

Revisione della legge sulla esecuzione e sul fallimento (LEF): procedura di risanamento

Rapporto esplicativo e avamprogetto del
gruppo di esperti «procedura concordataria»

Berna, giugno 2008

Indice

Parte generale

- A. Introduzione
 - I. Gruppo di esperti Fase 1
 - II. Gruppo di esperti Fase 2
- B. Panoramica dei risultati della Fase 2
 - I. Principio: preservate le decisioni adottate nella Fase 1
 - II. Differenze rispetto alla Fase 1
 - III. Protezione e parità di trattamento dei creditori
- C. Passi futuri

Parte speciale

- Osservazione preliminare
- A. Procedura concordataria (procedura di risanamento)
 - I. Avviso di indebitamento e differimento del fallimento
 - II. Fase d'introduzione della procedura concordataria
 - III. Fase moratoria
 - IV. Fase di omologazione
 - Excursus: il concordato nella procedura di fallimento
- B. Questioni particolari
 - I. Dei rapporti obbligatori di durata
 - II. Della sorte dei lavoratori in caso di insolvenza
 - III. Dei privilegi di determinati creditori
 - IV. Del conferimento di nuovi capitali
 - V. Del fallimento di un gruppo di società
 - VI. Soppressione di altre lacune del diritto di revocazione

Parte generale

A. Introduzione

I. Gruppo di esperti Fase 1

A seguito della crisi di Swissair¹, numerosi interventi parlamentari hanno chiesto di esaminare se le norme svizzere sull'insolvenza necessitano una revisione. Al centro dell'attenzione in particolare la legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (LEF²), rivelatasi lacunosa soprattutto nei casi di fallimenti di grandi imprese.

Nell'estate del 2003, l'Ufficio federale della giustizia ha istituito un gruppo di esperti incaricato di esaminare, in qualità di gruppo di riflessione, la necessità di rivedere le norme sull'insolvenza. Tre tipologie di quesiti si sono rivelate prioritarie:

1. chiarire l'opportunità di sviluppare la procedura concordataria della LEF facendone una vera e propria procedura di risanamento;
2. analizzare i punti di contatto tra diritto materiale e diritto procedurale (provvedimenti conservativi, privilegi, trattamento dei rapporti obbligatori di durata nonché contratti di lavoro, di locazione e di leasing);
3. esaminare se è auspicabile e fattibile una regolamentazione speciale per il fallimento dei gruppi di società.

La valutazione della necessità di modificare la legge si è principalmente concentrata sulla procedura di risanamento. In tale ambito il gruppo peritale ha pure dovuto tenere conto delle soluzioni procedurali adottate all'estero (ad esempio il Chapter Eleven dell'US-Bankruptcy Code) nonché delle raccomandazioni della UNCITRAL³.

Nell'aprile 2005 il gruppo di esperti ha presentato all'Ufficio federale di giustizia il suo rapporto sulla necessità di riforme⁴.

II. Gruppo di esperti Fase 2

Considerato il poco tempo a disposizione nel corso della Fase 1 per approfondire i quesiti estremamente complessi menzionati in precedenza, il collegio peritale non ha potuto fare altro che formulare delle tesi. Nell'agosto 2006 l'Ufficio federale di giustizia ha dunque incaricato il gruppo di esperti «procedura concordataria» di elaborare un avamprogetto nonché un rapporto esplicativo tenendo conto dei risultati emersi nel corso della prima fase. In giugno 2008, il gruppo di esperti ha consegnato l'avamprogetto e il presente rapporto esplicativo in vista di una revisione della legge.

Per la seconda fase, al gruppo di esperti, la cui composizione è rimasta praticamente invariata, si è aggiunto un rappresentante della Conferenza degli ufficiali di esecuzione e fallimenti della Svizzera.

I membri del collegio peritale sono:

- Stephan Bölli, notaio Wetzikon (nuovo);
- Daniel Hunkeler, dr. iur., avvocato, Schumacher Baur Hürlimann, Zurigo;

¹ Per la cronologia dei principali avvenimenti, cfr. il rapporto del 19.9.2002 della Commissione della gestione del Consiglio degli Stati (GdG-S) sul ruolo del Consiglio federale e dell'amministrazione federale nell'ambito della crisi Swissair (FF **2003** 4663 segg., in particolare 4732 segg.).

² Legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento (LEF; RS **281.1**).

³ La United Nations Commission on International Trade Law ha approvato raccomandazioni per legiferare nell'ambito del diritto in materia di insolvenza (cfr. Legislative Guide on Insolvency Law, stato: 30.9.2003).

⁴ «Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung». Rapporto del gruppo di esperti «procedura concordataria», aprile 2005; qui di seguito citato come rapporto Fase 1. Il testo può essere scaricato da Internet in tedesco e francese (www.bj.admin.ch).

- Franco Lorandi, dr. iur., avvocato, Beglinger Holenstein, Zurigo, professore all'Università di San Gallo;
- Isaak Meier, dr. iur., avvocato, Zurigo, professore ordinario all'Università di Zurigo;
- Henry Peter, dr. iur., avvocato, Peter, Bernasconi & Partners, Lugano, professore ordinario all'Università di Ginevra;
- Daniel Staehelin, dr. iur., avvocato e notaio, Christen Rickli Partner, Basilea, professore all'Università di Basilea;
- Karl Wüthrich, avvocato, Wenger Plattner, Zurigo;
- Dominik Gasser, avvocato, Ufficio federale di giustizia, incaricato di corsi all'Università di Lucerna, Bratschi Wiederkehr Buob, Zurigo/Berna/San Gallo/Zugo (presidente);
- Brigitte Rickli, avvocato, e Toylan Senel, lic. iur., (ambedue dell'Ufficio federale di giustizia): segretariato e stesura del rapporto e dell'avamprogetto.

Il gruppo di esperti si è riunito sette volte, l'ultima volta il 18 febbraio 2008. Nell'agosto 2007 si è svolto un ritiro di due giorni a Lucerna.

B. Panoramica dei risultati della Fase 2

I. Principio: preservate le decisioni adottate nella Fase 1

In linea generale il gruppo di esperti non si scosta dalle conclusioni tratte al termine della prima fase del suo mandato; le tesi formulate a suo tempo non vengono dunque ripetute nel presente rapporto⁵. Il collegio peritale conferma segnatamente il suo parere secondo cui le norme svizzere in materia di insolvenza sono convenienti e praticabili anche per il risanamento delle imprese. Di conseguenza non è necessario sottoporre a revisione totale le norme svizzere sull'insolvenza.

Tale constatazione non esclude tuttavia – come già rilevato nel corso della Fase 1 – la necessità di procedere a riforme puntuali in materia⁶. Se in termini quantitativi l'attività legislativa può rimanere entro limiti ragionevoli, in termini qualitativi invece non va sottovalutata la portata politica del progetto, segnatamente per le sue implicazioni economiche e sociali. Nella pratica qualsiasi cambiamento riguardante la ponderazione degli interessi tra i debitori (ossia le imprese da risanare) e i loro creditori comporta conseguenze immediate e tangibili (ad es. per i termini di pagamento, il rischio d'indebitamento e il livello delle perdite, la modalità di adempimento dei contratti, ecc.).

A mente del gruppo di esperti non s'impone l'istituzione di una vera e propria legislazione speciale per i fallimenti di ampia portata (tipo il fallimento di un gruppo di società)⁷. In linea di principio le norme sull'insolvenza non devono derogare a quanto prescritto e tutelato dal diritto materiale. Occorre piuttosto mantenere il sistema attuale, nel quale anche in caso di tracollo di gruppi di società si applica il diritto procedurale generale (approccio «atomistico» anziché «consolidato»). È tuttavia possibile tenere debitamente conto dei rapporti all'interno del gruppo di società (ad es. per quanto concerne le regole riguardanti l'onere della prova in caso di contestazione e il coordinamento delle procedure, cfr. *infra* Parte speciale, B./V.).

Nella prima fase il gruppo di esperti ha dunque formulato la tesi secondo la quale la revisione della procedura di risanamento non deve limitarsi soltanto all'aspetto del risanamento dell'impresa bensì ripensare anche il sistema dell'attestato di carenza di beni nel fallimento e del ritorno a miglior fortuna (art. 265 segg. LEF); inoltre andrebbe dibattuta anche l'introduzione di una cosiddetta liberazione dal debito residuo (appuramento privato dei debiti)⁸. Il collegio peritale resta di tale avviso. È ben vero che quest'ultima problematica rientra essenzialmente nel «diritto sociale in materia di insolvenza» (sovraindebitamento dei consumatori e delle economie domestiche), ma presenta anche un nesso diretto con il risana-

⁵ Per una rapida panoramica si veda il rapporto Fase 1, pag. 5–11.

⁶ Rapporto Fase 1, pag. 2-5.

⁷ Rapporto Fase 1, pag. 4, 46 segg.

⁸ Rapporto Fase 1, pag. 12, con ulteriori rimandi.

mento delle imprese (risanamento di ditte individuali). Per motivi di tempo e di effettivi, il gruppo di esperti ha dovuto circoscrivere i suoi lavori al risanamento delle imprese.

II. Differenze rispetto alla Fase 1

Il gruppo di esperti ha ripreso alcune proposte formulate nel corso della prima fase. La Parte speciale del presente rapporto approfondisce invece le differenze rispetto alla Fase 1. È opportuno menzionare sin d'ora alcuni aspetti essenziali:

- non è più previsto l'obbligo di avvisare il giudice in caso di insolvenza per le imprese indebitate, a prescindere dalla loro forma societaria. Il gruppo di esperti è giunto alla conclusione che estendere il cosiddetto «avviso di indebitamento» (art. 725 CO) alle ditte individuali e alle società di persone sarebbe praticamente inattuabile. D'altronde anche il diritto contabile riveduto vi ha rinunciato;
- si è rinunciato all'idea di nominare un commissario già prima della concessione di una moratoria. Siffatta necessità viene a cadere dal momento che detta concessione è stata semplificata;
- in caso di fallimento l'amministrazione fallimentare non avrà più alcun diritto di disdetta straordinario dei rapporti obbligatori di durata abbinato a un indennizzo limitato della controparte (art. 211a AP-LEF; cfr. *infra* Parte speciale, B./I.);
- infine viene abbandonata pure la tesi della concessione automatica di una moratoria provvisoria per il cosiddetto avviso di indebitamento (*automatic stay*; cfr. *infra* Parte speciale, A./I.).

III. Protezione e parità di trattamento dei creditori

Come da mandato, le discussioni degli esperti si sono essenzialmente concentrate sul risanamento, anche se il collegio peritale ritiene che la protezione e la parità di trattamento dei creditori rivestano un ruolo centrale nell'ambito della procedura di risanamento. In particolare è necessario rafforzare i diritti di partecipazione dei creditori durante la moratoria concordataria dal momento che sovente può perdurare nel tempo (cfr. Parte speciale, A./III./2.3). Le restrizioni proposte in merito a determinati privilegi devono dunque permettere di rafforzare l'uguaglianza di trattamento tra i creditori (cfr. *infra* Parte speciale, B./III.). Tali restrizioni andranno pure a beneficio del risanamento, visto che in ultima analisi i privilegi immobilizzano gli attivi ostacolando appunto il risanamento. Il collegio peritale è tuttavia conscio della portata giuridica, ma soprattutto economica e sociale di tale problema ed è dunque del parere che non occorra tanto stabilire la verità giuridica, bensì formulare valutazioni e decisioni per le quali trovare poi un consenso politico.

C. Passi futuri

A mente del gruppo di esperti la revisione parziale proposta potrebbe essere attuata rapidamente, segnatamente per quanto concerne gli aspetti puramente procedurali (ossia le proposte riguardanti la procedura concordataria). Emerge altresì la necessità di procedere in modo coordinato poiché alcuni temi (avviso di indebitamento e differimento del fallimento) vengono attualmente trattati nel quadro di revisioni del diritto societario⁹.

⁹ Messaggio concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321 segg., in particolare 1421.

Parte speciale

Osservazione preliminare

La Parte speciale si suddivide in:

- proposte di revisione della procedura concordataria (A.);
- questioni speciali (B.).

Tale suddivisione ha il vantaggio di essere chiara e di facilitare la comprensione evitando di interrompere l'esposizione dell'iter procedurale con digressioni su questioni di natura materiale.

A. Procedura concordataria (procedura di risanamento)

I. Avviso di indebitamento e differimento del fallimento

1. Inserimento del differimento del fallimento nella procedura concordataria

L'avamprogetto trasforma la procedura concordataria in un procedimento di risanamento. Nella Fase 1 il collegio peritale aveva constatato che il parallelismo tra il differimento del fallimento (art. 725 seg. CO) e la moratoria comporta doppioni come pure incertezze giuridiche¹⁰. È per tale motivo che l'avamprogetto integra la moratoria nella procedura concordataria. L'articolo 725a CO può dunque essere abrogato.

La moratoria non viene quindi semplicemente soppressa bensì estrapolata dal contesto societario e – con l'integrazione nella futura LEF – resa accessibile a tutte le forme societarie¹¹. Di fatto ciò significa che una moratoria concordataria potrebbe venir concessa in semplice qualità di differimento senza necessariamente prefissarsi l'apertura di un concordato giudiziario. Ed è proprio l'articolo 296a capoverso 1 dell'avamprogetto a fare riferimento a tale possibilità: la moratoria può venir sospesa se un risanamento va a buon fine prima dello scadere della moratoria. In effetti tale situazione può verificarsi anche senza la conclusione e l'omologazione di un concordato giudiziario, ad esempio grazie ad accordi extragiudiziari con i maggiori creditori o a misure puramente aziendali, alla stregua di quanto è possibile attualmente nel quadro di un differimento del fallimento. Nell'ambito della procedura concordataria la modifica proposta rende dunque tale opportunità accessibile a tutti.

L'inserimento del differimento del fallimento nella procedura concordataria comporta pure modifiche di natura redazionale: gli articoli 219 capoverso 5 numero 2, 288a numero 2, 331 capoverso 2 e 350 LEF andranno adeguati o stralciati. Ma anche il diritto materiale va adeguato nei casi in cui rinvia al differimento del fallimento¹². Spetterà all'Amministrazione federale procedere a detti adeguamenti.

2. Mantenimento dell'avviso di indebitamento nel diritto societario

Secondo il diritto vigente, il differimento del fallimento (art. 725a CO) è strettamente connesso al cosiddetto avviso obbligatorio di indebitamento. Il diritto societario materiale disciplina dunque il momento in cui una società è tenuta ad avvisare il giudice per insolvenza e in cui questi può, all'occorrenza, differire il fallimento. Secondo il gruppo di esperti, tale «avviso obbligatorio di insolvenza» deve rimanere disciplinato nel diritto societario anche in futuro (art. 725 CO). Conseguentemente tale obbligo continuerà a sussistere soltanto per alcune forme di società, ossia le società di capitali e le società cooperative. Il collegio peritale ha dunque rinunciato a inserire nell'avamprogetto un «avviso di indebitamento» generalizzato, applicabile a tutte le forme di imprese, anche perché un obbligo di questo tipo sarebbe difficilmente attuabile.

¹⁰ Cfr. rapporto Fase 1, pag. 12-14.

¹¹ Cfr. rapporto Fase 1, pag. 18.

¹² Ad es. art. 903 cpv. 5 CO e art. 25 cpv. 3 della legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio (LBCR; RS 952.0; cfr. allegato).

Il collegio peritale propone tuttavia di ampliare i motivi che determinano l'avviso obbligatorio di indebitamento al fine di garantire un intervento celere della giustizia.

- L'avamprogetto prevede, come il diritto vigente, l'obbligo di avvisare il giudice se i debiti sociali non sono coperti né stimando i beni secondo il valore d'esercizio, né stimandoli secondo il valore di alienazione, ossia se la società ha un'eccedenza di debiti (art. 725 cpv. 3 lett. a, 817 cpv. 1, 903 cpv. 2 lett. a AP-CO). La novità consiste nel fatto che ora sarà possibile dare avviso al giudice anche quando l'ufficio di revisione non ha ancora verificato il bilancio intermedio.
- Un'eventuale eccedenza di debiti risulta dalla verifica del bilancio intermedio. Può tuttavia succedere che l'impresa sia confrontata a problemi di liquidità e non sia più in grado di onorare le proprie obbligazioni nonostante dal bilancio emerga che i crediti sono coperti. A lungo andare tuttavia tale incapacità di soddisfare i creditori rischia di compromettere gli interessi di quest'ultimi esattamente come nel caso in cui il bilancio presenta un'eccedenza di debiti. Per completare e attuare la protezione dei creditori – concetto implicito nell'avviso obbligatorio in caso di insolvenza – gli esperti hanno previsto l'introduzione di un criterio alternativo secondo cui il giudice va avvisato anche quando la società è insolvente (art. 725 cpv. 3 lett. b, 817 cpv. 1 e 903 cpv. 2 lett. b AP-CO)¹³. La determinazione della soglia di insolvenza o di solvibilità è già prevista nella LEF attuale (ad es. art. 174 cpv. 2 e 191 LEF). La nozione d'insolvenza non comprende dunque tutte le difficoltà finanziarie. Infatti l'obbligo di darne notizia al giudice sussiste soltanto se non vi sono prospettive che entro termini prevedibili e ragionevoli l'impresa possa ovviare ai suoi problemi di liquidità. Spetta alla direzione dell'impresa valutare se ciò sia il caso tenendo conto delle varie circostanze, in particolare per quanto riguarda i crediti esistenti e futuri (presumibili) nonché delle commesse previste.

Un nuovo motivo, ossia l'insolvenza, determinerà l'avviso obbligatorio al giudice. Tuttavia si intende evitare anche in futuro che le imprese interessate ricorrano con troppa facilità alla procedura di insolvenza. Per tale motivo l'avamprogetto prevede alcune eccezioni all'obbligo di avvisare il giudice, segnatamente:

- se i creditori della società accettano, per un'insufficienza d'attivo, di essere relegati a un grado inferiore a quello di tutti gli altri creditori della società (cosiddetta relegazione a un rango inferiore; art. 725 cpv. 4 lett. a AP-CO). È quanto prevede anche il diritto vigente;
- se vi sono prospettive concrete che l'eccedenza di debiti o l'insolvenza siano eliminati entro un determinato termine dall'allestimento del bilancio intermedio o dalla constatazione dell'insolvenza (art. 725 cpv. 4 lett. b e 903 cpv. 2^{bis} AP-CO). L'avamprogetto riprende pertanto la giurisprudenza del Tribunale federale alla quale sinora mancava un esplicito fondamento legale¹⁴.

Il tentativo di risanamento non deve mettere i creditori in una situazione più sfavorevole rispetto al caso in cui viene immediatamente avvisato il giudice. In particolare i debiti sociali non devono risultare compromessi da un ulteriore deterioramento della situazione finanziaria della società. La direzione deve tangibilmente adoperarsi affinché la situazione finanziaria migliori, prendendo misure concrete che permettano di risanare durevolmente l'impresa¹⁵.

Per garantire la certezza del diritto, il periodo a disposizione per eliminare l'eccedenza di debiti o l'insolvenza è stato fissato a due mesi. La responsabilità dell'organo competente è chiamata in causa se non procede al deposito del bilancio entro i termini fissati senza che tale ritardo sia giustificato.

Dal momento che la soppressione del differimento del fallimento è prevista come procedura indipendente (*supra* I./1.), l'avviso di insolvenza può soltanto sfociare nel fallimento o in una procedura concordataria. Nel corso della prima fase, il collegio peritale aveva deciso che l'avviso di indebitamento doveva comportare automaticamente una procedura concordataria

¹³ Cfr. anche art. 729b cpv. 2 e 731a cpv. 2 AP-CO (in allegato).

¹⁴ Cfr. rapporto Fase 1, pag. 13, con ulteriori rimandi.

¹⁵ Cfr. DTF 116 II 541.

(alla stregua dell'automatic stay secondo il Chapter Eleven dell'US-Bankruptcy Code). Si trattava innanzitutto di indurre un cambiamento di mentalità nella collettività: l'avviso al giudice non deve avere una valenza negativa e preannunciare la soppressione dell'impresa, bensì rafforzare le speranze nelle prospettive di risanamento¹⁶. Tale impostazione è tuttavia in contraddizione con le esperienze raccolte poiché, all'atto pratico, la maggior parte degli avvisi di indebitamento sfocia effettivamente nella dichiarazione di fallimento. Per tale motivo l'avamprogetto si scosta dall'impostazione scelta nella Fase 1 aderendo maggiormente al diritto vigente. L'avviso di indebitamento non deve sfociare in una moratoria concordataria automaticamente, ma soltanto se sono riunite le seguenti condizioni (non cumulative):

- come sinora, può essere abbinato a una domanda di concordato; in tal caso il procedimento è avviato, come di consuetudine mediante domanda di moratoria (cfr. *infra* II./1.). La domanda di concordato sostituisce l'attuale richiesta di differimento della dichiarazione di fallimento;
- se contestualmente all'avviso di indebitamento non è presentata una richiesta di moratoria concordataria, il giudice del fallimento procede secondo l'articolo 173a LEF, ossia trasmette gli atti al giudice del concordato qualora la conclusione di un concordato appaia possibile. Il giudice del concordato concede quindi la moratoria provvisoria; tuttavia dichiara d'ufficio il fallimento se manifestamente non vi è possibilità di risanamento o di omologazione di un concordato (art. 293a cpv. 2 AP-LEF). Una nuova trasmissione degli atti al giudice del fallimento non è più necessaria poiché rappresenta un'inutile complicazione. L'articolo 173a capoverso 3 LEF può dunque venir abrogato;
- in tutti gli altri casi il giudice adito dichiara come sinora il fallimento.

II. Fase d'introduzione della procedura concordataria

Come nel diritto vigente anche nell'avamprogetto la procedura concordataria può essere promossa mediante una domanda del debitore, una domanda dei creditori o d'ufficio.

1. Domanda del debitore (art. 293 lett. a AP-LEF)

Ogni persona fisica o giuridica che può essere escussa come debitore in via di fallimento o di pignoramento, ha la possibilità di promuovere una procedura concordataria (art. 293 lett. a AP-LEF). Non è richiesto alcun motivo particolare di insolvenza. L'avamprogetto riprende dunque il diritto vigente. Tuttavia, rispetto alla procedura concordataria odierna, il debitore non è più tenuto a presentare al giudice una proposta di concordato. Tale soluzione esenta il debitore dal doversi consultare preventivamente con i suoi creditori e dunque dal fornire informazioni in merito alla sua situazione finanziaria. In tal senso l'avamprogetto propone un allineamento a quanto praticato in materia di differimento della dichiarazione di fallimento (art. 725 CO): notoriamente la concessione della moratoria non presume l'immediata presentazione di un piano di risanamento da parte del debitore.

In futuro tuttavia il debitore sarà come sinora tenuto a motivare in modo circostanziato la sua domanda di concordato. Dal momento che alla procedura concordataria si applicheranno le nuove disposizioni della procedura sommaria secondo il Codice di procedura civile (cfr. art. 247 lett. a CPC), non è più necessario menzionare esplicitamente nella LEF l'obbligo di motivare, che obbligo risulta direttamente dall'articolo 248 CPC.

Oltre a ciò il debitore deve come sinora allegare i documenti da cui sia possibile evincere il suo stato patrimoniale o reddituale. L'avamprogetto precisa che non fa stato soltanto la situazione attuale bensì anche – e soprattutto – quella futura. Occorre inoltre sottoporre un piano di liquidità che metta a confronto le entrate e le uscite mensili; dalla differenza risulta la liquidità disponibile per adempiere gli obblighi finanziari della società. Il piano di liquidità è uno strumento importante che permette di mantenere la solvibilità dell'impresa. È stato invece soppresso l'obbligo di allegare l'elenco dei libri di commercio visto che nella pratica si è rivelato essere un'incombenza inutile.

¹⁶ Cfr. rapporto Fase 1, pag. 17 seg.

Come già visto in precedenza, la domanda di concordato del debitore può anche essere presentata con l'avviso di indebitamento (si veda *supra* I.)

2. Domanda dei creditori (art. 293 lett. b AP-LF)

Anche un creditore può chiedere al giudice l'apertura della procedura concordataria (art. 293 lett. b AP-LEF). Il presupposto è, come nel diritto vigente, che abbia portato avanti l'esecuzione nei confronti del debitore fino al punto da poter presentare domanda di fallimento. Rimane legittimato anche il creditore autorizzato a chiedere la dichiarazione di fallimento senza preventiva esecuzione (art. 190 LEF)¹⁷. Dal momento che il creditore solitamente non conosce in dettaglio la situazione del debitore, occorre prevedere dei requisiti meno severi di quelli richiesti per la domanda del debitore. Ciò è conforme e corrisponde al diritto vigente.

Nella pratica le domande di apertura della procedura concordataria presentate dai creditori saranno piuttosto rare. Di norma un creditore inoltrerà piuttosto la domanda di fallimento, e spetterà in seguito al giudice del concordato procedere conformemente all'articolo 173a LEF.

3. Domanda d'ufficio (173a LEF, 293 lett. c AP-LEF)

L'avvio d'ufficio della procedura concordataria è possibile:

- nel quadro dell'avviso di indebitamento, se il debitore medesimo non ha presentato alcuna domanda di concordato (si veda *supra* I./2.);
- in seguito alla domanda di fallimento di un creditore (dopo un'esecuzione in via di fallimento o per un motivo materiale) mediante trasmissione degli atti al giudice del concordato (art. 173a LEF).

L'avamprogetto non propone modifiche. Tale deroga al principio dispositivo ha lo scopo di evitare il fallimento di imprese risanabili. Le prospettive di omologazione devono tuttavia essere manifeste. In nessun caso il giudice è tenuto ad appurare l'esistenza di suddetti elementi ogni qual volta esamina una domanda di fallimento. Per differire la decisione di fallimento è sufficiente che la conclusione di un concordato appaia attuabile¹⁸.

III. Fase moratoria

1. Moratoria provvisoria

1.1 Concessione (art. 293a AP-LEF)

Il giudice del concordato decide in merito alla moratoria provvisoria senza indugio non appena è stata presentata la domanda o il giudice del fallimento gli ha trasmesso gli atti (art. 293a cpv. 1 AP-LEF). Occorre evitare condizioni troppo severe per la concessione della moratoria provvisoria, ma è possibile subordinarla all'anticipazione delle spese per l'onorario del commissario. Il giudice del concordato dichiara il fallimento soltanto quando manifestamente non vi è alcuna possibilità di risanamento o di omologazione di un concordato (art. 293a cpv. 2 AP-LEF). La moratoria provvisoria precede dunque di norma quella definitiva (diversamente da quanto accade nel diritto vigente). In tal modo l'accesso alla moratoria risulta notevolmente agevolato. È inoltre possibile mettere fine alle prassi divergenti dei Cantoni per quanto riguarda la durata intercorrente tra domanda e concessione. Secondo l'avamprogetto, la moratoria provvisoria va anche associata a provvedimenti atti a preservare il patrimonio del debitore¹⁹.

¹⁷ Cfr. VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (editore), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse*, Basilea/Ginevra/Monaco 1998, art. 293 N 16; JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M./KOTTMANN MARTIN, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 4a edizione 1997/2001, art. 293 N 39 seg.

¹⁸ Cfr. VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (nota 17), art. 293 N 18 seg.

¹⁹ Cfr. VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (nota 17), art. 293 N 30 seg.

Il giudice del concordato decide in procedura sommaria (art. 247 lett. a CPC). Esamina d'ufficio le condizioni per la moratoria concordataria. Non è obbligato a sentire i creditori, tuttavia, nel caso in cui sia un creditore a presentare la domanda di concordato, motivi pratici impongono solitamente di sentire il debitore.

La moratoria provvisoria è concessa per quattro mesi al massimo (art. 293a cpv. 1 AP-LEF). Il termine massimo di due mesi previsto dal diritto vigente (art. 293 cpv. 3 LEF) è troppo breve per esaminare in modo approfondito i casi complessi. Inoltre, dal momento che l'obbligo del debitore di presentare una proposta di concordato con la domanda di moratoria è stato soppresso, occorre concedere più tempo al giudice per chiarire la situazione.

1.2 Commissario provvisorio (art. 293b AP-LEF)

Durante la moratoria provvisoria si esamina attentamente la situazione finanziaria del debitore e le possibilità di farvi fronte. Il giudice del concordato può nominare uno o più commissari provvisori (art. 293b AP-LEF). In linea di principio i compiti del commissario provvisorio che corrispondono a quelli da assolvere nel quadro della moratoria definitiva (cfr. art. 295 AP-LEF). Diversamente da quanto previsto dal diritto attuale, la concessione della moratoria concordataria provvisoria non comporta sempre la nomina di un commissario provvisorio. In tale caso, la moratoria avrà una mera funzione di proroga (ciò discende dall'inserimento del differimento del fallimento previsto dal diritto della società anonima, cfr. *supra* I./1.).

1.3 Effetti della moratoria provvisoria (art. 293c AP-LEF)

Scopo della moratoria provvisoria è concedere al debitore un periodo durante il quale sono sospese le azioni dei creditori. Per tale motivo non è imperativo pubblicare la moratoria provvisoria (art. 293c cpv. 2 AP-LEF). In tal senso l'avamprogetto si scosta notevolmente dal diritto vigente. Una pubblicazione è prevista soltanto se la tutela dei diritti di terzi, segnatamente dei lavoratori del debitore, lo esige²⁰. Se inizialmente la pubblicazione non è ritenuta necessaria, ma nel corso della moratoria si rivela essere indispensabile, il giudice ordinerà la pubblicazione a posteriori.

La rinuncia alla pubblicazione permette di conservare la fiducia del pubblico nell'impresa interessata, il che può rivelarsi determinante sia per il prosieguo dell'attività economica sia per il risanamento che s'intende concretizzare. Proprio il «grounding Swissair» ha palesato gli effetti catastrofici del semplice annuncio di una procedura concordataria. La rinuncia alla pubblicazione della moratoria provvisoria non deve però compromettere eventuali interessi di terzi. In particolare le società quotate in borsa sono tenute a informare il pubblico in merito alla moratoria (pubblicità ad hoc)²¹.

Se si procede alla pubblicazione, la moratoria provvisoria ha i medesimi effetti della moratoria definitiva (art. 293c cpv. 1 AP-LEF)²². In determinati ambiti tuttavia gli effetti divergono se la moratoria provvisoria è portata avanti senza pubblicazione (art. 293c cpv. 2 AP-LEF): in tale caso non si procede nemmeno alla comunicazione agli uffici. Dal momento che i creditori e l'ufficio d'esecuzione ignorano la moratoria provvisoria, è ancora possibile promuovere un'esecuzione contro il debitore. Quest'ultimo ha però l'opportunità di far valere la concessione della moratoria provvisoria mediante ricorso previsto dalla LEF (art. 17 LEF), interrompendo così l'esecuzione. Se essa si trova già in uno stadio di prosecuzione, il debitore può dar notizia della moratoria provvisoria all'ufficio d'esecuzione. In tal caso la cessione di crediti futuri si estingue soltanto al momento in cui la moratoria provvisoria è comunicata al cessionario (cfr. in merito *infra*, Parte speciale, B./III./4.).

²⁰ A tal proposito l'avamprogetto riprende il disciplinamento dell'art. 725a cpv. 3 CO.

²¹ Art. 72 del regolamento di quotazione della Borsa Svizzera SWX.

²² Cfr. sotto Parte speciale, A./III./2.2.

1.4 Rimedi giuridici (art. 293d AP-LEF)

Nel quadro della moratoria provvisoria i creditori non dispongono di alcun rimedio giuridico contro la decisione di concessione della moratoria come tale o contro la decisione di nomina del commissario (art. 293d AP-LEF). Ciò è dovuto al fatto che la procedura di concessione della moratoria provvisoria è unilaterale; i creditori non sono sentiti. Soltanto la decisione definitiva del giudice del concordato può essere impugnata con ricorso (cfr. art. 295b AP-LEF). Un disciplinamento analogo si applica ai provvedimenti superprovvisoriali (art. 261 CPC) e alla concessione del sequestro (art. 272 LEF).

2. Moratoria definitiva

2.1 Concessione della moratoria definitiva

a) Udienza e decisione (art. 294 AP-LEF)

Prima che scada la moratoria provvisoria, il giudice del concordato decide in merito all'ulteriore sorte del debitore. A tal fine convoca d'ufficio un'udienza (art. 294 cpv. 1 AP-LEF). Una nuova domanda del debitore o del creditore richiedente non è necessaria. La procedura è retta dall'articolo 244 segg. CPC: come nel diritto vigente, vanno sentiti il debitore e, all'occorrenza, il creditore che ne faccia richiesta. Il giudice può convocare anche altri creditori. Il commissario provvisorio presenta un rapporto orale o scritto. Visto che la decisione si fonda su una valutazione sommaria, l'articolo 294 capoverso 2 AP-LEF ha soltanto un valore dichiaratorio.

Se durante la moratoria provvisoria appare probabile un risanamento o l'omologazione del concordato, il giudice concede la moratoria in via definitiva (art. 294 cpv. 1 AP-LEF). Tale prospettiva va valutata in base a criteri oggettivi. Qualora si preveda un concordato con abbandono dell'attivo, la procedura concordataria deve tutelare meglio gli interessi dei creditori di quanto non succedrebbe in caso di fallimento²³. La moratoria definitiva è concessa per altri quattro a sei mesi. Su domanda del commissario, la moratoria può essere prorogata fino a 12 mesi e, nei casi particolarmente complessi, fino a un massimo di 24 mesi (art. 294a AP-LEF).

Se invece non vi è alcuna prospettiva di risanamento o di omologazione del concordato, il giudice dichiara d'ufficio il fallimento (art. 294 cpv. 3 AP-LEF). Non è necessaria una domanda del creditore²⁴.

b) Commissario (art. 295 AP-LEF)

Nel caso in cui la moratoria è concessa a titolo definitivo, il giudice del concordato nomina uno o più commissari (art. 295 cpv. 1 AP-LEF). Se in precedenza è stato nominato un commissario provvisorio, questi può venir riconfermato. Le attribuzioni del commissario corrispondono a quelle previste dal diritto vigente. In particolare egli esercita le funzioni attribuitegli dalla legge (art. 295 cpv. 2 lett. c AP-LEF); agirà in qualità di organo di vigilanza (art. 295 cpv. 2 lett. b AP-LEF) e presenterà i rapporti intermedi (art. 295 cpv. 2 lett. d AP-LEF). L'avamprogetto precisa infine che il commissario deve provvedere ad allestire il concordato (art. 295 cpv. 2 lett. a AP-LEF).

c) Rimedi giuridici (art. 295b AP-LEF)

La decisione del giudice del concordato può essere impugnata con ricorso secondo l'articolo 316 segg. CPC. A differenza del diritto vigente, l'avamprogetto permette ai creditori di ricorrere sia contro la concessione della moratoria definitiva sia contro la nomina del commissario (art. 295b cpv. 1 AP-LEF) rafforzando così notevolmente la posizione dei creditori. Il ricorso

²³ Alla stessa stregua anche il diritto vigente: VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (nota 17), art. 295 N 1.

²⁴ Cfr. anche art. 296b AP-LEF, *infra* Parte speciale, A./III./2.5.

contro la decisione di concessione della moratoria concordataria non può avere effetto sospensivo (art. 295a cpv. 2 AP-LEF)²⁵.

Se il giudice del concordato dichiara il fallimento poiché non vi è alcuna prospettiva di risanamento o di omologazione di un concordato, il ricorso è retto dall'articolo 174 AP-LEF²⁶.

d) Pubblicazione (art. 296 AP-LEF)

La concessione della moratoria definitiva va pubblicata (art. 296 AP-LEF). In tal senso l'avamprogetto riprende il diritto vigente. L'avamprogetto precisa che la concessione della moratoria non va soltanto pubblicata e comunicata senza indugio all'ufficio d'esecuzione e al registro fondiario, bensì anche all'ufficio dei fallimenti e al registro di commercio (art. 296 AP-LEF). Tale misura appare giustificata visto che ai sensi dell'articolo 298 AP-LEF durante la moratoria concordataria la capacità di disporre del debitore è limitata.

2.2 Effetto della moratoria definitiva

a) Effetti temporali

Secondo il diritto attuale, gli effetti della moratoria concordataria sui diritti dei creditori sovrappiungono con la decisione di concessione della moratoria, quelli che limitano la capacità di disporre del debitore invece soltanto con la pubblicazione²⁷. A tal proposito l'avamprogetto prevede una semplificazione: per tutti gli effetti fa stato la data della concessione della moratoria²⁸. Come nel caso del fallimento, la decisione di concessione ha dunque effetto immediato. Restano salvi, contrariamente a quanto avviene nel caso del fallimento, i diritti dei terzi di buona fede (art. 298 cpv. 2^{bis} AP-LEF). La buona fede decade con la pubblicazione della moratoria. Dal momento che al ricorso contro la decisione di concessione non può essere attribuito l'effetto sospensivo (cfr. art. 295b cpv. 2 AP-LEF), la moratoria diviene effettiva anche nel caso in cui la decisione di concessione fosse impugnata.

Gli effetti della moratoria non cessano finché non viene sospesa a ragione di un risanamento andato a buon fine (art. 296a AP-LEF), non scade il termine inutilizzato di ricorso contro la decisione di omologazione o non è terminata la procedura di ricorso (art. 308 lett. c AP-LEF) oppure non è stato dichiarato d'ufficio il fallimento (art. 296b AP-LEF).

b) Effetti sui diritti dei creditori (art. 297 AP-LEF)

Durante la prima fase il gruppo di esperti ha deciso che gli effetti della moratoria sui diritti dei creditori andavano conformati a quelli del fallimento per favorire le prospettive di risanamento²⁹.

-- Durante la moratoria non si può promuovere né proseguire alcuna esecuzione contro il debitore (art. 297 cpv. 1 AP-LEF). A differenza di quanto statuito dal diritto vigente, tale regola si applica anche a creditori privilegiati. Il soddisfacimento di quest'ultimi è tutelato dall'obbligo di prestare garanzie (cfr. art. 306 cpv. 2 AP-LEF). Non vi è dunque motivo di concedere loro anche il diritto di promuovere un'esecuzione. Viene invece mantenuta l'esecuzione in via di realizzazione del pegno per crediti garantiti da pegno immobiliare. L'articolo 199 capoverso 2 LEF si applica per analogia ai beni già pignorati (art. 297 cpv. 1^{bis} AP-LEF).

-- Secondo l'avamprogetto, se sono esclusi ulteriori atti esecutori, lo sono anche i procedimenti civili (art. 297 cpv. 2^{ter} AP-LEF). Come nel caso del fallimento, ne consegue la sospensione dei processi durante la moratoria concordataria.

²⁵ Cfr. per contro art. 323 cpv. 2 CPC.

²⁶ Cfr. cfr. *infra* Parte speciale, A./III./2.5.

²⁷ Cfr. VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (nota 17), art. 297 N 3 e art. 298 N 13.

²⁸ Lo stesso dicasi per i divieti di compensazione (art. 297 cpv. 4 AP-LEF).

²⁹ Cfr. rapporto Fase 1, pag. 25 e 26 seg.

- L'avamprogetto esclude anche il sequestro e altre misure cautelari per i crediti della moratoria (art. 297 cpv. 2 AP-LEF). Per altre misure cautelari s'intende ad esempio la compilazione di un inventario, l'emanazione di divieti di pagamento o il sequestro di oggetti (non sarà più prevista l'esecuzione in via di ritenzione; cfr. *infra* B./III./3.).
- Come nel diritto vigente, durante la moratoria rimane sospeso sia il decorso di tutte le prescrizioni e perenzioni (art. 297 cpv. 2^{quater} AP-LEF) sia il corso degli interessi (art. 297 cpv. 3 AP-LEF). In materia di compensazione si applicano come sinora i divieti di compensazione nella procedura di fallimento (art. 297 cpv. 4 in combinato disposto con gli art. 213-214 AP-LEF).
- L'avamprogetto prevede una norma per la cessione di crediti futuri (art. 297 cpv. 2^{bis} AP-LEF; cfr. *infra* B./III./4.).
- Infine la procedura concordataria riveduta prevede anche la possibilità di esigere la conversione delle pretese da pegno reale in crediti pecuniari nel quadro della moratoria (art. 297 cpv. 5 AP-LEF). La conversione può tuttavia avvenire soltanto se il commissario lo comunica al cocontraente. Il commissario decide dunque se il debitore debba adempiere realmente l'obbligazione oppure se il creditore possa insinuare il suo credito soltanto come credito concordatario. In tal modo è possibile instaurare una certa parità di trattamento tra titolari di crediti reali e titolari di crediti pecuniari aumentando nel contempo le prospettive di risanamento: l'impresa ha così l'opportunità di soddisfare debiti reali sfavorevoli distribuendo unicamente il dividendo concordatario.

c) Effetti sui diritti dei debitori (art. 297a e 298 AP-LEF)

Come già attualmente, la moratoria definitiva ha effetti diretti sulla capacità di disporre del debitore (art. 298 AP-LEF). Dal momento che l'avamprogetto permette al giudice del concordato di istituire una delegazione dei creditori già durante la moratoria concordataria e che quest'ultima ha la competenza di autorizzare, in luogo del giudice del concordato, l'alienazione o l'ipotecamento di elementi degli attivi fissi (cfr. art. 295a cpv. 3 AP-LEF)³⁰, è necessario completare in tal senso l'articolo 298 capoverso 2 AP-LEF. A tal proposito va rilevato che non sarà più possibile impugnare gli atti autorizzati dal giudice del concordato o dalla delegazione dei creditori (art. 285 cpv. 3 AP-LEF; cfr. *infra* B./VI./1.). Come sinora il giudice del concordato può, all'occorrenza, togliere al debitore la facoltà di disporre dei suoi beni. Se però l'arbitrarietà del debitore assume proporzioni tali da compromettere durevolmente la conservazione del patrimonio, il fallimento va dichiarato d'ufficio (art. 298 cpv. 3 AP-LEF). L'avamprogetto non prevede più un vero e proprio diritto di revoca della moratoria³¹.

Infine, l'avamprogetto propone per il debitore un diritto di disdetta straordinario dei rapporti obbligatori di durata nell'ambito della procedura concordataria (art. 297a AP-LEF; cfr. B./I.).

2.3 Rafforzamento della partecipazione dei creditori

La legislazione vigente conferisce ai creditori diritti di partecipazione insufficienti durante la fase moratoria. Dal momento che sono però quest'ultimi a sopportare le conseguenze dell'insolvenza, l'avamprogetto auspica rafforzare i loro diritti di partecipazione, segnatamente per tutelarli da atti di liquidazione affrettati³²:

a) Delegazione dei creditori (art. 295a AP-LEF)

Ove le circostanze lo richiedano, il giudice del concordato istituisce una delegazione rappresentativa dei creditori già durante la moratoria concordataria (art. 295a cpv. 1 AP-LEF). Il giudice decide con libero apprezzamento se occorra effettivamente istituire una delegazione dei creditori tenendo debitamente conto della complessità del caso. In linea di principio il giudice si pronuncia in merito nell'ambito della concessione della moratoria definitiva. Se non

³⁰ Cfr. in merito Parte speciale, A./III./2.3 a).

³¹ Cfr. *infra* Parte speciale, A./III./2.5.

³² Cfr. rapporto Fase 1, pag. 25 e 27 segg.

è escluso che la delegazione dei creditori possa venir istituita successivamente, è invece impossibile istituirla prima o durante la moratoria provvisoria perché quest'ultima dovrebbe svolgersi in modo tacito e perché il giudice non dispone ancora di una panoramica completa dei creditori al momento della concessione della moratoria provvisoria.

I creditori collocati nelle diverse classi devono essere adeguatamente rappresentati in seno alla delegazione. Si pensi in particolare ai rappresentanti dei lavoratori, delle assicurazioni sociali, delle casse pensioni, delle banche, dei fornitori o dei prestatori di servizio, dello Stato e degli obbligazionisti. Per garantire una composizione equilibrata della delegazione, spetta al giudice del concordato nominare i singoli membri. Deve fare in modo che il numero dei membri sia adeguato alle circostanze e non risulti troppo elevato. Infine il commissario deve avere l'opportunità di intrattenere contatti regolari con l'insieme della delegazione.

La delegazione dei creditori esercita la vigilanza sul commissario, che la informa periodicamente sullo stato e sulle prospettive della procedura. La delegazione dei creditori può impartirgli istruzioni (art. 295a cpv. 2 AP-LEF). Infine la delegazione dei creditori autorizza, in luogo del giudice del concordato, gli atti che necessitano del consenso di cui all'articolo 298 capoverso 2 LEF (art. 295a cpv. 3 AP-LEF). Tale competenza garantisce segnatamente il diritto di partecipare alle decisioni riguardanti gli attivi fissi del debitore. La delegazione dei creditori non ha però alcun diritto di veto, per cui le sue competenze sono meno ampie di quelle previste nel quadro del fallimento (cfr. art. 237 cpv. 3 LEF).

b) Assemblea straordinaria dei creditori (art. 294a AP-LEF)

La moratoria definitiva può durare da quattro a sei mesi, anche se una proroga a 12 o a 24 mesi è possibile (art. 294a cpv. 1 AP-LEF). Per i singoli creditori una proroga significa che per un lasso di tempo abbastanza prolungato non possono rendersi conto della situazione finanziaria effettiva del debitore e ignorano l'esito presumibile dalla procedura. Un'incertezza così prolungata non è tollerabile. Ecco perché, se la proroga dura più di dodici mesi, il commissario è tenuto a convocare un'assemblea dei creditori da tenersi prima dello scadere di nove mesi dalla concessione della moratoria definitiva (art. 294a cpv. 2 AP-LEF).

Durante l'assemblea straordinaria, il commissario informa i creditori in merito allo stato della procedura, sui motivi della proroga e sulle modalità di prosieguo. I creditori hanno la facoltà di revocare singoli membri o tutti i membri della delegazione dei creditori nominati dal giudice del concordato: Possono inoltre nominare una nuova delegazione dei creditori e un nuovo commissario (art. 294a cpv. 3 AP-LEF). Tale disposizione esercita una certa pressione sul commissario affinché proceda celermente poiché altrimenti deve temere che l'assemblea straordinaria nomini una delegazione dei creditori. Se esiste già un progetto di concordato, il commissario può procedere direttamente alla procedura d'approvazione. In tale caso, in vece dell'assemblea straordinaria dei creditori, interviene quella ordinaria di cui all'articolo 302 LEF. Il debitore è tenuto a intervenire all'assemblea per dare i chiarimenti che gli venissero chiesti (art. 294a cpv. 3 in combinato disposto con l'art. 302 cpv. 2 AP-LEF).

2.4 Sospensione (art. 296a AP-LEF)

Se durante la moratoria concordataria il risanamento va a buon fine, il giudice del concordato interrompe la moratoria (art. 296a cpv. 1 AP-LEF). Sebbene la concessione della moratoria concordataria sospende il corso degli interessi (cfr. art. 297 cpv. 3 AP-LEF), i creditori non sono tenuti a rinunciare ai loro frutti. Generalmente un risanamento andrà dunque a buon fine soltanto in caso di versamento degli interessi. La revoca della moratoria concordataria equivale alla pubblicazione della concessione.

Il giudice del concordato decide in una procedura sommaria ai sensi dell'articolo 244 segg. CPC. Convoca pertanto le parti a un'udienza. Si applica inoltre il principio inquisitorio limitato (art. 296a cpv. 2 AP-LEF). Come per l'articolo 294 capoverso 2 AP-LEF, siffatta dichiarazione ha un valore puramente dichiarativo.

La decisione del giudice del concordato può essere impugnata (art. 296a cpv. 3 AP-LEF). Di principio il reclamo non ha effetto sospensivo, ma l'autorità giudiziaria superiore può accor-darlo, il che sarà dovrebbe essere opportuno nella maggior parte dei casi (cfr. art. 323 CPC).

2.5 Dichiarazione di fallimento d'ufficio (art. 296b AP-LEF)

Secondo l'avamprogetto il fallimento è dichiarato d'ufficio se è necessario preservare il pa-trimonio del debitore (art. 296b lett. a AP-LEF) o se manifestamente non vi è prospettiva di risanamento o possibilità di omologare il concordato (art. 296b lett. b AP-LEF). Infine il giudi-ce del concordato può dichiarare d'ufficio il fallimento se il debitore oltrepassa il suo potere dispositivo o contravviene alle istruzioni del commissario, (art. 296b lett. c AP-LEF). In questi casi il diritto vigente prevede la revoca della moratoria e la possibilità per i creditori di chieder-e la dichiarazione di fallimento senza preventiva esecuzione (art. 295 cpv. 5 e 298 cpv. 3 in combinato disposto con l'art. 309 LEF, nonché art. 190 cpv. 1 n. 3 LEF). Per i creditori la soluzione proposta dall'avamprogetto ha il vantaggio ch'essi non devono più presentare una domanda di fallimento. Decade dunque l'obbligo di anticipazione delle spese procedurali e la responsabilità per le spese del fallimento (cfr. art. 194 in combinato disposto con l'art. 169 LEF). La tutela dei diritti dei creditori ne esce notevolmente rafforzata.

L'avamprogetto prevede pure altri casi in cui il giudice dichiara il fallimento d'ufficio (art. 293a cpv. 2 e 294 cpv. 3 AP-LEF, ma anche l'art. 725 cpv. 3 e 903 cpv. 2 AP-CO). Dal momento che la dichiarazione di fallimento non riguarda soltanto le società di capitali, le cooperative e le fondazioni, bensì in linea di principio qualsiasi debitore, occorre formulare in modo più generico l'articolo 192 AP-LEF e stralciare l'articolo 190 capoverso 1 numero 3 LEF.

La dichiarazione di fallimento può essere impugnata ai sensi dell'articolo 174 AP-LEF. Tale disposizione va adeguata nella misura in cui un riferimento al giudice del fallimento non è più necessario.

2.6 Ulteriore procedura della moratoria (art. 299-304 AP-LEF)

L'ulteriore procedura della moratoria (art. 299-304 AP-LEF) corrisponde al diritto vigente. Soltanto per la diffida ai creditori, l'avamprogetto prevede un termine più lungo di quello at-tuale. I creditori disporranno ora di un mese di tempo, e non più di 20 giorni, per insinuare i loro crediti (art. 300 cpv. 1 AP-LEF). Inoltre l'articolo 301 capoverso 2 AP-LEF definisce con maggiore precisione l'avviso che il commissario è tenuto a trasmettere.

IV. Fase di omologazione

1. Omologazione del concordato

1.1 Condizioni

a) Best interest test (art. 306 cpv. 2 n. 1^{bis} LEF)

L'avamprogetto rinuncia a una disposizione specificante che il ricavo della realizzazione o la somma offerta da terzi in caso di concordato con abbandono dell'attivo deve superare l'ammontare conseguibile nel quadro di una liquidazione in via di fallimento (cosiddetto *best interest test*). Tale condizione non è che un'applicazione concreta della conformità del con-cordato e non va dunque ripetuta (art. 306 cpv. 1 n. 1 AP-LEF).

b) Soppressione della garanzia per i crediti collocati in terza classe (art. 306 cpv. 1 n. 2 AP-LEF)

Secondo il diritto vigente l'omologazione del concordato presuppone tra l'altro che l'esecuzione del concordato, il soddisfacimento dei creditori privilegiati e i debiti della massa siano sufficientemente garantiti (art. 306 cpv. 2 n. 2 LEF). L'obbligo di garantire il soddisfa-cimento dei creditori privilegiati comporta sovente il blocco di mezzi finanziari determinanti per il risanamento, ostacolando così notevolmente l'esito positivo di un concordato³³. Ecco

³³ Cfr. rapporto Fase 1, pag. 26 e 29.

perché l'avamprogetto limita tale obbligo per accrescere le prospettive di risanamento: l'esecuzione del concordato e, conseguentemente, il soddisfacimento dei creditori collocati in terza classe non vanno dunque più garantiti (art. 306 cpv. 1 n. 2 AP-LEF). Rimane invece immutato l'obbligo di prestare garanzie per i restanti debiti della massa, poiché altrimenti risulterebbe più difficile reperire gli investitori sovente indispensabili per il risanamento e il mantenimento dell'attività commerciale dell'impresa durante la moratoria concordataria. È pure mantenuto l'obbligo di prestare garanzie per i crediti privilegiati, sebbene i privilegi vengano ridotti in modo sostanziale (si veda in merito Parte speciale, B./III./2.).

Per i crediti privilegiati contestati, gli esperti propongono di applicare per analogia l'articolo 305 capoverso 3 AP-LEF. Una garanzia è dunque richiesta soltanto nella misura in cui la fondatezza del credito appaia verosimile. Il giudice del concordato esamina sommariamente il credito senza anticipare la decisione materiale.

c) Contributo dei titolari di quote di partecipazione (art. 306 cpv. 1 n. 3 AP-LEF)

In generale un concordato va a scapito dei diritti dei creditori, i quali rinunciano a una parte dei loro crediti o concedono una moratoria a favore di un risanamento o, nel quadro del concordato con abbandono di una parte dell'attivo, rinunciano a una parte delle loro pretese. La legge attuale per contro non prevede alcun contributo dei titolari di quote di partecipazione. Nei casi di concordato con proposta di dividendo, ciò può risultare sconcertante³⁴. L'avamprogetto propone di ovviare a tale ingiustizia obbligando i titolari di quote di partecipazione a contribuire in modo proporzionale al risanamento nel quadro del concordato ordinario (art. 306 cpv. 1 n. 3 AP-LEF). Il contributo in questione potrebbe, ad esempio, consistere nell'approvazione, da parte degli azionisti, di un aumento di capitale preceduto da una riduzione del capitale. All'occorrenza è tuttavia possibile rinunciare al contributo dei titolari di quote di partecipazione purché gli interessi dei creditori risultino meglio tutelati che nel quadro del fallimento. Il concetto del titolare di quote è ripresa dalla legge sulla fusione³⁵.

1.2. Impugnazione (art. 307 AP-LEF)

La decisione di omologazione del concordato può essere impugnata mediante ricorso (art. 307 cpv. 1 AP-LEF). Gli esperti – in deroga al principio generale del diritto di procedura (cfr. art. 323 CPC) – propongono di attribuire a tale ricorso l'effetto sospensivo (art. 307 cpv. 2 AP-LEF). Conseguentemente, il debitore è soggetto alla moratoria concordataria anche in sede di ricorso contro la decisione di omologazione. Il concordato o il fallimento è possibile soltanto una volta scaduto inutilizzato il termine di ricorso o conclusa la procedura di ricorso. In caso di rigetto del concordato, il fallimento è considerato dichiarato per legge (cfr. qui appresso art. 309 AP-LEF).

1.3 Comunicazione e pubblicazione della decisione (art. 308 AP-LEF)

È ben vero che l'effetto sospensivo del ricorso ai sensi dell'articolo 307 AP-LEF interrompe l'esecuzione del concordato, ma non ne preclude l'efficacia (cfr. art. 323 CPC). Per questo motivo l'articolo 308 LEF va adeguato: la decisione di omologazione va pubblicata e comunicata ai pertinenti uffici, tra cui ora figura anche l'ufficio dei fallimenti (art. 308 lett. a e b AP-LEF). Gli effetti della moratoria cessano pure allo scadere inutilizzato del termine di ricorso o alla fine della procedura di ricorso (art. 308 lett. c AP-LEF). In questo caso l'avamprogetto si scosta dal diritto vigente secondo cui gli effetti della moratoria cessano soltanto con la pubblicazione della decisione di omologazione.

³⁴ Cfr. rapporto Fase 1, pag. 26 e 30.

³⁵ Art. 2 lett. g della legge federale del 3 ottobre 2003 sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio (LFus; RS 221.301).

2. Effetti della decisione di omologazione

2.1 In caso di rigetto (art. 309 AP-LEF)

Secondo l'avamprogetto, con il rigetto del concordato, il fallimento si considera dichiarato per legge (art. 309 AP-LEF). Al fine di rafforzare lo statuto dei creditori è previsto che nessuno di loro debba ormai più chiedere la dichiarazione di fallimento. Tale dichiarazione di fallimento non può dunque venir impugnata, ritenuto che contro la decisione di rigetto del concordato esiste già un rimedio giuridico. È per tale motivo che il fallimento non viene dichiarato semplicemente «uno actu» con il rigetto del concordato, bensì soltanto una volta scaduto il termine inutilizzato di ricorso o alla fine della procedura di ricorso contro il rigetto del concordato³⁶. L'avamprogetto prevede dunque di proposito un disciplinamento diverso da quello altrimenti previsto per la dichiarazione di fallimento (cfr. art. 174 cpv. 3 LEF).

2.2 In caso di omologazione (art. 310 AP-LEF)

Sono previste due modifiche del diritto vigente.

- Da un canto il momento determinante per definire l'insorgere dei crediti del concordato – e dunque la sua obbligatorietà – non è più la pubblicazione, bensì la concessione della moratoria (art. 310 cpv. 1 AP-LEF). L'avamprogetto applica dunque con coerenza il principio secondo cui la moratoria ha effetto sin dalla decisione relativa alla concessione³⁷.
- Dall'altro, viene stabilito che, in un concordato con abbandono dell'attivo o in un susseguente fallimento, i crediti di un rapporto obbligatorio di durata costituiscono debiti della massa, a condizione che il debitore abbia beneficiato di prestazioni previste dal contratto con il consenso del commissario (art. 310 cpv. 2 AP-LEF, cfr. *infra* Parte speciale, B./IV./2.) Ciò significa che tali creditori vengono soddisfatti prima di tutti gli altri creditori chirografari, attingendo alla massa non garantita da pegno³⁸.

3. Soddisfacimento attraverso azioni di una società subentrante(art. 314 e 318 AP-LEF)

Sovente, nella pratica, per «salvare» una società debitrice si ricorre a un concordato con abbandono dell'attivo abbinato alla costituzione di una società subentrante: l'impresa da risanare costituisce una filiale il cui capitale azionario viene liberato attraverso conferimenti in natura risultanti dagli attivi liberamente disponibili della società madre. Successivamente è promossa la procedura concordataria con la società madre. Tale procedura sfocerà in un concordato con abbandono dell'attivo teso a soddisfare i creditori distribuendo azioni della filiale³⁹.

Nell'interesse di una maggiore certezza del diritto, l'avamprogetto propone l'aggiunta di una norma esplicita secondo la quale il concordato può prevedere il soddisfacimento dei creditori con quote sociali o diritti societari⁴⁰ della debitrice medesima o di una società subentrante (art. 314 cpv. 1^{bis} e 318 cpv. 1 n. 1 AP-LEF). Tale approccio offre un'opportunità praticabile e ragionevole di trasferire la società debitrice a una nuova entità e permette dunque di fatto il suo salvataggio. In tale contesto va tuttavia osservato che i creditori che non hanno aderito al concordato diventeranno malgrado loro obbligatoriamente titolari di quote della società subentrante. Ciò non pone problemi nel caso di società quotate in borsa poiché di norma le azioni sono alienabili. Se invece si tratta di società non quotate in borsa, la vendita delle azioni può a volte risultare decisamente difficile. Per tutelare dunque gli interessi di tali credito-

³⁶ Cfr. anche Parte speciale, A./IV./1.2.

³⁷ Cfr. anche Parte speciale, A./III./2.2 a).

³⁸ Cfr. in merito al medesimo disciplinamento per le obbligazioni insinuate con il consenso del commissario: HANS ULRICH HARDMEIER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (nota 17), art. 310 N 19.

³⁹ Cfr. rapporto Fase 1, pag. 26 e 29.

⁴⁰ In virtù della legge federale del 3 ottobre 2003 sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio (LFus; RS 221.301). In tal modo non viene solo presa in considerazione la società anonima bensì anche altri tipi di società.

ri, il giudice è tenuto a omologare il concordato soltanto se ha raggiunto il convincimento che tale modo di procedere possa costituire una soluzione congrua per i creditori che non hanno aderito al concordato (art. 306 cpv. 1 n. 1 AP-LEF).

4. Altre disposizioni

L'avamprogetto non prevede altre modifiche materiali per la fase di omologazione del concordato. Gli adeguamenti dell'articolo 305 capoverso 1, 318 capoverso 1 numero 2 e 331 capoverso 2 AP-LEF sono d'ordine essenzialmente redazionale e mirano a precisare le disposizioni attuali.

Excursus: il concordato nella procedura di fallimento (art. 332 AP-LEF)

L'avamprogetto prevede anche per i creditori un diritto di proporre un concordato nel quadro della procedura di fallimento (art. 332 cpv. 1 AP-LEF), esaudendo così le richieste degli adetti ai lavori⁴¹.

B. Questioni particolari

I. Dei rapporti obbligatori di durata (art. 211a e 297a AP-LEF)

1. Situazione iniziale

Si parla di rapporto obbligatorio di durata quando un contratto non si limita a uno scambio di prestazioni e controprestazioni puntuali bensì è caratterizzato da uno scambio permanente di prestazioni (ad es. contratti di lavoro, di locazione, di leasing e i mutui). Salvo in alcuni casi, il diritto materiale non prevede che l'insorgere dell'insolvenza comporti la cessazione di tale rapporto obbligatorio di durata⁴². Il diritto dell'esecuzione forzata non contiene alcuna regola che prevede lo scioglimento d'ufficio di un simile contratto⁴³.

Di norma in caso di insolvenza (fallimento, procedura concordataria) i rapporti obbligatori di durata rimangono immutati, il che può decisamente ostacolare il risanamento (ad es. il leasing molto oneroso e a lungo termine di macchinari non più necessari in caso di ridimensionamento dell'azienda). Occorre inoltre stabilire quale sorte riservare ai contratti di lavoro nel caso di cessione dell'azienda (cfr. *infra* II.).

2. Proposte del collegio peritale

2.1 Fase 1

Nel corso della prima fase, il collegio peritale si è chiesto se fosse opportuno mantenere la situazione giuridica vigente, che non prevede alcun pregiudizio generale per i contratti in caso di insolvenza. Era quindi giunto alla conclusione che all'organo d'esecuzione andava attribuita la competenza di sciogliere quantomeno i rapporti obbligatori di durata svantaggiosi. A tal fine il gruppo di esperti ha preso in considerazione un diritto di disdetta applicabile a tutte le procedure di insolvenza (fallimento, moratoria, concordato ordinario, concordato con abbandono dell'attivo) e a tutti i rapporti obbligatori di durata. Il collegio ha optato per una soluzione molto flessibile secondo cui l'organo d'esecuzione competente può disdire il contratto anche immediatamente, a prescindere da eventuali termini di disdetta contrattuali o legali, prevedendo soltanto un'indennità «equa» per la controparte. L'indennità equa avrebbe potuto essere anche inferiore agli interessi positivi previsti dal contratto.

⁴¹ Cfr. A. WINKELMANN/L. LÉVY/V. JEANNERET/O. MERKT/F. BIRCHLER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (nota 17), art. 332 N 6.

⁴² È segnatamente il caso per il contratto di affitto (art. 297a CO), il mandato (art. 405 cpv. 1 CO), il contratto d'agenzia (art. 418s cpv. 1 CO), la rendita vitalizia (art. 518 cpv. 3 CO), la società semplice (art. 545 cpv. 1 n. 3 CO).

⁴³ LORANDI FRANCO, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, PJA 2004, pag. 1211.

2.2 Fase 2

Nel corso della seconda fase, gli esperti hanno riesaminato il diritto di disdetta straordinario e sono giunti alla conclusione che, a ragione dell'indennizzo limitato dell'altra parte, un tale diritto di disdetta avrebbe costituito un'ingerenza eccessiva nel diritto materiale e non si giustifica come istituto generale del diritto in materia di insolvenza. Occorre in ogni caso rispettare il principio dell'indennizzo integrale della controparte. D'altro canto tuttavia, nell'ambito del fallimento o di un concordato con abbandono dell'attivo, un diritto di disdetta straordinario sarebbe di poca utilità se occorre fornire un indennizzo integrale. Tali considerazioni hanno dato vita a un nuovo approccio che, per i rapporti obbligatori di durata, fa essenzialmente un distinguo tra la società destinata alla liquidazione (fallimento e concordato con abbandono dell'attivo) e quella da salvare (moratoria concordataria e concordato ordinario).

a) Rapporti obbligatori di durata in caso di liquidazione (fallimento e concordato con abbandono dell'attivo)

Gli esperti propongono di rinunciare all'introduzione di un diritto di disdetta straordinario a beneficio della massa del fallimento, ovvero della massa in liquidazione. In caso di liquidazione, la situazione giuridica rimane sostanzialmente immutata. L'avamprogetto prevede tuttavia espressamente nuove regole materiali ed esecutive per trattare in maniera corretta e, se del caso, poter liquidare i rapporti obbligatori di durata esistenti. Possono configurarsi tre casi: l'organo d'esecuzione subentra nel contratto; l'organo d'esecuzione disdice il contratto (secondo le disposizioni materiali applicabili); l'organo d'esecuzione rimane passivo.

- L'amministrazione del fallimento o i liquidatori hanno in un primo tempo l'opportunità di subentrare in un rapporto obbligatorio di durata esistente. Tale opportunità è già prevista in forma generale nel diritto vigente (art. 211 cpv. 2 LEF), ma l'avamprogetto la precisa per i rapporti obbligatori di durata (art. 211a cpv. 2 AP-LEF). Qualora si dovesse far uso di tale diritto di surrogazione, i pertinenti crediti sorti dopo la dichiarazione di fallimento sono considerati debiti della massa. I vecchi crediti – ossia quelli sorti prima della dichiarazione di fallimento – possono invece essere insinuati soltanto come crediti ordinari. Tale precisazione non è del tutto nuova, ma ha almeno il pregio di sancire che tali obbligazioni possono trasformarsi in debiti della massa soltanto *dopo* l'insorgere dell'insolvenza (in particolare dichiarazione di fallimento). La prassi del Tribunale federale in materia non è uniforme.
- All'atto pratico tuttavia raramente si assiste a una simile surrogazione a favore del contratto. Nella maggior parte dei casi, l'amministrazione del fallimento o i liquidatori non adottano provvedimenti speciali: rinunciano sia a subentrare al contratto sia a disdirlo (secondo le regole del diritto materiale vigente). A ragione di tale «passività», i contratti continuano semplicemente a essere validi in virtù del diritto civile. Nella pratica tuttavia vi è notevole incertezza sulla sorte da riservare ai rapporti obbligatori di durata e alle singole prestazioni nel quadro della procedura di insolvenza. È per tale motivo che con l'articolo 211a capoverso 1 AP-LEF è istituita una nuova norma per la liquidazione, che permette di liquidare senza complicazioni i rapporti obbligatori di durata non più utilizzati dal fallito e non ancora disdetti. Secondo tale disposizione, il contraente ha la facoltà di far valere le proprie pretese come se fossero crediti ordinari nel fallimento, ma al più tardi entro il prossimo termine di disdetta o fintantoché non sia scaduta la durata determinata del contratto. Nel quadro della liquidazione, la «passività» dell'organo d'esecuzione comporta quindi le medesime conseguenze che nel caso di disdetta (ordinaria) del rapporto obbligatorio di durata. Rimangono ovviamente salve regolamentazioni speciali concernenti la sorte dei contratti in caso di insolvenza.

L'articolo 211a capoverso 1 AP-LEF prevede dunque espressamente che i creditori interessati saranno tenuti a lasciarsi imputare eventuali vantaggi conseguiti durante tale periodo. È ben vero che l'imputazione dei vantaggi è un principio generale che si applica a tutto il diritto privato, ma possono sorgere difficoltà nel caso in cui un contratto è retto da una legislazione straniera che non prevede tale principio. Dal punto di vista formale, il disciplinamento riguardante l'imputazione dei vantaggi andrebbe dunque inserito nella

LDIP. Tuttavia è più facile da reperire e comprendere nel contesto della LEF. Per quanto concerne la fornitura delle controprestazioni, gli esperti affidano alla prassi stabilire se sia più opportuno applicare la teoria dello scambio o della differenza.

b) Sorte dei rapporti obbligatori di durata nel corso della moratoria concordataria

Un'innovazione fondamentale viene proposta per il metodo di disporre dei rapporti obbligatori di durata durante la moratoria concordataria. In linea di principio il collegio peritale non si scosta dall'impostazione scelta durante la prima fase, che consente al debitore di disdire, in ogni istante, in via straordinaria un rapporto obbligatorio di durata (art. 297a AP-LEF). I contratti di durata, che ostacolano un risanamento, possono dunque venir disdetti con effetto immediato. Alla parte contraria spetta comunque un indennizzo integrale. L'indennizzo è tuttavia considerato un semplice credito del concordato, soddisfacibile versando dividendi. Tale nuova opportunità dovrebbe facilitare decisamente il risanamento.

Il debitore però non può esercitare motu proprio tale diritto di disdetta straordinario. Per impedire gli abusi, occorre dunque anche il consenso del commissario. Sarebbe invece eccessivo esigere il consenso del giudice del concordato rendendo così la disdetta più difficile e burocratica. Il collegio peritale ha inoltre voluto deliberatamente rinunciare a condizioni materiali circa la disdetta straordinaria (ad es. buon esito del risanamento) per non correre il rischio di dar luogo a lunghe controversie giudiziarie.

Il gruppo di esperti è consapevole che tale diritto di disdetta straordinaria interferisce nel diritto materiale. Tuttavia è del parere che sia irrinunciabile prevederlo se si vogliono accrescere le prospettive di risanamento. Inoltre la preminenza del diritto materiale su quello dell'esecuzione in caso di insolvenza è tutt'altro che inusuale.

c) Continuazione di rapporti contrattuali personali da parte del debitore

La procedura di insolvenza nei confronti di ditte individuali non riguarda soltanto i debiti commerciali del titolare dell'impresa bensì anche quelli della sua sfera privata. Conseguentemente la legge deve prevedere una regolamentazione speciale (art. 211a cpv. 3 AP-LEF): il debitore ha la possibilità di continuare a sue spese i rapporti obbligatori di durata, le cui prestazioni sono utilizzate a titolo privato dal debitore (ad es. giornali in abbonamento, cassa malattia, canone di locazione dell'abitazione).

d) Contratto d'assicurazione (art. 55 LCA)

La prassi ha dimostrato che l'estinzione automatica dei contratti d'assicurazione al momento della dichiarazione di fallimento (introdotta da una revisione della legge sul contratto d'assicurazione⁴⁴) non è soddisfacente. Il collegio peritale propone dunque lo stralcio dell'articolo 55 LCA. Ciò significa che il regime ordinario dei rapporti obbligatori di durata andrebbe applicato anche ai contratti d'assicurazione.

II. Della sorte dei lavoratori in caso di insolvenza

1. Situazione iniziale

I contratti di lavoro sono rapporti obbligatori di durata per eccellenza, cui si applica dunque la disciplina generale sopra illustrata (art. 211a, 297a AP-LEF). Occorre tuttavia approfondire in quale misura sia necessario tenere conto della tutela speciale del lavoratore prevista dal CO per la procedura di insolvenza, ossia:

- del trasferimento legale dei rapporti di lavoro in caso di alienazione di un'azienda nonché della responsabilità solidale dell'acquirente (art. 333 OR);
- dei diritti speciali di partecipazione di cui beneficiano i lavoratori in caso di licenziamento collettivo e di alienazione dell'azienda (art. 333a, 335d segg. CO).

⁴⁴ Adeguamento del 17.12.2004, in vigore dall'1.1.2006 (FF 2003 3233).

2. Trasferimento dei rapporti di lavoro in caso di cessione di un'azienda

2.1 Situazione iniziale

Secondo il diritto vigente, in caso di alienazione dell'azienda i rapporti di lavoro passano per legge all'acquirente. Il nuovo datore di lavoro (ossia l'acquirente dell'azienda) non può opporvisi⁴⁵. Non è neppure ammissibile limitare contrattualmente la ripresa di singoli rapporti di lavoro.

Tale regolamentazione pone notevoli problemi pratici e sovente ostacola il risanamento delle aziende. In effetti il trasferimento legale e integrale di tutti i rapporti di lavoro può comportare l'impossibilità di trovare un acquirente, circostanza questa che compromette un risanamento e dunque segna irrimediabilmente la soppressione totale di tutti i posti di lavoro. La tutela del lavoratore previsto dal CO si trasforma dunque proprio nel suo contrario.

Non vi è dunque unanimità sull'applicabilità o meno dell'articolo 333 CO nel quadro della procedura di insolvenza⁴⁶. Anche il Tribunale federale non ha ancora fatto interamente chiarezza: ha comunque deciso che la responsabilità solidale secondo l'articolo 333 capoverso 3 CO non è applicabile in caso di acquisto di un'azienda dalla massa fallimentare del precedente proprietario⁴⁷. Per il resto, la questione dell'applicabilità dell'articolo 333 CO rimane irrisolta⁴⁸.

Vista la notevole incertezza giuridica, è opportuno che la legge chiarisca la situazione. In tale contesto occorre garantire che – in caso di un'eventuale esclusione dell'articolo 333 CO – non sia possibile eludere deliberatamente la tutela del lavoratore avviando procedure di insolvenza temerarie⁴⁹.

2.2 Proposta del collegio peritale (art. 333b cpv. 1 VE-OR)

Il collegio peritale propone di escludere l'automatismo del trasferimento dei rapporti di lavoro in caso di acquisto di un'azienda durante una moratoria concordataria nel quadro di un fallimento o di un concordato con abbandono dell'attivo (art. 333b AP-LEF). Se e in quale misura occorra riprendere anche i rapporti di lavoro deve essere oggetto di un negoziato e di un accordo tra le parti interessate. Ciò corrisponde al diritto contrattuale vigente. Come sinora i lavoratori interessati possono opporvisi (opting out).

Se l'acquirente riprende i lavoratori, l'avamprogetto esige che egli subentri integralmente nei rapporti di lavoro, inclusi eventuali contratti collettivi. È la soluzione più coerente. Inoltre l'acquirente condivide una responsabilità solidale con l'alienante per i crediti insoluti risultanti dai rapporti di lavoro ripresi. A tal proposito la proposta degli esperti favorisce i lavoratori il cui rapporto di lavoro è ripreso, e si scosta dalla giurisprudenza del Tribunale federale.

⁴⁵ Secondo l'art. 333 cpv. 1 CO il lavoratore ha invece il diritto di opporsi a tale trasferimento.

⁴⁶ Contro l'applicabilità: CAMPONOVO RICO, A, Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, Der Schweizer Treuhänder 1998, pag. 1417; SPÜHLER KARL/INFANGER DOMINIK, Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung - Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassvertrag? in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basilea/Ginevra/Monaco 2000, pag. 227; VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (nota 17), art. 298 N 18.

Per l'applicabilità: LORANDI FRANCO, Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR im Zusammenhang mit Sanierungen und Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Basilea/Ginevra/Monaco 2000, pag. 95 segg.; HOFSTETTER HANS, Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen oder «Von der Kunst, über die eigenen Beine zu stolpern», PJA 1998, 926 segg.

⁴⁷ DTF 129 III 335, consid. 5.8.

⁴⁸ Cfr. decisione del Tribunale superiore del Cantone Zurigo del 10 settembre 2003 che rileva come le disposizioni dell'art. 333 CO, eccezion fatta per la responsabilità solidale disciplinata dal cpv. 3 CO, vadano applicate all'acquirente anche nel caso di una ripresa dell'azienda in seguito a fallimento. ZR 103 (2004) N 71.

⁴⁹ Cfr. messaggio I concernente l'adeguamento del diritto federale alla normativa SEE (Messaggio complementare al messaggio SEE) del 27 maggio 1992 (FF 1992 V 309).

L'acquirente non risponde tuttavia dei crediti salariali insoluti per rapporti di lavoro da lui non ripresi. Tali crediti vanno fatti valere nel corso della procedura di insolvenza.

Da un punto di vista puramente dogmatico e teorico può sorgere l'impressione che con tale proposta s'intenda indebolire la posizione dei lavoratori. La pratica ha tuttavia chiaramente mostrato che il diritto vigente (art. 333 CO) sottovaluta la realtà. Ai lavoratori promette una sicurezza del posto di lavoro che non è in grado di offrire proprio nei casi di risanamento. Al contempo, però, l'avamprogetto rafforza notevolmente la posizione dei lavoratori dal punto di vista procedurale, in particolare perché i diritti procedurali dei creditori vengono considerevolmente estesi (nomina di una delegazione rappresentativa dei creditori e di un'assemblea dei creditori come organo di controllo già durante la moratoria concordataria, art. 294a, 295a AP-LEF) permettendo così di fronteggiare efficacemente pratiche abusive.

3. Diritti speciali di partecipazione dei lavoratori in caso di alienazione di un'azienda e licenziamenti collettivi (art. 333b cpv. 2; 335e AP-CO)

3.1 Situazione iniziale

La protezione dei lavoratori esige il loro coinvolgimento nelle decisioni rilevanti del datore di lavoro (art. 333 segg. CO). Il datore di lavoro che trasferisce l'azienda o parte di essa a un terzo è tenuto a informare tempestivamente la rappresentanza dei lavoratori o, in mancanza, i lavoratori medesimi, prima del trasferimento (art. 333a cpv. 1 CO).

Il datore di lavoro che prevede di effettuare licenziamenti collettivi ha l'obbligo di consultare la rappresentanza dei lavoratori o i lavoratori medesimi (art. 335f CO). Conformemente all'articolo 335e capoverso 2 CO, tale disposizione non si applica però in caso di cessazione dell'attività dell'azienda a seguito di decisione giudiziaria, poiché in tal caso l'ulteriore impiego dei lavoratori non rientra più nella sfera d'influenza del datore di lavoro⁵⁰. Stando alla dottrina e alla giurisprudenza maggioritaria, la nozione di «decisione giudiziaria» include anche la dichiarazione di fallimento⁵¹.

3.2 Proposta del collegio peritale

Il gruppo di esperti propone di mantenere sostanzialmente la situazione giuridica attuale, precisando tuttavia quanto segue:

- se la procedura sfocia nella liquidazione dell'azienda (fallimento, concordato con abbandono dell'attivo), non occorre ampliare ulteriormente i diritti d'informazione e di consultazione (inerenti al lavoro) poiché, per tale eventualità, i lavoratori, in qualità di creditori, dispongono già di ampie facoltà d'intervento, che vanno oltre a quelle previste dal diritto del lavoro⁵². L'avamprogetto precisa tale aspetto (art. 333b cpv. 2, 335e cpv. 2 AP-CO);
- diversamente si presenta la situazione nel caso della moratoria concordataria: in questo caso i diritti di partecipazione speciale conferiti ai lavoratori sono giustificati, e il Tribunale federale ha pertanto deciso che i diritti di partecipazione ai sensi dell'articolo 335d segg. CO sono applicabili durante la moratoria concordataria provvisoria⁵³. Lo stesso deve dunque valere per la moratoria definitiva;
- le prerogative di partecipazione previste dal diritto del lavoro devono continuare ad applicarsi integralmente anche nel quadro di un concordato ordinario.

⁵⁰ Cfr. PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Zurigo/San Gallo 2007, pag. 206 seg.

⁵¹ MEIER ISAAK/EXNER CHRISTIAN, *Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer bei Sanierungen*, ARV 2004, pag. 214 con ulteriori rimandi; PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ (nota 50), pag. 206 seg.

⁵² DTF 130 III 102, consid. 3.1.; 123 III 176, consid. 3.a.

⁵³ DTF 130 III 102, consid. 3.1.

III. Dei privilegi di determinati creditori

1. Situazione iniziale

In linea di principio, la procedura di insolvenza dovrebbe permettere di mettere tutti i creditori sullo stesso piano (*pars conditio creditorum*). Tale principio non può tuttavia applicarsi senza eccezioni: è infatti legittimo che singoli creditori si tutelino contrattualmente o che il legislatore privilegi alcuni creditori per motivi di politica sociale. I privilegi che ne risultano non devono comunque ostacolare lo svolgimento regolare di una liquidazione o impedire il risanamento dell'impresa. Il collegio peritale ha dunque esaminato se e in quale misura sia opportuno limitare i privilegi, analizzando segnatamente:

- i privilegi nel fallimento;
- il diritto di ritenzione del locatore;
- la cessione globale.

2. Privilegi nel fallimento

2.1 Situazione iniziale

I privilegi nel fallimento contraddicono la natura stessa del fallimento in quanto derogano all'uguaglianza di trattamento dei creditori⁵⁴. Dal punto di vista socioeconomico, soltanto motivi di natura sociale giustificano dei privilegi (diritto sociale in materia di fallimenti). Effettivamente, l'intento originale era di privilegiare esclusivamente i creditori in condizione di stretta dipendenza dal debitore, i quali dovevano poter contare su un soddisfacimento totale per garantire il loro sostentamento⁵⁵. È sulla base di tale considerazione che l'ampia revisione parziale della LEF, entrata in vigore il 1° gennaio 1997, ha drasticamente snellito la gerarchia dei privilegi. Nondimeno, tre anni dopo l'entrata in vigore della revisione, una parte dei privilegi soppressi (assicurazioni sociali) è stata reintrodotta⁵⁶.

Tali crediti privilegiati non soltanto discriminano i cosiddetti creditori chirografari (creditori di terza classe), ma possono anche costituire un forte ostacolo al risanamento dell'azienda. Infatti, conformemente all'articolo 306 capoverso 2 LEF, la procedura concordataria è possibile soltanto se è garantito il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati riconosciuti. Unica alternativa possibile rimane il fallimento.

Pertanto il gruppo di esperti ritiene, pur essendo consapevole della delicatezza politica di tale richiesta, che occorra tornare all'idea originale (sociale) dei privilegi nel fallimento⁵⁷. In primo luogo perché le proposte che ne risultano non sono nuove: costituiscono già gli obiettivi primari della summenzionata revisione parziale della LEF. Secondariamente – e soprattutto – perché una riduzione sostanziale dei privilegi è assolutamente indispensabile per garantire la messa in atto di una legislazione efficace in materia di risanamento.

⁵⁴ AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 7a edizione, Berna 2003, § 42 N 57.

⁵⁵ Intento della revisione della LEF del 1994, si veda il messaggio dell'8 maggio 1991 concernente la revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (FF **1991** III 91 segg.).

⁵⁶ Modifica del 24 marzo 2000, RU **2000** 2531.

⁵⁷ Si veda in merito: il messaggio dell'8 maggio 1991 concernente la revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (FF **1991** III 93 ff.); il rapporto della Commissione della sicurezza sociale e della sanità del Consiglio nazionale concernente l'iniziativa parlamentare «Privilegio nel fallimento e assicurazioni sociali» (99.420; FF **1999** VIII 8077 segg.) nonché il parere del Consiglio federale (FF **1999** VIII 8458 segg.).

2.2 Crediti privilegiati dei lavoratori (art. 219 cpv. 4 Prima classe lett. a e a^{bis} AP-LEF)⁵⁸

Il credito privilegiato dei lavoratori costituisce la classica concessione di natura sociale fondata sulla preoccupazione di tutelare il lavoratore dipendente economicamente e obbligato ad anticipare le proprie prestazioni lavorative. Alla luce di tale situazione il privilegio è senza dubbio giustificato, tanto più che la sua soppressione andrebbe a scapito dello Stato sociale (indennità per insolvenza ai sensi della LADI) e finirebbe per ricadere sul contribuente, il che va assolutamente evitato anche in futuro. Vi è tuttavia la possibilità di limitare il privilegio senza correre il rischio di metterne a repentaglio il carattere sociale. Per questo motivo gli esperti propongono di aggiungere, al limite temporale previsto nell'articolo 219 capoverso 4 lettera a AP-LEF, un limite all'importo massimo che il lavoratore può far valere.

È ben vero che conformemente alla giurisprudenza consolidata del Tribunale federale un privilegio di prima classe nel fallimento è accordato ai lavoratori soltanto se sussiste un rapporto di subordinazione diretta, tuttavia tale rapporto di subordinazione non sussiste per i lavoratori che svolgono le loro mansioni in modo prevalentemente indipendente e autonomo o detengono manifestamente una funzione di organo superiore, come ad esempio i direttori o gli amministratori della società⁵⁹. È tuttavia possibile che lavoratori in un rapporto di subordinazione percepiscano salari esorbitanti (ad es. le star del calcio) decisamente superiori al fabbisogno ma che, nel quadro del fallimento, vengono privilegiati nella loro integralità. In questo caso è necessario istituire un sistema più equilibrato.

Per tale motivo, l'articolo 219 capoverso 4 Prima classe lettera a AP-LEF prevede un importo massimo del privilegio del lavoratore nel fallimento. L'importo massimo è stato fissato a 100 000 franchi lordi per lavoratore. Il Consiglio federale può adeguare tale importo alla svalutazione, per analogia con la legge sulle banche⁶⁰. Va da sé che l'esistenza di un rapporto di subordinazione resta una condizione imperativa. I limiti massimi possono sempre venir considerati alquanto arbitrari, occorre tuttavia sottolineare che i lavoratori non perdono le pretese che superano tale limite, ma possono farli valere in terza classe come gli altri creditori.

Continuano ad essere privilegiati i crediti dei lavoratori derivanti dal rapporto di lavoro sorti o divenuti esigibili nei sei mesi precedenti la dichiarazione di fallimento. Ne fanno inoltre parte i crediti derivanti dalla risoluzione anticipata del rapporto di lavoro in seguito a fallimento; tali crediti (ad es. indennizzo di licenziamento) sono dunque inclusi nel nuovo importo massimo.

I crediti dei lavoratori per la restituzione di garanzie sono elencati separatamente (art. 219 cpv. 4 Prima classe lett. a^{bis} AP-LEF). Le garanzie versate dal lavoratore non vengono dunque incluse nell'importo massimo poiché il contrario sarebbe iniquo visto che si tratta di fondi «appartenenti» al lavoratore.

2.3 Crediti privilegiati degli assicurati derivanti dalla previdenza professionale non obbligatoria (art. 219 cpv. 4 Prima classe lett. b n. 2 AP-LEF)

Attualmente la LEF colloca tutti i crediti degli assicurati derivanti dalla previdenza professionale non obbligatoria in prima classe senza tenere conto se le pertinenti pretese siano coperte o meno dal fondo di garanzia ai sensi dell'articolo 56 LPP⁶¹ ⁶². Ne risultano dei doppioni, poiché il privilegio nel fallimento è effettivamente necessario soltanto ove non sussiste la garanzia di tale fondo. L'avamprogetto offre l'occasione di precisare tale punto.

⁵⁸ Cfr. anche l'iniziativa parlamentare Zanetti, depositato il 21 giugno 2002 (02.440): «LEF. Limite dei crediti privilegiati dei dipendenti in caso di fallimento»; vanno considerati crediti di prima classe soltanto i crediti non superiori al doppio dell'importo massimo del guadagno assicurato ai sensi della LAINF. Cfr. anche MÜLLER ROLAND, Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer, in: SJZ 2004, pag. 553 segg., 561 seg.

⁵⁹ DTF 118 III 46, consid. 2a.

⁶⁰ Cfr. art. 37c della legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio (LBCR; RS 952.0).

⁶¹ Legge federale del 25 giugno 1982 sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (RS 831.40).

⁶² DTF 2A.409/2000, consid. 3.c.

2.4 Crediti privilegiati degli istituti di previdenza del personale (art. 219 cpv. 4 Prima classe lett. b^{bis} AP-LEF)

Secondo il diritto vigente, i crediti degli istituti di previdenza del personale nei confronti dei datori di lavoro affiliati sono collocati integralmente in prima classe⁶³. In un certo senso tale «privilegio delle casse pensioni» costituisce una prosecuzione del privilegio dei lavoratori, in quanto tutela indirettamente la previdenza professionale del lavoratore.

L'avamprogetto limita espressamente tale privilegio ai crediti per contributi giusta l'articolo 66 capoverso 2 LPP. La proposta non è nuova: corrisponde al disciplinamento presentato dal Consiglio federale nel suo messaggio concernente l'ampia revisione della LEF⁶⁴. Le altre pretese di un istituto di previdenza, come ad esempio le richieste di risarcimento del danno o le pretese derivanti da un mutuo, non devono dunque più far parte dei crediti privilegiati. I crediti privilegiati degli istituti di previdenza del personale vengono dunque mantenuti anche se in maniera limitata, al contrario dei restanti privilegi delle assicurazioni sociali (cfr. *infra*). Un collocamento in seconda classe non appare appropriato.

2.5 Crediti privilegiati dell'assicurazione per la vecchiaia e i superstiti, dell'assicurazione per l'invalidità, dell'assicurazione contro gli infortuni, dell'ordinamento delle indennità di perdita di guadagno, dell'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione, dell'assicurazione malattie sociale e della Cassa unica per gli assegni familiari (art. 219 cpv. 4 Seconda classe lett. b, c e d AP-LEF)

Il diritto vigente colloca in seconda classe i crediti di persone il cui patrimonio era affidato al fallito in virtù dell'autorità parentale, nonché le assicurazioni sociali precedentemente menzionate e le casse di compensazione familiare. Il privilegio accordato alla sostanza del figlio è incontestato. Anche i privilegi delle assicurazioni sociali si giustificano in un'ottica di politica sociale. Tuttavia non sono che privilegi fiscali mascherati – a differenza dei crediti privilegiati degli istituti di previdenza professionale.

I privilegi fiscali – sia diretti sia indiretti – sono in contraddizione con le norme moderne sull'insolvenza. Da un canto riducono notevolmente le opportunità di risanamento, dall'altro arrecano «pregiudizio» ai creditori di terza classe (fornitori, clienti): sovente per loro non rimane più nulla. Fallimenti a catena ne sono la conseguenza. Per questo motivo, il collegio peritale è favorevole alla soppressione di ogni tipo di privilegio dell'ente pubblico pur nella consapevolezza che la proposta sarà assai controversa sul piano politico e che il rimprovero di voler «smantellare la socialità» non si farà attendere. Tuttavia, se si vuole effettivamente accrescere le opportunità di risanamento delle imprese, non sarà possibile evitare la discussione su questo tema.

2.6 Il diritto di pegno legale dello Stato

L'ente pubblico beneficia anche di altri privilegi (diretti) non disciplinati dalla LEF, quali segnatamente il diritto legale di pegno sulla birra⁶⁵ e il diritto di pegno doganale⁶⁶.

Il diritto legale di pegno sulla birra serve ad assicurare la recuperabilità dei diritti fiscali. Sorge contemporaneamente al credito fiscale, che deve garantire, e ha la precedenza su tutti gli altri diritti reali della cosa⁶⁷.

⁶³ DTF **129** III 468, consid. 3.5.

⁶⁴ Messaggio dell'8 maggio 1991 concernente la revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (FF **1991** III 93 seg.).

⁶⁵ Cfr. art. 26 della legge federale del 6 ottobre 2006 sull'imposizione della birra (Legge sull'imposizione della birra, LIB; RS **641.411**).

⁶⁶ Cfr. l'art. 82 della legge del 18 marzo 2005 sulle dogane (LD; RS **631**).

⁶⁷ Cfr. il messaggio del 7 settembre 2005 concernente la legge federale sull'imposizione della birra (FF **2005** 5079 seg.).

Il pegno fiscale sulla birra, analogo al diritto di pegno doganale, è prioritario a tutti gli altri diritti reali della cosa. Esplica dunque i suoi effetti pure sui rapporti di diritto privato relativi all'oggetto di un'operazione doganale⁶⁸. S'impone dunque una discussione sull'attualità di questi diritti di pegno legali della Confederazione.

3. Il diritto di ritenzione del locatore (art. 268 CO)

3.1 Situazione iniziale

Secondo l'articolo 268 CO il locatore di locali commerciali ha un diritto di ritenzione su determinate cose mobili che vi si trovano⁶⁹. Tale diritto di pegno può sfociare nel blocco dell'attivo fisso o circolante e dunque nella paralisi dell'impresa conduttrice. Inoltre il diritto di ritenzione latente (ossia non ancora esercitato) comporta già di per sé dei rischi, ad esempio nell'ottica di un eventuale risanamento per il tramite di una società subentrante. Infatti il diritto di ritenzione può impedire apporti in natura, poiché vi è sempre da temere una domanda di reintegrazione di oggetti vincolati al diritto di ritenzione da parte del locatore (art. 268b CO). D'altro canto, anche il diritto di ritenzione non offre garanzie assolute al locatore, che sovente ignora quali oggetti saranno vincolati concretamente dal diritto di ritenzione e se effettivamente sono in grado di coprire il credito. Di conseguenza i locatori oggi si tutelano in altro modo (ad es. pretendendo il versamento di una garanzia, art. 257e CO). Vi è inoltre la possibilità di esigere il pagamento anticipato delle pigioni.

Nel complesso, il locatore beneficia dunque di garanzie eccessive. Già a suo tempo, in occasione della revisione del diritto di locazione, era stata proposta la soppressione completa del diritto di ritenzione⁷⁰ perché tale disciplinamento atipico⁷¹ comportava un ingiusto privilegio accordato al locatore nei confronti degli altri creditori.

3.2 Proposta del collegio peritale

Il gruppo di esperti «procedura concordataria» propone di eliminare il diritto di ritenzione del locatore di locali commerciali. Ciò comporta l'adeguamento formale di alcune disposizioni legali (art. 283 e 284 AP-LEF: l'espressione «il locatore di locali commerciali» è sostituita con «la comunione dei comproprietari»). Anche l'articolo 712k CC necessita di un adeguamento.

La proposta degli esperti comporta anche un altro aspetto materiale: attualmente il diritto di ritenzione può interessare anche oggetti appartenenti a terzi⁷² se il locatore non era o non doveva essere a conoscenza del diritto di un terzo. Questa disposizione discutibile va abrogata poiché permette di favorire in modo ingiustificato i creditori che beneficiano del diritto di ritenzione rispetto al terzo proprietario (art. 712k cpv. 2 AP-CC)⁷³.

4. La cessione globale

4.1 Situazione iniziale

Per cessione globale la dottrina dominante intende la cessione (anticipata) di tutti i crediti presenti e futuri risultanti dall'attività commerciale del cedente a un cessionario al fine di ga-

⁶⁸ Cfr. il messaggio del 15 dicembre 2003 concernente la nuova legge sulle dogane (FF 2004 568 seg.).

⁶⁹ Possibili oggetti vincolati al diritto di ritenzione: macchine, stock di merci, olio da riscaldamento nel serbatoio, dipinti di una galleria d'arte nonché veicoli (aziendali) nel garage o sul posteggio.

⁷⁰ Cfr. il messaggio del 27 marzo 1985 concernente la revisione del diritto di locazione (FF 1985 1268).

⁷¹ Atipico in quanto esercitato su oggetti che non si trovano in possesso del creditore con il consenso del debitore: cfr. SCHNYDER ANTON K./WIEDE M. ANDREAS, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (nota 17), art. 283 N 8 con ulteriori rimandi.

⁷² Ad es. oggetti d'arredamento sotto riserva di proprietà.

⁷³ GASSER DOMINIK, *Betreibung für Miet- und Pachtzinsforderungen*, BISchK 1999, pag. 87 con ulteriori rimandi.

rantire uno o più crediti principali⁷⁴. La tesi minoritaria si spinge oltre e vi incorpora anche la cessione di crediti nei confronti di terzi debitori, ossia non soltanto di crediti derivanti dall'attività commerciale⁷⁵. La dottrina e la giurisprudenza considerano la cessione globale valida, nella misura in cui i crediti da cedere sono determinati con sufficiente precisione e se l'articolo 27 CC è rispettato. È segnatamente il caso se la portata temporale e materiale della cessione globale è limitata. In particolare è indispensabile determinare i crediti ceduti a garanzia e i crediti principali garantiti⁷⁶.

Il grado di determinabilità che i crediti garantiti futuri devono presentare per essere trasferiti al cessionario è controverso. Conformemente alla giurisprudenza⁷⁷ e alla dottrina dominante⁷⁸, basta che il credito da cedere sia determinabile al momento in cui sorge affinché una cessione sia valida. Il cessionario acquisisce il diritto di garanzia su tutti i crediti sin dalla cessione globale. Gli effetti dell'atto dispositivo si manifestano tuttavia soltanto al momento dell'insorgere dei crediti futuri.

Una tesi minoritaria⁷⁹ sostiene invece che un trasferimento del credito al cessionario è possibile soltanto se il credito ceduto è determinato o è determinabile al momento della stipulazione della cessione globale. Tale posizione è motivata dal cosiddetto principio di specialità inerente ai diritti reali.

4.2 Cessione globale nel fallimento

Secondo la giurisprudenza i crediti futuri ceduti entrano nella massa fallimentare del cedente soltanto allorquando sorgano dopo la dichiarazione del fallimento del cedente⁸⁰. Crediti attuali e futuri spettano invece al cessionario se sorgono prima della dichiarazione di fallimento.

Nel fallimento del cessionario, il credito coperto da cessione globale o il surrogato (denaro o cose) entrano a far parte della massa fallimentare del cessionario, indipendentemente dal momento in cui è sorto il credito o dal fatto che al momento della dichiarazione di fallimento era stato o meno incassato. Ciò è una conseguenza dell'acquisizione di una proprietà a titolo universale (*Vollrechtstheorie*)⁸¹ e dell'articolo 197 LEF.

Secondo il collegio peritale il quadro legale attuale è chiaro e soddisfacente, motivo per cui non s'impone alcuna modifica.

4.3 Cessione globale nella moratoria concordataria

La situazione di un debitore nella moratoria concordataria non è paragonabile a quella del fallito. Nella moratoria concordataria il debitore può continuare la sua attività (principio della gestione propria), in quanto soggiace unicamente a vigilanza e non a gerenza coatta come in caso di fallimento. Conseguentemente, durante la moratoria concordataria continuano a sorgere nuovi crediti che costituiscono attivi del debitore.

D'altro canto l'articolo 298 capoverso 2 LEF sancisce che durante la moratoria determinati atti non possono più essere compiuti validamente senza l'autorizzazione del giudice del concordato. Il debitore non può dunque più alienare o ipotecare attivi fissi, costituire pegni, concedere fideiussioni e disporre a titolo gratuito. Per analogia tale disposizione si applica anche

⁷⁴ REETZ PETER, Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zurigo 2006, pag. 244 con ulteriori rimandi.

⁷⁵ REETZ PETER (nota 74), pag. 245.

⁷⁶ Cfr. per un approfondimento del problema: REETZ PETER (nota 74), pag. 247 segg.

⁷⁷ DTF 113 II 163 segg.

⁷⁸ REETZ PETER (nota 74), pag. 254 con ulteriori rimandi.

⁷⁹ Cfr. BUCHER EUGEN, Zur Gültigkeit von Globalzessionen, in: Recht 1989, pag. 12 segg.; WIEGAND WOLFGANG, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, in ZBJV 1980, 561 segg.

⁸⁰ DTF 111 III 73, 115 III 67; 130 III 248, 255; Daniel Staehelin, bedingte Verfügungen, Zurigo 1993, pag. 99 segg.

⁸¹ Secondo tale teoria il credito da garantire è ceduto a pieno titolo al cessionario che assume gli obblighi verso terzi e rimane obbligatoriamente vincolato a questi ultimi limitatamente a tali impegni.

alla cessione globale in quanto promessa di garanzia⁸². Il debitore si trova in una situazione di incapacità di disporre analoga a quella del fallito secondo l'articolo 204 LEF⁸³. Anche in questo caso va rispettato il principio della parità di trattamento dei creditori. I crediti futuri ceduti, sorti durante la moratoria concordataria, restano dunque al cedente sempreché il giudice del concordato non autorizzi la cessione⁸⁴.

Il collegio peritale propone di inserire alcune precisazioni nella LEF. Completa dunque l'articolo 297 LEF, che disciplina gli effetti della moratoria, con un nuovo capoverso 2^{bis} secondo il quale la cessione di crediti futuri si estingue con la concessione della moratoria concordataria. L'estinzione può subentrare già al momento della concessione della moratoria provvisoria, a condizione che quest'ultima sia pubblicata (art. 293c cpv. 1 AP-LEF) o venga comunicata al cessionario (art. 293c cpv. 2 lett. c AP-LEF). Il termine «estinguere» produce dunque un effetto di diritto materiale, poiché la cessione globale ai sensi del diritto civile decade.

Il collegio peritale si è pure chiesto se tali effetti potrebbero indurre i debitori a «rifugiarsi» in modo abusivo nella moratoria concordataria. È tuttavia giunto alla conclusione che tale rischio è minimo, ritenuto che l'avamprogetto prevede il fallimento d'ufficio a termine della procedura concordataria nel caso in cui il risanamento non giungesse a buon fine (art. 296b e 309 AP-LEF).

5. La responsabilità causale secondo l'articolo 52 LAVS

Nel sopprimere il privilegio dell'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti⁸⁵ occorre pure abrogare l'articolo 52 LAVS⁸⁶. Tale norma recita che il datore di lavoro deve risarcire il danno che ha provocato violando, intenzionalmente o per negligenza grave, le prescrizioni dell'assicurazione. La giurisprudenza ha trasformato tale responsabilità in una responsabilità causale degli organi del datore di lavoro (ossia una responsabilità oggettiva senza colpa diretta, per la quale la persona interessata deve provare d'aver agito senza colpa alcuna da parte sua). È una situazione piuttosto insolita, che costituisce un unicum nel diritto delle assicurazioni sociali. Inoltre si traduce in un vantaggio ingiustificato per l'assicurazione rispetto agli altri creditori. Lo stralcio di detta norma permette di uniformare il diritto delle assicurazioni e di rafforzare il principio della parità di trattamento dei creditori.

IV. Del conferimento di nuovi capitali

1. Prestiti sostitutivi di capitale proprio

I prestiti sostitutivi di capitale proprio sono prestiti concessi alla società da parte di soci o di persone loro vicine in un momento in cui sarebbe invece opportuno un conferimento di capitale proprio. La prassi vigente equipara detti prestiti al capitale di rischio (relegandoli dietro a tutti gli altri ranghi presenti nel fallimento) se dall'analisi emerge che il medesimo prestito non sarebbe stato concesso da un terzo o che in realtà l'azienda avrebbe avuto bisogno di un conferimento di capitale proprio. Durante la Fase 1 il collegio peritale aveva proposto di disciplinare nella legge le condizioni di tale relegazione di rango artificiosa. In considerazione del fatto che la revisione del diritto delle società a garanzia limitata è ormai terminata e che in tale ambito un disciplinamento del genere è stato discusso e respinto⁸⁷, gli esperti rinunciano a formulare una proposta.

⁸² LORANDI FRANCO, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, in PJA 2005, pag. 1309 con ulteriori rimandi.

⁸³ LORANDI FRANCO (nota 82), pag. 1310.

⁸⁴ LORANDI FRANCO (nota 82), pag. 1310.

⁸⁵ Cfr. anche Parte speciale, B./III./2.5.

⁸⁶ Legge federale del 20 dicembre 1946 su l'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti (LAVS; RS 831.10).

⁸⁷ Cfr. il messaggio del 19 dicembre 2001 concernente una revisione del Codice delle obbligazioni (FF 2002 2850).

2. Prestiti di risanamento

Durante la prima fase il collegio peritale ha esaminato se i prestiti concessi prima di promuovere una procedura di insolvenza per il risanamento debbano essere privilegiati in caso di insolvenza. Le condizioni per la concessione di tale privilegio vanno disciplinate in modo esaustivo nella legge. La nuova norma doveva segnatamente esigere la prova che il prestito in questione fosse effettivamente in grado di fornire un contributo determinate, in termini di tempo e di ammontare, al risanamento.

Il gruppo di esperti rinuncia a una proposta. Da un canto vi sono dubbi sull'applicabilità reale di tale disposizione, dall'altro l'accesso alla moratoria concordataria risulta ora facilitata, cosicché tale denaro può beneficiare di un privilegio ai sensi dell'articolo 310 capoverso 2 LEF, se il prestito è stato contratto durante la moratoria con il consenso del commissario. La concessione di un ulteriore privilegio non è necessario.

V. Del fallimento di un gruppo di società

1. Situazione iniziale

Sebbene gli esperti non proponano un vero e proprio diritto in materia di insolvenza di un gruppo di società⁸⁸, vi sono punti che de lege ferenda possono venir corretti facilmente al fine di tenere meglio conto delle condizioni speciali di un gruppo di società. Gli esperti ritengono necessari tali adeguamenti per il coordinamento delle procedure connesse e la revocazione (*actio pauliana*). Contestualmente propongono pure di rimuovere altre incertezze del diritto di revocazione che tuttavia non riguardano unicamente i rapporti all'interno di un gruppo (cfr. *infra* VI.).

2. Coordinamento delle procedure

Nell'ambito di procedure di insolvenza simultanee concernenti diverse società di un gruppo possono sorgere doppioni. Il diritto vigente non sancisce l'obbligo esplicito di coordinare tali procedure. Unicamente l'articolo 4 LEF disciplina in modo generale l'assistenza cantonale e intercantonale tra gli uffici d'esecuzione e gli uffici dei fallimenti.

Gli esperti propongono un nuovo articolo 4a AP-LEF che permetta di disciplinare il coordinamento di procedure materialmente connesse. Gli organi d'esecuzione, le autorità di vigilanza e giudiziarie interessate devono coordinare i loro atti nel limite del possibile. Il nesso materiale risulta dai rapporti esistenti all'interno del gruppo.

Vi sono innumerevoli opportunità di coordinamento tra cui, ad esempio, la possibilità di nominare il medesimo commissario per sovrintendere a diverse procedure. Inoltre l'articolo 4a capoverso 2 AP-LEF sancisce che le autorità giudiziarie e di vigilanza interessate, dopo essersi consultate, possono designare un'unica competenza per tutte le procedure. Coordinamento non significa tuttavia consolidamento: le singole procedure restano separate. Anche gli attivi e i passivi della massa non sono raggruppati. Tale disposizione non determina dunque un cosiddetto consolidamento materiale (*substantial consolidation*) delle procedure (cfr. *infra*).

3. Consolidamento materiale?

Durante la prima fase il collegio peritale ha discusso anche i casi che potrebbero eccezionalmente dar luogo a un consolidamento materiale⁸⁹. Tale questione è stata oggetto di approfondimento durante la seconda fase, ma finalmente si è preferito rinunciare a formulare una proposta. Da un canto la questione è rimasta controversa fino all'ultimo, dall'altro non è neppure stato possibile trovare una soluzione soddisfacente determinando chi, giudici o creditori interessati, debba decidere definitivamente del consolidamento materiale.

⁸⁸ Cfr. parte generale, B./I.

⁸⁹ Cfr. in merito al consolidamento il rapporto della Fase 1, pag. 48 segg.

4. Postergazione di crediti all'interno del gruppo?

Anche in questo caso il collegio peritale rinuncia a una proposta e lascia alla prassi il compito di decidere in materia. La postergazione deve tuttavia costituire l'assoluta eccezione ritenuto che comporta svantaggi ingiustificati per i cocontraenti, con ripercussioni economiche indesiderate.

5. Azione revocatoria all'interno del gruppo

La legge stabilisce che, sia nel caso della pauliana per donazioni ai sensi dell'articolo 286 LEF sia anche della pauliana per insolvenza (o azione revocatoria per insolvenza) ai sensi dell'articolo 288 LEF, incombe all'attore che ha chiesto la revocazione provare la fattispecie oggettiva. Nel caso di una donazione mista ciò significa che la prova della disproporzione tra prestazione e controprestazione spetta all'attore. Nel caso della pauliana per insolvenza la parte attrice è tenuta a provare, oltre alla fattispecie oggettiva, anche quella soggettiva: deve insomma provare l'intento del debitore di arrecare un danno ai creditori o di favorirne alcuni, nonché la possibilità per la controparte di individuare tale intenzione. La legge non stabilisce nulla in caso di accoglimento della contestazione⁹⁰.

All'atto pratico si presume la possibilità di individuare gli atti che hanno causato un danno se vi sono rapporti di parentela stretta o altri intensi rapporti tra gli interessati⁹¹. Eppure sovente le prove fornite non permettono di far valere le pretese revocatorie in assenza di una soluzione bonale. Ciò è segnatamente il caso nel quadro della pauliana per insolvenza (art. 288 LEF).

Di conseguenza il collegio peritale propone di facilitare come segue l'onere della prova per chi promuove un'azione revocatoria:

- pauliana per donazioni (art. 286 AP-LEF): se il beneficiario dei vantaggi è una persona vicina al debitore⁹², è il beneficiario a dover portare la prova che non vi è sproporzione tra prestazione e controprestazione. L'avamprogetto precisa a tale proposito che sono considerate «persone vicine» anche le società di un gruppo (art. 286 cpv. 3 AP-LEF);
- pauliana per insolvenza (art. 288 AP-LEF): se il beneficiario dei vantaggi è una persona vicina al debitore (anche in questo caso, la prossimità è determinata dai rapporti all'interno del gruppo) allora si presume adempita la fattispecie soggettiva di tale azione revocatoria nei confronti del convenuto (intento di nuocere procurando dei vantaggi nonché possibilità di ravvisare tale intento). Tale presunzione può essere invalidata soltanto dalla prova contraria.

La nozione di «persona vicina al debitore» si applica sia alle persone fisiche sia alle persone giuridiche. Oltre ai parenti e alle società di un gruppo sono considerate persone vicine anche i grandi azionisti e gli azionisti di maggioranza.

Tali aggiunte non istituiscono dunque una speciale «pauliana per i gruppi di società» bensì conformano le azioni revocatorie di tipo classico ai rapporti all'interno del gruppo. Si tratta dunque soltanto di un'agevolazione della produzione di prove e non di una modifica del diritto materiale.

⁹⁰ AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN (nota 54), § 52 N 25.

⁹¹ STAEHELIN ADRIAN, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (nota 17), art. 288 N 20.

⁹² Già in occasione della revisione della LEF nel 1994 è stato approfondito il criterio della «persona giuridica vicina al debitore». A suo tempo era stato finalmente deciso di rinunciare all'introduzione della nozione presumendo che potessero sorgere problemi di delimitazione difficilmente risolvibili. La nozione di «persona vicina» è prevista tuttavia anche altrove ad esempio nel CO (art. 628 cpv. 2, 663^{bis} cpv. 5, 663c cpv. 3 e 678 cpv. 1 CO), nell'art. 4^{ter} della legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio (LBCR; RS 952.0) o nell'art. 58 cpv. 3 della legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta (LIFD; RS 642.11).

VI. Soppressione di altre lacune del diritto di revocazione

1. Azione pauliana per atti compiuti durante la moratoria

Nel diritto vigente l'autorizzazione del giudice del concordato di effettuare un negozio giuridico lo rende lecito per il diritto civile e per il diritto esecutivo (art. 298 cpv. 2 LEF). L'azione pauliana secondo l'articolo 285 segg. LEF rimane comunque possibile⁹³, il che crea una situazione di grande incertezza per la controparte⁹⁴. Il collegio peritale propone di eliminare tale incertezza giuridica, che può decisamente nuocere alla prassi del risanamento: in futuro gli atti autorizzati dagli organi di esecuzione competenti non saranno più revocabili (art. 285 cpv. 3 AP-LEF).

2. Prescrizione o perenzione dell'azione revocatoria

Secondo l'attuale articolo 292 LEF l'azione revocatoria «è perenta» due anni dopo la dichiarazione di fallimento. Tale disposizione è errata e presumibilmente dovuta a una svista del legislatore. Occorre dunque parlare di un termine di prescrizione (che può essere interrotto). L'articolo 292 LEF è stato quindi opportunamente modificato.

3. Articolo 331 capoverso 2 LEF

Nella prassi, l'articolo 331 capoverso 2 LEF vigente ha dato adito a molte discussioni⁹⁵. Occorre sapere se i «termini» previsti si riferiscono soltanto al cosiddetto «periodo sospetto» conformemente agli articoli 286-288 LEF oppure se comprendono altresì il termine di perenzione dell'articolo 292 LEF. L'articolo 331 capoverso 2 AP-LEF intende precisare la situazione menzionando soltanto il «periodo sospetto» secondo gli articoli 286, 287 e 288 LEF.

⁹³ VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (nota 17), art. 298 N 27.

⁹⁴ LORANDI FRANCO, (nota 82), pag. 1309.

⁹⁵ Cfr. per un approfondimento della giurisprudenza e della dottrina: STAEHELIN DANIEL, Der Beginn der Verwirkungsfrist gemäss Artikel 292 SchKG für die Anfechtung (Pauliana) beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, PJA 2006, pag. 1254 segg.

Luogo / Data:

Firma:

.....

.....

Bölli Stephan

.....

.....

Gasser Dominik

.....

.....

Hunkeler Daniel

.....

.....

Lorandi Franco

.....

.....

Meier Isaak

.....

.....

Peter Henry

.....

.....

Stahelin Daniel

.....

.....

Wüthrich Karl