

N. 07337/2013 REG.PROV.COLL.
N. 02333/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2333 del 2013, proposto da:

Soc. Afx Capital Markets Limited, rappresentata e difesa dagli avv. Mauro Renna, Tommaso Iaquinta, Giovanni Malanchini e Aristide Police, con domicilio eletto presso l'avv. Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

contro

Commissione Nazionale per le Società e la Borsa - Consob, rappresentata e difesa dagli avv. Salvatore Providenti, Maria Letizia Ermetes, Annunziata Palombella e Antonella Valente, con domicilio eletto presso l'avv. Providenti Salvatore Ufficio Legale Consob in Roma, via G.B. Martini, 3; Ministero dell'Economia e delle Finanze, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

del provvedimento ingiuntivo adottato dalla commissione nazionale per le società e la borsa nei confronti della società ricorrente

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Commissione Nazionale per le Società e la Borsa - Consob e di Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2013 il dott. Salvatore Mezzacapo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Esponde la ricorrente di essere una società di investimento costituita e retta secondo il diritto della Repubblica di Cipro, con sede il Limassol, autorizzata a svolgere, nel territorio della citata Repubblica, determinati servizi finanziari. Oltre ad operare nel territorio di Cipro, la ricorrente svolge servizi di investimento all'estero, in particolare in Italia. Attività questa che afferma svolgere in regime di libera prestazione di servizi nell'ambito del sistema di mutuo riconoscimento dei titoli autorizzativi. In sostanza, afferma di svolgere essa società, direttamente, attività di prestazione di servizi di gestione portafogli e di negoziazione in favore della clientela italiana, attività questa regolata da rapporti contrattuali soggetti al diritto cipriota. Esponde poi la ricorrente di aver deciso di operare in Italia – per attività finanziarie di tipo diverse – con un

differente regime giuridico, venendo all'uopo autorizzata da CySEC ad aprire succursale in Italia appunto utilizzata per l'esercizio del servizio di ricezione ordini, cassette di sicurezza e amministrazione di strumenti finanziari. In definitiva, afferma di prestare servizi in regime di libera prestazione (negoiazione e gestione portafogli) e servizi prestati mediante succursale ([trading](#)).

E' stata quindi ordinata dal Presidente della Consob, in data 4 settembre 2012, una verifica ispettiva nei confronti della ricordata succursale in Italia della ricorrente società *“al fine di accertare il rispetto delle regole di condotta nella prestazione dei servizi di investimento da parte della predetta succursale nonché le modalità con le quali vengono commercializzati alla clientela i servizi di investimento e accessori svolti”*.

Il 10 dicembre 2012, a distanza di poco più di tre mesi dall'avvio delle operazioni, Consob ha chiuso le attività ispettive nei confronti della succursale di AFX.

Quindi, il 21 dicembre 2012 è intervenuto il provvedimento con cui Consob ordina alla citata succursale italiana di AFX di porre termine ad irregolarità indicate nell'atto *“con riferimento all'utilizzo, per l'attività di promozione fuori sede nei confronti della clientela retail dei propri servizi di investimento, di soggetti non iscritti all'albo dei promotori finanziari ovvero di soggetti, che se pur iscritti, al relativo albo, non risultano avere AFX come impresa mandante”*.

Avverso il detto provvedimento è dunque proposto il presente ricorso, rilevando da subito la ricorrente, nella esposizione in fatto e quindi con formale motivo di ricorso, che, prima di adottare l'ordine, la Consob non ha garantito ad AFX alcun contraddittorio né rispetto agli esiti

dell'istruttoria condotta né rispetto alle contestazioni formulate nel provvedimento ingiuntivo. Segnala, infatti, la ricorrente che alla chiusura dell'istruttoria il 10 dicembre 2012 è seguita, senza soluzione di continuità, l'adozione dell'ordine il successivo 21 dicembre.

Nel merito del provvedimento avverso, si contesta quindi la asserita erroneità della determinazione di Consob di ingiungere alla succursale di porre termine ad un'attività che, di contro, non rientra tra quelle svolte dalla succursale. L'ordine sarebbe dunque indebitamente rivolto alla succursale di AFX, laddove i servizi in relazione ai quali operano gli *introducing broker* sono svolti in libera prestazione direttamente dalla società cipriota. Peraltro, la ricorrente contesta che i detti *introducing broker* operino effettivamente come intermediari finanziari.

Sono pure dedotte censure che affermano la carenza di potere di Consob a disporre ispezioni sulla succursale italiana di AFX..

Si è costituita in giudizio l'intimata Consob affermando la infondatezza del proposto ricorso e concludendo perché lo stesso venga respinto.

Alla pubblica udienza del 3 luglio 2013 il ricorso viene ritenuto per la decisione.

Il ricorso è fondato e va, pertanto, accolto con specifico riferimento alla ritenuta fondatezza della censura con cui la ricorrente lamenta la violazione delle prescritte garanzie partecipative.

Come è stato sopra ricordato, espletata l'attività ispettiva (prolungatasi per circa tre mesi), la resistente amministrazione ha proceduto, ad undici giorni di distanza dalla chiusura di detta attività, ad ordinare alla succursale di AFX di porre termine alle irregolarità riscontrate. Il tutto, come appunto già rilevato, senza soluzione di continuità tra la chiusura

dell'istruttoria e l'emanazione del provvedimento ingiuntivo. In buona sostanza, la ricorrente lamenta di non aver avuto la possibilità di svolgere le proprie controdeduzioni.

In altri termini, non vi è stato alcun effettivo contraddittorio.

Dispone il primo comma dell'art. 24 della legge n. 262 del 2005 che *“Ai procedimenti....della CONSOB.....volti all'emanazione di provvedimenti individuali si applicano, in quanto compatibili, i principi sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi recati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione...”*.

Non vi è dubbio, quindi, che la specialità delle competenze e delle funzioni di Consob non consente di ritenere i relativi procedimenti, e certamente quello che interessa nella presente sede, sottratti all'applicazione di quelli che peraltro costituiscono principi generali dell'azione amministrativa, in primis, per quanto qui di diretto interesse, quello della partecipazione procedimentale.

La giurisprudenza, del resto, ha univocamente sottolineato che le norme in materia di partecipazione al procedimento amministrativo non devono essere applicate meccanicamente e formalisticamente, dovendo essere invece essere interpretate in senso sostanziale, coordinando in modo ragionevole e sistematico principi di legalità, imparzialità e buon andamento ed i corollari di economicità e speditezza dell'azione amministrativa.

Condivide, pertanto il Collegio, l'avviso interpretativo per cui la mancata comunicazione di avvio del procedimento ed anche la mancata nomina del responsabile del procedimento non possono determinare sic et simpliciter l'annullamento del provvedimento, allorquando l'interessato sia venuto comunque a conoscenza dei fatti posti a fondamento del provvedimento sfavorevole ai suoi interessi ed abbia avuto la possibilità di svolgere osservazioni e controdeduzioni (tra le più recenti, C.d.S., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 753; sez. IV, 8 gennaio 2013, n. 32; 17 settembre 2012, n. 4925; sez. III, 20 giugno 2012, n. 3595).

Ma ciò è proprio quanto è mancato nel caso di specie, nel senso che la detta possibilità di svolgere comunque – in fatto - osservazioni e controdeduzioni non è stata data alla odierna ricorrente, con chiara lesione delle regole partecipative poste a presidio proprio della possibilità per il soggetto, in ipotesi destinatario degli effetti dell'azione amministrativa, di concorrere ad una istruttoria nella quale trovino cittadinanza ed ascolto le ragioni delle parti coinvolte dall'azione dell'amministrazione procedente.

Ciò, invero, rileva ancor più chiaramente in fattispecie, quale quella in esame, di provvedimento, da una parte, particolarmente incisivo e , dall'altra, fondato su risultanze e valutazioni di connotazione tecnico-finanziaria in uno particolarmente complesse e tuttavia comunque discrezionali.

L'esposto profilo non risulta scalfito dalla difesa della resistente Amministrazione che, in maniera invero apodittica ed assolutamente indimostrata, si limita a rilevare che il provvedimenti impugnato “non è

comunque annullabile in quanto il suo contenuto “non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato””, in sostanza ricalcando pedissequamente la formula di cui all’art. 21 octies comma 2, ultimo periodo L. 7 agosto 1990 n. 241.

Piuttosto proprio la complessità delle questioni tecnico – giuridiche sottese all’avversato provvedimento imponeva il pieno rispetto delle garanzie partecipative approntate dall’ordinamento. La stessa articolazione dei motivi di ricorso che investono il merito del provvedimento impugnato testimonia di quanto avrebbe potuto e dovuto essere effettiva la invocata e non consentita partecipazione procedimentale, impregiudicate le motivate conclusioni cui sarebbe pervenute l’amministrazione in esito ad un effettivo contraddittorio.

Né del resto, la natura vincolata di un provvedimento, che comunque non è nella specie riconoscibile, esclude di per sé la comunicazione di avvio di procedimento ove la assertita vincolatività dello stesso consegua ad un accertamento compiuto in ordine ai fatti storici da verificare e quindi si pone in un momento successivo allo stesso.

In definitiva, il ricorso va accolto per omessa comunicazione di avvio del procedimento alla ricorrente, alla quale omissione consegue la lesione delle prerogative, garantite al privato dagli artt. 7 e seguenti della legge n. 241 del 1990, in sede di partecipazione procedimentale, e nella legislazione di settore riprese e ribadite dall’art. 24 della legge 262 del 2005, con necessario assorbimento delle ulteriori e distinte censure di cui pure al proposto ricorso in ragione della inequivoca pregiudizialità logica della censura esaminata e ritenuta fondata e stante l’invalidità dell’istruttoria svoltasi in carenza della comunicazione stessa.

In ragione della ritenuta condivisione della esposta censura, il Collegio accoglie il ricorso in esame e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, ai sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Salvatore Mezzacapo, Consigliere, Estensore

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/07/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)