

Il nuovo diritto delle fondazioni del Liechtenstein

Sintesi delle modifiche

I. Introduzione

1. Motivo della riforma

Il diritto delle fondazioni del Liechtenstein (artt. 552 – 570 della legge sulle persone e società [PGR]) esiste da più di otto decenni ed ha contribuito in modo determinante al successo economico del Principato. Tuttavia, negli ultimi anni è emerso che importanti questioni di diritto delle fondazioni non sono regolate in modo sufficientemente chiaro. La giurisprudenza ha, pertanto, dovuto far luce su molti aspetti, non contribuendo però a maggiore chiarezza giuridica a causa di decisioni e sentenze spesso contraddittorie tra di loro. Proprio nell'ambito del diritto delle fondazioni, ove la continuità assume un ruolo molto importante, è però richiesto disporre di un livello di chiarezza e sicurezza giuridica il più alto possibile.

2. Cronologia

La revisione del diritto delle fondazioni venne iniziata nel 2001. Nonostante ci fosse concordanza tra tutte le parti coinvolte sul fatto che il principio liberale del diritto delle fondazioni non dovesse subire modifiche, in modo da non solo preservare l'attrattività della fondazione, ma addirittura per aumentarla, le rispettive opinioni su diverse questioni si manifestarono assai controverse fra di loro. Ciò fu reso evidente dalle diverse prese di posizione rispetto al disegno di legge del governo dell'anno 2004.

A seguito dell'analisi di queste prese di posizione fu dato avvio ad una revisione totale del diritto delle fondazioni con il supporto di esperti in materia. Al fine di rispondere anche alle esigenze della prassi quotidiana, il governo ha preso in considerazione nei propri lavori di riforma anche ed in gran parte le osservazioni degli intermediari finanziari del Liechtenstein, i quali avevano sottoposto i propri commenti in stretta unione con i propri partner in affari e clienti. Tutto ciò ha portato infine all'approvazione della nuova legge nel Parlamento del Liechtenstein nel giugno 2008, essendo l'entrata in vigore fissata al 1 aprile 2009.

II. Sommario delle modifiche

1. Maggiore chiarezza e migliore strutturazione

La nuova legge si orienta fortemente verso il vigente diritto delle fondazioni, ma viene strutturata in modo completamente diverso e più chiaro rispetto al previgente diritto. In particolar modo, il nuovo diritto regola chiaramente quali norme sono applicabili alle fondazioni a scopo privato e quali alle fondazioni di pubblica utilità.

La nuova legge abroga gli artt. 553 – 570 PGR e viene inserita integralmente nell'art. 552 PGR (paragrafi 1 – 41; di seguito si cita solo il rispettivo paragrafo).

Una novità importante del nuovo diritto riguarda l'abrogazione della norma di rinvio contenuta finora nell'art. 552, co. 4 PGR, secondo il quale le disposizioni previste per il Trust reg. con personalità giuridica (rinvio all'art. 932a paragrafo 1 ss. PGR) sono applicabili anche alle fondazioni, qualora il diritto sulle fondazioni non preveda esso stesso una rispettiva regolamentazione oppure qualora l'applicazione sia stata esclusa nello statuto della fondazione. Tuttavia, interpretazioni per analogia saranno utili anche in futuro.

Il rinvio al Trust reg. è stato eliminato intenzionalmente, al fine di creare una legge sulle fondazioni a sé stante e racchiusa in sé. Con ciò non si è tuttavia voluto escludere l'applicabilità delle norme sul Trust reg. alle fondazioni per interpretazione analogica.

2. Terminologia adattata alla prassi

Mentre il diritto vigente (cfr. p. es. art. 555, 2 co. 2 PGR) parla dell'organo supremo quale Stiftungsvorstand (Consiglio di Fondazione), nella prassi il termine Stiftungsrat è solitamente utilizzato. La nuova legge (paragrafo 24 ss.) adotta tale prassi.

La possibilità di costituzione fiduciaria di una fondazione rimane invariata. In tal caso, ove il mandatario costituisce la fondazione in nome proprio, ma per conto del mandante, la giurisprudenza era dell'opinione che fosse da considerarsi quale fondatore il mandatario e non il mandante. Ciò rendeva spesso problematico rilevare l'intenzione del fondatore e creava problemi in caso di riserva dei diritti di fondatore.

Tale situazione di conflitto è stata risolta. La nuova legge statuisce chiaramente al paragrafo 4 che è ammissibile costituire una fondazione in modo fiduciario e che è in ogni caso da considerarsi quale fondatore il mandante, quindi anche in caso di costituzione fiduciaria, senza che sia necessario rilevare il mandante (fondatore) al Pubblico Registro. Ciò si applicherà non solo in caso delle fondazioni iscritte, ma anche delle c.d. fondazioni depositate, venendo tale istituto giuridico mantenuto anche ad opera della nuova legge (cfr. il seguente punto 3).

3. Deposito tramite nota di costituzione

Per le fondazioni private, quindi in particolar modo per tutte quelle fondazioni note come fondazioni di famiglia, varrà anche in futuro il principio che un'iscrizione al Pubblico Registro non è richiesta al fine dell'acquisto della personalità giuridica. Tale iscrizione è obbligatoria solo per quelle fondazioni private che esercitano un'attività di tipo commerciale, cosa possibile solo in poche ipotesi ovvero qualora e fintanto che ciò sia richiesto per una regolare gestione e amministrazione del patrimonio della fondazione (cfr. paragrafi 1 co. 2 e 14 co. 3).

Mentre in base al regime giuridico previgente della fondazione depositata era necessario depositare i documenti della fondazione al fine di permettere al Pubblico Registro di verificare se una fondazione fosse soggetta ad obbligo d'iscrizione, a vigilanza governativa o se perseguisse uno scopo illegittimo o immorale, la nuova legge prevede un mero obbligo di depositare presso il Pubblico Registro una nota di costituzione senza ulteriori documenti della fondazione. L'obbligo di depositare la nota di costituzione incombe al consiglio di fondazione, potendo tuttavia essere adempiuto anche da parte del domiciliatario. Con ciò si otterrà, da un lato, uno sgravio dell'attività del Pubblico Registro, mentre dall'altro lato, l'esame e la verifica dei documenti della fondazione verranno eseguiti da parte di esperti in materia.

Il paragrafo 20, co. 2 indica il contenuto richiesto per la nota di costituzione, ovvero il nome, sede, scopo, data di costituzione della fondazione; generalità dei membri del consiglio di fondazione; dati del domiciliatario; conferma della designazione dei beneficiari o della cerchia dei beneficiari. In caso di modifiche relative a tali informazioni, sarà necessario depositare presso il Pubblico Registro una comunicazione di modifica (paragrafo 20, co. 3).

Sarà necessario confermare la correttezza dei dati nella nota di costituzione o nella comunicazione di modifica, dovendo tale conferma essere firmata da parte di un avvocato o fiduciario abilitato nel Liechtenstein ovvero da un titolare di una concessione di cui all'art. 180a PGR.

In base alle suddette informazioni, il Pubblico Registro continuerà a rilasciare delle attestazioni ufficiali come finora, venendo con ciò conservata tale consuetudine affermatasi nella prassi.

Il paragrafo 21 prevede la possibilità per il Pubblico Registro di verificare l'esattezza delle informazioni di costituzione o modifica. A tal fine esso potrà richiedere informazioni alla fondazione e, qualora ciò sia necessario ai fini della verifica, prendere visione a mezzo dell'organo di controllo (cfr. il ss. 4.4.) o in caso di assenza del medesimo, di un terzo incaricato a tal fine, che sarà normalmente un revisore. Non potranno essere fatte delle copie salvo il caso ove in sede di verifica emergano degli indizi di irregolarità.

4. Diritto di informazione dei beneficiari

Il diritto vigente regola il diritto di informazione dei beneficiari in modo assai rudimentale. Ciò ha causato negli ultimi anni molta incertezza che ha dato origine a vertenze di tipo giudiziale. La giurisprudenza non ha tuttavia portato a più chiarezza giuridica, non da ultimo perché non si è cristallizzata una prassi giurisprudenziale unitaria. Di conseguenza, la regolamentazione giuridica più chiara è sicuramente un fatto positivo.

Nell'ambito del diritto di informazione dei beneficiari era necessario trovare un compromesso tra l'esigenza del fondatore di riservatezza e privacy e l'esigenza dei beneficiari di ricevere informazioni in merito al loro beneficio. L'interesse del fondatore a che l'operato della fondazione non venga rilevato a tutti i beneficiari, in particolare non ai beneficiari successivi, non può creare una situazione in cui i beneficiari, nel far valere le proprie legittime pretese, siano dipendenti unicamente dalla benevolenza del consiglio di fondazione.

La nuova legge ha trovato nei paragrafi 9 – 12 un compromesso adeguato, a differenza di alcune decisioni giudiziarie degli ultimi anni. Prima di illustrare tale regolamentazione si ritiene tuttavia opportuno spiegare la definizione di beneficiario contenuta nei paragrafi 5 – 8, sulla quale si basa il diritto d'informazione.

4.1. Chi è beneficiario

È beneficiario ogni persona fisica o giuridica che gode o potrà godere di un vantaggio di valutazione economica da parte della fondazione, indipendentemente dal fatto se l'ottenimento del beneficio è connesso o soggetto a condizione, onere o altro tipo di restrizione.

La legge prevede tre tipi di beneficiari: il beneficiario con diritto fisso, il beneficiario senza diritto fisso (beneficiario soggetto a discrezionalità, cfr. Discretionary Foundation) nonché il beneficiario finale. Visto che in mancanza di nomina di un beneficiario finale il patrimonio rimanente della fondazione a seguito della liquidazione spetta allo Stato del Liechtenstein (paragrafo 8, co. 2), è raccomandabile in ogni caso prevedere la nomina di un beneficiario finale.

4.2. Diritto di informazione in generale

Il diritto di informazione prevede in linea generale (paragrafo 9, co. 1 e 2) due aspetti: Dapprima il beneficiario ha diritto di prendere visione degli statuti, statuti accessori nonché eventuali regolamenti; egli ha poi diritto di ricevere informazioni, di essere relazionato e di ottenere un resoconto, potendo anche fare delle copie e verificare tutti i fatti ed in particolare la contabilità, di persona o tramite un rappresentante.

Il diritto di informazione è ristretto in tre aspetti: Dapprima spetta al beneficiario solo qualora riguardi i suoi propri diritti. Questa restrizione riguarda in particolar modo i beneficiari delle Discretionary Foundations, i quali, in qualità di beneficiari senza diritto fisso, hanno in linea generale un diritto di informazione meno ampio rispetto ai beneficiari con diritto fisso. Tale diritto non può poi essere esercitato in modo sleale, abusivo o in maniera contraria agli interessi della fondazione e degli altri beneficiari. Infine, il diritto di informazione può, in via eccezionale, anche essere negato per motivi importanti al fine di proteggere il beneficiario.

4.3. Restrizione in caso di diritto di revoca del fondatore

Similmente alla situazione attuale, anche il nuovo diritto prevede la possibilità di costituire una fondazione con riserva del diritto di revoca (paragrafo 30). Qualora in caso di esercizio del diritto di revoca il fondatore sia il beneficiario finale, cioè se in caso di revoca il patrimonio ritornerà al fondatore (presunzione di legge a tal fine in base al paragrafo 8, co. 3), il beneficiario non avrà nessun diritto di informazione (paragrafo 10). Tale regolamentazione si basa sulla considerazione che in caso di riserva di revoca, la Foundation Governance (cfr. anche sotto III. 3.) rimane in capo al fondatore e sia pertanto opportuno lasciargli la relativa supervisione dell'attività della fondazione.

4.4. Restrizione in caso di previsione di un organo di controllo

Fino a qualche anno fa, la giurisprudenza autorizzava la nomina di un organo di revisione da parte del consiglio di fondazione in caso di vertenze concernenti il diritto di informazione dei beneficiari. Tale idea dell'organo di revisione è stata incorporata nel nuovo diritto sulle fondazioni, tuttavia non tramite la possibilità della nomina ad hoc, ma tramite la previsione di un organo speciale ovvero di un organo di controllo nei documenti della fondazione (paragrafo 11).

In sede di costituzione della fondazione è possibile prevedere un organo di controllo nei documenti della fondazione. In tal caso, un beneficiario può richiedere informazioni alla fondazione solamente relative allo scopo e/o all'organizzazione della fondazione nonché relative ai suoi propri diritti e verificarne la correttezza mediante visione dei documenti della fondazione. La verifica dell'attività della fondazione, in particolar modo della contabilità non gli sarà tuttavia in tal caso concessa.

L'organo di controllo, il quale deve adempiere determinati requisiti di indipendenza, deve esaminare almeno una volta all'anno l'amministrazione e l'utilizzazione del patrimonio della fondazione e relazionare il consiglio

di fondazione in merito. Qualora non ci sia motivo di rimprovero è sufficiente un'attestazione che l'amministrazione e l'utilizzazione del patrimonio della fondazione sono state eseguite in modo regolare. In caso di irregolarità l'organo di controllo deve darne comunicazione al beneficiario e al tribunale. Quest'ultimo decide poi sulle misure di vigilanza, le quali possono comprendere anche la destituzione di un membro del consiglio di fondazione dalla sua carica (cfr. paragrafo 35).

Possono agire quali organo di controllo una società di revisione, il fondatore stesso ovvero uno più persone fisiche aventi sufficienti conoscenze in materia in campo giuridico ed economico in modo da poter adempiere al proprio compito (paragrafo 11, co. 2). Con ciò viene prevista la possibilità che il controllo venga affidato a persone diverse dal fondatore, ma prossime al medesimo. I requisiti tecnici di cui tali persone devono disporre sono stati moderati in modo intenzionale, al fine di adeguarsi in modo più ampio possibile all'intenzione del fondatore. Tali persone prossime al fondatore aspireranno a che le intenzioni perseguite dal fondatore mediante la costituzione della fondazione vengano rispettate ed eserciteranno conseguentemente il proprio compito con la dovuta cura. Ciò nondimeno, i beneficiari potranno richiedere la consegna dei rapporti sia alla fondazione stessa che anche all'organo di controllo (paragrafo 11, co. 5).

4.5. Restrizione in caso di fondazioni soggette a vigilanza

I beneficiari non hanno diritto di informazione nei casi in cui la fondazione sia soggetta alla vigilanza dell'autorità di vigilanza ovvero del Pubblico Registro (paragrafo 12). Ciò sarà il caso per le fondazioni di pubblica utilità nonché per quelle fondazioni private che decideranno di sottomettersi volontariamente alla vigilanza delle autorità.

5. Composizione e durata in carica del consiglio di fondazione

Mentre il diritto vigente non prevede nessuna regola in merito e il consiglio di fondazione può pertanto essere composta anche da una sola persona, il paragrafo 24, co. 2 prevede che il consiglio di fondazione dovrà essere composto da minimo due membri.

Inoltre il paragrafo 24, co. 3 prevede che la durata in carica di un membro del consiglio di fondazione è di principio di tre anni con opzione di rinnovo. Sarà tuttavia possibile prevedere nei documenti della fondazione una diversa durata in carica, in particolar modo anche una durata illimitata.

6. Contabilità

La nuova legge prevede al paragrafo 26 che le fondazioni, qualora esse non esercitino un'attività di tipo commerciale – nel qual caso sono soggette alle disposizioni di legge in materia di contabilità (cfr. articoli 1045 ss. PGR) – devono tenere dei registri e conservare dei documenti adeguati alla propria struttura, in modo che sia possibile comprendere e ricostruire l'andamento degli affari della fondazione e lo sviluppo del patrimonio della stessa.

Il titolo di questa norma parla di Rechnungswesen (contabilità) in senso giuridicamente improprio, indicando che tale standard previsto per le fondazioni che non esercitano un'attività di tipo commerciale non corrisponde a quello della contabilità ordinaria prevista dagli artt. 1045 ss. PGR e che non viene con ciò previsto un obbligo generale di tenuta di scritture contabili.

7. Fondazioni caritatevoli / di pubblica utilità

7.1. Criterio della prevalenza

Il paragrafo 2, co. 2 della nuova legge prevede chiaramente che si è in presenza di una fondazione di pubblica utilità non solo quando l'attività della fondazione deve essere finalizzata a scopi esclusivamente caritatevoli, ma anche qualora tale attività venga esercitata in modo prevalente. La prevalenza è valutata in base a criteri quantitativi, ovvero a seconda del fatto se il consiglio di fondazione è obbligato ad effettuare più distribuzioni per scopi privati o di pubblica utilità.

Al contempo, il paragrafo 2, co. 3 prevede che si è in presenza di una fondazione privata qualora essa adempia in base ai documenti della fondazione interamente o prevalentemente a scopi privati e/o propri. Tale disposizione è espressione dell'atteggiamento liberale anche del nuovo diritto delle fondazioni, in base al quale le fondazioni con scopo misto non sono soggette alle disposizioni previste per le fondazioni di pubblica utilità qualora il loro scopo sia prevalentemente di tipo privato. Con ciò si è chiarito che in merito all'elemento della pubblica utilità di una fondazione prevalentemente privata non troveranno applicazione le disposizioni previste per le fondazioni di pubblica utilità. Tale regola è basata sulla considerazione che in presenza contemporanea di scopo privato e scopo di pubblica utilità, la regolare attività del consiglio di fondazione relativa alla parte di pubblica utilità può essere controllata tramite il diritto di informazione dei beneficiari.

È diverso il caso qualora lo scopo privato e di pubblica utilità non esistano contemporaneamente ma p.es. lo scopo di pubblica utilità succeda a quello privato a seguito di un determinato evento. A partire da tale momento si tratterà quindi di una fondazione di pubblica utilità e saranno da applicare le relative disposizioni.

7.2. Definizione del termine pubblica utilità

Il nuovo art. 107, co. 4a PGR contiene una nuova definizione del concetto di pubblica utilità. Si intende per scopo caritatevole o di pubblica utilità quello mediante il cui perseguimento venga favorita e/o supportata la collettività. Si è in presenza di un supporto della collettività in particolare quando venga favorito il bene comune in campo caritatevole, religioso, umanitario, scientifico, culturale, eticomorale, sociale, sportivo o ecologico, indipendentemente dal fatto se tramite tale attività venga favorita solo una determinata cerchia di persone.

La cosiddetta fondazione ecclesiastica non è più nominata a parte, essendo essa ricompresa nella definizione della fondazione di pubblica utilità.

7.3. Obbligo d'iscrizione

A differenza dal diritto vigente, le fondazioni di pubblica utilità, conformemente al paragrafo 14, co. 4, dovranno sempre essere iscritte nel Pubblico Registro. Esse acquisteranno la personalità giuridica solo con la loro iscrizione.

7.4. Principio dell'obbligo dell'organo di revisione

Sempre a differenza dal diritto vigente, sarà previsto per le nuove fondazioni di pubblica utilità un organo di revisione obbligatorio (paragrafo 27, co. 1). La nomina dell'organo di revisione è eseguita da parte del tribunale, avendo tuttavia il fondatore, oppure, qualora questi non faccia uso del proprio diritto, il consiglio di fondazione un diritto di proposta.

È possibile che una fondazione venga esonerata dall'obbligo dell'organo di revisione, qualora la stessa amministri solo un patrimonio minore oppure ciò sia considerato opportuno per altri motivi (paragrafo 27, co. 5). Il governo ha competenza per l'emanazione di un'ordinanza concernente le condizioni ed i requisiti per l'esonero da tale obbligo dell'organo di revisione. La decisione su tale esonero spetterà comunque al Pubblico Registro in capacità di autorità di vigilanza sulle fondazioni.

Nel corso del processo legislativo il termine del patrimonio minore non è stato concretizzato. Servirà tuttavia quale criterio di valutazione il rapporto tra i costi della revisione ed il patrimonio della fondazione, in quanto le spese di revisione non debbono comportare un onere finanziario sproporzionato per la fondazione.

Occorrerà attendere per vedere in quali altri casi verrà ritenuto opportuno esonerare una fondazione dall'obbligo dell'organo di revisione. Finora il governo ha solamente comunicato che il controllo da parte dell'organo di revisione potrà essere esercitato anche da parte di un altro organo di controllo che dia garanzia di un paragonabile livello di correttezza. In connessione a ciò, sono ravvisabile i casi ove degli enti di beneficenza siano stati nominati quali beneficiari fissi, in quanto gli stessi, in base ai paragrafi 9 ss., avranno un diritto di informazione e potranno con ciò far in modo che la corretta gestione ed utilizzazione del patrimonio della fondazione vengano debitamente rispettate.

Il nuovo diritto lascia immutato il principio di vigilanza in caso di abuso, ovvero che eventuali misure di vigilanza verranno prese solamente in presenza di irregolarità constatata, contrariamente al principio di una vigilanza prudenziale ove tutte le attività della fondazione verrebbero supervisionate di continuo e in linea generale.

III. Campo di applicazione della nuova legge**1. Principio di applicabilità alle nuove fondazioni**

Il campo di applicazione della nuova legge è regolato nell'art. 1 delle disposizioni transitorie. In linea di principio, il nuovo diritto delle fondazioni troverà applicazione solo per nuove fondazioni costituite dopo il 1 aprile 2009. Il nuovo diritto non obbliga quindi le fondazioni già esistenti ad adeguarsi alla nuova situazione giuridica entro un determinato termine.

Tale principio è tuttavia derogato in due aspetti: Da un lato in merito ai rapporti della fondazione con il Pubblico Registro e dall'altro lato concernente la Foundation Governance, come suole chiamarla il governo.

2. Comunicazione di modifica

L'art. 1, co. 2 e 3 disp. trans. prevede un passaggio di transizione per il rapporto tra la fondazione ed il Pubblico Registro. In caso di modifica di un dato di fatto, da comunicarsi al Pubblico Registro ex paragrafo 20, co. 3 (comunicazione di modifica), sarà necessario darne comunicazione formale con i contenuti della nota di costituzione (paragrafo 20, co. 2). Quest'ultima dovrà contenere in particolare: nome, sede, scopo, data di costituzione della fondazione; generalità dei membri del consiglio di fondazione; dati del domiciliatario; conferma della nomina dei beneficiari o della cerchia dei beneficiari.

Le fondazioni esistenti potranno richiedere al Pubblico Registro la riconsegna dei documenti della fondazione depositati in precedenza, qualora venga inoltrata una tale comunicazione di modifica.

3. Foundation Governance

L'art. 1, co. 4 disp. trans. elenca le disposizioni della nuova legge che troveranno applicazione anche per le fondazioni esistenti. Il governo riassume tali disposizioni nel concetto della Foundation Governance.

3.1. Fondazioni private: diritto di informazione

Per le fondazioni private, il nuovo diritto significherà soprattutto che le disposizioni relative al diritto di informazione (paragrafi 5 – 12) verranno applicate anche nei confronti delle fondazioni già esistenti. Con ciò si rafforzerà la chiarezza giuridica nell'importante campo del rapporto tra la fondazione ed i suoi beneficiari.

Questo sarà vantaggioso anche perché l'art. 1, co. 4 disp. trans. prevede espressamente la nomina (successiva) di un organo di controllo anche per le fondazioni esistenti, con ciò assoggettando a verifica l'attività della fondazione, ma anche limitando al contempo il diritto di informazione diretto dei beneficiari. Il diritto di nomina dell'organo di controllo spetta al fondatore, potendo tale diritto essere esercitato nei confronti della fondazione anche da parte del fiduciario, qualora la fondazione sia stata costituita su base fiduciaria. In caso di decesso o di incapacità del fondatore, l'organo di controllo potrà essere nominato da parte del consiglio di fondazione. Ciò dovrà essere eseguito entro il 30 settembre 2009.

3.2. Fondazioni di pubblica utilità: obbligo di iscrizione e di nomina di organo di revisione

Con riferimento alle fondazioni di pubblica utilità, Foundation Governance significa che tutte le fondazioni di pubblica utilità esistenti dovranno essere iscritte nel Pubblico Registro entro il 30 settembre 2009 e di esse dovrà essere data notizia al medesimo Pubblico Registro in capacità di autorità di vigilanza sulle fondazioni. Per tutte queste fondazioni verrà quindi nominato un organo di revisione salve eventuali eccezioni (cfr. paragrafo 27, co. 5 e supra II. 7.4.).

Vaduz, ottobre 2008

Marxer & Partner
Rechtsanwälte