

Civile Sent. Sez. 1 Num. 9782 Anno 2016

Presidente: BERNABAI RENATO

Relatore: NAZZICONE LOREDANA

Data pubblicazione: 12/05/2016

SENTENZA

sul ricorso 21016-2013 proposto da:

CUDEN S.R.L. (c.f. 03242330128), già CUDEN ENTERPRISES
L.L.C., in persona del legale rappresentante pro
tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, V.LE G.
MAZZINI 55, presso l'avvocato ROBERTO MASTROSANTI, che
la rappresenta e difende unitamente all'avvocato MARCO
SPERANZIN, giusta procura a margine del ricorso;

2016

675

- **ricorrente** -

contro

BAYER S.P.A., BAYER MATERIALSCIENCE S.P.A. (già BAYER
SHEET EUROPE S.P.A.), BAYER MATERIALSCIENCE G.M.B.H.



1



(già BAYER SHEET EUROPE G.M.B.H.), BAYER MATERIALSCIENCE N.V. (già BAYER SHEET EUROPE N.V.), BAYER MATERIALSCIENCE AG, BAYER AG, tutte in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in ROMA, VIA DELLE QUATTRO FONTANE 20, presso l'avvocato GIAN BATTISTA ORIGONI DELLA CROCE, che le rappresenta e difende unitamente agli avvocati DANIELE VECCHI, ROSARIO ZACCA', giusta procure a margine del controricorso;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 2183/2012 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 20/06/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 30/03/2016 dal Consigliere Dott. LOREDANA NAZZICONE;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato MARCO SPERANZIN che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per i controricorrenti, l'Avvocato ROSARIO ZACCA' che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ROSARIO GIOVANNI RUSSO che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso ex art. 366 c.p.c. (SS. UU. nn. 19355/10 e 5698/12); condanna aggravata alle spese.



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 20 giugno 2012, la Corte d'appello di Milano ha respinto l'impugnazione proposta da Cudèn Enterprises L.L.C., titolare del 10% del capitale della Bayer Sheet Europe s.p.a., avverso la sentenza del Tribunale della stessa città, che aveva, da un lato, dichiarato la nullità dell'atto di citazione proposto nei confronti delle convenute Bayer s.p.a. e Bayer AG per difetto di procura e, dall'altro lato, respinto tutte le domande proposte dall'attrice Cudèn Enterprises L.L.C. contro altre quattro società del medesimo gruppo.

Tali domande erano volte alla condanna della capogruppo Bayer Material Science AG e delle altre società ad esso appartenenti al risarcimento del danno da esercizio abusivo di attività di direzione e coordinamento, individuato nella sottoscrizione di un contratto di commissione infragruppo in data 1° gennaio 2002, il quale aveva comportato la riorganizzazione del commercio delle lastre "piene" ed "alveolari" fra le varie società e la risoluzione dei contratti con gli agenti, con il conseguente pagamento di risarcimenti ed indennizzi, danno quantificato nella misura del 10% di € 8.000.000,00, pari ad € 800.000,00; in particolare, la società italiana, mediante tale accordo, era stata incaricata di vendere le lastre "alveolari", di maggior pregio industriale e commerciale, alle società tedesca Bayer Sheet Europe G.m.b.H. e belga Bayer Sheet Europe NV, perché esse le commercializzassero presso i clienti nell'Europa del nord, mentre queste ultime avrebbero venduto le lastre "piene" alla società italiana per il commercio nell'Europa del sud.

Inoltre, l'attrice aveva lamentato la mancata corresponsione di *royalties* da parte del gruppo Bayer, a fronte della tecnologia messa a disposizione della società messicana Bayer-Imsa, contrariamente a quanto previsto dall'accordo concluso in data 17 gennaio 1997 fra la



Carbolux (poi Bayer Sheet Europe s.p.a.) e la Bayer AG. Il danno si assumeva pari a complessivi € 1.043.470,00.

Ha ritenuto la corte territoriale, per quanto ancora rileva, che: a) l'atto di citazione proposto contro Bayer AG e Bayer s.p.a. sia nullo per difetto di procura, posto che questa indica solo le altre convenute; la ratifica non vale con effetto retroattivo e comunque non indica ancora dette convenute; b) l'art. 2497 c.c., che non si applica a quei fatti che siano stati realizzati prima della sua entrata in vigore, prevede una responsabilità aquiliana, con conseguente necessità di provare anche l'elemento soggettivo della fattispecie, peraltro necessario anche in ipotesi di responsabilità contrattuale, dato che l'abuso dell'attività di direzione va provato dall'attore; c) il contratto di commissione non doveva essere sottoposto alla previa approvazione assembleare, in quanto non ha comportato alcuna esternalizzazione di fasi produttive, ma una mera riorganizzazione delle modalità delle vendite; d) tale contratto si è in definitiva rivelato vantaggioso, essendo stato provato, sulla base dei documenti depositati in atti, che la produzione della Bayer Sheet Europe s.p.a. è rimasta invariata, le vendite sono aumentate e sono costantemente superiori a quelle relative alle lastre prodotte dalla Cudèn s.r.l. e vendute dalle consociate estere, le spese ed i costi si sono ridotti, l'utile è cresciuto; le commissioni reciprocamente corrisposte tra la società italiana, tedesca e belga, del resto, hanno il medesimo ammontare, né l'attrice ha spiegato in cosa consista la diversità qualitativa delle lastre alveolari rispetto a quelle piene o provato essa ed un danno al riguardo; le commissioni non sono mediamente più alte di quelle pagate in passato agli agenti e comunque comprendono altri servizi (*marketing*, assistenza tecnica, rischio di credito), mentre i costi delle transazioni derivanti dalla risoluzione di tali rapporti si sono presentati *una tantum*, a fronte del sicuro risparmio delle future provvigioni e le



commissioni pagate dalle società estere costituiscono un sicuro guadagno; non è poi provata la dedotta maggiore insolvenza dei clienti dell'Europa del sud, anzi documenti dimostrano che la maggior parte delle fatture insolute riguardano la consociata belga; tanto è vero, che gli utili risultano aumentati e le spese ridotte; quanto all'allegata crescita delle spese per i servizi amministrativi negli anni 1999-2001, si tratta di fatto nuovo; in definitiva, ogni questione si riduce ad una differente contabilizzazione della commissione sulle vendite, che ora risulta diminuita perché non incorpora il prezzo; e) la domanda di risarcimento relativa alla mancata corresponsione delle *royalties* è stata rivolta a soggetto non determinato (*Bayer*), da intendere comunque come Bayer AG e, poi, la Bayer s.p.a., delle quali si vuole far valere la responsabilità per avere la società controllata italiana operato un gratuito trasferimento della propria tecnologia alla società messicana Bayer-Imsa, in violazione dell'accordo del 1997 tra Bayer AG e la BSE s.p.a., senza che però vi sia traccia dei fatti narrati nei documenti in atti; f) il rigetto di eccezioni pregiudiziali o preliminari non integra il presupposto della soccombenza reciproca richiesto per l'invocata compensazione delle spese; g) le istanze istruttorie sono state respinte per avere il giudice di primo grado condivisibilmente ritenuto sufficienti e idonee le prove documentali in atti.

Avverso questa sentenza viene proposto ricorso per cassazione dalla soccombente, sulla base di dodici motivi. Resistono con unico controricorso le intimato. Le parti hanno, altresì, depositato le memorie di cui all'art. 378 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - La ricorrente propone avverso l'impugnata sentenza dodici motivi di ricorso, che possono essere come di seguito riassunti:



1) violazione e falsa applicazione degli art. 83, 163 e 182 c.p.c., per avere la corte territoriale ritenuto inesistente la procura dell'attrice ad agire contro Bayer s.p.a. e Bayer AG, e non sanata tale presunta irregolarità: infatti, nonostante la mancata espressa menzione in essa di tali società, tuttavia la procura alla lite consentiva - laddove si afferma che *"In generale al delegato è concessa facoltà di fare tutto quanto far potrebbe la società per il buon fine del presente incarico"* - di fare tutto quanto utile per il buon fine dell'azione giudiziale, dunque anche citare ulteriori soggetti ove funzionale al successo dell'azione intrapresa: ed invero, appreso che la quota del 90% della società partecipata era stata ceduta alla Bayer s.p.a., i legali avevano ritenuto opportuno convenire anch'essa, quale cessionaria della socia di maggioranza, e la controllante indiretta Bayer AG, anche per evitare eccezioni di difetto di legittimazione passiva. In ogni caso, la procura, per principio costante, conferisce al difensore la facoltà di chiamare in causa il successore di una parte; inoltre, il difetto di procura produce nullità sanabile per raggiungimento dello scopo, come avvenuto, in ragione delle difese nel merito del soggetto convenuto in giudizio; infine, ove il giudice rilevi un difetto di rappresentanza o la nullità della procura al difensore deve assegnare un termine per regolarizzarla;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 2497 c.c. e dei principi in tema di illecito con riguardo alla qualificazione della responsabilità da unitaria direzione e coordinamento ed al suo regime probatorio, in quanto la sentenza impugnata non ha ritenuto gravare sulle convenute, anche in ragione del principio della vicinanza della prova ed una volta che l'attrice aveva dedotto il contratto infragruppo di ripartizione dei mercati posto in essere, l'onere di provare i vantaggi scaturiti dal contratto medesimo, ossia l'assenza di danno, quale conseguenza delle condotte di abusiva direzione dedotte dall'attrice,



trattandosi di responsabilità contrattuale da inadempimento, in cui, inoltre, la colpa si presume, onde nessun onere grava sull'attrice di provare l'elemento soggettivo in capo agli amministratori di tutte le società del gruppo;

3) violazione e falsa applicazione degli art. 2497 e 2697 c.c. circa i vantaggi compensativi, avendo la sentenza impugnata ritenuto l'attrice onerata della prova della loro assenza, laddove invece l'onere speculare necessariamente era a carico delle società convenute;

4) motivazione insufficiente e contraddittoria al riguardo, posto che il danno derivante dalla conclusione del contratto predetto non avrebbe potuto che imputarsi, quantomeno per colpa, alle firmatarie del contratto stesso, mentre non era a carico dell'attrice provare l'elemento soggettivo degli amministratori, neppure parti del giudizio;

5) violazione e falsa applicazione degli art. 2497 ss. c.c., quanto all'efficacia di essi nel tempo, posto che la corte territoriale ha errato nel ritenere sostanziale e non retroattiva la disciplina stessa, la quale, al contrario, ha natura processuale e costituisce una mera nuova tecnica di tutela - mediante la legittimazione individuale del socio - di un bene e di un pregiudizio già in precedenza riscontrabile, ossia il danno alla partecipazione sociale, con conseguente imputazione alle controllanti dirette ed indirette dei comportamenti dannosi;

6) omessa e insufficiente motivazione al riguardo dell'applicabilità delle norme a vicende anteriori all'entrata in vigore della riforma societaria;

7) violazione e falsa applicazione degli art. 2364 e 2497 c.c., per non avere la sentenza impugnata considerato l'abuso di direzione unitaria anche in forza dell'omessa sottoposizione all'assemblea della controllata della decisione riguardante la conclusione del contratto *de quo*.



idoneo ad alterare la struttura dell'impresa e la posizione della società nel gruppo e, quindi, i profili di rischio dell'investimento dei soci;

8) insufficiente e contraddittoria motivazione, per avere la corte del merito escluso la competenza assembleare in ragione della non incidenza del contratto sulla struttura produttiva, avendovi ravvisato solo una riorganizzazione del sistema delle vendite e ritenuto che le decisioni di accentramento di funzioni all'interno del gruppo siano di competenza assembleare solo nelle società quotate: al contrario, la modifica che subisce la partecipazione sociale a seguito di un contratto infragruppo, come quello di specie, esige l'approvazione assembleare;

9) vizio di motivazione, sotto ogni profilo, per l'omesso esame delle allegazioni e il rigetto delle istanze istruttorie proposte dall'attrice, essendo contraddittoria una decisione che respinga le domande per mancanza di prova dopo aver disatteso la richiesta di esibizione delle scritture contabili, da cui desumere il danno per l'illegittima ripartizione dei mercati; al contrario, la risistemazione operata con il contratto di commissione infragruppo palesa lo storno di ricchezza in modo autoevidente, posto che, dalla sua entrata in vigore, tutti i vantaggi sono stati tratti solo dalla consociata belga, partecipata al 100% da Bayer Sheet Europe G.m.b.H., mentre la società italiana ha subito il danno da mancata vendita diretta di almeno 2000 tonnellate di lastre ogni anno; il maggior numero di insolvenze e ritardi nei mercati del Sud Europa si palesa dallo stesso contratto, che prevede termini assai più lunghi del pagamento, sul punto essendo rimasta la corte senza sostanziale motivazione; lo stesso quanto alle affermazioni, esposte nella sentenza d'appello, secondo cui non vi sarebbe prova dell'aumento delle spese amministrative ed essa sarebbe una domanda nuova;



10) violazione e falsa applicazione dell'art. 2497 c.c. o degli art. 1218 e 2043 c.c., quanto all'imputazione del pregiudizio da eterodirezione in relazione al mancato pagamento di *royalties* in favore della società partecipata, fatto dedotto dall'attrice quale conseguenza della politica di illecita eterodirezione mediante il trasferimento surrettizio di *know-how* e dalla corte del merito erroneamente interpretato quale dedotto inadempimento, con la conseguente negazione della legittimazione passiva della Bayer AG e della Bayer s.p.a. ed affermazione del difetto di procura; fra l'altro, sulla qualificazione nel primo senso della domanda, ritenuta dal tribunale, vi era giudicato;

11) vizio di motivazione, sotto ogni profilo, per il rigetto delle istanze istruttorie relative a tale ultima condotta, quando la odierna ricorrente aveva chiesto l'ammissione di nove capitoli di prova al riguardo, volti a provare il trasferimento del *know-how* senza pagamento di diritti in proprio favore, mentre molti altri elementi probatori esistevano sul punto;

12) vizio di motivazione, ancora sotto ogni profilo, in ordine alle spese di lite, poste interamente a carico della odierna ricorrente, sebbene molte eccezioni pregiudiziali e preliminari di controparte siano state respinte.

2. - Il primo motivo è infondato.

La clausola riportata, contenuta nella procura alla lite menzionata dall'attrice, appare di stile e non è, dunque, sufficiente ad integrare il potere di convenire in giudizio soggetti diversi da quelli specificamente in atto indicati.

A ciò si aggiunga che, come la stessa ricorrente precisa in ricorso, la notifica della citazione seguì di parecchi mesi la cessione del pacchetto azionario alla Bayer s.p.a., la quale avrebbe dunque potuto essere *ex ante*



indicata in procura, ove l'intento fosse stato quello di convenirla in giudizio.

3. - Il secondo, il terzo ed il quinto motivo, che possono essere trattati congiuntamente in quanto intimamente connessi, non colgono nel segno.

La sentenza impugnata ha dapprima affermato che l'art. 2497 c.c. non si applica ai fatti realizzati anteriormente alla sua entrata in vigore e che esso prevede una responsabilità aquiliana, con conseguente necessità per l'attore di provare anche l'elemento soggettivo della fattispecie; ha aggiunto, quindi, che tale onere, in relazione alla condotta di "abuso", sussiste in capo all'attore anche qualora si voglia qualificare tale responsabilità come contrattuale; ha, infine, affermato che il contratto di commissione si è, nel suo esito, rivelato vantaggioso, essendo ciò dimostrato sulla base dei documenti depositati in atti, procedendo ad analizzare ed argomentare - in punto di fatto - le ragioni di tali conclusioni (con riguardo al volume delle vendite, ai costi, alle commissioni reciprocamente corrisposte, ai lamentati esborsi per le transazioni con gli agenti, ai clienti "ceduti" ed "acquisiti").

In tal modo, la sentenza - al di là della qualificazione duplice, sebbene subordinata, dell'azione da essa operata, della negata applicabilità del nuovo art. 2497 c.c. al caso di specie e dei passaggi non sempre chiari in ordine all'attribuzione dell'onere della prova degli elementi oggettivo e soggettivo della fattispecie - ha esposto una motivazione autonoma ed assorbente, secondo cui non vi è prova del danno lamentato per la scorretta attività di direzione e coordinamento: ed, anzi, ha precisato che sono risultati provati, sulla base dei documenti prodotti dalle convenute, i vantaggi derivati alla società italiana dal piano strategico di riorganizzazione del sistema delle vendite.



Si tratta di un giudizio di tipo storico ancorato alle prove esaminate, il quale, da un lato, non si presta ad essere ripetuto in sede di legittimità, e, dall'altro lato, vale di per sé a giustificare il rigetto della domanda operato dal giudice del merito, evidenziando l'assenza di qualsiasi violazione, da parte del giudice medesimo, del disposto di cui agli art. 2497 e 2697 c.c., relativamente all'onere di provare l'assenza di danno per l'esistenza di vantaggi addirittura superiori derivati alla società controllata.

4. - Il quarto, sesto, ottavo, nono, undicesimo e dodicesimo profilo sono inammissibili.

Essi, invero, deducono il vizio di motivazione alla stregua del disposto dell'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c., non più applicabile nella specie.

È stato chiarito (Cass., s.u., 7 aprile 2014, n. 8053) che l'art. 360 c.p.c., 1° comma, n. 5, c.p.c., come riformulato dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in L. 7 agosto 2012, n. 134, introduce nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo, vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia.

Ne consegue che, nel rigoroso rispetto delle previsioni dell'art. 366, 1° comma, n. 6, e 369, 2° comma, n. 4, c.p.c. il ricorrente deve indicare il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il "come" e il "quando" tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua "decisività", fermo restando che l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in



causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie.

Nessuna di tali evenienze è stata neppure prospettata nel ricorso, onde i motivi vanno dichiarati inammissibili.

5. - Il settimo motivo è infondato.

La sentenza impugnata ha affermato che il contratto di commissione non doveva essere sottoposto alla previa approvazione assembleare, in quanto non comportò nessuna esternalizzazione di fasi produttive, ma la mera riorganizzazione delle modalità utilizzate per le vendite.

Tale accertamento in fatto non viola alcun canone logico o normativo, avendo la corte del merito escluso la presenza di una di quelle ipotesi (le cd. "basi essenziali" della impresa sociale) capaci di alterare radicalmente la situazione strutturale dell'ente nel quale il socio di minoranza ha indirizzato il proprio investimento: la sentenza impugnata, infatti, ha pianamente affermato che si trattò di una mera riorganizzazione del sistema delle vendite dei beni prodotti dalle società del gruppo, senza alcuna radicale alterazione o trasformazione fattuale della struttura aziendale. Non entrava proprio in discussione, pertanto, il tema adombrato dal motivo.

6. - Il decimo motivo è infondato.

La ricorrente lamenta che la corte del merito abbia equivocato il contenuto della domanda in oggetto, qualificandola come responsabilità da inadempimento, invece che come responsabilità da eterodirezione abusiva.

Ma il motivo non coglie nel segno, posto che la sentenza d'appello ha dapprima ritenuto estremamente generica la domanda, provvedendo, quindi, ad individuare come legittimate passive proprio le società controllanti la Bayer Sheet Europe s.p.a., titolare del *know-how*, ossia Bayer AG e la sua controllata Bayer s.p.a., non senza avere prima negato la sussistenza della prova documentale delle narrate circostanze.

In tal modo, la sentenza impugnata non appare discostarsi dalla qualificazione di una domanda proposta ai sensi dell'art. 2497 c.c., in modo esplicito richiamato dal tribunale. Né il vizio di omessa pronuncia verso Bayer Sheet Europe G.m.b.H. - da ricondurre all'art. 360, 1° comma, n. 4, c.p.c. - è stato censurato in questa sede.

7. - Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore solidale delle controricorrenti, liquidate in € 8.200,00, di cui € 200,00 per esborsi, oltre alle spese generali ed agli accessori, come per legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 30 marzo 2016.