

# Messaggio

numero

**6210**

data

5 maggio 2009

Dipartimento

FINANZE E ECONOMIA

Concerne

## **Rapporto del Consiglio di Stato sulla mozione 16 febbraio 2009 presentata da Paolo Beltraminelli e Filippo Gianoni "Approfondimento del tema della responsabilità sussidiaria dello Stato nel caso di enti con partecipazione esclusiva o preponderante (Banca Stato, Azienda Elettrica Ticinese) e l'eventuale introduzione di norme atte a limitarla"**

Signor Presidente,  
signore e signori deputati,

il Consiglio di Stato si pregia di trasmettervi il seguente rapporto sulla mozione sopra menzionata.

### **1. PREMESSA**

La limitazione della responsabilità delle persone giuridiche, detta anche principio della dualità giuridica, costituisce un aspetto fondamentale del diritto svizzero. In virtù di questo principio la società madre (e del pari l'azionista come persona fisica) non risponde dei debiti delle sue filiali e viceversa.

### **2. RESPONSABILITÀ DELLA CASA MADRE NEL CONTESTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ**

Nel diritto delle società la giurisprudenza ha tuttavia elaborato una serie di strumenti destinati a sanzionare quei comportamenti che, in un'applicazione rigida del principio della dualità giuridica, portavano a effetti insopportabili.

Si è ad esempio ammessa la responsabilità della società madre a seguito di lettera di patronato da essa sottoscritta, si è riconosciuta una responsabilità della società madre come organo di fatto della filiale, si è applicata la teoria della trasparenza (cosiddetto "Durchgriff") per colpire la persona (fisica o giuridica) che intendeva prevalersi della dualità giuridica (cfr. per tutti Henry Peter, *La responsabilité fondée sur la confiance en droit des sociétés*, in *La Responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung*, a cura di C. Chappuis e B. Winiger, Ed. Schulthess Zürich 2001, p. 51 e 52 e rinvii giurisprudenziali e dottrinali).

Con la sentenza *Swissair* (1994, DTF 120 II 335-337) il Tribunale federale per diritto giudiziale ha di fatto creato una nuova causa di responsabilità per l'agire della società madre, la cosiddetta responsabilità per aspettative suscitate da un comportamento del gruppo ("Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen"). Si tratta in particolare di una responsabilità che interviene sussidiariamente a quella della filiale, di modo che si è in presenza di un cumulo di debitori.

A questa sentenza ne sono seguite altre che hanno completato rispettivamente precisato questa giurisprudenza (cfr. 121 III 355-356, 123 III 220, 124 III 303-304, 130 III 349-350, 133 III 451, 128 III 327).

In buona sostanza secondo il TF una società di gruppo che suscita tramite il suo comportamento (attivo o passivo) un clima di fiducia, dal quale derivano aspettative sufficientemente concrete e determinate nei terzi che trattano con altre società del gruppo (cosiddetta "Sonderverbindung"), è tenuta a rispondere del danno che loro deriva dalla mortificazione, in modo contrario alla buona fede, di queste fondate aspettative. Si noti che il clima di fiducia può essere suscitato anche dalla filiale stessa (DTF 123 III 231 consid. 4e). Secondo il prof. Peter (op. cit. p. 58) il terzo contraente di una filiale di un gruppo (caratterizzato dalla subordinazione di tutte le filiali a una direzione centrale) deve potere legittimamente attendersi almeno che

- ogni filiale disponga di mezzi finanziari adeguati,
- ogni filiale sia gestita e controllata in maniera adeguata,
- non sia adottata nessuna decisione che leda l'interesse proprio di ogni filiale.

Il fondamento e la natura giuridica di questa responsabilità è controverso (contrattuale, per illecito o per titolo autonomo). Essa ovviamente deriva dalla responsabilità per fiducia creata fuori dal contesto dei gruppi societari (cosiddetta "Vertrauenshaftung", cfr. sentenza Grossen DTF 121 III 30), la quale a sua volta si ispira ai principi che reggono la responsabilità per "culpa in contrahendo" che secondo certa dottrina è di natura delittuale, secondo altri è di natura contrattuale (cfr. Peter, op. cit., p. 61-62).

Come che sia, l'esistenza di una relazione speciale di fiducia comporta una responsabilità in base alla quale sorge un obbligo di risarcimento della società madre qualora venga arrecato un danno; l'indennità può estendersi anche all'interesse positivo facendo capo alla nozione di "interesse all'integrità" (cosiddetto "Integritäts- oder Erhaltungsinteresse", cfr. Hans Peter Walter, La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in La Responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung, cit. p. 161 N. 7).

Può essere utile rammentare che, come ben mette in evidenza Henry Peter, al medesimo esito in fatto di responsabilità per fiducia suscitata da un gruppo si può giungere anche invocando i criteri di responsabilità utilizzati nel contesto dei gruppi di società, come la teoria della trasparenza (che porta a disvelare lo schermo della dualità giuridica), la teoria dell'organo di fatto, la teoria che considera i gruppi come delle società semplici oppure l'istituto del divieto del manifesto abuso di diritto di cui la responsabilità detta "Vertrauenshaftung" è un'emanazione (cfr. al riguardo Peter, op. cit. pp. 65-67).

I rischi legati alla partecipazione esclusiva o preponderante in enti pubblici e privati sono dunque immanenti a questa partecipazione e dipendono dalle circostanze concrete del caso, in concreto dalle aspettative suscitate concretamente da questa partecipazione. Certo è ad ogni modo che non è possibile escludere, nemmeno parzialmente, una simile responsabilità, la quale non può nemmeno essere bandita con una norma di legge cantonale, trattandosi di una responsabilità (che come detto può essere di natura contrattuale o delittuale o ancora per titolo autonomo) riconosciuta per diritto federale giudiziale nell'ambito del ruolo creativo che compete al giudice ex art. 1 cpv. 2 CCS.

Unico mezzo utile a circoscriverla è quella di agire, da parte della società madre, in maniera da evitare l'apparenza creata dalla partecipazione, separando le due identità e, se ciò non fosse possibile o addirittura se non lo si volesse per motivi di opportunità, adottare rigorosamente i criteri o gli standard di "corporate governance", in particolare introdurre un efficace sistema di controllo interno, un adeguato *Management Information System*, come pure un sistema strutturato di gestione dei progetti (*Project Management*), adottare efficienti procedure relative alla gestione, al monitoraggio e alla definizione della strategia aziendale onde ottimizzare il processo di gestione dei rischi (*Corporate Risk*

*Management*), tutto ciò mediante l'emanazione di opportuni regolamenti di organizzazione e gestione che coprano l'azienda e le partecipate.

### **3. RESPONSABILITÀ DELL'ISTITUTO AUTONOMO PARASTATALE**

In tema di responsabilità sussidiaria dello Stato per quel che riguarda gli enti autonomi con partecipazione esclusiva o preponderante dello Stato, come Banca Stato o Azienda Elettrica Ticinese, vanno fatte le seguenti considerazioni.

Si tratta anzitutto di istituzioni di diritto pubblico che scaturiscono da una base legale cantonale in virtù della quale il legislatore cantonale ha voluto separare dallo Stato un'entità patrimoniale utile a esercitare ben determinate competenze, una modalità insomma per decentralizzare le attività dello Stato, per le quali rimane utile il rinvio al diritto privato secondo la formula di Pierre Moor "les personnes morale dites de droit public sont des sujets de droit privé existant en vertu d'actes publics." (cfr. questo autore in *Des personnes morales de droit public*, in *Mélanges Häfelin* 1989, p. 537).

Queste società e istituti di diritto pubblico creati da speciali leggi cantonali e amministrati con la cooperazione di pubbliche autorità, sono menzionati all'art. 763 CO, che ha la portata di una riserva dichiarativa di diritto cantonale, secondo la quale le disposizioni sulla società anonima non sono ad essi applicabili, purché il Cantone assuma la responsabilità sussidiaria per gli impegni dell'ente parastatale (come è il caso ad es. per vari enti autonomi parastatali ticinesi, cfr. art. 1 cpv. 2 LAET, art. 4 LBSt, art. 6 cpv. 2 LEOC, art. 4 cpv. 2 LACR).

Allorquando questi enti agiscono nell'ambito del diritto privato una responsabilità di diritto pubblico potrebbe essere richiamata espressamente da una legge cantonale (come ad es. l'art. 3 cpv. 1 numero 12 della legge vodese del 1961 sulla responsabilità dello Stato, dei Comuni e dei loro funzionari).

La responsabilità dello Stato potrebbe però anche essere richiamata da un rinvio della legge cantonale al CO, applicabile in questo caso a titolo di diritto pubblico suppletivo: in tale caso lo Stato partecipa all'amministrazione della società anonima di diritto pubblico mediante la designazione dei membri del consiglio di amministrazione o della direzione, oppure in maniera ancora più incisiva; nel primo caso è la corporazione di diritto pubblico a rispondere verso la società, gli azionisti e i creditori (art. 762 cpv. 4 CO), nel secondo caso lo Stato potrebbe essere coinvolto come organo di fatto e la giurisprudenza elaborata in applicazione degli art. 752 seg. CO potrebbe essere trasposta nelle società di diritto pubblico.

Il diritto cantonale potrebbe infine prevedere per le società di diritto pubblico un regime di responsabilità individuale degli amministratori, simile a quella dell'art. 754 CO.

Per quanto riguarda la Banca dello Stato del Cantone Ticino e l'Azienda elettrica ticinese la Legge cantonale sulla responsabilità civile degli enti pubblici e degli agenti pubblici del 1988 ( LResp., RL 2.6.1.1) all'art. 2 lit. b esclude la sua applicabilità a questi due istituti, trattandosi prioritariamente dell'esercizio di un'industria ai sensi dell'art. 61 cpv. 2 CO (cfr. messaggio 14 ottobre 1986 concernente la legge sulla responsabilità civile e degli agenti pubblici, p. 9 e Sergio Bianchi, Ente pubblico e responsabilità per illecito, in *RDAT* 1979 p. 265 seg. e in particolare p. 271).

Nel caso di AET la responsabilità degli organi di questa azienda nei confronti di terzi, in virtù degli art. 61 cpv. 2 CO e 2 lettera b LResp, è retta dagli artt. 41 seg. CO che disciplinano le obbligazioni derivanti da atti illeciti (Michele Albertini, *Autonomia degli enti di diritto pubblico e vigilanza parlamentare*, in *RTiD* 2005/ II p. 469). Nei confronti dell'azienda la responsabilità degli organi, nel silenzio della legge, dovrebbe ispirarsi alle norme sul mandato (artt. 398-399 CO).

Per la Banca dello Stato valgono per contro le disposizioni della Legge federale sulle banche e sulle casse di risparmio, alla quale rinvia l'art. 11a LBSt, e in particolare l'art. 39 della stessa, secondo il quale la responsabilità dei fondatori di una banca, degli organi di gestione, della direzione generale, della vigilanza e del controllo come pure dei liquidatori e degli uffici di revisione nominati dalla banca è retta dalle norme del diritto della società anonima (artt. 752-760 CO), in particolare dall'art. 754 cpv. 1 CO che rende responsabili gli organi sia verso la società sia verso i singoli azionisti e creditori della stessa del danno cagionato alla banca mediante violazione, intenzionale o per negligenza, dei doveri loro incombenti (cfr. Messaggio CF del 20 novembre 2002 concernente la modifica della LBCFR, in FF 2002, p. 7175 seg., in particolare p. 7220).

#### **4. RESPONSABILITÀ SUSSIDIARIA DELLO STATO**

Rimane infine la responsabilità sussidiaria dello Stato per gli impegni dell'ente parastatale. Ora, questa responsabilità può essere riconosciuta non solo in caso di deficit dell'azienda, ma anche nell'ipotesi in cui l'ente autonomo che esso ha costituito non fosse più in grado di assolvere i propri compiti e far fronte ai propri impegni, in quanto che lo Stato - avuto riguardo ai suoi poteri generali di vigilanza - rimane responsabile del buon funzionamento e della continuità del servizio pubblico ( Guido Corti, I rapporti fra Cantone e enti parastatali e fra il Consiglio di Stato e loro organi, in RtiD 2007/I p. 520 segg., 537 e 542; Blaise Knapp, Précis de droit administratif, IV ediz., n. 2629 e 2709) .

Se limitatamente a tutti gli impegni della Banca dello Stato non coperti da mezzi propri lo Stato è dunque responsabile (art. 4 LBStato), il pendente disegno di legge per un nuovo art. 4 (cfr. Messaggio N. 6117 del 17 settembre 2008) esclude tuttavia questa garanzia dello Stato per gli impegni di società affiliate. Questa limitazione di responsabilità è senz'altro valida quando lo Stato non eserciti un'attività equiparabile a quella di organo di fatto nell'ambito della gestione di un gruppo di società, come non è il caso per le attività di Banca Stato in quanto che il governo si limita a nominare i membri del consiglio di amministrazione (art. 21 LBStato).

Quanto all'Azienda Elettrica Ticinese, l'art. 1 cpv. 2 LAET del 1958 prevede pure esplicitamente che "lo Stato ne garantisce gli impegni" (nel messaggio del 25 ottobre 1957 concernente l'istituzione dell'AET il Consiglio di Stato a p. 11 osservava: "Trattandosi di un ente parastatale, sotto la vigilanza dei pubblici poteri, non si può evidentemente fare astrazione dalla garanzia del Cantone") e di conseguenza è data la responsabilità sussidiaria dello Stato per i deficit dell'azienda rispettivamente per la continuità del servizio pubblico alla quale essa è tenuta. Atteso che, come per Banca Stato, il governo si limita a nominare i membri del consiglio di amministrazione (art. 17 LAET) non è però data una responsabilità di altro ordine.

Rimane però incontrovertibile il rischio che lo Stato sia chiamato a garantire per gli impegni assunti dalle società affiliate all'AET che potrebbero ricadere su quest'ultima creandole un deficit per causa delle affiliate. Il legislatore ticinese al tempo dell'emanazione della legge non ha bandito questa responsabilità di origine per così dire esterna, verosimilmente perché il problema a quel tempo non si poneva.

Per le medesime ragioni che hanno dettato la riforma per Banca Stato anche per l'Azienda elettrica ticinese si impone dunque una limitazione della garanzia per gli impegni di società affiliate ad AET, limitazione della garanzia che sarebbe efficace nei confronti dei terzi visto che lo Stato non è organo di fatto nell'ambito della gestione di un gruppo di società.

Con messaggio separato proponiamo dunque di rimediare a questo rischio con la modifica dell'art. 1 LAET.

Vogliate gradire, signor Presidente, signore e signori deputati, l'espressione della nostra massima stima.

Per il Consiglio di Stato:

Il Presidente, G. Gendotti

Il Cancelliere, G. Gianella

Annessa: Mozione 16.02.2009

## MOZIONE

### Approfondimento del tema della responsabilità sussidiaria dello Stato nel caso di enti con partecipazione esclusiva o preponderante (Banca Stato, Azienda Elettrica Ticinese) e l'eventuale introduzione di norme atte a limitarla

del 16 febbraio 2009

Negli ultimi anni la giurisprudenza del Tribunale federale ha elaborato la teoria della responsabilità fondata sulla fiducia, che si presenta come un tipo di responsabilità indipendente, situata fra la responsabilità contrattuale e quella per atto illecito, le cui disposizioni possono, se del caso, tornare applicabili per analogia (WALTER, *La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in: *La responsabilité fondée sur la confiance - Vertrauenshaftung*, Zurigo 2001, pag. 147- 161, in particolare pag. 151 segg.). Essa permette, in particolare, di imputare ad un terzo estraneo al contratto una responsabilità fondata, appunto, sulla fiducia ch'egli ha suscitato nel danneggiato e che ha poi deluso (DTF 133 III 449 consid. 4.1). In altre parole, la responsabilità basata sulla fiducia interviene, di principio, in assenza di una responsabilità contrattuale, rispetto alla quale ha natura sussidiaria (cfr. Hans Peter Walter, *Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages*, in: ZBJV 132/1996 pag. 273 segg., in particolare pag. 294).

La responsabilità sulla fiducia svolge un ruolo anche nei casi in cui l'entità preponderante in seno ad un gruppo dà a terzi segni in base ai quali questi terzi possono concludere alla possibilità di un salvataggio nel caso di difficoltà. In tal misura, la responsabilità concerne anche gli enti nei quali lo Stato ha una partecipazione esclusiva, si pensi, ad esempio, alla Banca dello Stato per la quale, secondo la prospettiva delle concezioni moderne del "*factual necessity to help*" ("*faktische Beistandspflicht*"), i creditori si attendono che il Cantone intervenga in caso di difficoltà della propria banca poiché è il partner forte e vi è comunità di interessi fra i due. Analoghe considerazioni valgono per altri enti, si pensi all'Azienda elettrica ticinese e anche nel caso in cui questi enti facciano capo a società di diritto privato. Il caso tipico potrebbe essere quello della Banca dello Stato che, per esercitare alcune attività nel campo bancario, fonda o acquista una società di diritto privato da essa completamente controllata.

È inutile sottolineare che le conseguenze di questa responsabilità potrebbero avere gravi conseguenze per il Cantone.

Chiediamo quindi, in applicazione dell'art. 101 della legge sul Gran Consiglio e sui rapporti con il Consiglio di Stato, che quest'ultimo valutati i rischi legati alla partecipazione esclusiva o preponderante in enti pubblici e privati e, se del caso, adotti gli opportuni provvedimenti legislativi atti a limitare o a escludere un'eventuale responsabilità.

Paolo Beltraminelli  
Filippo Gianoni