



CONSIGLIO NAZIONALE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E
DEGLI ESPERTI CONTABILI

Osservatorio Enti Locali

Ottobre 2012

a cura
DELL' ISTITUTO DI RICERCA DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI



Stefano Ranucci

Roma, 1 dicembre 2012

Indice

NORMATIVA **3**

D.LGS. 192 DEL 9 NOVEMBRE 2012 RELATIVO ALLA LOTTA CONTRO I RITARDI DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI.	3
Ambito di applicazione delle disposizioni del Decreto.	3
Alcune definizioni ai fini dell'attuazione del Decreto.	4
I nuovi termini di scadenza per il pagamento delle obbligazioni assunte	4
Il calcolo degli interessi di mora e il risarcimento delle spese di recupero.	5
Nullità delle clausole gravemente inique in danno del creditore	6

GIURISPRUDENZA **8**

SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO AVENTE AD OGGETTO L'INDIVIDUAZIONE DELLE CARATTERISTICHE DI RILEVANZA ECONOMICA ED ECONOMICITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI.	8
Individuazione delle attività a rilevanza economica e delle attività prive di rilevanza economica	9
Il carattere di economicità dei servizi a rilevanza economica	10

NORMATIVA

D.Lgs. 192 del 9 novembre 2012 relativo alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Il *Decreto Legislativo 9 novembre 2012 n. 192* dispone modifiche alla disciplina dettata dal Decreto Legislativo 9 ottobre 2002 n. 231 al fine di realizzare l'integrale recepimento della Direttiva comunitaria 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali a norma dell'art. 10, comma 1, della Legge 11 novembre 2011 n.180.

Il D.Lgs., le cui disposizioni entreranno in vigore a partire dal 1 gennaio 2013, interviene sulla disciplina dei termini di pagamento nelle transazioni commerciali realizzate tra soggetti privati e tra soggetti privati e pubbliche amministrazioni.

In maggior dettaglio, la normativa definisce nuovi termini di legge per l'individuazione della scadenza del debito originato da operazioni di natura commerciale e fissa le modalità per la definizione delle condizioni contrattuali relative alla regolazione di tali operazioni.

La principale finalità perseguita con le modifiche apportate al Decreto 231 del 2002 è la creazione di un sistema di regole per la più ampia tutela dei soggetti debitori nelle transazioni commerciali. Tale obiettivo è realizzato attraverso la limitazione degli ambiti di manovra delle clausole contrattuali relative alle condizioni di pagamento pattuite tra le parti.

Come illustrato in premessa, la disciplina del Decreto trova applicazione anche nel settore della pubblica amministrazione storicamente caratterizzato da una non sempre efficiente gestione dei flussi finanziari e da tempi medi di pagamento di gran lunga superiori a quelli praticati tra imprese private.

In tal scenario, è possibile ipotizzare che le modifiche introdotte dal D.Lgs 192/2012 determineranno quale principale conseguenza per le amministrazioni pubbliche (e in particolare per gli enti locali e le aziende pubbliche) un incremento delle spese per interessi moratori e per spese legali.

Nei successivi paragrafi sono illustrate le modifiche apportate dal D.Lgs 192/2012 alla disciplina delle transazioni commerciali tra pubblica amministrazione e imprese private come disposta dal D.Lgs 9 ottobre 2002 n.231.

Ambito di applicazione delle disposizioni del Decreto.

Il D.Lgs. 192/2012 introduce solo alcune lievi modifiche in merito all'ambito di applicazione della disciplina riguardante le transazioni commerciali prevista dalla precedente normativa.

In base al riscritto art.1 del D.Lgs 231/2002, le disposizioni del Decreto si applicano ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale.

Sono escluse dall'ambito di applicazione della disciplina:

- a) I debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito;
- b) i pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno, compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un assicuratore.

Rispetto alla precedente formulazione dell'art.1 sono inclusi nell'ambito di applicazione della disciplina delle transazioni commerciali anche i debiti derivanti da richieste di interessi inferiori a 5 euro, che in precedenza erano esclusi.

Alcune definizioni ai fini dell'attuazione del Decreto.

L'art. 2 chiarisce i termini e le definizioni delle dimensioni di applicazione delle disposizioni del Decreto. In base al contenuto del modificato art. 2, si definiscono transazioni commerciali 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.

Le pubbliche amministrazioni soggette alle disposizioni del Decreto sono le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, le unioni e i consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti. Gli enti pubblici interessati dalle disposizioni del Decreto sono individuati dall'art. 3 comma 25, del decreto legislativo 12 aprile 2006, ossia, gli enti soggetti al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Per quanto attiene all'individuazione dell'ammontare degli interessi legali di mora, l'art. 2 e), stabilisce che sono determinati su base giornaliera a un tasso pari al tasso di riferimento maggiorato di otto punti percentuali.

Il tasso di riferimento è il tasso d'interesse applicato dalla Banca centrale europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali.

I nuovi termini di scadenza per il pagamento delle obbligazioni assunte

Le principali modifiche apportate alla disciplina dettata dal D.Lgs 231/2002 riguardano i termini di pagamento previsti per le transazioni commerciali realizzate tra imprese private e tra imprese private e pubbliche amministrazioni stabiliti all'art. 4 del Decreto.

In base al nuovo testo introdotto dal D.lgs 192/2012 gli interessi moratori decorrono dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento, senza che sia necessaria la costituzione in mora del debitore. Il comma 2 dell'art. 4 stabilisce le scadenze ordinarie per il paga-

mento dei debiti originati da transazioni commerciali prevedendo che gli interessi moratori si applicano:

- a) decorsi 30 giorni dalla data di ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente. Ai fini del calcolo dei trenta giorni non hanno effetto le richieste di integrazione o modifica formali della fattura o di altra richiesta equivalente di pagamento;
- b) decorsi 30 giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento;
- c) decorsi 30 giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi;
- d) decorsi 30 giorni dalla data dell'accettazione o della verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data.

Il comma 4 dell'art. 4 prevede per le transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione la possibilità di derogare ai termini ordinari previsti dal comma 2. Il comma 4 stabilisce che nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione le parti possono pattuire termini per il pagamento superiori a quelli previsti dal comma 2, tuttavia, tale deroga è possibile solo quando il maggior termine di pagamento sia giustificato dalla natura o dall'oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione. La clausola relativa al maggior termine di pagamento deve essere espressa e provata per iscritto. In ogni caso, i termini per il pagamento delle fattispecie contrattuali individuate al comma 2 non possono essere superiori a sessanta giorni.

In ultimo, il comma 7 dell'art. 4 chiarisce che la normativa sulle transazioni commerciali consente la possibilità di pagamenti rateali concordati tra le parti. In tali casi, qualora una delle rate non sia pagata alla scadenza concordata, gli interessi e il risarcimento previsti dal Decreto sono calcolati esclusivamente sulla base degli importi scaduti.

Il calcolo degli interessi di mora e il risarcimento delle spese di recupero.

Il D.lgs 192/2012 interviene ulteriormente sulla disciplina del D.lgs 231/2002 modificando gli articoli 5 e 6, rispettivamente relativi all'individuazione degli interessi moratori e al risarcimento delle spese di recupero.

L'art.5 stabilisce che gli interessi moratori sono determinati nella misura degli interessi legali di mora. Il tasso di riferimento è pari:

a) a quello in vigore il 1° gennaio per gli interessi maturati nel primo semestre dell'anno cui si riferisce il ritardo;

b) a quello in vigore il 1° luglio per gli interessi maturati nel secondo semestre dell'anno cui si riferisce il ritardo.

Il tasso di riferimento è comunicato dal Ministero dell'economia e delle finanze mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale nel quinto giorno lavorativo di ciascun semestre solare. In merito alle spese di recupero, l'art. 6 stabilisce che il creditore ha diritto anche al rimborso dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte. Al creditore spetta, senza che sia necessaria la costituzione in mora, un importo forfettario di 40 euro a titolo di risarcimento del danno. È fatta salva la prova del maggior danno, che può comprendere i costi di assistenza per il recupero del credito.

Nullità delle clausole gravemente inique in danno del creditore

Ai fini di una maggiore tutela del creditore, il D.Lgs 192/2012 interviene modificando la disciplina della nullità delle clausole contrattuali contenuta all'art. 7 del D.Lgs 231/2002.

Il nuovo testo dell'art. 7 prevede infatti, la nullità delle clausole concernenti il termine di pagamento, il saggio degli interessi moratori o il risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, quando risultano gravemente inique in danno del creditore¹. La nullità delle clausole è dichiarata d'ufficio dal giudice, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale 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 degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero.

In base al comma 3 dell'art. 7, si considera gravemente iniqua la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora e non è ammessa prova contraria. Inoltre, si presume che sia sempre gravemente iniqua la clausola che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all'articolo 6 del Decreto.

Stabilisce, infine, il comma 5 dell'art. 7, che nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione è nulla la clausola avente a oggetto la predeterminazione o la

¹ In tali ipotesi si applicano gli articoli 1339 (inserzione automatica delle clausole) e 1419 secondo comma (nullità parziale) del codice civile.

modifica della data di ricevimento della fattura. Anche in tale ipotesi la nullità è dichiarata d'ufficio dal giudice.

GIURISPRUDENZA

Sentenza del Consiglio di Stato avente a oggetto l'individuazione delle caratteristiche di rilevanza economica ed economicità dei servizi pubblici.

Con la sentenza n. 5409 del 23 ottobre 2012 la V sezione del Consiglio di Stato ha fornito importanti chiarimenti in merito ai criteri di classificazione e interpretazione della rilevanza economica di un servizio pubblico.

Come noto la disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici a rilevanza economica è stata oggetto nel corso degli ultimi anni di numerosi interventi normativi, non ultimo il referendum popolare del 18 luglio 2011 e la pronuncia della Corte Costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012. Tali interventi sono stati finalizzati a rendere coerente la normativa nazionale con le direttive comunitarie in tema di tutela della libera concorrenza nei mercati dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

La normativa relativa alle modalità di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica prevedeva, prima della sentenza della Corte Costituzionale dello scorso luglio, l'affidamento mediante gara a evidenza pubblica nella quale erano individuate le caratteristiche quantitative e qualitative ed il costo del servizio in affidamento.

La sentenza della Corte di Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del D.L. 138/2011 in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica, determinando, quindi, l'applicazione diretta degli artt. 106 e 14 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Tali articoli non prevedono alcuna limitazione alle modalità di affidamento diretto dei servizi di interesse generale a rilevanza economica, consentendo agli Stati membri la facoltà di adottare le forme di gestione ritenute più idonee, ivi comprese la gestione pubblica diretta e l'affidamento *in house*.

L'applicazione diretta della normativa comunitaria impone, esclusivamente, il rispetto dei principi comunitari nelle scelte di gestione dei servizi pubblici di interesse generale di seguito indicati:

- capitale interamente pubblico;
- criterio del controllo analogo;
- criterio della prevalenza dell'attività.

Tuttavia, gli interventi legislativi che nel corso degli ultimi anni hanno interessato la disciplina della gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica hanno perseguito la duplice finalità di dare attuazione alle disposizioni comunitarie richiamate ed al contempo, di limitare il ricorso al fenomeno, ampiamente diffusa nel nostro Paese, degli affidamenti diretti (*in house*).

In tal senso, nell'ordinamento nazionale la tutela della concorrenza delle imprese è stata realizzata mediante interventi normativi (successivamente abrogati dal referendum popolare e dalla sentenza della Corte Costituzionale del luglio 2012) che prevedevano la possibilità di affidamento diretto a società a totale partecipazione pubblica esclusivamente nell'ipotesi in cui l'ente pubblico fosse stato in grado di dimostrare l'anti-economicità nella gestione del servizio pubblico a rilevanza economica.

L'attuale vuoto legislativo, determinato dalla sentenza della Corte Costituzionale e la irrisolta esigenza di limitazione del ricorso agli affidamenti diretti da parte degli enti locali, lasciano presupporre la possibilità di futuri interventi legislativi sulla materia che, recependo le indicazioni della Corte, rendano compatibile il risultato della consultazione referendaria con l'esigenza di garantire una gestione efficiente ed efficace dei servizi a rilevanza economica. In tal senso, la sentenza del Consiglio di Stato, che individua le caratteristiche dei servizi a rilevanza economica e dei criteri per l'individuazione dell'economicità nella gestione, rappresenta un orientamento che influenzerà le future scelte del legislatore.

Individuazione delle attività a rilevanza economica e delle attività prive di rilevanza economica

Secondo il Consiglio di Stato la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non è possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura economica.

In base alla costante giurisprudenza comunitaria, per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica è necessario prendere in considerazione non solo la tipologia o la caratteristica merceologica del servizio ma anche la soluzione organizzativa nell'erogazione del servizio che l'ente locale ritiene più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi).

Non essendovi, dunque, in astratto un elemento che consenta di discriminare tra i servizi che hanno rilevanza economica e quelli che non hanno rilevanza economica, la distinzione può derivare esclusivamente dalla valutazione dei seguenti due aspetti:

- la modalità con cui è fornito il servizio ai cittadini, distinguendo tra attività erogativa e attività di scambio a fronte di un corrispettivo;
- l'organizzazione delle modalità di produzione e fornitura del servizio, distinguendo tra modalità di organizzazione dei servizi che consentono una copertura dei costi per la produzione e l'erogazione del servizio (economicità) e modalità organizzative che non consentono la copertura dei costi (mancanza di economicità).

Il Consiglio di Stato chiarisce, dunque, che sono privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono un'organizzazione di impresa in senso obiettivo.

Aggiungono inoltre i magistrati del Consiglio, che la dicotomia tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica può anche essere desunta dalle norme privatistiche, coincidendo sostanzialmente con i criteri che contraddistinguono l'attività di impresa nella previsione dell'art. 2082 Cod. civ. e dell'art. 2195 o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso.

Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto, (in base ai due aspetti indicati) se le modalità di erogazione, ne consentano l'assimilazione o meno, a servizi pubblici privi di rilevanza economica.

Il carattere di economicità dei servizi a rilevanza economica

Un ulteriore elemento chiarito dai giudici del Consiglio di Stato riguarda l'individuazione degli elementi per la valutazione dell'economicità nella gestione dei servizi a rilevanza economica. I magistrati precisano che la qualificazione di un servizio pubblico a rilevanza economica è correlata all'astratta potenzialità di produrre un utile di gestione e, quindi, sulla possibilità di determinare effetti sull'assetto concorrenziale del mercato di settore. In tal senso, l'irrisorietà dell'utile che in concreto un servizio produce non rileva ai fini della valutazione della rilevanza economica dell'attività.

In sintesi, anche attività realizzate perseguendo utili irrisori, ancorché organizzate in base a principi che consentano la copertura dei costi di produzione, sono gestite nel rispetto del principio della economicità ai fini della valutazione della rilevanza economica del servizio.