



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Bologna
Prima Sezione Civile

riunita in Camera di Consiglio nelle persone dei Magistrati:

dott. Fausto Casari	Presidente
dott. Francesco Parisoli	Consigliere rel.
dott. Riccardo Di Pasquale	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nelle cause civili riunite iscritte al n. 510 del Ruolo
Generale dell'anno 2010 , promossa da

WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L., con il patrocinio dell'avv.
Massimo PONTIROLI e dell'avv. Franco BIANCHINI,
elettivamente domiciliata in via Castiglione 41, Bologna,
presso il difensore avv. Massimo PONTIROLI

- appellante -

contro

BEST UNION COMPANY S.P.A., con il patrocinio dell'avv. Nicla
SANASI, elettivamente domiciliata in via Barberia n.30,
Bologna, presso il difensore

- appellata -

IN PUNTO A: Licenza d'uso

Assegnata a decisione all'udienza collegiale del 17 maggio



2016, sulle seguenti

CONCLUSIONI

come da verbale dell'udienza di precisazione delle conclusioni da intendersi qui trascritto

RAGIONI IN FATTO E DIRITTO DELLA DECISIONE

1. Il lodo che ci occupa, pronunciato il 4 novembre 2009, ha deciso una lite insorta tra WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. e BEST UNION COMPANY S.P.A. relativa ad un articolato rapporto contrattuale (perché fondato su tre distinti accordi conclusi tra il 2001 e il 2004) concernente la fornitura, da parte di BEST UNION COMPANY S.P.A. a WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L., di un prodotto software di biglietteria e delle relative licenze (denominato T-PLUS), per una durata triennale, e dei connessi dispositivi hardware (T-BOX), per la medesima durata.

I primi due accordi erano conclusi il 15 giugno 2001 e il 1° ottobre 2002 e recavano, tra l'altro, l'obbligo di WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. di acquistare un numero minio garantito di licenze software e di misuratori fiscali per ogni anno di durata del rapporto.

Con il terzo accordo, in data 10 febbraio 2004, le parti contraenti modificavano la durata finale della collaborazione, al 30 giugno 2006, e prevedevano nuovi termini e modalità per il pagamento dei minimi garantiti.

In estrema sintesi, e per quanto rileva in questo



giudizio, la controversia era stata promossa, in forza della clausola compromissoria contenuta nel primo contratto, concluso il 15 giugno 2001, da BEST UNION COMPANY S.P.A. per ottenere il pagamento dei minimi garantiti relativi al prodotto T-PLUS, come pattuito nell'accordo modificativo del 1° febbraio 2004, mentre WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. aveva chiesto la risoluzione di tutti i contratti per fatto e colpa della BU, rimasta inadempiente alle obbligazioni contrattuali assunte e la condanna della stessa al risarcimento dei danni

2. Il collegio arbitrale ha disatteso la domanda di risoluzione contrattuale avanzata da WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L., escludendo sia la sussistenza di condotte inadempienti di BEST UNION COMPANY S.P.A. sia l'esistenza di vizi nel software oggetto del rapporto contrattuale, ritenendo tra l'altro, inammissibile la istanza di CTU avanzata da WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. per la mancanza degli oggetti (quali CD o floppy disk contenenti il software) sui quali il CTU avrebbe dovuto compiere le proprie indagini;

ha disatteso anche l'eccezione sollevata da WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. secondo cui il credito di BEST UNION COMPANY S.P.A. sarebbe divenuto esigibile solo nel momento in cui l'utente finale (sia del T-BOX che del T-PLUS) avesse richiesto l'attivazione del programma, in quanto tale



assunto era contrario al tenore delle clausole 10 e 11 dei contratti e degli allegati ivi richiamati, in cui si prevedevano i termini di pagamento dei minimi garantiti in modo indipendente dalla rivendite alla clientela finale eventualmente eseguita da WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L.;

ha rigettato la domanda riconvenzionale di WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. che sosteneva di avere corrisposto alla controparte il prezzo di beni non consegnati e del quale chiedeva la restituzione;

ha accolto la domanda di BEST UNION COMPANY S.P.A., volta al pagamento dei minimi garantiti, ritenendola fondata sul patto n. 4 dell'accordo del 10 febbraio 2004 e sulle fatture emesse in forza di tale patti nei confronti della controparte, e ha condannato WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. a pagare all'attrice la somma di 348.474,00, rigettando le altre domande proposte dalla stessa BEST UNION S.P.A.

3. WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. ha proposto impugnazione, con atto di citazione notificato il 1° marzo 2010, per sentir dichiarare la nullità del lodo e per ottenere, nella fase rescissori di merito, la declaratoria di risoluzione di tutti i contratti conclusi con BEST UNION S.P.A., per fatto e colpa di quest'ultima, il cui credito doveva ritenersi ammontare a soli euro 31.104,00, e per sentirla condannare al pagamento della somma di euro 51.300,00 a titolo di risarcimento del danno per 57 macchine difettose e non



riparate

4. BEST UNION COMPANY S.P.A. ha resistito nel giudizio chiedendo il rigetto delle domande avversarie con la condanna di parte attrice al risarcimento dei danni per lite temeraria ex art. 96 c.p.c.

5. Con il primo motivo, WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. denuncia la violazione, ex art. 829 1° comma n. 9) c.p.c. (nel testo anteriore alla riforma del 2006), del principio del contraddittorio da parte del collegio arbitrale.

In particolare, lamenta - con l'atto introduttivo - che il collegio arbitrale si sia pronunciato una prima volta sulla istanza di CTU avanzata da essa impugnante, rigettandola in quanto non erano stati individuati gli oggetti da esaminare; che il collegio si sia pronunciato in sede di reclamo riservando ogni decisione all'esito delle prove orali e che abbia poi sciolto la riserva soltanto con il lodo, precisando che la CTU non era ammessa non essendo stato fornito il CD o il floppy disk su cui il CTU avrebbe dovuto eseguire l'accertamento per verificare la funzionalità del software, il quale, in quanto oggetto immateriale, non poteva essere analizzato in altro modo.

Tale mancata ammissione, nell'assunto testuale, di WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. (nell'atto introduttivo) "ha comportato l'impossibilità per la componente di dare dimostrazione di quanto già documentalmente provato, ciò



anche laddove si consideri che in sede di reclamo proposto avverso l'ordinanza in data 03.03.2009, la comparente aveva messo a disposizione del Collegio il supporto elettronico (chiavetta USB) su cui erano state installate tutte le versioni del TPLUS (il software controverso, n.d.e.) che si sono susseguite nel tempo e sui cui il CTU avrebbe potuto eseguire la consulenza richiesta, su quesito peraltro facilmente desumibile dalla relazione tecnica dell'Ing. Domenichini pure allegata dalla Wincor nel proprio fascicolo".

6. Con la comparsa conclusionale, sempre sul punto, WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. si è anche doluta della inosservanza dell'art. 829 1° comma n. 5) c.p.c. in relazione alla valutazione dei mezzi di prova acquisiti al processo da parte degli arbitri, vizio ravvisabile nella ipotesi in cui la motivazione manchi del tutto o sia a tal punto giuridicamente carente, da non consentire di comprendere l'*iter* del ragionamento seguito dagli stessi e di individuare la *ratio* della decisione dai medesimi adottata (Cass. sez. un. 08.10.2008 n.24785), come appunto risulta, a suo dire, dalle varie decisioni assunte dal collegio arbitrale e dalle motivazioni con cui ha deciso il lodo.

7. Con altro motivo di impugnazione, WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. ha eccepito la nullità del lodo per violazione



di norme di diritto e contrarietà a norme di ordine pubblico, in relazione all'assunto del collegio arbitrale secondo cui WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. era comunque tenuta a pagare alla controparte un numero minimo garantito di licenze di software TPLUS a prescindere dalla loro rivendita alla clientela e dalla relativa attivazione.

Secondo WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. *"un'attenta lettura degli accordi originari e del paragrafo 4 dell'accordo modificativo in data 10.02.2004"* avrebbe dovuto convincere gli arbitri che la vendita delle licenze di uso ad essa WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. aveva una esecuzione particolare che, in sintesi, prevedeva che BEST UNION COMPANY S.P.A. attivasse elettronicamente il programma TPLUS direttamente presso l'utilizzatore finale dopo che questi aveva acquistato il programma da WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. e tale soluzione era obbligata dalla normativa fiscale in materia *"da considerarsi di ordine pubblico e in quanto tale inderogabile"*, stante il fatto che la commercializzazione dell'apparecchio misuratore fiscale comprensivo dell'hardware e del software era determinata dal decreto omologativo che lo identificava come una struttura unitaria.

Dunque, la previsione di un obbligo di preacquisto a prescindere dall'attivazione delle singole licenze di uso del software, al pari dell'acquisto anticipato delle



macchine misuratori fiscali, prima e comunque a prescindere dalla entrata in vigore della normativa fiscale, creava uno squilibrio contrattuale in pregiudizio della parte acquirente del tutto illegittimo e rendeva nulla la relativa previsione contrattuale per difetto di funzionamento del vincolo sinallagmatico.

8. Parte convenuta ha sollevato *in limine* eccezione di estinzione della società attrice a seguito di fusione per incorporazione della società attrice in altra società.

In sede di precisazione delle conclusioni BEST UNION s.p.a. non ha riproposto tale eccezione.

In ogni caso, secondo l'ormai costante insegnamento giurisprudenziale, la fusione tra società, a seguito della disciplina di cui all'art. 2504-bis cod. civ. introdotto dalla riforma del diritto societario (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) si risolve in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo e non dà luogo ad alcuna estinzione del soggetto incorporato.

9. Nel merito, il primo motivo della impugnazione svolta da WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. è infondato.

Va rammentato che nel procedimento arbitrale, non diversamente da quanto accade nell'ambito del giudizio ordinario, il contraddittorio è rispettato quando è consentito alle parti il dialettico svolgimento delle



rispettive deduzioni e controdeduzioni e la collaborazione nell'accertamento dei fatti o, in altri termini, di esporre i relativi assunti, di conoscere le prove e le risultanze del processo, di presentare entro i termini prefissati, a norma dell'art. 816 comma terzo cod. civ., memorie, repliche e documenti, di conoscere in tempo utile le istanze e richieste delle controparti.

Si aggiunga che l'omessa osservanza del contraddittorio, come ricordato dalla stessa parte attrice, non è un vizio formale, ma di attività; sicché la nullità che ne scaturisce ex art. 829, n. 9, cod.proc.civ soggiace alla regola della sanatoria per raggiungimento dello scopo (cfr., su quest'ultimo punto, Cass. n. 2201 del 2007).

Nella specie, peraltro, il collegio arbitrale concesse alle parti i termini per la formulazione delle istanze istruttorie e diede ampio sfogo al confronto tra le due litiganti sulle rispettive deduzioni e difese, pronunciandosi per ben due volte sulla ammissibilità e sulla rilevanza dei mezzi istruttori richiesti; in particolare, quanto alla istanza di CTU avanzata dalla odierna attrice, il collegio la disattese una prima volta rilevando che non erano stati individuati gli oggetti da esaminare, ossia da sottoporre all'accertamento peritale; con la seconda ordinanza, sul reclamo svolto da WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L., la terna arbitrale si riservò di meglio valutare la



rilevanza e l'ammissibilità della consulenza all'esito delle prove orali e poi, con la ordinanza 9 settembre 2009, la respinse implicitamente, nel concedere termine alle parti fino al 25 settembre per il deposito delle comparse conclusionali e fino al successivo 12 ottobre per le repliche.

Le doglianze svolte in questo giudizio da WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L., dunque, non investono l'attuazione del contraddittorio, pienamente rispettato nel giudizio arbitrale, ma le ragioni che hanno indotto il collegio a rigettare la CTU, come esposte nella motivazione del lodo, e si risolvono in una (inammissibile in questo giudizio) critica agli arbitri per avere erroneamente valutato il materiale istruttorio, omettendo di valorizzare la documentazione già prodotta, di utilizzare il già esistente supporto informatico e di considerare gli argomenti esposti dal consulente di parte nella relazione tecnica in atti ai fini della formulazione del quesito.

Ed è noto che non può essere contestata a mezzo della impugnazione per nullità del lodo arbitrale la mancata ammissione, da parte degli arbitri, di determinati mezzi di prova per la ritenuta inidoneità probatoria o superfluità di particolari fatti e circostanze per come articolati dal deducente, trattandosi di una valutazione negozialmente rimessa alla competenza istituzionale degli arbitri medesimi



(ex plurimis, Cass. n. 23597 del 2006).

10. Di tanto, peraltro, deve essersi accorta la stessa WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. la quale, come rammentato più sopra, con la comparsa conclusionale ha adombrato, più che eccepito, un'altra ragione di nullità del lodo, rappresentata dal difetto di motivazione proprio in ordine alle risultanze istruttorie, che non può essere nemmeno esaminata nel merito stante la sua evidente inammissibilità in quanto non proposta con l'atto introduttivo

11. Anche l'altro motivo della impugnazione, però, non merita accoglimento.

Non risulta *in primis* che la eccezione di nullità della clausola contrattuale relativa all'obbligo del preacquisto, o acquisto minimo garantito, fosse stata sollevata nel corso del giudizio arbitrale e tanto basta per ritenerla inammissibile in questo giudizio, dovendosi applicare al giudizio di impugnazione del lodo arbitrale rituale le norme del giudizio di appello, in quanto compatibili, e tra esse l'art. 345 c.p.c., per il quale devono essere oggetto di riesame le domande e le eccezioni validamente introdotte dinanzi agli arbitri, mentre resta preclusa ogni possibilità di introduzione di domande o eccezioni nuove, o tardivamente fatte valere nel procedimento arbitrale.

12. In ogni caso, conviene rammentare che, per costante insegnamento della giurisprudenza, nel giudizio di



impugnazione per nullità del lodo arbitrale, che è giudizio a critica limitata, proponibile entro i limiti stabiliti dall'art. 829 cod. proc. civ., trova applicazione la regola della specificità della formulazione dei motivi, in considerazione della natura rescindente di tale giudizio e del fatto che solo il rispetto di detta regola può consentire al giudice, ed alla parte convenuta, di verificare se le contestazioni formulate corrispondano esattamente ai casi di impugnabilità stabiliti dall'art. 829, cit. Pur non essendo indispensabile che l'impugnazione contenga la specifica indicazione delle disposizioni di legge in tesi violate è necessario che dall'atto di impugnazione risulti quale sia stata la norma violata dagli arbitri ovvero il principio di diritto lesa, atteso che tali oneri competono a colui che impugna il lodo (tra le tante, Cass. n. 3383 del 2004)

Nella specie, è dunque assorbente il rilievo che le critiche svolte dalla parte impugnante non consentono di capire quale sia il principio di diritto lesa o la norma violata dagli arbitri con la loro pronuncia.

A ben vedere, la censura si fonda su una asserita violazione delle norme di diritto e su una contrarietà all'ordine pubblico - sulla base di enunciazioni generiche e non supportate da alcun riferimento normativo - che in tesi non è ascrivibile al giudizio arbitrale, ma semmai al



contenuto contrattuale, e si risolve, per tale ragione, in una critica alla interpretazione che del testo contrattuale hanno dato gli arbitri, omettendo di considerare una non meglio precisata normativa fiscale e i suoi riflessi sull'assetto contrattuale: il che, peraltro, esorbita dai limiti entro i quali è consentita la impugnazione del lodo arbitrale.

13. Da ultimo, neppure la domanda di risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c. proposta da BEST UNION COMPANY S.P.A. può essere accolta, non potendosi ravvisare, alla luce della oggettiva complessità della lite, alcuna colpa grave di parte attrice nell'avere promosso il presente giudizio.

14. Le spese, invece, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, ogni contraria e diversa istanza disattesa,

rigetta la impugnazione del lodo arbitrale 4 novembre 2009 promossa da WINCOR NIXDORF RETAIL S.R.L. e condanna quest'ultima a rifondere alla controparte le spese di lite che liquida in euro 13.500, oltre spese generali 15% e accessori di legge

Così deciso nella Camera di consiglio della Prima Sezione Civile, il 25 ottobre 2016

Il Presidente
Fausto Casari



L'est.
Francesco Parisoli

