

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

- sezione prima civile -

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PLENTEDA Donato - Presidente -
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Consigliere -
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - Consigliere -
Dott. BISOGNI Giacinto - Consigliere -
Dott. ZANICHELLI Vittorio - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente sentenza:

sul ricorso proposto da:

B. D. H. N.V., con domicilio eletto in ..., presso l'Avv. A. S., rappresentata e difesa dall'Avv. A. G., come da procura a margine del ricorso;

- **ricorrente** -

contro

B. D. H. N.V., fallita, in persona del curatore pro tempore, con domicilio eletto in ..., presso l'Avv. A. S. che la rappresenta e difende come da procura a margine del controricorso;

- **controricorrente** -

e contro

B.G., con domicilio eletto in ..., presso l'Avv. F. V. che lo rappresenta e difende unitamente all'Avv. V.U., come da procura a margine del controricorso;

- **controricorrente** -

e contro

PROCURA DELLA REPUBBLICA presso il TRIBUNALE DI MILANO; PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA presso la CORTE - D'APPELLO DI MILANO; N. s.r.l., fallita;

nonché sul ricorso proposto da:

B.G., con domicilio eletto in ..., presso l'Avv. F. V. che lo rappresenta e difende unitamente all'Avv. V. U., come da procura a margine del controricorso;

- **ricorrente incidentale** -

contro

B. D. H. N.V., fallita, in persona del curatore pro tempore, con domicilio eletto in ..., presso l'Avv. A. S. che la rappresenta e difende come da procura a margine del controricorso;

- **controricorrente al ricorso incidentale** -

e contro

B. D. H. N.V.; PROCURA DELLA REPUBBLICA presso il TRIBUNALE DI MILANO; PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA presso la CORTE D'APPELLO DI MILANO; N. s.r.l., fallita;

per la cassazione della sentenza della Corte d'appello di Milano n.1660/10 depositata il 4 giugno 2010;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del giorno 18 ottobre 2011 dal Consigliere relatore Dott. Vittorio Zanichelli;

sentite le richieste del P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PRATIS Pierluigi, che ha concluso per il rigetto del ricorso principale e di quello incidentale;

uditi gli Avv.ti A. G., A. S. e, per delega, G.C.

FATTO

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La B. D. H. N.V., società di diritto olandese, ricorre per cassazione nei confronti della sentenza in epigrafe della Corte d'appello che ha rigettato il reclamo dalla stessa proposto avverso la sentenza con la quale il Tribunale ne ha dichiarato il fallimento, confermando sia la competenza territoriale

del Tribunale di Milano che la sussistenza dello stato di insolvenza. Il ricorso è affidato a sette motivi di ricorso con i quali si contesta, sotto svariati profili di violazione di legge e di difetto di motivazione, la ritenuta competenza del Tribunale di Milano nonché, a quanto si desume dalle conclusioni, anche lo stato di insolvenza.

Resiste con controricorso la curatela fallimentare mentre non hanno proposto difese gli altri intimati.

Ha presentato ricorso incidentale B.G., già intervenuto quale soggetto interessato in quanto amministratore nel procedimento di reclamo, proponendo otto motivi di ricorso incentrati sulla ritenuta incompetenza del tribunale che ha dichiarato il fallimento; al ricorso incidentale resiste con controricorso la curatela.

Tutte le parti costituite hanno depositato memorie illustrative.

DIRITTO

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso principale e quello incidentale debbono essere preliminarmente riuniti in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

E' stata posta la questione della tempestività del controricorso della curatela, la cui notifica è stata vanamente tentata in un primo tempo in data 4 agosto 2010 (a fronte della notifica del ricorso avvenuta in data 1 luglio 2010) e quindi con successo in data 20 settembre 2010.

L'eccezione non è fondata dal momento che la mancata notifica, richiesta tempestivamente il 4 agosto, è frutto di un errore dell'ufficiale giudiziario che, a fronte di una richiesta di notificazione (come da relata predisposta in calce all'atto) presso il domiciliatario Avv. S. in ..., l'ha tentata allo stesso indirizzo ma presso l'Avv. U. ivi non domiciliato e difensore di altra parte.

Ciò premesso e poiché non può dubitarsi della tempestività con cui la controricorrente ha richiesto la rinnovazione, tenuto conto dei tempi necessari alla conoscenza dell'insuccesso del primo tentativo, la notifica del controricorso deve ritenersi in termini alla luce del principio autorevolmente enunciato secondo cui "In tema di notificazioni degli atti processuali, qualora la notificazione dell'atto, da effettuarsi entro un termine perentorio, non si concluda positivamente per circostanze non imputabili al richiedente, questi ha la facoltà e l'onere - anche alla luce del principio della ragionevole durata del processo, atteso che la richiesta di un provvedimento giudiziale comporterebbe un allungamento dei tempi del giudizio - di richiedere all'ufficiale giudiziario la ripresa del procedimento notificatorio, e, ai fini del rispetto del termine, la conseguente notificazione avrà effetto dalla data iniziale di attivazione del procedimento, sempreché la ripresa del medesimo sia intervenuta entro un termine ragionevolmente contenuto, tenuti presenti i tempi necessari secondo la comune diligenza per conoscere l'esito negativo della notificazione e per assumere le informazioni ulteriori conseguentemente necessarie (Sez. U, Sentenza n. 17352 del 24/07/2009).

Con plurimi motivi del ricorso principale e del ricorso incidentale viene posta la questione della competenza per la dichiarazione di fallimento, contestandosi quella del Tribunale di Milano sul presupposto che la sede principale dell'impresa fosse ubicata in provincia di Reggio Emilia.

Deve premettersi che la B. D. H. N.V. (in seguito BDH) è una società di diritto olandese con sede legale in (OMISSIS) e, come da delibera del Consiglio di amministrazione in data 23 dicembre 2008, sede secondaria amministrativa in (OMISSIS) dove, secondo la ricorrente, avrebbe operato anche formalmente da 1 gennaio 2009 l'organo amministrativo i cui componenti erano anche amministratori di B. P. H. s.p.a. (in seguito BPH), con sede in (OMISSIS), controllante di BDH, di M. B. F. H. (in seguito MBFH) e di M. B. F. G. s.p.a., (in seguito MBFG) anch'essa con sede in (OMISSIS), principale società operativa del gruppo.

Ciò premesso rileva la Corte che deve subito essere chiarito come la sede principale e quindi effettiva dell'impresa non fosse certamente laddove era fissata la sede legale è cioè in Olanda, come ha accertato la corte di merito evidenziando non solo che tale circostanza, già ritenuta dal tribunale, non era stata contestata neppure in sede di reclamo dalla società ma che comunque era risultato che

all'indirizzo indicato quale sede non vi erano né dipendenti né beni della società stessa ma era solo situata la ATC, società di servizi, che fino al trasferimento della sede amministrativa in Italia aveva tenuto la contabilità di BDH. Nessun dubbio, dunque, che ai sensi del Regolamento CE n. 1346/2000 il COMI (center of main interests) non fosse in Olanda ma in Italia, come riconosciuto anche nel controricorso della curatela, e che tale situazione fosse conoscibile da parte dei terzi (Corte giustizia CE, grande sezione, 2 maggio 2006) è evidente quantomeno dal momento in cui anche l'attività di amministrazione è stata trasferita nello Stato; ne consegue che la giurisdizione per l'apertura della procedura principale appartiene al giudice italiano.

E' stata posta la questione dell'esistenza di un giudicato in relazione alla statuizione del tribunale secondo la quale la sede secondaria sarebbe stata costituita entro l'anno dalla richiesta di fallimento del Pubblico Ministero con conseguente irrilevanza ai fini della competenza, statuizione che non sarebbe stata fatta oggetto di impugnazione.

L'eccezione non è innanzitutto fondata in fatto in quanto, come risulta dall'esame della tempistica della costituzione effettuata dalla Corte d'appello proprio con riferimento al decorso dell'anno, la questione è stata evidentemente ritenuta proposta in sede di gravame.

E in proposito e soprattutto appare fuorviante il richiamo operato dalla corte territoriale al disposto della L. Fall., art. 9, comma 2, a mente del quale non rileva il trasferimento di sede intervenuto nell'anno antecedente all'esercizio dell'iniziativa in ordine alla dichiarazione di fallimento (nella specie il PM ha presentato la richiesta in data 11 gennaio 2010 a fronte dell'iscrizione nel registro delle imprese della sede secondaria in data 23.1.2009) in quanto per l'appunto tale norma prevede l'irrilevanza del trasferimento effettivo mentre nella fattispecie non è in discussione il trasferimento della sede nell'ambito del territorio dello Stato (in ipotesi: da (OMISSIS)) ma, una volta accertata la mera fittizietà della sede estera, la costante ubicazione della sede effettiva in Italia.

Venendo dunque al merito della questione relativa all'ubicazione della sede effettiva è cioè al luogo dove ha operato prevalentemente (Cassazione civile, sez. 1^a, 8 marzo 2002, n. 3461) il centro propulsore dell'attività dell'impresa e ricordato che in tema di accertamento della competenza l'indagine della Cassazione è anche sui fatti rilevanti per la decisione (Cassazione civile, sez. 2^a, 23/08/2006, n. 18332) non possono essere condivise le valutazioni della Corte d'appello che ha individuato in (OMISSIS) la sede principale.

In primo luogo non può non rilevarsi come, una volta accertato che la sede legale non coincideva con quella effettiva e che questa era indiscutibilmente in Italia, acquisti una rilevanza particolare l'ubicazione della sede secondaria amministrativa nello Stato, in quanto è plausibile che l'allocatione della stessa abbia coinciso con il luogo in cui operava dal punto di vista decisionale la società, non essendo emersa alcuna motivazione che possa spiegare perché l'unica sede in qualche modo formalizzata dovrebbe essere stata localizzata diversamente da quella effettiva. In altri termini, se l'ubicazione della sede amministrativa o secondaria non acquista alcuna valenza a fronte della diversa ubicazione della sede legale (Sez. 1, Ordinanza n. 5033 del 08/03/2005) lo stesso non può dirsi se, come nella fattispecie, quest'ultima non sia ubicata nello Stato e sia accertata la fittizietà della stessa e l'esistenza nello Stato stesso della sede effettiva.

In secondo luogo il giudice a quo ha sottovalutato la circostanza che le principali società del gruppo familiare B. (BPH, controllante di BDH, a sua volta controllante di MBFH, controllante di MBFG) hanno la sede legale in (OMISSIS) e non vi sono elementi che inducano a dubitare che la stessa non fosse coincidente con la sede effettiva, tanto che il fallimento della BPH è stato definitivamente dichiarato dal Tribunale di Reggio Emilia così come dal medesimo Tribunale è stata pronunciata la dichiarazione di insolvenza (anch'essa non contestata) della MBFG nell'ambito del procedimento di cui al D.Lgs. n. 270 del 1999, mentre il Tribunale di Milano ha dichiarato il fallimento, oltre che della BDH, della MBFH con pronunce oggetto di Contestazione.

Inoltre assume una significativa valenza la circostanza che, come ricorda il giudice a quo, il Nucleo Regionale della Polizia tributaria dell'Emilia Romagna abbia redatto nel 2002 un processo verbale di constatazione a carico della BDH accertando che la stessa aveva la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale in Italia presso la sede di (OMISSIS). E' ben vero, come annota la Corte

milanese, che l'accertamento è risalente e che è ben possibile che la sede effettiva sia stata trasferita laddove sarebbe stata spostata una diversa attività divenuta prevalente ma ciò non toglie la rilevanza del dato concreto secondo cui la sede principale della BDH era con certezza in (OMISSIS) laddove operavano le altre società del gruppo e che tale situazione preesisteva alla costituzione della coincidente sede secondaria amministrativa, circostanza che avvalorava la tesi dell'avvenuta formalizzazione di una situazione di fatto.

Quanto poi agli elementi che dovrebbero dimostrare lo spostamento della sede effettiva della BDH la Corte di merito ha dato particolare rilievo alla circostanza che l'attività di tale società si sarebbe progressivamente sostanziata pressoché esclusivamente nella acquisizione di partecipazioni in varie società e gestione delle stesse, nella propria quotazione alla Borsa di Londra e ricerca di investitori a tale scopo, nell'attività di monitoraggio delle quotazioni di borsa dei propri titoli ai fini del mantenimento del loro valore, nella preparazione e gestione dell'o.p.a. per l'aumento della quota di controllo, tramite MBFH in MBFG. Tale attività era stata in concreto svolta dal personale della controllata S. s.r.l. in esecuzione di un contratto di staff service agreement e sulla base delle indicazioni dall'amministratore delegato di BDH C.T. che operava presso la sede della S. in (OMISSIS) con deleghe esecutive per operazioni fino ad un massimo di cinque milioni di Euro.

Osserva la Corte che alle indicate circostanze è stato attribuito un valore incongruo.

In primo luogo non può essere confusa la gestione dell'attività esecutiva delle finalità perseguite da un'impresa con quella deliberativa in ordine alle modalità nell'ambito delle quali tale attività deve essere svolta e gli obiettivi cui deve mirare. Nella specie risulta dall'impugnata decisione che la S. non ha avuto altri clienti oltre alla BDH per cui è logico ritenere che sia stata costituita per operare sulla piazza finanziaria di Milano sostanzialmente per conto della controllante. Se ciò di per sé non comporta che la sede effettiva della S. fosse situata laddove operava l'organo decisionale della controllante non può tuttavia giungersi all'opposta conclusione e cioè che la sede effettiva della controllante sia da situarsi laddove si svolge e viene decisa la concreta attuazione dell'attività operativa, neppure nel caso, nella specie peraltro insussistente (era esclusa l'attività di mantenimento dei titoli quotati cui sovrintendeva tale G. R. che faceva riferimento esclusivamente a B.G.) che quella delocalizzata la esaurisca totalmente. Sede effettiva dell'impresa, infatti, è per pacifica giurisprudenza, quella in cui opera il centro motore della stessa e cioè l'organo che prende le decisioni per cui, nell'ipotesi in cui l'attività di un'impresa sia in concreto esercitata in misura più o meno rilevante da un'altra, la sede effettiva della prima potrebbe essere identificata con quella della seconda solo se la prima sia in effetti totalmente inattiva nel senso che ogni decisione viene presa dagli organi amministrativi della seconda nella totale inerzia di quelli della prima ma non certo quando la controllante che ha delegato l'esecuzione dell'attività mantenga una sua autonomia decisionale, decida in ordine ai limiti e alle modalità con cui la delegata opera nel suo interesse, vigili sull'operato degli amministratori di quest'ultima (o sui propri presso la stessa eventualmente "distaccati") e ne influenzi le decisioni.

Ciò posto non rileva ai fini di ritenere che la sede effettiva della controllante BDH fosse situata in Milano laddove operava la S. la circostanza che C.T., amministratore dotato di limitate deleghe operative, operasse in Milano e non fosse "una figura del tutto inutile" come ha accertato il giudice del merito, volta che non è emerso invece che fosse meramente formale il ruolo degli altri componenti il consiglio di amministrazione della BDH, come risulta positivamente escluso dalla stessa sentenza impugnata che ha rilevato come il C.T. facesse riferimento a B.G., amministratore della BDH e membro della famiglia di riferimento del Gruppo che operava in (OMISSIS) dove avevano sede legale le principali società del medesimo e dove aveva anche la residenza alla pari degli altri amministratori (B.W., B.E. e G.G.) sia della BDH che di altre società del gruppo. In altri termini, la presenza dell'amministratore delegato C.T. in (OMISSIS) appare limitata alla fase esecutiva di uno specifico progetto e collegata alla necessaria presenza sulla piazza finanziaria mentre quella decisionale, che è determinante ai fini della individuazione della sede effettiva, non solo era circoscritta ad una parte, sia pure di rilievo, dell'attività ma appare anche inevitabilmente ed

in modo decisivo influenzata dalle direttive degli altri amministratori che in quanto presenti anche nelle altre imprese del gruppo costituivano intuitivamente l'effettivo fulcro decisionale.

Poiché non vi è alcun elemento dal quale possa ritenersi che i componenti del consiglio di amministrazione dirigessero l'impresa da una località diversa dalla sede effettiva già accertata fin dal 2002 e anche formalizzata come sede secondaria amministrativa a fine 2008 mentre la loro residenza e la localizzazione di altre società dove pacificamente operavano e della controllante costituiscono elementi semmai di segno opposto non può che concludersi che gli elementi acquisiti indicano in determinante prevalenza che la sede principale fosse laddove erano situate l'unica sede formale nel territorio dello Stato e la sede principale di altre società del gruppo B.

Inammissibili per difetto di interesse sono invece i motivi del ricorso principale (motivo sub c) e di quello incidentale (motivo sub 8) basati sulla tesi secondo cui dalla ritenuta incompetenza del Tribunale di Milano dovrebbe discendere la revoca della sentenza di fallimento in quanto pronunciata in seguito ad iniziativa del PM incompetente dal momento che, a tacer d'altro, il fallimento è stato dichiarato anche in seguito ad iniziativa della creditrice N. s.r.l. sulla cui legittimazione non è sorta questione.

La censura sub f) del ricorso principale con cui si contesta l'utilizzo della documentazione facente parte del fascicolo delle indagini preliminari è inammissibile in quanto non è dato comprendere con chiarezza in relazione a quali circostanze oggetto del ricorso tale documentazione avrebbe rilievo, fermo restando che se il collegamento fosse da stabilirsi con lo stato di insolvenza la rilevanza di tale documentazione sarebbe modesta se raffrontata ai dati evidenziati dalla corte di merito.

Manifestamente infondato e al limite dell'ammissibilità è, invero, il motivo del ricorso principale attinente all'insussistenza dello stato di insolvenza, di cui è traccia unicamente nelle conclusioni del ricorso, dal momento che non viene spesa la minima motivazione sul punto e soprattutto non viene censurata la sintetica ma precisa motivazione in proposito della Corte di merito.

Il ricorso principale e quello incidentale debbono dunque essere accolti nei limiti indicati e quindi dichiarato il difetto di competenza del Tribunale di Milano e la competenza del Tribunale di Reggio Emilia avanti al quale deve proseguire la procedura fallimentare ai sensi della L. Fall., art. 9 bis, (Sez. 1, Ordinanza n. 13316 del 31/05/2010).

La complessità della vicenda induce alla compensazione delle spese dei giudizi di merito e della fase di legittimità.

P.Q.M.

la Corte riunisce i ricorsi, li accoglie nei limiti di cui in motivazione, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e dichiara la competenza del Tribunale di Reggio Emilia;
compensa le spese dell'intero giudizio.

Così deciso in Roma, il 18 ottobre 2011.

Depositato in Cancelleria il 12 dicembre 2011