

N. R.G. 2356/2020



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di ANCONA
SEZIONE SPECIALIZZATA IN MATERIA D'IMPRESA

Il Tribunale, in composizione collegiale, in persona dei magistrati:

- dott.ssa Francesca Ercolini Presidente;
- dott.ssa Giuliana Filippello Giudice;
- dott. Sergio Casarella Giudice rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **2356/2020** promossa da:

CONSORZIO FRASASSI (C.F. 00222050429), con il patrocinio dell'avv. GUBBINI DANIELE e dell'avv. , elettivamente domiciliato in VIA FLAMINIA N.19 06022 FOSSATO DI VICO ITALIA presso il difensore avv. GUBBINI DANIELE

ATTORE/I

contro

CALVERO BUSCO (C.F. BSCCVR57T06D451O), con il patrocinio dell'avv. CARMENATI ANDREA e dell'avv. , elettivamente domiciliato in PIAZZA GARIBALDI 16 null 60044 FABRIANO presso il difensore avv. CARMENATI ANDREA

CONVENUTO

nonchè



FRASASSI LE GROTTI S.R.L. IN LIQUIDAZIONE (C.F. 01526720428), con il patrocinio dell'avv. e dell'avv. , elettivamente domiciliato in presso il difensore avv.

CONVENUTO-CONTUMACE

OGGETTO: *Responsabilità ex amministratore.*

CONCLUSIONI

All'udienza del 5 ottobre 2021 le parti hanno precisato le conclusioni come da verbale di udienza da intendersi qui integralmente richiamate e trascritte.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione depositato il 1° giugno 2020, **Consorzio Frasassi** conveniva in giudizio **Busco Calvero e**, quale litisconsorte necessario ex art. 2393 bis c.c., **Frasassi Le Grotte s.r.l. in liquidazione** esponendo che:

- la società Frasassi Le grotte s.r.l., in liquidazione volontaria sin dal 6 ottobre 2010, in data 27 luglio 2007 concedeva in affitto di azienda alla società CI & PI s.r.l., l'attività di albergo, ristorante e bar svolta in Genga in via Marconi, n. 33;
- l'accordo, sottoscritto dall'amministratore *pro-tempre* Busco Calvero, prevedeva la durata di un anno, con facoltà di rinnovo automatico di anno in anno fino ad un massimo di nove anni, salva la facoltà di disdetta del locatario;
- il canone annuo veniva convenuto in euro 70.000,00 oltre IVA e, a garanzia del pagamento, la società di impegnava ad offrire garanzia fideiussoria a prima richiesta per l'importo di 35.000,00 euro, da consegnarsi al locatore entro sessanta giorni dalla stipula;
- tale garanzia, prevista espressamente quale condizione di validità ed efficacia del contratto, non veniva prestata, come scoperto solo in un secondo momento da parte dell'odierno attore;
- con atto pubblico del 16 luglio 2009, il Consorzio Frasassi, odierno attore e socio della società Frasassi Le Grotte s.r.l., ignaro della mancata acquisizione della garanzia, acquistava proprio il ramo d'azienda costituito dall'albergo, bar – ristorante e nello stesso atto veniva prevista la cessione



del contratto di affitto di azienda, da ritenersi tuttavia invalido, e di tutti i debiti e crediti dell'azienda ceduta;

- il 12 maggio 2010 il Consorzio riscontrava la morosità del conduttore sin dal mese di maggio 2009, indi comunicava la risoluzione del contratto ed intimava la restituzione dell'azienda;
- risultato vano il tentativo di risolvere bonariamente la controversia, il Consorzio promuoveva un ricorso ex art. 700 c.p.c. per ottenere la restituzione dell'azienda e solo in detta circostanza si avvedeva della mancata prestazione della fideiussione e dell'impossibilità di recuperare il credito;
- il Tribunale di Fabriano ordinava l'immediata restituzione dell'azienda e, non riuscendo a recuperare il credito, il Consorzio depositava istanza di fallimento nei confronti dell'ex conduttore allegando un credito di 160.000,00 euro per canoni scaduti e di euro 4.851,87 per spese;
- dichiarato il fallimento, veniva ammesso al passivo il credito del Consorzio per l'importo di 170.510,30 in chirografo;
- essendo remote le possibilità di recuperare il credito, il Consorzio citava in giudizio la società cedente per il risarcimento del danno e, in quel giudizio, non veniva ammessa la chiamata in causa dell'amministratore Busco Calvero;
- nel frattempo il fallimento si chiudeva senza soddisfazione dei creditori;
- la società Le Grotte s.r.l. veniva quindi condannata al risarcimento del danno e la sentenza passava in giudicato;
- il credito non veniva recuperato neppure in detta occasione e il liquidatore della società invitava il Consorzio a rivolgere le proprie istanze all'amministratore pro-tempore.

Tanto premesso in fatto, svolte le considerazioni in diritto, l'attore così concludeva:

“nel merito: accertata la responsabilità ex art. 2476 c.c. e 2392 c.c. del Rag. Busco Calvero per “mala gestio”, per i motivi tutti enucleati nel corpo del presente atto di citazione e quivi espressamente richiamati, nell'espletamento dell'incarico ricoperto di Amministratore Unico della Soc. Frasassi Le Grotte S.r.l., condannarlo a reintegrare il patrimonio sociale della Soc. Frasassi le Grotte S.r.l. in liquidazione mediante risarcimento a quest'ultima del danno economico procurato nella misura di € 182.653,63 oltre interessi nella misura legale e rivalutazione monetaria dalla data del dovuto al saldo effettivo o comunque nella misura inferiore che verrà accertata in corso di causa e ritenuta di giustizia; il tutto con vittoria delle spese di causa”.

Si costituiva **Calvero Busco** che avversava le opposte pretese sostenendo che:



- era competente il collegio arbitrale previsto dall'art. 26 dello Statuto della società Le Grotte s.r.l.;
- il consorzio era a conoscenza da sempre dell'inesistenza della fideiussione;
- la condotta del consorzio aveva aggravato il debito.

Tanto premesso, svolte le considerazioni in diritto, così concludeva:

"- in via preliminare nel rito: "Voglia l'Illustrissimo Tribunale adito dichiararsi incompetente ai sensi dell'art. 26 dello Statuto de La Frasassi Le Grotte s.r.l. per sussistenza della clausola compromissoria, la quale prevede che le controversie concernenti i rapporti societari devono essere deferite alla decisione di un Collegio arbitrale, in conformità al Regolamento di procedura della Camera arbitrale della Camera di Commercio di Ancona, secondo il regolamento approvato dall'ente, in vigore alla data del deposito della domanda, anche in riferimento alle modalità di nomina degli arbitri, dichiarando la competenza a decidere della Camera arbitrale della Camera di Commercio di Ancona, con ogni conseguente statuizione. Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa.".

- nel merito: "Voglia l'Illustrissimo Tribunale adito respingere le domande avversarie perché destituite di qualsivoglia fondamento fattuale e giuridico. Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa.".

- in via subordinata nel merito: "Voglia l'Illustrissimo Tribunale adito per i motivi dedotti riconoscere ai sensi dell'art. 1227, comma II, c.c. il concorso del fatto colposo del creditore in capo al Consorzio Frasassi ed alla Frasassi Le Grotte s.r.l. e, conseguentemente, dichiarare non dovute le somme risarcitorie richieste dal Consorzio Frasassi per la reintegrazione del patrimonio sociale della Frasassi Le Grotte s.r.l.. Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa.".

Nessuno si costituiva per **Le Grotte s.r.l. in liquid.**, nonostante la rituale notifica.

Espletata l'istruttoria con l'acquisizione della documentazione prodotta dalle parti, all'udienza del 5 ottobre 2021 la causa veniva trattenuta in decisione con termini di legge per conclusionali e repliche.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'eccezione preliminare di arbitrato

L'eccezione preliminare di arbitrato è infondata e, in quanto tale, deve essere respinta.



L'odierno attore, socio della società Le Grotte s.r.l., si duole del mancato recupero del credito verso l'affittuario dell'azienda che gli è stata ceduta dalla stessa società Le Grotte s.r.l., a questa imputando di avergli ceduto un contratto invalido.

Nel presente giudizio, quindi, imputa all'ex amministratore della società cedente una responsabilità per *mala gestio* avendo questi omesso di far valere una ragione di invalidità del contratto ceduto e taciuto le relative circostanze al cessionario.

Si tratta di un rapporto diverso da quello su cui si base la norma statutaria: l'azione odierna è finalizzata a far valere la responsabilità dell'amministratore per il danno arrecato alla società e non introduce una controversia tra socio e società.

Ciò senza dire che l'art. 34, quarto comma, del d.leg.vo n. 5/2003 dispone esplicitamente che la clausola compromissoria statutaria può avere ad oggetto anche le controversie promesse contro gli amministratori, ovviamente da parte dei soci o della società, ma la clausola statutaria invocata dal convenuto non contiene una tale previsione.

La qualificazione della domanda dell'attore

La qualificazione della domanda dell'attore necessita di varie precisazioni atteso che, in proposito, occorre prendere le mosse dai seguenti dati di fatto oggettivi:

- il Consorzio Frasassi, odierno attore, ha già agito in separato giudizio in danno della società cedente Frasassi Le Grotte s.r.l. in liquid, convenuta pure in questo giudizio quale litisconsorte necessaria, per ottenerne la condanna al risarcimento del danno in relazione alla cessione di un contratto di affitto di azienda ritenuto invalido; il giudizio è stato definito da questo Tribunale con sentenza n. 1905/2019, passata in giudicato, che ha ritenuto sussistente sia la responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. della società cedente, che avrebbe taciuto l'inadempimento dell'affittuaria sia la responsabilità ex art. 1410 c.c. per aver ceduto un contratto invalido;
- l'odierna azione – fondata sui medesimi fatti già fatti valere nei confronti della società cedente e sulla scorta del relativo contratto di cessione – è finalizzata a far valere la “*mala gestio*” dell'ex amministratore della società cedente, cioè il convenuto Busco Calvero;
- l'attore esplicita detta intenzione affermando in citazione come “**il Rag. Busco Calvero non abbia esercitato correttamente i propri poteri di Amministratore Unico della unipersonale Soc. Frasassi Le Grotte S.r.l., mancando di rispettare i doveri e gli obblighi collegati alla carica**



ricoperta, sia nei confronti del socio Consorzio Frasassi che nei confronti della società amministrata”;

- inoltre, sul presupposto che la società in liquidazione, cioè la Frasassi Le Grotte, non avrebbe le disponibilità economiche per intentare l'azione di responsabilità verso il proprio ex amministratore, l'attore invoca la propria qualità di socio deducendo che “non rimane al socio Consorzio Frasassi altro se non agire egli stesso in giudizio contro il Rag. Busco Calvero, quale sostituto processuale della Soc. Frasassi Le Grotte S.r.l. in liquidazione, per ottenere intanto in favore di quest'ultima il pieno risarcimento di tutti i danni causati in termini economici e di diminuzione patrimoniale”;
- infine l'attore conviene in giudizio la società Frasassi Le Grotte s.r.l. in liquid. quale litisconsorte necessario ex art. 2393 bis c.c..

Tanto premesso in punto di fatto, va in diritto osservato – in primo luogo – che è improprio il riferimento all'art. 2393 bis c.c. non applicabile, neppure in via analogica, alla s.r.l. e riferibile esclusivamente alla s.p.a..

Dopo la riforma societaria il Legislatore ha abrogato la diffusa applicabilità delle norme in materia di s.p.a. alle società a responsabilità limitata, sostituendola con espliciti rinvii contenuti solo in alcune disposizioni.

In materia di azione sociale di responsabilità nelle s.r.l., l'art. 2476 c.c. prevede un'analitica e completa disciplina che impedisce quindi il ricorso ad analogie o estensioni della disciplina in materia di s.p.a..

Del resto lo scopo della riforma era proprio quello di evidenziare la differenza della s.r.l. rispetto alla s.p.a. e di rendere la prima un modello abbastanza elastico in grado di valorizzare l'elemento personalistico, piuttosto che quello capitalistico.

Quindi, la norma di riferimento va individuata nell'art. 2476, terzo comma, c.c che riconosce a ciascun socio di s.r.l. (indipendentemente dall'entità della partecipazione posseduta) il potere di promuovere l'azione sociale di responsabilità verso l'ex amministratore, agendo quale sostituto processuale della società ed in nome e per conto di questa.

Il merito dell'azione

La domanda è infondata e deve essere respinta.

In fatto, sulla scorta delle deduzioni delle parti e della documentazione in atti va premesso che:



- il convenuto, ex amministratore della soc. Frasassi Le Grotte s.r.l., ora in liquidazione, di cui il Consorzio attore è pacificamente socio totalitario, ha sottoscritto il contratto di affitto azienda con la CI & PI s.r.l. in data 27 luglio 2007;
- il Consorzio odierno attore si è reso cessionario dell'azienda nella titolarità della società partecipata (cioè la Frasassi Le Grotte s.r.l.) ed è quindi subentrato nel predetto contratto di affitto, con atto pubblico del 16 luglio 2009;
- con lettera del 1° febbraio 2010 lo stesso Consorzio ha comunicato all'affittuario, cioè alla CI & PI s.r.l., ai sensi dell'art. 17 del contratto di affitto la risoluzione del predetto contratto *“per il mancato pagamento dei canoni di affitto d'azienda a decorrere dalla mensilità di maggio 2009”*.

Sin qui i dati di fatto, documentalmente provati, sufficienti ai fini della decisione.

In primo luogo, va rilevato che dalla stipula del contratto di affitto (2007) e fino al mese di maggio 2009 l'affittuario non era moroso e che alla data di stipula della cessione all'odierno attore e del suo subentro nel contratto di affitto (16 luglio 2009, con effetto dal 1° agosto 2009) la sua morosità era riferibile al più a due mensilità (maggio e giugno 2009), cioè al minimo di inadempimento previsto dall'art. 17 del contratto per ritenere il contratto risolto ex art. 1456 c.c..

Va altresì osservato che, in ogni caso, il convenuto non potrà mai rispondere dell'intero debito indicato dall'attore visto che il complessivo ammontare dello stesso è stato determinato esclusivamente dal protrarsi dell'occupazione *sine titulo* da parte dell'affittuario e dalla mancata corresponsione da parte di questi dei canoni scaduti e dell'indennità di occupazione, una volta sopravvenuta la risoluzione del contratto.

Quindi, sull'ammontare complessivo del credito/danno è del tutto irrilevante la condotta dell'ex amministratore, così come è irrilevante la dinamica della cessione del contratto.

Infatti, l'odierno attore – una volta subentrato nel contratto di affitto – ha comunicato la risoluzione del contratto per la morosità dell'affittuario e non ha certamente contestato a questi la validità del contratto; quindi, dal mese di agosto 2009 e fino alla comunicazione della risoluzione per inadempimento (febbraio 2010), l'attore ha ritenuto pienamente valido il contratto pretendendone il rispetto da parte dell'affittuario e reclamando il pagamento dei canoni scaduti, circostanza che di per sé esclude che l'attore abbia voluto mai ritenere invalido il rapporto contrattuale che pure l'avrebbe abilitato alla medesima pretesa ancorchè ad altro titolo (cioè quale indennità per occupazione *sine titulo*).

A diverse conclusioni non si perviene neppure valutando l'argomento – abbastanza oscuro – secondo cui l'attore solo quando ha proposto il ricorso ex art. 700 c.p.c. per ottenere la restituzione dell'azienda (cioè il



6 novembre 2010) si sarebbe “avveduto” dell'impossibilità di escutere la fideiussione di 35.000,00, giacchè mai prestata né pretesa dall'ex amministratore della società cedente, nonostante la sua consegna fosse esplicitamente prevista dall'art. 18 del contratto di affitto quale condizione essenziale per la validità e l'efficacia del contratto.

Quindi, si dovrebbe ritenere che il cessionario – peraltro socio unico da sempre della società cedente – che per legge subentra nella medesima condizione contrattuale del cedente, nonchè nei suoi debiti e crediti, secondo gli artt. 2558 e seg. c.c., si sia avveduto delle pattuizioni contrattuali e delle relative condizioni di invalidità solo otto mesi dopo l'acquisto, nonostante in tale lasso di tempo non abbia ricevuto neppure il pagamento di una sola mensilità di canone ed abbia comunicato la risoluzione del contratto.

In realtà, come si è detto, al momento della cessione dell'azienda – cioè a luglio 2009 – l'affittuario era già moroso almeno da maggio 2009 e detta morosità si è poi protratta ininterrottamente fino al mese di gennaio 2010, quando è stata intimata la risoluzione del contratto e poi fino alla riconsegna dell'azienda avvenuta solo nel 2011.

Quindi, già al momento della cessione dell'azienda il cessionario – se già non ne era a conoscenza prima, circostanza invero improbabile – era in condizione di apprendere l'andamento irregolare del rapporto, di conoscere il contenuto del contratto di affitto e di rilevare la mancanza della fideiussione la cui escussione avrebbe agevolmente consentito il recupero della morosità all'epoca maturata (cioè due mensilità): invece, in assoluta ed eloquente continuità con le scelte già compiute dall'ex amministratore della società cedente, ha continuato a consentire lo svolgimento del rapporto contrattuale senza pretendere la consegna della fideiussione e senza contestare all'affittuario l'invalidità del contratto, per poi comunicare – dopo ulteriori sei mesi – la risoluzione del contratto, in tal modo, ovviamente, postulandone l'assoluta validità.

Tuttavia, va anche rilevato che neppure quando ha proposto il ricorso ex art. 700 c.p.c. per la restituzione dell'azienda, l'odierno attore ha inteso valorizzare – almeno in via alternativa alla risoluzione – l'inefficacia originaria del contratto per la mancata prestazione della fideiussione, tanto che – preannunciando l'azione di merito – ha chiarito che il relativo giudizio sarebbe stato finalizzato solo a dimostrare l'inadempimento del contratto da parte dell'affittuario con conseguente risoluzione; neppure la sentenza resa nei confronti della società in liquidazione chiarisce i presupposti di fatto posti a fondamento della responsabilità ex artt. 1337 e 1410 c.c..

E' pertanto evidente che lo stesso cessionario ha presupposto sempre la validità del contratto e ne ha preteso l'adempimento per il periodo antecedente alla risoluzione ed ha successivamente invocato l'inadempimento del conduttore e non l'invalidità del contratto.



Inoltre, rammentato che la presente azione è finalizzata a far valere la *mala gestio* dell'ex amministratore nei confronti della società cedente, non può trascurarsi che la cedente – società totalmente partecipata dal consorzio odierno attore - ha consentito lo svolgimento del rapporto di affitto di azienda per ben due anni, nonostante – in ipotesi – il contratto potesse ritenersi invalido, ai sensi dell'art. 18 dello stesso, già 60 giorni dopo l'inizio del rapporto contrattuale per effetto della mancata prestazione della garanzia.

Quindi, la condotta del creditore che per così lungo tempo consente lo svolgimento del rapporto contrattuale e non si avvale di una condizione risolutiva a cui pure aveva diritto, non può ritenersi semplicemente priva di effetti giuridici o – in modo del tutto acritico – frutto di colpevole negligenza.

E' invero principio pacifico in materia contrattuale che la rinuncia ad un vantaggio o ad una condizione prevista nell'interesse di uno o di entrambi i contraenti, a prescindere dalla consapevolezza che essi ne abbiano, ben può assumere forme implicite e risultare da fatti univoci e indicativi della circostanza che il creditore, accettando l'adempimento del debitore, abbia ritenuto più conforme ai propri interessi l'esecuzione del contratto che non la risoluzione di diritto del medesimo.

Ad esempio in materia di termine essenziale, è pacifico, e la Suprema Corte l'ha ripetutamente sostenuto (vds. per tutte Cass. n. 16880 del 5 luglio 2013), che la previsione di un termine essenziale per l'adempimento del contratto, essendo posta nell'interesse di uno o di entrambi i contraenti, non preclude alla parte interessata di rinunciare, seppur tacitamente, ad avvalersene, anche dopo la scadenza del termine, così rinunciando altresì alla dichiarazione di risoluzione contrattuale.

Quindi, il contratto ceduto era perfettamente valido e l'amministratore della cedente non aveva alcun dovere di informare il cessionario, peraltro socio unico della società cedente, di aver implicitamente rinunciato ad avvalersi di una condizione risolutiva di cui la stessa cessionaria non si è a sua volta mai avvalsa, avendo consentito – nonostante il mancato avveramento della condizione di efficacia – la prosecuzione e lo svolgimento del rapporto contrattuale.

E' quindi noto il principio secondo cui, in tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata, il merito delle sue scelte gestionali è insindacabile in questa sede (cd. "business judgement rule"), salvo che si possa rinvenire un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia "ex ante", secondo i parametri della diligenza del mandatario, sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere.

Nessuno di detti presupposti è rappresentato dall'attore con riferimento alla conclusione del contratto di affitto ed alle scelte compiute dall'amministratore durante lo svolgimento del rapporto contrattuale.



L'azione dell'odierno attore è dunque fondata su un presupposto errato in diritto, cioè sull'esistenza di un presunto ed inesistente dovere giuridico della società Le Grotte s.r.l. di attivarsi, tramite il proprio ex amministratore, per avvalersi della condizione risolutiva dopo sessanta giorni dalla stipula del contratto, visto che detta scelta rientra nell'autonomia contrattuale della parte che ha evidentemente preferito lo svolgimento del contratto piuttosto che la sua risoluzione.

E' altrettanto indimostrato che l'immediata risoluzione avrebbe poi consentito di ottenere l'immediata restituzione dell'azienda e la possibilità di affittarla ad altri imprecisati richiedenti; a tal proposito, appare sintomatico che nonostante l'attore abbia ottenuto nuovamente la disponibilità dell'azienda sin dal mese di marzo 2011, nulla abbia detto circa la sorte successiva dell'azienda ovvero circa la possibilità di affittarla ad altri all'epoca dell'irregolare svolgimento del rapporto contrattuale con l'ex affittuario, né ha dimostrato che l'ex amministratore abbia inopinatamente preferito la prosecuzione del rapporto con un affittuario inaffidabile, al punto da non aver prestato neppure la prevista fideiussione, invece di avvalersi dell'invalidità del contratto ed accettare concrete proposte di affitto da parte di altri e diversi soggetti più affidabili.

Alla luce delle esposte considerazioni deve quindi rigettarsi l'istanza di revoca dell'ordinanza di rigetto delle istanze istruttorie confermandosene le motivazioni già rese e non sussistendo l'utilità di un'istruttoria diversa da quella documentale.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo..

P.Q.M.

definitivamente pronunciando nel giudizio iscritto al n. 2356/2020 RG Trib. ogni diversa domanda, eccezione o istanza respinta, così provvede:

- rigetta le domande dell'attore;
- condanna l'attore al pagamento delle spese del giudizio in favore del convenuto **Busco Calvero** e le liquida in complessivi euro 13.430,00 per compenso, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge.

Ancona, il 1° febbraio 2022

Il Giudice est.
dott. Sergio Casarella

Il Presidente
dott.ssa Francesca Ercolini

