

**Rapporto esplicativo
della modifica della legge federale sul diritto internazionale
privato (fallimento e concordato)**

Compendio

Le modifiche proposte si prefiggono di ammodernare la legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) in materia di fallimento e di concordato. Le condizioni e la procedura per il riconoscimento dei decreti di fallimento stranieri devono essere semplificate.

Situazione iniziale

Il diritto previsto nella LDIP in materia di fallimento internazionale disciplina il riconoscimento in Svizzera dei decreti di fallimento stranieri. Secondo il diritto vigente sono riconosciuti soltanto i decreti pronunciati nello Stato della sede, rispettivamente del domicilio, del debitore. Occorre inoltre che tale Stato garantisca la reciprocità. Per tutelare gli interessi di alcuni creditori (in particolare di quelli domiciliati in Svizzera), ciascun riconoscimento deve imperativamente essere corredato da una procedura ancillare interna.

Alcune condizioni del riconoscimento si sono rivelate problematiche nella prassi poiché ritardano e in parte impediscono il riconoscimento ledendo gli interessi dei creditori svizzeri e stranieri. Inoltre, risulta superflua la procedura ancillare obbligatoria nei casi in cui non vi sono creditori privilegiati in Svizzera, dato che il suo scopo è tutelare gli interessi di tali creditori.

Contenuto del progetto

L'avamprogetto, rinunciando al requisito della reciprocità, agevola il riconoscimento dei decreti di fallimento stranieri. Esso prevede inoltre il riconoscimento dei decreti di fallimento stranieri pronunciati nel centro degli interessi principali del debitore.

Per ottenere la semplificazione voluta, nei casi in cui non vi è la necessità di tutelare i creditori svizzeri si deve poter fare a meno della procedura ancillare. La procedura di fallimento nel foro della succursale viene meglio adeguata alla procedura ancillare. Inoltre l'avamprogetto getta i fondamenti legali per la cooperazione e il coordinamento nazionale e internazionale.

Rapporto esplicativo

1 Punti essenziali del progetto

1.1 Situazione iniziale

1.1.1 Genesi e ambito normativo

Il fallimento e il concordato¹ sono disciplinati nel capitolo 11 della legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP²). Nel 1987, quando è stata adottata, la normativa voleva essere al passo con i più recenti sviluppi nel diritto del fallimento internazionale³.

Da allora l'evoluzione è stata importante: la legge tipo⁴ della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), del 1997, propone standard moderni per il riconoscimento del fallimento ed è già stata attuata in più di 20 Stati. L'UE nel 2000 ha unificato il proprio diritto in materia con il regolamento relativo alle procedure di insolvenza (regolamento UE relativo alle procedure d'insolvenza)⁵. Nel 2004, anche in Svizzera il diritto dell'insolvenza bancaria è stato sottoposto a revisione⁶ in un'ottica più favorevole al riconoscimento.

Salvo indicazioni contrarie, il presente rapporto esplicativo è esclusivamente dedicato alle disposizioni della LDIP. Sono fatti salvi i disciplinamenti di leggi speciali, in particolare in ambito bancario.

1.1.2 Vigente diritto fallimentare della LDIP

In virtù del principio di territorialità, i decreti di fallimento stranieri non producono in linea di massima alcun effetto in Svizzera. Soltanto dopo il riconoscimento di un tale decreto, è possibile accedere al patrimonio del debitore situato in Svizzera.

Condizione del riconoscimento è che il decreto sia stato pronunciato nello Stato della sede o del domicilio del debitore. Inoltre, sono riconosciuti soltanto decreti di Stati che riconoscono i decreti di fallimento pronunciati in Svizzera (reciprocità).

¹ Per motivi linguistici il rapporto esplicativo usa principalmente il termine «fallimento»; i commenti valgono però per analogia anche per il concordato. La nozione di «insolvenza», a volte utilizzata in relazione con la procedura di risanamento, è impiegata come iperonimo di fallimento e concordato.

² RS 291.

³ Messaggio del 10 novembre 1982 concernente una legge federale sul diritto internazionale privato, FF 1983 I 239, n. 210.3 pag. 425.

⁴ UN-Resolution 52/158

(http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html).

⁵ Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza, sostituito dal regolamento (CE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza.

⁶ Art. 37f e 37g LBCR, RS 952.0; Art. 10 OIB-FINMA, RS 952.05.

Secondo il diritto vigente il riconoscimento di un decreto straniero di fallimento deve imperativamente essere seguito da una procedura ancillare (anche chiamata «fallimento ancillare», «minifallimento», «fallimento parallelo» o «fallimento secondario»). Questa procedura costituisce una sorta di assistenza giudiziaria prestata alla procedura straniera. D'altronde la procedura ancillare permette anche di privilegiare determinati creditori indigeni: i loro crediti sono soddisfatti per primi sul patrimonio situato in Svizzera. L'eventuale eccedenza viene inviata all'estero soltanto in seguito.

I creditori di una succursale in Svizzera possono inoltre chiedere un'ulteriore procedura di fallimento al foro della succursale, secondo l'articolo 50 LEF⁷. In questa procedura i beni patrimoniali della succursale sono realizzati separatamente dal fallimento ancillare e prioritariamente messi a disposizione dei creditori della succursale medesima.

1.1.3 Lacune del diritto vigente

Le condizioni restrittive a cui è sottoposto il riconoscimento hanno conseguenze negative per tutti gli interessati. Per esempio il non riconoscimento dei decreti di fallimento degli Stati UE e di altri importanti partner commerciali della Svizzera pronunciati nel «centro degli interessi principali» (*center of main interests*, COMI) del debitore nei casi eccezionali in cui questo centro non corrisponde alla sede statutaria della società. Da ciò risultano rapporti giuridici claudicanti con il debitore che si trova in fallimento in un Paese e conserva il diritto di disporre in un altro.

Il non riconoscimento lede i creditori svizzeri e stranieri. Infatti, se il fallimento non viene riconosciuto rimane possibile l'esecuzione individuale, cosicché un singolo creditore può essere soddisfatto sul patrimonio del debitore a detrimento di tutti gli altri e di conseguenza non vi è garanzia che tutti i creditori, anche quelli che vivono in Svizzera, ricevano un trattamento equivalente e adeguato.

Anche il requisito di reciprocità ostacola il riconoscimento dei procedimenti stranieri perché spesso rende necessarie costose perizie e lunghi accertamenti ritardando così la procedura. Il requisito di reciprocità non ha così raggiunto il suo obiettivo dichiarato di migliorare la cooperazione da parte straniera.

L'obbligo di eseguire la procedura ancillare si è dimostrato oneroso e inefficiente. Poiché lo scopo di questa procedura è di proteggere i creditori garantiti da pegno e i creditori privilegiati, non ha senso doverla eseguire se non vi sono creditori di questo tipo.

Altrettanto vale per la limitazione delle possibilità di agire dell'amministrazione straniera del fallimento che rende necessario il concorso delle autorità svizzere. Poiché tale limitazione si prefigge di proteggere i creditori garantiti da pegno e i creditori privilegiati, se in una procedura non vi sono creditori di questo tipo, la limitazione non ha più senso né scopo.

⁷ RS 281.1

Se, parallelamente a una procedura ancillare, viene avviata una procedura di fallimento nel foro della succursale, possono esservi problemi di coordinamento e può essere complicato delimitare le due masse sotto il profilo contabile. Inoltre, nel diritto vigente le possibilità di cooperazione con l'estero non sono chiare.

1.1.4 Statistica

Secondo il Foglio ufficiale svizzero del commercio tra il 2010 e il 2014 in Svizzera sono state presentate circa 50 domande di riconoscimento di decreti stranieri di fallimento. Quattro quinti di questi fallimenti sono stati dichiarati in un Paese membro dell'UE, la metà in Germania, l'altra metà in Italia, Regno Unito, Francia e Austria. I principali Paesi extraeuropei a chiedere il riconoscimento di decreti di fallimento sono gli Stati Uniti, il Giappone e i territori britannici di oltremare.

La presente statistica è tuttavia poco rilevante per la questione della necessità di revisione. Occorre in particolare tenere presente che, secondo diversi addetti ai lavori, nel diritto vigente è conveniente eseguire una procedura ancillare soltanto se la massa raggiunge un valore minimo di 10 000 franchi. Occorre pertanto partire dal presupposto che una procedura più semplice con costi più contenuti farebbe aumentare il numero delle procedure ancillari. In proposito alcuni autori parlano di «conti non rivendicati» a cui è impossibile accedere a causa dei costi elevati.

1.1.5 Lavori preliminari

Nel 2012 e 2013 sono stati organizzati due incontri con esperti provenienti dalla scienza, dall'avvocatura, dall'amministrazione e dai tribunali per discutere la necessità e i fondamenti di una possibile revisione. Tenuto conto delle molte proposte della dottrina, l'Ufficio federale di giustizia ha poi sviluppato un piano normativo sulla cui base sono poi stati elaborati l'avamprogetto e il rapporto esplicativo. Se la versione sottoposta alla consultazione degli uffici prendeva complessivamente in considerazione tutte le proposte di revisione, l'avamprogetto inviato in consultazione è più vicino al diritto vigente e si ispira alle soluzioni adottate nel diritto dell'insolvenza bancaria.

1.2 Nuova normativa proposta

I punti centrali dell'avamprogetto sono:

- *rinuncia al requisito di reciprocità*: il requisito di reciprocità è soppresso senza essere sostituito;
- *estensione della competenza indiretta*: l'avamprogetto vuole permettere anche il riconoscimento di decreti di fallimento pronunciati nel centro degli interessi principali del debitore;
- *coordinamento tra procedura ancillare e procedura di fallimento nel foro della succursale*: la procedura di fallimento nel foro della succursale può

essere chiesta solo fino all'istanza di riconoscimento del procedimento straniero;

- *procedura ancillare*: si può rinunciare a una procedura ancillare se non occorre proteggere i creditori indigeni;
- *capacità di agire dell'amministrazione straniera del fallimento*: se non viene eseguita una procedura ancillare, l'amministrazione straniera del fallimento deve avere la capacità di disporre che il debitore aveva prima dell'apertura del fallimento; fatti salvi provvedimenti contrari;
- *coordinamento e cooperazione in Svizzera e con l'estero*: nella misura del possibile, i servizi interessati devono coordinare il loro operato e anche cooperare con le amministrazioni straniere del fallimento e con le autorità straniere;
- *riconoscimento di decisioni connesse con una procedura di fallimento*: a determinate condizioni devono essere riconosciute anche le decisioni straniere sulle azioni revocatorie;
- *menzione di crediti litigiosi all'estero*: nella graduatoria devono essere menzionati anche i crediti che all'estero sono oggetto di un processo.

1.3 Motivazione e valutazione della soluzione proposta

1.3.1 Vantaggi dell'avamprogetto

L'avamprogetto sviluppa le norme attuali e le migliora in modo mirato. Laddove possibile si fa ricorso alle esperienze maturate nell'ambito del diritto dell'insolvenza bancaria, alle soluzioni di altre leggi federali (in particolare della legge federale dell'11 aprile 1889⁸ sulla esecuzione e sul fallimento, LEF) e alle soluzioni giuridiche sviluppate all'estero. I privilegi accordati ad alcune categorie di creditori bisognose di protezione fondati su considerazioni di politica sociale (p. es. per i lavoratori) vanno mantenuti.

1.3.2 Alternative e motivi per cui sono state rifiutate

In seguito sono esaminate le principali normative alternative, rifiutate nel corso dei lavori preliminari. Le proposte alternative dettagliate relative ai singoli articoli e i motivi del loro rifiuto sono esaminati nei commenti di cui al numero 2.

1.3.2.1 No a una soluzione convenzionale

Lo spazio economico svizzero è strettamente interconnesso con quello europeo. Di conseguenza, in Svizzera le procedure di riconoscimento dei decreti di fallimento

⁸ RS 281.1

stranieri riguardano soprattutto Stati membri dell'UE. In questo contesto si potrebbe ad esempio considerare di riprendere anche in Svizzera le soluzioni del regolamento UE relativo alle procedure d'insolvenza, come già si fa dal 1998 in materia di procedura civile generale, riprendendo le soluzioni della Convenzione di Lugano⁹.

Attualmente per la Svizzera è fondamentale modificare la LDIP. Da una parte, il regolamento UE relativo all'insolvenza si spinge ben più lontano della normativa della LDIP: non disciplina soltanto il riconoscimento delle procedure straniere di insolvenza ma anche la competenza giurisdizionale e il diritto applicabile. In questo ambito, non vi sono necessità di modificare la normativa vigente. D'altra parte, le citate lacune della LDIP non riguardano soltanto lo spazio giuridico europeo, ragione per cui va preferita una soluzione globale nel contesto della LDIP. Queste considerazioni non escludono la possibilità di concludere accordi più dettagliati con l'UE o con singoli Stati.

1.3.2.2 Legge tipo dell'UNCITRAL

La legge tipo dell'UNCITRAL è stata adottata nel 1997¹⁰. Contiene prescrizioni in materia di riconoscimento delle procedure straniere di insolvenza, sullo statuto dell'amministratore dell'insolvenza straniera e dei creditori indigeni, nonché sulla collaborazione transfrontaliera tra tribunali e amministrazioni delle insolvenze. Le leggi tipo non vanno recepite alla lettera, ma ne vanno attuate le idee essenziali.

L'avamprogetto contiene molte proposte della legge tipo dell'UNCITRAL ma non tutte. Integrare queste regole nella LDIP permette di rispettare le specificità del diritto di procedura elvetica e il carattere di codificazione generale della LDIP.

1.3.2.3 No a una nuova normativa in materia di competenza diretta e di diritto applicabile

Il capitolo 11 della LDIP disciplina soltanto il riconoscimento dei decreti stranieri di fallimento e non la competenza né il diritto applicabile. Per il momento si rinuncia però a un disciplinamento globale del diritto del fallimento internazionale poiché le soluzioni della LEF in materia sono sperimentate e soddisfacenti e nella pratica non sono emersi problemi di applicazione. Per quanto concerne competenza e diritto applicabile non vi è pertanto alcun bisogno di un intervento normativo.

⁹ RS 0.275.11 / 0.275.12

¹⁰ UN-Resolution 52/158

(http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html).

1.3.2.4 No al riconoscimento delle procedure con estensione globale degli effetti

Mentre il diritto vigente prevede il riconoscimento delle *decisioni* di fallimento, altri ordinamenti giuridici¹¹ prevedono il riconoscimento delle *procedure* straniere di fallimento. Il riconoscimento delle procedure estende sul piano nazionale gli effetti del diritto fallimentare straniero.

Prevedere un riconoscimento di questo tipo in un disciplinamento che si applica a tutti gli Stati del mondo può avere conseguenze indesiderate e potrebbero risultarne abusi e gravi difficoltà di delimitazione. Si dovrebbero prevedere collegamenti speciali e le competenze dell'amministrazione straniera del fallimento dovrebbero essere precisate. Tenuto conto dei risultati della procedura di consultazione degli uffici, è stato deciso di mantenere la nozione attuale di riconoscimento della decisione.

1.4 Attuazione

La revisione consiste in una semplice modifica della LDIP¹², della LEF¹³ e della legge sulle banche (LBCR)¹⁴. Non occorrono altri provvedimenti attuativi.

2 Commento ai singoli articoli

2.1 Riconoscimento dei decreti di fallimento stranieri

Art. 166 cpv. 1 Condizioni di riconoscimento dei decreti di fallimento

Abolizione del requisito di reciprocità

Il requisito di reciprocità è criticato dall'insieme della letteratura e dalla giurisprudenza¹⁵. Si è rivelato inefficace e non ha migliorato la cooperazione tra gli Stati, mancando così l'obiettivo che a suo tempo ne aveva giustificato l'inserimento nella LDIP.

Provare il rispetto del requisito di reciprocità incombe di regola alla parti e a tal fine sono necessari pareri costosi, anche nei casi in cui i valori patrimoniali in gioco sono di modesta entità. Tuttavia, il riconoscimento non è possibile senza prova della reciprocità. Le procedure sono ritardate dal fatto che il giudice deve esaminare d'ufficio il rispetto della reciprocità. Un eventuale non riconoscimento ha inoltre conseguenze negative per i creditori indigeni e stranieri¹⁶. L'avamprogetto rinuncia pertanto al requisito di reciprocità.

¹¹ Art. 20 del regolamento UE relativo alle procedure d'insolvenza 2015/848; § 335 del regolamento tedesco in materia d'insolvenza del 5 ottobre 1994, da ultimo modificato dalla legge del 17 luglio 2015.

¹² RS 291

¹³ RS 281.1

¹⁴ RS 952.0

¹⁵ DTF 137 III 570 consid. 3 pag. 576

¹⁶ N. Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

Competenza indiretta

Il diritto vigente ammette soltanto il riconoscimento dei decreti di fallimento pronunciati nel luogo di domicilio del debitore. Per le società la sede vale come domicilio (art. 21 LDIP). Tuttavia, di regola, all'estero i tribunali dello Stato sul cui territorio si trova il centro dei principali interessi del debitore sono competenti per avviare la procedura di fallimento¹⁷. Normalmente questo centro si trova nel luogo della sede sociale dell'impresa, ma non sempre. In questi casi, il diritto vigente non permette di riconoscere i decreti di fallimento, il che ha conseguenze negative¹⁸.

La nuova lettera c precisa che devono essere riconosciuti anche i decreti di fallimento pronunciati nello Stato in cui è situato il centro degli interessi principali del debitore. Questo criterio corrisponde all'articolo 2 lettera b della legge tipo dell'UNCITRAL nonché all'articolo 2 del regolamento UE relativo alle procedure d'insolvenza.

Per centro degli interessi principali del debitore si intende il luogo in cui questi provvede abitualmente ad amministrare i propri interessi e che può quindi essere determinato dai terzi. Per quanto concerne le società si presume invece che il centro degli interessi principali sia ubicato nel luogo della sede sociale. Questa definizione si ispira al regolamento UE relativo alle procedure d'insolvenza; ciò è positivo perché gran parte dei procedimenti da riconoscere viene avviata in uno Stato dell'UE e quindi, in questi casi, il centro degli interessi principali si trova sul territorio UE.

Per tutelare le legittime aspettative del debitore, un decreto di fallimento pronunciato nel centro degli interessi principali del debitore non deve essere riconosciuto se il debitore è domiciliato in Svizzera o vi ha sede. Dal punto di vista svizzero, in questi casi le autorità svizzere sono sole competenti. Tutt'al più in questi casi l'articolo 174b AP-LDIP può permettere di coordinare il procedimento principale svizzero con il procedimento straniero.

Richiesta di riconoscimento e competenza di presentarla

In Svizzera il riconoscimento di un decreto straniero di fallimento deve essere preceduto da una richiesta in tal senso. Il riconoscimento d'ufficio è escluso.

Nel diritto nazionale il fallimento può essere chiesto sia dal creditore sia dal debitore, ma la LDIP permette soltanto ai creditori e all'amministrazione straniera del fallimento di presentare l'istanza di riconoscimento. Anche il debitore può avere un interesse legittimo a chiedere il riconoscimento di un procedimento straniero, in particolare nelle procedure di risanamento. Di regola è informato sulla sua situazione prima e meglio dei creditori e, con un tempestivo riconoscimento, può ridurre al minimo la perdita di valore risultante dall'insolvenza. Ciò è nell'interesse di tutti gli interessati. La competenza a chiedere il riconoscimento è quindi estesa al debitore.

Al debitore che non è stato privato dell'amministrazione («debtor in possession»), vale a dire alla persona a cui è stata affidata la gestione degli affari in una procedura di risanamento, possono essere accordati i medesimi diritti che all'amministrazione

¹⁷ Cfr p. es., art. 3 regolamento UE relativo alle procedure d'insolvenza.

¹⁸ N. 1.1.3

dell'insolvenza straniera, se i loro ruoli sono analoghi sotto il profilo funzionale. Si rinuncia però a una normativa esplicita; spetta ai tribunali stabilire a quali condizioni un debitore vada equiparato sotto il profilo funzionale all'amministratore dell'insolvenza.

2.2 Rapporto con la procedura di fallimento nel foro della succursale

Art. 166 cpv. 2

Se il debitore ha sede all'estero e una succursale in Svizzera, vi sono di regola creditori domiciliati in Svizzera che, nei confronti del debitore, vantano crediti derivanti dall'attività della succursale. Il diritto vigente permette a questi creditori di chiedere un procedimento di fallimento indigeno limitato alla succursale. In questa procedura, possibile fintanto che la graduatoria non è divenuta definitiva, viene tenuto conto di tutti i creditori della succursale, indipendentemente dal loro domicilio e dal rango del loro credito. Secondo il diritto vigente tutti questi creditori hanno priorità di accesso ai beni della succursale rispetto ai creditori del fallimento principale; e questo indipendentemente dal fatto che siano privilegiati o no. Questa priorità è giustificata dall'aspettativa dei creditori della succursale sulla relativa massa.

L'attuale normativa della LDIP¹⁹ è criticata sotto diversi profili. L'apertura della procedura di fallimento nel foro della succursale può pregiudicare l'esecuzione della procedura ancillare: la procedura di fallimento nel foro della succursale riguarda soltanto i debiti contratti per conto della succursale. Secondo una parte della dottrina, la procedura riguarda soltanto i beni che possono essere attribuiti alla succursale. Ciò rende necessarie complicate distinzioni contabili tra le due procedure e le rispettive masse.

Coordinamento temporale tra procedura di fallimento nel foro della succursale e procedura ancillare

L'avamprogetto vuole rendere più efficiente la procedura creando una migliore sintonia tra la procedura di fallimento nel foro della succursale e la procedura ancillare. È decisivo il momento in cui è presentata l'istanza di riconoscimento del decreto di fallimento straniero: fino a quel momento può essere chiesto il fallimento nel foro della succursale, dopo non più.

Se è stata aperta per prima, la procedura di fallimento nel foro della succursale è prioritaria rispetto all'eventuale procedura ancillare parallela. In questo caso il diritto vigente rimane immutato. Invece se per prima cosa è stata presentata l'istanza di riconoscimento, ed è stata accolta, i crediti devono essere annunciati nel procedimento principale straniero oppure, se del caso, nella procedura ancillare svizzera. Nel dubbio, il trattamento della richiesta di fallimento nel foro della succursale deve essere sospeso fino alla decisione sull'istanza di riconoscimento del decreto di fallimento straniero. Se il decreto non è riconosciuto, può essere chiesta l'apertura di una procedura di fallimento nel foro della succursale.

¹⁹ Diversa la situazione nel settore bancario; cfr. n. 2.7.

Va tenuto presente che l'apertura del fallimento della succursale deve di regola essere preceduta da una comminatoria di fallimento secondo l'articolo 159 LEF. Il termine di 20 giorni previsto all'art. 160 capoverso 1 numero 3 LEF (alla cui scadenza il creditore può chiedere l'apertura del fallimento) permette all'amministrazione straniera del fallimento di presentare una richiesta di riconoscimento prima dell'apertura del fallimento della succursale.

I creditori della succursale non privilegiati devono partecipare al procedimento straniero

Questa nuova normativa ha diverse ripercussioni sui creditori nella procedura di fallimento nel foro della succursale. I creditori privilegiati come per esempio i lavoratori domiciliati in Svizzera continuano a essere considerati in un'eventuale procedura ancillare svizzera nel cui ambito saranno rimborsati in priorità. La loro situazione muta nella misura in cui la cerchia dei creditori non è più limitata ai creditori della succursale. La nuova disposizione avrà conseguenze più marcate sui privilegi dei creditori della terza classe e sui creditori privilegiati della succursale domiciliati all'estero: se il riconoscimento di una procedura straniera di fallimento è chiesto prima dell'avvio di una procedura di fallimento nel foro della succursale, questi creditori devono in linea di massima far valere i loro crediti nella procedura straniera.

Ciò è necessario per garantire una migliore compatibilità tra la procedura ancillare e la procedura di fallimento nel foro della succursale. I creditori sono già informati dei rapporti del debitore con l'estero grazie al diritto delle ditte commerciali (art. 952 CO²⁰) e alle disposizioni sul registro di commercio (art. 935 cpv. 2 CO).

Nemmeno il diritto nazionale in materia di esecuzione e fallimento considera prioritari i creditori domiciliati in Svizzera. Tutti i creditori di una data classe di crediti ricevono il medesimo trattamento, indipendentemente dal loro domicilio. La costituzione di una massa separata fondata sul criterio della relazione con la succursale e comprendente nei fatti soltanto creditori indigeni rappresenta una disparità di trattamento non materialmente giustificata. Le eccezioni al principio della parità di trattamento risultanti dalla procedura di fallimento nel foro della succursale o dalla procedura ancillare dovrebbero pertanto essere ridotte al minimo, anche nel contesto internazionale. Dovrebbero essere ammesse soltanto laddove sussiste un bisogno di protezione o occorre salvaguardare la certezza del diritto o la legittima fiducia di coloro che hanno chiesto una procedura di fallimento nel foro della succursale prima che sia stata presentata la richiesta di riconoscimento di una procedura principale straniera. Infine, si fa ancora presente che, nell'ambito del riconoscimento della graduatoria straniera, si considera se la procedura straniera tiene adeguatamente conto dei creditori svizzeri (art. 173 cpv. 3 LDIP). Se tale non è il caso, la procedura ancillare della LDIP si apre anche ai crediti della terza classe (art. 174 LDIP).

2.3 Conseguenze giuridiche del riconoscimento

Art. 170 cpv. 3 Procedura

Il vigente articolo 170 capoverso 3 prevede una procedura semplificata «sui generis»: si tratta di una procedura ordinaria modificata in cui non è prevista l'assemblea dei creditori né la delegazione dei creditori. Questa norma risale al periodo in cui la LDIP è entrata in vigore, quindi è precedente alla revisione della LEF del 1997 che ha introdotto una procedura sommaria (art. 231 LEF²¹). Finora la LDIP non è stata adeguata in conseguenza. La prassi e la dottrina sopperiscono a questa situazione applicando in parte la procedura sommaria della LEF e in parte la procedura ordinaria «snellita» della LDIP ispirata alla procedura sommaria. Per motivi attinenti alla certezza del diritto l'avamprogetto rimanda direttamente alla procedura sommaria. Diversamente dall'articolo 231 capoverso 1 LEF, la procedura sommaria della LDIP non deve dipendere da una richiesta ma è il caso normale.

L'amministrazione straniera del fallimento o un creditore potrebbero avere interesse alla nomina di un'amministrazione speciale del fallimento, la qual cosa nella procedura sommaria non è possibile²². L'amministrazione straniera del fallimento o un creditore legittimato secondo l'articolo 172 deve pertanto conservare la possibilità di chiedere la procedura ordinaria. A tale riguardo viene ripresa per analogia la normativa dell'articolo 231 capoverso 2 LEF.

Art. 171 Azione revocatoria

Nella dottrina è controverso se l'articolo 170 capoverso 2 (decorrenza del termine dalla pubblicazione della decisione di riconoscimento) si applichi anche ai termini dell'azione revocatoria secondo gli articoli 286–288 LEF. Viene criticato il fatto che tra la dichiarazione del fallimento straniero e la pubblicazione della decisione di riconoscimento in Svizzera possono passare molti anni e che i convenuti delle azioni revocatorie ne sono avvantaggiati in modo ingiustificato. L'avamprogetto sceglie pertanto di fondarsi sul momento della dichiarazione del fallimento straniero.

La ragione di questa scelta è il collegamento materiale tra le azioni revocatorie e la dichiarazione del fallimento straniero. Per motivi di parallelismo anche i termini di perenzione dell'articolo 292 LEF devono decorrere dalla dichiarazione del fallimento straniero, poiché altrimenti gli atti giuridici potrebbero essere revocati durante il periodo indeterminato che va dalla dichiarazione del fallimento al riconoscimento.

Art. 172 Graduatoria

Nel capoverso 1 lettera a della versione tedesca il termine «pfandversichert» è sostituito dal termine «pfandgesichert» già utilizzato nella lettera b, senza cambiamento del senso della disposizione. Il termine è impiegato anche nell'articolo 219 LEF²³.

Art. 174a cpv. 1 Rinuncia all'esecuzione di una procedura ancillare

²¹ RU 1995 1227; FF 1991 III 1

²² DTF 121 III 143

²³ RS 291

Secondo il diritto vigente, dopo il riconoscimento di un decreto straniero di fallimento deve imperativamente essere eseguita una procedura ancillare in Svizzera, anche se non vi sono creditori bisognosi di protezione²⁴ e la procedura è quindi inutile.

Secondo l'avamprogetto la procedura ancillare, per garantire la protezione dei creditori e per motivi di economia procedurale, non dovrà più essere eseguita automaticamente in tutti i casi ma soltanto quando è effettivamente necessaria per proteggere i creditori. La LDIP già prevede un tale ordinamento per la procedura di risanamento²⁵. I beni situati in Svizzera verranno messi a disposizione della massa fallimentare straniera senza procedura ancillare in Svizzera.

La prima condizione che deve essere adempita per rinunciare all'esecuzione di una procedura ancillare è una richiesta in tal senso dell'amministrazione straniera del fallimento. Se il decreto di fallimento è riconosciuto, la pubblicazione del riconoscimento avviene conformemente all'articolo 169 LDIP e, nel contesto dell'apertura del fallimento ancillare, la diffida dei creditori obbedisce all'articolo 232 LEF. Se nessun creditore suscettibile di figurare nella graduatoria secondo l'articolo 172 si annuncia durante il termine, l'ufficio dei fallimenti comunica al tribunale che può rinunciare a portare avanti la procedura di fallimento ancillare.

Il tribunale decide in base al proprio libero apprezzamento. Deve esaminare già in questa fase se nella procedura straniera sarà tenuto conto adeguatamente dei creditori domiciliati in Svizzera (secondo il criterio dell'articolo 173 capoverso 3). Questi ultimi saranno sentiti secondo le modalità previste nell'articolo 173 capoverso 3 (pubblicazione). Il tribunale può tenere conto anche dell'interesse del debitore a ristrutturare con successo il proprio debito (preferibilmente in modo poco costoso e rapido), in particolare nell'ambito di una procedura di concordato straniera.

Dopo il definitivo accoglimento della domanda di rinunciare a una procedura ancillare, l'amministrazione straniera del fallimento può esercitare sul patrimonio disponibile le competenze che aveva il debitore prima della dichiarazione del fallimento, può in particolare trasferire il patrimonio all'estero e stare in giudizio, ma anche avviare procedure di esecuzione o chiedere informazioni (con uno statuto giuridico equivalente a quello del debitore).

Il tribunale può imporre vincolare la rinuncia a condizioni e oneri (art. 174a cpv. 3 AP-LDIP), per esempio obblighi di riferire o di presentare conti. Se questi obblighi non sono rispettati, il tribunale può ordinare l'apertura di una procedura ancillare (o la sua ripresa).

Una variante alla soluzione proposta potrebbe consistere nel far dipendere la totale rinuncia all'esecuzione di una procedura ancillare (senza decisione di dichiarazione del fallimento e diffida dei creditori, cfr. art. 37g cpv. 2 LBCR) soltanto dal fatto che l'amministrazione del fallimento straniero che presenta l'istanza di riconoscimento renda verosimile che non vi sono creditori suscettibili di essere collocati nella graduatoria. Anche in un tale modello dovrebbe essere garantita la tutela giuridica di eventuali creditori presenti, per esempio prevedendo la pubblicazione della decisione e un termine durante il quale possa essere formata opposizione.

²⁴ N. Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.

²⁵ DTF 140 III 379 E. 4.2.1 S. 383

Un'altra variante alla soluzione proposta potrebbe consistere nel fare dipendere l'esecuzione di una procedura ancillare da un'istanza del creditore. Questa soluzione pone però diversi problemi: non sempre è possibile informare il creditore del diritto di presentare l'istanza. Inoltre, il termine che dovrebbe essere concesso ai creditori per un'istanza di procedura ancillare ritarderebbe necessariamente il procedimento. Se la qualità di un creditore è contestata vi potrebbero anche essere controversie quanto al suo diritto di presentare l'istanza. Per limitare in modo ragionevole la procedura ancillare, si dovrebbe soprattutto far dipendere il diritto d'istanza dal rispetto di determinati criteri; il creditore potrebbe per esempio essere tenuto a provare che la procedura straniera non ha tenuto adeguatamente conto del suo credito. Per i creditori di piccole somme ciò costituirebbe però un onere impossibile o sproporzionato. Per questi motivi e tenuto conto dei riscontri della procedura di consultazione degli uffici, questa soluzione va abbandonata.

Art. 174a cpv. 2 Competenze dell'amministrazione straniera del fallimento

Secondo il diritto vigente le competenze dell'amministrazione straniera del fallimento sono molto limitate; si vuole così impedire il trasferimento all'estero dei beni destinati a soddisfare i creditori indigeni.

Questa protezione è tuttavia inutile se non vi sono creditori meritevoli di protezione. In questi casi, secondo l'avamprogetto non viene più eseguita una procedura ancillare; di conseguenza le competenze dell'amministrazione straniera del fallimento possono essere ampliate.

L'articolo 174a capoverso 2 AP-LDIP prevede che l'amministrazione straniera del fallimento – se è stato accertato che non si terrà alcuna procedura ancillare – può esercitare tutte le competenze di diritto privato che spettavano al debitore prima della dichiarazione di fallimento. Tra queste vi è per esempio il diritto di trasferire all'estero i beni del debitore o di stare in giudizio riguardo ai beni o ai crediti messi a disposizione della massa fallimentare straniera. Per quanto concerne questi beni o crediti l'amministrazione straniera del fallimento ha pure la competenza di chiedere informazioni (p. es. per lettera) o di compiere atti interruttivi della prescrizione (p. es. avviare un'esecuzione). Questi atti non sono considerati atti compiuti senza autorizzazione per conto di uno Stato estero ai sensi dell'articolo 271 CP²⁶. Se non viene eseguita una procedura ancillare, l'amministrazione straniera del fallimento ha pure diritto di promuovere azioni revocatorie in Svizzera (art. 289 LEF). All'azione revocatoria promossa in Svizzera si applica sempre il diritto svizzero (art. 171).

Le competenze dell'amministrazione straniera del fallimento sono limitate agli atti di diritto privato, ne sono esclusi gli atti ufficiali. Per stabilire quali atti vadano considerati ufficiali si applica il diritto svizzero. Siffatti atti comprendono per esempio le comminatorie penali o l'esecuzione forzata di obblighi di informare o di consegnare determinati oggetti. L'esecuzione di queste misure deve essere chiesta alle autorità svizzere.

L'esercizio delle citate competenze presuppone un riconoscimento. In considerazione della presente semplificazione della procedura di riconoscimento, si rinuncia ad accordare ulteriori competenze prima del riconoscimento (cfr. tuttavia art. 168 LDIP).

²⁶ RS 311.0

Le competenze dell'amministrazione straniera del fallimento possono essere corredate da condizioni e oneri, per esempio un obbligo di tenere regolarmente i conti, o obblighi d'informazione riguardanti il procedimento straniero connesso o i creditori indigeni. Queste competenze possono anche essere limitate a determinati beni.

2.4 Coordinamento della procedura

Art. 174b Cooperazione e coordinamento

Se più procedure di fallimento di un debitore sono eseguite nel contempo (p. es. procedura di fallimento nel foro della succursale e procedura ancillare), o se più società di un gruppo sono coinvolte in un fallimento in Svizzera e all'estero, i servizi interessati devono coordinare il loro operato tra loro. Deve ad esempio essere possibile lo scambio di informazioni con le autorità estere e devono poter essere conclusi accordi (cosiddetti «insolvency protocols»).

La disposizione proposta è formulata in modo molto generale e non vincolante, perché le modalità precise del coordinamento e la sua struttura concreta non possono essere descritte in astratto. Occorre invece basarsi sulle circostanze concrete del singolo caso, lasciando alle autorità interessate un ampio margine di apprezzamento per stabilire se e in quale misura il coordinamento della procedura è ragionevole e praticabile.

Poiché l'articolo 30a LEF fa salva la LDIP, l'articolo 174b AP-LDIP si applica anche alla procedura principale svizzera secondo la LEF. La cooperazione è di conseguenza possibile anche in caso di procedura principale in Svizzera collegata con una procedura di fallimento straniera (p. es. nel caso delle società di un gruppo). Queste forme di cooperazione sono già previste nel diritto vigente.

Alle procedure pendenti dinanzi a un'autorità o a un tribunale svizzeri si può applicare anche l'articolo 4a capoverso 2 LEF, secondo cui i tribunali del fallimento o del concordato interessati e le autorità di vigilanza possono accordarsi per designare un'unica autorità competente per tutte le procedure.

2.5 Riconoscimento di concordati e decisioni connesse con un fallimento

Art. 174c Riconoscimento di decisioni su azioni revocatorie e decisioni analoghe

In relazione al riconoscimento delle procedure di fallimento si pone regolarmente il quesito del riconoscimento delle singole procedure che risultano immediatamente da una procedura fallimentare e sono materialmente connesse con quest'ultima. I principali casi di applicazione sono le azioni revocatorie²⁷ o le azioni di garanzia contro i direttori per danni causati ai creditori; queste azioni, diversamente dalle azioni in merito alla validità di un contratto o all'esistenza di un credito non possono essere promosse fuori dal contesto di un fallimento.

²⁷ DTF 140 III 320

Il diritto vigente non prevede il riconoscimento di decisioni connesse con un fallimento e da esso risultanti. Non entrano nel campo d'applicazione della convenzione di Lugano (art. 1 cpv. 2 lett. b CLug)²⁸. Inoltre, in considerazione della loro prossimità con le procedure di esecuzione forzata, anche la LDIP ne esclude il riconoscimento²⁹.

L'avamprogetto prevede la possibilità di riconoscere le decisioni straniere concernenti azioni revocatorie promosse nel contesto di un fallimento. Per quanto riguarda le condizioni generali del riconoscimento di siffatte decisioni si rimanda agli articoli 25–27 LDIP. Secondo l'articolo 26 la competenza delle autorità estere è data in particolare se il convenuto nell'azione revocatoria era domiciliato nello Stato del giudizio, se si è costituito incondizionatamente in giudizio, o se la competenza si fonda su una proroga di foro riguardante l'azione revocatoria. La sola competenza secondo l'articolo 166 capoverso 1 non è invece sufficiente. La competenza in materia di riconoscimento è data per esempio se la decisione è stata pronunciata nello Stato in cui è stata dichiarata una procedura di fallimento riconosciuta in Svizzera e se pure il convenuto nell'azione revocatoria è domiciliato in tale Stato, o se sussiste una competenza secondo l'articolo 26 lettere b–d.

In ogni caso, per riconoscere queste decisioni occorre che il fallimento su cui si fondano sia stato riconosciuto in Svizzera. Ciò permette di garantire che i beni situati in Svizzera che sono oggetto di un procedimento connesso con il fallimento possano essere presi in considerazione in un'eventuale procedura ancillare.

In assenza di una procedura ancillare, l'amministrazione straniera del fallimento può chiedere direttamente il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni connesse con il fallimento. Se invece vi è una procedura ancillare in Svizzera, dopo il riconoscimento svizzero della procedura connessa con il fallimento, i beni in questione sono inseriti nella massa attiva della procedura ancillare.

Art. 175 Riconoscimento di concordati e di analoghi procedimenti stranieri

Il rimando secondo cui gli articoli 166–170 si applicano per analogia ai concordati deve essere adeguato alle novità introdotte dall'avamprogetto. Come finora, i tribunali devono potersi pronunciare nel singolo caso sulle particolarità delle procedure di risanamento applicando «per analogia» le disposizioni a cui è fatto rinvio.

2.6 Legge federale dell'11 aprile 1889³⁰ sulla esecuzione e sul fallimento (LEF)

Art. 244a Crediti oggetto di liti pendenti

Diversamente dal capitolo 11 LDIP, il nuovo articolo 244a riguarda i fallimenti principali svizzeri e intende migliorarne il loro coordinamento con i processi civili

²⁸ DTF 140 III 320

²⁹ DTF 135 III 127

³⁰ RS 281.1

stranieri. Negli ultimi anni i fallimenti svizzeri con collegamenti esteri hanno mostrato che vi è un reale bisogno di coordinamento³¹.

Secondo l'articolo 63 del Regolamento del 13 luglio 1911³² concernente l'amministrazione degli uffici dei fallimenti (RUF), i crediti che formano oggetto di liti già pendenti davanti l'autorità giudiziaria al momento dell'apertura del fallimento vengono dapprima registrati nella graduatoria soltanto *pro memoria*. In virtù del principio di territorialità, questa regola si applica soltanto ai processi in Svizzera ma non ai crediti oggetto di una lite pendente all'estero³³. La soluzione prevista nell'articolo 63 RUF deve essere estesa anche ai processi in corso all'estero, per evitare un secondo processo inutile in Svizzera su questioni già oggetto di un procedimento giudiziario all'estero. Poiché l'articolo 63 RUF precisa l'articolo 207 LEF che si applica soltanto ai processi in Svizzera³⁴, occorre modificare la LEF. Per motivi di sistematica legislativa, nella sezione sulla graduatoria dei crediti è aggiunto un nuovo articolo 244a.

Secondo l'avamprogetto nella graduatoria non saranno più collocati soltanto crediti risultanti da decisioni straniere passate in giudicato, come è attualmente il caso³⁵; vi saranno inoltre iscritti i crediti risultanti da processi promossi prima della dichiarazione del fallimento e che si concluderanno prevedibilmente entro un congruo termine. La nuova normativa avrà per conseguenza una moderata estensione dei limiti temporali entro i quali va tenuto conto dei processi stranieri promossi prima della dichiarazione del fallimento svizzero. Si continua invece a non tenere conto dei processi iniziati all'estero dopo la dichiarazione del fallimento svizzero. La collocazione del credito nella graduatoria fa aumentare la massa passiva, sempreché la decisione straniera sia riconosciuta. Il riconoscimento è retto dalle pertinenti disposizioni degli accordi internazionali o della LDIP. Se il processo non è continuato né dalla massa né da singoli creditori secondo l'articolo 260 LEF, il credito è considerato riconosciuto e i creditori non hanno più alcun diritto di contestare la graduatoria secondo l'articolo 250 LEF.

Condizione della menzione è la previsione secondo cui il tribunale straniero prenderà entro un congruo termine una decisione riconoscibile in Svizzera. Un analogo pronostico di riconoscimento è già attualmente contenuto nell'articolo 9 LDIP. Per l'interpretazione della nozione di «congruo termine» si rimanda alla giurisprudenza riguardante la succitata disposizione.

La soppressione del credito o la sua definitiva collocazione in graduatoria dipendono dall'esito del processo, fermo restando che la decisione straniera è vincolante soltanto riguardo all'esistenza e all'importo del credito e soltanto nella misura in cui è riconoscibile in Svizzera.

Sono fatte salve le questioni inerenti all'esecuzione forzata, come per esempio l'applicazione dell'articolo 209 LEF per quanto riguarda il decorso degli interessi, le eccezioni relative al rango del credito o l'applicazione degli articoli 213 e seguente LEF sulla compensazione. Su queste questioni deve pronunciarsi in ogni caso l'amministrazione del fallimento svizzero o un tribunale svizzero. Una riserva

³¹ Cfr. p. es. DTF 140 III 320 nella causa «Swissair».

³² RS 281.32

³³ DTF 133 III 386

³⁴ DTF 130 III 769

³⁵ DTF 140 III 320 consid. 8.3.1

espressa è necessaria per far valere a titolo d'eccezione pretese revocatorie che possono avere per conseguenza il rifiuto parziale o totale del credito. Queste eccezioni rimangono possibili.

2.7 Legge federale dell'8 novembre 1934³⁶ sulle banche e le casse di risparmio (legge sulle banche)

L'articolo 37g rimanda direttamente al diritto della LDIP in materia di fallimento. Seppure indirettamente vi fanno riferimento anche l'articolo 54d della legge sulla sorveglianza delle assicurazioni³⁷ e l'articolo 138c della legge sugli investimenti collettivi³⁸ che dichiarano applicabile per analogia l'articolo 37g LBCR, e di conseguenza il capitolo 11 della LDIP. Dopo l'entrata in vigore della presente modifica questo riferimento rimanderà alla nuova versione della LDIP, fatta salva la normativa in materia di procedura di fallimento al foro della succursale. Le speciali normative della legge sulle banche sono fatte salve.

Per salvaguardare la garanzia dei depositi a favore dei creditori della succursale, nel settore bancario occorre consolidare la priorità della procedura di fallimento nel foro della succursale rispetto alla procedura ancillare del diritto generale della LDIP in materia fallimentare. La priorità del fallimento nel foro della succursale rispetto alla procedura ancillare, prevista dal vigente articolo 166 capoverso 2 LDIP, è pertanto espressamente sottolineata nel diritto bancario (art. 37g cpv. 4^{bis} AP-LBCR).

3 Ripercussioni

3.1 Ripercussioni per la Confederazione, i Cantoni e i Comuni

Il progetto non ha alcuna ripercussione finanziaria né sull'effettivo del personale della Confederazione, dei Cantoni o dei Comuni.

È possibile che il numero delle istanze di riconoscimento di procedure straniere di fallimento aumenti (attualmente sono una decina all'anno) ma non è possibile fare previsioni in merito. D'altronde, è probabile una riduzione dell'onere concreto che grava le autorità svizzere, poiché la procedura ancillare non sarà più obbligatoria in tutti i casi.

3.2 Ripercussioni per l'economia nazionale

Il rapido ed efficiente disbrigo delle procedure di fallimento con collegamenti internazionali può contribuire a ridurre il rischio di perdite per i creditori interessati. In totale, si prevede quindi che le ripercussioni dell'avamprogetto sull'economia nazionale saranno positive. Si rinuncia a stimare le conseguenze della normativa sui

³⁶ RS 952.0

³⁷ SR 961.01

³⁸ SR 951.31

costi, poiché non si prevedono ripercussioni negative sull'economia nazionale né sulle imprese.

4 Aspetti giuridici

4.1 Costituzionalità

Il progetto di legge si fonda sull'articolo 122 capoverso 1 Cost. che conferisce alla Confederazione la competenza di legiferare in materia di diritto civile e di procedura civile.

4.2 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera e dei Cantoni

In materia di fallimento internazionale, alcuni Cantoni sono attualmente vincolati dai seguenti accordi internazionali;

- convenzione col Regno di Wurttemberg per i casi di fallimento, del 12 dicembre 1825/13 maggio 1826³⁹;
- concordato fra diversi Cantoni e il Regno di Baviera nei casi di fallimento o di concorso, dell'11 maggio/27 giugno⁴⁰;
- convenzione seguita fra diversi Cantoni e il Regno di Sassonia per un reciproco trattato nei casi di concorso per fallimenti, del 4/18 febbraio 1837⁴¹.

La validità di questi accordi internazionali è contestata, il che produce incertezza del diritto. I loro vantaggi (per esempio il riconoscimento automatico dei decreti di fallimento) sono così relativizzati dal fatto che, nella misura in cui sono ritenuti validi, il loro campo d'applicazione geografico non corrisponde più agli attuali spazi economici e confini politici. Inoltre, questi accordi praticamente non contengono norme procedurali concrete, il che genera ulteriori quesiti sul loro rapporto con il capitolo 11 della LDIP e con il diritto tedesco in materia d'insolvenza. Ciò produce incoerenze nell'applicazione del diritto e complica il diritto internazionale in materia di fallimenti. Questi accordi non presentano alcun vantaggio: per le parti le regole autonome della LDIP (e delle presenti proposte di modifica) e del diritto tedesco sono molto più chiare e, sotto il profilo del contenuto, non sono inferiori alle regole dei citati accordi. Occorre pertanto stabilire se questi ultimi devono essere formalmente abrogati, la qual cosa sarebbe oggi di competenza della Confederazione.

³⁹ Raccolta generale delle leggi, dei decreti e delle convenzioni in vigore nel Cantone Ticino con una appendice di atti relativi al diritto pubblico svizzero, Lugano, 1847, pag. 565.

⁴⁰ Bollettino ufficiale della Repubblica e Cantone del Ticino, Vol. XV., Bellinzona, 1835, pag. 219.

⁴¹ Bollettino ufficiale della Repubblica e Cantone del Ticino, Vol. XVI., Bellinzona, 1838, pag. 165.

4.3 Forma dell'atto normativo

Il progetto prevede disposizioni importanti che contengono norme di diritto e devono essere emanate sotto forma di legge federale conformemente all'articolo 164 capoverso 1 Cost. L'atto normativo sottostà al referendum facoltativo.