

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- | | |
|---|---|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro | Presidente (Estensore) |
| - Prof.ssa Antonella Sciarrone Alibrandi | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Prof. Avv. Emanuele Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Dott. Mario Blandini | Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario |
| - Avv. Paolo Bertazzoli Grabinski Broglio | Membro designato dalla Banca d'Italia e nominato, in via provvisoria, quale supplente del componente effettivo segnalato dal C.N.C.U. |

nella seduta del 4 marzo 2010 dopo aver esaminato

- il ricorso e la documentazione allegata;
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione;
- la relazione istruttoria della Segreteria tecnica

FATTO

Il ricorrente, ex dipendente in pensione, afferma di aver avuto presso la divisione *on line* della banca Capogruppo un c/c e un deposito titoli cointestato con la moglie avente due sotto rubriche, sulle quali dichiara di aver sempre concentrato "tutta la [sua] attività di compravendita".

Riporta, inoltre, che presso la banca Capogruppo ha in essere un altro c/c collegato ad un deposito titoli, cointestato con la sorella, anch'esso avente due sotto rubriche: su di una ha concentrato l'attività di compravendita titoli della congiunta, mentre sull'altra afferma che "è vuota ed inutilizzata".

Il cliente riporta di aver sempre operato personalmente in Borsa sul conto/deposito in essere presso la divisione virtuale su cui, per il cattivo andamento dei corsi, si sono create notevoli minusvalenze.

L'istante riferisce inoltre di aver ricevuto in data 24 ottobre 2009 una *mail* in cui veniva informato che dal 1° novembre 2009, a seguito di uno *spin-off*, la divisione virtuale sarebbe divenuta una banca avente una propria autonomia giuridica e che quindi tutti i rapporti in essere presso tale agenzia sarebbero stati trasferiti "automaticamente e senza interruzioni" al nuovo soggetto giuridico.

Il ricorrente riferisce che la banca gli ha rappresentato che la "tassazione delle plusvalenze finanziarie (Capital Gain) viene attribuita in modo univoco al Codice Fiscale. Per motivi fiscali, essendo titolare di almeno un rapporto di deposito presso due Agenzie diverse della Banca Capogruppo ... le minusvalenze relative alla compravendita



titoli, maturate fino al 31 ottobre 2009 rimarranno per intero legate al deposito presso l'Agenzia [della Banca capogruppo].

In pratica il credito d'imposta maturato potrà essere portato in deduzione solo rispetto alle compravendite che [il cliente farà] sul deposito titoli appoggiato presso l'Agenzia della [Banca Capogruppo].

I conteggi relativi alla [sua] posizione fiscale di compravendita titoli su deposito [sulla nuova banca virtuale] ripartiranno da zero.”

A seguito di tale comunicazione l'istante si è documentato su un sito internet, da cui ha appreso che “sarebbe possibile trasferire le perdite certificate di un rapporto amministrato o gestito in un altro rapporto amministrato e compensarle con eventuali plusvalenze successive”.

Perciò, il 27 ottobre 2009 il ricorrente ha presentato formale reclamo al competente Ufficio della Capogruppo, lamentandosi del contenuto della *mail* ricevuta che, a suo giudizio, determinerebbe una perdita di tutto il credito d'imposta, in quanto per “ragioni personali” egli non intende operare sul deposito in essere presso l'agenzia della banca Capogruppo.

Dichiara, quindi, di non voler rinunciare al credito d'imposta sostenendo che vi sarebbero i presupposti legali per obbligare il mantenimento del credito presso la banca virtuale.

Il 10 novembre 2009 l'Ufficio reclami del gruppo ha dato riscontro al cliente, ribadendo che a fronte dell'operazione di *spin-off* e alla nascita del nuovo soggetto giuridico vi è stata una migrazione dei depositi titoli e che le minusvalenze maturate precedentemente, legate al codice fiscale del cliente, “per motivi fiscali” e “ai sensi di legge”, se sono in essere altri depositi attivi, devono rimanere presso la “banca di appartenenza”, ossia nella fattispecie presso l'agenzia della banca Capogruppo.

Pur comprendendo l'aspettativa del reclamante di veder trasferite le minusvalenze al rapporto in essere presso la nuova banca virtuale, l'Ufficio ha precisato che “la normativa relativa al *capital gain* non disciplina in maniera espressa la fattispecie di cui parliamo”.

Nella stessa nota di risposta, riportando il contenuto di una lettera ABI di chiarimento, l'intermediario ha sostenuto che il rapporto non è il singolo deposito bensì l'insieme di tutte le relazioni contrattuali e ciò consente di impostare un sistema di compensazione trasversale delle minusvalenze (minus del deposito “A” che compensa una plusvalenza successiva realizzata sul deposito “Q” purchè appartenenti allo stesso NDG).

Concludeva, pertanto, la nota dell'Ufficio reclami sostenendo che non è possibile “esportare le minusvalenze contabilizzate alla sera del 31.12.09 per quei clienti con depositi titoli anche presso l'Agenzia” poiché l'operazione di *spin-off* non determina l'estinzione del “rapporto” presso la Banca, o una revoca del regime del risparmio amministrato.

E, quindi, anche se il cliente si potrebbe aspettare che le eventuali plus realizzate dal 1°.11.09 sul deposito presso [la nuova banca] continuino ad essere compensate con le minus in essere al 31.10.09, ciò non è possibile poiché queste sono ancora “memorizzate” presso la banca Capogruppo.

Il ricorrente ha proposto ricorso all'Arbitro Bancario in data 9 dicembre 2009 ritenendo il comportamento della Banca lesivo dei suoi “interessi” e “diritti” perché basato su una lettera dell'ABI (forse redatta per altre esigenze) che estende “in senso allargato” l'interpretazione della nozione di rapporto cliente/banca senza approfondire la questione adeguatamente. L'istante ha chiesto, quindi, all'Arbitro una pronuncia di accertamento sulla correttezza del comportamento tenuto dalla banca che “di fatto” ha impedito l'ipotetico recupero con la compensazione delle [sue] perdite pregresse dal momento che è intenzione del cliente operare anche “in futuro solo con la banca virtuale”. Il



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

ricorrente ha allegato al ricorso un estratto cliente a settembre 2009, in cui vengono riportate le “minusvalenze realizzate e non ancora compensate” come di seguito riportato:

- 2005 € 13.372.469 scadenza 31.12.2009
- 2006 € 4.193.288 scadenza 31.12.2010
- 2007 € 5.478.588 scadenza 31.12.2011
- 2008 € 10.639.633 scadenza 31.12.2012
- 2009 € 23.156.676 scadenza 31.12.2013

Con nota del 22 gennaio 2009, pervenuta per il tramite del Conciliatore il 26 gennaio 2010, l'intermediario ha fatto tenere le proprie considerazioni. In particolare, la banca sostiene che con l'evento giuridico della nascita del nuovo soggetto non era possibile trasferire le minusvalenze, in presenza di altri rapporti presenti presso agenzie territoriali della banca Capogruppo e che al ricorrente era stata spiegata la norma di riferimento, art. 6 D.lgs. 461/97, precisando che il comma 5 di tale articolo prevede l'utilizzo delle minus presso altri intermediari perché sia revocata o l'opzione od estinto il “rapporto” di custodia titoli od amministrazione. Rilevando anche che appare evidente che si sia ingenerato nel cliente un dubbio relativamente alla trasferibilità delle minus e alla nozione di “rapporto”, l'intermediario sostiene di aver chiarito che si debba intendere “in senso più allargato .. l'insieme di tutte le relazioni contrattuali del cliente”.

Solo nel caso, quindi, di estinzione di tutti i depositi in cui è presente il resistente presso le Agenzie della banca Capogruppo risulta possibile il trasferimento delle minus al nuovo soggetto giuridico nato dal 1° novembre 2009.

Sottolinea al riguardo l'Ufficio Reclami che il ricorrente risulta essere cointestatario del deposito titoli con la sorella presso l'Agenzia della Capogruppo, nel quale sono presenti un'obbligazione cointestata e un'azione allo stesso intestata, venduta il 29 ottobre 2009, prima dell'operazione di spin-off; certamente l'obbligazione rientra nell'eventuale calcolo di plus/minus valenze realizzate e compensabili con le minusvalenze rivenienti dal trasferimento al nuovo soggetto giuridico, e nel calcolo della ritenuta di “disaggio” applicabile; inoltre, osserva sempre l'intermediario, che la sola contestazione ancora in essere fa sì che sia impossibile certificare eventuali minusvalenze, in quanto risulta ancora attiva la custodia titoli presso l'Agenzia della banca Capogruppo.

L'Ufficio fa presente che in data 22 gennaio 2010, ha provveduto ad inviare una ulteriore lettera raccomandata, che acclude in copia, con la quale vengono spiegati ancora una volta i motivi che impedirebbero l'emissione della certificazione ai fini della compensazione fiscale. E al riguardo formulano l'invito al cliente a procedere ad estinguere la parte del deposito titoli intestato con la sorella “in modo da poter procedere a quanto da Lui richiesto”.

L'Ufficio, a conclusione delle sue controdeduzioni, richiede all'ABF di riconoscere la correttezza del proprio operato e di respingere l'istanza del ricorrente in coerenza con precedenti “sentenze” [dell' Ombudsman] “attinenti al .. caso specifico”.

DIRITTO

Il Collegio preliminarmente considera che la questione ad esso sottoposta attiene ad aspetti relativi alla mera esistenza di un contratto di deposito titoli in amministrazione e come il contratto di deposito in amministrazione rientri tra i contratti bancari. Pertanto la questione in esame rientra tra quelle di competenza dell'ABF.



Nel merito si deve osservare come l'intermediario non abbia mancato sia in fase di reclamo sia in fase di controdeduzioni al ricorso di fornire ampia motivazione a sostegno delle ragioni per cui è divenuto per esso impossibile l'emissione della certificazione ai fini della compensazione fiscale. Tuttavia nel fare ciò l'intermediario non ha adeguatamente considerato che il c.d. spin off qualora comporti, come nel caso in esame, l'assegnazione di una azienda o di un ramo di azienda implica l'applicazione ai contratti in corso della disposizione eccezionale, perché derogativa dell'art. 1406 c.c., di cui all'art. 2558 c. c.. In altri termini non è stato necessario il consenso dell'attuale ricorrente in quanto terzo contraente ceduto per far subentrare la nuova banca virtuale nel rapporto di deposito stipulato a suo tempo con la capogruppo. Sono note le ragioni di politica legislativa che hanno indotto a derogare nel caso di cessione di azienda al generale principio per cui è necessario il consenso del contraente ceduto, ed assieme ad esso all'ancora più generale principio per cui nessuno può subire modificazioni nella sua sfera giuridica indipendentemente dalla sua volontà. La tutela che mediante tali deroghe viene offerta all'interesse imprenditoriale tuttavia non esenta il cedente dagli obblighi di protezione che mediante la stipulazione del contratto originario ha assunto nei confronti del contraente ceduto. Al contrario, si potrebbe ipotizzare che mediante l'esercizio del diritto di cedere l'azienda il cedente condivide gli obblighi di protezione con l'acquirente, essendo la norma di cui all'art. 2558 c.c. disposta a tutela degli interessi degli alienanti e degli acquirenti i complessi aziendali.

Proprio alla luce dell'art. 2558 c.c. la impossibilità di procedere alla emissione delle certificazione necessaria ai fini della compensazione fiscale si configura come un costo della operazione di spin off e non già come un detrimento che il cliente deve subire a causa dello specifico assetto della legislazione fiscale. Infatti non può trattarsi di una impossibilità sopravvenuta per una causa non imputabile al debitore della prestazione dovuta ex art. 1256 c.c. , trattandosi con ogni evidenza di una operazione societaria ed aziendale ben pianificata dalla banca capogruppo e quindi ad essa perfettamente imputabile sotto il profilo causale.

Da quanto premesso discende che il Collegio non ha bisogno di valutare la correttezza dell'interpretazione sostenuta dall'intermediario in ordine alle regole relative alla compensazione fiscale delle minusvalenze con eventuali plusvalenze da negoziazione titoli. In ogni caso infatti l'onere della mancata compensazione ricadrebbe su chi con la propria condotta contrattuale, ancorché perfettamente lecita, lo ha causato. Non si può nella fattispecie invocare le due ipotesi di cui all'art. 1227 c.c., perché non è configurabile da un lato alcuna condotta colposa del creditore, e, dall'altro lato, una sua mancanza di diligenza essendo la sua condotta estranea e quindi non connessa con la situazione giuridica venutasi a creare.

Giova però puntualizzare che quelle lamentate dal ricorrente si configurano come perdite puramente economiche allo stato potenziale. Infatti non è documentata alcuna plusvalenza compensabile. Allo stato degli atti quindi l'obbligo che grava sull'intermediario è obbligo di mera indennità.

P. Q. M.

Il Collegio accoglie il ricorso e dispone che l'intermediario debba tenere indenne il ricorrente per l'eventuale mancata compensazione delle minusvalenze con eventuali plusvalenze realizzate nei periodi di scadenza delle minusvalenze stesse, riportate nell'estratto conto del cliente.

Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00, quale contributo alle spese della procedura, e al



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO