

No. 2 Agosto 2011

La business judgment rule nel Principato del Liechtenstein con particolare riferimento all'istituto della fondazione

Introduzione

Con la riforma del diritto delle fondazioni avvenuta nel Principato del Liechtenstein nel 2009, si è proceduto altresì a una nuova regolamentazione dell'osservanza del dovere di diligenza da parte degli organi delle associazioni di persone. La novella dell'art. 182, comma 2, frase 2 della Legge del Principato del Liechtenstein in materia di diritto delle persone e delle società (Personen- und Gesellschaftsrecht, «PGR») ha infatti codificato la c.d. business judgment rule («BJR»), originaria del diritto societario statunitense. Poiché tale novità è stata inserita all'interno della Parte Generale della PGR, essa non vale soltanto per i consigli di fondazione delle fondazioni di diritto del Principato del Liechtenstein, bensì – in linea prettamente generica – per gli organi amministrativi di tutte le associazioni di persone (ad es. per i consigli di amministrazione delle società per azioni e degli enti). Antecedentemente e, successivamente, alla codificazione della BJR, la Suprema Corte di Cassazione del Principato del Liechtenstein («OGH») ha tuttavia provveduto ad applicare tale regola anche ai trustee dei trust di diritto del Principato del Liechtenstein, consentendo quindi anche ai trustee di un trust di diritto del Principato di potere validamente invocare tale regola.

Campo di applicazione della business judgment rule

Con la novella introdotta dall'art. 182, comma 2, frase 2 della PGR il legislatore ha espressamente voluto inserire la BJR nell'ordinamento. Questa nuova disposizione del diritto del Principato si è orientata, da un lato, al modello statunitense di BJR e, dall'altro, ai principi elaborati dal diritto federale tedesco in materia di società per azioni (Aktienrecht). Un membro dell'organo amministrativo deve agire in conformità ai principi di diligenza nell'amministrazione e nella rappresentanza, qualora egli in caso di scelte gestionali non si sia lasciato guidare da interessi estranei al merito e abbia dovuto ragionevolmente presupporre di agire per il bene dell'associazione di persone sulla base di informazioni adeguate (cfr. art. 182, comma 2, frase 2 della PGR).

1. Sussistenza della scelta gestionale («business judgment»)

La BJR trova applicazione unicamente in caso di scelte gestionali giuridicamente vincolate. Nello specifico, al consiglio di fondazione deve pertanto essere garantita una certa discrezionalità. Non sussiste alcun «business judgment» qualora la decisione debba – o non debba – essere assunta in virtù di obblighi derivanti dalla legge, dallo statuto o da altri e diversi regolamenti interni. La decisione di liquidare – a titolo di esempio – l'intero patrimonio della fondazione ai beneficiari di capitale non potrà essere soggetta all'applicazione della BJR nel caso in cui ciò comporti una restrizione dei diritti dei creditori della fondazione. Una ripartizione patrimoniale anticipata di tale foggia sarebbe, infatti, in contrasto con il dovere di conservazione del capitale da parte del consiglio di fondazione, recentemente introdotto nella legislazione (cfr. art. 552, par. 37, comma 2 della PGR). L'eventuale tutela non è garantita nemmeno a chi provveda a un investimento del patrimonio della fondazione nel mancato rispetto dello scopo sociale ossia contro la lettera dello statuto: qualora – infatti – lo statuto escluda espressamente l'esecuzione di investimenti ad alto rischio, al consiglio di fondazione non è fatta facoltà di invocare la BJR se al medesimo è successivamente richiesto il ripianamento delle perdite sostanziate.

Oltre a ciò, per qualsiasi condotta illecita non sussiste alcuna «sicurezza garantita» che esoneri dalla responsabilità. Anche l'inerzia – almeno nella fattispecie in cui essa non risulti insostenibile – può ricadere nella sfera di applicazione della BJR: per esempio, potrebbero richiamarsi all'esonero dalla responsabilità anche gli organi che non hanno potuto assumere alcuna decisione, date le esigue risorse temporali a disposizione del decisore, il quale non è stato in grado di valutare debitamente tutte le questioni e di evaderle secondo l'ordine del giorno o le logiche gestionali.

Il termine «imprenditoriale» va interpretato in maniera ampia e comprende qualsiasi decisione del consiglio di fondazione o di amministrazione che si riferisce all'impiego o alla gestione dei mezzi (sic!) o interessa questi ultimi. Il concetto include – in ogni caso – le decisioni adottate in merito agli investimenti patrimoniali. Anche la determinazione dei destinatari o della

modalità e dell'entità del loro godimento da parte del consiglio di fondazione eseguita nell'esercizio della discrezionalità garantita dallo statuto deve essere valutata alla stregua di scelta gestionale in virtù della BJR. A sostegno di ciò vi è, infatti, la presenza, tra i doveri e le funzioni essenziali e non delegabili del consiglio di fondazione, della discrezionalità – continuativa e nel rispetto della volontà unicamente all'uopo determinante del fondatore – di designare i destinatari. Qualsiasi scorporo di tale potere discrezionale dall'ambito di tutela della BJR risulterebbe alquanto improprio.

2. Assenza di conflitto d'interesse

Nell'assunzione delle proprie scelte gestionali il consiglio di fondazione non deve farsi guidare da interessi estranei al merito, vale a dire che il consiglio non deve essere coinvolto in conflitti d'interesse. Tale concetto comprende non soltanto gli interessi propri del consiglio di fondazione, bensì anche gli interessi speciali estranei al merito nel senso più ampio del termine. Un conflitto d'interesse sussiste tipicamente in caso di stipula di contratti tra la fondazione e il consiglio di fondazione medesimo oppure i soggetti a questo collegati o prossimi. Inoltre, risulterà prevenuto e guidato da interessi estranei al merito anche qualsiasi consiglio di fondazione che assuma decisioni gestionali tese a favorire non già se medesimo, bensì soggetti terzi. Ciò può – nella fattispecie – avvenire nel caso delle c.d. «retrocessioni» o «kick-back», senza che sia stata fornita o sussista alcuna prestazione adeguata e oggettivamente giustificata, anche qualora tali «incentivi» non siano stati percepiti di per sé dal consiglio di fondazione, ma promessi o effettivamente garantiti a un soggetto terzo prossimo o collegato al consiglio medesimo (per es. istituti bancari o gestori patrimoniali). La sufficienza di un'eventuale astensione o ricusazione da parte del consiglio di fondazione antecedentemente all'assunzione di decisione dovrà essere valutata nel singolo caso. Il principio su cui si fonda tale disposizione è, infatti, il rispetto dell'autonomia di decisione, che non deve in alcun caso e modo essere limitata o pregiudicata da circostanze inconfidenti.

La Suprema Corte valuta l'eventuale sussistenza di un conflitto d'interesse secondo ciascun singolo caso e circostanza. Quantunque il criterio impiegato in questi casi risulti rigido, nei casi contemplati dalla BJR non sembra risultare sufficiente la presenza di conflitti d'interesse meramente potenziali o apparenti.

3. Sussistenza di scelte decisionali eseguite secondo il principio della buona fede

La «sicurezza garantita» per il consiglio di fondazione si ha inoltre qualora l'organo «abbia dovuto ragionevolmente

presupporre» di agire per il bene della società. Il concetto insito nel termine «ragionevolmente» non è chiaramente definito ed è totalmente estraneo al diritto del Principato. Secondo la ratio della legislazione federale tedesca non è possibile assumere la sussistenza del criterio di ragionevolezza durante il processo decisionale qualora «l'organo direttivo valuti in modo errato e assolutamente ingiustificabile il rischio connesso alla scelta gestionale». Questa enucleazione non si rivela propriamente illuminante.

Maggiore fortuna nell'interpretazione forniscono invece le motivazioni fondanti del diritto statunitense, secondo cui il «reasonable judgment» è equiparato alla condotta in buona fede («good faith»): gli amministratori («directors») devono gestire la società applicando i doveri di buona fede e correttezza, facendo sì che le azioni negoziali dai medesimi prospettate risultino quanto più nell'interesse della società. Nella pratica tale criterio si rivela importante soprattutto nel caso in cui l'erronea gestione imputata agli amministratori non possa essere ricondotta a uno degli altri criteri previsti dalla BJR. Ciò significa che la mala fede è configurabile quando alla base della decisione assunta dall'organo direttivo non pare sussistere alcuna fonte di ragionevolezza. Tale fattispecie è descritta in letteratura come segue: «Bad faith may be inferred where the decision is so beyond the grounds of reasonable judgment that it seems essentially inexplicable on any [other] ground».

Pertanto, il concetto insito nel termine «ragionevolmente» può – e anzi deve – essere senz'altro equiparato al sostanziale principio giuridico della «buona fede», principio fondamentale e saldamente consacrato nel diritto del Principato con l'art. 2 della PGR, secondo il quale ognuno, nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri, deve agire in buona fede. Nessuna tutela è garantita in caso di manifesto abuso di un diritto.

4. Sussistenza di scelte decisionali eseguite sulla base di informazioni adeguate

Con quanta accuratezza un consiglio di fondazione è tenuto a pianificare il processo decisionale? In primo luogo è evidente che qualsiasi decisione assunta in mancanza di informazioni non potrà essere soggetta alla tutela della BJR. Lo stesso può dirsi per un consiglio di fondazione che non partecipi materialmente al processo decisionale nonostante la propria competenza in merito, qualora non partecipi all'assemblea o adotti nei riguardi di un oggetto decisionale un comportamento passivo e non interessato. Il consiglio di fondazione dovrà pertanto informarsi in via preventiva in ordine agli elementi necessari per la formazione della scelta decisionale, suffragando e integrando quest'ultima – nella migliore delle ipotesi – con apposita documentazione, con la raccolta di informazioni

nonché in ogni caso con il parere di consulenti professionali (periti, avvocati, ecc.), al fine di addivenire – previa ponderazione ed enucleazione di tutte le questioni oggettive e legali – a una decisione.

Quando può considerarsi adeguata la raccolta d'informazione? La necessaria entità d'informazione deve essere definita dal consiglio di fondazione in base al decorso temporale, al peso e alla natura della scelta da eseguire, nonché in considerazione dei riconosciuti criteri proporzionali economicoaziendali, eventualmente a seconda dell'area d'interesse. Nella valutazione dell'adeguatezza della base d'informazione deve essere altresì considerato il fatto, che le scelte gestionali possano spesso essere fondate sull'istinto, sull'esperienza, sul senso degli sviluppi futuri o semplicemente sul «buon senso», come pure la regolare presenza di una elevata ristrettezza dei tempi per l'assunzione delle decisioni.

A tale proposito è illuminante il parere della Suprema Corte di Cassazione (OGH 06/12/2001, 1 CG.378/99-50, LES 2002, 41), per la quale è necessaria la sussistenza delle seguenti norme procedurali per le assemblee di un consiglio di fondazione composto di più persone: obbligo di annuncio, in linea di massima, dell'oggetto del processo decisionale (ordine del giorno). Decisioni del consiglio di fondazione in ordine ad argomenti non contenuti nell'elenco dell'agenda non possono essere, infatti, deliberate con la dovuta validità giuridica. La convocazione di un'assemblea senza l'indicazione dell'ordine del giorno impedisce, quindi in linea di principio, la formazione di qualsiasi decisione anche nel caso di un organo della fondazione composto da più membri. A ciò si aggiunge la nullità delle decisioni assunte senza la presenza di tutti i membri del consiglio di fondazione o addirittura in mancanza di una convocazione di alcuni di essi.

In ultima istanza l'applicazione della BJR comporta pertanto il fatto che durante il controllo di legittimità delle decisioni assunte dal consiglio della fondazione l'aspetto procedurale della formazione delle decisioni medesime acquista la massima importanza: chi agisce secondo i canoni previsti dalla BJR potrà confidare nella garanzia di una immunità dal punto di vista della responsabilità.

5. Condotta per il bene dell'associazione di persone

Il bene della fondazione si orienta a seconda dello scopo della stessa. Lo scopo della fondazione può essere di utilità privata o pubblica, descrivendone l'elemento fondamentale e, al contempo, la giustificazione della sua esistenza. L'idea di base è in ogni caso la volontà (altresì presunta) del fondatore, per il cui adempimento il consiglio di fondazione è responsabile nel rispetto delle disposizioni contenute all'interno della document-

azione della fondazione. A tale proposito, particolare importanza è conferita alla gestione patrimoniale: il consiglio di fondazione è tenuto ad amministrare il patrimonio della fondazione secondo lo scopo della fondazione stessa e i principi di una corretta gestione (art. 552, par. 25 della PGR).

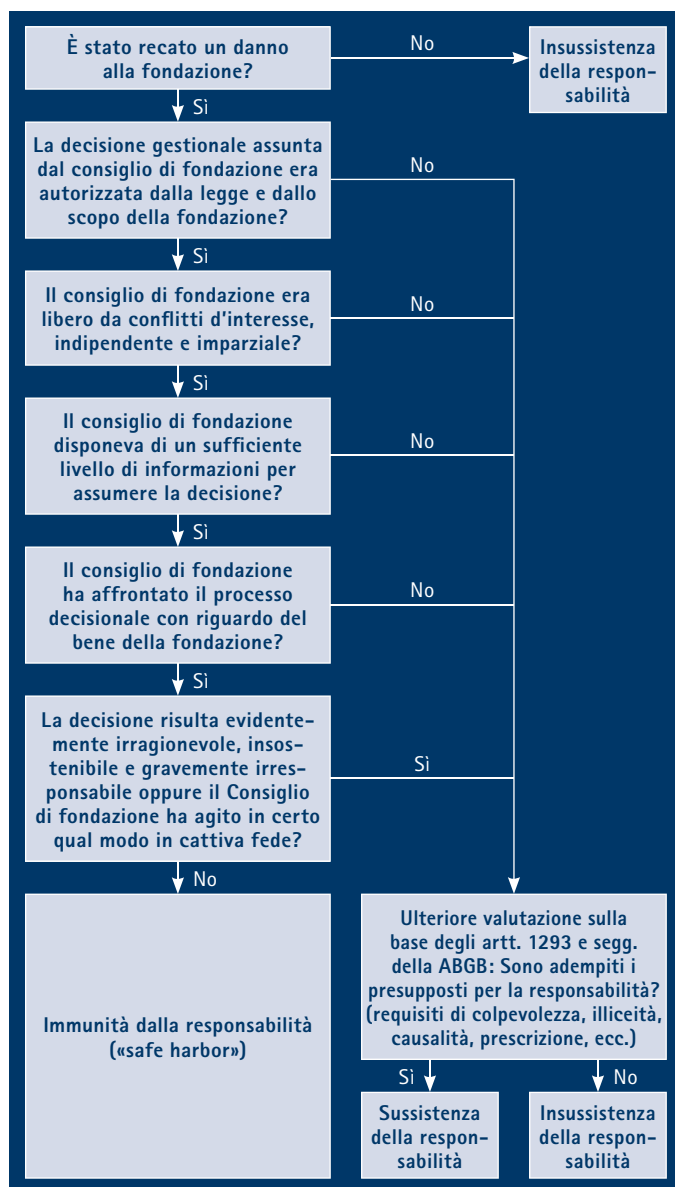
Chi provvede a investire il patrimonio della fondazione in prodotti finanziari strutturati connotati da un elevato rischio di perdite, ancorché ciò risulti espressamente vietato dallo statuto oppure – per esempio – da regolamenti interni di investimento complementari, non potrà invocare implicitamente la tutela prevista dalla BJR considerata la non conformità della decisione alle norme statutarie. Qualora la documentazione della fondazione – per contro – non preveda per il consiglio di fondazione l'obbligo di soddisfare a una data gestione patrimoniale e questi proceda a investire l'intero patrimonio della fondazione in prodotti finanziari ad alto rischio senza avere saggiato alternative, avere invocato il parere di esperti finanziari o addurre altre buone motivazioni oppure produrre documenti che giustifichino tale investimento, il giudice dovrà valutare – in base alle regole della BJR – se il consiglio di fondazione abbia effettivamente ponderato ex ante le opportunità e i rischi nell'ottica di un processo decisionale intelligibile e si sia preoccupato del bene della fondazione.

Sintesi

L'applicazione della BJR crea un'immunità di responsabilità che consente al consiglio di fondazione, abbattendo qualsiasi timore dovuto alla responsabilità personale, di muoversi e di svilupparsi liberamente, nonché di adempiere ai propri diritti e doveri senza alcuna preoccupazione. Tale zona di immunità viene altresì definita come «sicurezza garantita» (c.d. «safe harbor»). Qualora l'organo si muova all'interno di tale zona, non sussiste alcun timore riguardo a eventuali scelte gestionali errate e alle perdite da esse derivanti per il patrimonio della fondazione affidatogli in amministrazione. Le istanze giudiziarie provvederanno unicamente a verificare se le presunzioni sussistenti antecedentemente all'assunzione della scelta siano state ben ponderate, motivate in modo plausibile nonché sostenibili, responsabili e ragionevoli – per il bene della fondazione – secondo il principio generale della buona fede.

Quantunque la determinazione sia stata eseguita secondo i termini di un ordinamento straniero e si possano per ciò già prospettare difficoltà interpretative relativamente all'impiego di verba legalia non propriamente correnti, la definizione e la creazione di tale zona di sicurezza – «entro cui ci si possa comodamente muovere, senza dovere fare i conti a ogni angolo con lo spauracchio della responsabilità» – è in linea di massima da accogliere con favore per motivi di certezza giuridica e di dissuasione da condotte fraudolente.

La seguente rappresentazione schematica indica il processo di valutazione previsto dal diritto del Principato per la BJR:



Autori: *Dr. iur. Johannes Gasser, LL.M.*
Mag. iur. Silvana Dorner