

# **BVGer B-8041/2016 vom 22. Februar 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-02-22, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-8041\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-8041_2016)

FR: TAF B-8041/2016 du 22 février 2017

IT: TAF B-8041/2016 del 22 febbraio 2017

## **Regeste**

Atto illecito (LBCR, LBVM, LICol)

## **Erwägungen**

### **E. 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]).

### **E. 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.

#### **E. 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 petitum 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).

#### **E. 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.

#### **E. 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 ricasazione [art. 45 PA]), siano adempiute.

#### **E. 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).

#### **E. 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).

#### **E. 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, 2a ed., 2016, nn. 4 a 7 ad art. 46 PA, con i riferimenti a diverse sentenze del Tribunale federale e numerose sentenze TAF).

#### **E. 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.).

#### **E. 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.

#### **E. 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).

#### **E. 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).

### **E. 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 constatare 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.

### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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]).

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