembre 2015 (cfr. consid. E), nelle loro osservazioni spontanee del 2 febbraio 2016 (cfr. consid. G.a), come pure nella loro presa di posizione sul "progetto provvisorio della

fattispecie", del 31 agosto 2016 (cfr. consid. H). Così, essenzialmente, essi non rimettono più in questione la natura di gruppo delle configurazioni societarie C._____ SA e D._____ GmbH, non contestano più la competenza della FINMA ad indagare nonché, in linea di principio, a sanzionare la fattispecie dal 2010 al 2014, e non si occupano nemmeno più delle fattispecie relative ai periodi 1995 - 2004 e 2004 - 2005, che considerano comunque prive di pertinenza per decidere se l'ordine di astensione debba essere pubblicato e, nell'affermativa, per quanto tempo. Cionondimeno, essi sembrano credere che la FINMA si sia ispirata agli avvenimenti precedenti il 2010, da loro ritenuti "nicht rechtsgenüchlich abgeklärt", considerandoli in definitiva, surrettiziamente, come delle circostanze aggravanti per motivare ("Begründung") la fissazione della durata di dieci anni della pubblicazione, da cui anche il rimprovero alla FINMA di avere pronunciato una "Verdachtsstrafe" (ricorso, §§ 27 e 33).

E. 4

Per quanto concerne l'applicazione del diritto *ratione temporis*, durante il periodo rilevante alla base della decisione impugnata (2010 - 2014), si noti che la LFINMA, entrata in vigore in parte il 1° febbraio 2008, e in parte il 1° gennaio 2009, ha subito due modifiche entrate a loro volta in vigore il 20 dicembre 2012 e il 1° luglio 2013, che la legge federale sulle banche e le casse di risparmio dell'8 novembre 1934 (LBCR, RS 952.0), è stata modificata nel 2011, 2012 e 2013, e che l'ordinanza sulle banche e le casse di risparmio del 17 maggio 1972, in vigore fino al 31 dicembre 2014 (vOBCR, [RS 952.02] / RU 2014 1269), è stata sottoposta a due modifiche nel 2011 e 2013. Ciò precisato, i singoli articoli della LFINMA, della LBCR e della vOBCR, che trovano qui applicazione (cfr. in prosieguo), sono rimasti pressoché immutati dal 2010 al 2014, per cui le menzionate modifiche legislative non influiscono sul giudizio della causa.

E. 4.1

Sottostanno alla vigilanza sui mercati finanziari, in particolare, le persone che, in virtù delle leggi sui mercati finanziari, tra le quali la LBCR, necessitano di un'autorizzazione, di un riconoscimento, di un'abilitazione o di una registrazione dell'autorità di vigilanza sui mercati finanziari (art. 3 lett. a LFINMA).

E. 4.2

Conformemente alle leggi sui mercati finanziari, la vigilanza su quest'ultimi si prefigge la protezione dei creditori, degli investitori e degli assicurati, nonché la tutela della funzionalità dei mercati finanziari. Essa contribuisce in tal modo a rafforzare la reputazione e la concorrenzialità della piazza finanziaria svizzera (art. 5 LFINMA).

E. 4.3

Competente ad esercitare tale vigilanza è la FINMA, e ciò in conformità con la LFINMA e le diverse leggi sui mercati finanziari (art. 1 cpv. 1 lett. e, 2 cpv. 1, 4 e 6 cpv. 1 LFINMA). A questo scopo, essa disciplina per il tramite di ordinanze, se così previsto dalla legislazione sui mercati finanziari, e di circolari concernenti l'applicazione della legislazione sui mercati finanziari (art. 7 cpv. 1 LFINMA). Essa 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).

E. 4.4

La FINMA accerta d'ufficio i fatti e si serve come mezzi di prova, se necessario, di documenti, d'informazioni delle parti, d'informazioni o testimonianze di terzi, di sopralluoghi e di perizie (art. 12 PA; per l'applicazione di questo medesimo articolo all'autorità di ricorso, cfr. consid. 2.2). Essa può incaricare uno specialista indipendente di eseguire verifiche presso assoggettati alla vigilanza (art. 24a cpv. 1 LFINMA).

E. 4.5

Per quanto riguarda il grado della prova, la FINMA deve apprezzare i fatti tenendo conto di tutti gli elementi di cui dispone. A questo proposito, la PA non prevede regole rigide e non presuppone una certezza indubbia: determinante è unicamente la convinzione dell'autorità circa l'esistenza o l'inesistenza di un determinato fatto, secondo un grado di probabilità così elevato da dissipare qualsiasi ragionevole dubbio (cfr. WALDMANN / WEISSENBERGER, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2a ed., Schulthess 2016, nn. 213 a 215 ad art. 12 PA, con i riferimenti giurisprudenziali citati).

E. 5.1

La LBCR si applica alle banche, ai banchieri privati (ditte individuali, società in nome collettivo e società in accomandita) e alle casse di risparmio, le quali necessitano di un'autorizzazione della FINMA per poter iniziare la loro attività, consistente, in particolare, nell'accettazione di depositi del pubblico (art. 1 cpv. 1 e 3 cpv. 1 LBCR; DTF 132 II 382, consid. 6.3.1).

E. 5.2

Le persone fisiche e giuridiche che non sottostanno alla LBCR non sono legittimate ad accettare depositi del pubblico a titolo professionale (art. 1 cpv. 2 LBCR). Parallelamente, esse non possono fare pubblicità a tale scopo in nessuna forma, in particolare con inserzioni nella stampa o nei media elettronici, con prospetti o circolari (art. 3 cpv. 1 vOBCR).

E. 5.3

Accettando depositi del pubblico a titolo professionale, un'impresa si obbliga contrattualmente, in quanto debitrice, a restituirli a chi di diritto (DTF 132 II 382, consid. 6.3.1; sentenze TAF B-5715/2015 del 7 ottobre 2016, consid. 4.1, e B-3902/2013 del 12 agosto 2014, consid. 3.2.1).

E. 5.4

Agire a titolo professionale significa, ai sensi della legge, accettare su un lungo periodo più di venti depositi del pubblico (art. 3a cpv. 2 vOBCR). Deve trattarsi di un'attività economica indipendente diretta a conseguire durevolmente un guadagno (per analogia con l'art. 2 lett. b dell'ordinanza sul registro di commercio del 17 ottobre 2007 [ORC, RS 221.411]). Quanto alla nozione di pubblico, non definita dalla legge, essa si riferisce in definitiva, secondo la dottrina maggioritaria, più che ad un numero determinato o determinabile di depositi, al numero potenzialmente illimitato della cerchia degli interessati (sentenza TAF B-3902/2013, già citata, consid. 3.2.2).

E. 6.1

Se avvia un procedimento perché vi sono indizi di violazione di disposizioni legali in materia di vigilanza, la FINMA ne avvisa le parti (art. 30 LFINMA). Scopo del procedimento è di ripristinare lo stato conforme (art. 31 LFINMA). Le parti devono fornire

alla FINMA tutte le informazioni e i documenti necessari per l'adempimento dei suoi compiti (art. 29 cpv. 1 LFINMA).

E. 6.2

La FINMA può emanare una decisione di accertamento se dal procedimento risulta che la persona sottoposta a vigilanza ha violato gravemente disposizioni legali in materia di vigilanza e se non devono essere presi provvedimenti per il ripristino della situazione conforme (art. 32 LFINMA). La FINMA ha inoltre la facoltà di ammonire, tramite decisione formale, le persone responsabili dell'attività illecita di un intermediario finanziario, come i relativi organi o proprietari, affinché si astengano dall'esercizio di un'attività sottoposta all'obbligo di assoggettamento e dal pubblicizzarla (DTF 135 II 356, consid. 5.1).

E. 6.3

Se constatata una grave violazione delle disposizioni legali in materia di vigilanza, la FINMA può vietare al responsabile l'esercizio di un'attività dirigente presso una persona sottoposta a vigilanza (art. 33 al. 1 LFINMA). Il divieto di esercizio della professione può essere ordinato per una durata massima di cinque anni (art. 33 al. 2 LFINMA).

E. 6.4

In caso di grave violazione delle disposizioni legali in materia di vigilanza, ad avvenuto giudicato la FINMA può pubblicare in forma elettronica o a stampa la sua decisione finale con l'indicazione dei dati personali (art. 34 cpv. 1 LFINMA). La pubblicazione deve essere ordinata nella decisione stessa (art. 34 cpv. 2 LFINMA). In proposito, la FINMA ha sviluppato una prassi secondo la quale, indicativamente, una violazione grave di media intensità dà luogo ad una pubblicazione tra i due e i quattro anni, una violazione grave di alta intensità implica una pubblicazione di almeno cinque anni, mentre una violazione di intensità gravissima sfocia in una pubblicazione tra i sei e i dieci anni oppure per una durata superiore, o addirittura a vita (risposta della FINMA al presente ricorso, del 9 marzo 2017, pag. 3).

E. 6.5

La FINMA revoca l'autorizzazione, il riconoscimento, l'abilitazione o la registrazione se la persona sottoposta a vigilanza non adempie più le condizioni di esercizio dell'attività o viola gravemente le disposizioni legali in materia di vigilanza (art. 37 cpv. 1 LFINMA). Con la revoca la persona sottoposta a vigilanza perde il diritto di esercitare l'attività. Le ulteriori conseguenze della revoca sono disciplinate dalle pertinenti leggi sui mercati finanziari (art. 37 cpv. 2 LFINMA). Tali conseguenze si applicano per analogia se la persona sottoposta a vigilanza esercita la sua attività senza autorizzazione, riconoscimento, abilitazione o registrazione (art. 37 cpv. 3 LFINMA).

E. 7.1

In concreto è assodato e incontestato che i ricorrenti hanno accettato, durante il periodo dal 2010 al 2014, depositi del pubblico, ai sensi della legge, senza la necessaria autorizzazione (ricorso, § 26: "Die FINMA hat in Dispositiv-Ziff. 3 eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die beiden Beschwerdeführer festgestellt. Diese Feststellung bezieht sich auf die unbewilligte Entgegennahme von Publikumseinlagen in der Zeit von 2010 bis 2014, wie sich aus Rz 80 der Verfügung ergibt. Diese (unangefochtene) Feststellung bildet die Grundlage für die Verhängung der Sanktion in der

(angefochtenen) Dispositiv-Ziff. 23"). Così facendo, i ricorrenti hanno violato, gravemente, la legislazione finanziaria svizzera, e in particolare bancaria, ciò che la FINMA ha constatato (dispositivo della decisione impugnata, § 3), ammonendoli nel contempo mediante l'ordine di astenersi dall'esercizio di un'attività assoggettata senza la necessaria autorizzazione (dispositivo della decisione impugnata, § 20).

E. 7.2

È doveroso ancora notare che la FINMA rimprovera ai ricorrenti di avere violato gravemente il loro obbligo di cooperazione derivante dall'art. 29 cpv. 1 LFINMA (decisione impugnata, §§ 28, 34, 90 e 91), ciò che gli interessati avevano a suo tempo, il 31 agosto 2016, prendendo posizione sul "progetto provvisorio della fattispecie", contestato (cfr. consid. H). Ora, nel quadro della presente procedura, si deve constatare, da un lato, che questa violazione non è stata accertata nel dispositivo della decisione impugnata e che non è più stata tematizzata dai ricorrenti nella loro impugnativa e nelle loro osservazioni del 22 marzo 2017, e, dall'altro lato, che non è inoltre dato di capire in che misura essa abbia potuto eventualmente influire sulla fissazione della durata della pubblicazione. In proposito va precisato che, nell'ambito di un apprezzamento globale della situazione, non è escluso che una violazione dell'obbligo di collaborazione possa influire sulla durata della pubblicazione, poiché tale inadempienza può essere rilevante per valutare sia la comprensione o la consapevolezza dell'illiceità del loro agire da parte dei destinatari di una decisione di pubblicazione, sia il possibile pericolo di reiterazione al quale essi espongono potenzialmente gli altri partecipanti del mercato finanziario. Comunque, un aumento della durata della pubblicazione per diversi anni si lascerebbe difficilmente giustificare soltanto in base ad una mancanza di cooperazione.

E. 8

Come già ricordato, i ricorrenti riconoscono di aver commesso una grave violazione del diritto prudenziale accettando depositi del pubblico, a titolo professionale, senza la necessaria autorizzazione (ricorso, § 14, e decisione impugnata, § 80 espressamente non contestato), ma pretendono in particolare che la pubblicazione dell'ordine di astenersi dall'esercizio non autorizzato di un'attività assoggettata, in confronto ad una decisione di accertamento secondo l'art. 32 LFINMA, presupponga una violazione ancora più grave ("eine noch schwerere Verletzung"; ricorso, § 19), e che, in aggiunta, non sussistano indizi di un pericolo di reiterazione (replica spontanea del 22.3.2017 [cfr. consid. N.a]). Ora, gli argomenti dei ricorrenti sulle asserite lacune della motivazione della pubblicazione, in particolare con riferimento ai §§ 118 e 119 della decisione impugnata (ricorso, §§ 28 a 31), non riescono a convincere questo Tribunale che una pubblicazione non sarebbe in concreto necessaria. Infatti, nei detti paragrafi della decisione impugnata (e nel § 80), la FINMA riassume pertinentemente, seppure a grandi linee, il modo in cui i ricorrenti hanno esercitato l'attività non autorizzata dal 2010 al 2014, come pure la sua ampiezza e la sua intensità, lasciando chiaramente intravedere il potenziale di rischio, insito in essa, per gli investitori, suscettibili di subire danni considerevoli. Queste circostanze, a cui bisogna aggiungere il non rispetto dell'obbligo di cooperazione da parte dei ricorrenti, giustificano senz'altro la pronuncia di una pubblicazione dell'ordine di astenersi. La sola intenzione dei ricorrenti di restituire agli investitori i capitali da loro impegnati (ricorso, § 31), non cambia nulla in proposito. Ciò posto, l'astuzia e l'audacia innegabili del modo di operare dei ricorrenti, nonché, come già detto, l'ampiezza e l'intensità della loro attività illegale accertata dalla FINMA (depositi di almeno EUR 11'000'000.-, effettuati da 105 investitori [cfr. consid.

D.b]), forniscono sufficienti fondati motivi per ammettere anche l'esistenza di un rischio di reiterazione, il quale può, in linea di massima, contribuire a corroborare la necessità di procedere ad una pubblicazione. Ne deriva pertanto che la censura dei ricorrenti relativa all'accertamento inesatto o incompleto dei fatti ("nicht rechtsgenüßlich abgeklärt" [replica spontanea del 22.3.2017, § 4]; art. 49 lett. b PA), nella misura in cui si riferisce al periodo dal 2010 al 2014, non è di per sé persuasiva e, in quanto tale, risulta essere infondata.

E. 9

In riferimento al principio della proporzionalità, i ricorrenti chiedono, in via principale, che l'ordine di astensione pronunciato nei loro confronti non sia pubblicato sul sito Internet della FINMA, oppure, in via subordinata, che lo sia per cinque anni al massimo, esprimendo dubbi che la violazione del diritto prudenziale a loro attribuita possa essere qualificata come grave (ricorso, § 30). Si tratta così di verificare, in seguito, se la pubblicazione in sé, e la sua durata di dieci anni, corrispondano in concreto ai requisiti della proporzionalità, partendo dal presupposto che la pubblicazione, in quanto misura amministrativa con funzione di "naming and shaming", interferisce in modo importante ("wesentlicher Eingriff") con l'esercizio dei diritti della personalità, generali ed economici, dei ricorrenti (cfr., per es., le sentenze del Tribunale federale 2C_30/2011 et 2C_543/2011 del 12 gennaio 2012, consid. 5.2.1 con i riferimenti, nonché le sentenze TAF B-3659/2015 del 1° febbraio 2016, consid. 5.2.2, e B-2943/2013 del 6 marzo 2014, consid. 5.2.2).

E. 10

In generale, l'attività dello Stato deve rispondere al pubblico interesse ed essere proporzionata allo scopo (art. 5 cpv. 2 della Costituzione federale del 18 aprile 199 [Cost., RS 101]). In particolare, l'autorità non può adoperare un mezzo coattivo più rigoroso di quanto richiesto dalle circostanze (art. 42 PA). Da un punto di vista analitico, il principio della proporzionalità viene suddiviso in tre regole: l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto (DTF 136 I 17 consid. 4.4, 135 I 246 consid. 3.1, 130 II 425 consid. 5.2 e 124 I 40 consid. 3e). La prima impone che la misura scelta sia atta al raggiungimento dello scopo d'interesse pubblico fissato dalla legge (DTF 128 I 310 consid. 5b/cc), la seconda che, tra più misure idonee, si scelga quella che incide meno fortemente sui diritti privati (DTF 130 II 425 consid. 5.2), e la terza, detta anche regola della preponderanza dell'interesse pubblico, che l'autorità proceda alla ponderazione tra l'interesse pubblico perseguito e il contrapposto interesse privato, valutando quale dei due deve prevalere in funzione delle circostanze (DTF 129 I 12 consid. 6 a 9).

E. 11

Tenuto conto che la LBCR si prefigge principalmente la protezione dei creditori e degli investitori, ma anche la protezione della funzionalità dei mercati finanziari (art. 3 LBCR e 5 LFINMA), la pubblicazione dell'ordine di astensione, indipendentemente dalla sua durata, è effettivamente idonea a raggiungere questi scopi d'interesse pubblico, nella misura in cui permette, perlomeno potenzialmente, di avvertire i creditori e gli investitori interessati, per via editale, che i ricorrenti sono stati oggetto di un procedimento della FINMA, e ciò anche in un'ottica di protezione dal pericolo che quest'ultimi reiterino il loro agire contrario alla legge. Comunque sia, siccome l'idoneità della pubblicazione è presupposta, in fin dei conti, dalla legge stessa (art. 34 cpv. 1 LFINMA), questo Tribunale non può che constatarla anche nel presente caso (art. 190 Cost.).

E. 12.1

Rispetto alla regola della necessità bisogna rilevare che, anche in presenza di una violazione grave della legislazione finanziaria, la FINMA può, ma non deve necessariamente, pubblicare le sue decisioni (art. 34 cpv. 1 LFINMA). Ciò significa che essa valuta se sia idoneo non pubblicare o più idoneo pubblicare un determinato provvedimento. Ora, dato che è assodato e incontestato che i ricorrenti hanno accettato, durante il periodo dal 2010 al 2014, depositi del pubblico ai sensi della legge, senza la necessaria autorizzazione, violando così gravemente la LBCR, salta agli occhi che la pubblicazione dell'ordine di astensione si impone per garantire la protezione dei creditori e degli investitori, in particolare contro il pericolo di reiterazione, che i ricorrenti sembrano negare o minimizzare (cfr. consid. N.a), nonché la funzionalità dei mercati finanziari, atteso che la non pubblicazione sarebbe chiaramente inidonea a salvaguardare tali finalità. A questo proposito, senza voler pregiudicare la conclusione principale del ricorso, il fatto che la pubblicazione costituisca, secondo la giurisprudenza e la dottrina, un provvedimento che intacca in modo incisivo i diritti personali dei ricorrenti (cfr. consid. 9), non influisce tanto sulla necessità di pubblicare l'ordine di astensione, quanto, se del caso, sulla sua durata (cfr. qui sotto).

E. 12.2

In relazione alla durata della pubblicazione, ci si deve porre la questione se un periodo inferiore a dieci anni, in quanto meno fortemente pregiudizievole per i diritti privati dei ricorrenti, pur essendo altrettanto idoneo a proteggere i creditori e gli investitori, nonché a tutelare la funzionalità dei mercati finanziari, non sia concepibile e da preferire, in concreto, come misura necessaria sotto il profilo della proporzionalità.

E. 12.2.1

In proposito bisogna innanzitutto fare una considerazione d'ordine metodologico. Benché la FINMA, da un lato, abbia affermato che i periodi dal 1995 al 2004 e dal 2004 al 2005, durante i quali i ricorrenti avrebbero accettato depositi del pubblico (cfr. consid. D), fossero "semplicemente illustrativi ed esemplificativi di un vero e proprio *modus operandi* adottato e costantemente rielaborato nel tempo" (decisione impugnata, § 83), e, dall'altro lato, abbia precisato che la cifra 3 del dispositivo della decisione impugnata si riferiva unicamente alle violazioni gravi avvenute dal 2010 al 2014, ad esclusione quindi delle presunte violazioni degli anni precedenti (risposta, pagg. 4 e 5 [cfr. consid. M]), essa ha esposto per esteso, nella parte relativa ai fatti (decisione impugnata, §§ 57 a 66), commentandole nei considerandi (decisione impugnata, §§ 81, 82 e 118), le circostanze accertate, o semplicemente presunte, relative ai periodi dal 1995 al 2004 e dal 2004 al 2005, così come risultano dal rapporto d'inchiesta. Ora, se i detti periodi non erano pertinenti per valutare, in particolare, la questione della durata della pubblicazione, non si capisce per quale motivo la FINMA abbia deciso di inserirli nella sua decisione, suscitando la netta impressione che essi abbiano funto perlomeno da circostanza aggravante per giustificare la durata di dieci anni della pubblicazione, come lasciano intendere espressioni del tipo "visti i precedenti" e "business model illecito praticato negli anni" (decisione impugnata, §§ 87 e 89). Ciò è del resto ammesso, quand'anche di sfuggita, dalla FINMA stessa nella sua presa di posizione sul ricorso (risposta, pag. 4: "Per giunta non sono presenti attenuanti [...], ma soltanto circostanze aggravanti (es. precedenti raccolte [...]); "[...] vere e proprie malefatte [...] perpetrate nell'arco di decenni [...]"). In questo senso non si può che concordare con i ricorrenti quando affermano, a loro modo (ricorso, §§ 28 e 30), che la FINMA avrebbe per così dire surrettiziamente incluso, nella ponderazione dell'intensità della gravità della violazione loro imputata, periodi d'attività e società non pertinenti (cfr. consid. J). In questo

senso, pertanto, si può affermare che la FINMA ha fatto uso del proprio potere d'apprezzamento scorrettamente, in un modo assimilabile ad un abuso o ad un eccesso (art. 49 lett. a PA), e una riduzione della durata della pubblicazione sembra essere, in linea di principio, giustificata, se si considera, in particolare, che il periodo d'attività rilevante dei ricorrenti si riduce così da quattordici anni (1995 - 2005 e 2010 - 2014) a circa quattro anni (2010 - 2014).

E. 12.2.2

In quest'ottica è adesso opportuno passare brevemente in rivista la giurisprudenza relativa alle pubblicazioni di ordini di astensione, e ciò nell'intento di verificare se esistono decisioni che possano fungere da termini di paragone per valutare la situazione del caso in esame. In proposito, i ricorrenti menzionano alcune sentenze del Tribunale federale e di questo Tribunale, sottolineando che "in ähnlichen Fällen wurde zur Erreichung der hinreichenden Publizität zumeist eine Dauer von lediglich fünf Jahren verfügt" (ricorso, § 40). Effettivamente, senza bisogno di entrare nei particolari di ogni fattispecie, le pubblicazioni variano da due a cinque anni, ad eccezione di un caso, in cui la FINMA ha disposto una pubblicazione di dieci anni (FINMA Bulletin 5/2015, pagg. 104 a 113), che però non è stata impugnata davanti a questo Tribunale, per cui, come sottolineano i ricorrenti, non è possibile trarne alcunché riguardo al suo carattere proporzionato o sproporzionato (presa di posizione del 22 marzo 2017, § 7).

E. 12.2.3

Rispetto ai fattori messi in evidenza dalla FINMA per fissare la pubblicazione a dieci anni (cfr. consid. M), sia precisato ciò che segue.

E. 12.2.3.1

Quanto alla fase rilevante per l'accettazione di depositi del pubblico, la FINMA afferma che quest'ultima "è avvenuta su un lungo periodo (dall'inizio 2010 sino almeno alla fine del 2014, ossia per quasi cinque anni)" (risposta, pag. 3). Come tale, questa opinione non può essere pienamente condivisa. Infatti, il documento in base al quale gli incaricati dell'inchiesta hanno stabilito il periodo della raccolta di fondi (2010 - 2014), il numero di clienti (105) e l'importo dei fondi (più di EUR 11'000'000.-), indica che il primo conto è stato aperto il 6 maggio 2011, mentre l'ultimo lo è stato il 26 novembre 2014 (doc. VI. C-39; rapporto d'inchiesta, § 381; consid. C e D.b). Inoltre, se si considera che la FINMA è stata avvertita dell'attività problematica dei ricorrenti già ad inizio aprile 2014, e che essa ha emanato la sua decisione superprovvisoria il 4 giugno 2015 (cfr. consid. A. e B.a), risulta approssimativo parlare di un periodo "di quasi cinque anni" (si tratterebbe piuttosto di tre o quattro anni), senza contare che un lasso di tempo del genere può anche non essere ritenuto di per sé, perlomeno senza ulteriori spiegazioni, come lungo. Di sicuro, tale sarebbe stato il periodo dal 1995 al 2015 (il "ventennio di attività ticinese", risposta, pag. 2). Comunque sia, è per di più difficile qualificare il periodo in esame come lungo, anche confrontando, a titolo esemplificativo, le fattispecie riassunte nelle sentenze TAF B-3659/2015 del 1° febbraio 2016, B-3902/2013 del 18 agosto 2014, B-4524/2013 del 15 maggio 2014, B-1024/2013 del 6 gennaio 2014, e B-1186/2013 del 10 dicembre 2013, dalle quali si evince che i periodi d'accettazione di fondi del pubblico sono durati, all'incirca, da due a sette anni, dando luogo a pubblicazioni di due e, in un solo caso, di cinque anni al massimo. Così, dati questi termini di paragone, la FINMA non riesce a mostrare convincentemente la plausibilità del rapporto tra il periodo rilevante di raccolta dei fondi, variante grosso modo dai tre ai quattro

anni, e la durata di dieci anni della pubblicazione.

E. 12.2.3.2

Quanto al numero di investitori, ossia 105 (cfr. consid. D.b), che la FINMA ritiene "elevato" (risposta, pag. 3), senza spiegarne però le ragioni alla luce della sua prassi, si può notare ad esempio che, nelle fattispecie alla base delle sentenze TAF B-3659/2015 e B-1024/2013, gli investitori coinvolti erano addirittura 180, rispettivamente 183, entrambi i casi essendo sfociati cionondimeno in una pubblicazione di soli due anni. Ora, anche se non si può negare che ogni caso è suscettibile di presentare delle peculiarità capaci di influire, in modo più o meno importante, sulla valutazione globale della durata di una pubblicazione, appare chiaro come la FINMA, dati i termini di paragone appena menzionati, non riesca a mostrare convincentemente la plausibilità del rapporto tra il numero di 105 investitori e la durata di dieci anni della pubblicazione.

E. 12.2.3.3

Quanto all'importo delle somme accettate dagli investitori, ossia più di EUR 11'000'000.-, esso è innegabilmente elevato rispetto agli importi delle fattispecie alla base delle diverse sentenze TAF sopramenzionate, salvo in un caso (sentenza TAF B-1186/2013, dove i depositi unici ["Einmalanlagen"] e i depositi a risparmio ["Sparanlagen"] sommati raggiungono pressoché la stessa cifra, con pubblicazioni per due e cinque anni a seconda del ricorrente). Si può quindi affermare che questo fattore ha, in concreto, un peso specifico più importante che nella maggior parte dei casi presi come termini di paragone. Cionondimeno, la FINMA non espone le ragioni per cui esso sarebbe in grado di giustificare, *ceteris paribus*, la pronuncia di una pubblicazione della durata di dieci anni (risposta, pag. 3 in fine).

E. 12.2.3.4

Quanto alle modalità della raccolta dei fondi del pubblico (lo "schema d'investimento", la "campagna di marketing", la "promozione attraverso intermediari e procacciatori d'affari", l'"arbitraggio giurisdizionale" e l'"utilizzo di società di sede e fantasma così come di prestanome e di personaggi fittizi", risposta, pag. 3), la FINMA si limita a descriverne, più o meno precisamente, le caratteristiche, senza spiegare però in quale misura esse siano così peculiari, rispetto a quelle di altre fattispecie, da giustificare, *ceteris paribus*, una pubblicazione di dieci anni. In questo senso non si riesce a capire quale peso specifico la FINMA attribuisca a questo fattore nella sua valutazione complessiva della durata necessaria della pubblicazione.

E. 12.2.3.5

Quanto alla possibilità di reiterazione di violazioni del diritto prudenziale, considerata essere "alta e molto probabile", la FINMA afferma che, senza il suo intervento, l'attività dei ricorrenti "sarebbe ulteriormente proseguita in maniera imperterrita" (risposta, pag. 5). Ora, anche sotto questo profilo, non si vede quale sia la specificità del caso in esame, dato che, comunemente, le violazioni del diritto prudenziale vengono alla luce e cessano in seguito all'agire della FINMA. Non è quindi concepibile che questo fattore possa, *ceteris paribus*, pesare tanto da rendere plausibile la necessità di pronunciare una pubblicazione di dieci anni.

E. 12.2.3.6

Per concludere, bisogna ancora determinare se una valutazione globale dell'attività dei ricorrenti, in base ai fattori sopraesposti considerati nel loro insieme, possa fondatamente sfociare in una pubblicazione di dieci anni. In proposito, come visto in precedenza, la FINMA ha ritenuto una violazione grave, di intensità gravissima, del diritto prudenziale, e, in riferimento alla sua prassi prevedente per questi casi, di solito, pubblicazioni di una durata da sei a dieci anni (cfr. consid. 6.4), ha optato per la durata massima. Questa valutazione, anche volendo ammettere che i fattori presi nel loro insieme, interagendo, aumentino l'intensità della gravità delle inadempienze dei ricorrenti, qualificabili così come gravissime ("condotta priva di scrupoli", "vere e proprie malefatte", "modalità che definire subdole parrebbe un diminutivo", risposta, pag. 4), non rende plausibile, in una prospettiva comparativa (cfr. sopra), per quali ragioni una pubblicazione inferiore a dieci anni non si imporrebbe, in concreto, come misura meno pregiudizievole dei diritti privati dei ricorrenti, quindi meno coattiva (art. 42 PA), ma altrettanto idonea a perseguire le finalità d'interesse pubblico della legislazione finanziaria. Si aggiunga, come puntualizzato dai ricorrenti (ricorso, § 34), che essi sono nati nel 1969, e che i possibili effetti negativi, perlomeno in Svizzera, di una pubblicazione di dieci anni sul loro futuro professionale e, di riflesso, privato, rischierebbero di manifestarsi al di là della sua durata effettiva. E senza dimenticare che eventuali procedimenti penali in corso contro i ricorrenti non possono e non devono influire, diversamente da quanto sembra insinuare la FINMA di tanto in tanto ("la gravità della situazione [...] è pure confermata dall'esistenza del procedimento penale [...]"), risposta, pag. 5), sul giudizio della presente causa, di natura prettamente amministrativa. In definitiva, pur ponderando in modo particolare il fattore relativo all'importo delle somme accettate dal pubblico nell'insieme dei fattori in gioco, una pubblicazione di dieci anni appare eccessiva e, in quanto tale, non è conforme alla regola della necessità dedotta dal principio della proporzionalità.

E. 12.3

Riguardo alla regola della proporzionalità in senso stretto, non vi sono dubbi che l'interesse pubblico perseguito con la pubblicazione dell'ordine di astensione, indipendentemente dalla sua durata, prevale sull'interesse particolare dei ricorrenti ad evitare o diminuire il rischio che il loro divenire professionale subisca contraccolpi a causa, per esempio, di una possibile lesione reputazionale dovuta alla pubblicazione. Conviene in proposito precisare che questo rischio "privato" è, per definizione, aleatorio e difficilmente misurabile in concreto (in definitiva, i ricorrenti potrebbero anche non subire svantaggi), contrariamente al rischio "pubblico" per gli investitori e per l'equilibrio dei mercati finanziari, dimodoché, ponderando l'uno e l'altro, risulta chiaro che l'interesse pubblico a pubblicare l'ordine di astensione è predominante rispetto all'interesse dei ricorrenti ad opporvisi (sentenza TAF 3684/2015 del 25 gennaio 2017, consid. 21.3).

E. 12.4

In virtù di quanto precede, la pubblicazione in sé corrisponde all'interesse pubblico ed è proporzionata, ragione per cui, sotto questo aspetto, la decisione impugnata è da confermare e la conclusione principale del ricorso da respingere. Per contro, la durata di dieci anni della pubblicazione dell'ordine di astensione sul sito Internet della FINMA non può essere tutelata in questa sede, poiché essa non è necessaria sotto il profilo della proporzionalità, e, in quanto tale, costituisce il risultato di un eccesso nell'esercizio del proprio potere d'apprezzamento da parte della FINMA (art. 49 lett. a PA). Per questo motivo, una pubblicazione ridotta a sei anni (riduzione del 40%), alla luce di tutti gli argomenti esposti

nel consid. 12.2.3, si rivela essere la giusta misura da prendere. In effetti, il quadro generale che scaturisce dai fatti occorsi dal 2010 al 2014 è paragonabile, mutatis mutandis, a quello relativo ai casi di cui ai consid. 12.2.2 e 12.2.3, però si può ammettere, come la FINMA ha sottolineato a più riprese, che il modo di operare dei ricorrenti contrario al diritto finanziario è potenzialmente foriero, a causa della sua sistematicità e della sua ingegnosità, di conseguenze negative maggiori, per i mercati finanziari e i loro attori, rispetto a quelle immaginabili nei casi menzionati ai consid. 12.2.2 e 12.2.3. Questa caratteristica induce dunque a fissare la pubblicazione non a cinque, come potrebbe suggerire la prassi della FINMA per i casi la cui gravità è definita da un'alta intensità, ma a sei anni, ossia a cavallo tra le violazioni di alta intensità e le violazioni gravissime, sul margine inferiore di quest'ultime (cfr. consid. 6.4). Questa valutazione corrisponde peraltro, in definitiva, al modo di considerare il caso in esame da parte della FINMA, la quale ha infatti qualificato le relative violazioni a volte come gravi (cifra 3 del dispositivo della decisione impugnata: "violando così gravemente [...]"; essa avrebbe invece potuto, e forse dovuto, per scrupolo di chiarezza rispetto alla propria prassi, utilizzare i termini "violando così in modo gravissimo"), e a volte come gravissime (risposta, pag. 2 [cfr. consid. M]), lasciando pertanto sussistere elementi di dubbio sulla vera e propria intensità delle violazioni imputate ai ricorrenti.

E. 13

In sintesi, la conclusione subordinata del ricorso è parzialmente accolta e la cifra 23 del dispositivo della decisione impugnata è riformata, nel senso che la durata della pubblicazione dell'ordine di astensione nei confronti dei ricorrenti, sul sito Internet della FINMA, è fissata a sei anni.

E. 14.1

Le spese processuali sono di regola messe a carico della parte soccombente e, in caso di soccombenza parziale, sono ridotte (art. 63 cpv. 1 PA). Esse comprendono la tassa di giustizia e i disborsi (art. 1 cpv. 1 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]); la tassa di giustizia è calcolata in funzione dell'ampiezza e della difficoltà della causa, del modo di condotta processuale e della situazione finanziaria delle parti (art. 63 cpv. 4bis PA e 2 cpv. 1 TS-TAF). In concreto, tenuto conto della decisione incidentale del 31 gennaio 2017, e dell'esito della procedura di merito che vede i ricorrenti parzialmente vincenti, nella misura approssimativa del 40% (essi chiedevano, a titolo principale, la non pubblicazione dell'ordine di astensione, e, in via subordinata, la riduzione della durata della pubblicazione a cinque anni al massimo), le spese processuali sono ridotte a fr. 3'000.-, cosicché, considerato l'anticipo di fr. 5'000.- versato il 21 dicembre 2016, fr. 2'000.- (fr. 1'000.- ciascuno) saranno restituiti ai ricorrenti dopo il passaggio in giudicato della presente sentenza.

E. 14.2

Se ammette l'impugnativa in tutto o in parte, l'autorità di ricorso può assegnare al ricorrente un'indennità per le spese indispensabili e relativamente elevate che ha sopportato (art. 64 cpv. 1 PA). Da notare che le autorità federali, come autorità di prima istanza, non hanno diritto, per principio, ad indennità a titolo di ripetibili (art. 7 cpv. 3 TS-TAF). In concreto, considerato che i ricorrenti hanno agito per il tramite di un rappresentante professionale, per cui hanno dovuto sostenere spese indispensabili e relativamente elevate, nonostante

l'oggetto limitato del litigio, ma che non hanno però dettagliato in una nota d'onorario, è giustificato assegnare loro, in base agli atti di causa, un'indennità ridotta per spese ripetibili di fr. 4'200.- (fr. 2'100.- ciascuno), a carico della FINMA (art. 7 a 14 TS-TAF). Quest'ultima non ha invece diritto ad alcuna indennità (art. 7 cpv. 3 TS-TAF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.