



Lotta ai ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali. Pubblicazione in GU del Decreto Legislativo di recepimento della Direttiva 2011/7/UE

Il Decreto legislativo n. 192 del 9 novembre 2012, recante le modifiche al decreto legislativo n. 231 del 9 ottobre 2002, per il recepimento della direttiva alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale serie generale n. 267 del 15/11/2012.

In linea generale, si ricorda che il Decreto Legislativo n. 192/2012 si applicherà a tutte le transazioni concluse a partire dal 1° gennaio 2013. Le principali novità prevedono:

1. la differenziazione di disciplina tra transizioni tra privati (B to B) e transizioni in cui è parte anche una pubblica amministrazione;
2. nelle transizioni tra privati, la necessità di pattuire espressamente e di provare per iscritto la clausola sui termini di pagamento superiori ai 60 giorni;
3. nelle transizioni con la PA, il termine di pagamento è fissato in 30 giorni derogabile in alcuni casi al massimo di 60 giorni (il termine di 60 giorni è automatico per alcune categorie di Pubbliche Amministrazioni tassativamente definite)
4. l'innalzamento dell'interesse legale di mora.

Il provvedimento opera una rifusione della precedente direttiva 2000/35 CE, abrogandola e prevede come termine ultimo per il recepimento degli Stati Membri, il 16 marzo 2013. L'Italia, grazie alla delega contenuta nell'art.10 della legge 11 Novembre 2011, n.180 - lo Statuto delle Imprese - ha così deciso di adattare il proprio ordinamento anticipatamente rispetto alla scadenza ultima, per far fronte ad una criticità che penalizza fortemente il sistema economico nazionale.

Il Decreto Legislativo si applicherà a tutte le transazioni concluse a partire dal 1 Gennaio 2013. Le principali novità prevedono :

- 1) la differenziazione di disciplina tra transazioni tra privati (B to B) e transazioni in cui è parte anche una pubblica amministrazione;
- 2) il termine di pagamento nelle transazioni con la PA fissato in 30 giorni derogabile in alcuni casi al massimo a 60 giorni (il termine di 60 giorni è automatico per alcune categorie di Pubbliche Amministrazioni tassativamente definite);
- 3) l'innalzamento dell'interesse legale di mora.

Si ritiene utile proporvi la seguente scheda di lettura che ne illustra le principali novità rispetto al quadro normativo previgente, in attesa del perfezionamento del provvedimento. E' opportuno sottolineare che il provvedimento di recepimento interviene, modificandolo, sul decreto legislativo 231/2002 che aveva recepito la direttiva 2000/35. Per tale motivo nella

ricognizione preliminare dell'attuale disciplina e nell'esame della disciplina futura si farà riferimento al medesimo provvedimento ante e post riforma.

La normativa previgente : ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione

La normativa nazionale di contrasto al fenomeno dei ritardati pagamenti era dettata dal citato D. Lgs. 231 del 9 ottobre 2002, il quale conteneva una disciplina unica sia per le transazioni commerciali tra privati che tra privati e pubblica amministrazione.

Per transazione commerciale per tale si doveva intendere, in base a quanto sancito dall'art. 2, comma 1, lett. a) dello stesso decreto legislativo, *“i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo”*.

Tale definizione escludeva dall'ambito di applicazione della disciplina, quando è parte una Pubblica Amministrazione, gli appalti di lavori includendo solo quelli relativi alla fornitura di beni e servizi. Sul punto si era espressa la stessa Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, la quale con la Determinazione n. 5 del 27 marzo 2002, ha respinto la possibilità di ritenere applicabile agli appalti di lavori pubblici, la direttiva 2000/35/CE, *“dato che il suo ambito è limitato ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per le transazioni commerciali fra imprese e fra imprese e pubblica amministrazione, laddove per transazioni commerciali si intendono i contratti che <<comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi contro pagamento di un prezzo>>. Si ritiene che l'ipotesi di una applicazione estensiva della direttiva agli art. 29 e 30 del DM 145/2000 non sia percorribile, in quanto se da un lato per interpretazione estensiva si intende l'accoglimento di un significato che si estende fino ai limiti massimi della portata semantica, secondo l'uso linguistico generale, dell'espressione da interpretare, dall'altro si ricorre al procedimento analogico nel caso di lacuna dell'ordinamento”*.

La normativa previgente : termini, interessi di mora e clausole nulle

Gli aspetti essenziali della disciplina introdotta dalla direttiva 2000/35 e dal D.lgs.231/2002 in sintesi prevedevano :

- la decorrenza automatica degli interessi moratori dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, che è fissato - in assenza di diverso accordo - in trenta giorni, senza bisogno di un atto di messa in mora (art. 4); per i prodotti alimentari deteriorabili il termine di pagamento era più lungo, 60 giorni ma non è prevista una facoltà di deroga.
- la determinazione legale degli interessi moratori in misura pari al saggio di interesse del principale strumento di rifinanziamento della BCE, applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale, effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione maggiorato di sette punti percentuali, salvo patto contrario (art. 5);
- il risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte, salva la prova del maggior danno (art. 6);
- la nullità di ogni accordo in deroga alle disposizioni del D.Lgs. 231/2002 che risulti gravemente iniquo per il creditore (art. 7);

- il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità dell'accordo derogatorio e di modificare il contenuto del contratto applicando i termini legali o riconducendolo ad equità, avendo riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale e ad altre circostanze connotanti il caso concreto (art. 7);

Conseguentemente, già il decreto legislativo 231/2002 prevedeva, in assenza di pattuizione delle parti, indipendentemente dal fatto che fossero privati o privati e pubblica amministrazione, un termine di 30 giorni, che si allungava a 60 in caso di transazioni aventi ad oggetto beni alimentari deperibili. Se i termini contrattuali o legali decorrevano inutilmente scattavano automaticamente gli interessi moratori per così dire maggiorati rispetto al tasso legale (tasso BCE + 7 punti percentuali), i quali tuttavia potevano pur sempre essere oggetto di accordo tra le parti. La libertà delle parti sia sul termine del pagamento che sul saggio di interesse incontrava tuttavia il limite della grave iniquità che andava accertato caso per caso dal giudice. Relativamente alle transazioni commerciali in cui una parte è una pubblica amministrazione, vi è da rilevare una costante giurisprudenza amministrativa e l'autorità di regolazione (cfr. Determinazione n.4 del 7 luglio 2010 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici) hanno sostenuto un'interpretazione che ne considerava inderogabile l'applicazione nei contratti con la pubblica amministrazione per la fornitura di beni e servizi.

Contratti pubblici di lavori

Per quanto attiene ai contratti pubblici di lavori, le norme che impongono il tempestivo pagamento dei crediti che l'impresa appaltatrice vanta nei confronti della committenza pubblica vanno individuate nel Capitolato Generale delle Opere Pubbliche approvato con D.M. n. 145 del 19 aprile 2000, le cui disposizioni sono oggi in gran parte confluite nel D.P.R. 207/2010, nuovo Regolamento di Attuazione del Codice dei Contratti Pubblici (cfr. artt. 143 e 144).

Viene così dettata una puntuale tempistica per il pagamento di acconti e saldo maturati nell'esecuzione dei lavori pubblici (art. 29 D.M. 145/2000; art. 143 D.P.R. 207/2010) e si dispone altresì in ordine all'entità degli interessi da corrispondere in caso di ritardato pagamento (art. 30 D.M. 145/2000; art. 144 D.P.R. 207/2010).

Nel dettaglio, è previsto che, a partire dalla maturazione di ogni stato di avanzamento dei lavori, il termine per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti non possa superare i quarantacinque giorni. Una volta emesso il certificato, il pagamento deve essere disposto mediante specifico ordine (mandato di pagamento) entro i trenta giorni successivi.

Ove il certificato venga emesso oltre i quarantacinque giorni suddetti, vanno riconosciuti all'appaltatore gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute. Se il ritardo supera i sessanta giorni, dovranno essere corrisposti dal giorno successivo gli interessi moratori.

Qualora il pagamento sia effettuato oltre i trenta giorni dalla data di emissione del certificato, gli interessi legali scattano dal giorno successivo fino al sessantesimo giorno di ritardo, data a partire dalla quale sono dovuti gli interessi di mora.

Per quanto concerne il pagamento della rata di saldo il Capitolato Generale prevede, invece, un termine di novanta giorni successivi all'emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero

del certificato di regolare esecuzione, a sua volta da emettersi rispettivamente entro sei mesi ed entro tre mesi dall'ultimazione dei lavori.

Il saggio degli interessi di mora applicabile ai ritardati pagamenti afferenti ai lavori pubblici è annualmente determinato con apposito decreto ministeriale, ed è comprensivo del maggior danno ai sensi dell'art. 1224, comma 2, del Codice Civile (per l'anno appena trascorso, ad esempio, il tasso di mora è stato fissato nella misura del 4,08% con D.M. 27.6.2011).

Tali disposizioni non sono suscettibili di deroghe in danno dell'appaltatore. È infatti previsto che i capitolati speciali e i contratti possano stabilire termini di pagamento solamente "inferiori" a quelli normativamente prescritti, e dunque più favorevoli per il contraente privato (in tal senso dispone l'art. 29, comma 3, del D.M. 145/2000).

È evidente, dall'esame delle disposizioni succitate, che le conseguenze sanzionatorie per il ritardato pagamento nei lavori pubblici (dettata dai richiamati artt. 29 e 30 del D.M. 145/2000) siano obiettivamente meno favorevole per l'appaltatore di quelle sancite dal D.Lgs. 231/2002.

Infatti, i termini di decorrenza degli interessi moratori previsti per i lavori pubblici sono notevolmente più lunghi di quelli operanti nei settori dei servizi e delle forniture. E, soprattutto, il saggio di interesse da applicare è considerevolmente più basso.

Cosa cambia dal 1 gennaio 2013

La direttiva 2011///UE contiene un dispositivo molto dettagliato e puntuale, lasciando fondamentalmente agli Stati Membri facoltà di scelta in due soli ambiti :

- la determinazione del saggio di interesse, non inferiore al tasso BCE + 8 punti percentuali;
- la retroattività di applicazione della disciplina, ovvero la possibilità che questa si potesse applicare anche a transazioni concluse precedentemente alla sua entrata in vigore (16 marzo 2013).

Come sopra detto, il recepimento interviene modificando il decreto legislativo 231/2002, ed esercita le facoltà rimesse agli stati membri adottando un tasso di interesse moratorio pari al tasso BCE + 8 punti percentuali e stabilendo che la nuova disciplina non abbia effetto retroattivo e si applichi alle transazioni concluse successivamente al primo gennaio 2013.

Ambito di applicazione

a) Gli appalti di lavori

La definizione di transazione commerciale oggetto della nuova disciplina non subisce cambiamenti, intendendosi *"i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo"* art.2, lettera a).

Gli appalti di lavori pertanto sembrano essere esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina di recepimento della direttiva, sebbene un auspicio contrario fosse contenuto nel considerando 11 della direttiva 2011/7/UE, ma non nel testo del dispositivo :*" la fornitura di*

merci e la prestazione di servizi dietro corrispettivo a cui si applica la presente direttiva dovrebbero anche includere la progettazione e l'esecuzione di opere e edifici pubblici, nonché i lavori di ingegneria civile".

Tuttavia, poiché la disciplina relativa ai tempi di pagamento degli appalti di lavori presenta notevoli elementi di complessità ed è contenuta nel codice dei contratti pubblici e relativi regolamenti di attuazione, risponde ad un'esigenza di razionalità che l'adeguamento della normativa debba essere oggetto di uno specifico intervento che agisca sulla disciplina speciale modificandola e la renda congrua rispetto alla tempistica più stringente e ai tassi moratori più penalizzanti introdotti dalla disciplina generale con il recepimento della direttiva alla nostra attenzione.

b) I prodotti alimentari deteriorabili

Quanto ai prodotti alimentari deteriorabili, la relazione tecnica al Decreto Legislativo di Recepimento sostiene che i commi 3 e 4 dell'articolo 4 risultano già abrogati dal comma 11 dell'articolo 62 del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, come modificato dalla legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, a decorrere dal 24 ottobre 2012. Per gli approfondimenti, si prega di fare riferimento alla circolare di approfondimento prot. N. 231/AR del 24 febbraio 2012.

La nuova disciplina dei termini di pagamento :

In linea con quanto previsto dalla direttiva 2011/7, il decreto legislativo fissa una disciplina diversa, rispettivamente, per i contratti tra imprese e per quelli tra imprese e pubbliche amministrazioni

a) Transazioni tra imprese art. 4 commi 2-3 (B to B)

Nelle transazioni B to B il termine di pagamento è, se non diversamente stabilito nel contratto, di trenta giorni; è assicurata alle parti la facoltà di stabilire contrattualmente un diverso termine di pagamento che non deve, di regola superare i sessanta giorni, ma che, se concordato in forma espressa e non gravemente iniquo per il creditore, può essere anche superiore. È importante sottolineare che la clausola relativa al termine deve essere provata per iscritto. Conseguentemente, chi invochi termini pattizi superiori avrà l'onere di provarlo per iscritto e in caso di mancanza di detta prova, gli interessi decorreranno trascorsi 30 giorni dai termini stabiliti dalle lettere a-d dell'art.4.

b) Transazioni tra privati e pubblica amministrazione (art.4 comma 4-5)

Per quanto riguarda, invece, i contratti in cui il debitore è una pubblica amministrazione, si prevede un termine di pagamento, di regola, non superiore a trenta giorni; tenendo conto di situazioni particolari, è consentito fissare un termine legale di pagamento fino ad un massimo di sessanta giorni per due tipologie di enti pubblici :

- le imprese pubbliche che svolgono attività economiche di natura industriale o commerciale offrendo merci o servizi sul mercato;

- gli enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria;

In tutti gli altri casi in cui sia parte un PA, è lasciata la facoltà alle parti di concordare, purché in forma espressa un termine superiore a trenta giorni, se oggettivamente giustificato dalla natura o dall'oggetto del contratto da particolari circostanze esistenti al momento della conclusione dell'accordo, ma comunque non superiore a sessanta giorni.

Si ribadisce che la direttiva 2000/35, invece, prevedeva una disciplina unitaria, fissando un termine massimo di pagamento di trenta giorni, se non diversamente stabilito nel contratto, decorso il quale cominciano a decorrere interessi moratori; essa consentiva, altresì, agli Stati membri di individuare categorie di contratti per i quali il termine di pagamento poteva essere fissato in sessanta giorni anziché in trenta; lasciava, inoltre, piena libertà contrattuale alle parti sui termini di pagamento e sulle conseguenze del ritardo, purché le relative previsioni non fossero gravemente inique.

Gli interessi di mora : una disciplina differenziata

La disciplina risulta differente anche per gli interessi di mora, che per i contratti tra imprese prevede, garantendo piena libertà contrattuale alle parti, che siano corrisposti "interessi moratori", che sono interessi legali di mora o interessi ad un tasso concordato tra le imprese; per quanto riguarda, invece, i rapporti tra imprese e pubblica amministrazione è previsto l'obbligo di corrispondere "interessi legati di mora", ossia interessi ad un tasso che non può essere inferiore al tasso legale (tasso BCE maggiorato dell'8%). A ciò si aggiungono, salva la prova di maggiori costi sostenuti, la corresponsione di una somma forfettaria di 40 euro, volta a rimborsare i costi amministrativi ed interni di recupero del credito, corrisposta senza che sia necessaria la costituzione in mora ed indipendentemente dalla dimostrazione dei costi (art.6);

La nullità delle clausole inique (art.7)

L'art.7 prevede la nullità, se gravemente inique, delle clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori e al risarcimento dei costi di recupero, considerando ex lege gravemente inique, senza ammettere prova contraria, le clausole che escludono il diritto al pagamento degli interessi di mora e quelle relative alla predeterminazione o la modifica della data di ricevimento della fattura- nelle transazioni in cui è parte una PA- e presumendo, invece, gravemente inique quelle che escludono il risarcimento dei costi di recupero; la conseguenza della nullità, in tali casi, è l'automatica sostituzione della clausola nulla con la corrispondente previsione del presente decreto legislativo; in realtà, già la precedente direttiva conteneva la clausola generale della "grave iniquità", i cui contenuti venivano però rimessi all'interprete; essa dettava alcuni orientamenti al riguardo, considerando gravemente iniquo l'accordo non giustificato da ragioni oggettive, avente come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, nonché quello in base al quale l'appaltatore o il subfornitore principale imponga ai propri subappaltatori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi la nuova direttiva, invece, "codifica" la grave iniquità. Si tratta quindi di un rafforzamento della tutela che, tuttavia incontra il limite della necessità di adire l'autorità giudiziaria.