



TRIBUNALE ORDINARIO di BRESCIA

SEZ. SPEC. IMPRESA

Il tribunale in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Raffaele Del Porto	presidente
dott. Alessia Busato	giudice
dott. Angelica Castellani	giudice relatore

all'esito dell'udienza del 23.7.2021

nel procedimento per reclamo iscritto al n. r.g. **7680/2021** promosso da:

A.Z. MODA S.P.A., con gli avv.ti Marco Spolidoro ed Ernesto Suardo

reclamante

contro

PAOLO con l'avv. Alessio Vianello

KUBIKO S.R.L., con l'avv. Lorenzo Boscolo e Massimiliano Di Fabio;

SANTINA con l'avv. Gloria Gentilomo e Simone Cecchinato;

reclamati

ha emesso la seguente

ORDINANZA

1.- A.Z. Moda s.p.a. ha promosso reclamo nei confronti di Paolo Kubiko s.r.l. e Santina avverso l'ordinanza del 14.6.2021 con cui il giudice designato in prime cure ha rigettato il ricorso per sequestro giudiziario e, in subordine, per sequestro conservativo, proposto *ex art. 2393-bis*, primo comma, c.c. da Zambaiti Distribuzione Tessile s.p.a., nella veste di socio titolare dell'80% del capitale sociale di A.Z. Moda s.p.a., procedimento nel quale quest'ultima è intervenuta dando seguito alla delibera assembleare del 12.3.2021 e facendo proprie le domande cautelari già avanzate dal socio di maggioranza.

2.- La ricorrente in prime cure e l'odierna reclamante hanno prospettato la responsabilità, *ex art. 2391*, quinto comma, c.c., del presidente e amministratore delegato di A.Z. Moda, Paolo - revocato per giusta causa nelle more del procedimento -, il quale "agendo all'insaputa della ... socia e degli altri membri del CdA di A.Z. Moda" si sarebbe "appropriato - per il proprio interesse e per quello della propria moglie/convivente ..., sig.ra Santina - di un'opportunità di affari strategica per l'attività della Società di cui è amministratore e della quale è

venuto a conoscenza proprio in virtù della carica sociale da lui ricoperta”, sottraendo alla stessa la possibilità di “(a) svincolarsi dai limiti del Contratto di Licenza, acquisendo la pienezza dei diritti sul Marchio Le Matte e ... amplia[ndo] la rete di negozi senza limiti di parti terze; (b) liberarsi dalle spese di locazione degli immobili di Azzano S. Paolo e Cologno al Serio, che da sole ammontano a Euro 150.000,00 annui; (c) consolidare la propria posizione sul mercato, incorporando il punto vendita attualmente gestito da Azzurro e acquisendo la titolarità dei rami d’azienda di Zeus, oggi in affitto a MG S.r.l. Il tutto ... per un corrispettivo – pari a complessivi Euro 1.651.000,00 – comunque accessibile ad A.Z. Moda”.

A Paolo viene, in particolare, contestato di essersi indebitamente appropriato, in violazione degli obblighi di cui all’art. 2391, quinto comma, c.c., anche per il tramite della propria partecipata al 100% Kubiko s.r.l., d’intesa e in concorso con la moglie Santina (dei quali è dedotta la responsabilità ex art. 2043 c.c.), per il complessivo corrispettivo di € 1.651.000,00:

- del 100% delle quote di S.C.M. s.r.l. (di seguito, “S.C.M.”), società proprietaria degli immobili siti in Azzano S. Paolo e Cologno al Serio attualmente condotti in locazione da A.Z. Moda. e titolare del 40% del capitale sociale di Azzurro s.r.l., cui è affittato il punto vendita di Cologno al Serio;
- del 100% delle quote di Zeus s.r.l. (di seguito, “Zeus”), proprietaria dei rami d’azienda esercitati presso i negozi di biancheria siti in Cologno al Serio, Azzano S. Paolo e Bagnolo Cremasco, attualmente concessi in affitto alla società MG s.r.l. e contigui a quelli gestiti da A.Z. Moda;
- del 60% delle quote di Azzurro s.r.l. (di seguito, “Azzurro”) che gestisce il punto vendita sito in Cologno al Serio;
- del marchio d’impresa figurativo “Le Matte”, attualmente in licenza d’uso non esclusiva ad A.Z. Moda;
- della conseguente e dipendente domanda per la registrazione del marchio d’impresa figurativo avente ad oggetto una variante a colori del Marchio Le Matte.

Invocato il diritto di A.Z. Moda s.p.a. di ottenere, a titolo di risarcimento in forma specifica del danno subito ex art. 2391, quinto comma, c.c., il trasferimento della proprietà dei beni sopra descritti (“frutti della condotta illecita del sig. Paolo e – quali compartecipi consapevoli nell’inadempimento di costui ex art. 2043 c.c. – della società Kubiko e della sig.ra Santina contro il pagamento del costo di acquisto degli stessi per complessivi € 1.651.000,00 o, in subordine, il risarcimento per equivalente dei danni subiti e *subendi* per effetto

dell'indebita sottrazione di tali beni, e allegata l'esistenza di ragioni d'urgenza soggettive e oggettive¹, la società ricorrente ha chiesto:

(a) in via principale, il sequestro giudiziario *ex art. 670 n. 1 c.p.c.*: *i)* del marchio Le Matte e della domanda del nuovo marchio Le Matte, di titolarità di Paolo *ii)* delle quote rappresentative dell'1% del capitale di Azzurro s.r.l., di titolarità di Santina *iii)* delle quote rappresentative del 100% di S.C.M. s.r.l., di titolarità di Kubiko; *iv)* delle quote rappresentative del 100% del capitale sociale di Zeus s.r.l., di titolarità di Kubiko; *v)* delle quote rappresentative del 59% del capitale sociale di Azzurro s.r.l., di titolarità di Kubiko;

(b) in via subordinata, il sequestro conservativo *ex art. 671 c.p.c.* fino alla concorrenza di almeno € 2.574.804,50, pari al pregiudizio patrimoniale (in tesi) patito da A.Z. Moda per esservi vista sottratta l'affare (cifra aggiornata, nel corso del procedimento cautelare, a € 3.062.731,00), dei beni mobili e immobili nonché dei crediti dei resistenti e, in particolare, dei beni oggetto di richiesta di sequestro giudiziario.

In seguito alla costituzione in giudizio dei resistenti, “alla luce dei nuovi elementi di fatto” da essi “introdotti”², ricorrente e intervenuta hanno parzialmente modificato le proprie conclusioni come da memoria autorizzata di replica, pag. 50 *sub* A.1.B e pag. 54 *sub* B).

I resistenti, patrocinati singolarmente ma con difese sostanzialmente sovrapponibili, hanno eccepito, in via pregiudiziale, l'incompetenza territoriale del giudice adito a favore del tribunale di Bergamo e l'inammissibilità del ricorso *i)* per carenza di legittimazione attiva del socio, sostenendo trattarsi di azione che esula dall'ambito dell'art. 2393-*bis* c.c., *ii)* per difetto di sussistenza di uno *ius ad rem*, anche alla luce del pegno iscritto sulle quote oggetto del ricorso, *iii)* quanto alla domanda di marchio, perché “al di fuori del perimetro dei beni sottoponibili a sequestro giudiziario”, *iv)* quanto alle domande cautelari “aggiornate” dalle controparti come da conclusioni a pag. 50 *sub* A.1.B e pag. 54 *sub* B) della memoria di replica autorizzata, per novità delle stesse e difetto di contraddittorio. Nel merito, hanno chiesto il rigetto del ricorso in quanto infondato in fatto e in diritto.

¹ Rappresentate, in particolare, dal timore che Paolo - anche per il tramite della propria controllata Kubiko e d'intesa con la moglie/convivente - ponga in essere atti dispositivi degli asset in questione, minando in radice la fruttuosità dell'azione di merito *ex artt.* 2392, 2393, 2391, c. 5, e 2043 c.c., nonché dalla circostanza che pressoché l'intera operazione di acquisto sarebbe stata compiuta da Kubiko contraendo debiti nei confronti dei venditori e della banca finanziatrice (e creditrice pignorataria), sicché i beni oggetto dell'affare risulterebbero essere l'unica garanzia di soddisfazione, quantomeno parziale, dei crediti risarcitori vantati da A.Z. Moda. In sede di reclamo è stato inoltre evidenziato che in data 26.5.2021 le assemblee di Kubiko e di S.C.M. hanno deliberato di procedere alla fusione per incorporazione di Kubiko da parte della controllata S.C.M., “operazione, quest'ultima, che – se fosse portata a compimento – condurrebbe a serie e irreparabili conseguenze per A.Z. Moda”, venendo meno le quote di S.C.M. attualmente in titolarità di Kubiko e oggetto di richiesta di sequestro giudiziario da parte della reclamante e trovandosi quest'ultima a dover concorrere per la soddisfazione del proprio credito risarcitorio nei confronti di Kubiko con il nuovo creditore ipotecario Intesa Sanpaolo.

² Preannunciata fusione inversa tra Kubiko e SCM ed erogazione di mutuo ipotecario a favore della società risultante dalla fusione.

Il procedimento è stato sommariamente istruito con l'audizione, in qualità di informatori, di Stefano Gotti (parte venditrice, unitamente al fratello, dei beni oggetto di causa) e di Luigi Quarti (responsabile amministrativo di Zambaiti Distribuzione Tessile e di A.Z. Moda).

Sottoposta, con esito negativo, alle parti una proposta conciliativa intesa a definire amichevolmente le domande cautelari e quelle di merito prospettate, con ordinanza resa a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 28.5.2021, il g. des. ha rigettato le domande proposte da Zambaiti Distribuzione Tessile e A.Z. Moda, condannando le stesse a rifondere ai resistenti le spese del procedimento.

3.- L'ordinanza reclamata ha, in via pregiudiziale, confermato la competenza funzionale del tribunale adito, sul rilievo che le parti, anche nell'ambito della domanda di sequestro giudiziario, controvertono pur sempre in ordine a una fattispecie (quella di cui all'art. 2391, comma 5, c.c.) che costituisce una *species* del *genus* "azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore", attratta in quanto tale alla competenza delle Sezioni specializzate; secondo la ragione più liquida, l'ordinanza ha, quindi, esaminato direttamente il merito delle domande per rilevare l'assenza di *fumus boni iuris*.

In primo luogo, il g.des. ha escluso la configurabilità di una controversia sul possesso o sulla proprietà del marchio e delle partecipazioni sociali oggetto di ricorso, ritenendo, nei limiti cognitivi tipici della fase, che A.Z. Moda s.p.a. non possa legittimamente vantare diritti su tali beni, non essendo intervenuto tra la stessa e i precedenti proprietari un negozio giuridico, ad effetti reali od obbligatori, idoneo a fondare le pretese di merito anticipate con il ricorso cautelare ed essendo il risarcimento in forma specifica nei termini prospettati da ricorrente e intervenuta, precluso dal disposto dell'art. 2908 c.c. che riserva ai casi espressamente previsti dalla legge le ipotesi in cui il provvedimento giudiziale può produrre effetti costitutivi.

Esclusa altresì l'applicazione analogica degli strumenti (invocati dalla ricorrente) di cui agli artt. 124 c.p.i. ovvero 121-124 c.p.a., trattandosi di peculiari rimedi risarcitori previsti da disposizioni speciali e, come tali, insuscettibili di applicazione analogica a diversa materia, il giudice designato ha esaminato l'origine e la natura della fattispecie di cui all'art. 2391 c.c., qualificando la sanzione prevista da tale norma come rimedio esclusivamente risarcitorio (e non reale) e ponendola nell'alveo delle ordinarie regole sulla responsabilità contrattuale, con la conseguenza che l'amministratore è chiamato a rispondere del pregiudizio patito dalla società e causalmente riconducibile al suo inadempimento.

Posta, pertanto, l'astratta riconducibilità alla cornice dell'art. 2391, quinto comma, c.c. delle operazioni censurate dalla ricorrente, in quanto "manifestamente rientranti nella linea strategica di AZ MODA s.p.a." ("in the line of business", secondo uno dei criteri maggiormente utilizzati dalla

giurisprudenza statunitense), al punto che la stessa società è divenuta, a seguito di tali operazioni, ora controparte ora diretta concorrente del proprio (ex) amministratore, e ferma l' idoneità delle condotte censurate a minare irreparabilmente il rapporto di fiducia tra le parti (di qui la revoca dell' amministratore), sulla scorta delle prove succintamente assunte e ritenute attendibili, il g. des. ha escluso la sussistenza di un danno in nesso di causa con la condotta lamentata, dando rilievo alla concreta impraticabilità per la società dell' opportunità di affari, stante il rifiuto del terzo di contrattare con la stessa, circostanza che risulterebbe confermata dallo stesso informatore Gotti, secondo cui l' offerta al Pezzoli sarebbe stata dettata unicamente da ragioni personali di amicizia, posto che egli non avrebbe venduto a nessun altro a quelle condizioni.

Il g. des. ha, quindi, valutato le condizioni economiche dell' operazione tra i Gotti e Pezzoli, ritenendo del tutto verosimile che le stesse siano state profondamente influenzate dai rapporti personali tra le parti, al punto da doversi domandare se la causa di cessione della proprietà delle quote contro prezzo non sia "contaminata" da profili di liberalità.

Ne ha concluso che il tipo di pregiudizio lamentato dalla ricorrente (perdita dell' opportunità di affari) "non sembra, allo stato, conseguenza diretta dell' operato dell' amministratore, bensì della posizione di netta chiusura espressa dal contraente terzo". Di qui l' insussistenza del *fumus* anche in relazione alla domanda di sequestro conservativo.

"*Ad abundantiam*" il giudice designato ha affermato l' infondatezza del ricorso in considerazione dell' apparente insussistenza del danno, così come allegato dalla ricorrente³ e considerato assorbito il profilo del *periculum in mora*.

³ Si riportano, sul punto, le motivazioni dell' ordinanza reclamata: "Con riferimento alla voce di danno più significativa, erra la ricorrente nel ritenere che il confronto tra scenario attuale (immobili condotti da AZ MODA in locazione) e scenario alternativo attualmente sfumato (immobili di proprietà) vada effettuato sulla base del valore negoziato tra il resistente e la parte venditrice: infatti, come visto, tale valore discende dai rapporti personali tra le parti e non sarebbe stato verosimilmente replicato in una ipotetica cessione tra AZ MODA e i venditori ("Se avessi venduto ad altri il prezzo richiesto sarebbe stato certamente più alto", ha dichiarato Gotti). Un simile confronto andrebbe piuttosto effettuato avendo presente uno scenario alternativo fondato su una operazione realizzata a condizioni eque o di mercato (c.d. "arm's length transaction"), atteso che la società non può beneficiare in questa sede delle condizioni estremamente vantaggiose ottenute dall' amministratore per ragioni personali, estranee alla carica: orbene, muovendo dallo stesso conteggio effettuato dalla ricorrente e sostituendo il costo di acquisto degli asset, ivi indicato, con il valore degli immobili risultanti dalla perizia in atti, il "danno per le locazioni SCM" risulta esattamente pari a zero (risultato, peraltro, che non sorprende chiunque disponga di elementari nozioni di finanza immobiliare, considerato che il valore di un immobile commerciale ben può essere calcolato con criteri finanziari, valorizzando i flussi di cassa futuri discendenti dai rapporti di locazione in essere).

L' ulteriore voce di danno allegata dalla ricorrente ("mancati utili 2048-2050") è manifestamente incerta nell' *an*, discutendosi di un pregiudizio del tutto ipotetico, la cui verifica presuppone molteplici eventi proiettati a oltre venti anni (tra gli altri lo scioglimento anticipato della società per impossibilità dell' oggetto), che nessuno sarebbe ragionevolmente in grado di prevedere oggi.

Infine il danno per royalties dovute (euro 13.427,88), unica voce a denotare *prima facie* una consistenza tangibile, risulta, a seguito di un attento esame dell' ingente mole documentale versata in atti, meramente "apparente": infatti la modesta entità del corrispettivo annuale per la licenza del marchio "Le Matte" (euro 516 circa) e il collegamento negoziale esistente tra i vari accordi commerciali stipulati nel 1997 tra la ricorrente e S.C.M. (cfr. doc. 9-14 ric.) rivela come le parti abbiano inteso concludere una licenza sostanzialmente gratuita del marchio "Le Matte" (con corrispettivo annuale di un milione di lire puramente simbolico, verosimilmente indicato per ragioni fiscali), da leggere all' interno

4.- La reclamante lamenta la contraddittorietà dell'ordinanza impugnata laddove, da un lato, ha ritenuto che la fattispecie concreta realizzi l'ipotesi astratta di cui all'art. 2391 c.c. e, d'altro lato, ha escluso la effettiva operatività della norma, negando tanto il risarcimento in forma specifica quanto quello per equivalente e contravvenendo al "comune senso di giustizia", in particolare laddove ha "rimesso nelle mani del terzo contraente" la praticabilità per la società dell'opportunità dell'affare, requisito, peraltro, non contemplato dalla norma.

Quanto al negato riconoscimento ad A.Z. Moda della tutela risarcitoria in forma specifica, l'ordinanza avrebbe mancato di considerare che il diritto alla restituzione/trasferimento dell'affare oggetto di indebita appropriazione da parte dell'amministratore infedele potrebbe, a ben guardare, discendere dall'applicazione dell'art. 1706 c.c. in tema di mandato. Quale soggetto che gestisce beni altrui, l'amministratore sarebbe, infatti, tenuto a restituire al proprio mandante quanto acquistato nell'esercizio delle sue funzioni - nel caso in esame, "l'affare" procurato -, e poiché i frutti di tale affare sono oggi nella piena disponibilità giuridica e materiale di Paolo e dei suoi concorrenti nell'illecito, non vi sarebbero ostacoli, materiali o giuridici, al loro ri-trasferimento in favore della società mandante pretermessa, contro rimborso dei relativi costi, secondo quanto contemplato dall'art. 1720, primo comma, c.c. La titolarità in capo al mandante dell'azione *ex art.* 2932 c.c. nei confronti del mandatario consentirebbe, infine, di ottenere pronuncia costitutiva senza alcuna incompatibilità con l'art. 2908 c.c..

Gli artt. 124 c.p.i. o 121-124 c.p.a. costituirebbero, infine, diverse declinazioni del medesimo principio generale (trasferimento del moltiplo quale sanzione dell'illecito), perfettamente applicabile al caso in esame.

Quanto al risarcimento per equivalente, il g. des. avrebbe errato nel ritenere insussistente il nesso di causa tra la perdita dell'affare e la condotta dell'amministratore, dovendo tale nesso essere vagliato secondo un criterio logico e non naturalistico: il corretto percorso logico-giuridico avrebbe, quindi, richiesto di immaginare come compiuta la condotta omessa (informazione del ad A.Z. Moda della volontà dei signori Gotti di vendere) e, attraverso un giudizio probabilistico, presumere che, non avendo il Gotti categoricamente escluso la possibile vendita a terzi benché a condizioni diverse, la stipulazione diretta dell'affare con A.Z. Moda si sarebbe realizzata "con più probabilità che non".

Contestata, peraltro, l'attendibilità della deposizione del Gotti in ragione della ritenuta incongruità di talune affermazioni rispetto a risultanze documentali in atti e ribadita l'esistenza dei danni e del

della più complessa operazione di vendita di rami d'azienda, comprensivi dei contratti di locazione (e dei relativi introiti certi) in essere con il proprietario venditore.

Trattandosi di licenza gratuita fino alla scadenza, prevista nel lontano 2047, il pregiudizio lamentato non pare allo stato sussistente".

periculum paventati, la reclamata ha chiesto che in completa riforma del provvedimento impugnato siano autorizzati il sequestro giudiziario o, in subordine, conservativo domandati in prime cure.

Si sono costituiti in fase di reclamo tutti i resistenti i quali hanno contestato la fondatezza dei motivi di impugnazione fatti valere dalla reclamante e chiesto il rigetto delle domande cautelari con integrale conferma dell'ordinanza di prime cure.

5.- I motivi di reclamo, per quanto suggestivi, non possono trovare accoglimento, dovendosi ritenere corretta l'interpretazione dell'art. 2391, quinto comma, c.c. data dal primo giudice e condivisibile il risultato finale cui lo stesso è pervenuto applicando tale norma al caso in esame.

5.1.- Va, in primo luogo, confermata la non configurabilità nella fattispecie in esame di una controversia sul possesso o sulla proprietà del marchio e delle partecipazioni sociali oggetto di ricorso, con conseguente rigetto della richiesta di sequestro giudiziario avanzata da A.Z. moda, non potendo quest'ultima legittimamente vantare diritti sui beni acquistati dal Pezzoli, anzitutto per le ragioni già enunciate dall'ordinanza reclamata:

i) l'art. 2391, quinto comma, c.c. non prevede una sanzione reale in caso di sua violazione, limitandosi a obbligare l'amministratore a "risarcire i danni" che siano derivati dalla condotta antidoverosa;

ii) tra A.Z. Moda e i precedenti proprietari non è intercorsa la stipulazione di un negozio giuridico avente effetti reali od obbligatori idoneo a fondare le pretese rivendicatorie o restitutorie della reclamante;

iii) l'art. 2908 c.c. riserva ai casi espressamente previsti dalla legge le ipotesi in cui il provvedimento giudiziale può produrre effetti costitutivi.

I rilievi che precedono non vengono apertamente e direttamente contrastati dalla reclamante, che nella propria impugnativa si preoccupa, piuttosto, di chiarire che "l'invocata misura cautelare del sequestro giudiziario non è volta a tutelare una domanda reale / costitutiva ... bensì a garantire l'adempimento di un obbligo di 'dare' cose determinate" (cfr. reclamo, pag. 24).

In mancanza di ulteriori appigli normativi o negoziali, "tale obbligo" è dalla reclamante posto a carico:

- dell'infedele ex amministratore, "in applicazione dell'art. 1706 c.c. in tema di mandato";
- del predetto amministratore e dei soggetti concorrenti nel suo illecito, "a titolo di adempimento in forma specifica ... del dovere di lealtà di cui all'art. 2391, c. 5, c.c." o di "risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c. del danno cagionato" (cfr. reclamo, pagg. 24-25).

Entrambe le prospettazioni vanno disattese.

L'applicazione *sic et simpliciter* al rapporto tra amministratore e società delle norme sul mandato e, in particolare, della disciplina peculiare in tema di acquisti del mandatario, va esclusa sulla scorta

del più recente orientamento assunto dalla giurisprudenza di legittimità, che qualifica come “di tipo societario” o di “immedesimazione organica” il rapporto che lega l’amministratore unico o il consigliere di amministrazione alla società da medesimo amministrata, escludendo la configurabilità di fattispecie tipiche negoziali, salvo che per attività estranee alle funzioni inerenti il rapporto organico (cfr. Cass. S.U. n. 1545/2017; Cass. n. 12308/2019; Cass. n. 345/2020).

Quanto all’esecuzione - *rectius* risarcimento - in forma specifica dell’obbligo in tesi violato, deve escludersi che, anche a seguito di “rimozione” per via giudiziale della condotta antidoverosa, sussista il diritto di AZ Moda di rendersi acquirente delle partecipazioni societarie e del marchio già di proprietà dei signori Gotti.

La reintegrazione del danno in forma specifica, come noto, consiste nell’obbligo per il responsabile dell’illecito di ricostituire la situazione di fatto antecedente alla procurata lesione, consentendo all’attore pregiudicato di attuare l’interesse vantato senza doversi accontentare del mero equivalente pecuniario.

Nel caso in esame, come già rilevato dal giudice di prime cure, riconoscere alla reclamante il diritto di vedersi trasferiti i beni acquistati dall’amministratore quale forma di risarcimento del danno *ex art. 2058 c.c.* appare, in primo luogo (e il rilievo ha carattere assorbente), precluso dal disposto dell’art. 2908 c.c., che riserva ai casi tassativamente previsti dalla legge le ipotesi in cui un provvedimento dell’autorità giudiziaria può produrre effetti costitutivi (tali sono quelli invocati da A.Z. Moda, la quale pretende di vedersi trasferita la proprietà dei beni acquistati dal orbene, tra tali casi non rientra la fattispecie di cui si discute.

Ma il preteso trasferimento pare, altresì, impedito dall’inesistenza stessa, prima e dopo la violazione lamentata, di un diritto contrattuale positivo in capo alla società amministrata alla conclusione dell’affare la cui occasione sia stata sottratta dall’amministratore.

Ora, il quinto comma dell’art. 2391 c.c. - codificando la nuova ipotesi di responsabilità in commento nel quadro del riformato modello normativo di disciplina degli interessi degli amministratori di s.p.a. -, obbliga l’amministratore che utilizzi a vantaggio proprio o di terzi dati, notizie od “opportunità d’affari” appresi nell’esercizio del suo incarico - ossia qualunque fatto o informazione (originati nella o dalla società, anche se non necessariamente rientranti nei piani d’impresa attualmente perseguiti), dal cui sfruttamento alla società sarebbe potuta derivare, secondo una valutazione prognostica, una “occasione” di profitto, la quale, viceversa, a causa del suo sfruttamento da parte dell’amministrazione o di terzi, è venuta a mancare in tutto o in parte - a rispondere dei “danni che siano derivati alla società” dalla suddetta condotta.

La dottrina ha espresso opinioni divergenti sulla portata innovativa o meno (e sul *quantum* di novità) del precetto introdotto dal legislatore della riforma nell’ultimo comma dell’art. 2391 c.c.,

taluni autori ritenendola una innovazione tutto sommato apparente, in quanto mera specificazione del più generale dovere di lealtà già gravante sull'amministratore, dato che ad essa non si accompagnano rimedi specifici⁴, talaltri evidenziando gli aspetti problematici della sussunzione della condotta descritta entro il paradigma generale tratteggiato dall'art. 2392 c.c. prima della novella legislativa, altri ancora valorizzando il contenuto peculiare del novellato dovere informativo⁵.

L'assoluta maggioranza degli autori è, in ogni caso, concorde nel ritenere che la norma si limiti a prefigurare a carico dell'amministratore "solamente" una responsabilità per i danni che dalla violazione del divieto siano derivati alla società e che questa sia in grado di dimostrare, non introducendo, invece, nell'ordinamento un rimedio di carattere *latu sensu* reale o idoneo a comportare, così come previsto in altri ambiti o in altri ordinamenti, la condanna dell'amministratore alla riversione dei profitti derivanti dall'opportunità d'affare sfruttata a vantaggio proprio o di terzi⁶.

Tale impostazione, giustamente seguita dal primo giudice anche nel respingere l'applicazione analogica della tutela riconosciuta in via eccezionale dagli artt. 124 c.p.i. e 121-124 c.p.a., va condivisa in quanto conforme al dato normativo e coerente con lo stesso ordinamento, dovendosi tenere ben distinti il piano della natura della tutela apprestata - e la scelta del legislatore italiano di riconoscere nella specie la "mera" tutela risarcitoria pare chiara - da quello della commisurazione del "danno risarcibile", la cui difficile determinazione non giustifica, in mancanza di speciali previsioni normative, l'abbandono del principio di corrispondenza tra pregiudizio effettivamente patito e risarcimento necessario a rimuoverne gli effetti economici, tipico della funzione riparatoria che la responsabilità civile è chiamata a svolgere nel nostro sistema giuridico.

Vero è che l'istituto in commento affonda le proprie origini nei sistemi di *common law*, ove è coniato come appropriazione di "*corporate opportunities*" e ove il tradimento del dovere fiduciario

⁴ A differenza di quanto accade nei paesi anglosassoni, ove la violazione è sanzionata con il *disgorgement of profits*.

⁵ Si è, in tal senso, sottolineato che, tramite una necessaria operazione di coordinamento della disposizione in parola con quanto prescritto nei precedenti commi dello stesso art. 2391 c.c., appare evidente come il legislatore abbia voluto rendere operativo anche per le "*corporate opportunities*" un meccanismo contrattuale atto a rendere possibile la negoziazione della loro allocazione tra amministratore interessato a sfruttarle personalmente e società amministrata, cui l'opportunità corporate appartiene di regola. L'amministratore venuto in possesso di informazioni rilevanti su opportunità d'affari che spettano alla società, e interessato a sfruttarle in proprio (o per conto di terzi), dovrà, dunque, rendere la "*full disclosure*" richiesta dal primo comma, dichiarando anche le proprie intenzioni al riguardo, in modo da instaurare quella dialettica consiliare che, in virtù del secondo comma, dovrà sfociare nella decisione motivata sulla convenienza per la società di avvalersi dell'opportunità d'affare, ovvero di rinunciarvi e di lasciarla all'iniziativa economica dell'amministratore. Il legislatore, dunque, individuerrebbe nella piena informazione su ogni aspetto relativo alla situazione di interesse dell'amministratore (in questo caso concernente lo sfruttamento di una certa opportunità di business) la precondizione necessaria affinché le parti possano praticare una soluzione allocativa efficiente, contrattando "ad armi pari".

⁶ Il legislatore della riforma ha, del resto, evitato di codificare un divieto assoluto volto ad impedire in maniera inderogabile che l'amministratore concluda affari privati che gli si offrano in relazione alle funzioni e alla posizione che egli occupa nell'impresa, ma ha condizionato tale possibilità all'osservanza di alcuni obblighi fiduciari, la cui inosservanza legittima la società a domandare il risarcimento del danno.

suscita una reazione particolarmente dura dell'ordinamento, comportando, a parte i rimedi demolitori, la retrocessione a favore del *principale* di qualsiasi profitto conseguito dal *fiduciary*, nonché, sul piano reale, l'attrazione del medesimo profitto all'interno di un *constructive trust* a favore del *principal*.

Una simile scelta rimediale non è, tuttavia, stata operata dal nostro legislatore, che pure, in altri specifici ambiti⁷, ha mostrato di ritenere necessarie forme eccezionali di tutela ispirate alla regola del *disgorgement of profits*⁸.

Tale strumento è funzionalmente caratterizzato da una intrinseca finalità sanzionatoria e, pertanto, necessita di apposita previsione normativa, mancando nel nostro ordinamento un principio generale di restituzione dell'arricchimento da inadempimento ed essendo estranea al sistema della responsabilità civile ogni finalità "punitiva", con la conseguenza che il potere di sanzionare, in difetto di una norma di legge, non può essere rimesso al giudice.

5.2.- Esclusa la configurabilità del diritto di A.Z. Moda all'acquisto della proprietà delle partecipazioni e del marchio ceduti dai signori Gotti al _____ e, con essa, la fondatezza della richiesta di sequestro giudiziario, in punto di sequestro conservativo vanno richiamate le condivisibili e assorbenti considerazioni già espresse dal primo giudice circa l'apparente insussistenza del danno, rilievi, invero, nemmeno espressamente censurati dalla difesa reclamante che, senza prendere specifica posizione sui relativi capi dell'ordinanza impugnata, si è limitata a ribadire la natura "necessariamente sommaria" della "quantificazione del (solo) danno emergente patito da A.Z. Moda" sulla scorta dei "dati attualmente in possesso della Società e dalla stessa immediatamente fruibili" (cfr. reclamo, pagg. 45-45).

Secondo le sue stesse allegazioni, A.Z. Moda avrebbe patito ingiustamente danni quantificabili in non meno di € 3.062.731,00, così determinati: "€ 3.900.000,00 valore attuale immobili + € 916.666,66 mancati utili 2048-2050 (a); € 13.427,88 danno per royalties dovute (b); € 813.731,00 attualizzazione a 26 anni allo 0,55% di quanto sub (a) e (b) - € 1.651.000,00 costo sostenuto dai resistenti da rimborsare = € 3.062.731,00 totale danno subito da A.Z. Moda (valore dell'affare)".

Senonché, quanto alla voce di danno più significativa, originariamente rappresentata dai "canoni di locazione annuali versati da A.Z. Moda" e successivamente sostituita dall'istante con la "valutazione attuale degli immobili proposta *ex adverso*", deve rilevarsi l'impossibilità stessa di configurare un danno in capo alla società, dal momento che la posta in entrata (acquisto delle

⁷ Il riferimento è, in particolare, alle disposizioni contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 125 c.p.i. (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30), ove è disciplinata la c.d. retroversione degli utili.

⁸ Che consiste nello spogliare l'*agent* a favore del *principal* di tutto il guadagno illegittimamente percepito tramite l'azione infedele, in base alla presunzione che l'*agent* non lo avrebbe realizzato se il *principal* non gli avesse conferito l'incarico. Si tratta di uno strumento di tutela dei rapporti fiduciari contro arricchimenti ingiustificati del soggetto che tradisce la fiducia o ne abusa, dotato di una spiccata funzione di *deterrence*.

partecipazioni e del marchio) andrebbe compensata con la corrispondente posta in uscita (corrispettivo dovuto per tali beni), non sussistendo ragioni idonee a far presumere che l'eventuale acquisto da parte della società sarebbe avvenuto a valori non di mercato, con uno scostamento di prezzo a vantaggio della società.

A detta della parte venditrice Stefano Gotti, sentito dal g. des. a sommarie informazioni, il motivo per cui la cessione al _____ sarebbe avvenuta ad un prezzo "di favore" risiederebbe nel rapporto di amicizia che legava le parti.

Non è, all'evidenza, possibile indagare in questa sede la veridicità di una simile affermazione; resta l'anomalia - già rilevata dal primo giudice e di cui nessuna delle parti ha fornito valida giustificazione -, che "il prezzo pattuito con Pezzoli pare talmente vantaggioso da risultare difficilmente spiegabile sulla base di considerazioni di tipo esclusivamente economico; già il valore degli immobili, palesemente fuori mercato secondo la stima dei soli immobili inclusi nel portafoglio delle società SCM, Zeus e Azzurro, pari a euro 3.900.000,00 come risultante da perizia indipendente redatta nell'interesse delle banche finanziatrici (doc. 17-18-19 res.), supera significativamente il valore imputato dalle parti agli stessi immobili (euro 1,5 milioni circa) nell'ambito della operazione di cessione delle quote sociali. Trattasi inoltre di valore sostanzialmente incontestato tra le parti, considerato come la stessa ricorrente lo assuma ai fini della quantificazione del danno subito" (cfr. ordinanza reclamata, pag. 10-11).

Ora, anche a prescindere dall'attendibilità o meno delle dichiarazioni del Gotti, il quale, a giustificazione del corrispettivo richiesto, ha richiamato sentimenti di "riconoscenza" nei confronti dell'amico controparte, non emergono dati obiettivi da cui ragionevolmente desumere che anche in favore della società i signori Gotti avrebbero replicato uno sconto di simili proporzioni rispetto al valore di mercato delle quote oggetto di cessione.

Dovendo, di conseguenza, presumersi che la società avrebbe acquistato a valori prossimi a quelli di perizia, nessun danno può allo stato quantificarsi in riferimento alla voce "perdita del valore attuale degli immobili".

Quanto ai "mancati utili 2048-2050", correttamente il giudice di prime cure ha ritenuto detta voce di danno "manifestamente incerta nell'an, discutendosi di un pregiudizio del tutto ipotetico, la cui verifica presuppone molteplici eventi proiettati a oltre venti anni (tra gli altri lo scioglimento anticipato della società per impossibilità dell'oggetto), che nessuno sarebbe ragionevolmente in grado di prevedere oggi" (cfr. ordinanza reclamata, pag. 12). La motivazione non ha, sul punto, formato oggetto di critica alcuna da parte della reclamante.

Infine, anche in riferimento al "danno per royalties dovute", vanno confermati i rilievi del primo giudice circa la natura sostanzialmente gratuita della licenza del marchio Le Matte, concessa

nell'ambito di più ampi accordi commerciali al corrispettivo annuale simbolico di € 516 circa. Trattandosi di licenza sostanzialmente gratuita fino alla scadenza, prevista nel lontano 2047, il pregiudizio lamentato non pare allo stato sussistente; né a soluzione diversa avrebbe potuto condurre una consulenza tecnica cui fosse stato demandato di accertare l'astratto valore di mercato del marchio, dovendo il pregiudizio economico essere valutato in concreto.

6. L'insussistenza del *fumus boni iuris* assorbe ogni valutazione in ordine al *periculum in mora*.

7. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, facendo applicazione dei parametri medi previsti dal d.m. n. 55/2014 e successive modificazioni e integrazioni per i procedimenti cautelari di valore superiore a € 520.000,00 (cfr. art. 6 del d.m.) relativamente alle fasi di studio della controversia e introduttiva del giudizio.

Tali spese vanno riconosciute in favore di ciascun resistente, con una diminuzione del 30%, a norma del quarto comma dell'art. 4 del medesimo decreto⁹.

All'integrale rigetto dell'impugnazione segue, inoltre, l'obbligo per la reclamante, ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, d.p.r. 115/2002, di “versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione”.

p.q.m.

Il tribunale, visto l'art. 669 terdecies c.p.c.,

rigetta il reclamo proposto da A.Z. Moda s.p.a. nei confronti di Paolo Kubiko s.r.l. e Santina Barbagioanni Gasparo avverso l'ordinanza del 14.6.2021, dando atto della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 13, comma 1-*quater*, d.p.r. 115/2002;

condanna la reclamante a rifondere ai reclamati le spese di lite che liquida in favore di ciascun reclamato in € 6.650, 00 a titolo di compensi, oltre al rimborso forfettario delle spese generali nella misura del 15%, Iva e Cpa come per legge.

Il presidente

dott. Raffaele Del Porto

⁹ Secondo cui “nell'ipotesi in cui, ferma l'identità di posizione processuale dei vari soggetti, la prestazione professionale nei confronti di questi non comporta l'esame di specifiche e distinte questioni di fatto e di diritto, il compenso altrimenti liquidabile per l'assistenza di un solo soggetto è di regola ridotto del 30 per cento”.