

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- | | |
|--|---|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro | Presidente |
| - Prof.ssa Cristiana Maria Schena | Membro designato dalla Banca d'Italia |
| - Prof. Avv. Emanuele Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia
(Estensore) |
| - Dott. Mario Blandini | Membro designato dal Conciliatore Bancario
Finanziario |
| - Dott.ssa Anna Bartolini | Membro designato dal C.N.C.U. |

nella seduta del 11 maggio 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 era titolare di un c/c e di un deposito titoli presso la divisione virtuale di una banca, che, successivamente al 1° novembre 2009, ha conseguito una sua autonomia giuridica come intermediario bancario, a seguito di un'operazione di spin-off nell'ambito del gruppo di appartenenza.

Il 7 novembre 2009 l'istante inviava una mail di reclamo all'ufficio competente del gruppo di riferimento della banca virtuale, rimarcando che "in conseguenza della scissione [della divisione on line dalla Banca] dal 1° novembre 2009 gli era stato comunicato che la "minusvalenza era stata trasferita [ad altro conto] titoli presso [la Banca scorporante] dove non ci sono titoli azionari di [sua] proprietà, ma di altre persone fisiche cointestatari dei depositi titoli".

In tale mail il cliente faceva presente anche che non poteva aderire a quanto proposto dalla banca ossia "di chiudere il deposito titoli presso la Banca scorporante" "per trasferire tale minusvalenza in quanto su questi depositi ci sono azioni di altre persone cointestatari del deposito e per poter far ciò si dovrebbe vendere azioni che sono in perdita e delle quali [lo stesso] non [era] proprietario", mentre "il trasferimento inverso della [sua] azione non può essere eseguita perché sono due conti con delle caratteristiche diverse".

Il reclamante soggiungeva che "questa situazione [gli] sta[va] creando un danno economico e personale, perché in caso di vendita titoli con plusvalenza non [poteva] compensare con la minusvalenza maturata". Chiedeva, quindi, all'ufficio reclami di "ripristinare la minusvalenza sul conto [della nuova banca virtuale] nata dallo spin-off o, in mancanza, il risarcimento delle perdite non potute compensare".



L'Ufficio reclami inviava una mail di risposta il 10 novembre 2009, specificando che a seguito dell'operazione societaria, peraltro comunicata al cliente e da questi ricevuta, "alla migrazione dei depositi titoli, ai sensi di legge, le minusvalenze devono rimanere presso la Banca di appartenenza, se esistono altri depositi attivi".

Specificava che "pur comprendendo che [il cliente] si aspetti il trasferimento di tali minusvalenze alla [nuova banca virtuale], oramai slegata dalla [banca scorporante]... la normativa relativa al capital gain non disciplina in maniera espressa la fattispecie" in discorso.

Riportava sempre l'Ufficio che "la norma di riferimento, art. 6 D.Lgs 461/97, prevede che il regime dell'amministrato debba essere applicato se il cliente intrattiene uno stabile rapporto con l'intermediario e renda a questo una specifica opzione". Puntualizzava, poi, che il comma 5 dello stesso articolo recita che "l'intermediario deve memorizzare le eventuali minusvalenze ed utilizzarle per compensare le eventuali plusvalenze successivamente realizzate con riferimento al medesimo rapporto" e che "le minusvalenze memorizzate con riferimento ad un rapporto possono essere utilizzate dal cliente, presso altri intermediari, o in dichiarazione dei redditi, purché sia revocata l'opzione od estinto il rapporto di custodia titoli".

Per la definizione di "rapporto intrattenuto dal cliente", l'Ufficio riportava un chiarimento fornito dall'ABI per il quale deve intendersi, in senso allargato "l'insieme di relazioni da questi complessivamente intrattenute con il medesimo intermediario, sempreché, ovviamente, le stesse siano accomunate dall'esercizio dell'opzione che parte dal cliente".

Concludeva la banca affermando che quindi "non è possibile esportare in tutto in parte, le minusvalenze contabilizzate alla sera del 31.10.2009 per quei clienti con depositi titoli presso la [virtuale divisione della banca] poiché l'operazione di spin-off non determina l'estinzione del rapporto presso la [banca scorporante], o una revoca del regime di risparmio amministrato, situazione nella quale si trova cliente e per la quale non potrà vedere compensate le minus rimaste «memorizzate» presso la banca scorporante con le plus eventualmente realizzate".

Il ricorrente, insoddisfatto del riscontro dato al suo reclamo, ha proposto ricorso all'ABF l'8 febbraio 2010 nei confronti della banca virtuale risultante dallo scorporo e ha contestato che, a seguito della ripetuta operazione, la "minusvalenza maturata" sul conto presso la divisione virtuale è passata sul conto in essere presso la banca scorporante "senza movimentazioni di azioni", cosicché "non [può] usufruire della minusvalenza". Ha rinviato, quindi, per maggior dettagli alla corrispondenza intrattenuta con l'ufficio reclami al riguardo.

Con nota del 2 marzo 2009 l'intermediario ha fatto tenere le proprie considerazioni nelle quali ha sostenuto che con l'evento giuridico della nascita del nuovo soggetto non era possibile trasferire le minusvalenze, in presenza di altri rapporti in essere presso agenzie territoriali della banca Capogruppo e che al ricorrente era stata spiegata la norma di riferimento, art. 6 D.lgs 461/97.

Ha precisato che il comma 5 di tale articolo prevede l'utilizzo delle minus presso altri intermediari purché sia revocata o l'opzione od estinto il "rapporto" di custodia titoli.

Rilevando che si era ingenerato nel cliente un dubbio relativamente alla trasferibilità delle minus e alla nozione di "rapporto", l'intermediario ha dato chiarimenti in merito alla definizione di rapporto sostenendo che si dovrebbe 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 risulterebbe possibile il trasferimento delle minus al nuovo soggetto giuridico, nato dal 1° novembre 2009.



Ha osservato l'Ufficio Reclami che il ricorrente risulta essere cointestatario di altri due depositi titoli presso una filiale della banca scorporante, specificando che "in essi non risultavano, né prima, né dopo l'operazione di spin-off, titoli intestati al ricorrente, ma la sola cointestazione ancora in essere fa sì che sia impossibile certificare eventuali minusvalenze, in quanto risultano ancora attive custodie titoli". Ha precisato che al cliente la stessa filiale territoriale "aveva consigliato di estinguere i rapporti cointestati per far sì che potesse essere emessa la certificazione delle minusvalenze".

L'Ufficio, a sostegno della propria posizione, ha ribadito che "non ritiene possibile trasferire le minusvalenze, createsi a fronte della chiusura/riapertura del deposito titoli" presso la prima divisione virtuale e poi banca virtuale, "in quanto risultano ancora presenti due depositi titoli", presso la banca scorporante, "ma, se il cliente intendesse estinguere tali depositi titoli, la certificazione delle minusvalenze sarebbe emessa ... regolarmente".

Ha fatto presente, inoltre, che in data 2 marzo 2010 ha provveduto a inviare al ricorrente una raccomandata, prodotta in allegato, spiegando ulteriormente i motivi che impediscono l'emissione della certificazione e invitando ancora una volta il cliente ad estinguere la parte dei depositi titoli cointestati.

L'Ufficio, a conclusione delle sue controdeduzioni, ha chiesto all'ABF di riconoscere la correttezza del proprio operato e di respingere quindi l'istanza del ricorrente "anche a fronte di precedenti decisioni dell'Ombudsman Bancario "attinenti al .. caso specifico".

DIRITTO

Prima di entrare nel merito della vicenda, questo Collegio ritiene opportuno affrontare la questione della propria competenza.

E' noto che il contratto di deposito titoli in amministrazione rientra tra i contratti bancari, presenta una causa tipica e può avere rilevanza e finalità autonoma.

Le Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari della Banca d'Italia del 29.7.09, infatti, contemplano il servizio di custodia e amministrazione tra quelli cui le stesse si applicano.

Tale contratto, peraltro, riveste una funzione normalmente accessoria rispetto alla prestazione di servizi d'investimento. Nella prassi si assiste, infatti, in prima battuta alla stipulazione di un contratto c.d. quadro – che il TUF chiama "contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento" – con cui l'intermediario assume l'obbligo di attivarsi per conto e nell'interesse del cliente, prestando tutti i servizi necessari o utili per l'investimento. A servizio del contratto da ultimo menzionato, si accompagna normalmente la stipulazione di altri contratti bancari collegati, di norma individuabili in un contratto di conto corrente e/o di deposito titoli.

Poiché, quindi, ci si trova innanzi ad un'ipotesi di rapporto contrattuale complesso, viene in rilievo il "criterio della prevalenza delle finalità" (di investimento o meno) previsto dalle Disposizioni di trasparenza della Banca d'Italia del 29.7.09, utilizzato per l'individuazione della disciplina di trasparenza – quella recata dal TUB in alternativa a quella del TUF – applicabile al "prodotto composto".

Orbene, dato che la questione sottoposta all'esame dell'ABF riguarda aspetti relativi alla mera esistenza di un contratto di deposito titoli in amministrazione può concludersi che la questione in esame rientra tra quelle di competenza dell'ABF.

Venendo ora all'esame del merito della vicenda, non può non rilevarsi che il presente ricorso è analogo ad altro già deciso da questo Collegio nella seduta del 4 marzo 2010, differendone unicamente quanto al convenuto, che, in questo caso, è la banca cessionaria del complesso aziendale (e non la cedente).



L'operazione che ha generato la controversia è comunque un'operazione infragrupo di riassetto e quindi, il determinarsi di un nuovo depositario per il cliente è stato un fenomeno esogeno, cui non ha partecipato e sul quale non ha avuto neanche specifica informativa preventiva.

Sebbene l'intermediario non abbia ommesso di fornire ampia motivazione a sostegno delle ragioni per cui è divenuto per lui impossibile l'emissione della certificazione ai fini della compensazione fiscale, non pare a questo Collegio che sia stato 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.

Questo Collegio già in passato si è soffermato a sottolineare quali siano 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.

Parimenti si è avuto modo di rilevare che la tutela che con tali deroghe viene offerta all'interesse imprenditoriale non esenta comunque il cedente dagli obblighi di protezione che, per effetto della stipulazione del contratto originario, ha assunto nei confronti del contraente ceduto.

Anzi, si può addirittura ipotizzare che, mediante l'esercizio del diritto di cedere l'azienda, il cedente finisce per condividere 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.

Ebbene, è a questo punto evidente che l'impossibilità di procedere alla emissione delle certificazione necessaria ai fini della compensazione fiscale si configura come un costo dell'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 ai sensi dell'art. 1256 c.c., posto che si tratta, al contrario, di un'operazione societaria ed aziendale ben pianificata dalla banca capogruppo e quindi ad essa perfettamente imputabile sotto il profilo causale.

Ciò comporta che questo Collegio non deve valutare la correttezza dell'interpretazione sostenuta dall'intermediario in ordine alle regole relative alla compensazione fiscale delle minusvalenze con eventuali plusvalenze da negoziazione titoli, posto che comunque l'onere della mancata compensazione ricadrebbe sul soggetto che, con la propria condotta contrattuale, ancorché perfettamente lecita, lo ha causato.

Ciò chiarito, deve tuttavia osservarsi che il cliente non ha in alcun modo quantificato la minusvalenza maturata né ha prodotto documentazione contabile al riguardo, facendo quindi valere una generica richiesta di tutela di un diritto.

Il ricorrente, in altre parole, lamenta perdite economiche che attualmente si configurano come perdite allo stato potenziale proprio in quanto non risulta documentata alcuna plusvalenza compensabile.

Allo stato degli atti, quindi, l'obbligo che grava sull'intermediario risulta unicamente quello di tenere indenne il ricorrente per l'eventuale mancata compensazione delle minusvalenze con eventuali plusvalenze realizzate nei periodi di scadenza delle minusvalenze stesse.



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

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

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
ANTONIO GAMBARO