



Corte II
B-5407/2012

Sentenza del 29 settembre 2014

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Eva Schneeberger, Stephan Breitenmoser,
cancelliere Corrado Bergomi.

Parti

X. _____ SA,
patrocinata dagli avvocati
Giovanni Canepa e Maurizio Pagliuca,
ricorrente,

contro

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

Oggetto

Accertamenti e misure della FINMA nell'ambito dell'attività di
commerciante di valori mobiliari senza autorizzazione.

Fatti:**A.**

Con decisione provvisoria del 5 dicembre 2011 l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (di seguito: FINMA, autorità inferiore) ha nominato l'avv. A. _____ specialista indipendente nei confronti della società X. _____ SA, definito il mandato da eseguire e assegnato all'avv. A. _____ un termine scadente il 15 gennaio 2012 per fornirle un rapporto dei risultati (dispositivo cifra 1 e 2). In seguito la FINMA ha indetto all'avv. A. _____ di informarla qualora durante l'esecuzione del mandato dovesse rivelarsi necessario effettuare controlli presso altre società (dispositivo cifra 3), di annunciare ogni possibile indizio di violazioni delle norme sui mercati finanziari, nonché ogni attività atta a mettere in pericolo gli interessi degli investitori, della funzionalità dei mercati o della reputazione della piazza finanziaria (dispositivo cifra 4), ha fatto obbligo agli organi di X. _____, sotto comminatoria dell'art. 48 LFINMA, di mettere a disposizione dell'avv. A. _____ tutte le informazioni e la documentazione completa sull'attività societaria e di permettere l'accesso a tutti i locali (dispositivo cifra 5) ed infine messo a carico i costi dell'avv. A. _____ e degli specialisti da lui mandati a X. _____, autorizzandolo a richiederle congrui anticipi (dispositivo cifra 6). La FINMA ha dichiarato le misure ordinate alle cifre da 1 a 6 del dispositivo immediatamente esecutive (dispositivo cifra 7) e accollato a X. _____ i costi della procedura per un importo di fr. 16'000.— (dispositivo cifra 8). A motivo della decisione provvisoria la FINMA ha addotto in sostanza che la nomina dell'incaricato dell'inchiesta si era imposta in quanto un primo professionista indipendente nominato dalla FINMA avrebbe accertato che i dati forniti dalla società circa la descrizione dell'attività non corrispondevano alla realtà dei fatti. Anche la verifica del revisore statutario della ricorrente avrebbe contenuto informazioni contrastanti con quelle fornite dalla società. La X. _____ non si sarebbe del resto opposta alla nomina di uno specialista indipendente, proponendo lei stessa l'avv. A. _____.

B.

X. _____ è insorta contro la decisione appena menzionata al Tribunale amministrativo federale con ricorso del 13 dicembre 2011 (per tale procedimento è stato aperto l'incarto B-6714/2011), domandando in via cautelare e cautelare la restituzione dell'effetto sospensivo al gravame da lei presentato, nel senso di distogliere l'avv. A. _____ dall'eseguire accertamenti e svolgere il proprio mandato in merito a determinati punti. Nel merito, essa ha chiesto di anticipare il termine per la consegna del rapporto dell'inchiesta all'8 gennaio 2012, di ridurre l'estensione degli accer-

tamenti ordinati dalla FINMA e, infine, di ridurre a fr. 12'000.– le spese del procedimento svoltosi dinnanzi all'autorità inferiore.

C.

Con decisione incidentale del 16 dicembre 2011 lo scrivente Tribunale ha provvisoriamente respinto la richiesta di restituzione dell'effetto sospensivo. Dopo che nella sua risposta del 23 dicembre 2011 la FINMA ha proposto di non entrare nel merito dell'impugnativa e in via subordinata di respingerla, la domanda di restituzione dell'effetto sospensivo è stata definitivamente respinta tramite decisione incidentale del 27 dicembre 2011.

D.

In data 13 gennaio 2012 la FINMA ha accordato all'incaricato dell'inchiesta una proroga fino al 6 febbraio 2012 per la consegna del rapporto.

Con scritto del 29 febbraio 2012 la FINMA ha comunicato di aver ricevuto il rapporto dell'incaricato dell'inchiesta in data 22 febbraio 2012 e di aver inviato detto rapporto alla ricorrente per presa di posizione il 27 febbraio 2012. Di seguito, con ordinanza del 6 marzo 2012 lo scrivente Tribunale ha segnalato alla ricorrente che la procedura su ricorso sarebbe da stralciare dai ruoli in quanto divenuta priva d'oggetto, invitandola ad esprimersi al riguardo.

Tramite osservazioni del 15 marzo 2012 la ricorrente ha reputato come sussistesse ancora un interesse all'evasione del ricorso da lei presentato, postulando, nel caso di uno stralcio della procedura, la rinuncia al prelevamento di spese processuali.

E.

Con sentenza del 31 maggio 2012 (nel procedimento B-6714/2011) il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso per quanto ammissibile, adducendo in sintesi che la decisione incidentale impugnata non era suscettibile di arrecare alla ricorrente un danno irreparabile poiché non era ancora stata rilasciata una decisione definitiva sull'ammontare dei costi dell'inchiesta, negando l'interesse attuale e pratico della ricorrente a ridurre l'estensione degli accertamenti ordinati da FINMA, in quanto l'incaricato dell'inchiesta aveva già consegnato il proprio rapporto e ritenendo giustificati i costi derivanti dalla procedura dinanzi all'autorità inferiore. Suddetta sentenza non è stata impugnata ed è passata in giudicato.

F.

Con decisione del 14 settembre 2012 la FINMA ha constatato che

X._____ SA ha esercitato a titolo professionale sia l'attività di commerciante di valori mobiliari nonché l'attività di market maker senza disporre in entrambi i casi della necessaria autorizzazione e che la medesima ditta ha distribuito al pubblico prodotti strutturati violando i disposti di cui all'art. 5 della legge federale del 23 giugno 2006 sugli investimenti collettivi di capitale (legge sugli investimenti collettivi, LICol, RS 951.31; punto A del dispositivo: Costatazioni).

Sulla base delle constatazioni rilevate la FINMA ha ordinato quanto segue (punto B del dispositivo: Misure):

- "4. È ordinata la dismissione dell'attività di market maker di X._____ SA (...). Tale ordine è impartito con la comminatoria di cui all'art. 48 LFINMA;
5. B._____ (*ufficio di revisione di X.*) dovrà dare conferma high assurance di tale dismissione entro il 31 gennaio 2013;
6. È fatto ordine a X._____ SA (...) di regolarizzare la distribuzione di prodotti strutturati.
7. B._____, (...) dovrà dare conferma high assurance che la distribuzione di prodotti strutturati avviene in conformità delle norme in vigore entro il 31 gennaio 2013;
8. B._____ dovrà inoltre dare conferma high assurance che le attività del gruppo non sono effettivamente dirette dalla Svizzera entro il 31 gennaio 2013;
9. B._____ dovrà comunicare senza indugio alla FINMA ogni fatto che possa mettere in pericolo gli interessi dei creditori, degli investitori o che possa essere in contrasto con quanto disposto dalla presente decisione;
10. I costi di B._____ sono posti a carico di X._____ SA, (...).".

Al punto C (Costi) del dispositivo l'autorità inferiore ha messo a carico di X._____ SA i costi dell'incaricato dell'inchiesta (CHF 146'647.05) e i costi della procedura (CHF 20'000.-).

Come risulta dalla motivazione di detta decisione, la FINMA ha soppesato comparativamente, da un lato, l'accertamento da lei effettuato che X._____ a esercitato come commerciante in proprio e come market maker senza la necessaria autorizzazione e inoltre distribuito prodotti strutturati al pubblico senza rispettare i disposti di cui all'art. 5 LICol, considerando tali infrazioni gravi, dall'altro lato ritenuto che X._____ abbia

sempre dimostrato un comportamento proattivo nei confronti dell'autorità, avendo preso misure importanti per adattare il proprio business model alla legge, in particolare alienando la propria attività di commerciante in proprio e mutando il proprio modello di distribuzione dei prodotti strutturati. La FINMA ha altresì tenuto presente che la ricorrente è stata sottoposta per due volte all'esame di specialisti indipendenti nominati dalla FINMA e ad una special review del proprio revisore, deducendo che la ricorrente non è sfuggita alla sorveglianza della FINMA malgrado l'esercizio di attività senza autorizzazione. Per tutti questi motivi, la FINMA ha esplicitamente rinunciato a mettere in liquidazione la società. Siccome al momento dell'emanazione della decisione impugnata la ricorrente esercitava ancora illecitamente come market maker e distribuiva ancora prodotti strutturati al pubblico in contravvenzione dell'art. 5 LICol, la FINMA soggiunge di aver dovuto ordinare la dismissione dell'attività di market maker e la regolarizzazione nella distribuzione di prodotti strutturati obbligando B._____ (ufficio di revisione della ricorrente) di fornire una conferma che le misure fossero state prese.

G.

Con ricorso del 16 ottobre 2012 la X._____ SA (di seguito: ricorrente) ha impugnato suddetta decisione dinanzi allo scrivente Tribunale amministrativo federale, proponendo l'accoglimento del ricorso, la negazione degli accertamenti rilevati, la condanna della FINMA al pagamento dell'importo pari a CHF 302'865.10 in favore della ricorrente e l'addossamento delle spese per il presente procedimento alla FINMA, protestate tasse, spese e ripetibili. La ricorrente non insorge contro le misure ordinate dalla FINMA al punto B cifre da 4 a 10 del dispositivo della decisione impugnata, ritenendo che le cifre da 4 a 10 "decadono".

In data 25 ottobre 2012 il patrocinatore della ricorrente ha trasmesso la procura in originale.

H.

Con osservazioni del 31 gennaio 2013, presentate entro il termine prorogato con ordinanze del 19 novembre 2012 e 11 gennaio 2013, la FINMA chiede di rigettare il ricorso e di confermare la decisione impugnata.

I.

Tramite scritto del 14 febbraio 2013 la FINMA ha trasmesso gli atti preliminari muniti di un indice, facendo inoltre notare di aver appreso casualmente che la ricorrente ha inserito sul proprio sito internet un disclaimer che comprende tutti i contenuti del sito, precisando che al momento

dell'emanazione della decisione impugnata tale disclaimer non esisteva e che le newsletter e i products of the week erano accessibili a chiunque e rilevando infine che il disclaimer indica sì che le informazioni contenute nel sito non rappresentano un'offerta ma è silente circa la possibilità di distribuire il prodotto in Svizzera e che non sono previste restrizioni per l'accesso ai dati del sito (fatta eccezione per le informazioni sui corsi).

J.

Con scritto del 18 febbraio 2013 la FINMA ha prodotto il fascicolo numero 15 degli atti preliminari ed un indice degli atti aggiornato.

K.

Con osservazioni dell'8 aprile 2013, inoltrate entro il termine prorogato con ordinanza del 6 marzo 2013, la ricorrente ha formulato in via principale le medesime conclusioni dell'atto di ricorso, proponendo, in via subordinata, l'accoglimento del ricorso ed il rinvio della causa alla FINMA per procedere all'accertamento di ulteriori fatti (cfr. quesiti da 1 a 6 dei petita in via subordinata) e chiedendo quale mezzo di prova l'assunzione di una richiesta di assistenza amministrativa ai sensi dell'art. 38 LBVM all'autorità di vigilanza inglese per far luce sulla questione dei rischi derivanti dall'attività di introducing broker.

Con riferimento allo scritto della FINMA del 14 febbraio 2013, la ricorrente spiega di aver modificato nel frattempo il proprio business model, esercitando unicamente un ruolo di advisor nelle operazioni da lei svolte, così che non effettua più attività per proprio conto e non ricade più sotto alcun assoggettamento.

Per quanto attiene al disclaimer sul proprio sito web la ricorrente rileva come esso sia sempre stato presente.

La ricorrente sostiene di avere ancora un interesse giuridico all'evasione del presente ricorso, anche se limitato ai costi della procedura sia dinanzi alla FINMA che allo scrivente Tribunale, nonché all'eventualità che FINMA, in applicazione del principio di opportunità, decida o meno di effettuare una denuncia al Dipartimento federale delle finanze per esercizio di un'attività non assoggettata.

L.

Con osservazioni finali del 31 maggio 2013, inoltrate entro il termine prorogato con ordinanza del 7 maggio 2013, la FINMA propone il rigetto del ricorso per quanto sia ammissibile, rilevando che gli unici due temi su cui

verte la procedura sono la fondatezza della nomina dell'incaricato dell'inchiesta e delle spese di giudizio per il procedimento dinanzi all'autorità inferiore, mentre per il resto il ricorso sarebbe divenuto privo d'oggetto. La FINMA ritiene che l'interesse ad evitare una denuncia all'autorità penale non sia degno di protezione da una parte poiché la semplice segnalazione ad altra autorità non sarebbe atta a causare un danno alla ricorrente, dall'altra poiché la denuncia non concernerebbe la ricorrente stessa ma le persone che per essa hanno agito o ignoti, così che in ogni caso un danno andrebbe escluso.

M.

Con ordinanza del 4 giugno 2013 lo scrivente Tribunale ha trasmesso le osservazioni della FINMA del 31 maggio 2013 alla ricorrente e comunicato di non prevedere un ulteriore scambio di scritti, su riserva di eventuali provvedimenti istruttori, allegazioni delle parti o eventualmente di una sentenza finale.

Diritto:

1.

Il Tribunale amministrativo federale esamina d'ufficio e con pieno potere di cognizione la questione a sapere se sono adempiute le condizioni di ammissibilità del ricorso (DTAF 2007/6, consid. 1 con rinvii).

1.1 Giusta l'art. 31 della legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF, RS 173.32), lo scrivente Tribunale giudica i ricorsi contro le decisioni ai sensi dell'art. 5 della legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (PA, RS 172.021), fatte salve le eccezioni di cui all'art. 32 LTAF. Contro le decisioni della FINMA è possibile adire il Tribunale amministrativo federale (art. 33 lett. h LTAF i. c. d. con l'art. 54 cpv. 1 della legge del 22 giugno 2007 sulla vigilanza dei mercati finanziari [LFINMA, RS 956.1]).

1.2 La decisione impugnata è stata emanata il 14 settembre 2012. Introdotto il 16 ottobre 2012, il ricorso in esame è quindi tempestivo. Esso è stato redatto nella forma prevista dall'art. 52 cpv. 1 PA, l'anticipo richiesto è stato versato entro il termine impartito e i rappresentanti legali hanno giustificato i propri poteri con valida procura.

1.3 La ricorrente ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore e in qualità di destinataria materiale diretta della decisione impugnata risulta, in principio, essere particolarmente toccata da quest'ultima ed avere un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modifica-

zione della stessa (art. 48 cpv. 1 PA). Di regola, il ricorrente deve disporre di un interesse pratico attuale alla modifica o all'annullamento della decisione querelata sia quando adisce l'autorità di ricorso sia al momento in cui questa si pronuncia nel merito, (cfr. DTF 131 I 153 consid. 1.2 pag. 157; 131 II 361 consid. 1.2 pag. 365 e riferimenti).

Con riferimento alla legittimazione a ricorrere si impongono allegazioni differenziate a seconda delle conclusioni formulate dalla ricorrente.

1.3.1 Mediante le osservazioni dell'8 aprile 2013 la ricorrente ha comunicato di aver modificato il proprio business model e di agire d'ora in avanti unicamente come advisor delle operazioni da lei svolte, non effettuando più alcuna attività per conto proprio. L'emissione e la distribuzione di prodotti strutturati sono state cancellate dallo scopo contenuto nel Registro di commercio. La ricorrente ha provveduto a modificare il proprio sito internet alle modifiche intervenute e a richiedere in data 8 aprile 2013 a B. _____ SA di svolgere una verifica a conferma di tale elemento. Così facendo, la ricorrente ha fatto integralmente fronte alle misure ordinate alla lettera B cifre 4-10 del dispositivo della decisione impugnata, come conferma l'autorità inferiore nella presa di posizione del 31 maggio 2013. Di conseguenza, essendosi impegnata a mettere effettivamente in atto le misure della FINMA, la ricorrente si è conformata ai disposti di legge in materia di sorveglianza dei mercati finanziari, sottoponendosi alle misure ordinate nella decisione impugnata ed accettandole. Per questo motivo, il ricorso dovrebbe, di principio, essere divenuto privo d'oggetto in questo ambito. La rinuncia ad insorgere contro le cifre 4-10 del dispositivo della decisione impugnata si evince del resto dai petiti in via principale riformulati nelle osservazioni dell'8 aprile 2013 dove è espressamente indicato che le conclusioni corrispondenti "decadono". Le misure ordinate dalla FINMA alla lettera B cifre 4-10 del dispositivo dovrebbero pertanto essere passate in giudicato e non fare più parte dell'oggetto di lite.

1.3.2 La ricorrente ritiene di avere un interesse giuridico all'evasione del ricorso anche se limitato ai costi della procedura ed all'eventualità che FINMA anche in applicazione del principio di opportunità decida o meno di effettuare una denuncia al Dipartimento federale delle finanze per esercizio di un'attività non assoggettata. Nonostante la ricorrente restringa, da una parte, l'oggetto di lite ed il proprio interesse giuridico, ella sembra, dall'altra, intenta a mantenere le conclusioni volte a negare le constatazioni di cui alla lettera A cifre 1-3 del dispositivo della decisione impugnata, come si evince dai petiti 1-3 introdotti in via principale, reiterati dalla ricorrente nelle osservazioni dell'8 aprile 2013.

Di seguito occorre quindi chinarsi sulla domanda a sapere se la ricorrente, dopo aver incontestabilmente ripristinato la propria situazione di diritto, ha ancora un interesse attuale e degno di protezione ad insorgere contro le constatazioni rimproverate, tutto sotto l'aspetto di una probabile introduzione di una denuncia penale da parte della FINMA.

1.3.2.1 A titolo liminare giova ricordare che, malgrado lo scrivente Tribunale esamini d'ufficio le condizioni di ammissibilità del ricorso, ciò non dispensa la ricorrente dallo spiegare da quali circostanze deduce il proprio interesse degno di protezione a ricorrere, in quanto incombe a lei l'onere di provare che un simile interesse le spetta (cfr. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Berna 1983, p. 150 seg.). In altre parole, l'obbligo di motivare il ricorso ancorato all'art. 52 cpv. 1 PA impone alla ricorrente anche di sostanziare la propria legittimazione a ricorrere, in particolare l'interesse degno di protezione (cfr. ISABELLE HÄNER in Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (ed.), Kommentar VwVG, Zürich-St. Gallen 2008, Art. 48 n. 2). Pertanto lo scrivente Tribunale non esamina d'ufficio se possano sussistere eventualmente altri motivi, oltre a quelli invocati dalla ricorrente, che siano suscettibili di indicare una particolare lesione ("Betroffenheit") rispettivamente un particolare interesse degno di protezione (cfr. sentenze del Tribunale amministrativo federale B-1092/2009 del 30 aprile 2009 consid. 3.3.1 seg., B-77/2009 del 22 giugno 2009 consid. 1 con ulteriori riferimenti, B-3985/2013 del 1° luglio 2014 consid. 3.2; cfr. anche DTF 134 II 120 consid. 1, 133 II 249 consid. 1.1; BERNHARD WALDMANN in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (ed.), Bundesgerichtsgesetz, 2a edizione, 2011, n. 3 ad art. 89 LTF).

1.3.2.2 Nelle sue osservazioni la ricorrente motiva un interesse attuale e pratico a ricorrere limitandosi esclusivamente ad indicare, in modo del tutto sommario e superficiale, l'eventualità che la FINMA possa sporgere una denuncia penale presso il Dipartimento federale delle finanze (DFE). Ora, nel dispositivo della decisione impugnata l'autorità inferiore non ha annunciato l'intenzione di introdurre una qualsivoglia denuncia al DFE. Nemmeno dagli atti di causa risultano indizi concreti che la FINMA abbia nel frattempo introdotto una simile denuncia o si accinga a farlo. Di transenna sia aggiunto che nell'ambito della procedura penale amministrativa condotta dal DFE (cfr. anche art. 50 cpv. 1 LFINMA) detta autorità non dovrebbe, di principio, essere vincolata dagli accertamenti effettuati dalla FINMA che potrebbero essere alla base della denuncia, bensì tenere conto di questi ultimi semmai nell'ambito della valutazione delle prove. Il fatto che l'accertamento dell'illiceità di un atto amministrativo potrebbe essere di una certa utilità in vista di un'eventuale procedura penale amministrativa

va non può bastare per riconoscere un interesse attuale e pratico a ricorrere contro il medesimo (cfr. a titolo comparativo sentenze del Tribunale federale 2 C_596/2010 dell'11 marzo 2011 consid. 3.2, 2C_45/2014 del 28 marzo 2014 consid. 2.4), purché un eventuale procedimento successivo conferisca alla ricorrente una protezione giuridica almeno equivalente. Nel caso di specie non sono ravvisabili motivi suscettibili di affermare il contrario e nemmeno la ricorrente ne solleva alcuno. Così facendo la ricorrente viene meno all'obbligo di collaborare e sostanziare in che misura un'eventuale denuncia penale della FINMA sia suscettibile di tangere il proprio interesse attuale e pratico a ricorrere contro le constatazioni nel dispositivo della decisione impugnata.

1.3.2.3 Un interesse attuale e pratico a ricorrere contro dette constatazioni non può neppure essere ammesso per i seguenti motivi.

Poiché al momento del rilascio della decisione impugnata la ricorrente non aveva ancora provveduto a conformare pienamente la propria situazione ai disposti di legge, la FINMA ha ordinato le misure necessarie a ristabilire lo stato di diritto.

A tale riguardo va rilevato che la FINMA può emanare una decisione di accertamento ai sensi dell'art. 32 LFINMA se non deve provvedere, per il tramite di una decisione relativa a prestazioni, al ripristino della situazione conforme alla legge giusta l'art. 31 LFINMA o se non deve infliggere una misura repressiva specifica come ad esempio il ritiro dell'autorizzazione o la rimozione di un garante dell'irreprensibilità nei confronti di un assoggettato alla vigilanza. Si tratta di una cosiddetta decisione d'accertamento d'ufficio (Messaggio sulla legge federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari del 1° febbraio 2006, di seguito Messaggio-LFINMA, FF 2005 2625 segg., in particolare p. 2676). Dal punto di vista del diritto di vigilanza una simile decisione può rappresentare la misura più mite, dal punto di vista sanzionatorio un ammonimento formale ("formelle Rüge", cfr. URS ZULAUF, DAVID WYSS ET AL., *Financemarktenforcement*, 2014, p. 221 seg.). Rispetto alla versione italiana, il testo in lingua tedesca dell'art. 32 LFINMA "*Ergibt das Verfahren, dass die oder der Beaufsichtigte aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, und müssen keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden, so kann die FINMA eine Feststellungsverfügung erlassen*" riesce meglio ad esprimere che una simile decisione di accertamento riveste in primo luogo un carattere sussidiario e non è possibile attribuirle la portata di una decisione impugnabile separatamente se, contestualmente agli accertamenti, vengono indette misure

per il ripristino della situazione conforme alla legge, come avvenuto nel caso in esame, oppure viene inflitta una misura repressiva specifica (cfr. sul carattere sussidiario di decisioni di accertamento d'ufficio anche DTAF 2009/9 consid. 2). In questi casi risulta dai motivi della decisione sulle prestazioni rispettivamente della sanzione repressiva se e in quanto sono stati violati i disposti di legge in materia di sorveglianza dei mercati finanziari, senza che si renda necessaria una decisione di accertamento (cfr. PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/ SILVIA RENNINGER, in BSK, 2a. edizione, n. 24 ad art. 32 LFINMA). Conformemente al principio della proporzionalità, una decisione di accertamento sussidiaria rispetto a misure specifiche repressive (p. es. ritiro dell'autorizzazione, liquidazione, apertura del fallimento), e quindi suscettibile di rivestire un carattere penale, sarebbe giustificata innanzi tutto se nel pubblico interesse è da considerare la pubblicazione di una decisione in materia di vigilanza giusta l'art. 34 LFINMA (cfr. ULRICH ZIMMERLI, Integrierte Finanzmarktaufsicht in der Schweiz Ausgangslage – Konzept – Umsetzung – Ausblick, in GesKR 2009 p. 3 seg.).

Nel caso che ci riguarda alla FINMA preme prima di tutto il ripristino immediato della situazione conforme alla legge e non la punizione a posteriori di infrazioni delle disposizioni in materia di sorveglianza dei mercati finanziari. Un eventuale carattere penale e sanzionatorio delle constatazioni retrocede, mentre passa in primo piano il carattere esecutivo delle misure di ripristino della situazione conforme alla legge. La presunta gravità delle violazioni riscontrate viene comunque relativizzata dall'ordine delle misure esecutive, le quali, nel presente caso, sono meno incisive di un divieto di esercizio della professione, del ritiro dell'autorizzazione, della messa in liquidazione oppure dell'apertura del fallimento, apparendo quindi conformi al principio della proporzionalità.

In sintesi, in virtù della natura sussidiaria di una decisione di accertamento, secondo il loro contenuto, le constatazioni delle violazioni rimproverate alla ricorrente non vanno oltre alle concrete misure di ripristino ordinate. Perciò, simili constatazioni non possono che fare parte degli elementi relativi alla motivazione che ha indotto la FINMA ad indire tali misure e non sono suscettibili di esplicitare un carattere di dispositivo. Le constatazioni in parola non specificano nemmeno su quale arco di tempo le violazioni si siano protratte cosicché viene loro a mancare la determinatezza necessaria ad ammetterne la portata autonoma.

Con l'aver adottato tutti i provvedimenti necessari per ristabilire la situazione conforme al diritto ai sensi di quanto ordinato nella decisione impu-

gnata, la ricorrente ha pienamente ottemperato alle misure indette dall'autorità inferiore. Di conseguenza, l'essersi sottoposta alla messa in atto di tali provvedimenti lascia presupporre che la ricorrente, se pur implicitamente, li abbia riconosciuti e si sia resa consapevole di aver contravvenuto ai disposti in materia di vigilanza dei mercati finanziari. Del resto va convenuto che la stessa ricorrente non fa valere espressamente un interesse attuale e pratico incentrato ad insorgere soltanto contro le constatazioni rimproveratele dalla FINMA, mettendo un tale interesse unicamente in relazione ai costi di procedura dinanzi alla FINMA e all'eventualità di una denuncia penale da parte di quest'ultima. A giusto titolo, altrimenti, se ciò non fosse, la ricorrente manifesterebbe una certa contraddizione nel proprio agire nel senso di un "venire contra factum proprium" (art. 2 CC). Olttracciò, la ricorrente non sostiene in alcun modo se e in che misura alle constatazioni della FINMA debba essere attribuito un carattere penale e sanzionatorio, né fa valere in che misura le stesse constatazioni siano in grado di pregiudicare la sua reputazione.

Dai motivi suesposti è deducibile che se la ricorrente ha adottato le misure ordinatele dalla FINMA, le cifre da 4 a 10 del dispositivo della decisione impugnata sono diventate definitive e la ricorrente in mancanza di un interesse attuale e pratico non può più insorgere contro di esse. Del resto anche la ricorrente ha indicato che le sue conclusioni rivolte contro le misure sono decadute. La medesima sorte deve pertanto toccare anche alle constatazioni in base al loro carattere sussidiario. Per questo motivo la ricorrente non ha nemmeno un interesse attuale e pratico a ricorrere contro dette constatazioni. Lo stesso vale in relazione ai petita proposti in via subordinata nelle osservazioni dell'8 aprile 2012, perlopiù volti ad ulteriori accertamenti della fattispecie in relazione alle constatazioni formulate nel dispositivo della decisione impugnata, in quanto tale interesse pare ancora una volta fondarsi soltanto sull'eventuale rischio che la FINMA sporga denuncia penale dinanzi al DFF.

In sunto, essendosi la ricorrente conformata alla situazione di diritto, non è dato l'interesse attuale e pratico ad insorgere contro le constatazioni contenute nel dispositivo della decisione impugnata. Del resto non sono dati nemmeno i presupposti per rinunciare al requisito dell'interesse attuale e pratico, in quanto difficilmente la questione sollevata è suscettibile di ripresentarsi in medesime o simili circostanze.

1.3.3 La ricorrente ha invece sempre un interesse attuale e pratico ad impugnare la lettera C (cifre 11 e 12) della decisione impugnata riguardo al-

la fissazione dei costi per l'incaricato dell'inchiesta e della procedura dinanzi all'autorità inferiore a carico della ricorrente.

1.4 Visto quanto precede occorre entrare nel merito del ricorso, unicamente per quanto attiene ai costi dell'incaricato dell'inchiesta e alle spese di procedura in prima istanza (consid. 1.3.3). Per il resto, il ricorso è inammissibile.

2.

Al punto C (Costi) del dispositivo della decisione impugnata l'autorità inferiore ha messo a carico della ricorrente i costi dell'incaricato d'inchiesta (CHF 146'647.05) e i costi della procedura (CHF 20'000).

La ricorrente contesta l'ammontare dei costi dell'incaricato dell'inchiesta e l'ampiezza del mandato conferitogli dalla FINMA, affermando che le verifiche subite le avrebbero generato costi per un importo di CHF 445'778.- e chiedendo di riconoscerle un risarcimento pari a CHF 302'865.10.

A motivo di tali censure e conclusioni, la ricorrente ritiene che il mandato dell'incaricato dell'inchiesta sia risultato sproporzionato rispetto alle verifiche necessarie. Non vi sarebbero state ragioni per l'utilità di un controllo tanto ampio ed approfondito, retroattivo fino al 2008, considerato che non era stata decretata la messa in liquidazione della società e che la ricorrente non aveva adottato un comportamento tale da imporre il controllo dell'incaricato dell'inchiesta, bensì sempre fornito alla FINMA le informazioni richieste ai fini delle indagini. Riguardo alla sproporzionalità dell'ampiezza del mandato assunto dall'incaricato dell'inchiesta la ricorrente rimanda in modo generico alle osservazioni del 3 aprile 2012 relative al rapporto da lui steso.

2.1 In una prima fase vanno esaminate le censure della ricorrente inerenti all'ampiezza dell'oggetto del mandato.

2.1.1 LA FINMA dispone di un certo potere d'apprezzamento tecnico ("technisches Ermessen") nella scelta delle misure da intraprendere in materia dell'inchiesta, segnatamente nel verificare se per un'inchiesta in materia di diritto di sorveglianza dei mercati finanziari si rendono necessari un controllo direttamente sul posto e con ciò la nomina di un incaricato dell'inchiesta (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale B-7038/2009 consid. 1.8). Se vi sono indizi concreti atti ad affermare che un istituto finanziario eserciti attività assoggettate senza essere in possesso delle necessarie autorizzazioni, la nomina di un incaricato dell'in-

chiesta non può essere considerata una misura sproporzionata (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale B-4066/2010 del 19 maggio 2011 consid. 9.2).

2.1.2 Come si evince dall'istoriato procedurale della decisione impugnata, l'autorità federale in materia di vigilanza sui mercati finanziari (prima CFB, ora FINMA) è in contatto dal 14 febbraio 2001 con la ricorrente per accertare se la società svolga un'attività soggetta all'obbligo di autorizzazione, in particolare l'attività di commerciante di valori mobiliari per proprio conto. In occasione del rapporto intermedio al 30 giugno 2010 fornito dallo specialista indipendente B._____ quest'ultimo ha indicato, tra l'altro, la presenza di incongruenze tra l'attività descritta dalla ricorrente all'autorità e quella effettivamente svolta, così come tra il volume annuo delle transazioni presentato all'autorità e quello messo a disposizione dello specialista. Inoltre sarebbero state rilevate altre società nel sistema contabile. Da notare che a seguito di tale rapporto intermedio la ricorrente aveva deciso, in data 20 settembre 2010, di ritirare la propria richiesta di autorizzazione e di dismettere l'attività di commerciante in proprio. Con scritto del 20 ottobre 2010 la ricorrente ha comunicato di aver stipulato un contratto di clearing e settlement con la Banca C._____ per dimostrare, a suo dire, che erano in corso le trattative per una cessione definitiva dell'attività assoggettata. Il 5 aprile 2011 la ricorrente ha indicato di aver sottoscritto un contratto di cessione dell'attività di commercio in proprio alla Banca D._____ con effetto al 31 agosto 2011. In data 20 ottobre 2011 il revisore statuario della ricorrente ha inviato una propria valutazione sull'attività svolta dalla società. Anche in questo caso la FINMA ha constatato differenze tra i rilevamenti del revisore e i dati forniti dalla ricorrente in relazione alla distribuzione di prodotti strutturati, all'appello al pubblico, nonché alla negoziazione, all'offerta al pubblico ed alla standardizzazione degli strumenti finanziari. Alla luce di dette informazioni contraddittorie e dei pareri discordanti delle parti appare inappuntabile che la FINMA abbia ritenuto che si imponesse una verifica in loco per permettere l'accertamento obiettivo dei fatti da parte di uno specialista indipendente. La ricorrente rasenta un agire in malafede quando afferma che il proprio comportamento non abbia dato adito ad un intervento dell'incaricato dell'inchiesta.

2.1.3 Nel caso di specie, è d'uopo sottolineare che la ricorrente non si è comunque opposta alla nomina di un incaricato dell'inchiesta in sé, tanto più che è stata lei stessa a proporre l'avvocato A._____ in tale veste. Peraltro, le obiezioni della ricorrente sono principalmente incentrate sull'ampiezza e sulla necessità delle verifiche per lo svolgimento del

mandato, come si può evincere dal ricorso del 13 dicembre 2011 contro la decisione provvisoria della FINMA del 5 dicembre 2011 concernente la nomina dell'incaricato dell'inchiesta (dossier B-6741/2011), rispettivamente dalla presa di posizione della ricorrente del 15 marzo 2012 nel procedimento B-6741/2011, nonché dalle osservazioni della ricorrente del 3 aprile 2012 al rapporto dell'incaricato dell'inchiesta.

Il mandato dell'incaricato dell'inchiesta è definito nella decisione provvisoria del 5 dicembre 2011. Considerato che la ricorrente aveva deciso di cedere e dismettere l'attività di commerciante in proprio, che nel suo sistema contabile erano state rilevate altre società e che la ricorrente era intenzionata ad avviare altre attività finanziarie in relazione alla distribuzione di prodotti strutturati, appare giustificato che dovevano essere raccolti elementi atti ad analizzare l'attività ceduta ed accertare l'effettiva dismissione dell'attività, nonché la liceità delle attività espletate dalla ricorrente nel loro complesso, comprese quelle di distribuzione di prodotti strutturati. Non dà quindi adito a critiche che i temi principali del mandato fossero riferiti al perimetro di consolidamento, all'attività di commerciante in proprio (in particolare la verifica della dismissione dell'attività, del proseguo dell'attività sotto altra ditta e del calcolo dei volumi di transazione annui dal 2009 alla dismissione) e all'attività di distribuzione di prodotti strutturati (in particolare la verifica che tali prodotti fossero da considerare investimenti collettivi). L'esame di tali tematiche risultava quindi fondamentale per appurare se le attività della ricorrente fossero conformi alle disposizioni in materia di vigilanza sui mercati finanziari. In tale contesto non sono quindi ravvisabili punti di riferimento suscettibili di affermare che la FINMA abbia abusato o ecceduto nel proprio potere di apprezzamento tecnico nel definire l'oggetto del mandato per l'incaricato dell'inchiesta. Nella misura in cui la ricorrente considera sproporzionate alcune operazioni svolte dall'incaricato dell'inchiesta oppure reputa che non vi sia (stato) interesse a verificare alcuni punti in relazione ai temi principali che fanno oggetto del mandato, ella lo fa partendo generalmente dal presupposto che le attività da lei svolte siano in ogni caso conformi all'ordinamento giuridico. In questo modo ella misconosce che per giungere ad una simile conclusione dovevano prima essere raccolti tutti gli elementi di fatto necessari per stabilire se veniva svolta un'attività assoggettata e se dovevano essere prese le relative misure, dal momento che le informazioni che la ricorrente aveva finora fornito alla FINMA non corrispondevano del tutto con il primo rapporto dell'incaricato dell'inchiesta B. _____ e nemmeno con il rapporto del revisore. Da questo punto di vista gli argomenti portati dalla ricorrente sono destinati all'insuccesso ed ininfluenti.

Non da ultimo occorre rimarcare che in base alle risultanze esperite dall'incaricato dell'inchiesta la FINMA ha visto concretizzarsi i propri sospetti iniziali ed è stata indotta ad ordinare diverse misure per il ripristino della situazione di diritto, ossia la dismissione dell'attività di market maker della ricorrente, la regolarizzazione della distribuzione di prodotti strutturati e l'ordine al revisore statutario della ricorrente di dare conferma high assurance entro il 31 gennaio 2013 che l'attività di market maker fosse stata dismessa e che la distribuzione di prodotti strutturati fosse avvenuta in conformità con le norme vigenti entro il 31 gennaio 2013. Il fatto che la ricorrente si sia completamente sottoposta alle misure ordinate dalla FINMA può essere un indizio a suffragio di un'ampiezza adeguata del mandato. Viste le circostanze nel caso concreto, non vi è nulla da rimproverare all'autorità inferiore anche se potrebbe sembrare che l'oggetto del mandato vada un po' oltre di quanto avrebbero lasciato supporre le misure che sarebbero a prima vista entrate in considerazione all'inizio dell'inchiesta. Altrimenti l'autorità inferiore correrebbe il rischio di non poter far luce su tutti gli elementi di fatto rilevanti.

2.2 Costi dell'incaricato dell'inchiesta

2.2.1 I costi dell'incaricato dell'inchiesta sono a carico della persona sottoposta a vigilanza (art. 36 cpv. 4 LFINMA). L'obbligo di quest'ultima di assumere detti costi permane malgrado il sospetto iniziale della FINMA dovesse risultare infondato (ANDRÉ TERLINDEN, *Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements*, Zuri-go/S. Gallo 2010, p. 346 seg.). Secondo la prassi, la nomina di un incaricato dell'inchiesta non presuppone la certezza che sia stata violata una determinata disposizione legale, ma è sufficiente che il sospetto iniziale all'origine poggi su punti di riferimento oggettivi, suscettibili di giustificare l'accertamento esaustivo della fattispecie tramite un controllo direttamente sul posto; in simili casi lo scaricamento delle spese per l'incaricato dell'inchiesta all'istituto finanziario sottoposto a vigilanza è giustificato con l'argomento che detto istituto si sia reso responsabile della situazione iniziale poco chiara che occorre sistemare (TERLINDEN, op. cit., p. 347; DTF 130 II 351 consid. 2.2, 126 II 111 consid. 4c; sentenza del Tribunale amministrativo federale B-7765/2008 del 14 dicembre 2009 consid. 10.1.1). La normativa di cui all'art. 36 cpv. 4 LFINMA segue il principio del perturbatore e della causalità conformemente alla strategia di finanziamento della FINMA (cfr. Messaggio-LFINMA, FF 2006 2625 segg., in particolare pag. 2639 seg., 2663 segg.; BENEDIKT MAURENBRECHER/ANDRÉ TERLINDEN, in: BSK, n. 74 seg. ad art. 36 LFINMA; TERLINDEN, op. cit., p. 347).

2.2.2 Come si è visto, sulla scorta delle informazioni discordanti e insufficientemente chiare la ricorrente ha dato adito alla nomina di un incaricato dell'inchiesta da parte della FINMA affinché quest'ultimo appurasse la fattispecie. Conformemente all'art. 36 cpv. 4 FINMAG, i costi per l'espletamento del mandato dell'incaricato dell'inchiesta vanno dunque posti a carico della ricorrente. Quest'ultima non può trarre alcun vantaggio dal fatto che la FINMA nella decisione impugnata non abbia messo la società in stato di liquidazione. Determinante per la messa a carico dei costi è il sussistere di motivi obiettivi e validi per la nomina dell'incaricato dell'inchiesta e non le conseguenze giuridiche che la FINMA può trarre dalle risultanze del rapporto di detto specialista.

Nell'evenienza concreta, l'incaricato dell'inchiesta ha redatto un rapporto di 64 pagine, datato 15 febbraio 2012, all'attenzione della FINMA. Per la stesura di tale rapporto egli ha inoltrato alla ricorrente, in data 29 marzo 2012, una fattura d'onorario dettagliata di fr. 146'647.05. Dalla nota d'onorario emerge che sono state messe in conto 326,10 ore (277,5 ore per il responsabile del mandato e 48 ore per l'associato) per un totale di fr. 106'370.- a cui si aggiungono fr. 29'414.30 di disborsi e l'8% di IVA. Conformemente alla decisione provvisoria del 5 dicembre 2011, l'incaricato dell'inchiesta ha fatto uso dell'autorizzazione conferitagli da FINMA di richiedere alla società posta sotto sorveglianza dei congrui anticipi (2 volte fr. 54'000.-) che la ricorrente ha già provveduto a versare. Sulla base della fattura rimane ancora in sospeso l'importo residuo di fr. 38'647.05.

Nella decisione impugnata l'autorità inferiore ha reputato l'importo proporzionato al lavoro svolto e all'ampiezza del mandato, approvando di seguito i costi fatturati. La FINMA sottopone gli incaricati ad un controllo dei costi differenziato (cfr. Guida pratica per gli incaricati della FINMA per un adempimento diligente del mandato del 28 novembre 2013, pag. 6, di seguito: Guida pratica, richiamabile all'indirizzo web <<http://www.finma.ch>> > Chi è la FINMA > Incaricati FINMA > Adempimento diligente del mandato, visitato l'ultima volta il 29 settembre 2014). Con scritto dell'8 dicembre 2011 la FINMA ha comunicato all'incaricato dell'inchiesta le modalità d'esecuzione del mandato, in particolare, per quanto sia d'interesse nel presente contesto, le tariffe orarie applicabili (fr. 350.- per il responsabile del mandato e partner, fr. 250.- per gli associati e fr. 80.- per il segretariato), le modalità di pagamento, l'anticipo dei costi e la fatturazione. Allo stesso modo, la FINMA ha reso attento l'incaricato dell'inchiesta che le spese generate dall'esecuzione del suo mandato devono rispettare il principio della proporzionalità ed essere sorvegliate.

Visto quanto precede non è dato di vedere se e in che misura il rapporto dell'incaricato dell'inchiesta e la relativa nota d'onorario cadano in contraddizione con i principi inerenti al controllo dei costi della FINMA. D'altro canto, la ricorrente si limita a contestare in modo vago e generico i costi elevati, senza tuttavia occuparsi delle singole posizioni fatturate nella nota d'onorario e senza rimproverare che il rapporto manchi di sostanza o presenti un contenuto assolutamente inaccettabile. Pertanto le censure mosse a tale riguardo non riescono a convincere.

2.2.3 Restando fermo che la FINMA non ha violato il diritto federale né ecceduto o abusato del proprio giudizio tecnico nel definire l'ampiezza del mandato (consid. 2.1.3) e nell'approvare i costi dell'incaricato dell'inchiesta (consid. 2.2.2), le pretese di risarcimento di fr. 302'865.10, fatte valere dalla ricorrente, non appaiono giustificate. In primo luogo, gli scritti che la ricorrente ha inoltrato nel presente procedimento non quantificano con la necessaria chiarezza in cosa dovrebbero consistere i "costi interni" ed "esterni" legati all'intervento dell'incaricato dell'inchiesta. In secondo luogo è alquanto improbabile che il presente procedimento si presti all'evasione di pretese di risarcimento per mancata competenza dello scrivente Tribunale. Si rimanda perciò la ricorrente a seguire eventualmente la via dell'azione di responsabilità.

3.

La ricorrente protesta di dover sopportare le spese per la procedura dinanzi alla FINMA.

La FINMA riscuote emolumenti per singole procedure di vigilanza e per prestazioni di servizi (art. 15 cpv. 1, prima frase LFINMA). Il Consiglio federale disciplina i dettagli (art. 15 cpv. 4 LFINMA). Giusta l'art. 5 cpv. 1 lett. a dell'ordinanza sulla riscossione di emolumenti e tasse da parte dell'Autorità di vigilanza sui mercati finanziari del 15 ottobre 2008 (Oem-FINMA, RS 956.122) è assoggettato all'emolumento chiunque occasiona una decisione. Il calcolo degli emolumenti è effettuato secondo l'allegato all'Oem-FINMA (art. 8 cpv. 1 Oem-FINMA), in funzione del tempo medio impiegato per svolgere operazioni analoghe e dell'importanza dell'affare per la persona assoggettata (art. 8 cpv. 2 Oem-FINMA). La versione dell'allegato in vigore al momento del rilascio della decisione impugnata (RU 2008 5343) disciplinava alla cifra 1.9 che le tariffe quadro nell'ambito delle banche e delle borse in una procedura relativa all'assoggettamento forzato di persone fisiche e giuridiche potevano oscillare tra fr. 10'000.- e fr. 30'000.- (con l'entrata in vigore della modifica del 21 novembre 2012 il 1° gennaio 2013 la cifra 1.9 dell'allegato è stata abolita; per le procedure

d'enforcement il calcolo degli emolumenti è disciplinato dall'art. 8 cpv. 3 e 4 Oem-FINMA; cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale B-6736/2013 del 22 maggio 2014 consid. 7.2). L'ammontare dell'emolumento (fr. 20'000.-) appare equo in considerazione del lungo istoriato della procedura dinanzi alla FINMA comprendente, tra l'altro, la nomina di due incaricati dell'inchiesta e lo studio di una copiosa documentazione. Da notare che l'ammontare degli emolumenti non è condizionato dal risultato dell'inchiesta (cfr. sentenza del Tribunale amministrativo federale B-684/2008 del 10 settembre 2009, p. 6). La ricorrente protesta le spese di procedura addossate dalla FINMA soltanto nelle sue conclusioni tralasciando tuttavia di indicare i singoli motivi alla base di dette conclusioni.

4.

In sunto, dai considerandi suesposti emerge che il ricorso, per quanto ammissibile, è infondato nella misura in cui la ricorrente critica i costi dell'incaricato dell'inchiesta e le spese di procedura dinanzi all'autorità inferiore.

5.

Le spese processuali seguono la soccombenza (art. 63 cpv. 1 PA) e vanno dunque messe a carico della ricorrente. Le spese processuali vengono fissate a fr. 7'000.- e sono computate con l'anticipo spese di fr. 10'000.- versato in data 8 novembre 2012. La differenza di fr. 3'000.- è restituita alla ricorrente dopo la crescita in giudicato della presente sentenza. In quanto soccombente, la ricorrente non ha diritto alla rifusione di ripetibili (art. 64 cpv. 1 PA).

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

Il ricorso è respinto, per quanto ammissibile.

2.

Le spese processuali di fr. 7'000.- sono poste a carico della ricorrente e computate con l'anticipo versato. L'eccedenza di fr. 3'000.- è restituita alla ricorrente dopo il passaggio in giudicato della presente sentenza.

3.

Comunicazione a:

- ricorrente (atto giudiziario; allegato: formulario per il rimborso);
- autorità inferiore (atto giudiziario).

Il presidente del collegio:

Il cancelliere:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

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 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 [LTF, RS 173.110]). 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: 30 settembre 2014