

Il riconoscimento dei decreti fallimentari esteri in Svizzera: presupposti e novità

La revisione della Legge federale sul diritto privato ha apportato delle notevoli semplificazioni alle normative sul riconoscimento di decreti fallimentari e concordati esteri



Patrick Fini

Avvocato – Junior Partner,
Studio legale e notarile,
Respini Jelmini Beretta Piccoli, Lugano

Nel presente contributo verranno esposti i presupposti per il riconoscimento dei decreti fallimentari esteri in Svizzera e saranno riassunte le novità introdotte con la revisione della LDIP. A seguito della novella legislativa è stato, in particolare, stralciato il criterio della reciprocità, è stata ampliata la competenza indiretta per i fallimenti esteri anche al luogo del centro degli interessi principali del debitore e, a determinate condizioni, è ora possibile rinunciare al cd. "fallimento ancillare" o "minifallimento" in Svizzera.

I. Introduzione	319
II. Il riconoscimento di un decreto fallimentare straniero in Svizzera	320
A. Presupposti.....	320
1. La pronuncia del fallimento nella sede o nel domicilio del fallito (competenza indiretta)	320
2. I beni in Svizzera.....	320
3. La legittimazione dell'istante a richiedere il riconoscimento.....	320
4. La produzione di un esemplare completo e autentico del decreto.....	321
5. L'esecutività del decreto di fallimento.....	321
6. L'assenza di incompatibilità con l'ordine pubblico svizzero materiale o formale	321
B. Le conseguenze del riconoscimento del decreto straniero in Svizzera	321
1. Il fallimento ancillare	321
2. La graduatoria.....	322
3. La ripartizione dell'utile e il riconoscimento della graduatoria straniera.....	322
C. La rinuncia alla procedura di fallimento ancillare.....	322
1. I presupposti	322
2. Le competenze dell'amministrazione straniera.....	323
III. Riflessioni conclusive	323

I. Introduzione

In Svizzera il riconoscimento dei fallimenti e concordati stranieri è disciplinato dalla Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP; RS 291), le cui norme ancorate nel Capitolo 11^[1] sono state oggetto di un'importante revisione entrata in vigore il 1° gennaio 2019^[2].

Le previgenti disposizioni di legge erano state oggetto di critiche sia dai professionisti che da buona parte della dottrina in quanto il precedente concetto era ritenuto rigido, poco pratico e con dei costi rilevanti^[3]. Il legislatore, nell'ambito della redazione del nuovo testo di legge, ha tenuto in considerazione le attuali normative europee sulla procedura di insolvenza e il modello UNCITRAL sull'insolvenza transfrontaliera^[4].

Diversamente dal diritto euro-unitario^[5] che prevede un riconoscimento automatico, in virtù del principio di territorialità, le procedure di insolvenza e i decreti fallimentari esteri non producono di per sé alcun effetto in Svizzera^[6].

[1] Si veda la Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP), Modifica del 16 marzo 2018, in: RU 2018 3263, in: <https://www.admin.ch/opc/it/official-Compilation/2018/3263.pdf> (consultato 05.10.2019).

[2] Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFPG), La revisione del diritto fallimentare internazionale entrerà in vigore il 1° gennaio 2019, Comunicato stampa, Berna, 14 settembre 2018, in: <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/it/home/aktuell/news/2018/2018-09-141.html> (consultato il 05.10.2019).

[3] RODRIGO RODRIGUEZ, Das revidierte internationale Konkursrecht des IPRG, in: Jusletter, 14. Januar 2019, n. 12 e citazioni ivi contenute; FRANCESCO NAEF, Plädoyer für ein flexibles Internationales Konkursrecht der Schweiz, 16 febbraio 2018, in: <http://www.csnlaw.com/wp/publication/pladoyer-fur-ein-flexibles-internationales-konkursrecht-der-schweiz/?lang=it> (consultato il 05.10.2019).

[4] Messaggio concernente la modifica della legge federale sul diritto internazionale privato (Capitolo 11: Fallimento e concordato), n. 17.038, del 24 maggio 2017, in: FF 2017 3531, <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2017/3531.pdf> (consultato il 05.10.2019) (cit.: Messaggio modifica LDIP).

[5] Regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza, in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R0848&from=IT> (consultato il 05.10.2019).

[6] Il Messaggio concernente una legge federale sul diritto internazionale privato (d.i.pr.), n. 82.072, del 10 novembre 1982, in: FF 1983 I 239, p. 425 (cit.: Messaggio LDIP), prevedeva tuttavia un principio di territorialità in forma attenuata. Il Tribunale federale ha in seguito riconosciuto delle deroghe a tale principio in determinate costellazioni (DTF 109 III 112 consid. 2; 37 II 587 consid. 3).

Solo a seguito del relativo riconoscimento di tali procedure e a determinate condizioni, l'amministrazione estera potrà disporre del patrimonio appartenente al debitore estero che è situato in Svizzera.

In particolare, il riconoscimento di un decreto straniero di fallimento deve di principio essere seguito da una procedura di fallimento in Svizzera: si tratta del cd. "fallimento ancillare" o anche "minifallimento"^[7], che costituisce una sorta di assistenza giudiziaria alla procedura estera. Il patrimonio situato in Svizzera serve in primo luogo a soddisfare eventuali creditori svizzeri, mentre l'eventuale eccedenza viene in seguito messa a disposizione dell'amministrazione straniera.

La revisione del Capitolo 11 della LDIP ha allentato i presupposti per il riconoscimento dei decreti stranieri e introdotto la possibilità di rinunciare al procedimento fallimentare ancillare.

Le novità più rilevanti sono le seguenti:

- semplificazione del riconoscimento dei decreti stranieri di fallimento, in particolare a seguito della soppressione del presupposto della reciprocità;
- riconoscimento dei fallimenti decretati nello Stato in cui era situato il centro degli interessi del debitore (cd. "COMI"^[8]);
- possibilità di rinuncia alla procedura di fallimento ancillare.

II. Il riconoscimento di un decreto fallimentare straniero in Svizzera

A. Presupposti

Nel seguito verranno esposti i presupposti per il riconoscimento di un decreto di fallimento straniero in Svizzera secondo la giurisprudenza (ticinese e del Tribunale federale) anche a fronte della revisione, senza tuttavia alcuna pretesa di esaustività sulle novità delle nuove norme della LDIP.

Per i combinati disposti degli artt. 166 cpv. 1 lett. a-c, 27 e 29 LDIP, nonché 167 cpv. 1 LDIP, il riconoscimento in Svizzera di un decreto di fallimento straniero presuppone^[9]:

- 1) la pronuncia del fallimento nello Stato di domicilio o di sede del fallito (competenza indiretta);
- 2) la presenza di beni della massa fallimentare nel circondario del giudice adito;

^[7] Dal tedesco "Mini-Kokurs", tale terminologia, tra gli altri, è stata utilizzata nella procedura giudiziaria di cui al riconoscimento del decreto di fallimento di Lehman Brothers, Securities N.V. in Svizzera sfociata nella sentenza TF n. 5A_415/2011 del 21 settembre 2011 consid. 2; per il Canton Ticino, da ultimo, la Sentenza della Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello (CEF) n. 14.2010.11 del 19 aprile 2010 consid. 2.

^[8] *Center of main interest*, concetto ripreso tra gli altri dal diritto europeo secondo cui il centro gli interessi di una società o di una persona fisica non deve combaciare necessariamente con la sede statutaria o con la residenza abituale. L'art. 3 del Regolamento 2015/848/UE prevede che "il centro degli interessi principali è il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi", che è presunto essere presso la sede legale. Per le persone fisiche, sempre secondo il regolamento europeo, tale centro degli interessi è presunto essere alla loro residenza abituale.

^[9] Sentenze CEF n. 14.2017.201 del 16 marzo 2018 consid. 3; n. 14.2001.40 del 15 settembre 2004 consid. 3.

- 3) la legittimazione dell'istante a chiedere il riconoscimento;
- 4) la produzione di un esemplare completo ed autentico del decreto fallimentare straniero all'istanza di riconoscimento;
- 5) l'esecutività del decreto fallimentare nello Stato in cui è stato pronunciato;
- 6) l'assenza di motivi di incompatibilità con l'ordine pubblico svizzero materiale o formale.

La revisione della LDIP ha soppresso il presupposto della reciprocità con il diritto straniero che non è, dunque, più richiesto. Tale criterio è stato abbandonato in quanto spesso rendeva necessaria la produzione di costose perizie con conseguente dilazione della procedura di riconoscimento^[10].

1. La pronuncia del fallimento nella sede o nel domicilio del fallito (competenza indiretta)

Il riconoscimento di una decisione fallimentare estera è subordinato al controllo della cd. "competenza indiretta" dell'autorità che l'ha pronunciata: ossia l'autorità estera deve avere la competenza nello Stato in cui il debitore aveva il domicilio o la sede.

A seguito della novella legislativa, secondo l'art. 166 cpv. 1 lett. c cifra 2 LDIP, la competenza indiretta è data anche se il decreto straniero è stato pronunciato nello Stato nel quale era situato il centro degli interessi principali del debitore, tuttavia a condizione che questi non fosse domiciliato in Svizzera al momento dell'apertura della procedura straniera. La revisione della LDIP prevede ora il principio del COMI, concetto ripreso dal diritto euro-unitario e dal modello UNCITRAL che oggi è largamente diffuso^[11]. Dunque, in particolare, non è più riconosciuto soltanto il decreto fallimentare emesso alla sede statutaria o del domicilio del debitore, ma anche quello emanato nello Stato in cui era situato il centro dei suoi interessi principali^[12].

2. I beni in Svizzera

In virtù dell'art. 167 cpv. 1 LDIP, il riconoscimento in Svizzera di un fallimento straniero presuppone che vi siano beni della massa fallimentare nel circondario del giudice adito. È sufficiente rendere verosimile tale presupposto^[13].

3. La legittimazione dell'istante a richiedere il riconoscimento

Sono legittimati a richiedere il riconoscimento del decreto straniero l'amministrazione straniera del fallimento^[14], il

^[10] Messaggio modifica LDIP (nota 4), p. 3540.

^[11] Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP), Rapporto esplicativo della modifica della legge federale sul diritto internazionale privato (fallimento e concordato), in: https://urly.it/32_v4 (consultato il 05.10.2019), p. 9 (cit. Rapporto esplicativo modifica LDIP).

^[12] Tuttavia 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 (Messaggio modifica LDIP [nota 4], p. 3542).

^[13] Sentenza TF n. 5P.284/2004 del 19 ottobre 2004 consid. 4.2; Sentenza CEF n. 14.2009.41 del 26 maggio 2009 consid. 3.2.

^[14] La giurisprudenza e la dottrina riconoscono ad es. i curatori regolarmente nominati (Sentenza CEF n. 14.2017.201 del 16 marzo 2018 consid. 6) e, più in generale, le autorità che amministrano, realizzano e distribuiscono il patrimonio del fallito (SEPHEN V. BERTI/RAMON MABILLARD, N 19 ad art. 166 LDIP, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (a cura di), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, Basilea 2013), determinante

debitore o un creditore (art. 166 cpv. 1 LDIP). Il riconoscimento d'ufficio è tutt'ora escluso[15].

L'amministrazione straniera che compie atti in Svizzera senza previo riconoscimento del decreto estero può, a determinate condizioni, essere penalmente perseguibile ai sensi dell'art. 271 del Codice penale (CP; RS 311.0). Ciò potrebbe essere ad es. il caso allorquando l'amministrazione straniera invia delle ingiunzioni a dei debitori in Svizzera con la comminatoria di misure coercitive che sono assimilabili a degli atti di sovranità[16].

Secondo il nuovo tenore di legge, che è stato adeguato alla Legge federale sulle esecuzioni e fallimenti (LEF; RS 281.1)[17], anche il debitore stesso può richiedere il riconoscimento del decreto di fallimento straniero tuttavia a condizione che non sia stato privato dell'amministrazione a seguito della procedura fallimentare straniera (cd. "*debtor in possession*") [18]. Tale legittimazione appare interessante nella costellazione in cui la procedura di insolvenza estera, non ancora sfociata nel fallimento, necessita di liquidità per procedere ad es. con un risanamento della società debitrice[19].

4. La produzione di un esemplare completo e autenticato del decreto

Unitamente all'istanza è necessario produrre un esemplare completo ed autenticato del decreto di fallimento. Inoltre, l'autorità svizzera invocata necessita di un'attestazione dell'esecutività del decreto stesso[20]. È sufficiente una fotocopia dell'originale, laddove la conformità all'originale è accertata dal timbro e dalla firma di un funzionario giudiziario. Tale autenticazione è sufficiente ai sensi dell'art. 29 cpv. 1 lett. a LDIP (applicabile per il rinvio dell'art. 167 cpv. 1 LDIP), poiché il Messaggio del Consiglio federale relativo a tale norma precisa che "*l'autenticazione dev'essere fatta dall'autorità giudicante*" [21]. Non è pertanto necessario che il decreto di fallimento da delibare sia munito della postilla della Convenzione dell'Aia del 5 ottobre 1961 (RS 0.172.030.4) che sopprime la legalizzazione degli atti pubblici esteri[22].

5. L'esecutività del decreto di fallimento

A differenza del riconoscimento di sentenze straniere, non è necessario un passaggio in giudicato formale del decreto di

fallimento, ossia che debba essere definitivo[23]. L'esecutività è data allorquando il decreto di fallimento straniero esplica subito e senza ulteriori formalità i suoi effetti. L'esecutività è determinata dal decreto stesso e dalle norme che lo regolano, in particolare nell'istanza di riconoscimento va esplicitamente riportato quale sia l'effetto di un'eventuale impugnativa sul relativo giudizio[24].

Il dispositivo del decreto oggetto di riconoscimento deve indicare la provvisoria esecutività della stessa oppure l'esecutività deve emergere da un disposto di legge secondo cui un'eventuale impugnazione non ne sospende l'efficacia esecutiva. Secondo la giurisprudenza della CEF un decreto provvisoriamente esecutivo che è oggetto di impugnativa senza effetto sull'esecutività è da ritenersi esecutivo ai sensi della LDIP[25].

6. L'assenza di incompatibilità con l'ordine pubblico svizzero materiale o formale

Il riconoscimento del decreto di fallimento estero non deve essere incompatibile con l'ordine pubblico materiale o formale svizzero (art. 166 cpv. 2 lett. b in combinato disposto con l'art. 27 cpv. 1 e 2 LDIP). In caso di sentenza contumaciale, all'istanza dev'essere allegato un documento dal quale risulti che la parte contumace è stata citata regolarmente secondo il diritto della sua dimora abituale o della sua sede ed in tempo congruo per presentare le proprie difese.

Una violazione dell'ordine pubblico svizzero materiale è data allorquando il riconoscimento del decreto di fallimento estero diverge dai principi fondamentali del diritto fallimentare svizzero, segnatamente in caso di ingiustificata discriminazione dei creditori nella procedura estera (ad es. sulla base di criteri razziali, di genere o simili) oppure di un fallimento fittizio o simulato. Tale violazione è ravvisabile d'ufficio[26].

Si è, invece, confrontati con una violazione dell'ordine pubblico formale segnatamente in assenza di citazione o di notifica della sentenza, della violazione del diritto di essere sentito, o in presenza di litispendenza o di *res iudicata*. La violazione formale viene esaminata soltanto ad istanza di parte[27].

B. Le conseguenze del riconoscimento del decreto straniero in Svizzera

1. Il fallimento ancillare

Di principio, il riconoscimento del decreto straniero di fallimento comporta, per i beni del debitore situati in Svizzera, le conseguenze giuridiche del fallimento previste dal diritto svizzero (art. 170 cpv. 1 LDIP). Il fallimento comporta in particolare che tutti i beni pignorabili spettanti al debitore al momento della dichiarazione di fallimento formano, dovunque si trovino, un'unica massa destinata al comune soddisfacimento

per la qualifica è il diritto estero in cui è avvenuto il fallimento (DTF 135 III 666 consid. 3.2.2).

[15] Messaggio modifica LDIP (nota 4), p. 3542; la dottrina è spaccata in merito alla possibilità di riconoscere d'ufficio un decreto di fallimento di una banca straniera, cfr. BERTI/MABILLARD (nota 14), N 23a ad art. 166 LDIP, vedi però Ordinanza FINMA Anerkennung von ausländischen Bankeninsolvenzverfahren ohne Durchführung eines Partikularverfahrens in der Schweiz, del 28 agosto 2012, in: Bulletin 4/2013, n. 20, https://urly.it/32_v9 (consultato il 05.10.2019).

[16] RODRIGUEZ (nota 3), p. 8.

[17] Che prevede la facoltà del debitore stesso di richiedere il proprio fallimento (cfr. art. 191 LEF).

[18] Messaggio modifica LDIP (nota 4), p. 3542.

[19] VERONIKA C. TIEFENHALTER, Das neue internationale Insolvenzrecht in der Schweiz, in: ZIK n. 2019/10, p. 19.

[20] BERTI/MABILLARD (nota 14), N 16 ad art. 167 LDIP.

[21] Messaggio LDIP (nota 6), p. 306.

[22] Sentenza CEF n. 14.2009.41 del 26 maggio 2009 consid. 3.5.

[23] DTF 126 III 103 consid. 2.

[24] BERTI/MABILLARD (nota 14), N 26 ad art. 166 LDIP.

[25] Sentenze CEF n. 14.2006.35 del 24 aprile 2007 consid. 3.6; Sentenza CEF del 26 maggio 2009, inc. n. 14.2009.41, consid. 3.6.

[26] BERTI/MABILLARD (nota 14), N 28 e 29 ad art. 166 LDIP.

[27] Cfr. DANIEL STAEHELIN, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff IPRG), Basilea 1989, p. 60 ss.

dei creditori (art. 197 cpv. 1 LEF). In particolare, sono oggetto della massa del fallimento ancillare tutti i beni del debitore che al momento del riconoscimento del decreto estero si trovano in Svizzera, inclusi quelli oggetto di pignoramento e sequestro che ancora non sono stati realizzati[28].

La nuova norma di cui all'art. 170 cpv. 3 LDIP specifica ora che la massa è liquidata con una procedura sommaria ai sensi dell'art. 231 LEF, colmando così un'insicurezza giuridica venutasi a creare in precedenza[29]. È data inoltre facoltà all'amministrazione straniera del fallimento o di taluni creditori di richiedere l'applicazione della procedura ordinaria anticipandone le relative spese (art. 170 cpv. 3 LDIP).

Ricevuta la disposizione giudiziaria, l'Ufficio fallimenti pubblicherà sul Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC) l'avvenuto riconoscimento in Svizzera del decreto di fallimento estero in cui sarà contenuta anche una grida in cui i creditori saranno invitati a voler annunciare i propri crediti (art. 232 cpv. 2 cifra 2 LEF).

2. La graduatoria

Allo scadere del termine per l'insinuazione dei crediti, sarà allestita la graduatoria, ossia un elenco dei crediti secondo il loro ordine di rango e con l'indicazione se garantiti o meno da pegno. In particolare, l'art. 172 cpv. 1 LDIP, prevede che la graduatoria nel fallimento ancillare debba menzionare:

- a) i crediti garantiti da pegno, inclusi quelli dei creditori non domiciliati in Svizzera;
- b) i crediti non garantiti da pegno, ma privilegiati, di creditori domiciliati in Svizzera, ossia quelli di prima e seconda classe ai sensi dell'art. 219 cpv. 4 LEF;

La novella legislativa ha inoltre introdotto anche i seguenti crediti nella graduatoria:

- c) i crediti connessi con obbligazioni assunte per conto di una succursale del debitore iscritta nel Registro di commercio[30].

Tutti i creditori elencati in precedenza saranno i primi beneficiari della ripartizione della massa del fallimento ancillare svizzero.

Con la novella legislativa, oltre ai creditori, è stata ora introdotta anche la facoltà dell'amministrazione straniera di contestare la graduatoria ex art. 250 LEF (art. 172 cpv. 2 LDIP).

[28] URS BÜRGI, N 5 ad art. 170 LDIP, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (nota 14).

[29] Il previgente art. 170 cpv. 3 LDIP, entrato in vigore prima dell'introduzione della procedura sommaria nella LEF a seguito della revisione del 1997, prevedeva una procedura semplificata *sui generis* semplificata, ossia una procedura ordinaria senza assemblea dei creditori né delegazione degli stessi. Nella prassi veniva applicata in parte la procedura sommaria prevista dalla LEF e in parte quella semplificata *sui generis* della LDIP (Messaggio modifica LDIP [nota 4], p. 3544 s).

[30] Nella procedura di fallimento ancillare è ora tenuto conto dei creditori della succursale senza che debbano chiedere una procedura di fallimento nel foro della succursale, tale modifica migliora la loro posizione processuale rispetto al diritto previgente (Messaggio modifica LDIP [nota 4], p. 3545).

3. La ripartizione dell'utile e il riconoscimento della graduatoria straniera

Tacitati i creditori elencati nell'art. 172 cpv. 1 LDIP, l'eventuale saldo sarà messo a disposizione dell'amministrazione straniera del fallimento (art. 173 cpv. 1 LDIP).

Condizione per la messa a disposizione del saldo è l'avvenuto riconoscimento della graduatoria straniera da parte del giudice svizzero che aveva riconosciuto il decreto straniero di fallimento (art. 173 cpv. 2 e 3 LDIP). I presupposti per riconoscere la graduatoria estera sono i seguenti[31]:

- a) nuova verifica che il procedimento fallimentare estero non violi l'ordine pubblico svizzero;
- b) la graduatoria straniera deve aver tenuto adeguatamente conto dei creditori con domicilio in Svizzera, in particolare devono essere stati trattati in modo paritario per rapporto ai creditori locali o di altri Paesi esteri.

Nel caso di accoglimento della graduatoria estera da parte del giudice svizzero, il saldo potrà essere trasferito all'amministrazione straniera. In caso contrario il saldo è ripartito tra i creditori della terza classe che sono domiciliati in Svizzera (art. 173 cpv. 3 LDIP).

C. La rinuncia alla procedura di fallimento ancillare

1. I presupposti

Il diritto previgente prevedeva imperativamente che successivamente al riconoscimento di un decreto straniero di fallimento doveva seguire un fallimento ancillare in Svizzera e ciò in particolare a protezione dei creditori svizzeri.

Su istanza dell'amministrazione estera è ora possibile in maniera rapida e più economica di rinunciare all'apertura di un fallimento ancillare mettendo direttamente a disposizione i beni situati in Svizzera alla massa fallimentare straniera[32].

Ciò è possibile unicamente qualora non vi siano creditori privilegiati domiciliati in Svizzera, creditori garantiti da pegno oppure creditori della succursale iscritta a Registro di commercio (art. 172 cpv. 1 LDIP). L'esistenza di tali creditori è verificata dal giudice svizzero a seguito della pubblicazione della grida per l'insinuazione dei crediti per il fallimento estero sul FUSC[33]. Se nessuno dei menzionati creditori si annuncia durante il termine di insinuazione, l'Ufficio dei fallimenti comunica al Tribunale che è possibile rinunciare ad una procedura di fallimento ancillare[34]. Il Tribunale svizzero decide se accogliere la richiesta di rinuncia al fallimento ancillare in base al proprio libero apprezzamento[35].

L'amministrazione del fallimento straniero possiede una certa influenza in questa dinamica: se ha un interesse che non vi sia una procedura di fallimento ancillare, può ad es. tacitare

[31] BÜRGI (nota 28), N 7 ad art. 174 LDIP.

[32] RODRIGUEZ (nota 3), p. 11.

[33] Messaggio modifica LDIP (nota 4), p. 3546.

[34] DFGP, Rapporto esplicativo modifica LDIP (nota 11), p. 13.

[35] DFGP, Rapporto esplicativo modifica LDIP (nota 11), p. 13.

i creditori ai sensi dell'art. 172 cpv. 1 LDIP affinché rinuncino ad insinuare i loro crediti in Svizzera. Il Tribunale svizzero, nell'ambito della sua decisione, dovrà in ogni caso esaminare se il procedimento straniero tiene adeguatamente conto degli altri creditori svizzeri, in particolare verificare la parità di trattamento tra creditori indigeni e stranieri (art. 174a cpv. 2 LDIP).

Qualora siano dati i presupposti per la rinuncia ad una procedura di fallimento ancillare, il Tribunale svizzero potrà accogliere l'istanza vincolando la rinuncia a particolari condizioni e oneri (art. 174a cpv. 3 LDIP). Tali condizioni ed oneri possono entrare in linea di conto ad es. nel caso in cui si fossero annunciati solo creditori non privilegiati e non garantiti da pegno. In tal caso, il Tribunale svizzero potrebbe accollare l'onere secondo cui tutta la liquidità e le somme ricavate dalla realizzazione devono essere versate su di un conto vincolato fino alla comprova del rispetto della parità di trattamento con i creditori svizzeri, che potrà avvenire ad es. a mezzo della graduatoria estera^[36].

2. Le competenze dell'amministrazione straniera

A seguito dell'accoglimento giudiziario di rinuncia al fallimento ancillare, l'amministrazione straniera del fallimento può esercitare tutte le competenze che le spettano secondo il diritto in cui il fallimento è stato aperto, a condizione tuttavia di rispettare il diritto svizzero e astenendosi dall'esercizio di attività sovrane o dall'applicazione di mezzi coercitivi. In particolare, l'amministrazione estera potrà trasferire beni all'estero e stare in giudizio (art. 174a cpv. 4 LDIP)^[37]. La rinuncia all'apertura di fallimento ancillare comporta di fatto la messa a disposizione dei beni locati in Svizzera all'amministrazione straniera del fallimento^[38].

III. Riflessioni conclusive

La revisione della LDIP ha apportato delle importanti semplificazioni al riconoscimento dei decreti di fallimento esteri. Le nuove norme permettono ora di riconoscere i fallimenti decretati nello Stato al centro degli interessi principali del debitore avvicinandosi così alla concezione del diritto comunitario e dei modelli UNCITRAL sull'insolvenza transfrontaliera. Anche a seguito della revisione non vi è alcun automatismo, l'amministrazione straniera deve ancora ottenere un riconoscimento giudiziale del decreto straniero prima di poter disporre dei beni del debitore situati in Svizzera. Tale approccio conservativo è da ritenersi corretto anche in virtù dell'art. 271 CP che rende punibile un atto compiuto senza autorizzazione per conto di uno Stato estero.

La possibilità di rinunciare all'esigenza del minifallimento permette ora, a determinate condizioni, all'amministrazione straniera del fallimento di disporre dei beni del debitore che si trovano in Svizzera in tempi più rapidi e con costi inferiori.

[36] RODRIGUEZ (nota 3), p. 12.

[37] Messaggio modifica LDIP (nota 4), p. 3547.

[38] FRANCO LORANDI, Das Internationale Insolvenzrecht der Schweiz im Umbruch Später Aufbruch zu neuen Ufern, in: Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e. V., Band 23, Bielefeld 2019, https://urly.it/32_v6 (consultato il 05.10.2019), p. 65.

Tuttavia, per l'amministrazione straniera non sarà possibile sapere con anticipo se alla fine del procedimento avrà effettivamente a disposizione dei beni per la procedura fallimentare straniera. Infatti, dovrà attendere l'esito della procedura giudiziale svizzera per avere contezza sui creditori svizzeri e sulle loro pretese nel fallimento straniero.

Anche lo stralcio del criterio della reciprocità del diritto straniero è un'ulteriore facilitazione per il riconoscimento dei decreti fallimentari esteri. Le facoltà dell'amministrazione estera nel disporre dei beni del debitore in Svizzera a seguito del riconoscimento del decreto rimangono tuttavia ancora controverse^[39] e saranno, con ogni verosimiglianza, oggetto di ulteriore disamina da parte dei tribunali. Infine, la tacitazione dei creditori svizzeri privilegiati e i creditori di un eventuale succursale da parte dell'amministrazione straniera al fine di rinunciare ad un fallimento ancillare, in determinate circostanze, potrebbe privilegiare quelli svizzeri a discapito di quelli stranieri ed essere di conseguenza oggetto di contestazione nello Stato del fallimento principale.

[39] A favore di un'interpretazione estensiva LORANDI (nota 38), che ritiene debba essere consentito all'amministrazione estera di poter procedere – nella relativa forma riconosciuta dal diritto straniero – con realizzazioni forzate, vendite a trattative private e cessioni ai sensi dell'art. 260 LEF (p. 66).