

## **TI\_GERICHTE 12.2016.155 vom 29. März 2018**

TI Tribunale d'appello, 2018-03-29, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2016.155](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2016.155)

FR: TI\_GERICHTE 12.2016.155 du 29 mars 2018

IT: TI\_GERICHTE 12.2016.155 del 29 marzo 2018

### **Regeste**

Responsabilità dell'avvocato - revoca dell'amministratore della SA - abuso di diritto

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

AO 1 è una società anonima con sede a Lugano attiva dal settembre 2009 nel settore del commercio delle protesi e delle articolazioni mediche, e di cui G \_\_\_\_\_, direttore della società W \_\_\_\_\_, risulta essere iscritto a RC in qualità di amministratore unico (cfr. doc. E).

#### **E. 2**

Nel luglio 2011 Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_, pretendendo di essere gli azionisti di maggioranza (ciascuno in ragione di almeno il 40%) nonché gli organi di fatto di AO 1 e di essere stati di fatto “disconosciuti” dall'amministratore unico G \_\_\_\_\_, il quale, oltre a non riconoscerli come tali, neppure provvedeva alle sue incombenze, si sono rivolti all'avv. AP 1, domiciliato a Zurigo, per cercare di riprendere in mano le redini della società ed in particolare di aver essi pure accesso al conto sociale aperto presso la succursale luganese di U \_\_\_\_\_ (su cui poteva disporre unicamente l'amministratore unico). È così che, preso atto della mancata disponibilità di G \_\_\_\_\_ a concedere loro questa prerogativa, è stato deciso, su proposta di quel legale, di inviare una circolare ai clienti della stessa in cui si indicava che i pagamenti a favore della società sarebbero d'ora in avanti dovuti avvenire su un nuovo conto bancario aperto presso la succursale zurighese di C \_\_\_\_\_ intestato al legale (“conto transazione clienti”). Nei mesi successivi l'avvocato, sul conto così alimentato, ha provveduto ad effettuare tutta una serie di bonifici come alle istruzioni fornitegli da Gi \_\_\_\_\_ e da M \_\_\_\_\_.

#### **E. 3**

A seguito di questi fatti, il 7 novembre 2011 (doc. 5), Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_, patrocinati dall'avv. AP 1, hanno denunciato G \_\_\_\_\_ per truffa, appropriazione indebita, amministrazione infedele e, il 1° dicembre 2011 (doc. 4), sempre patrocinati da quel legale, gli hanno revocato il mandato di amministratore unico della società, invitandolo a dimissionare e, ribadendo quanto già richiestogli nell'agosto e settembre 2011 (cfr. doc. T e K), a riconsegnare le azioni. Da parte sua, il 15 dicembre 2011 (doc. M), AO 1 (assieme alla società \_\_\_\_\_), rappresentata dall'amministratore unico Gi \_\_\_\_\_, ha denunciato l'avv. AP 1 e Gi \_\_\_\_\_ per amministrazione infedele aggravata, truffa, appropriazione indebita e riciclaggio di denaro aggravato, costituendosi nel contempo parte

civile. La denuncia è stata in seguito oggetto di alcuni complementi (doc. R2 e R3). Su richiesta dell'avv. AP 1 e di Gi \_\_\_\_\_, il 14 dicembre 2011, nell'ambito dei procedimenti penali menzionati, per altro a tutt'oggi non ancora giunti al termine, le azioni al portatore di AO 1, rinvenute negli uffici di W \_\_\_\_\_, sono state oggetto di sequestro (doc. Q1).

#### **E. 4**

Esperito il necessario tentativo di conciliazione (cfr. doc. A), con petizione 19 febbraio 2014 AO 1, rappresentata da G \_\_\_\_\_, che risultava sempre iscritto a RC (e lo è a tutt'oggi) come suo amministratore unico, ha convenuto in giudizio l'avv. AP 1 innanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, per ottenerne la condanna al pagamento di fr. 461'303.80 oltre interessi al 5% dal 20 luglio 2011, somma corrispondente agli importi da lui "dirottati" con lo stratagemma di cui si è detto in precedenza (fr. 531'320.- somme incassate [cfr. doc. N] ./ fr. 68'846.13 somme frattanto restituite nell'ambito delle trattative per una soluzione bonale della vertenza). Il convenuto si è integralmente opposto alla petizione.

#### **E. 5**

Nelle more della causa, per quanto qui interessa, il Pretore, con decisione processuale ordinatoria 2 aprile 2015, ha respinto tutte le prove offerte dal convenuto all'udienza di prime arringhe del 12 febbraio 2015, salvo il richiamo degli incarti penali auspicato anche dalla controparte, ed ha altresì respinto l'istanza di adduzione di nuovi fatti e prove 29 gennaio 2015 del convenuto. Dopo l'assunzione delle prove ammesse, le parti, in sede conclusionale, si sono sostanzialmente riconfermate nelle loro precedenti richieste, ritenuto che l'attrice ha tuttavia ridotto le sue pretese di fr. 44'200.-, auspicando dunque la condanna del convenuto al pagamento di fr. 502'209.83 oltre interessi al 5% dal 15 settembre 2015 su fr. 418'273.87 (fr. 418'273.87 capitale residuo oltre interessi dal 15 settembre 2015 + fr. 83'935.96 interessi maturati dal 20 luglio 2011 al 15 settembre 2015).

#### **E. 6**

Con la decisione 31 agosto 2016 ora impugnata il Pretore ha parzialmente accolto la petizione, e meglio nella misura richiesta dall'attrice in sede conclusionale (con la sola modifica della decorrenza, dal 16 settembre 2015, degli interessi di mora sul capitale residuo, dispositivo n. 1), ponendo la tassa di giustizia e le spese, di complessivi fr. 5'000.-, per 1/10 a carico dell'attrice e per 9/10 a carico del convenuto, tenuto altresì a rifondere alla controparte fr. 25'000.- per ripetibili (dispositivo n. 2). Egli, dopo aver ammesso la sua competenza per territorio (fondata sull'art. 36 CPC), aver confermato la capacità di rappresentanza dell'amministratore unico G \_\_\_\_\_ ed aver respinto l'eccezione di prescrizione della pretesa attorea (in forza dell'art. 60 cpv. 2 CO), ha in sostanza ritenuto che il convenuto, non avendo provato che Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_ potessero essere gli azionisti o gli organi di fatto dell'attrice - ciò che per altro non li avrebbe legittimati a sostituirsi all'amministratore unico -, avesse illecitamente incassato delle somme di spettanza della società, senza aver in seguito dimostrato che quegli importi, tranne beninteso quanto da lei esplicitamente ammesso in sede di conclusioni, fossero stati utilizzati nell'interesse della stessa.

#### **E. 7**

Con l'appello 3 ottobre 2016 che qui ci occupa, avverso dall'attrice con risposta 8 novembre 2016 (a cui hanno poi fatto seguito la replica spontanea 24 novembre 2016 del

convenuto, la duplice spontanea 15 dicembre 2016 dell'attrice, la triplice spontanea 30 dicembre 2016 del convenuto e le ulteriori osservazioni spontanee 13 gennaio 2017 dell'attrice), il convenuto ha chiesto di riformare il querelato giudizio nel senso di respingere la petizione in ordine, con (rispettivamente in via subordinata senza) ordine all'Ufficiale del registro di commercio di cancellare G\_\_\_\_\_ i \_\_\_\_\_ da amministratore unico dell'attrice, e in via ancor più subordinata di respingere la petizione nel merito, il tutto protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi. Egli, dopo aver lamentato il mancato accoglimento della sua istanza di adduzione di nuovi fatti e prove 29 gennaio 2015 e la mancata assunzione delle altre prove da lui offerte all'udienza di prime arringhe del 12 febbraio 2015, di cui ha preliminarmente chiesto l'accoglimento rispettivamente l'assunzione in questa sede, ha ribadito, in estrema sintesi, che Gi\_\_\_\_\_ e M\_\_\_\_\_ erano senz'altro gli azionisti e gli organi di fatto dell'attrice, per cui la petizione avrebbe dovuto essere respinta in ordine, siccome inoltrata su iniziativa dell'amministratore unico G\_\_\_\_\_, in realtà già destituito da quella sua funzione e non rinnovato alla scadenza del periodo di nomina triennale, rispettivamente in quanto, dovendosi concludere per l'esistenza di una pretesa di natura contrattuale e non di natura extracontrattuale, il giudice adito non era competente per territorio (ai sensi dell'art. 31 CPC); ed ha rilevato, in via subordinata, che la petizione avrebbe dovuto essere respinta nel merito, siccome i bonifici dal suo conto presso C\_\_\_\_\_ erano stati effettuati seguendo le istruzioni dei predetti azionisti ed organi di fatto, rispettivamente erano comunque avvenuti nell'interesse della società, tanto più che la pretesa attorea, qualora fosse stata retta dalle norme sull'atto illecito, sarebbe stata in ogni caso prescritta (ex l'art. 60 cpv. 1 e 2 CO).

## **E. 8**

In questa sede, come si vedrà, è innanzitutto a ragione che il convenuto ha rimproverato al Pretore di non avergli permesso di meglio provare, con la decisione processuale ordinatoria 2 aprile 2015, che Gi\_\_\_\_\_ e M\_\_\_\_\_ fossero gli azionisti di maggioranza dell'attrice, tanto più che la circostanza risultava comunque già dalle prove che erano state frattanto assunte.

### **E. 8.1**

Sulla prima questione, si osserva che il convenuto, negli allegati preliminari, aveva chiaramente spiegato che il fatto che Gi\_\_\_\_\_ e M\_\_\_\_\_ fossero gli azionisti dell'attrice era rilevante per l'esito della lite (cfr. risposta p. 7 segg. e 29, ove aveva indicato che "la questione della titolarità delle azioni è fondamentale"; duplice p. 17, ove aveva sostenuto che "conoscere gli azionisti veri di AO 1 è essenziale"); e che anche in occasione dell'udienza di prime arringhe del 12 febbraio 2015 si era poi sostanzialmente espresso in quei termini, se non altro con riferimento alla domanda di edizione di documenti indirizzata a W\_\_\_\_\_ (ritenuta rilevante per il tema delle sue partecipazioni societarie e per l'asserito deposito delle azioni dell'attrice, cfr. verbale 12 febbraio 2015 p. 3), al richiamo della documentazione fiscale di G\_\_\_\_\_ e di W\_\_\_\_\_ (volta ad accertare se il primo e sussidiariamente la seconda si fossero manifestati come titolari delle azioni dell'attrice di fronte al fisco, cfr. verbale 12 febbraio 2015 p. 4), all'audizione del teste \_\_\_\_\_ (finalizzata a confermare il ruolo di azionisti di Gi\_\_\_\_\_ e di M\_\_\_\_\_, cfr. verbale

## E. 8.2

Ma il convenuto, soprattutto, può e deve essere seguito anche laddove ha preteso che la questione della titolarità delle azioni dell'attrice avrebbe già potuto e dovuto essere risolta a suo favore sulla base delle risultanze emerse dall'istruttoria.

### E. 8.2.1

Nella risposta (p. 7 segg.) egli aveva sostenuto quanto segue: i) che l'attrice non era stata costituita ex novo, ma era una società preesistente, di cui G\_\_\_\_\_ deteneva l'intero pacchetto azionario; ii) che G\_\_\_\_\_ aveva venduto la stragrande maggioranza (almeno l'80%) delle azioni al portatore di quella società per fr. 25'000.- a Gi\_\_\_\_\_ e a M\_\_\_\_\_, ritenuto che il restante 10-15% avrebbe dovuto andare a Ma\_\_\_\_\_ GmbH e forse un 5% avrebbe dovuto essere attribuito a G\_\_\_\_\_; iii) che G\_\_\_\_\_ era l'unica persona nel consiglio d'amministrazione; iv) che G\_\_\_\_\_ non aveva dato copia del contratto di compravendita delle azioni, non aveva redatto un contratto scritto per il suo mandato di amministratore fiduciario e non aveva redatto un contratto scritto per il deposito delle azioni. In replica (p. 4) l'attrice, completando quanto già sostenuto in petizione (p. 3), si era limitata ad obiettare che G\_\_\_\_\_ non era mai stato proprietario delle azioni, in realtà di proprietà di W\_\_\_\_\_, e che le stesse non erano mai state vendute a Gi\_\_\_\_\_ e a M\_\_\_\_\_, tanto meno dietro pagamento di fr. 25'000.-, né erano state successivamente oggetto di un contratto di deposito.

### E. 8.2.2

Senonché, come rilevato con pertinenza dal convenuto in sede conclusionale (p. 6 seg.) e ribadito nell'appello (p. 12 e 24), lo stesso G\_\_\_\_\_, nell'ambito dell'istruttoria penale, ha confermato sostanzialmente la correttezza dei fatti addotti nella risposta di causa: dapprima, in uno scritto denominato "promemoria - Gi\_\_\_\_\_" (rinvenuto nel cubo n. 5, cartellina di plastica, dell'inc. penale rich.), ha dichiarato che "G\_\_\_\_\_ (G\_\_\_\_\_) e M\_\_\_\_\_ (M\_\_\_\_\_) volevano costituire una SA ed in effetti venne stabilito di denominarla I\_\_\_\_\_ con partecipazione 50 + 50, dovevo essere AU. Per mancanza di disponibilità finanziaria per la formazione del capitale sociale G\_\_\_\_\_ e M\_\_\_\_\_ accettarono la mia proposta di rilevare la AO 1 .... Nei mesi di settembre-ottobre 2009 stabilimmo il valore di acquisto del mantello azionario in fr. 20'000.- di cui C\_\_\_\_\_ + M\_\_\_\_\_ 40 + 40 = 80%, G\_\_\_\_\_ 5%, fornitore \_\_\_\_\_ 15%. M\_\_\_\_\_ mi versò in contanti fr. 8'000.- (controvalore in euro) G\_\_\_\_\_ fr. 8'000.- mediante prelievo alla \_\_\_\_\_ [N.d.R.: \_\_\_\_\_] (21.10.2009). Venne firmato il contratto per l'acquisto del mantello azionario che al momento è introvabile, è certo comunque che tutte le copie vennero da me trattenute. Nella trattativa venne stabilito che le azioni le trattenevo io sino alla copertura del debito del correntista di fr. 137'000.- da parte dei nuovi soci"; in seguito, nel verbale d'interrogatorio del 16 dicembre 2011 davanti alla polizia cantonale (rinvenuto nel cubo A, raccoglitore verde, rubrica con denuncia e verbale 16.12.2011, dell'inc. penale rich.), ha dichiarato che "nello spirito di meglio sviluppare il mercato italiano, \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ mi chiedevano di costituire una nuova società. Anche in questo caso abbiamo fatto come per la \_\_\_\_\_, sempre per problemi finanziari dato che non avevamo capitali per poter costituire una società nuova. Su mia proposta si è optato per l'acquisto del mantello

azionario della AO 1, stabilendo valore di vendita del pacchetto azionario e delle azioni ... Il costo del mantello azionario era stabilito in fr. 20'000.-, suddiviso in quote, e meglio: \_\_\_\_\_ 40%, pari a fr. 8'000.-; \_\_\_\_\_ 40%, pari a fr. 8'000.-; \_\_\_\_\_ 5%, pari a fr. 1'000.-; titolare società Ma \_\_\_\_\_ GmbH 15% (\_\_\_\_\_), fr. 3'000.- ... È giusto dire che inizialmente la società era tutta mia, o meglio apparteneva alla W \_\_\_\_\_ ... ” (p. 5 seg.), rispettivamente che “ a settembre o ottobre 2009 venne sottoscritto un contratto di vendita delle azioni, con quote ripartite come sopra, tra me, \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_. Preciso che \_\_\_\_\_, potenziale acquirente del 15%, si è ritirato ed è uscito di scena. Le sue quote sono rimaste a me, avendo acquistato \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ il 40% a testa. A me rimaneva il 20%. Questo contratto redatto e firmato in tre copie originali, era rimasto tra la mia documentazione negli uffici W \_\_\_\_\_. Al momento risulta introvabile ... ” (p. 6). In tali circostanze non può essere messo in dubbio che anche i contratti di mandato di amministrazione fiduciaria relativi alla società I \_\_\_\_\_ sottoscritti tra G \_\_\_\_\_ da una parte e Gi \_\_\_\_\_ rispettivamente M \_\_\_\_\_ dall'altra (rinvenuti nel cubo n. 5, cartellina di plastica, documenti denominati “contratto di mandato” del 4 giugno 2009, dell'inc. penale rich.) dovessero ora essere “trasferiti” alla loro nuova relazione riferita all'attrice. D'altro canto, come rilevato dal convenuto in sede conclusionale (p. 7) e ribadito nell'appello (p. 25), nemmeno nei bilanci e nelle dichiarazioni d'imposta di W \_\_\_\_\_ del 2008 e del 2009 risultava l'esistenza di eventuali partecipazioni nell'attrice (cfr. cubo A, raccoglitore verde, dichiarazioni d'imposta di W \_\_\_\_\_ 2008 e 2009, nell'inc. penale rich.).

### **E. 8.2.3**

Alla luce di quanto precede, non si vede proprio come il Pretore possa aver escluso, dopo aver evidenziato - a torto - che i contratti di mandato rinvenuti riguardavano una società terza e che dall'interrogatorio di G \_\_\_\_\_ menzionato sopra “non se ne cava nulla di più”, che Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_ fossero gli azionisti di maggioranza dell'attrice, e possa pure aver aggiunto che il convenuto non aveva dimostrato il trasferimento del possesso - e con ciò della proprietà - del 40% di azioni rivendicate da Gi \_\_\_\_\_, tematica quest'ultima che nemmeno era mai stata pretesa o evocata dall'attrice. Per il resto, si osserva che quest'ultima non si è neppure mai prevalsa, né in prima né in seconda istanza (non bastando che essa, a p. 10 della sua risposta all'appello, abbia dichiarato che “le esternazioni riferite al creditore correntista di fr. 137'000.- restano tali e non necessitano di una risposta”), del fatto che G \_\_\_\_\_ potesse aver allora dichiarato di aver trattenuto le azioni sino all'avvenuto pagamento di un importo di fr. 137'000.- da parte del correntista (cfr. scritto denominato “promemoria - Gi \_\_\_\_\_” rinvenuto nel cubo n. 5, cartellina di plastica, dell'inc. penale rich.), che per altro non era lui (cfr. cubo A, raccoglitore verde, rubrica con denuncia e verbale 16.12.2011, dell'inc. penale rich., p. 7, secondo cui i correntisti erano “cittadini italiani facenti capo ad una cittadina italiana residente nel ferrarese”), tanto più che l'esistenza di un tale accordo sulla trattenuta delle azioni, che ad ogni buon conto non potrebbe ancora essere inteso nel senso che la validità della compravendita fosse condizionata al pagamento di quella somma, era stata contestata da Gi \_\_\_\_\_ (cfr. doc. S, verbale di interrogatorio del 4 gennaio 2012 p. 3).

### **E. 8.3**

Nelle particolari circostanze, come si vedrà, è invece chiaro che il fatto, così accertato, che Gi\_\_\_\_\_ e M\_\_\_\_\_ fossero gli azionisti di maggioranza dell'attrice imponeva di respingere in ordine la petizione per mancanza della capacità di rappresentanza dell'amministratore unico G\_\_\_\_\_.

### **E. 8.3.1**

Come detto, costoro, il 1° dicembre 2011 (doc. 4), gli avevano revocato il mandato fiduciario di amministratore unico della società, chiedendogli altresì di dimettersi, di riconsegnare le azioni (come già richiestogli almeno tre mesi prima, cfr. doc. T e K) e di astenersi dall'occuparsi degli affari della stessa. Il fatto che egli non si sia dimesso, non abbia riconsegnato le azioni (poi sequestrate penalmente 13 giorni dopo) in modo tale da non permettere la convocazione di un'assemblea generale degli azionisti volta a revocargli il ruolo di amministratore unico (cfr. doc. M p. 3, dove ha ammesso che “ queste due persone, e il loro avvocato, hanno manifestato l'intenzione di sollevarmi dalla mia funzione di amministratore unico una volta entrate in possesso delle quote azionarie ”), ed abbia nondimeno continuato ad occuparsi della società provvedendo tra l'altro, oltretutto dopo la scadenza del periodo di nomina degli amministratori di tre anni previsto dall'art. 19 degli statuti (cfr. doc. 7) avvenuta nel giugno 2012 (cfr. doc. E) (cfr. sulla particolare questione Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>a</sup> ed., §

### **E. 8.3.2**

Non va oltretutto nemmeno sottaciuto che nelle more della causa, e meglio nel giugno 2015 (cfr. doc. E), era altresì giunto a scadenza il periodo massimo di nomina degli amministratori di sei anni previsto dall'art. 710 cpv. 1 CO, di modo che G\_\_\_\_\_ da allora non sarebbe in ogni caso stato più autorizzato a rappresentare l'attrice - e con ciò a proseguire, oltretutto contro la volontà degli azionisti di maggioranza (cfr. doc. 6), la causa in corso - rispettivamente, avendolo comunque fatto in forza delle apparenze risultanti dalla sua iscrizione a RC, avrebbe di nuovo abusato manifestamente di quel suo eventuale diritto.

### **E. 8.3.3**

Il fatto, assai sorprendente, che G\_\_\_\_\_, nonostante le obiezioni degli azionisti di maggioranza Gi\_\_\_\_\_ (doc. 6) e M\_\_\_\_\_ (doc. 14) all'indirizzo dell'Ufficio del registro di commercio e la conseguente procedura di verifica di cui all'art. 152 ORC da parte di quest'ultimo, risulti tuttora iscritto a RC quale amministratore unico dell'attrice in forza di due successive assemblee generali universali degli azionisti giusta l'art. 701 CO e meglio di quella del 14 ottobre 2014 (il cui verbale è stato allegato al doc. Y), ritenuta valida e sufficiente dall'Ufficio del registro di commercio (cfr. doc. BB), e di quella del 15 dicembre 2016 (il cui verbale è stato versato agli atti in occasione della duplice spontanea 15 dicembre 2016, produzione che per altro, essendo riferita a un documento da lei fatto allestire solo 3 mesi e mezzo dopo il ricevimento della sentenza pretorile, costituisce una chiara misura dilatoria ed è così avvenuta in violazione dell'art. 317 cpv. 1 lett. a CPC, cfr. TF 10 aprile 2015 4A\_189/2014 consid. 3.3), non modifica la situazione. Quelle due assemblee, nelle quali i sedicenti azionisti - nella prima non meglio definiti ma rappresentati da K\_\_\_\_\_ (che, oltre ad essere la moglie di G\_\_\_\_\_, era l'amministratrice unica di W\_\_\_\_\_ ) e nella seconda costituiti da W\_\_\_\_\_ - si erano legittimati come tali prevalendosi della sola presunzione derivante dal possesso dei titoli al portatore

(art. 689a cpv. 2 CO), erano in effetti palesemente nulle, visto e considerato che i veri azionisti di maggioranza (in ragione di almeno l'80%), nemmeno convocati per quelle assemblee (cfr. doc. 14), erano Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_ e che in base alla giurisprudenza (cfr. DTF 123 IV 132 consid. 4d; TF 1° marzo 2010 4A\_461/2009 consid. 5.2) quella presunzione doveva essere misconosciuta qualora, come in concreto, il detentore formale delle azioni al portatore comparso alle assemblee era manifestamente privo di quel diritto. A questo proposito va evidenziato che le azioni dell'attrice erano state sequestrate penalmente già dal precedente 14 dicembre 2011 (doc. Q1) ed erano poi state oggetto, il 13 ottobre 2014, solo di un "nulla osta" dell'autorità penale alla tenuta della prima assemblea generale (nel plico doc. Y) rispettivamente, il 15 dicembre 2016, erano solo state "affidate" da quell'autorità per la tenuta della seconda assemblea (cfr. la "dichiarazione di ricevuta" prodotta in occasione delle osservazioni spontanee 13 gennaio 2017), senza che il modo di procedere adottato da quell'autorità potesse dunque in qualche modo legittimare civilmente il detentore (cfr. Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme, p. 11 e 317 seg.); per altro in occasione della prima assemblea le azioni neppure erano fisicamente presenti, siccome sequestrate presso il Ministero pubblico (doc. Q1) e non formalmente "sbloccate"; ed oltretutto nemmeno era stato spiegato in causa, ancor prima che provato, se, da chi, come e quando quelle azioni potessero nel frattempo essere state acquistate in buona fede dalla società W \_\_\_\_\_, di cui, come detto, G \_\_\_\_\_ era direttore e la moglie K \_\_\_\_\_ era amministratrice unica. Stando così le cose, G \_\_\_\_\_ non poteva prevalersi del fatto che in occasione del rinnovo del suo ruolo di amministratore unico, deciso in quelle assemblee, potesse aver dichiarato di ratificare ogni suo precedente operato ( von der Crone, op. cit., p. 580).

#### **E. 8.4**

Il fatto che la petizione debba così essere respinta in ordine per mancanza della capacità di rappresentanza dell'amministratore unico G \_\_\_\_\_ non permette tuttavia di accogliere l'altra domanda d'appello (formulata in via principale) volta a far ordine all'Ufficiale del registro di commercio di cancellarlo dalla carica di amministratore unico dell'attrice. Tale richiesta, del tutto nuova, è in effetti manifestamente irricevibile (art. 317 cpv. 2 CPC), tanto più che, costituendo di fatto una domanda riconvenzionale, avrebbe dovuto semmai essere formulata in occasione della presentazione della risposta di causa (art. 224 CPC). 9. È parimenti a ragione, come si dirà qui di seguito, che il convenuto ha rimproverato al Pretore di non avergli nemmeno permesso di meglio provare, sempre con la decisione processuale ordinatoria 2 aprile 2015, che Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_ fossero gli organi di fatto dell'attrice, tanto più che quella circostanza poteva comunque già essere riconosciuta. 9.1. Sul primo aspetto, si osserva che il convenuto, negli allegati preliminari, aveva chiaramente spiegato che il fatto che Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_ fossero gli organi di fatto dell'attrice era rilevante per l'esito della lite (cfr. risposta p. 12, 16 segg., 27 e 30, duplica p. 22 segg., 32 e 38); e che anche in occasione dell'udienza di prime arringhe del 12 febbraio 2015 si era poi sostanzialmente espresso in quei termini, se non altro con riferimento alla domanda di edizione dei documenti riguardanti la contabilità e la dichiarazione delle imposte di Gi \_\_\_\_\_ (volta a far capire il suo ruolo in seno all'attrice, cfr. verbale 12 febbraio 2015 p. 3), all'audizione dei testi \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ (pure finalizzata a confermare il ruolo di Gi \_\_\_\_\_ e di M \_\_\_\_\_ in seno all'attrice, cfr. verbale 12 febbraio 2015 p. 4),

all'audizione dei testi Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_ (idonea ad accertare il ruolo da loro svolto, cfr. verbale 12 febbraio 2015 p. 4) ed all'interrogatorio / deposizione dello stesso G \_\_\_\_\_. In tali circostanze il Pretore non poteva concludere, nell'ambito della decisione processuale ordinatoria 2 aprile 2015, che queste prove (non è qui necessario chiarire ulteriormente se ciò valesse anche per le altre prove offerte a suo tempo) fossero irrilevanti per l'esito della lite, non aggiungendo nulla che già risultava dai documenti agli atti, o fossero palesemente di natura inquisitoria. Tali prove, come preteso dal convenuto, avrebbero dunque dovuto essere assunte, se del caso, da questa Camera. 9.2. Ma il convenuto, soprattutto, può e deve essere seguito anche laddove ha preteso che il fatto che Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_ fossero gli organi di fatto dell'attrice avrebbe già potuto e dovuto essere ammesso anche senza l'assunzione di tali prove. 9.2.1. È innanzitutto incontestabile e incontestato (tant'è che a p. 7 seg. della replica l'attrice ha contestato solo genericamente, e con ciò in modo non sufficiente, l'assunto del convenuto in tal senso a p. 15 seg. della risposta) che le uniche persone a conoscenza del business all'interno dell'attrice (mercato, prodotti, prezzi, fornitori, clienti, ecc.) ed operative per conto della stessa erano gli azionisti Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_. Oltretutto, come giustamente rilevato dal convenuto in sede conclusionale (p. 21) e ribadito nell'appello (p. 22 segg. e 28), la stessa attrice, pur avendo dapprima contestato in modo generico il fatto che Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_ fossero degli organi di fatto (replica p. 8 in alto), aveva in seguito ammesso che quanto meno Gi \_\_\_\_\_, nella sua qualità di responsabile commerciale della società, poteva "anche essere considerato, per un certo periodo, organo di fatto dell'attrice" (replica p. 8 in basso). A quel momento essa aveva invero aggiunto che quella sua qualità di organo di fatto gli sarebbe poi stata revocata mediante l'invio delle comunicazioni 19 rispettivamente 20 settembre 2011 di cui al doc. I e J (replica p. 8 e 11), senonché da quegli scritti, resi per altro dopo che parte delle somme erano già state "dirottate" (cfr. doc. N), non si evince l'esistenza di una tale revoca, il patrocinatore dell'attrice rispettivamente quest'ultima essendosi allora limitati a chiedere al convenuto di bonificare alla società sul conto presso U \_\_\_\_\_ gli importi pervenuti sul conto presso C \_\_\_\_\_ in difetto di che avrebbero ritenuto "che non vi è la disponibilità sua e dei signori \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ a consegnare alla società gli importi dirottati, con tutto ciò che ne consegue". Essa, a quel momento, non ha invece preteso quando e in che altro modo potesse avergli revocato quella sua qualità di organo di fatto. 9.3. Il fatto, così accertato, che almeno Gi \_\_\_\_\_ fosse un organo di fatto dell'attrice imponeva, ancor prima di respingere la petizione nel merito (ritenuto che tutti i bonifici del convenuto, avvenuti pacificamente sulla base delle istruzioni di Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_ [cfr. replica p. 13, conclusioni p. 7], erano in tal caso riconducibili ad istruzioni dategli da una persona materialmente legittimata), di respingerla in ordine pure per incompetenza territoriale del giudice adito. In tal caso, contrariamente a quanto ritenuto dal Pretore, la pretesa attorea non poteva in effetti essere considerata di natura extracontrattuale, ma era di natura contrattuale, di modo che la competenza a statuire sulla stessa spettava, in applicazione dell'art. 31 CPC, al giudice - zurighese - del domicilio del convenuto, rispettivamente al giudice - anche qui zurighese - in cui doveva essere eseguita la prestazione caratteristica, ritenuto che la consulenza e i bonifici erano stati effettuati a Zurigo. 10. Si aggiunga, per completezza di motivazione, che, se il giudizio pretorile con cui l'eccezione di prescrizione era stata respinta non prestava di per sé il fianco a critiche (visto che il termine di prescrizione, quand'anche fosse

stato solo di un anno, era stato in ogni caso interrotto già il 15 dicembre 2011 in virtù dell'inoltro della denuncia penale con contestuale costituzione di parte civile di cui al doc. M, cfr. DTF 101 II 77 consid. 2), era invece a ragione che il convenuto aveva rimproverato in questa sede al Pretore di non avergli neppure permesso di dimostrare, ancora con la decisione processuale ordinatoria 2 aprile 2015, che le somme "dirottate" sul conto C \_\_\_\_\_, tranne quelle ammesse dall'attrice in sede di conclusioni, fossero state utilizzate nell'interesse della stessa, tanto più che nemmeno aveva ritenuto di pronunciarsi sulle considerazioni, da lui esposte in sede conclusionale, secondo cui per almeno fr. 340'000.- erano già sin d'ora state fornite sufficienti spiegazioni. Negli allegati preliminari egli aveva in effetti spiegato che tutti i bonifici da lui effettuati su istruzione di Gi \_\_\_\_\_ e di M \_\_\_\_\_ erano avvenuti nell'esclusivo interesse della società (cfr. risposta p. 31 e 33, duplica p. 49 e 53), che tutte le fatture così saldate erano in possesso dell'attrice (cfr. risposta p. 33) e che i relativi pagamenti erano pure stati regolarmente contabilizzati dall'attrice (cfr. duplica p. 48); ed anche in occasione dell'udienza di prime arringhe del 12 febbraio 2015 si era poi sostanzialmente espresso in quei termini, postulando a tale scopo l'edizione dalla controparte di tutta la documentazione contabile concernente gli anni 2009-2013 (ad es. contratti con i fornitori e clienti, fatture, estratti bancari, bilanci e conti economici, schede contabili di tutti i conti patrimoniali e dei conti relativi ai costi e ai ricavi aziendali) (cfr. elenco dei mezzi di prova del convenuto allegato al verbale di udienza 12 febbraio 2015) ed offrendo, sia pure senza aver allora precisato - ciò che aveva però fatto negli allegati preliminari - che ciò potesse servire anche a tale scopo, l'audizione dei testi Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_ (cfr. elenco dei mezzi di prova del convenuto allegato al verbale di udienza 12 febbraio 2015). In tali circostanze il Pretore non poteva concludere, nell'ambito della decisione processuale ordinatoria 2 aprile 2015, che, dovendosi rimproverare al convenuto una carenza allegatoria, almeno queste prove (non occorre qui chiarire ulteriormente se ciò valesse anche per le altre prove offerte a suo tempo) fossero con ciò irrilevanti per l'esito della lite, non aggiungendo nulla che già risultava dai documenti agli atti, o fossero palesemente di natura inquisitoria. Tali prove, come preteso in questa sede dal convenuto, sarebbero dunque state pure da assumere (come già quelle sulla qualità di azionisti e di organi di fatto di Gi \_\_\_\_\_ e M \_\_\_\_\_) da questa Camera. 11. Ne discende che l'appello dev'essere parzialmente accolto nel senso che, in riforma della decisione pretorile, la petizione dev'essere respinta in quanto ricevibile. Le spese giudiziarie di primo e di secondo grado seguono la rispettiva soccombenza delle parti (art. 106 CPC). Come richiesto nell'appello, per la procedura innanzi al Pretore l'attrice deve pertanto essere obbligata ad assumersi la tassa di giustizia e le spese, di complessivi fr. 5'000.-, e a rifondere alla controparte fr. 25'000.- per ripetibili. Per la procedura di appello le spese processuali e le ripetibili sono state calcolate sulla base del valore qui ancora litigioso di fr. 418'273.87. Per questi motivi, richiamati l'art. 106 CPC, la LTG e il RTar decide: I. L'appello 3 ottobre 2016 dell'avv. AP 1 è parzialmente accolto. Di conseguenza la decisione 31 agosto 2016 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, è così riformata: 1. La petizione 19 febbraio 2014 di AO 1 è respinta in quanto ricevibile. 2. La tassa di giustizia e le spese, di complessivi fr. 5'000.-, da anticipare così come anticipate, sono poste a carico dell'attrice, la quale rifonderà al convenuto fr. 25'000.- a titolo di ripetibili. II. Le spese processuali di fr. 15'000.- sono a carico dell'appellata, che rifonderà all'appellante fr. 12'000.- per ripetibili di appello. III. Notificazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1 Per la seconda Camera civile del Tribunale

d'appello Il presidente

Il vicecancelliere Rimedi

giuridici Nelle cause a carattere pecuniario con un valore litigioso superiore a fr. 30'000.- è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 74 cpv. 1 e 100 cpv. 1 LTF).

### **E. 12**

febbraio 2015 p. 4), all'audizione dei testi Gi\_\_\_\_\_ e M\_\_\_\_\_ (idonea ad accertare il loro ruolo di azionisti, cfr. verbale 12 febbraio 2015 p. 4), all'audizione del teste \_\_\_\_\_ (che avrebbe dovuto riferire come G\_\_\_\_\_ gli avesse comunicato che le azioni dell'attrice non erano sue, cfr. verbale 12 febbraio 2015 p. 5) ed all'interrogatorio / deposizione dello stesso G\_\_\_\_\_. In tali circostanze il Pretore non poteva concludere, nell'ambito della decisione processuale ordinatoria 2 aprile 2015, che almeno queste prove (non occorre qui chiarire ulteriormente se ciò valesse anche per le altre prove offerte a suo tempo) fossero irrilevanti per l'esito della lite, non aggiungendo nulla che già risultava dai documenti agli atti, o fossero palesemente di natura inquisitoria. Tali prove, come preteso dal convenuto, avrebbero dunque dovuto essere assunte, se del caso, da questa Camera.

### **E. 13**

n. 58 e 58a e Trautmann/von der Crone , Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft in: RSDA 5/2012 p. 465, secondo cui, in caso di mancata tenuta dell'assemblea generale oppure di mancati nomina o rinnovo degli amministratori in occasione della stessa, il loro mandato si prolungava solo fino alla fine del sesto mese dall'inizio del relativo esercizio annuale), ad introdurre a nome e per conto della società, ma contro la volontà degli azionisti di maggioranza (cfr. doc. 6), la petizione 19 febbraio 2014, non toglie che egli non fosse più autorizzato ad agire in tal senso (nel rapporto interno gli amministratori perdono in effetti quella loro posizione già al momento in cui si verifica il relativo "Beendigungsgrund", cfr. von der Crone , Aktienrecht, p. 208) e che quanto meno, nell'aver approfittato dell'apparenza formale data dal fatto che il suo potere di rappresentanza risultava ancora iscritto a RC, avesse abusato manifestamente di quel suo eventuale diritto.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.