

*Sospensione dei contratti di trasporto di gas, valutazione del tribunale e contratti accessori di garanzia*

Tribunale di Massa, 1 febbraio 2016. Presidente estensore Fabbrizi.

**Istanza di sospensione dei contratti di trasporto ex art. 169 bis l.fall. – contratti ad esecuzione continuata - Coppie di prestazioni autonome e connotate da un proprio sinallagma funzionale - Contratti di garanzia – Pendenza di domanda di concordato c.d. in bianco ex art. 161, 6 comma, l.f. – Applicazione post riforma 132/2015**

*A seguito della presentazione di una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, c.d. prenotativo, ex art. 161, comma 6, legge fall., i contratti di trasporto (nella fattispecie di gas) pendenti sono sospendibili ex art. 169-bis l.fall., così come modificato dalla riforma 132/2015, anche alla luce di una lettura in parallelo con il disposto di cui all'art. 72 l.fall. (Alessandro Merlini)*

*In particolare, i contratti di trasporto vanno qualificati alla stregua di rapporti di durata ad esecuzione continuata, con prestazioni corrispettive; qualora, dunque, tali prestazioni non siano compiutamente eseguite alla data di deposito della domanda di concordato preventivo ex art. 161, comma 6, legge fall. è applicabile il disposto dell'art. 169-bis legge fall., in virtù della applicazione combinata dell'art. 168 legge fall., in un'ottica di agevolazione dell'accesso alla procedura e di redistribuzione dell'insolvenza tra i creditori concorsuali, anche alla luce della reversibilità degli effetti giuridici discendenti dalla sospensione. (Alessandro Merlini)*

*Nei contratti di trasporto, le singole prestazioni e controprestazioni, dedotte in rapporto ed individuate sulla base dell'unità di tempo considerata, sono connotate da un proprio sinallagma funzionale e quindi autonome e distinte da altre coppie riferibili a diverse unità di tempo. (Alessandro Merlini)*

**Concordato preventivo - Contratti pendenti - Valutazione del tribunale - Oggetto - Finalità dell'istituto**

*Il tribunale, allo scopo di decidere se concedere o meno l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dei contratti pendenti ai sensi dell'articolo 169-bis legge fall. dovrà scrutinare: i) le condizioni di legittimità, ossia la qualificazione del rapporto da sospendere in termini di contratto in corso di esecuzione; ii) la coerenza della misura protettiva richiesta con il piano di concordato prospettato. Con riguardo a quest'ultimo profilo,*

*l'indagine deve essere condotta avendo riguardo alla finalità, individuata secundum rationem legis, che l'istituto della sospensione/scioglimento dei contratti pendenti persegue, ovvero conseguire ad un tempo la riduzione del fabbisogno concordatario derivante da contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti e l'incremento dei margini di attivo realizzabili da destinare ad una più ampia comunità di creditori entro cui redistribuire il rischio dell'insolvenza, in attuazione della par condicio creditorum. (Franco Benassi)*

**Concordato preventivo - Contratti pendenti - Valutazione del tribunale - Sacrificio del contraente in bonis - Irrilevanza**

*Il sacrificio del contraente in bonis non può assurgere a rango di parametro da misurare onde concedere o negare l'autorizzazione alla sospensione/scioglimento del rapporto, per avere il legislatore già effettuato un bilanciamento tra contrapposte esigenze, che vede quelle della controparte adempiente degradare a fronte del superiore interesse della massa dei creditori anteriori, pur con il temperamento dell'attribuzione di un indennizzo pari al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, soddisfatto come credito anteriore al concordato e, per ciò solo, soggetto a falcidia. (Franco Benassi)*

**Concordato preventivo - Contratti pendenti - Convenienza economica dell'esercizio autorizzato dalla facoltà di sospensione - Valutazione di competenza del ceto creditorio**

*La valutazione della convenienza economica dell'esercizio autorizzato della facoltà di sospensione/scioglimento è sottratta al tribunale, per essere affidata al ceto creditorio, in sede di adunanza prima (art. 174 legge fall.) e di opposizione all'omologazione poi (art. 180 legge fall.). (Franco Benassi)*

**Concordato preventivo - Contratti pendenti - Valutazione del tribunale - Verifica dei presupposti di legalità - Esercizio del potere quale prerogativa esclusiva del debitore - Conseguenze - Retroattività - Esclusione**

*In tema di sospensione dei contratti pendenti nel concordato preventivo ai sensi dell'articolo 169-bis legge fall., al tribunale è affidato il sindacato concernente la verifica dei presupposti di legalità del potere di sospensione, il cui esercizio è viceversa prerogativa esclusiva della parte che lo esercita mediante la comunicazione all'altro contraente del provvedimento autorizzativo necessario a rimuovere una condizione legale ostativa al sorgere del diritto potestativo, con la conseguenza che*

sospensione e scioglimento riconnettono la loro efficacia non già ad una pronuncia giurisdizionale costitutiva resa nell'ambito di un ordinario giudizio contenzioso, bensì all'esercizio di un potere sostanziale accordato ad uno dei contraenti, il quale, in ipotesi, ben potrà rinunciarvi o non darvi corso ad onta dell'autorizzazione emanata. La retroattività degli effetti della sospensione non è perciò configurabile nella misura in cui la modificazione del vincolo negoziale è prodotta non già dal provvedimento giurisdizionale richiesto con la domanda giudiziale, bensì da un atto di autonomia privata. (Franco Benassi)

**Concordato preventivo - Contratti pendenti - Disciplina della risoluzione dettata dall'articolo 72 l.f. - Applicazione nell'ambito del concordato - Esclusione**

*Non è praticabile l'importazione dei limiti alla risoluzione del contratto dettati dall'art. 72., commi 5 e 6, legge fall. nella disciplina del concordato preventivo in quanto: i) l'art. 72 non è richiamato dall'art. 169 legge fall. tra le disposizioni applicabili al concordato preventivo; ii) i commi 5 e 6 dell'art. 72 si innestano nel quadro di una disposizione la cui vocazione è ispirata dal principio generale (antitetico alla continuazione) della temporanea quiescenza — orientata verso lo scioglimento — dei contratti pendenti (art. 72, commi 1 e 2); iii) solo per il concordato con continuità è prevista l'inefficacia di clausole che prevedano la risoluzione dei contratti in corso di esecuzione per effetto del deposito della domanda di concordato (art. 186-bis, comma 3, legge fall.), con la conseguenza che, a contrario, nel concordato liquidatorio non potrebbe negarsi l'efficacia di clausole risolutive espressive di un regime diametralmente opposto a quello apprestato dall'art. 72, comma 6, citato. (Franco Benassi)*

**Concordato preventivo - Contratti pendenti - Contratti di garanzia - Contratti autonomi e accessori - Distinzione - Effetti**

*La sospensione del contratto autorizzata ai sensi dell'articolo 169-bis legge fall. non comporta automaticamente la sospensione dei contratti di garanzia qualora questi abbiano natura autonoma e non accessoria. (Franco Benassi)*

*(Massime a cura di Alessandro Merlini e Franco Benassi)*

Decreto

Il Tribunale,  
letti gli atti, rileva che:

con istanza presentata ai sensi dell'art 169 bis l.fall., B. Energy International s.r.l. in liquidazione (di seguito, breviter, "B."), premettendo di aver depositato in data 25.11.2015 ricorso ai sensi dell'art. 161, comma 6°, l.fall., preannunciando l'intento di depositare un concordato preventivo liquidatorio, e che con provvedimento del 3.12.2015 il Tribunale ha concesso il termine di giorni 80 per il deposito del piano e della proposta, ha richiesto di essere autorizzata all'immediata sospensione, per un termine di giorni 60 (prorogabili di ulteriori 60 gg.), dei contratti di "trasporto" - stipulati con gli enti che pongono a disposizione, attraverso i loro impianti e attrezzature, la capacità di trasporto del gas - nonché dei contratti di garanzia accessori al contratto principale, di seguito indicati:

*omissis*

Ha addotto l'istante che con le controparti in bonis erano pendenti contenziosi in ordine all'intervenuta risoluzione per impossibilità/eccessiva onerosità sopravvenuta dei correlativi contratti e che, al fine di evitare il generarsi di oneri prededucibili a carico della massa dei creditori per effetto della prosecuzione dei singoli rapporti negoziali - tenuto conto dal 2013 che l'istante non utilizzava di fatto la capacità di trasporto messa a disposizione per avere risolto il contratto a monte di fornitura del gas stipulato con l'Ente algerino Sonatrach - si rivelava indifferibile la cessazione degli effetti dei suddetti contratti, in forza dei quali mensilmente maturavano in favore delle controparti canoni stimati in circa USD 106.000,00 per il contratto in essere con TRANSMED, € 225.000,00 per il contratto in essere con SNAM ed € 126.000,00 per il contratto TTPC.

Con l'instaurazione del contraddittorio, i contraenti in bonis, costituendosi, si sono opposti al rilascio dell'autorizzazione richiesta, mentre non hanno svolto attività difensiva gli istituti di credito che hanno prestato le garanzie accessorie.

In particolare, Snam Rete Gas s.p.a. (di seguito anche solo "Snam") ha eccepito che i contratti di trasporto stipulati nel 2010, 2011 e 2012 avrebbero esplicitato i loro effetti rispettivamente negli anni termici 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019, di tal che, con riguardo a tali rapporti, l'istanza non avrebbe recato alla debitrice alcuna utilità. Per converso, il contratto stipulato nel 2009 si era già risolto di diritto a far data dal 15.12.2015 ad iniziativa dell'esponente, la quale, a fronte dell'inadempimento dell'obbligazione di pagamento del corrispettivo per il mese di ottobre 2015, aveva parzialmente escusso la fideiussione bancaria a prima richiesta emessa a garanzia delle obbligazioni assunte da B., con ciò cagionando il venir meno dei livelli di garanzia previsti dall'art. 1.1.2), lett. b) del cap. 5 del Codice di Rete, abilitando il contraente in bonis ad avvalersi della clausola risolutiva espressa prevista dall'art. 3.1.1 del cap. 19 del Codice di Rete. La resistente ha inoltre eccepito l'inapplicabilità dell'istituto della sospensione alle garanzie accessorie - le quali, oltre ad essere state parzialmente escusse, per il precipitato logico della loro autonomia restavano insensibili alle vicende del contratto principale - e richiesto in subordine il riconoscimento dell'equo indennizzo previsto dal comma 2° dell'art. 169 bis l.fall.

Transmed s.p.a. e Trans Tunisian Pipeline Company s.p.a. (d'ora in avanti, solo "T.T.P.C."), per un verso, hanno preliminarmente eccepito, l'inammissibilità del ricorso all'istituto della sospensione dei contratti pendenti nella fase c.d. "prenotativa" che segue alla concessione del

termine di cui all'art. 161, comma 6°, l.fall. e sino al deposito della proposta e del piano di concordato preventivo, anche in ragione dell'assenza di dettagli esplicativi in ordine al loro contenuto.

Per altro verso, hanno denunciato l'inapplicabilità della sospensione ex art 169 bis l.fall.: 1) ai rapporti principali, a motivo del peculiare modo di essere del contratto di trasporto del gas stipulato con. B., che obbliga la controparte a riservare a beneficio esclusivo dell'utilizzatore la capacità di trasporto già impegnata; 2) ai contratti di garanzia, per la loro intrinseca inattitudine strutturale ad atteggiarsi alla stregua di contratti pendenti ineseguiti o non compiutamente eseguiti.

Le resistenti hanno inoltre denunciato i gravi danni economici che la sospensione dei contratti di trasporto avrebbe arrecato loro.

Celebrata l'udienza di comparizione delle parti in data 7.01.2015, assegnato il termine di giorni dieci per il deposito di note difensive, aggiornata l'udienza di discussione dell'istanza, è successivamente emerso che anche T.T.P.C., dopo aver escusso a più riprese la garanzia autonoma prestata da Unicredit (v. doc. 9, 11, fasc. B., comunicazioni Unicredit del 22.12.2015 e 13.1.2016), con comunicazione del 15.1.2016 ha dichiarato di risolvere il contratto di trasporto in base alla clausola risolutiva espressa contemplata dall'art. 18 (doc. 5 fasc. B.).

All'udienza del 21.1.2016, previa discussione in contraddittorio tra le parti, è stata riservata la decisione.

#### I) La sospensione dei contratti di trasporto.

A norma dell'art. 169 bis, comma 1°, l.fall., come sostituito dall'art. 8, comma 1°, lett. b), D.L. 27 giugno 2015, n. 83, conv. con modif., in. L. 6 agosto 2015, n. 132 -la cui rubrica reca la dicitura «contratti pendenti» - «il debitore, con il ricorso di cui all'articolo 161 o successivamente può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato, con decreto motivato sentito l'altre contraente, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. Lo scioglimento e la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente».

In seguito alla modifica della primitiva formulazione dell'art. 169 bis l.fall., non vi è ragione dubitare che, replicando una terminologia sostanzialmente omologa a quella impiegata dall'art. 72 l.fall., i contratti pendenti alla data di presentazione del ricorso per concordato preventivo siano equiparabili, quanto a connotazioni strutturali, ai contratti pendenti nel fallimento, dovendo quindi trattarsi di un contratto a prestazioni corrispettive in cui le prestazioni siano ineseguite o non compiutamente eseguite da entrambe le parti, perché le prestazioni principali e qualificanti la fattispecie negoziale dedotte nelle obbligazioni contrattuali non hanno ricevuto compiuta esecuzione al momento della pubblicazione della domanda di concordato, poiché diversamente, se il contratto è stato eseguito da una sola delle parti, lo stesso avrà generato un debito concorsuale oppure un credito della massa dei creditori.

Così delimitato il perimetro applicativo, non sembra revocabile in dubbio che i contratti di trasporto di cui viene richiesta la sospensione vi siano attratti.

Ed infatti, secondo la struttura tipologica del contratto di durata, ad esecuzione continuata, i contraenti in bonis, avvalendosi delle infrastrutture all'uopo apprestate per il trasporto del gas (gasdotti), si obbligano a mettere a disposizione dell'utente che acquista il gas da terzi una determinata capacità di trasporto dietro pagamento di un corrispettivo commisurato ad una determinata unità temporale ragguagliata ad un indice che esprime la quantità di combustibile trasportato nell'unità di tempo considerata (doc. 3 fasc. B.).

Si tratta quindi, con ogni evidenza, di un contratto a prestazioni corrispettive non compiutamente eseguite alla data di deposito della domanda di concordato, sul rilievo che nei contratti di durata le singole coppie di prestazioni/controprestazioni individuate sulla base dell'unità di tempo considerata sono denotate da un proprio sinallagma funzionale che vale a configurarne autonomia ed individualità distinte dalle altre coppie riferibili a diverse unità di tempo.

Ciò posto, non sembra dubitabile che l'istituto della sospensione dei contratti pendenti sia compatibile con il concordato con riserva di cui all'art. 161, comma 6°, l.fall.

Depone in primo luogo in tal senso la portata semantica delle espressioni terminologiche impiegate nel primo comma dell'art. 169 bis l.fall. che, con il riferimento al deposito della correlativa istanza "... con il ricorso di cui all'articolo 161 o successivamente..." evoca la domanda di concordato preventivo, ovvero l'atto processuale con il quale il debitore chiede al Tribunale di regolare l'insolvenza o lo stato di crisi attraverso la procedura concordataria, idonea ad introdurre indifferentemente tanto una domanda completa del piano e della proposta, quanto una domanda meramente prenotativa degli effetti protettivi riconnessi al deposito del ricorso, con riserva di presentare nel termine assegnato dal Tribunale il piano e la proposta.

In secondo luogo, la sospensione dei contratti pendenti, per le finalità che la ispirano - sulle quali ci si soffermerà di qui ad un momento - appare orientata sia a completare la congerie di misure protettive del patrimonio del debitore già apprestate con l'art. 168 l.fall., in un'ottica di redistribuzione paritaria delle conseguenze dell'insolvenza tra i creditori concorsuali, sia, quale logico corollario, ad agevolare l'accesso alla procedura di concordato preventivo vera e propria, nel quadro unitario degli strumenti autorizzativi all'uopo apprestati dagli artt. 161, comma 7° (autorizzazione al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione), 182 quinquies commi 1° (autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili) e 4° l.fall. (autorizzazione al pagamento di creditori anteriori nel concordato con continuità).

In terzo luogo, la sospensione, diversamente dallo scioglimento, per sua stessa natura reca effetti reversibili del tutto compatibili con i possibili scenari nei quali è suscettibile di evolversi la domanda prenotativa, ovvero sia che essa sia seguita dal deposito del piano e della proposta di concordato preventivo; sia che il debitore non dia corso, per inerzia o rinuncia, agli adempimenti in funzione dei quali il termine era stato concesso; sia che, ancora, venga depositato un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 bis l.fall.

L'istanza di sospensione rivendica innegabilmente un contenuto minimo inderogabile, ma la cui adeguatezza esplicativa deve essere eminentemente valutata in dipendenza dell'estensione del sindacato esercitato dal Tribunale.

E' da credere che nella specie, con la dettagliata indicazione dei contratti da sospendere, in uno con l'enunciazione delle ragioni a fondamento dell'istanza -negare alle controparti in bonis la maturazione di ulteriori crediti prededucibili -intimamente coessenziali alla preannunciata presentazione di un piano liquidatori, l'istante abbia appagato l'esigenza di offrire un ragguglio informativo idoneo affinché il Tribunale esprima le proprie determinazioni in ordine alla concessione o meno dell'autorizzazione richiesta.

Invero, alla ragion d'essere di quelle determinazioni si annette uno scrutinio che concerne: i) le condizioni di legittimità onde concedere l'autorizzazione, sostanziate dalla qualificazione del rapporto da sospendere in termini di contratto in corso di esecuzione, secondo i canoni sopra configurati; ii) la coerenza della misura protettiva richiesta con il piano di concordato prospettato.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, l'indagine deve essere condotta avendo riguardo alla finalità, individuata secundum rationem legis, che l'istituto della sospensione/scioglimento dei contratti pendenti persegue, ovvero conseguire ad un tempo la riduzione del fabbisogno concordatario derivante da contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti e l'incremento dei margini di attivo realizzabili da destinare ad una più ampia comunità di creditori entro cui redistribuire il rischio dell'insolvenza, in attuazione della par conditio creditorum.

Se si tiene ferma questa premessa, sarà agevole dedurne l'implicazione secondo la quale il sacrificio del contraente in bonis non potrà assurgere a rango di parametro da misurare onde concedere o negare l'autorizzazione alla sospensione/scioglimento del rapporto, per avere il legislatore già effettuato un bilanciamento tra contrapposte esigenze, che vede quelle della controparte adempiente degradare, incontrando il limite del superiore interesse della massa dei creditori anteriori, pur con il temperamento dell'attribuzione di un indennizzo pari al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, soddisfatto come credito anteriore al concordato e, per ciò solo, soggetto a falcidia.

La valutazione della convenienza economica dell'esercizio autorizzato della facoltà di sospensione/scioglimento è viceversa sottratta al Tribunale, per essere affidata al ceto creditorio, in sede di adunanza prima (art. 174 l.fall.) e di opposizione all'omologazione poi (art. 180 l.fall.).

A negare il linea generale l'autorizzazione alla sospensione non viene neppure in rilievo la circostanza secondo la quale, in ipotesi, il contraente fedele non solo non potrebbe destinare a terzi la portata del gasdotto impegnata in favore di B. -eventualità di per sé ininfluenza ai fini della deliberazione dell'istanza - ma sarebbe costretto a mantenerla a disposizione dell'utente che si sottrae all'adempimento delle proprie obbligazioni, pur se a tanto autorizzato.

Invero, il portato logico di tale rilievo sta in ciò, che intanto la sospensione del contratto pendente potrebbe operare solo quante volte sia materialmente consentito ad entrambe le parti di non adempiere, a motivo dell'ingiustificato vantaggio che diversamente verrebbe procurato ad una sola delle parti.

Senonché questa obiezione, pur suggestiva, si presta ad essere confutata sol che si consideri che anche a voler davvero credere che le controparti in bonis non possano materialmente sospendere l'adempimento delle prestazioni in favore di B., l'equo temperamento tra opposte ragioni

verrebbe comunque realizzato con l'attribuzione dell'indennizzo pari al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento, indennizzo che, diversamente, smarrirebbe la propria ragion d'essere nei casi in cui, con l'operatività della sospensione per entrambe le parti, alcuna soffrirebbe nocumento.

Alla luce delle superiori considerazioni, appaiono innegabilmente suscettibili di sospensione i contratti di trasporto stipulati con Snam negli anni 2010, 2011, 2012, trattandosi di rapporti pendenti non eseguiti da entrambe le parti, dei quali l'esplicazione della loro efficacia in anni termici successivi a quello in corso rivela una circostanza ininfluenza ai fini della sussistenza dei presupposti onde concedere l'autorizzazione richiesta.

Similmente, anche il contratto con Transmed del 20.1.06 ben potrà essere sospeso dall'istante.

Viceversa, non risultano pendenti — e non ne è dunque astrattamente ipotizzabile una sospensione — il contratto concluso con Snam in data 22.7.09 ed il contratto concluso con T.T.P.C. il 13.7.2005, medio tempore risolti dai contraenti in bonis avvalendosi del potere di autotutela negoziale apprestato in loro favore da specifiche clausole risolutive espresse.

In particolare, con riguardo a Snam, è accaduto quanto segue: (a) B. ha omesso di pagare la fattura Snam n. 500108229 del 6 novembre 2015 con scadenza 7 dicembre 2015; (b) con comunicazione in data 8 dicembre 2015 Snam ha proceduto alla parziale escussione per euro 595.507,00 della garanzia bancaria n. 150110808 emessa da Credito Artigiano s.p.a., intimando contestualmente il ripristino del livello minimo delle garanzie secondo quanto prescritto dall'art. 3.1.1 del cap. 19 del Codice di Rete nel termine di sette giorni, con l'avvertenza che, in difetto di adempimento, il contratto si sarebbe risolto di diritto; (c) decorso inutilmente il termine assegnato, il contratto si è effettivamente risolto a far tempo dal 15.12.2015.

Per contro, in relazione a T.T.P.C.: (a) il contraente in bonis ha dapprima escusso in due tempi la garanzia prestata da Unicredit; (b) successivamente, con comunicazione del 15.1.2016, si è avvalso della clausola risolutiva convenuta nell'art. 18 del contratto, non avendo la debitrice ripristinato la garanzia bancaria cessata in data 31.12.2015 a seguito di disdetta, nonostante l'infruttuosa richiesta già formulata in data 17.6.2015.

Pur non revocando in dubbio si siano invero verificati gli eventi dedotti nelle singole clausole risolutive, B. ha non di meno, replicato che: (a) la risoluzione intimata da T.T.P.C. non sarebbe opponibile all'istante, ciò deducendosi dalla manifestazione della volontà di avvalersi della clausola risolutiva in un momento successivo al deposito dell'istanza di sospensione, gli effetti della quale, pur decorrenti dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente, retroagirebbero dalla data di proposizione della domanda; (b) sul versante della non imputabilità verrebbe di contro in rilievo l'inadempimento giustificativo della risoluzione di diritto intimata da Snam, dal momento che tanto il pagamento della fattura scaduta il 7 dicembre 2015 (relativa ad un debito anteriore al deposito del ricorso) quanto il ripristino delle garanzie, non sarebbero stati legittimamente eseguibili dalla debitrice in carenza di autorizzazione degli organi della procedura.

Le difese di B. non sembrano cogliere nel segno.

Recita l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 169 bis l.fall. che lo scioglimento e la sospensione del contratto hanno effetto dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo all'altro contraente.

La quiescenza o la rimozione del vincolo negoziale non sostanziano un effetto costituito dal provvedimento giurisdizionale. Raffigurano per contro la derivazione di un atto di autotutela stragiudiziale della parte che però presuppone un atto giudiziale di natura eminentemente tutoria che in via preventiva ne certifichi la legittimità.

La struttura del procedimento configurato dall'art. 169 bis 1. fai]. rende dunque manifesto che al Tribunale è affidato nient'altro che il sindacato concernente la verifica dei presupposti di legalità del potere di sospensione, l'esercizio del quale è viceversa prerogativa esclusiva della parte che lo esercita comunicando all'altro contraente il provvedimento autorizzativo necessario a rimuovere una condizione legale ostativa al sorgere del diritto potestativo, con la conseguenza che sospensione e scioglimento riconnettono la loro efficacia non già ad una pronuncia giurisdizionale costitutiva resa nell'ambito di un ordinario giudizio contenzioso, bensì all'esercizio di un potere sostanziale accordato ad uno dei contraenti, il quale, in ipotesi, ben potrà rinunciare o non darvi corso ad onta dell'autorizzazione emanata.

L'equiparazione tra gli effetti derivanti dal provvedimento di autorizzazione all'esercizio del potere sospensivo da una parte e gli effetti della pronuncia di risoluzione giudiziale del contratto va per tali motivi negata in radice, negli stessi termini in cui va negata l'omologia, quo ad effectum, tra istanza di sospensione e domanda di risoluzione giudiziale per inadempimento.

La retroattività degli effetti della sospensione si rivela perciò inconfigurabile nella misura in cui la modificazione del vincolo negoziale è prodotta non già dal provvedimento giurisdizionale richiesto con la domanda giudiziale, bensì da un atto di autonomia privata.

Neppure il rilievo sub (b) — peraltro estensibile anche alla posizione di T.T.P.C. -appare persuasivo.

Occorre premettere che l'art. 169 bis l.fall., reca una disciplina alla quale è connaturata l'idea che, fatte salve le ipotesi di sospensione o scioglimento, i contratti pendenti alla data del deposito del ricorso ex art. 161 l.fall. conservano la loro efficacia. Nella loro perdurante vigenza, permane intatto l'assetto di interessi configurato dalle parti e, con questo, le eventuali clausole risolutive apprestate nel programma negoziale.

Per un triplice ordine di motivi sembra viceversa impraticabile l'importazione dei limiti alla risoluzione del contratto dettati dall'art. 72., commi 5° e 6°, l.fall. nella disciplina del concordato preventivo: i) l'art. 72 l.fall. non è richiamato dall'art. 169 1 fall. tra le disposizioni applicabili al concordato preventivo; ii) i commi 5° e 6° dell'art. 72 l.fall. si innestano nel quadro di una disposizione la cui vocazione è ispirata dal principio generale (antitetico alla continuazione) della temporanea quiescenza — orientata verso lo scioglimento — dei contratti pendenti (art. 72, commi 1° e 2°, l.fall.); iii) solo per il concordato con continuità è prevista l'inefficacia di clausole che prevedano la risoluzione dei contratti in corso di esecuzione per effetto del deposito della domanda di concordato (art. 186 bis, comma 3°, 1. fati.), con la conseguenza che, a contrario, nel concordato liquidatorio non potrebbe negarsi l'efficacia di clausole risolutive espressive di un regime diametralmente opposto a quello apprestato dall'art. 72, comma 6°, l.fall.

Ciò chiarito, al Tribunale è devoluto il compito di verificare se ed in quali limiti coesistano compresenti: (a) il potere di autotutela del contraente in bonis che si avvalga della clausola risolutiva espressa dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161, comma 6°, l.fall., denunciando un inadempimento di non scarsa importanza imputabile al debitore; (b) i limiti all'amministrazione dei propri beni che vincolano l'imprenditore secondo quanto stabilito dall'art. 161, comma 7°, l.fall., a mente del quale dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale.

E' dunque da chiedersi se sia davvero imputabile l'inadempimento di una determinata obbligazione - dedotto in una clausola risolutiva espressa - che si manifesta dopo il deposito del ricorso per concordato "in bianco", quando il debitore soggiace ad una sensibile menomazione della capacità di disporre dei propri beni, quando cioè l'adempimento comporti il compimento di un atto di straordinaria amministrazione che esige l'autorizzazione del tribunale concedibile se l'atto sia munito del connotato dell'urgenza.

Non è infatti dubitabile che anche l'inadempimento dell'obbligazione che sia qualificato da una clausola risolutiva espressa debba essere imputabile quanto meno a colpa del debitore (Cass. sent. n. 15026/05; n. 11717/02; n. 9356/00; n. 11960/90).

Invero, la disamina dei vincoli che astringono l'imprenditore nell'amministrazione dei propri beni dopo il deposito del ricorso ex art. 161, comma 6°, l.fall. si completa con il generale divieto, valevole dalla data di deposito del ricorso nel registro delle imprese e ricavabile dal tenore testuale dell'art. 168, comma 1°, l.fall., di effettuare pagamenti di debiti anteriori, dal momento che sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via di esecuzione forzata possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento, essendo in entrambi i casi violato proprio il principio di parità di trattamento dei creditori (in questo senso, Cass. sent. n. 578/07).

A ben vedere però, nel caso che qui occupa, il richiamo dell'art. 168 l.fall., si risolve in una mera superfetazione, poiché l'obbligazione il cui inadempimento è stato assunto dalle parti a fatto giustificativo della risoluzione del contratto - rimessa alla volontà del contraente fedele - concerneva il mantenimento di un livello adeguato di fideiussioni bancarie a prima richiesta a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni principali in carico all'utilizzatore della capacità di trasporto impegnata nei vari gasdotti.

Viene viceversa in considerazione, a tutto concedere, il dettato dell'art. 161, comma 7°, l.fall., quante volte all'interrogativo circa la natura dell'atto di amministrazione sostanziato dall'ordine impartito ad un istituto di credito per il rilascio di una garanzia a prima richiesta si risponda - come il Tribunale invero ritiene debba risponderci - affermativamente, sol che si consideri che l'atto è suscettibile di ripercuotersi negativamente sul patrimonio del debitore, una prima volta, se per il rilascio della garanzia sia convenuto un corrispettivo, una seconda volta, dopo l'escussione del creditore garantito, a motivo delle azioni di regresso esperibili dal garante.

Senonché, ad avviso del Tribunale, l'esigenza del previo rilascio di un provvedimento giurisdizionale a contenuto autorizzativo non vale a

negare l'imputabilità dell'inadempimento di B. e, per l'effetto, la legittimità della risoluzione del contratto intimata da T.T.P.C. e Snam.

Ciò per un duplice ordine di motivi, l'uno consequenziale all'altro.

Il primo: è nella disponibilità del debitore la presentazione di una domanda al Tribunale onde regolare la propria insolvenza ricorrendo al procedimento di concordato preventivo. Se l'imprenditore commerciale non piccolo si avvale di tale facoltà, si espone tuttavia consapevolmente sia alla continuazione dei rapporti pendenti, sia ad incisive ingerenze dell'autorità giudiziaria nell'amministrazione dei propri beni, riconnesse al regime c.d. «di spossessamento attenuato», che ne comprimono la capacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni onde garantire la parità di trattamento tra i creditori concorsuali.

Il secondo: la non imputabilità dell'inadempimento postula l'impegno alla tempestiva attivazione del procedimento all'uopo apprestato dalla legge per la rimozione dei limiti al compimento dell'atto di straordinaria amministrazione richiesto, configurato nel caso dall'art. 161, comma 7°, l.fall. Solo l'esito negativo (o intempestivo) dell'istanza prontamente inoltrata al tribunale sembra suscettibile di esonerare da colpa il debitore inadempiente ai sensi dell'art. 1218 c.c., giacché quando la prestazione dovuta non possa eseguirsi senza il previo intervento di un fatto altrui - al quale ben si presta l'assimilazione con un provvedimento dell'autorità - è integrata la forza maggiore insuperabile solo se l'obbligato rimanga non già inerte, bensì sperimenti nei limiti dell'ordinaria diligenza tutte le attività necessarie a rimuovere l'ostacolo frapposto all'adempimento (cfr., per le condizioni al ricorrere delle quali è integrato il *facilis*): *pincipis a causa del diniego di un provvedimento della pubblica autorità*, cfr. Cass. sent. n. 15712/02; n. 2059/00; n. 119/82. Più in generale, in tema di ostacoli frapposti dal fatto del terzo, v. Cass. sent. n. 11717/02)•

Ma tant'è.

B. avrebbe dovuto farsi carico di dimostrare, essendo di tanto onerata, di aver inutilmente e tempestivamente attivato con l'ordinaria diligenza tutte le misure necessarie a rimuovere i limiti all'adempimento della prestazione dovuta.

In difetto, le risoluzioni del contratto intimata da T.T.P.C. e Snam (limitatamente al contratto del 2009) appaiono legittime, di tal che, con riguardo a tali rapporti, l'istituto della sospensione di cui all'art. 169 bis l.fall. appare inapplicabile.

## II) La sospensione dei contratti di garanzia autonoma.

Preliminarmente, corre l'obbligo di considerare che resta innegabilmente estranea all'esame dell'odierna istanza di sospensione la garanzia prestata in data 15.12.2008 da Unicredit in favore di T.T.P.C., inderogabilmente cessata per disdetta e mancato rinnovo al 31.12.2015.

Quanto alle ulteriori fidejussioni prestate in favore di Snam, l'operatività della sospensione incontra un primo significativo limite sostanziato dalla loro innegabile riconducibilità alla *causae* del contratto autonomo di garanzia.

Costituisce contratto autonomo di garanzia quello in base al quale una parte si obbliga a titolo di garanzia, ad eseguire a prima richiesta, la prestazione del debitore, indipendentemente dall'esistenza, dalla validità ed efficacia del rapporto di base con l'impossibilità per il garante di sollevare eccezioni, onde tale contratto si distingue dalla fideiussione per la sua indipendenza dall'obbligazione principale, poiché, mentre il

fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante nel contratto autonomo si obbliga non tanto a garantire l'adempimento, quanto piuttosto a tenere indenne il beneficiario dal nocimento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta (Cass. sent. n. 4661 del 2007, cui adde sez. un. sent. n. 3947 del 2010). L'elemento caratterizzante della fattispecie in esame, viene correntemente individuato nell'impegno del garante a pagare illico et immediate, impegno da ritenersi sussistente quante volte a definirne il contenuto concorrono clausole che sanciscano l'impossibilità, per il garante, di opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto di base che spettano al debitore principale (così, tra le altre, Cass. n. 4661 del 2007; n. 23900 del 2006; n. 21101 del 2005; n. 11368 del 2002; n. 10637 del 2002; n. 3326 del 2002; n. 8324 del 2001; n. 6757 del 2001; n. 106,84 del 1999; n. 3964 del 1999; n. 3552 del 1998). Si valorizza anche, onde declinare l'elemento denotativo dell'autonomia, della garanzia dall'obbligazione principale, una sua eventuale funzione "cauzionale", soddisfatta tutte le volte, che la relativa convenzione attribuisca al creditore la facoltà di procedere ad immediata riscossione delle somme, a prescindere dal rapporto garantito, in maniera non dissimile dall'incameramento di una cauzione (Cass. n. 6757 del 2001; n. 3964 del 1999).

Sul a scorta di tali premesse, non v'è chi non veda che l'indipendenza ed autonomia, nei termini sopra precisati, che connota le garanzie prestate in favore di Snam disconoscono il principio di accessorietà ordinariamente immanente al contratto di fideiussione. Ne segue che la sospensione del contratto da cui sorgono le obbligazioni garantite non induce tout court la sospensione della garanzia che le correda.

Peraltro un ulteriore ed invalicabile limite all'applicabilità della sospensione deriva dalla naturale gratuità del contratto di fideiussione, che ne configura la struttura di garanzia verso il creditore per il pagamento di un'obbligazione altrui (art. 1936 c.c.) con la morfologia tipica del contratto unilaterale con obbligazioni a carico di una sola parte, perfezionabile tra garante e creditore a norma dell'art. 1333, comma 2°, c.c. (Cass. sent. n. 13652/06). Per contro, il rapporto sottostante dal quale la garanzia autonoma prende l'abbrivio, ovvero l'ordine di pagamento impartito dal debitore-ordinante al garante, assimilabile ad un contratto di mandato, esaurisce i propri effetti con la prestazione della garanzia, sì che non residuano prestazioni ineseguite da ambo i contraenti al momento della pendenza della domanda di concordato.

Le garanzie autonome prestate in favore di Snam non possono pertanto essere sospese.

L'indennizzo richiesto da Snam non può essere quantificato in questa sede, dal momento che, in difetto di accordo tra debitore e contraente in bonis, la posta risarcitoria per il mancato adempimento sarà oggetto di accertamento in un ordinario giudizio contenzioso.

P.Q.M.

Il Tribunale, pronunciando sull'istanza di autorizzazione alla sospensione dei contratti pendenti indicati in premessa presentata da B. Energy International s.r.l. in liquidazione:

1. Autorizza la sospensione dei contratti stipulati con Snam in data 16.7.010 (anno

termico 2016-2017), 19.7.011 (anno termico 2017-2018), 16.7.2012 (anno termico 2018-2019) per la durata di giorni 60;

2. Autorizza la sospensione del contratto stipulato con Transmed in data 20.1.06 per la durata di giorni 60;

3. Rigetta, per il resto, l'istanza;

4. Manda alla cancelleria per provvedere agli adempimenti di sua competenza. Così deciso in Massa, nella Camera di consiglio del 28.1.2016.