

GIORNATE DI STUDIO DEGLI AFFARI GIURIDICI

DELL' AUTORITÀ PER L' ENERGIA ELETTRICA IL GAS E IL SISTEMA IDRICO

TERZA GIORNATA – IL SISTEMA DELLE C.D. ESENZIONI DAL TPA

MILANO, 26 GENNAIO 2015

Marisaria Maugeri(*)

RISCHI E CONDIZIONI PATRIMONIALI DEI CONTRAENTI

Sotto il profilo del rischio di insolvenza vi è differenza fra i soggetti che operano in regime di esenzione dal regime cosiddetto di TPA e i soggetti che non operano in tale regime?

Per rispondere a questa domanda occorre prima capire se i soggetti che operano in regime di TPA possano avvalersi dei rimedi civilistici conosciuti sotto la denominazione di eccezioni dilatorie, e in particolare della disciplina contenuta nell'art. 1461 c.c.. Segnatamente, mentre l'art. 1460 c.c. – stabilendo che *“ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria”* – presuppone per l'appunto un conclamato e attuale inadempimento dell'altra parte, l'art. 1461 c.c. – secondo il quale *“Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia”* – si fonda sulla prospettiva dell'inadempimento, in termini di mero, seppur evidente, pericolo del suo verificarsi.

In prima analisi, e a rigor di logica, dovrebbe risponderci che, se così non fosse, ci sarebbe il rischio che le imprese a rischio insolvenza siano portate a rivolgersi sempre ai soggetti che operano in regime di TPA; e ciò perché in regime di esenzione è certa l'applicabilità di tali rimedi. In altre parole, il sistema delle esenzioni verrebbe ad incidere negativamente sul rischio dei soggetti non esentati.

Questi ultimi, d'altra parte, potrebbero comunque garantirsi contro i rischi, attraverso la previsione di specifiche clausole di garanzia, in sede di conclusione del contratto. Clausole che dovrebbero, però, essere compatibili con il diritto di accesso (TPA) disegnato dalla disciplina pubblicistica.

La mia relazione sarà volta a comprendere:

- in primo luogo, se l'art. 1460 c.c. e, soprattutto, l'art. 1461 c.c. trovino applicazione anche in regime di TPA;

(*) Professore ordinario di diritto privato presso l'Università degli Studi di Catania. Non citare senza il permesso dell'autrice.

- in secondo luogo, se e in che misura l'eventuale apparato di garanzie previste nei codici di rete e nei codici di rigassificazione tutelino il credito dei soggetti su cui grava il TPA;

- in terzo luogo, se l'eventuale apparato di garanzie previste nei codici di rete e nei codici di rigassificazione vada addirittura oltre la tutela del credito codicistica, cosicché risulti addirittura vantaggioso per le imprese a rischio di insolvenza rivolgersi al mercato esentato. Se così fosse, le imprese che operano in regime di esenzione dovrebbero ben riflettere sull'opportunità di adeguare il sistema di garanzie convenzionali alle scelte del regime di TPA (ovviamente tenendo conto che si tratterebbe di clausole vessatorie *ex art. 1341 c.c.*, come tali richiedenti la specifica approvazione per iscritto ai fini dell'efficacia; approvazione che, a mio parere, andrebbe chiesta anche in caso di regime TPA).

La prima questione che ho proposto riguarda dunque l'applicabilità delle eccezioni dilatorie, e in particolare dell'art. 1461 c.c., in regime di TPA.

Il tema è stato affrontato dal Consiglio di Stato in una nota pronuncia (Cons. Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2008, n. 5936), con risposta apparentemente positiva, raggiunta a seguito di un *iter* argomentativo non sempre limpido e condivisibile, che merita di essere brevemente ripercorso.

Il caso sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato era il seguente: nell'agosto del 2002, Snam Rete Gas aveva annunciato, con una clausola inserita in un documento di natura contrattuale, che, in materia di conferimento della capacità di trasporto per l'anno termico successivo, non avrebbe assegnato capacità a chi alla data di presentazione della richiesta di capacità non avesse provveduto al pagamento degli importi fatturati e già scaduti. L'AEEG, a fronte di segnalazioni da parte di utenti che lamentavano l'illegittimità di tale condotta, aveva ritenuto che la clausola in questione costituisse una fattispecie di rifiuto ulteriore rispetto a quelle tipizzate nel decreto legislativo n. 164/2000, con l'effetto di pregiudicare il diritto degli utenti all'accesso, e aveva imposto a Snam Rete Gas la cessazione del comportamento e l'eliminazione della clausola contestata. Snam Rete Gas, a sua volta, aveva impugnato la delibera dell'AEEG davanti al TAR Lombardia, che aveva accolto nel merito l'impugnazione.

Il Consiglio di Stato ha confermato la decisione del TAR. In particolare, ha concluso a favore del principio per cui "laddove il richiedente si sia reso moroso in precedenza, ben possa" l'esercente in regime di TPA "rifiutarsi di eseguire (nuovamente) la propria prestazione nei confronti del medesimo cliente sino a che l'inadempimento pregresso non sia sanato".

Come è già stato sottolineato (Osti, *L'obbligo a contrarre civilistico nella regolazione del mercato*, in *Annuario di Diritto dell'energia*, 2012, 211 ss.), in questo caso la questione riguardava l'applicazione però dell'art.1460 c.c., e non dell'art.1461 c.c.. Infatti, l'eccezione che Snam Rete Gas si era riservata con la clausola contestata era proponibile, in termini di rifiuto di capacità di trasporto, solo a fronte di un mancato pagamento, e quindi di un inadempimento conclamato.

Più in dettaglio, il Consiglio di Stato ha sostenuto che la posizione del soggetto in regime di TPA (ossia, nel caso di specie, Snam Rete Gas), gravata da un vero e proprio obbligo a contrarre, fosse del tutto sovrapponibile a quella del monopolista

legale di cui all'art. 2597 c.c. e quindi ha potuto richiamare una decisione in tema delle Sezioni Unite della Cassazione del 1998 (Cass., Sez. Un., 11 novembre 1998, n. 11350), favorevole alla esperibilità dell'eccezione di inadempimento, *ex art.* 1460 c.c., per l'appunto da parte monopolista legale.

Tuttavia, riguardo all'art. 1461 c.c., la Suprema Corte, nella pronuncia richiamata, per la verità era pervenuta ad una soluzione di segno opposto, affermando che “mentre la pretesa della prestazione può essere paralizzata dall'inadempimento dell'utente alla propria controprestazione [...], la prestazione non può essere negata o sospesa nell'ipotesi di cui all'art. 1461 c.c., dal momento che il legalmonopolista, proprio perché obbligato *ex lege* ad eseguire la prestazione del bene o del servizio, non può sospendere l'esecuzione della prestazione e rifiutare il pagamento del corrispettivo da parte dell'utente se le condizioni economiche e patrimoniali di quest'ultimo siano divenute tali da porre in pericolo il conseguimento della prestazione: ammettere tale possibilità si tradurrebbe, infatti, in una violazione dell'art. 2597 c.c.”.

La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione del 1998 escludeva, cioè, l'applicabilità dell'art. 1461 c.c. al monopolista legale.

Tra questa decisione del 1998 e la presa di posizione del Consiglio di Stato del 2008, è intervenuta, però, una pronuncia del 2004, sempre della Cassazione a Sezioni Unite, che ha sostenuto viceversa la piena applicazione dell'art. 1461 c.c. anche al monopolista legale. In particolare, ivi la Suprema Corte ha affermato “che non solo l'art. 1460 c.c., sull'eccezione di inadempimento, ma anche l'art. 1461 c.c., sulla facoltà di sospendere l'esecuzione della prestazione dovuta quando sussista un evidente pericolo di non ricevere il corrispettivo in ragione delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, trovano applicazione, in assenza di espressa deroga, in favore dell'imprenditore [...] in regime di monopolio legale, trattandosi di previsioni compatibili con l'obbligo di contrarre e osservare parità di trattamento posto dall'art. 2597 c.c.”.

Vi sarebbe dunque da chiedersi come mai il Consiglio di Stato abbia invocato il precedente “civile” del 1998, in luogo di quello del 2004, quasi a voler manifestare una preferenza nei confronti della più risalente, e restrittiva, impostazione circa la possibilità del monopolista di attingere alle eccezioni dilatorie. Non è però dato stabilire se il Consiglio di Stato non fosse aggiornato sulle ultime prese di posizione della Cassazione o se – come ho già detto – volesse sottolineare la sua presa di distanza dalla decisione del 2004.

In ogni caso, il passaggio della sentenza del Consiglio di Stato che assume maggior rilievo e che non convince affatto è il seguente: in quanto la disciplina pubblicistica, ossia l'art. 24 del decreto legislativo n. 164/2000, non deroga alle norme codicistiche (giacché prende in esame solo profili pubblicistici), queste sono comunque applicabili.

In realtà l'applicabilità o meno della disciplina privatistica, e in specie di quella in materia contrattuale, discende dalla lettura complessiva della disciplina “pubblicistica” di riferimento. Si deve, cioè, valutare se e in che termini le regole del codice civile risultino incompatibili con gli interessi protetti dalla disciplina di stampo pubblicistico (al di là dell'espressa deroga) e se e in che termini, nell'ipotesi qui in esame, l'obbligo a contrarre possa dirsi assoluto, sempre in ragione del tipo di interesse protetto dalle discipline pubblicistiche.

Una prospettiva siffatta è stata correttamente seguita nell'affrontare proprio la *vexata quaestio* relativa alla possibilità di applicare l'art. 1461 c.c. al monopolista legale (Addis (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006, in part. 103 ss.).

Nel caso oggetto della nostra attenzione è sufficiente dire che l'erogazione del servizio in caso di inadempimento o di rischi di inadempimento determina il venir meno del principio di economicità di gestione, che non è, invece, messo in discussione dalla disciplina pubblicistica di riferimento.

A ciò si aggiunga che il regime di TPA non è volto a garantire la sopravvivenza di operatori inefficienti (anzi, ha il compito di favorire l'efficienza); quindi, la richiesta di *standard* di prestazione non è affatto incompatibile con la *ratio* della relativa disciplina.

Nulla osta, dunque, all'applicabilità dell'art. 1461 c.c., oltre che dell'art. 1460 c.c., anche ai soggetti che operano in regime di TPA.

Da questo dato si può dedurre che, sotto il profilo del rischio, i soggetti che operano nei due regimi sono parificati e l'introduzione dell'esenzione non altera rispetto al passato la percentuale di rischio che si assumono i soggetti non esentati.

Proviamo, però, ora a capire se e in che misura, al di là dell'applicabilità o meno dell'art. 1461 c.c., l'apparato di garanzie previste nei codici di rete e nei codici di rigassificazione tutelino comunque il credito dei soggetti su cui grava il TPA.

Il codice di rete di Snam Rete Gas (in linea con quanto previsto dalla delibera n. 137/02 e dalla delibera ARG/gas 182/09) al capitolo 5 prevede, tra i requisiti di accesso al servizio di trasporto, la presentazione di alcune garanzie finanziarie a copertura delle obbligazioni derivanti dal conferimento. In particolare chiede, per chi accede, il possesso di un *rating* creditizio minimo fornito dai primari organismi internazionali, quali Moody's Investor Services o Standard & Poor's Corporation o Fitch Ratings, pari ad almeno: Baa3 se fornito da Moody's Investor Services; oppure BBB- se fornito da Standard & Poor's Corporation; oppure BBB se fornito da Fitch Ratings.

In assenza di tale *rating*, il potenziale utente dovrà presentare apposita garanzia bancaria a prima richiesta, emessa da istituto bancario italiano o da filiale/succursale italiana di banca estera, per un ammontare pari: (i) al corrispettivo di capacità di RN del relativo contratto di trasporto, per impegni di capacità per il servizio di trasporto di durata inferiore o uguale a 130 giorni relativamente ai punti di entrata/uscita interconnessi con l'estero; (ii) ad un terzo del massimo corrispettivo annuo di capacità di RN e di RR del relativo contratto di trasporto in tutti gli altri casi.

La perdita dei requisiti di accesso (cfr. capitolo 19), ivi compresa la cessazione delle sopra richiamate garanzie finanziarie e bancarie, comporta il diritto di Snam Rete Gas di risolvere anticipatamente il contratto di trasporto in essere con l'utente della rete, ai sensi dell'art. 1456 c.c..

Il codice di rigassificazione di Terminale GLN Adriatico S.r.l. prevede (cfr. capitolo III.10.1, intitolato “Garanzie finanziarie a copertura degli obblighi degli Utenti”) che detto “Gestore presterà il Servizio esclusivamente a favore degli Utenti che forniscano e mantengano adeguate garanzie finanziarie per le obbligazioni previste a loro carico dal Contratto per la Capacità di cui sono Parte per tutta la durata del Contratto per la Capacità stesso”.

In particolare, all’atto della presentazione di una richiesta di accesso, il richiedente, potenziale utente, dovrà fornire la prova scritta di possedere uno specifico *rating* (Baa3 se fornito da Moody’s; o BBB- se fornito da S&P) riferito all’indebitamento non garantito di lungo termine; oppure dimostrare che tale *rating* sussista in capo alla controllante ovvero in capo a un soggetto che, direttamente o indirettamente, detenga una partecipazione nel capitale sociale del richiedente; oppure, ancora, produrre una garanzia bancaria a prima richiesta.

Il venir meno dei suddetti requisiti, se dovuto ad azioni o omissioni imputabili all’utente, trascorso un periodo di grazia pari a 20 giorni concesso all’utente per ripristinarli, consente al gestore di invocare la risoluzione anticipata dal contratto in essere con l’utente. Così come costituiscono “giusta causa” del recesso del gestore:

- (a) l’assoggettamento dell’utente ad una qualsiasi procedura concorsuale, sia essa giudiziale, amministrativa o volontaria, fatto salvo il subentro nel relativo contratto da parte dell’organo concorsuale ai sensi di legge;
- (b) la liquidazione o lo scioglimento dell’utente per qualsivoglia ragione, la cessazione dell’attività dell’utente, l’ammissione scritta da parte dell’utente di non poter adempiere ai propri obblighi di pagamento o la sospensione da parte dell’utente del pagamento dei propri debiti scaduti;
- (c) la pronuncia di una sentenza o altra decisione da parte dell’autorità giudiziaria o amministrativa competente nei confronti dell’utente, avente un sostanziale effetto pregiudizievole sulla capacità dell’utente di adempiere le obbligazioni previste a suo carico dal relativo contratto;
- (d) la circostanza per cui la stipulazione stessa e l’adempimento del contratto con il gestore da parte dell’utente contrasti con leggi, regolamenti, provvedimenti amministrativi o giudiziali o provvedimenti analoghi che si applichino all’utente, ovvero con un altro contratto di cui l’utente sia parte, oppure determini un inadempimento ai sensi di tale altro contratto; e tale contrasto o inadempimento abbia un sostanziale effetto pregiudizievole sulla capacità dell’utente di adempiere le obbligazioni previste a suo carico dal contratto in essere con il gestore (cfr. capitolo III.13.2).

Già dagli esempi di codice di rete e di codice di rigassificazione citati, si può agevolmente notare come gli stessi predispongano un apparato di garanzie che supera di molto quanto previsto dal codice civile.

Si pensi, infatti, al *rating*. In primo luogo il mutamento del *rating* può discendere da un mutamento oggettivo delle situazioni in cui versa il soggetto valutato o anche solo dall’appalesamento di una situazione prima non evidente. Nell’applicare l’art. 1461 c.c. dubbi si pongono, invece, rispetto alla necessità di dover fare riferimento, nel comparare la situazione in cui versava il contraente al momento della conclusione del contratto e quella in cui versa nella fase dell’esecuzione, all’oggettivo

mutamento delle condizioni patrimoniali o al mero appalesamento del dato (cfr., per una rassegna delle opinioni in materia, ancora Addis, *Le eccezioni dilatorie*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, V, 2, p. 469 ss.).

Ma ciò che più rileva è che il livello minimo di *rating* si pone al di sopra del livello corrispondente all'“evidente pericolo” circa il possibile conseguimento della prestazione.

La garanzia bancaria a prima richiesta rappresenta poi uno strumento di salvaguardia bel più forte e superiore, in termini di sicurezza del creditore, rispetto a qualsiasi rimedio contemplato dal codice civile, ivi comprese le cosiddette eccezioni dilatorie esaminate nella prima parte della presente relazione.

La tutela del credito nei codici di rete e di rigassificazione analizzati è, dunque, più elevata rispetto alla tutela di diritto comune. Risulta ciò compatibile con la *ratio* della previsione del TPA? Io credo che debba darsi risposta affermativa.

Anzitutto – come ho già detto – in alcun modo il TPA è volto a garantire la presenza sul mercato di operatori inefficienti (anzi, l'interesse è esattamente opposto, ossia quello a creare mercati efficienti). Peraltro, il livello di *rating* richiesto dai codici di rete e di rigassificazione esaminati non è poi così elevato da determinare l'esclusione mirata e automatica di una fetta di operatori di mercato, in ipotesi di quelli di dimensioni minori. Viceversa, si tratta del tipo di *rating* ordinariamente richiesto dal mercato per operazioni rilevanti: in altre parole, l'esigenza di un *rating* minimo rappresenta sì una deroga alle norme codicistiche, ma non si traduce, sotto il profilo delle ordinarie condizioni di mercato, in una forma di vessazione e discriminazione nei confronti delle imprese escluse.

L'unico dato da sottolineare è, però, relativo al fatto che, nella misura in cui l'assenza di tali requisiti comporta la possibilità di risolvere il contratto o di recedervi, occorre che le clausole che prevedono questa possibilità vengano specificamente approvate per iscritto *ex art.* 1341 c.c., giacché l'impianto normativo delle clausole vessatorie nelle condizioni generali di contratto è ancora legato alla deroga alle norme di *default* come indice di riferimento.

Un'ultima considerazione. Come si è visto l'apparato di garanzie previste nei codici di rete e nei codici di rigassificazione va oltre la tutela del credito codicistica, cosicché risulterebbe astrattamente vantaggioso per le imprese a rischio insolvenza rivolgersi al mercato esentato.

È prevedibile, però, che anche chi gode dell'esenzione inserisca clausole del medesimo tenore di quelle incontrate nei codici di rete e di rigassificazione emessi dai soggetti non esentati dal regime di TPA. In questo caso, ovviamente, le imprese dovrebbero prestare attenzione e richiedere la specifica sottoscrizione delle clausole che abbiamo visto essere vessatorie.