Diritto fallimentare

a.a. 2019 - 2020

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

Art. 72 l. fall. - Rapporti pendenti

1. Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto.

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

Il fondamento della norma generale

- Il fallimento determina la sostituzione del curatore nei rapporti facenti capo al fallito, ma ...
- ... la sostituzione investe il rapporto contrattuale nella sua interezza, sicché il curatore non può esercitare la pretesa espropriativa sulla prestazione spettante al fallito fin tanto che il contraente *in bonis* dispone dello strumento di tutela consistente nell'eccezione di inadempimento (artt. 1460-1461 c.c.).

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

segue: il fondamento della norma generale

- Specularmente, il contraente *in bonis* non può pretendere l'adempimento da parte del curatore, dal che la sospensione del contratto, alla quale segue ...
- ... il subentro del curatore, con adempimento integrale (anche per il pregresso, nei contratti di durata – art. 74 l. fall.), oppure
- ... lo scioglimento, che retroagisce al fallimento (dal che la concorsualizzazione delle pretese restitutorie pecuniarie).

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

I limiti della norma generale

La norma non può operare quando non ricorrono le circostanze che si sono elencate, sicché:

- non sono sospesi e non si possono sciogliere i **contratti a effetti reali**, quando il contraente *in bonis* ha acquisito la proprietà (o altro diritto reale) prima del fallimento (qui la questione diviene **l'opponibilità dell'acquisto**);
- a questi contratti sono equiparati alcuni che producono a favore del contraente *in bonis* effetti paragonabili all'acquisto di un diritto reale (vendita con riserva della proprietà, rent to buy, leasing, patto marciano art. 48 *bis* TULB, preliminare «protetto»);
- non sono sospesi e non si possono sciogliere neanche i contratti grazie ai quali il contraente *in bonis* ha acquisito un diritto non soggetto a regolazione concorsuale, quale il diritto di godimento (locazione, affitto, leasing).

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

L'esclusione della sostituzione del curatore

Tuttavia, la sostituzione del curatore non è sempre ammessa; non lo è infatti:

- quando prevalgono ragioni di tutela del contraente *in bonis*: fall. del mandatario (78, c. 2) e contratti *intuitus personae*, fra i quali la società di persone per fallimento del socio (2288 c.c.) e l'appalto *intuitus personae* per fall. dell'appaltatore (81, c. 2);
- quando il contratto è incompatibile con la procedura: conto corrente e commissione (78 c. 1), contratti di borsa a termine (76), rendita perpetua e vitalizia (60), associazione in partecipazione se fallisce l'associante (77 c. 1); finanziamento *ex art. 2447 bis*, 1° co., lett. b) c.c. per fall. della società (72 *ter*, c. 1)

in questi casi, il contratto si scioglie *ex lege*;

- per i contratti personali del fallito, che proseguono in capo al medesimo (senza generare pretese prededucibili)

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

I contratti derivati

Gli strumenti finanziari derivati sono contratti il cui valore dipende dall'andamento di un'attività sottostante (*underlying asset*), che può avere natura finanziaria (titoli azionari, tassi di interesse e di cambio, indici, ecc.) o reale (*utilities*: elettricità, gas ecc. o *commodities*: petrolio, caffè, cacao, oro, ecc).

Possono essere negoziati su mercati regolamentati o *over the counter* (OTC).

Finalità:

- copertura di un rischio finanziario preesistente (**hedging**);
- assunzione di un rischio con finalità speculativa (scommessa sull'andamento atteso del sottostante);
- arbitraggio per mezzo di transazioni combinate sul derivato e sul sottostante che abbiano valori disallineati.

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

segue: i contratti derivati

Principali categorie:

- **contratti a termine** (*forward o futures*): consegna di una determinata quantità di un certo sottostante (attività finanziarie o merci) a un prezzo e a una data prefissati
- **swap**: scambio a date prefissate di flussi di pagamenti, determinati in relazione ad un sottostante. Interest Rate Swap (su tassi); Currency Swap (su valute); Commodity Swap (sottostante una quantità di materia prima); Credit Default Swap (su crediti); ecc.
- **opzioni**: facoltà di acquisto/vendita di un sottostante a prezzo fisso entro data o a data.

Possono avere un contenuto misto, anche molto articolato (ad es., con finanziamento implicito - *upfront*)

Possono essere negoziati su mercati regolamentati o *over the counter* (OTC).

Effetti del fallimento: sui rapporti pendenti

segue: i contratti derivati

Art. 203 TUF - Contratti a termine

1. Fermi restando la decorrenza degli effetti della liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'articolo 83 del T.U. bancario, e quanto previsto dall'articolo 90, comma 3, del medesimo T.U. bancario, l'articolo 76 della legge fallimentare si applica agli strumenti finanziari derivati, a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), alle operazioni a termine su valute nonché alle operazioni di prestito titoli, di pronti contro termine e di riporto. Ai fini del presente articolo sono ricompresi tutti i contratti conclusi, ancorché non ancora eseguiti in tutto o in parte, entro la data di dichiarazione del fallimento o di efficacia del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa.

2. Per l'applicazione dell'articolo 76 della legge fallimentare agli strumenti finanziari e alle operazioni indicati nel comma 1, può farsi riferimento anche al costo di sostituzione dei medesimi, calcolato secondo i valori di mercato alla data di dichiarazione di fallimento o di efficacia del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa.