



17.038

**Messaggio
concernente la modifica della legge federale sul diritto
internazionale privato
(Capitolo 11: Fallimento e concordato)**

del 24 maggio 2017

Onorevoli presidenti e consiglieri,

con il presente messaggio vi sottoponiamo, per approvazione, il disegno di modifica della legge federale sul diritto internazionale privato (capitolo 11: Fallimento e concordato).

Gradite, onorevoli presidenti e consiglieri, l'espressione della nostra alta considerazione.

24 maggio 2017

In nome del Consiglio federale svizzero:

La presidente della Confederazione, Doris Leuthard
Il cancelliere della Confederazione, Walter Thurnherr

Compendio

Il disegno si prefigge di modernizzare il disciplinamento del fallimento e del concordato nella legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP). Semplifica la procedura di riconoscimento dei decreti stranieri di fallimento e migliora la posizione dei creditori delle succursali svizzere di una società straniera insolvente.

Situazione iniziale

Il diritto fallimentare internazionale della LDIP 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 determinati creditori (in particolare di quelli domiciliati in Svizzera), ciascun riconoscimento deve imperativamente essere corredato da una procedura di fallimento ancillare interna.

Queste condizioni del riconoscimento si sono rivelate problematiche nella prassi: ritardano e in parte impediscono il riconoscimento ledendo gli interessi dei creditori svizzeri e stranieri perché, se il fallimento non è riconosciuto, rimane possibile l'esecuzione individuale a scapito dell'insieme dei creditori. Inoltre, la procedura ancillare obbligatoria mira a tutelare gli interessi dei creditori privilegiati svizzeri ed è superflua nei casi in cui non vi sono creditori di questo tipo.

Contenuto del progetto

Il disegno, rinunciando al requisito della reciprocità, agevola il riconoscimento dei decreti di fallimento stranieri. Esso prevede inoltre che siano riconosciuti i decreti di fallimento stranieri pronunciati nel centro degli interessi principali del debitore. Questi elementi centrali del disegno sono già stati attuati in forma analoga nel diritto svizzero dell'insolvenza bancaria internazionale e in tale settore hanno dato buoni risultati.

Per semplificare la procedura si deve poter rinunciare alla procedura di fallimento ancillare se non occorre proteggere i creditori indigeni. Con il disegno la procedura di fallimento nel foro della succursale risulta maggiormente in sintonia con la procedura di fallimento ancillare. La procedura ancillare tiene conto anche dei crediti non privilegiati di eventuali creditori di una succursale svizzera. Ciò permette di evitare le procedure inutili o ridondanti e i costi che ne derivano migliorando nel contempo la posizione processuale dei creditori delle succursali svizzere. Il disegno getta inoltre la base legale per coordinare la procedura in Svizzera e all'estero.

Messaggio

1 Punti essenziali del progetto

1.1 Situazione iniziale

1.1.1 Genesi e ambito normativo

In Svizzera il riconoscimento dei fallimenti e concordati stranieri¹ è disciplinato dalla legge federale del 18 dicembre 1987² sul diritto internazionale privato (LDIP). Questa normativa, entrata in vigore nel 1989, si prefigge di restare al passo con gli sviluppi più recenti nel settore del diritto fallimentare internazionale³.

Da allora l'evoluzione è stata importante: la legge tipo della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), del 1997⁴, propone standard moderni per il riconoscimento del fallimento ed è già stata attuata in più di 40 Stati. Negli Stati membri dell'UE il diritto in materia è stato unificato nel 2000 con il regolamento relativo alle procedure di insolvenza (regolamento UE relativo alle procedure d'insolvenza⁵). Nel 2004, anche in Svizzera il diritto dell'insolvenza bancaria è stato sottoposto a revisione in un'ottica più favorevole al riconoscimento⁶.

Il presente messaggio e il relativo disegno riguardano le disposizioni della LDIP. Le normative previste in leggi speciali e concernenti il settore dei mercati finanziari (in particolare le banche, le assicurazioni, gli investimenti collettivi di capitale, le infrastrutture del mercato finanziario⁷) sono oggetto del presente progetto soltanto nella misura in cui occorre precisare quali modifiche del capitolo 11 LDIP valgono anche in altre leggi che rimandano alla LDIP.

¹ Per semplificare il testo sotto il profilo della lingua, il messaggio parla soltanto di fallimento, senza mai menzionare il concordato; i commenti sul fallimento valgono tuttavia 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 e ingloba queste due nozioni.

² RS 291

³ Messaggio del 10 novembre 1982 concernente una legge federale sul diritto internazionale privato, FF 1983 I 239, in particolare 425

⁴ Risoluzione ONU 52/158, consultabile all'indirizzo www.uncitral.org > UNCITRAL Texts > Insolvency > Model laws.

⁵ Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, GU L 160 del 30 giugno 2000, pag. 1, sostituito dal regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, GU L 141 del 5 giugno 2015, pag. 19

⁶ Art. 37f e 37g della legge dell'8 novembre 1934 sulle banche (LBCR), RS 952.0; art. 10 dell'ordinanza FINMA del 30 agosto 2012 sull'insolvenza bancaria (OIB-FINMA), RS 952.05

⁷ Legge del 19 giugno 2015 sull'infrastruttura finanziaria (LInFi), RS 958.1; legge del 23 giugno 2006 sugli investimenti collettivi (LICol), RS 951.31; legge del 17 dicembre 2004 sulla sorveglianza degli assicuratori (LSA), RS 961.01

1.1.2 Vigente diritto fallimentare della LDIP

In virtù del principio di territorialità, i decreti di fallimento stranieri non producono per principio 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).

Secondo il diritto vigente il riconoscimento di un decreto straniero di fallimento deve imperativamente essere seguito da una procedura di fallimento ancillare (in seguito anche procedura ancillare) in Svizzera. Questa procedura costituisce una sorta di assistenza giudiziaria prestata alla procedura straniera e consente di privilegiare determinati creditori indigeni: il patrimonio situato in Svizzera serve in primo luogo a soddisfare questi creditori, dopo di che l'eventuale eccedenza viene inviata all'estero.

I creditori di una succursale in Svizzera possono inoltre chiedere un ulteriore procedura di fallimento nel foro della succursale, come previsto dall'articolo 50 della legge federale dell'11 aprile 1889⁸ sulla esecuzione e sul fallimento (LEF). Nell'ambito di tale procedura i creditori della succursale sono prioritariamente soddisfatti sui beni della succursale medesima. In date circostanze la procedura di fallimento nel foro della succursale e la procedura di fallimento ancillare nei confronti di uno stesso debitore sono eseguite in parallelo o una dopo l'altra.

1.1.3 Difetti del diritto vigente

Le condizioni restrittive a cui il diritto vigente sottopone il riconoscimento hanno conseguenze negative per tutti gli interessati: per esempio nel caso del 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 ma non nell'altro.

Il non riconoscimento dei decreti di fallimento stranieri può ledere i creditori svizzeri e stranieri. Infatti, se il decreto di fallimento non viene riconosciuto rimane possibile l'esecuzione individuale, cosicché un singolo creditore può essere soddisfatto sul patrimonio del debitore a scapito 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. A ciò si aggiunge l'incertezza del diritto riguardo al potere di disporre dei beni situati in Svizzera. Anche i risanamenti transfrontalieri di imprese possono fallire a causa dell'impossibilità di riconoscere un concordato straniero, con tutte le conseguenze negative che ne derivano per i lavoratori e i creditori.

⁸ RS 281.1

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 quindi raggiunto il suo obiettivo dichiarato di migliorare la cooperazione da parte straniera.

L'obbligo di eseguire la procedura di fallimento 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 residenti in Svizzera, non ha senso doverla eseguire se non vi sono creditori di questo tipo.

Altrettanto vale per la severissima 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 residenti in Svizzera, se in una procedura non vi sono creditori di questo tipo, la limitazione non ha più alcun senso.

Se il debitore con sede all'estero ha in Svizzera una succursale iscritta nel registro di commercio, 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 (indipendentemente dal fatto che siano creditori privilegiati o no e dal fatto che siano domiciliati in Svizzera o all'estero) di chiedere un procedimento parallelo di fallimento indigeno limitato alla succursale. Nell'ambito di questo procedimento, essi possono rivalersi sui beni della succursale prima dei creditori del fallimento principale. Questo privilegio è giustificato dalla protezione delle legittime aspettative dei creditori della succursale sui beni situati in Svizzera, aspettative più elevate se vi è una succursale in Svizzera. La normativa attuale della LDIP prevede procedure parallele di fallimento nel foro della succursale e di fallimento ancillare e rende necessarie complesse distinzioni contabili tra gli elementi delle due procedure e le loro masse. Per tutti i crediti occorre determinare se siano stati contratti per conto della succursale o del debitore e per tutti i beni se vadano attribuiti alla succursale o al debitore.

Infine il diritto vigente non disciplina chiaramente le possibilità di coordinamento con il procedimento straniero.

1.1.4 Statistiche

Secondo il Foglio ufficiale svizzero del commercio tra il 2010 e il 2016 in Svizzera sono state presentate circa 60 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 fallimenti sono gli Stati Uniti, il Giappone e i territori britannici di oltremare.

Tale statistica è tuttavia poco rilevante per valutare la necessità di una revisione. Un solo caso di insolvenza con implicazioni internazionali può avere un impatto massiccio sull'economia nazionale come hanno mostrato i fallimenti della Swissair e della Sabena. Un diritto dell'insolvenza internazionale funzionante garantisce che il

risanamento di un'impresa possa essere attuato sotto il profilo giuridico malgrado le sue implicazioni internazionali e salvando posti di lavoro.

Occorre inoltre tenere presente che, secondo diversi addetti ai lavori, nel diritto vigente è conveniente eseguire una procedura ancillare soltanto se i beni raggiungono un valore minimo di 10 000 franchi. In proposito alcuni autori parlano di «conti non rivendicati»⁹ a cui è impossibile accedere a causa dei costi elevati. Occorre pertanto partire dal presupposto che una procedura più semplice con costi più contenuti farebbe aumentare il numero delle procedure ancillari.

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 una bozza di atto normativo sulla cui base sono poi stati elaborati l'avamprogetto e il rapporto esplicativo. La procedura di consultazione è stata indetta dal Consiglio federale il 14 ottobre 2015 ed è durata fino al 5 febbraio 2016.

1.2 La nuova normativa proposta

La nuova normativa si prefigge di semplificare il riconoscimento dei decreti stranieri di fallimento (comprese le decisioni connesse con una procedura di fallimento), di semplificare le procedure e di migliorare il coordinamento con le procedure straniere. Nel contempo va mantenuta la protezione dei creditori della succursale. Ciò è reso possibile dalle seguenti novità:

Semplificazione del riconoscimento dei decreti stranieri di fallimento: il requisito della reciprocità è soppresso senza essere sostituito. Inoltre, d'ora innanzi si prevede di riconoscere anche decreti pronunciati nel centro degli interessi principali del debitore. Fanno eccezione le persone e le imprese che hanno domicilio o sede statutaria in Svizzera. A determinate condizioni potranno essere riconosciute anche le decisioni straniere sulle azioni revocatorie.

Protezione dei creditori della succursale: il disegno permette anche ai creditori non privilegiati di una succursale svizzera di presentare i loro crediti nella procedura di fallimento ancillare, evitando loro di dover chiedere una procedura di fallimento separata nel foro della succursale e migliorando di conseguenza la loro posizione processuale.

Semplificazione della procedura: il disegno prevede che si possa rinunciare a una procedura di fallimento ancillare se non occorre proteggere i creditori indigeni, se non vi sono cioè né creditori garantiti da pegno né creditori privilegiati con domicilio in Svizzera né creditori della succursale. Se non viene eseguita una procedura di

⁹ Gehri/Kostkiewicz, Anerkennung ausländischer Insolvenzscheide in der Schweiz – ein neuer Réduit National?, in: SZIER 2/2009, pagg. 193–222

fallimento ancillare, l'amministrazione straniera del fallimento, fatti salvi provvedimenti contrari, deve avere la possibilità di esercitare i poteri che le spettano secondo il diritto dell'apertura del fallimento; compiere atti sovrani continua a esserle proibito. Per semplificare ulteriormente le procedure, i trattati cantonali conclusi all'inizio del diciannovesimo secolo con alcune unità territoriali tedesche, ossia prima della fondazione della moderna Confederazione nel 1848, dovrebbero essere denunciati o abrogati d'intesa con la Germania.

Coordinamento con le procedure straniere: 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.

1.3 Motivazione e valutazione della soluzione proposta

1.3.1 Vantaggi del disegno

Il disegno sviluppa le norme attuali e le migliora in modo mirato. Laddove appropriato e possibile si fa ricorso alle esperienze maturate nell'ambito del diritto dell'insolvenza bancaria, alle soluzioni di altre leggi federali (LEF) e alle soluzioni giuridiche sviluppate all'estero. I privilegi, fondati su considerazioni di politica sociale, accordati ad alcune categorie di creditori bisognose di protezione (p. es. per i lavoratori) non sono pregiudicati, mentre risulta migliorata la protezione dei creditori delle succursali.

Alcuni elementi importanti del disegno, segnatamente le semplificazioni del riconoscimento e la possibilità di rinunciare alla procedura di fallimento ancillare sono già state attuate in forma analoga nel diritto internazionale svizzero dell'insolvenza bancaria¹⁰ e hanno dato buoni risultati.

1.3.2 Risultati della consultazione

25 Cantoni, due partiti, 19 organizzazioni e altri partecipanti hanno espresso il loro parere durante la consultazione¹¹.

Un'ampia maggioranza dei Cantoni e delle organizzazioni approva la revisione proposta e i suoi elementi principali. Soltanto due Cantoni e due organizzazioni negano sostanzialmente che sussista una necessità di rivedere la legge.

Sono prevalentemente approvate la rinuncia al requisito di reciprocità e la possibilità di rinunciare alla procedura di fallimento ancillare. Sono pure accettati dalla maggioranza dei partecipanti le regole concernenti il genere di procedura, il decorso dei termini, il coordinamento con le procedure straniere e il riconoscimento delle decisioni straniere. Nel contempo sono però richieste alcune precisazioni, in particolare

¹⁰ Art. 37f e 37g LBCR; art. 10 OIB-FINMA

¹¹ Il rapporto sui risultati può essere consultato all'indirizzo: www.admin.ch > Diritto federale > Consultazioni > Consultazioni concluse > 2015 > DFGP.

una migliore definizione delle competenze di cui gode l'amministrazione straniera del fallimento per poter agire.

Il solo punto dell'avamprogetto a essere criticato da tutti i partecipanti alla consultazione è la proposta di abolire la priorità della speciale procedura di fallimento nel foro della succursale rispetto alla procedura di fallimento ancillare e di dare la preferenza a quest'ultima. Questo punto è dunque stato abbandonato dopo la consultazione. Molti partecipanti alla consultazione continuano a ritenere necessario proteggere i creditori della succursale accordando loro un accesso privilegiato ai beni situati in Svizzera.

Anche la normativa secondo cui le procedure pendenti all'estero avrebbero dovuto essere menzionate nella graduatoria svizzera è stata criticata da una maggioranza di partecipanti ed è dunque stata abbandonata. La situazione giuridica concernente questa problematica tanto complessa non è ancora consolidata e una rigida normativa legale impedirebbe alla giurisprudenza di sviluppare soluzioni differenziate. Diversi partecipanti hanno inoltre messo in dubbio la praticabilità della soluzione proposta nell'avamprogetto.

1.3.3 Novità rispetto all'avamprogetto

Tenuto conto dei risultati dalla consultazione, rispetto all'avamprogetto il disegno prevede le seguenti novità:

Rapporto tra la procedura di fallimento nel foro della succursale e la procedura di fallimento ancillare: per risolvere le difficoltà che sorgono nel delimitare la procedura nel foro della succursale dalla procedura di fallimento ancillare senza rinunciare nel contempo a proteggere i creditori di una succursale, i crediti dei creditori della succursale sono considerati anche nella procedura di fallimento ancillare. Di contro, per evitare procedure parallele il diritto di chiedere l'esecuzione di una procedura di fallimento nel foro della succursale può essere esercitato soltanto prima della pubblicazione del riconoscimento del decreto straniero di fallimento. Poiché i loro crediti sono automaticamente considerati nella procedura di fallimento ancillare, i creditori della succursale non sono quindi più nella necessità di effettuare una procedura parallela e godono di una protezione equivalente e di una migliore posizione processuale.

Competenza per la procedura di fallimento ancillare: se in Svizzera vi è una succursale del debitore comune iscritta nel registro di commercio, l'istanza di riconoscimento del decreto di fallimento di tale debitore deve ora essere proposta al tribunale competente del foro della succursale (nuovo art. 167 cpv. 1 LDIP). Per i creditori è facile accertare quale sia tale foro. Inoltre, quest'ultimo agevola il coordinamento delle procedure ancillari di fallimento e di fallimento nel foro della succursale secondo l'articolo 50 capoverso 1 LEF; infatti le due procedure avranno luogo nel medesimo distretto giudiziario.

Decorso dei termini delle azioni revocatorie: si rinuncia ad adeguare, come prevedeva l'avamprogetto, l'articolo 171 LDIP sotto il profilo del decorso dei termini delle azioni revocatorie pauliane. Invece, l'articolo 288a LEF è integrato con un

nuovo numero 4. Come attesta il suo titolo marginale, questo articolo è dedicato al «computo dei termini», ragion per cui è la norma adeguata per precisare il decorso dei termini. La proposta precisazione prolunga i termini sospetti di cui agli articoli 284–288 LEF della durata di un'eventuale procedura di riconoscimento (cfr. n. 2.2).

Riconoscimento di decisioni straniere connesse con un'insolvenza: la normativa concernente il riconoscimento di decisioni straniere connesse con un'insolvenza è oggetto di importanti precisazioni rispetto all'avamprogetto. Da un lato la competenza in materia di riconoscimento è disciplinata con maggiore precisione e dall'altro il messaggio spiega concretamente l'ambito normativo della norma, vale a dire le azioni di cui si tratta. Infine, la protezione del convenuto con sede in Svizzera è consolidata ed è definito in modo più chiaro il campo d'applicazione dell'articolo 171 LDIP.

Menzione di una procedura pendente all'estero: il disegno rinuncia alla normativa prevista nell'avamprogetto per disciplinare il momento determinante e le condizioni della menzione nella graduatoria svizzera di una procedura pendente all'estero.

1.4 **Compatibilità tra i compiti e le finanze**

Le modifiche proposte nella procedura fallimentare con collegamenti internazionali non comportano un maggior onere poiché si presume che un eventuale aumento del numero delle procedure sarebbe compensato dalla semplificazione delle medesime.

1.5 **Diritto comparato e rapporto con il diritto europeo**

1.5.1 **Regolamento UE sull'insolvenza**

Lo spazio economico svizzero è strettamente interconnesso con quello europeo. Di conseguenza, in Svizzera le procedure di riconoscimento dei decreti di fallimento 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'insolvenza¹², come già si fa da più di 25 anni in materia di procedura civile generale con le convenzioni di Lugano del 1988¹³ e del 2007¹⁴.

Attualmente per la Svizzera è tuttavia prioritario 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 questi

¹² Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, GU L 141 del 5 giugno 2015, pag. 19

¹³ Convenzione del 16 settembre 1988 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, RS **0.275.11**

¹⁴ Convenzione del 30 ottobre 2007 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Convenzione di Lugano; CLug), RS **0.275.12**

ambiti, 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 in seguito accordi più dettagliati con l'UE o con altri Stati.

1.5.2 Legge tipo dell'UNCITRAL

La legge tipo dell'UNCITRAL sull'insolvenza transfrontaliera¹⁵ è stata adottata nel 1997. 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. In questo ordine di idee il disegno riprende gli elementi centrali della legge tipo dell'UNCITRAL ma non tutti. Integrare queste regole nella LDIP permette di rispettare le specificità del diritto di procedura elvetico e il carattere di codificazione generale della LDIP. Attuando il presente disegno, la Svizzera si collocherà tra gli Stati che, in tutta autonomia, hanno posto in essere la legge tipo e quindi lo standard internazionale più diffuso.

1.6 Attuazione

La revisione modifica direttamente la LDIP e la LEF. Occorre inoltre modificare la legge dell'8 novembre 1934 sulle banche (LBCR) e la legge del 19 giugno 2015 sull'infrastruttura finanziaria (LInFi) perché queste leggi speciali rimandano direttamente o indirettamente alle disposizioni generali di diritto fallimentare della LDIP ma non si vogliono applicare tutte le modifiche proposte nel presente disegno all'intero settore del mercato finanziario¹⁶ (cfr. n. 2.3 e 2.4).

2 Commento ai singoli articoli

2.1 Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato

Art. 166 cpv. 1 Condizioni di riconoscimento

Abolizione del requisito di reciprocità

Il requisito di reciprocità è originariamente stato inserito nella LDIP per promuovere la cooperazione internazionale. In quale misura questo obiettivo sia stato raggiunto è

¹⁵ Risoluzione ONU 52/158, consultabile all'indirizzo: www.uncitral.org > UNCITRAL Texts > Insolvency > Model laws > General Assembly resolution 52/158

¹⁶ Gli art. 138c LICol, 54d LSA e 88 LInFi rimandano all'art. 37g LBCR.

una questione tuttora aperta nella dottrina e nella giurisprudenza¹⁷; pare lecito affermare che non sia stato raggiunto.

Nella pratica, provare il rispetto del requisito di reciprocità incombe di regola alle parti e a tal fine sono necessari pareri costosi, anche nei casi in cui i beni in gioco sono di modesta entità. Tuttavia, secondo il diritto vigente, 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, la qual cosa fa perdere tempo prezioso durante il quale sarebbe ad esempio stato possibile procedere al risanamento di un'impresa.

Un eventuale non riconoscimento per non adempimento del requisito della reciprocità ha inoltre conseguenze negative per i creditori svizzeri e stranieri, poiché singole persone possono rivalersi sul patrimonio del debitore a detrimento dell'insieme dei creditori.

Il requisito di reciprocità non fornisce nemmeno una protezione nei confronti delle procedure di fallimento abusive (p. es. nei casi di espropriazioni celate senza indennizzo consecutive a crediti fiscali indebiti) poiché la valutazione si opera soltanto in base alle disposizioni sul riconoscimento dell'ordinamento straniero che non consentono di controllare la conformità della procedura con i principi dello Stato di diritto. Il diritto vigente concede una protezione sufficiente dalle procedure di fallimento dichiarate abusivamente o per motivi politici grazie alla necessità di riconoscimento della graduatoria (art. 173) e alla riserva dell'ordine pubblico che nel diritto dell'insolvenza non tutela soltanto i diritti delle parti alla procedura di riconoscimento ma anche, complessivamente, gli interessi dell'insieme dei creditori.

Pertanto il requisito di reciprocità, rivelatosi inefficiente e inetto a impedire gli abusi, va soppresso senza essere sostituito.

Competenza indiretta

Il diritto vigente permette di riconoscere in Svizzera soltanto i decreti stranieri di fallimento resi nello Stato di domicilio del debitore o nello Stato in cui la società ha sede (art. 21 LDIP). Tuttavia, secondo molti ordinamenti giuridici esteri la competenza per avviare la procedura di fallimento è attribuita ai tribunali dello Stato sul cui territorio si trova il centro dei principali interessi del debitore. La nuova lettera c permette di riconoscere anche i decreti di fallimento resi in questi Stati.

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 accertato 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 corrisponde a quella dell'articolo 3 paragrafo 1 del regolamento UE relativo alle procedure d'insolvenza¹⁸ e alla giurisprudenza resa in tal merito¹⁹; ciò è positivo

¹⁷ DTF 137 III 570 consid. 3 pag. 576

¹⁸ Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, GU L 141 del 5 giugno 2015, pag. 19

¹⁹ CGUE, sentenza del 2 maggio 2006 – Rs. C-341/04 («Eurofood/Parmalat») nonché sentenza del 20 ottobre 2011 – Rs. C-396/09 («Interedil»)

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. In tale contesto rinunciamo a inserire una definizione esplicita nella legge.

Per tutelare le legittime aspettative del debitore e del creditore, 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 le sole competenti. Di conseguenza, la procedura d'insolvenza nei confronti di una società incorporata in Svizzera deve avvenire in Svizzera anche se il centro degli interessi si trova all'estero. Comunque, in questi casi l'articolo 174b può consentire di coordinare il procedimento principale svizzero con l'eventuale procedimento parallelo straniero.

Se il riconoscimento del decreto di fallimento è richiesto sia dallo Stato straniero della sede statutaria sia dallo Stato straniero della sede di fatto, il tribunale deve applicare le regole generali (art. 27 cpv. 2 lett. c LDIP: priorità temporale ed esame dei presupposti del riconoscimento).

Necessità del riconoscimento e competenza di chiederlo

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 (LEF) 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 tutte le parti coinvolte. Il disegno estende pertanto al debitore la competenza di presentare domanda di riconoscimento.

Al debitore che non è stato privato dell'amministrazione («debtor in possession», «Schuldner in Eigenverantwortung»), 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 dell'insolvenza straniera, se i loro ruoli sono analoghi sotto il profilo funzionale. Di conseguenza, anche il debitore non privato dell'amministrazione può presentare richiesta di riconoscimento del decreto straniero di fallimento (e della procedura d'insolvenza).

Art. 166 cpv. 2 Momento della richiesta di procedura di fallimento nel foro della succursale

I capoversi 2 e 3 dell'articolo 166 disciplinano il rapporto tra la procedura di fallimento ancillare e la procedura di fallimento nel foro della succursale. Il disegno si attiene alla nozione di succursale utilizzato nel testo di legge vigente. Si tratta delle succursali tenute a farsi iscrivere nel registro di commercio ai sensi dell'articolo 935

capoverso 2 CO²⁰, nella misura in cui sono effettivamente iscritte e soggiacciono di conseguenza all'esecuzione in via di fallimento nel luogo in cui sono iscritte (art. 50 cpv. 1 LEF)²¹.

Per incrementare l'efficienza delle procedure il disegno crea una migliore sintonia tra la procedura di fallimento nel foro della succursale e la procedura di fallimento ancillare. Per poter chiedere una procedura di fallimento nel foro della succursale sarà ora determinante il momento della pubblicazione del riconoscimento del decreto straniero di fallimento: prima di questo momento è possibile chiedere una tale procedura, in seguito non più (capoverso 2). Questa normativa intende evitare procedure parallele. Se il riconoscimento è rifiutato, la procedura di fallimento nel foro della succursale rimane possibile.

Il rinvio temporale e la limitazione nel tempo della possibilità di chiedere l'avvio della procedura di fallimento nel foro della succursale sono compensati dal fatto che, secondo il disegno, è tenuto conto dei crediti dei creditori della succursale anche nella procedura di fallimento ancillare (art. 172 cpv. 1 lett. c). In questo modo, il loro livello di protezione rimane intatto; nel contempo viene loro concesso un importante vantaggio processuale poiché non sono più sistematicamente tenuti a chiedere essi stessi una procedura di fallimento nel foro della succursale e di conseguenza non sono tenuti a versare il relativo anticipo delle spese. I doppioni e le difficoltà di delimitazione tra la procedura di fallimento nel foro della succursale e la procedura di fallimento ancillare possono così essere evitati.

Art. 166 cpv. 3 Rapporto con le procedure di fallimento nel foro della succursale già aperte

Il capoverso 3 è dedicato al caso in cui, nel momento in cui viene presentata la richiesta di riconoscimento di un fallimento straniero in Svizzera, contro il medesimo debitore, è già stata aperta una procedura di fallimento nel foro della succursale. Per motivi di economia procedurale, il disegno prevede che la procedura di fallimento nel foro della succursale possa essere sospesa fino a un dato stadio della procedura (se non è troppo avanzata). Infatti, la procedura di fallimento ancillare secondo l'articolo 172 capoverso 1 lettera c tiene conto dei crediti annunciati in tale procedura evitando così due procedure parallele.

Il termine entro il quale può essere effettuata una tale integrazione del fallimento nel foro della succursale nella procedura di fallimento ancillare è quello indicato nell'articolo 250 capoverso 1 LEF per la proposizione dell'azione di contestazione della graduatoria. Dopo tale termine, la graduatoria del fallimento nel foro della succursale è di regola definitiva in tutto o in parte, di modo che il patrimonio della succursale è già stato distribuito o, nei suoi confronti, sussistono per lo meno fondate aspettative dei creditori della succursale. In favore di tale soluzione vi sono anche considerazioni pratiche e di economia procedurale, secondo cui la procedura di fallimento nel foro della succursale deve essere sospesa e confluire nel fallimento ancillare soltanto se non è progredita troppo oltre.

²⁰ RS 220

²¹ DTF 79 III 15 consid. 2; 107 III 53 consid. 5

Le spese sostenute fino alla sospensione della procedura nel foro della succursale vanno computate nelle spese del fallimento ancillare. Un eventuale anticipo versato dai creditori della succursale che hanno presentato la richiesta dovrebbe inoltre essere loro rimborsato. I relativi costi vanno considerati nell'anticipo delle spese eventualmente previsto per la procedura di fallimento ancillare.

Se, nel momento della presentazione della richiesta di riconoscimento del decreto straniero di fallimento, la procedura di fallimento nel foro della succursale ha già oltrepassato lo stadio procedurale menzionato nell'articolo 250 capoverso 1 LEF, la fiducia dei creditori della succursale nella validità della graduatoria di tale procedura fallimentare viene tutelata e tale fallimento non viene sospeso ma portato avanti. In questo caso, come nel diritto attuale, il fallimento ancillare riguarda soltanto un'eventuale eccedenza del fallimento nel foro della succursale. Occorre rispettare l'obbligo di coordinamento delle autorità e dei giudici svizzeri coinvolti secondo l'articolo 4a LEF e la possibilità di collaborare con le autorità e gli organi stranieri secondo l'articolo 174b LDIP.

Art. 167 cpv. 1 e 2 Foro della sede della succursale

Insieme alla nuova normativa sul rapporto tra fallimento nel foro della succursale e fallimento ancillare viene introdotta anche una nuova norma sul foro. In tutti i casi in cui il debitore ha in Svizzera una succursale iscritta nel registro di commercio, la richiesta di riconoscimento deve essere presentata nel luogo in cui è iscritta, vale a dire al tribunale competente per luogo e per materia. Si tratta di un foro imperativo ed esclusivo.

Questo luogo è facile da determinare e corrisponde alle aspettative del creditore di una succursale. Inoltre, di regola si tratta del luogo d'esecuzione previsto nell'articolo 50 capoverso 1 LEF, la qual cosa semplifica l'integrazione e la transizione da un fallimento già avviato nel foro della succursale a un fallimento ancillare.

Se la succursale non è iscritta nel registro di commercio, il luogo di situazione dei beni vale come foro. Anche nel caso in cui una società con sede all'estero non iscrive la sua succursale nel registro di commercio il foro di una procedura ancillare sarebbe situato ad esempio nel luogo in cui sono situati i suoi uffici o nel luogo in cui la succursale ha contratto obbligazioni.

Se una società con sede all'estero ha iscritto più di una succursale in Svizzera, il primo giudice adito della domanda di riconoscimento è competente (cpv. 2).

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 LEF)²². Finora la LDIP non è stata adeguata in conseguenza. La prassi e la dottrina sopperiscono a questa situazione

²² RU 1995 1227; FF 1991 III 1

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 il disegno rimanda direttamente alla procedura sommaria. Diversamente dall'articolo 231 capoverso 1 LEF, la procedura sommaria della LDIP non dipende 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 possibile²³. L'amministrazione straniera del fallimento o un creditore con diritto a essere ammesso nella graduatoria secondo l'articolo 172 capoverso 1 devono pertanto avere la possibilità di chiedere la procedura ordinaria. La parte richiedente deve prestare una cauzione sufficiente per coprire le spese presumibili. Questa regola è ripresa per analogia dall'articolo 231 capoverso 2 LEF. Se non vi è richiesta in tal senso, l'ufficio dei fallimenti applica la procedura sommaria.

Art. 172 Graduatoria

Nel capoverso 1 lettera a della versione tedesca il termine «pfandversichert» è sostituito dal termine «pfandgesichert» già utilizzato nella lettera b; si riprende la terminologia dell'articolo 219 LEF. Si tratta di una mera modifica redazionale che non cambia il contenuto della disposizione. Come finora, la disposizione si applica ai beni messi in pegno in Svizzera.

La lettera c prevede che anche i crediti dei creditori della succursale siano inseriti nella graduatoria, si tratta di crediti nei confronti della succursale per i quali il debitore soggiace all'esecuzione per via di fallimento in Svizzera. Ne fanno parte anche i crediti di terza classe secondo l'articolo 219 LEF, come per esempio i crediti dei fornitori, o fornitori di servizi della succursale e di coloro che vi hanno eseguito lavori. Nella procedura di fallimento ancillare è ora tenuto conto dei crediti di questi creditori della succursale senza che debbano chiedere una procedura di fallimento nel foro della succursale, il che migliora la loro posizione processuale rispetto al diritto vigente. Il disegno elimina i doppioni del diritto attuale e risolve le difficoltà di delimitare le procedure di fallimento ancillare e nel foro della succursale. Nel diritto vigente non è ad esempio chiaro se la massa del fallimento nel foro della succursale comprende soltanto i beni della succursale o tutti i beni del debitore poiché la succursale non è una persona giuridica e non rappresenta quindi un'entità patrimoniale indipendente. La soluzione proposta dal disegno rende queste questioni caduche: la massa del fallimento comprende sempre i beni del debitore situati in Svizzera, a prescindere dal fatto che, sotto il profilo economico, vadano attribuiti alla sede principale o alla succursale.

Secondo il diritto vigente soltanto i creditori privilegiati e i creditori pignorati hanno diritto di contestare la graduatoria. Ciò ha per conseguenza una lacuna nella normativa poiché anche gli interessi dell'amministrazione straniera del fallimento (e quindi gli interessi dell'insieme dei creditori) possono essere pregiudicati dal collocamento in graduatoria di un preteso credito privilegiato. Di conseguenza, la titolari-

²³ DTF 121 III 143

tà dell'azione di contestazione della graduatoria è estesa all'amministrazione straniera del fallimento.

Art. 174a cpv. 1 e 2 Rinuncia alla procedura di fallimento ancillare

Secondo il diritto vigente, ogni volta che viene riconosciuto un decreto straniero di fallimento è imperativo eseguire un fallimento ancillare in Svizzera per proteggere i creditori privilegiati. Per motivi di economia procedurale il disegno prevede l'esecuzione di una procedura di fallimento ancillare soltanto se è effettivamente necessario per proteggere i creditori privilegiati. Se non sussiste un tale bisogno di protezione, si può rinunciare a tale procedura fallimentare e i beni situati in Svizzera sono messi a disposizione della massa straniera senza che vi sia una procedura indigena di fallimento ancillare. La LDIP riconosce già oggi questo modo di procedere per le procedure di risanamento²⁴.

La condizione per rinunciare a eseguire una procedura di fallimento ancillare è un'istanza dell'amministrazione straniera del fallimento. Infatti, per motivi pratici, tale rinuncia non sarebbe possibile se l'amministrazione straniera non fosse disposta a partecipare.

Soltanto dopo l'avviso ai creditori si può decidere se sia possibile rinunciare alla procedura ancillare e quali standard di protezione debbano essere applicati dal tribunale. L'avviso ai creditori deve comprendere sia i creditori secondo l'articolo 172 suscettibili di essere ammessi nella graduatoria sia i rimanenti creditori del debitore straniero domiciliati in Svizzera.

Rinunciare alla procedura di fallimento ancillare possibile soltanto se nessun creditore suscettibile di essere collocato in graduatoria secondo l'articolo 172 capoverso 1 si è annunciato in seguito all'avviso ai creditori. L'amministrazione del fallimento straniero possiede una certa influenza su questa situazione. Se ha un interesse che non vi sia procedura di fallimento ancillare, può ad esempio rimborsare i creditori secondo l'articolo 172 affinché rinuncino a presentare i loro crediti.

Se non si manifestano né creditori secondo l'articolo 172 capoverso 1 né creditori del debitore domiciliati in Svizzera, dopo essere stato avvisato dall'ufficio dei fallimenti, il tribunale può senz'altro rinunciare al fallimento ancillare.

Se non si sono manifestati creditori secondo l'articolo 172 capoverso 1 ma si sono annunciati altri creditori domiciliati in Svizzera, il tribunale deve esaminare se il procedimento straniero tiene adeguatamente conto dei loro crediti. Sono in tal modo protetti i creditori non pignorati della terza classe (art. 219 cpv. 4 LEF) che sono domiciliati in Svizzera, con l'eccezione dei creditori della succursale già coperti dall'articolo 172 capoverso 1 lettera c. A tale riguardo il tribunale deve applicare i criteri di valutazione dell'articolo 173 capoverso 3 LDIP (parità di trattamento dei creditori indigeni e stranieri), che corrispondono a quelli dell'articolo 37g LBCR. Sotto il profilo procedurale, l'articolo 174a capoverso 2 lascia al tribunale un margine di manovra più ampio dell'articolo 173, perché non presuppone il riconoscimento della graduatoria straniera. Il tribunale potrà continuare, applicando per analogia l'articolo 173, a vincolare la restituzione dei beni al riconoscimento della graduato-

²⁴ DTF 140 III 379 consid. 4.2.1 pag. 383

ria straniera definitiva verificando in tal modo la parità di trattamento tra creditori indigeni e stranieri. Se gli interessi dell'insieme dei creditori e l'efficienza della procedura lo fanno apparire opportuno, il tribunale potrà in futuro ritenere sufficienti anche altre prove della parità di trattamento, ad esempio perizie, garanzie o la conoscenza della parità dei crediti indigeni e stranieri nel diritto procedurale straniero. Tale potrebbe per esempio essere il caso se i beni in Svizzera vanno messi rapidamente a disposizione della massa straniera per permettere una realizzazione più favorevole nell'ambito di un concordato o della vendita di un'impresa.

Art. 174a cpv. 3 Oneri e condizioni

La decisione di rinunciare al fallimento ancillare può essere corredata di 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. Entra pure in linea di conto il trasferimento di eventuali proventi di realizzazioni o proventi su un conto bloccato fino alla presentazione dei conti.

Art. 174a cpv. 4 Competenze dell'amministrazione straniera del fallimento

In caso di rinuncia all'esecuzione di una procedura di fallimento ancillare, l'amministrazione del fallimento straniero – fatti salvi eventuali oneri secondo il capoverso 3 – può esercitare le competenze che le spettano secondo il diritto dello Stato in cui è stato dichiarato il 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 del Codice penale (CP)²⁵.

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 LDIP).

Le competenze dell'amministrazione straniera del fallimento non comprendono l'esercizio di attività sovrane²⁶. Per stabilire quali atti vadano considerati sovrani 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.

Ulteriori restrizioni risultano dalle eventuali condizioni e oneri secondo il capoverso 3.

²⁵ RS 311.0

²⁶ Cfr. art. 21 par. 3 regolamento UE sull'insolvenza.

Art. 174b Coordinamento

Se più procedure di fallimento di un debitore sono eseguite nello stesso tempo (p. es. in parallelo una procedura di fallimento nel foro della succursale e una procedura di fallimento ancillare), o se più società di un gruppo sono coinvolte in un fallimento in Svizzera e all'estero, i servizi interessati devono poter 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»). Siffatto coordinamento è noto nel diritto vigente anche se non ha una base legale espressa.

La disposizione in materia di coordinamento proposta dal disegno è volutamente formulata in modo molto generale, 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. Possono essere oggetto del coordinamento soltanto gli atti che le autorità e gli organi d'esecuzione interessati sono abilitati a compiere. Vanno inoltre rispettati gli eventuali diritti processuali delle parti.

La nozione di «coordinamento» va intesa in modo ampio e comprende segnatamente tutte le forme di collaborazione indicate negli articoli 25–27 della legge modello dell'UNCITRAL, compresi gli esempi menzionati nell'articolo 27 (p. es. coordinamento di procedure pendenti contemporaneamente; coordinamento dell'amministrazione e della sorveglianza dei beni e degli affari del debitore)²⁷. La competenza di coordinare le questioni procedurali direttamente con un'autorità straniera comprende anche la competenza di comunicare direttamente con tale autorità. La trasmissione di informazioni deve tuttavia rispettare eventuali restrizioni in materia di protezione dei dati e di protezione del segreto.

La nozione di «autorità e organi» include anche l'amministrazione straniera non ufficiale del fallimento. L'articolo 174b LDIP vale anche per i procedimenti principali nazionali che presentano un collegamento con una procedura di fallimento straniera (p. es. in seno a un gruppo).

Alle procedura 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.

²⁷ Per l'interpretazione di queste disposizioni si rimanda alla «Legislative Guide on Insolvency - Treatment of enterprise groups in insolvency» dell'UNCITRAL, consultabile all'indirizzo www.uncitral.org > UNCITRAL Texts > Insolvency > Legislative guides and recommendations e all'«UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation (2009)» consultabile all'indirizzo www.uncitral.org > UNCITRAL Texts > Insolvency > Explanatory texts.

Art. 174c Riconoscimento di decisioni straniere su azioni revocatorie e di 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 strettamente collegate con quest'ultima sotto il profilo materiale. I principali casi di applicazione sono le azioni revocatorie²⁸ 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.

Il diritto vigente non prevede il riconoscimento di decisioni connesse con un fallimento e da esso risultanti. Queste decisioni non entrano nel campo d'applicazione della convenzione di Lugano (art. 1 cpv. 2 lett. b CLug)²⁹. Inoltre, in considerazione della loro prossimità con le procedure di esecuzione forzata, anche la LDIP ne esclude il riconoscimento³⁰.

Il disegno prevede il riconoscimento e la successiva esecuzione delle decisioni straniere concernenti azioni revocatorie promosse nel contesto di un fallimento³¹. Per quanto riguarda le condizioni generali del riconoscimento di siffatte decisioni si rimanda agli articoli 25–27 LDIP.

Perché vi sia competenza indiretta occorre che la decisione sia stata presa nello Stato della relativa procedura di fallimento o sia riconosciuta in tale Stato se è stata presa in uno Stato terzo. In tal modo si vuole impedire che vi sia un'erosione dell'intesa internazionale sulle decisioni e siano riconosciute in Svizzera decisioni contraddittorie.

Il riconoscimento è sempre escluso se il convenuto nel momento dell'introduzione della procedura straniera era domiciliato in Svizzera, o vi aveva sede. Contro un convenuto domiciliato in Svizzera si procede quindi conformemente all'articolo 171 LDIP per quanto concerne le azioni revocatorie e le azioni analoghe (art. 289 LEF).

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

Se si rinuncia a eseguire una procedura di fallimento ancillare (art. 174a), 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.

²⁸ DTF 140 III 320

²⁹ DTF 140 III 320

³⁰ DTF 135 III 127

³¹ Cfr. art. 32 regolamento UE sull'insolvenza.

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 dal disegno. 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.

Diritto transitorio

Il diritto transitorio è definito nelle disposizioni generali degli articoli 196–199 LDIP. Concretamente, in applicazione di questi articoli, le decisioni straniere pronunciate prima dell'entrata in vigore del presente disegno che non potevano essere riconosciute secondo il diritto vigente dovranno esserlo in virtù del nuovo diritto³².

2.2 Legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento

Art. 288a Termini dell'azione di riconoscimento

Secondo il diritto vigente i termini sospetti sono connessi con la pubblicazione della decisione di riconoscimento. Questo momento dipende dalla durata della procedura di riconoscimento ed è quindi connesso con un momento sul quale né il creditore né l'amministrazione del fallimento straniero hanno alcuna influenza.

Il nuovo numero 4 dell'articolo 288a LEF prevede che i termini sospetti sono sospesi durante la procedura di riconoscimento, concretamente dal giorno della presentazione della domanda di riconoscimento fino al giorno della pubblicazione secondo l'articolo 169 LDIP.

Sebbene sotto il profilo dogmatico il momento dell'apertura della procedura svizzera di fallimento ancillare rappresenti il collegamento temporale più pertinente, considerazioni di praticabilità rendono preferibile collegare i termini in modo uniforme al momento della pubblicazione, facile da accertare anche per i terzi.

In virtù dell'articolo 170 capoverso 2 i termini di prescrizione dell'articolo 292 LEF continuano a essere retti dall'articolo 169 LDIP.

2.3 Legge dell'8 novembre 1934 sulle banche

Art. 37g cpv. 4bis

In ambito bancario la procedura di fallimento nel foro della succursale e la procedura di fallimento ancillare devono essere nettamente separate in considerazione della particolare protezione dei creditori con depositi privilegiati presso le succursali svizzere (cfr. in proposito la garanzia dei depositi secondo gli articoli 37h segg.

³² DTF 115 III 148; sentenza del Tribunale federale 5A_285/2009 del 21 agosto 2009 consid. 2.1

LBCR). Detto questo, non tutte le modifiche procedurali proposte nel disegno di LDIP per il settore bancario sono pertinenti. Di conseguenza, la normativa della LDIP vigente riguardo alla procedura di fallimento nel foro della succursale deve essere ripresa nella legge sulle banche (art. 37g cpv. 4^{bis} LBCR).

Secondo l'articolo 37g capoverso 5 LBCR per il rimanente si applicano gli articoli 166–175 LDIP. Come finora questo rimando deve essere inteso con flessibilità e comprende soltanto le disposizioni effettivamente rilevanti nel settore bancario. Nel settore bancario l'articolo 172 capoverso 1 lettera c del disegno (menzione nella graduatoria dei crediti connessi con obbligazioni assunte per conto di una succursale), ad esempio, non è pertinente perché in tale settore la priorità della procedura di fallimento nel foro della succursale deve essere mantenuta a causa della garanzia dei depositi. Nel settore bancario non è necessario nemmeno l'articolo 174a (rinuncia all'esecuzione di una procedura di fallimento ancillare) perché tale rinuncia già è prevista nell'articolo 37g capoverso 2 LBCR. Inoltre, la FINMA decide secondo l'articolo 14 OIB-FINMA se convocare l'assemblea dei creditori, in deroga all'articolo 170 capoverso 3 del disegno.

Queste deroghe del diritto bancario alla LDIP si ripercuotono sulla legge del 23 giugno 2006 sugli investimenti collettivi e sulla legge del 17 dicembre 2004 sulla sorveglianza degli assicuratori, che rimandano all'articolo 37g LBCR.

2.4 **Legge del 19 giugno 2015 sull'infrastruttura finanziaria**

Art. 88 cpv. 1

Per quanto concerne le infrastrutture del mercato finanziario occorre adoperarsi per garantire a tutti i partecipanti (*clearing members*) la maggiore parità di trattamento possibile. L'eccezione alle disposizioni della LDIP nel settore bancario (art. 37g cpv. 4^{bis} LBCR) non deve pertanto ripercuotersi sulla legge sull'infrastruttura finanziaria la cui versione attuale rinvia all'intero articolo 37g LBCR. In questa legge speciale l'applicazione dell'articolo 37g cpv. 4^{bis} LBCR va pertanto esclusa.

3 **Ripercussioni**

3.1 **Ripercussioni per la Confederazione**

Il progetto non ha ripercussioni né sulle finanze né sull'effettivo del personale della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni.

È possibile che il numero delle istanze di riconoscimento di procedure straniere di fallimento aumenti leggermente (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

Il rapido ed efficiente disbrigo delle procedure di fallimento con collegamenti internazionali può contribuire a ridurre il rischio di perdite per i creditori interessati. Inoltre, la situazione giuridica dei creditori non privilegiati domiciliati in Svizzera migliora rispetto al diritto vigente. Poiché permettono e agevolano i risanamenti transfrontalieri di imprese, le nuove norme possono contribuire a mantenere posti di lavoro. Nel complesso si attendono quindi ripercussioni positive per l'economia svizzera.

Si rinuncia a un'analisi dell'impatto della regolamentazione, poiché non si prevedono ripercussioni negative né sull'economia né sulle imprese.

4 Programma di legislatura e strategie del Consiglio federale

Il progetto non è annunciato né nel messaggio del 27 gennaio 2016³³ sul programma di legislatura 2015–2019 né nel decreto federale del 14 giugno 2016³⁴ sul programma di legislatura 2015–2019. Si integra tuttavia nell'obiettivo 2 dell'indirizzo politico I («La Svizzera crea le migliori condizioni quadro economiche a livello nazionale sostenendo così la propria competitività»).

5 Aspetti giuridici

5.1 Costituzionalità

Il progetto di legge è fondato sull'articolo 122 capoverso 1 della Costituzione federale (Cost.)³⁵ che conferisce alla Confederazione la competenza di legiferare in materia di diritto civile e di procedura civile.

5.2 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera

In materia di fallimento internazionale, alcuni Cantoni sono attualmente vincolati dai seguenti trattati internazionali:

convenzione col Regno di Wurttemberg pei casi di fallimento, del 12 dicembre 1825/13 maggio 1826³⁶;

³³ FF **2016** 909

³⁴ FF **2016** 4605

³⁵ RS **101**

³⁶ Pubblicato nelle raccolte delle leggi cantionali, p. es. 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. Il Cantone di Glarona ha aderito a questa convenzione il 19 novembre 1859.

concordato fra diversi Cantoni e il Regno di Baviera nei casi di fallimento o di concorso, dell'11 maggio/27 giugno 1834³⁷;

convenzione seguita fra diversi Cantoni e il Regno di Sassonia per un reciproco trattato nei casi di concorso per fallimenti, del 4/18 febbraio 1837³⁸.

La validità di questi trattati è contestata, il che produce incertezza del diritto. I loro eventuali vantaggi (per esempio il riconoscimento automatico dei decreti di fallimento) sono 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 manifesto: 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 trattati.

Ad eccezione di uno, tutti i Cantoni che si sono espressi in merito a questi trattati internazionali nell'ambito della consultazione ne hanno chiaramente approvato l'abrogazione o la denuncia.

Con l'entrata in vigore della presente revisione intendiamo abrogare o denunciare, di mutuo accordo, i tre succitati trattati. La competenza a tale riguardo spetta al nostro Consiglio (art. 184 Cost.).

5.3 Forma dell'atto

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.

5.4 Delega di competenze legislative

Il disegno non prevede alcuna delega di competenze legislative. Nella misura in cui il disegno si basa sull'apprezzamento o su nozioni giuridiche indefinite, i tribunali e le autorità di applicazione del diritto sono competenti per concretizzarli.

³⁷ Pubblicato nelle raccolte delle leggi cantonali, p. es. *Bullettino ufficiale della Repubblica e Cantone del Ticino*, Vol. XV., Bellinzona, 1835, pag. 219. I Cantoni di Uri (luglio/agosto 1834), Zugo (luglio/agosto 1834) e Glarona (19 novembre 1859) hanno aderito in seguito a questo concordato.

³⁸ Pubblicato nelle raccolte delle leggi cantonali, p. es. *Bullettino ufficiale della Repubblica e Cantone del Ticino*, Vol. XVI., Bellinzona, 1838, pag. 165.

5.5 Protezione dei dati

La competenza di coordinare direttamente questioni di diritto procedurale con un'autorità straniera (art. 174*b* LDIP) comprende la competenza di comunicare direttamente con tale autorità. La trasmissione di informazioni deve rispettare eventuali restrizioni in materia di protezione dei dati o di tutela del segreto.