

ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE
COSTRUTTORI EDILI

IL RECEPIMENTO DELLA NUOVA DIRETTIVA EUROPEA SUI RITARDI DI PAGAMENTO

**PRIME INDICAZIONI OPERATIVE
RELATIVE ALL'APPLICAZIONE DEL
DECRETO LEGISLATIVO 9 NOVEMBRE 2012, N.192**

18 GENNAIO 2013

Il documento è stato redatto congiuntamente dagli uffici della Direzione Affari Economici e Centro Studi, della Direzione Legislazione Mercato Privato e della Direzione Legislazione Opere Pubbliche

INDICE

1-	Introduzione	5
2-	Norme comuni a tutti i tipi di contratti.....	5
a)	Ambito di applicazione.....	5
b)	Tutela degli interessi collettivi	6
3-	Contratti tra imprese e pubblica amministrazione.....	7
a)	Termini di pagamento.....	7
b)	Interessi moratori.....	8
c)	Risarcimento delle spese di recupero.....	9
d)	Responsabilità del debitore	10
e)	Clausole gravemente inique	10
f)	Subcontratti dell'appaltatore	11
4-	Contratti tra imprese – settore privato	11
	Premessa	11
a)	Rapporto con la normativa preesistente	11
b)	Termini di pagamento e interessi moratori.....	13
c)	Risarcimento dei costi di recupero.....	14
d)	Nullità del contratto.....	15
e)	Clausole gravemente inique	15
f)	Entrata in vigore e pratiche operative	16
	Esame ragionato di alcuni casi pratici	16

1- INTRODUZIONE

L'acuirsi delle difficoltà finanziarie provocate dai **ritardati pagamenti** in un contesto di mancanza di liquidità per le imprese ha spinto il Governo ad anticipare l'entrata in vigore delle nuove regole europee sui ritardi di pagamento approvate dall'Unione Europea nel febbraio 2011, rispetto alla scadenza prevista del 16 marzo 2013.

Con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale n. 267 del 15 novembre 2012 del **decreto legislativo 9 novembre 2012, n.192**, infatti, il Governo ha esercitato la delega conferita dal Parlamento un anno prima con la legge sullo Statuto delle imprese (L.180/2011) e disposto l'**integrale recepimento della nuova direttiva europea sui ritardati pagamenti** (Direttiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali).

Con riferimento all'ambito di applicazione di tale recepimento, occorre precisare che, dal momento che la direttiva europea riguarda tutti i settori, compreso quello dell'edilizia, il suo integrale recepimento fa sì che le norme contenute nel **decreto legislativo 9 novembre 2012, n.192** recante "Modifiche al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n.231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell'articolo 10, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n.180" **si applichino anche al settore delle costruzioni**.

Le nuove disposizioni modificano sia le regole per i pagamenti relativi a **contratti tra imprese e Pubbliche Amministrazioni** che quelle da applicare a **contratti tra imprese**.

Per espressa indicazione del decreto legislativo, inoltre, le nuove norme si applicano ai contratti sottoscritti **a partire dal 1° gennaio 2013**.

In vista dell'entrata in vigore, si forniscono di seguito prime indicazioni operative per l'applicazione delle nuove regole.

2- NORME COMUNI A TUTTI I TIPI DI CONTRATTI

a) Ambito di applicazione

Le nuove disposizioni trovano applicazione per **ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale**.

L'ambito di applicazione della normativa è limitato alle sole "*transazioni commerciali*" per le quali sia previsto il pagamento di un "*corrispettivo*".

La disciplina, pertanto, non si applica in via generale alle obbligazioni pecuniarie, ma solo a quelle che costituiscono il corrispettivo di una "transazione commerciale".

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a) del Dlgs 231/2002 e s.m.i per "**transazioni commerciali**" devono intendersi: "*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 prestazioni di servizi contro il pagamento di un prezzo*".

Sotto il profilo soggettivo si evidenzia che l'art. 2, comma 1, lett. c) riporta una **definizione di "imprenditore"** più ampia di quella contenuta nell'art. 2082 cod. civ. Pertanto è imprenditore "*ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione*" non essendo richiesti per la relativa qualifica i requisiti della professionalità e la finalità di produzione o scambio di beni o servizi.

In tale nozione sono ricompresi anche i lavoratori autonomi e i liberi professionisti qualora si sia in presenza di una "transazione commerciale" come sopra definita.

Relativamente alla normativa nel settore privato si sottolinea che la stessa trova applicazione nei soli casi in cui entrambe le parti contrattuali rivestano la qualifica di "imprenditore".

Nel caso, quindi, ad esempio il committente sia un privato non troverà applicazione la disciplina contenuta nel Decreto Legislativo citato (es condominio).

Con riferimento alla nozione di **pubblica amministrazione**, il decreto legislativo precisa che le nuove norme si applicano ai contratti sottoscritti con le amministrazioni aggiudicatrici, così come definite nell'art. 3 del Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs n.163/2006), nonché con tutti gli altri soggetti che svolgono attività per le quali sono tenuti al rispetto della disciplina sui contratti pubblici.

Si tratta in sostanza di tutti i soggetti indicati dagli artt. 32 e 207 del Codice dei Contratti Pubblici, ovviamente per le attività per le quali si applicano le norme del codice stesso sulle procedure di gara. In particolare si richiama l'attenzione sui privati titolari di permesso a costruire che realizzano opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri concessori. Ad essi si applica la disciplina del D.lgs. n. 231 relativa ai rapporti tra amministrazioni e imprese solo nei casi in cui debbano affidare le opere con procedure ad evidenza pubblica (opere di urbanizzazione secondaria e opere di urbanizzazione primaria di importo superiore alla soglia comunitaria). Quando invece non sono tenuti alle gare, come nel caso di opere di urbanizzazione primaria sottosoglia, agli eventuali rapporti con i propri contraenti si applicano le norme del D.lgs. n. 231 che regolano i rapporti tra imprese.

Sotto il profilo oggettivo la normativa si applica a tutti quei contratti in cui l'oggetto riguardi la "consegna di merci" o la "prestazione di servizi".

Nei rapporti tra imprese e pubblica amministrazione la nozione di **transazione commerciale** comprende tutti i contratti comunque denominati che comportino, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo. In tale fattispecie rientrano in particolare gli appalti pubblici di lavori ed i contratti di partenariato pubblico privato nei casi in cui sia previsto anche un prezzo come parte del corrispettivo.

- **Le esclusioni**

L'art. 1, comma 2, del Dlgs 231/2002 e s.m.i prevede espressamente alcune esclusioni per:

- i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito (quest'ultima previsione è stata aggiunta dal D.Lgs 192/2012);
- i pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno, compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un assicuratore.

Il D.Lgs. 192/2012 ha eliminato tra le esclusioni previste la richiesta di interessi inferiori a 5 euro.

Si ritiene, inoltre, che la normativa non si applichi in tutti i casi in cui siano previste forme di pagamento diverse rispetto alla somma di denaro (es. permuta) o l'oggetto si risolva ad esempio in un rapporto tipizzato in altro modo (contratti di noleggio).

b) Tutela degli interessi collettivi

In base al decreto legislativo n. 192/2012, **le associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel CNEL sono legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi**, richiedendo al giudice competente di accertare la grave iniquità delle condizioni generali concernenti il termine di pagamento, il saggio degli interessi moratori o il risarcimento per i costi di recupero e di inibirne l'uso nonché di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate. Sul tema, ma limitatamente ai contratti tra imprese, si segnala anche che, con l'entrata in vigore delle disposizioni previste dalla Legge sullo Statuto delle imprese, sono stati recentemente rafforzati i poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (c.d. "Antitrust").

3- CONTRATTI TRA IMPRESE E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

a) Termini di pagamento

Pur in assenza di un'espressa correzione della normativa di settore, l'applicazione del decreto legislativo 9 novembre 2012, n.192 ai lavori pubblici comporta **alcune modifiche alla disciplina settoriale definita dal Codice dei Contratti Pubblici e relativo regolamento di esecuzione ed attuazione.**

Infatti le nuove disposizioni sui termini di pagamento e interessi moratori vanno armonizzate con le disposizioni regolamentari che disciplinano il procedimento per i pagamenti degli acconti e della rata di saldo.

Occorre pertanto verificare in via interpretativa quali disposizioni siano da considerare abrogate tacitamente dal D.Lgs. 192/2012 e in che modo il loro contenuto venga sostituito dalla nuova disciplina.

A tali fini vengono in considerazione l'art. 4, comma 2, del D.lgs. n. 231/2002, come modificato dal D.lgs. n. 192/2012, che stabilisce per i pagamenti il termine di trenta giorni decorrenti, secondo le circostanze, dalla data della prestazione dei servizi (rectius lavori) ovvero dalla data di ricevimento della fattura o dalla data della verifica della prestazione, ed il comma 6 dello stesso articolo, secondo cui, quando è prevista una procedura diretta ad accertare la conformità dei servizi al contratto, essa non può avere una durata superiore a trenta giorni dalla data della prestazione del servizio.

Inoltre occorre tenere presente la disposizione finale (art. 11, comma 2) secondo cui restano salve le disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che contengono una disciplina più favorevole per il creditore.

In sostanza, dunque, **la nuova normativa prevede un termine di trenta giorni per la verifica delle prestazioni effettuate ed un termine di altri trenta giorni per le operazioni di pagamento.**

Nel sistema delineato dal regolamento la verifica della conformità della prestazione al contratto, che si esplicita essenzialmente nella verifica della conformità dei lavori eseguiti al progetto, viene effettuata progressivamente, ai sensi dell'art. 185, dal direttore dei lavori che li certifica sui libretti delle misure in contraddittorio con l'esecutore e li riporta successivamente sul registro di contabilità. Rispetto a tale attività di verifica, che, come detto, si svolge in modo progressivo, l'emanazione dello Stato Avanzamento Lavori (SAL) assume un carattere ricognitivo (art. 194 reg.).

La fase di verifica si conclude con il rilascio da parte del responsabile del procedimento del certificato di pagamento che costituisce l'atto di liquidazione del credito (art. 195 reg.). In base all'art. 4, comma 6 del D.Lgs. n. 231 tutta la fase sopra descritta non può avere una durata superiore a trenta giorni dalla data della prestazione e cioè dalla data in cui dalla contabilizzazione risulta che i lavori hanno raggiunto l'importo contrattualmente previsto per il pagamento. Pertanto **si ritiene che il termine di quarantacinque giorni indicato dall'art. 143 del regolamento vada sostituito con quello di trenta giorni indicato dal D.lgs. n. 231.**

Quest'ultima disposizione, peraltro, prevede la possibilità che un termine diverso sia espressamente concordato tra le parti e previsto nella documentazione di gara, purché non sia gravemente iniquo per il creditore.

Si ritiene tuttavia che un termine più elevato per la fase di verifica sarebbe ingiustificato e dunque iniquo per il creditore, giacché, come visto, la verifica relativa alla conformità al progetto dei lavori eseguiti è effettuata in modo progressivo dal direttore dei lavori e sostanzialmente esaurita nel momento in cui i dati vengono riportati sul registro di contabilità e da questo viene estratto lo stato di avanzamento lavori, mentre le operazioni di verifica effettuate dal responsabile del procedimento si sostanziano essenzialmente nella richiesta del DURC.

Il secondo periodo dell'art. 143, 1° comma del regolamento prevede un termine di trenta giorni, e perciò coincidente con quello previsto dal D.lgs. n. 231, per l'ordinazione del pagamento (emissione del mandato), decorrente dalla data di emissione del certificato di pagamento.

La nuova disciplina fa decorrere, invece, il termine dalla emissione della fattura che normalmente si pone a valle del certificato di pagamento. Tuttavia si ritiene che in questo caso rimanga in vigore la previsione del regolamento in quanto più favorevole per il creditore, secondo quanto dispone il già ricordato art. 11, comma 2 del D.lgs. n. 231.

Infine, al comma 2, dell'art. 143 del regolamento, anche il termine di 90 giorni dal collaudo provvisorio, previsto per il pagamento della rata di saldo dietro presentazione di garanzia fideiussoria, dovrà considerarsi sostituito con quello di trenta giorni di cui al D.lgs. n. 231.

La nuova normativa prevede inoltre che le parti (pubblica amministrazione ed impresa) possano pattuire un termine diverso da quello di trenta giorni, ma in ogni caso non superiore a sessanta giorni, quando ciò sia giustificato dalla natura o dall'oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione (art. 4, comma 4 D.Lgs. n. 231).

In base al decreto legislativo, nella tipologia di contratti per i quali un termine di 60 giorni appare giustificato rientrano tutti i contratti con enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria e tutti i contratti con imprese pubbliche tenute al rispetto dei requisiti di trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, indipendentemente dall'oggetto del contratto, e quindi anche per l'esecuzione di lavori.

Tuttavia non si ritiene che tali deroghe siano possibili nel nostro ordinamento, dal momento che la disciplina speciale del regolamento prevede unicamente **il termine di trenta giorni per l'emissione del mandato di pagamento** ed essendo dunque più favorevole al creditore dovrebbe essere fatta salva ai sensi dell'art. 11.

Questa interpretazione è del resto assolutamente aderente allo spirito della direttiva comunitaria che esprime un chiaro favor per il pagamento a trenta giorni dalla prestazione.

La disposizione di cui al citato art. 4, comma 4, sembra pertanto applicabile esclusivamente a contratti aventi oggetti diversi dall'esecuzione dei lavori (fatti salvi i lavori appaltati da soggetti che operano nei settori speciali, ai quali, in linea di principio, non si applica il regolamento) e comunque entro i ristretti limiti previsti dalla direttiva.

b) Interessi moratori

La nuova normativa introduce anche **nuovi indennizzi per le imprese in caso di ritardato pagamento della Pubblica Amministrazione**. Le Pubbliche Amministrazioni debtrici sono infatti tenute a corrispondere interessi moratori su base giornaliera ad un tasso di interesse pari al tasso applicato dalla Banca centrale europea alle più recenti operazioni di rifinanziamento all'inizio del semestre (pari allo 0,75% nel primo semestre 2013), maggiorato dell'8%; ciò, senza che sia necessaria la costituzione in mora e quindi sin dal 1° giorno di ritardo.

Il tasso di riferimento viene comunicato dal Ministero dell'Economia e Finanze mediante pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana nel quinto giorno lavorativo di ciascun semestre solare (il comunicato relativo al periodo 1° gennaio-30 giugno 2013 è stato pubblicato sulla G.U. n. 14 del 17 gennaio 2013).

Alla luce della nuova normativa sono da ritenersi abrogati i commi 2 e 3 dell'art. 144 del regolamento.

Il comma 2 prevede, alla scadenza dei termini stabiliti per il pagamento effettivo della rata di acconto, la decorrenza degli interessi corrispettivi al tasso legale per un periodo di sessanta giorni e, in caso di ritardo ulteriore, la corresponsione dal sessantunesimo giorno degli interessi di mora al saggio stabilito annualmente con decreto interministeriale (il più

recente decreto ha fissato al 5,27% la misura degli interessi moratori per il periodo 1° gennaio-31 dicembre 2012). Il comma 3 dello stesso articolo prevede la corresponsione degli interessi corrispettivi al tasso legale per sessanta giorni per la ipotesi di ritardo del pagamento della rata di saldo e la successiva corresponsione degli interessi moratori, in caso di ritardo ulteriore.

In sostanza, dunque, **la nuova disciplina**, relativamente al pagamento degli acconti e del saldo, elimina la corresponsione degli interessi corrispettivi al tasso legale e **fa scattare subito, dal primo giorno di ritardo, gli interessi moratori ad un tasso assai più elevato di quello previsto dalla normativa previgente**. Ciò dovrebbe costituire un efficace deterrente nei confronti di inerzie della amministrazione appaltante ed in ogni caso costituisce un ragionevole risarcimento forfettario del danno causato dal ritardato pagamento.

Merita particolare attenzione l'ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 144 in commento, relativa al ritardo nell'emissione del certificato di pagamento per causa imputabile alla stazione appaltante. In tal caso si prevede la decorrenza degli interessi corrispettivi al tasso legale per sessanta giorni e, in caso di ritardo ulteriore, la decorrenza degli interessi moratori nella misura stabilita dal cennato decreto interministeriale.

Anche questa disposizione, ad avviso dell'ANCE, deve ritenersi abrogata dalla nuova disciplina. Infatti, se è vero che il D.Lgs. n. 231/2002, come modificato dal D.Lgs. n. 192/2012, nel fissare un termine di trenta giorni per la fase di verifica della prestazione (che, come detto, culmina con l'emissione del certificato di pagamento), non prevede alcuna conseguenza nel caso che il termine non venga rispettato, è tuttavia da ritenere che tale lacuna possa essere colmata in via interpretativa applicando la previsione sulla decorrenza degli interessi moratori stabilita espressamente per l'ipotesi di mancato pagamento nei termini.

Una diversa interpretazione, che lasciasse priva di conseguenze la mancata effettuazione nei termini di attività propedeutiche al pagamento, condurrebbe alla situazione paradossale di impedire il verificarsi della circostanza (ossia la mancata adozione del mandato di pagamento nei termini) da cui la nuova normativa fa discendere la corresponsione degli interessi, con ciò eludendo la finalità della normativa stessa.

È perciò da ritenere che anche la mancata adozione del certificato di pagamento entro il termine di trenta giorni dall'esecuzione dei lavori comporti la corresponsione degli interessi moratori nella misura stabilita dal D.lgs. n. 231.

Conseguentemente, **non resta in vigore neppure il comma 4 dell'art. 144 del regolamento** che fa riferimento al decreto annuale sulla misura del saggio degli interessi di mora.

È infine da ritenersi **modificato dalla nuova normativa**, per la parte relativa agli interessi conseguenti al ritardo nel pagamento degli acconti e della rata di saldo, **anche il 1° comma dell'art. 133 del codice dei contratti pubblici** (D.Lgs. n. 163/2006).

Il decreto legislativo n. 231/2002 specifica che gli interessi moratori decorrono senza che sia necessaria la costituzione in mora dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento. Rimane perciò fermo il principio stabilito dall'art. 142 del regolamento che esclude la necessità di apposite domande o riserve e precisa che l'importo degli interessi per ritardato pagamento viene computato e corrisposto in occasione del pagamento immediatamente successivo a quello eseguito in ritardo.

c) Risarcimento delle spese di recupero

In caso di ritardo della P.A., le imprese creditrici hanno anche diritto, salva la prova del maggior danno, ad un **risarcimento forfettario di un importo pari a 40 euro**.

d) Responsabilità del debitore

Gli interessi moratori sono corrisposti al creditore solo se il ritardo nel pagamento è dovuto a colpa dell'amministrazione appaltante per cui l'art. 3 del D.lgs. n. 231 specifica, riprendendo i principi del Codice Civile, che il debitore può svincolarsi dal pagamento degli interessi stessi se dimostra che il ritardo è dovuto a causa a lui non imputabile.

Si ricorda che secondo la giurisprudenza e l'Autorità di Vigilanza **non costituisce causa di forza maggiore**, tale perciò da escludere l'imputabilità del ritardo all'amministrazione, **la mancata tempestività dell'ente finanziatore nel mettere a disposizione le risorse finanziarie**, non potendosi far ricadere sul terzo contraente le conseguenze di fattori organizzativi dell'amministrazione stessa.

Quanto all'incidenza del **patto di stabilità interno** sull'imputabilità dei ritardi nei pagamenti, si ricorda che l'articolo 9 del DL 78/2009, in materia di tempestività dei pagamenti da parte delle Pubbliche Amministrazioni, prevede l'obbligo, per le pubbliche amministrazioni stesse, di adottare le opportune misure organizzative per garantire il tempestivo pagamento delle somme dovute per somministrazioni, forniture ed appalti ed evitare la formazione di debiti pregressi. In particolare, il funzionario che adotta provvedimenti che comportano impegni di spesa ha l'obbligo di accertare preventivamente che il programma dei conseguenti pagamenti sia compatibile con i relativi stanziamenti di bilancio e con le regole di finanza pubblica (il Patto di stabilità interno). Sul punto si ricorda infine che la violazione dell'obbligo di accertamento comporta responsabilità disciplinare ed amministrativa. Pertanto, quando il ritardo nei pagamenti sia dovuto al mancato rispetto degli obblighi di cui sopra, è da ritenere imputabile all'amministrazione.

e) Clausole gravemente inique

L'art. 7 dispone la **nullità delle clausole** relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi o al risarcimento per i costi di recupero quando risultano **gravemente inique in danno del creditore**.

Secondo le regole del codice civile **la nullità non colpisce l'intero contratto e la clausola nulla viene automaticamente sostituita dalla disposizione di legge**.

Sulle circostanze che consentono di considerare le clausole inique e sulla rilevanza da parte del giudice della loro nullità si rinvia a quanto detto nella parte 4^a del documento in relazione ai contratti tra imprese.

Gli aspetti specifici che rilevano nei contratti tra imprese e amministrazione pubblica riguardano innanzitutto il fatto che in questo ambito le parti non hanno discrezionalità nel fissare i termini di pagamento e dunque l'eventuale scostamento da quello fissato per legge determina di per sé la nullità della clausola con relativa iscrizione automatica del termine di legge, indipendentemente dal giudizio sulla iniquità della stessa.

In secondo luogo, il comma 5 dello stesso articolo 7 prevede un'ipotesi specifica per i contratti in cui è parte una pubblica amministrazione, sancendo la nullità della clausola che predetermina o modifica la data di ricevimento della fattura.

Infine, si ritiene che siano da considerarsi gravemente inique le clausole che prevedono, anche nei bandi di gara, tempi dilazionati (oltre i termini indicati dal D.Lgs. n. 231/2002 come modificato dal D.lgs. n.192/2012) per il pagamento dei lavori realizzati per motivi legati all'applicazione dei vincoli di finanza pubblica, con particolare riferimento al Patto di stabilità interno. E ciò per le considerazioni espresse al precedente punto d) relativo alla responsabilità del debitore.

f) Subcontratti dell'appaltatore

I contratti stipulati dall'appaltatore contraente della pubblica amministrazione per l'esecuzione dei lavori sono contratti di diritto privato e dunque ad essi si applicano le disposizioni del decreto legislativo che regolano i rapporti contrattuali tra imprese di cui al paragrafo 4 del presente documento ed in particolare ai punti 4 e) e 4 f).

Si ricorda, peraltro, che per quanto riguarda i subappalti ed i contratti di fornitura con posa in opera i termini contrattuali di pagamento devono tener conto dell'obbligo dell'appaltatore di trasmettere alla stazione appaltante le fatture quietanzate del subappaltatore e fornitore-positore entro venti giorni dal pagamento della rata di acconto.

4- CONTRATTI TRA IMPRESE – SETTORE PRIVATO

Premessa

In generale, le indicazioni contenute nel D.Lgs 192/2012 non hanno, rispetto a quanto già previsto dal D.Lgs 231/2002, apportato sostanziali modifiche in merito soprattutto all'ambito applicativo della normativa nel settore privato.

Le disposizioni del D.Lgs 231/2002, come modificate dal D.Lgs 192/2012, continuano ad applicarsi ad *“ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale”*.

Come già previsto nella versione originaria del 2002 viene confermata la previsione relativa alla “decorrenza automatica” degli interessi moratori senza la necessità che questa sia preceduta da un atto formale quale la costituzione di mora.

Nelle modifiche viene ulteriormente chiarito che non sarà necessario tale atto ma già la normativa prevedeva l'assenza di tale formalità.

Vengono, inoltre, confermati anche gli stessi termini di pagamento previsti nell'art. 4 ai fini della decorrenza degli interessi moratori.

Di pari contenuto la previsione dell'art. 11, comma 2 del Decreto Legislativo con cui si stabilisce espressamente che **“sono fatte salve le vigenti disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che contengano una disciplina più favorevole per il creditore”**.

E' quindi importante che l'impresa presti attenzione alla posizione creditoria o debitoria che assume nel relativo rapporto contrattuale.

In particolare:

- Rapporto con il committente = posizione creditoria
- Rapporto con il subappaltatore = posizione debitoria

a) Rapporto con la normativa preesistente

Nel settore privato delle costruzioni la disciplina è applicabile a tutti i contratti di:

- fornitura di beni (lavorati, semilavorati, materia prima ecc.);
- appalto e subappalto tra privati o contratti di opera.

Il D.Lgs 231/2002 e s.m.i, deve, tuttavia, come già detto in premessa, coordinarsi con quanto previsto nell'ordinamento per queste ultime fattispecie contrattuali (es. legge sulla subfornitura e norme codice civile).

Infatti, all'art. 11, comma 2, è espressamente stabilito che sono **“fatte salve le vigenti disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che contengano una disciplina più favorevole per il creditore”**.

- **La legge sulla subfornitura**

Tra le leggi speciali si richiama l'attenzione in merito alla normativa contenuta nella legge del **18 giugno 1998, n. 192** recante la " *disciplina della subfornitura nelle attività produttive*".

Ai sensi dell'art. 1 della suddetta legge con il contratto di subfornitura "*un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente*".

Sono esclusi dalla definizione di cui all'art. 1 comma 1 i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature.

La subfornitura può essere considerata come un contratto commerciale tra imprese la cui applicabilità al settore edilizio è stata oggetto di controverse interpretazioni.

L'ANCE con circolare n. 267 del 15/10/1998, acquisendo un parere dello studio legale Guarino, ha evidenziato che la "*gran parte delle attività relative all'esecuzione di un intervento edilizio (impermeabilizzazione, intonacature, palificazioni, fondazioni etc) non ricadrebbe sotto la disciplina della legge, la quale, in base all'art. 1, riguarda esclusivamente forniture, servizi e determinati tipi di lavorazione*".

Del pari non ricadrebbero nel campo di applicazione "*gli ulteriori rapporti collegati all'attività di costruzione, quali l'approvvigionamento delle attrezzature di cantiere, dei materiali e dei manufatti destinati ad essere incorporati nel bene **eccetto i casi in cui le stesse attrezzature di cantiere ed i manufatti siano realizzati in conformità ai progetti esecutivi o prototipi forniti dal committente***".

In altre parole, resterebbero fuori dal campo di applicazione della legge tutte le forniture ed i servizi che potrebbero essere prestati allo stesso titolo dal fornitore a qualsiasi altro committente.

Nella pratica si tratta di una legge che è stata scarsamente applicata nell'edilizia e che non può' ritenersi applicabile in via generale ma deve essere valutata caso per caso.

- **Il Codice Civile**

Con riferimento alle norme previste nel **codice civile** il contenuto "più favorevole" delle stesse rispetto al D.Lgs 231/2002 e s.m.i deve essere verificato caso per caso a seconda della posizione creditoria o debitoria che l'appaltatore assume nel contratto di appalto e/o subappalto, ovvero nel contratto di fornitura di materie prime ecc.

In particolare, si ritiene di considerare **più favorevole per l'appaltatore (nei rapporti con il committente) e per il subappaltatore (nei rapporti con l'appaltatore)** e, quindi, applicabile **l'art. 1665 del cod. civ.** con cui si dispone che "*salva diversa pattuizione o uso contrario, l'appaltatore ha diritto al pagamento del corrispettivo quando l'opera è accettata dal committente*" e non, come indicato nel decreto legislativo n. 231/2002, "*a 30 gg dalla data di accettazione o verifica*".

Nella fattispecie dell'art. 1665 si sottolinea che, comunque, vi è la possibilità di una diversa pattuizione.

In ogni caso, al fine di definire un diverso termine per il pagamento della prestazione al subappaltatore, si evidenzia che questo dovrà essere correlato:

- al ricevimento del corrispettivo da parte dell'appaltatore;
- al periodo temporale nel quale si è svolta l'attività del subappaltatore.

b) Termini di pagamento e interessi moratori

Le **conseguenze** del ritardato pagamento *colpevole* sono:

1. *La decorrenza automatica degli interessi moratori dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento (legale o contrattuale).*
2. *La possibilità per il creditore di ottenere il risarcimento dei costi di recupero del proprio credito.*

Ai sensi dell'articolo 3 del D. Lgs. 231/2002 il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori (il cui importo corrisponde o a quello concordato tra le parti o a quello legale determinato in base all'articolo 5 del D. Lgs. 231) salvo che dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile.

Il tenore delle disposizioni richiamate induce a ritenere che, nell'ambito dei pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale, gli interessi moratori non sono dovuti se il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo sia stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

E' a carico del debitore l'onere della prova di non aver potuto eseguire esattamente nel tempo previsto la prestazione dovuta per cause a lui non imputabili. Tale prova dovrà essere piena e completa e comprenderà anche la dimostrazione della mancanza di colpa, sotto qualsiasi profilo, da parte del debitore.

Si precisa che nel codice civile, ai sensi dell'articolo 1224, gli interessi moratori per l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria (che per principio acquisito non possono mai divenire impossibili) sono sempre dovuti in modo automatico: *"Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno. Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura.*

Al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori" .

• Interessi moratori

Gli **interessi moratori** cui fa riferimento il D.Lgs. n. 231/2002 possono essere o quelli **concordati** contrattualmente tra le imprese (nei limiti previsti dall'articolo 7 ma teoricamente anche dall'articolo 2 L. n. 108/1996 "usura") ovvero gli interessi legali di mora come definiti dall'articolo 2 comma 1 lettera e) "interessi semplici di mora su base giornaliera ad un tasso che è pari al tasso di riferimento (ai sensi dell'articolo 5) maggiorato di otto punti percentuali.

Si evidenzia che il saggio di interesse, come individuato dall'articolo 5 del D. Lgs. 231/2002, ha una chiara natura non solo risarcitoria, ma soprattutto sanzionatoria dal momento che la sua entità è determinata in una misura **attualmente** maggiore (0,75% per il primo semestre 2013 maggiorato di 8 punti percentuali) del saggio di interesse legale di cui all'articolo 1284 cod. civ. (2,5% per il 2012).

• Determinazione dei termini di pagamento

Nelle transazioni commerciali tra imprese continua a rimanere indiscutibilmente valido, anche a seguito delle modifiche, il principio per cui le parti **possono liberamente determinare termini di pagamento diversi da quello legali indicati nel D.Lgs. 231/2002.**

La libertà delle parti di stabilire convenzionalmente il termine di pagamento non è assoluta, ma è sottoposta al limite generale costituito dalla grave iniquità (in danno del creditore) soprattutto se il termine è superiore a 60 giorni.

Se le parti **non hanno** definito un termine per l'adempimento, l'articolo 4 comma 2 **stabilisce un termine legale di adempimento** (pari a 30 giorni) **sostitutivo dell'autonomia privata individuando una serie di eventi** (ricevimento fattura, consegna merce, accettazione o verifica di conformità della merce o dei servizi) sui quali calcolare, scaduti i 30 giorni, l'automatica decorrenza degli interessi.

Le modifiche apportate al D.Lgs. 231/2002 **permettono** alle parti di **concordare termini di pagamento a rate**. In tali casi, qualora una delle rate non sia stata pagata alla data concordata, gli interessi e il risarcimento sono calcolati esclusivamente sulla base degli importi scaduti.

Quando è prevista una **procedura diretta ad accertare la conformità della merce o dei servizi rispetto al contratto essa non può avere una durata superiore a trenta giorni** dalla data della consegna della merce o della prestazione del servizio, salvo che sia diversamente ed espressamente (e sempre in forma scritta) concordato dalle parti e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore.

Limitatamente agli appalti tra privati tale norma potrebbe essere letta congiuntamente con l'articolo 1665 del codice civile che prevede che il committente, prima di ricevere la consegna, ha diritto di verificare l'opera compiuta. Nondimeno si evidenzia che l'ultimo comma di tale articolo stabilisce che, "salvo diversa pattuizione o uso contrario, l'appaltatore ha diritto al pagamento del corrispettivo quando l'opera è accettata dal committente".

- **Costituzione in mora**

Non è mai necessaria la formale costituzione in mora:

- né se i termini sono stabiliti liberamente dalle parti;
- né qualora, in assenza di una esplicita previsione, si applichino quelli di legge.

Norma analoga è contenuta nel codice civile dove l'articolo 1219, comma 2, n. 3 cod. civ., prevede che non è necessaria la costituzione in mora se l'obbligazione deve essere adempiuta presso il domicilio del creditore.

Presupposto essenziale per la decorrenza dei termini di mora, è, comunque, il ricevimento da parte del debitore di una fattura o di una richiesta di pagamento equivalente, proveniente dal creditore. Qualora quest'ultimo non provveda ad inviare al debitore uno dei menzionati documenti, si deve ritenere che non vi sarà obbligo per il debitore di corrispondere gli interessi in caso di ritardo nel pagamento, neppure sia stata già consegnata la merce ovvero eseguita l'opera o il servizio oggetto del contratto. E' importante che il **creditore invii tali documenti con una modalità** da cui risulti la data certa del ricevimento degli stessi da parte del debitore/destinatario.

Per il computo dei trenta giorni per la decorrenza degli interessi di mora trovano applicazione le regole di carattere generale dettate in tema di prescrizione dall'articolo 2963, commi 2 e 3 cod. civ. (Non si computa il giorno nel corso del quale cade il momento iniziale del termine e la prescrizione si verifica con lo spirare dell'ultimo istante del giorno finale. Se il termine scade in giorno festivo, è prorogato di diritto al giorno seguente non festivo).

c) Risarcimento dei costi di recupero

Oltre alla corresponsione degli interessi moratori l'art. 6 prevede che il debitore sia tenuto anche al rimborso dei costi che il creditore ha sostenuto per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte.

Rispetto al testo del 2002, il D.Lgs 192/2012 ha inasprito la portata della disposizione in quanto il debitore potrà liberarsi dal pagamento dei costi di recupero solo se provi che il

ritardo è stato determinato “dall'impossibilità” della prestazione derivante da causa a lui non imputabile come in caso di un evento eccezionale e non prevedibile.

I relativi costi non saranno più determinati in base ad elementi presuntivi e sulla base delle tariffe forensi in materia stragiudiziale, ma fissati in un **importo forfettario minimo di 40 euro senza che sia necessaria la costituzione in mora**.

E' comunque **fatta salva la prova del maggior danno** subito che può comprendere i costi di assistenza per il recupero del credito.

Si tratta di una norma di particolare rilievo per la tutela della posizione del creditore in quanto, fino ad oggi, la rivalsa di spese legali liquidate in sede di ingiunzioni di pagamento facevano riferimento a criteri generalmente stabiliti in via forfettaria da ciascun ufficio giudiziario.

d) Nullità del contratto

L'articolo 7 del D. Lgs. 231/2002 prevede **un'ipotesi di nullità parziale del contratto** nei casi in cui le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento dei costi di recupero siano “gravemente inique” in danno del creditore.

A prescindere dall'individuazione del concetto di grave iniquità (per il quale si rinvia all'apposita sezione), in presenza di una fattispecie del genere o anche di una clausola contraria ad una norma di legge ovvero ad una norma contenuta dal D.Lgs 231/2002 la normativa applicabile è quella degli artt. 1339 e 1419, comma 2 cod. civ.

L'art. 1339 stabilisce che le clausole imposte per legge sono di diritto inserite nel contratto e si sostituiscono anche a quelle difformi previste dalle parti. Invece l'art. 1419, comma 2 cod. civ., a complemento del percorso tracciato dall'articolo prima richiamato, sottolinea che **dalla nullità di singole clausole contrattuali non deriva la nullità del contratto quando le medesime clausole sono sostituite, di diritto, da norme imperative**.

e) Clausole gravemente inique

Come in parte già visto negli altri paragrafi, le clausole, contrattualmente definite dalle parti, relative alla fissazione dei termini di pagamento, alla misura degli interessi moratori e, da ultimo, al risarcimento dei costi di recupero sono sanzionabili se “gravemente inique”. Affinché possa farsi valere la nullità non è sufficiente la mera iniquità della clausola, ma essa deve essere altresì grave e presumibilmente suscettibile di arrecare danni concreti agli interessi del creditore.

Il D.Lgs.231/2002 come modificato dal D.Lgs. 192/2012 individua di massima alcuni criteri rispetto ai quali è possibile, anche in via giudiziale, valutare l'iniquità delle clausole contrattuali. Il controllo equitativo esercitato ex post dovrà essere effettuato tenendo conto di tutte le circostanze del caso tra cui:

- il grave scostamento dalla prassi commerciale che sia in contrasto con il principio di buona fede e correttezza;
- la natura della merce o del servizio oggetto del contratto;
- l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio di interessi legali di mora ai termini di pagamento o all'importo forfettario minimo dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero.

Il decreto non menziona tra la **fattispecie suscettibili di essere gravemente inique**, quella in base alla quale in caso di subappalto o sub-fornitura, l'appaltatore principale imponga ai propri fornitori o sub-fornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi. Anche se abrogata, tale fattispecie rappresenta, di fatto, una ulteriore esemplificazione di una forma di iniquità che potrebbe interessare nella pratica i contratti di subappalto in edilizia.

Ai fini dell'individuazione della soglia oltre la quale una clausola non è solo iniqua, bensì gravemente iniqua, si ribadisce come essa si risolve in una valutazione legata di volta in volta alla dinamica del singolo caso concreto e quindi all'eventuale apprezzamento che verrà effettuato in sede di sindacato giurisdizionale.

In ogni caso, l'articolo 7 individua a priori come gravemente iniqua la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora.

Mentre si presume che sia gravemente iniqua la clausola che esclude il risarcimento per i costi di recupero che sarebbero dovuti al creditore qualora dimostrasse di avere ricevuto un maggior danno.

f) Entrata in vigore e pratiche operative

Le indicazioni del Dlgs 231/02 e s.m.i. si applicano alle transazioni commerciali (e quindi ai contratti) concluse dal 1 gennaio 2013 e pertanto da tale data è opportuno:

- prestare attenzione ai contenuti dei contratti che si andranno a sottoscrivere soprattutto nel caso in cui contengano, ad esempio, termini di pagamento o clausole in materia di interessi diverse rispetto a quelle indicate dal citato provvedimento;
- ricordare che, in assenza di specifiche norme contrattuali, varranno le indicazioni generali del decreto legislativo ovvero del codice civile qualora più favorevoli per il creditore;
- dare espressa motivazione della eventuale previsione di termini contrattuali superiori (soprattutto se > di 60 gg.), o di interessi moratori inferiori, a quelli previsti dal decreto, eventualmente facendo riferimento anche agli usi e/o condizioni contrattuali della Camera di Commercio.

Altrettanta cautela andrà impiegata nel caso di contratti (es. per l'acquisto di materiali) redatti mediante formulari antecedentemente alla data di applicabilità del decreto, ovvero per quei rapporti che, pur essendo riconducibili alla transazione commerciale o al contratto, vengono conclusi in forma orale o attraverso l'accettazione di proposte unilaterali di contratto.

Esame ragionato di alcuni casi pratici

Relativamente ai rapporti tra le imprese di seguito si riporta una prima analisi ragionata di alcuni casi pratici riguardanti l'ipotesi applicativa più frequente ossia il contratto di appalto per il compimento di un'opera o di un servizio:

1. Nei contratti di appalto tra due imprese prevalgono le norme del codice civile o quelle del Decreto?

Premesso che l'articolo 11 comma 2 del Decreto fa salve le disposizioni del codice civile che contengono una disciplina più favorevole per il creditore è opportuno che l'impresa presti attenzione alla posizione che assume nel rapporto contrattuale (posizione creditoria nei rapporti con il committente ovvero posizione debitoria nei rapporti con il subappaltatore). **Per i termini di pagamento la disciplina più favorevole per il creditore è contenuta nell'articolo 1665 comma 5 del codice civile** in base al quale, salvo diversa pattuizione o uso contrario, l'appaltatore ha diritto al pagamento del corrispettivo quando l'opera è accettata del committente (previo collaudo). Vale a dire che in assenza di diverso accordo tra le parti o di usi o prassi commerciali consolidate è da ritenere applicabile l'articolo 1665 comma 5 e non il diverso termini legali contenuti nell'articolo 4 comma 2.

Con riguardo agli interessi moratori, fatta salva una diversa determinazione tra le parti del relativo tasso, la disciplina contenuta nel codice civile e in particolare nell'articolo 1284 non è da considerarsi più favorevole per il creditore. Si applicherà pertanto l'articolo 5 del decreto.

2. Se l'impresa acquista un terreno per edificarvi degli immobili e, quale corrispettivo dell'alienazione, si obbliga a propria volta a trasferire all'alienante (società, impresa) una o più delle realizzande unità immobiliari possono essere applicate le norme del Decreto?

No, poiché si tratta di un contratto dove è assente il pagamento di un corrispettivo pecuniario. Infatti, il Decreto solo a forme di pagamento consistenti in somme di denaro e non ad altre tipologie (es. permuta).

3. Gli interessi moratori sono sempre dovuti anche se nel contratto non è stato previsto nulla al riguardo?

Sì, sono sempre dovuti salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento è stato determinato da causa a lui non imputabile che ha reso oggettivamente impossibile la prestazione.

Tali interessi sono dovuti automaticamente senza che sia necessario alcun adempimento formale (es. costituzione in mora) e il loro ammontare, salva diversa pattuizione tra le parti, è quello determinato ai sensi dell'articolo 5 del Decreto. L'articolo 1284 del codice civile che disciplina la misura del tasso di interesse legale non è da ritenersi più favorevole per il creditore (ai sensi dell'articolo 11 comma 2 del Decreto).

4. E' possibile inserire nel contratto una clausola penale per il ritardo nel pagamento del corrispettivo dovuto? In tal caso sono anche dovuti gli interessi di mora?

Sì, è possibile prevedere una penale, oltre che per l'inadempimento (es. mancata ultimazione dei lavori) anche per il ritardo nel pagamento della prestazione. La stipulazione della penale non è incompatibile con la corresponsione di interessi di mora perché rientra nell'autonomia contrattuale delle parti il convenire quale più ampio effetto della mora che il maggior danno derivante da ritardo nell'adempimento sia risarcito con la penale pattuita. In assenza di esplicite indicazioni sugli interessi occorrerà, secondo la giurisprudenza, desumere dall'economia del contratto se la volontà delle parti sia stata quella di consentire il cumulo degli uni con l'altra o non piuttosto di escluderlo.

5. In presenza di accordo verbale la previsione di termini di pagamento superiori a quelli legali previsti dal Decreto deve necessariamente essere formulato per iscritto ai fini della sua validità?

Considerato che il contratto di appalto è a forma libera (non necessariamente scritta) anche la previsione dei termini di pagamento non è sottoposta ad alcuna formalità. Tuttavia, secondo l'articolo 4, comma 3, secondo periodo, del Decreto, termini superiori a 60 giorni (purché non siano gravemente iniqui) vanno però provati per iscritto.

6. Quando la previsione di termini di pagamento superiori a 60 giorni può essere considerata clausola gravemente iniqua in danno del creditore?

Il concetto di grave iniquità non ha una sua definizione oggettiva giuridico normativa essendo nei fatti demandata all'autorità giudiziaria cui è affidata la valutazione del caso concreto. Peraltro, nonostante tale concetto sussistesse anche nell'originaria versione del decreto (quindi dal 2002) non si è riscontrata la formazione di nessun orientamento giurisprudenziale.

Ciò detto il Decreto, all'articolo 7 comma 2, fornisce solamente alcuni criteri, non esaustivi, che potranno essere tenuti in considerazione dall'autorità giudiziaria al fine di dichiarare, tenuto anche conto di tutte le circostanze del caso, la nullità della clausola:

- il grave scostamento dalla prassi commerciale che sia in contrasto con il principio di buona fede e correttezza
- la natura della merce o del servizio oggetto del contratto
- l'esistenza di motivi oggettivi per derogare ai termini di pagamento.

7. Quali sono le conseguenze nell'ipotesi di grave iniquità di una clausola contrattuale relativa a termini di pagamento, saggio degli interessi e costi di recupero?

Una volta che l'autorità giudiziaria abbia accertato la grave iniquità della clausola ne dichiara la nullità e la sostituisce conformemente alle previsioni contenute nel Decreto.

8. Nell'ipotesi di previsione contrattuale di forme di pagamento a stati di avanzamento dei lavori come devono essere calcolati i termini di pagamento?

Sia il codice civile (articolo 1666) sia il Decreto (articolo 4 comma 7) riconoscono la facoltà di concordare termini di pagamento frazionati. In tal caso valgono le regole già esposte in precedenza per cui, salvo diverso accordo tra le parti, il pagamento deve avvenire a seguito dell'accettazione della parte di opera eseguita. Gli interessi moratori saranno calcolati sulla base degli importi scaduti

9. Le parti possono concordare un tasso di interesse moratorio in misura diversa da quello determinato ai sensi del Decreto?

Sì, ma la relativa determinazione non dovrà risultare gravemente iniqua per il creditore.