



Riforma del lavoro, prime riflessioni: l'associazione in partecipazione nella gabbia delle presunzioni

a cura di Matteo Mazzon – Consulente del Lavoro in Milano
e Andrea Asnagli, Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano

Il contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro ha cominciato a diffondersi in modo massiccio circa una ventina di anni fa a causa dall'elevato costo del lavoro subordinato. Si deve, però, anche considerare che l'exasperato ricorso all'associazione in partecipazione, come forma sostitutiva di rapporto rispetto a quello di lavoro subordinato, ha assunto connotazioni distorte e patologiche.

Il fenomeno elusivo si è talmente acuito che si è tentato di arginarlo con un'apposita clausola antielusiva recante una presunzione relativa di lavoro subordinato¹, contenuta nel D.Lgs. n.276 del 10 settembre 2003.

Evidentemente questa misura non si è rivelata sufficiente ad arginare il fenomeno elusivo. Infatti, con il DDL N.5256 ora convertito in [L. n.92/12 del 28 giugno 2012](#) (di seguito riforma Fornero) sono state introdotte ulteriori disposizioni di carattere antielusivo che vanno a modificare in maniera incisiva la disciplina dell'associazione in partecipazione.

I caratteri dell'associazione in partecipazione pre riforma

Il contratto di associazione in partecipazione, da oscuro negozio giuridico che trovava cittadinanza solo in ambiti accademici, è diventato, in anni recenti, un istituto frequentemente esplorato dagli operatori economici.

Esso è regolato dagli artt. 2459-2554 codice civile. È dunque un contratto tipico ovvero un accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale (art.1321 codice civile)². Da ciò discende che all'associazione in partecipazione si applicano le regole generali in tema di contratto contenute nel Capo I, Titolo II del Libro IV del codice civile.

A norma dell'art.2459 c.c. *“Con il contratto di associazione in partecipazione l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto”*.

Dalla lettura del predetto articolo risultano già evidenti quelli che sono gli elementi essenziali del contratto in parola.

⇒ Le parti del contratto

Esse possono essere sia persone fisiche che collettive ed in particolare:

1. Associante: è colui che gestisce l'impresa o l'affare ed attribuisce all'associato una partecipazione agli utili in cambio di un determinato apporto. Esso è l'unico titolare del patrimonio impegnato nell'impresa o nell'affare, egli conduce l'attività in nome proprio e ne assume la relativa responsabilità essendo l'unico titolare dei diritti e degli obblighi da

¹ Vedi co.2 dell'art.86, D.Lgs. n.276/03.

² Esso rientra tra i contratti a prestazioni corrispettive (o di scambio o anche a titolo oneroso) in quanto *“il rapporto sinallagmatico” è prevalente ed intercorre, non tra apporto dell'associato e diritto agli utili, ma tra apporto ed obbligo dell'associante di farlo partecipare all'ammontare degli utili subordinatamente al risultato economico dell'impresa o dell'affare gestito dall'associante”*.

essa scaturenti. Più in particolare l'associante risponde illimitatamente verso i terzi con l'intero suo patrimonio delle obbligazioni assunte. Infatti, per effetto dell'art.2551 c.c.³ i terzi si rapportano **solo** con l'associante, stipulano **solo** con lui contratti e assumono obbligazioni o acquistano diritti **solo** nei suoi confronti. Di norma l'associante è un imprenditore (individuale o collettivo) anche se parte della giurisprudenza e della dottrina ritiene che possa anche non esserlo. Sicuramente non può essere un lavoratore autonomo in quanto il concetto di utile, inteso come differenza positiva tra ricavi e costi, è estraneo al lavoro autonomo nel quale rilevano gli incassi e i pagamenti.

2. Associato: è il soggetto che si obbliga ad effettuare un determinato apporto per lo svolgimento dell'impresa o dell'affare. Per effetto della conclusione del contratto e del conferimento dell'apporto l'associato consegue il diritto sia di partecipare agli utili conseguiti sia alla restituzione dell'apporto conferito. L'associato, di norma, è escluso dalla gestione dell'attività economica, prerogativa dell'associante, avendo tuttavia diritto al rendiconto sull'andamento dell'impresa nonché alle forme di controllo (che possono arrivare fino ad una parziale cogestione) stabilite nel contratto⁴. L'associato può essere sia persona fisica (lavoratore autonomo, privato, imprenditore individuale) che un soggetto collettivo (società di capitali o di persone).

⇒ *L'apporto*

L'obbligo principale posto dalla disciplina civilistica a carico dell'associato è l'esecuzione dell'apporto. L'art.2549 c.c. non specifica in cosa esso consista né le modalità della sua esecuzione lasciando ampia autonomia alle parti.

L'apporto dell'associato può essere di qualsiasi natura purché di carattere strumentale rispetto all'esercizio di impresa o allo svolgimento dell'affare dell'associante⁵.

Pertanto, l'apporto fornito dall'associato può consistere in una somma di denaro, in crediti, in titoli di credito, in beni immobili o mobili, garanzie fideiussorie, diritti di godimento su beni, in un'opera o un servizio, in licenze *know-how*, in attività di intermediazione per determinati affari, nella somministrazione di beni o servizi, nel godimento di un'azienda, nell'assunzione di un debito ovvero in una prestazione lavorativa. In base alla sua tipologia è possibile classificare l'associazione in partecipazione come segue:

- di capitale;
- di solo lavoro;
- misto capitale-lavoro.

In ogni caso, ai sensi dell'art.2549 c.c. l'apporto deve essere "*determinato*" nel senso che deve essere suscettibile di valutazione patrimoniale, deve essere trasferibile ed utilizzabile.

Pertanto, causerà la nullità del contratto, non solo la mancata indicazione dell'apporto, ma anche la sua indicazione generica (es. indicando che l'associato apporterà una somma di denaro anziché indicare l'esatto ammontare della somma di denaro)⁶.

⇒ *La partecipazione agli utili*

Mentre la partecipazione dell'associato alle perdite d'esercizio può essere una condizione assente nel contratto d'associazione in partecipazione, la partecipazione agli utili assume

³ Che così recita "i terzi acquistano diritti e assumono obbligazioni soltanto verso l'associante".

⁴ Vedi art.2552 c.c.

⁵ Così Cassazione 17 maggio 2001, n.6757.

⁶ Sul requisito della determinatezza dell'apporto vedi Tribunale di Parma, sentenza del 30 giugno 1994 Tribunale di Roma, sentenza n.2296 del 12 marzo 1973 Cassazione, nella sentenza n.8027 del 13 giugno 2000.

valore imprescindibile e risulta nullo qualsiasi contratto in cui tale diritto non venga rispettato⁷.

Il Legislatore non si è preoccupato di indicare particolari modalità per la determinazione della partecipazione agli utili da parte dell'associato, lasciando così ampia autonomia alle parti. Pertanto, le parti possono stabilire la suddivisione degli utili in piena autonomia attribuendoli all'associato in misure variabili, ad esempio, a seconda della qualità e quantità dell'apporto.

La misura della partecipazione agli utili è normalmente stabilita in percentuale (es. 20%). Le parti possono accordarsi diversamente, magari stabilendo un tetto massimo oltre il quale non maturano più utili a favore dell'associato.

Invece, non è valida una clausola che escluda in *toto* l'associato dalla partecipazione agli utili, **né parimenti è consigliabile l'apposizione di una clausola che garantisca un importo minimo all'associato in quanto farebbe venire meno il carattere aleatorio del contratto.**

Va segnalato peraltro che, anche se nella previsione testuale del codice civile il rapporto sinallagmatico intercorre tra apporto e utili di impresa, non sarebbe esclusa in radice la possibilità di fare partecipare l'associato ai ricavi (o incassi) anziché agli utili⁸.

Al riguardo la Cassazione è stata ondivaga.

In alcune pronunce⁹ ha ammesso che la pattuita partecipazione dell'associato ai ricavi dell'impresa gestita in associazione non altera il tipo contrattuale (sicché è ravvisabile pur sempre un'associazione in partecipazione e non un contratto di lavoro subordinato), atteso che la variabilità del fatturato comporta da una parte il diritto dell'associato al rendiconto e, d'altra parte, la presenza di un suo rischio patrimoniale incompatibile con la subordinazione, non pregiudicando pertanto il carattere aleatorio essenziale al contratto.

D'altra parte la stessa Suprema Corte in altre pronunce¹⁰ ha affermato che nel contratto di associazione in partecipazione è elemento costitutivo essenziale la pattuizione a favore dell'associato di una prestazione correlata agli utili d'impresa e non ai ricavi, i quali ultimi rappresentano un dato non significativo circa il risultato economico effettivo dell'attività dell'impresa.

Partendo da considerazioni di tipo pratico, si è ritenuto che – pur essendo di norma consigliabile la maggior aderenza possibile al dettato normativo (che parla solamente di “utile”) – **in una situazione caratterizzata da una particolare semplicità e linearità** (ad es. una linea di prodotti su cui vi sia rinvenibile un'incidenza standard dei costi inerenti) **anche una correlazione ai ricavi apparisse sostenibile** (avendo il vantaggio di avere una rappresentazione più immediata rispetto al rendiconto dell'utile).

⇒ *L'associazione in partecipazione nel codice civile prima della riforma*

Art.2549	Definisce il contratto di associazione in partecipazione come lo scambio tra un “ <i>determinato</i> ” apporto dell'associato contro la partecipazione agli utili dell'associante
Art.2550	Stabilisce che, salvo patto contrario o senza il consenso dell'associato, l'associante non può attribuire una pluralità di partecipazioni per la stessa impresa o per lo stesso affare
Art.2551	Sancisce che i terzi acquistano diritti e assumono obblighi esclusivamente nei confronti dell'associante

⁷ Verrebbe, in sostanza, a mancare uno degli elementi essenziali del contratto, cioè la causa dello stesso.

⁸ I ricavi (o incassi) sono facilmente verificabile e difficilmente possono mancare nell'ambito di un esercizio di impresa o nell'ambito di gestione di un affare.

⁹ Si veda Cass. 6 maggio 1997, n.3936 e anche Cass. 18 aprile 2007, n.9264.

¹⁰ Si veda Cass. n.1420 del 4 febbraio 2002.

Art.2552	Stabilisce quali sono i diritti e gli obblighi in capo alle parti: all'associante spetta la gestione dell'impresa o dell'affare; l'associato ha diritto al rendiconto. Resta ferma la possibilità in capo alle parti di stabilire quale controllo possa esercitare sull'impresa o sullo svolgimento dell'affare
Art.2553	Statuisce circa la partecipazione alle perdite da parte dell'associato stabilendo che in ogni caso le perdite che lo colpiscono non possono superare il valore del suo apporto
Art.2554	Stabilisce il campo di applicazione degli artt.2551-2552 in relazione ai contratti di cointeressenza

⇒ *Distinzione tra associazione in partecipazione e lavoro subordinato*

La qualificazione del rapporto di lavoro come associazione in partecipazione o come lavoro subordinato non è cosa di poco conto, viste le conseguenze che apporta con sé: diversa incidenza degli oneri sociali, diversa entità del corrispettivo, tipologia del reddito prodotto, applicabilità delle norme lavoristiche, dei contratti collettivi ecc¹¹.

Visti i possibili elementi di coincidenza tra lavoro subordinato e associazione in partecipazione è di fondamentale importanza anche passare in rassegna i punti di differenziazione tra i due contratti posti in luce della dottrina ma ancor più dalla giurisprudenza. Facendo un'analisi delle pronunce della Suprema Corte di Cassazione si evidenzia come per la stessa, al di là degli aspetti formali, l'elemento decisivo per il quale un rapporto di associazione in partecipazione non è tale, è rappresentato dall'assoggettamento al potere direttivo e disciplinare dell'associante, che ha come conseguenze la limitazione della autonomia dell'associato e il suo inserimento nell'organizzazione aziendale¹². Altri aspetti su cui si è concentrata la giurisprudenza sono il carattere aleatorio o meno del corrispettivo ed il potere di controllo sulla gestione dell'impresa, con precipuo riferimento ad un obbligo di rendiconto periodico da parte dell'associante. Valenza sussidiaria e non decisiva assumono invece l'assenza del rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la cadenza e la misura fissa della retribuzione¹³.

⇒ *Una prima norma anti-elusiva*

Il crescente ricorso a forme di lavoro "alternative" al subordinato ha indotto il legislatore ad adottare norme antielusive. Specifiche disposizioni al riguardo sono state inserite nel co.2 dell'art.86 del d. lgs. 276/03 (comma ora abrogato dalla riforma Fornero).

In base alla norma suddetta l'associato avrebbe acquisito il diritto a vedersi riconoscere i trattamenti contributivi, economici e normativi previsti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato¹⁴ quando la sua prestazione lavorativa:

- a) fosse resa senza una effettiva partecipazione;
- b) non fosse remunerata con adeguate erogazioni;
- c) non fosse riconducibile ad una delle tipologie di lavoro disciplinate dallo stesso D.Lgs. n.276/03, ad un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, ad un contratto nominato di lavoro autonomo od ad altro contratto tipico.

¹¹ Al riguardo si veda l'INPS circolare n.179 del 8 agosto 1989. In tema di distinzione tra lavoro subordinato e associazione in partecipazione l'istituto previdenziale conferma l'impostazione di fondo secondo la quale "l'esistenza o meno del rapporto di lavoro dipendente è sempre una "quaestio facti", come tale risolvibile soltanto caso per caso e con riferimento ai contenuti e agli elementi concreti del rapporto di volta in volta preso in esame".

¹² Si veda Cass. n.1420 del 4 febbraio 2002.

¹³ Si veda Cass. n.1420 del 4 febbraio 2002.

¹⁴ Pur non venendo convertito il rapporto in un contratto di lavoro subordinato.

In sostanza il Legislatore ha introdotto una sorta di **presunzione semplice di lavoro subordinato**, lasciando all'associante la possibilità di provare "con idonee attestazioni o documentazioni"¹⁵ che la prestazione rientrasse in altre tipologie (non subordinate). Ebbene qui sorgeva più di un problema: non era facile individuare quali fossero queste *idonee attestazioni e documentazioni* atte alla prova contraria. Inoltre, chi stipulava un contratto di associazione in partecipazione con la convinzione che esso rimanesse tale e con la volontà di rispettare le condizioni previste dalla legge, difficilmente realizzava e teneva con sé, al fine di produrle in seguito, *idonee attestazioni e documentazioni* atte a provare che *la prestazione rientrasse in una delle altre tipologie di lavoro disciplinate nel D.Lgs. n.196/03 ovvero in un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto nell'ordinamento*, come ipotizzava il predetto comma 2; sarebbe stato infatti un controsenso stipulare un contratto di associazione in partecipazione e tenere prove atte ad evidenziare che invece la tipologia contrattuale effettiva fosse un'altra.

La riforma Fornero

I commi da 28 a 31 dell'art.1 della Riforma Fornero si occupano del contratto di associazione in partecipazione.

Le novità introdotte dalla riforma, la quale va ad integrare anche la disciplina codicistica, si possono così riassumere:

- introduzione di una presunzione (assoluta)¹⁶ di lavoro subordinato collegata al numero di associati per una stessa attività;
- una clausola di salvaguardia dei contratti in essere se certificati;
- introduzione di una presunzione relativa di lavoro subordinato in base all'effettiva partecipazione dell'associato all'utile o affare e all'effettiva consegna del rendiconto previsto dall'art.2552 c.c.;
- introduzione di un'ulteriore presunzione (sempre relativa) di lavoro subordinato, in relazione alla connotazione della prestazione lavorativa (elevate competenze teoriche ovvero capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività);
- abrogazione del co.2, art.86, D.Lgs. n.276/03.

La presunzione assoluta di lavoro subordinato

*28. All'articolo 2549 del codice civile è aggiunto, in fine, il seguente comma:
«Qualora l'apporto dell'associato consista anche in una prestazione di lavoro, il numero degli associati impegnati in una medesima attività non può essere superiore a tre, indipendentemente dal numero degli associanti, con l'unica eccezione nel caso in cui gli associati siano legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo. In caso di violazione del divieto di cui al presente comma, il rapporto con tutti gli associati il cui apporto consiste anche in una prestazione di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato».*

¹⁵ Al riguardo, si ritiene che qualsiasi documentazione e attestazione può essere utilizzata ai fini della prova anche se proveniente da terzi. Più precisamente le attestazioni possono essere prove non derivanti necessariamente da documentazione ma anche da testimonianze e fatti che evidenziano l'esistenza del tipo di rapporto che si vuole dimostrare che esista.

¹⁶ Si ricordi al tal fine che le presunzioni legali possono essere assolute (al verificarsi delle condizioni previste dalla legge, si hanno le conseguenze tratte dalla legge stessa, senza possibilità di prova contraria- art.2728 cod. civ.) ovvero relative, nel qual caso è ammessa dalla legge la prova contraria, verificandosi tuttavia l'inversione dell'onere probatorio a carico del soggetto che subisce gli effetti della presunzione).

Il presente comma introduce una **presunzione assoluta di lavoro subordinato a tempo indeterminato che scatta qualora il numero degli associati** (non coniuge, parenti entro il terzo grado o affini entro il secondo) **siano impiegati, indipendentemente dal numero degli associanti, in una misura superiore a tre.**

Al riguardo vengono in rilievo tre aspetti:

- 1) la disposizione di legge parla di "attività" e non di impresa o affare, come invece fa la parte precedente della norma codicistica;
- 2) sono esclusi dalla presunzione legale, e quindi dalla conseguente trasformazione in lavoro subordinato *ex lege*, gli associati legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo;
- 3) la previsione in base alla quale tutti i rapporti si considerano a lavoro subordinato a tempo indeterminato appare una risposta ad una violazione (del divieto) che assume quasi le caratteristiche tipiche di una sanzione.

Quanto al punto 1), chiarito che il riferimento del limite numerico non è l'impresa o l'affare, occorre capire che cosa intenda il Legislatore per attività e quali sono i casi concreti a cui si dovrà porre attenzione già dall'entrata in vigore della normativa.

Per attività si deve intendere quella imprenditoriale ovvero l'esercizio professionale di un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi. Il concetto di attività si ricollega direttamente alla figura dell'imprenditore delineata dall'art.2082 c.c.¹⁷ (anche perché, a nostro parere l'associante non può che essere un imprenditore).

⇒ *Attività plurime*

Un primo spunto di riflessione ci viene da quelle imprese che svolgono attività plurime.

Si pensi ad un soggetto che svolga attività di commercio in due o più branche completamente diverse, con differente o parallela organizzazione e quindi anche con differenti riferimenti, punti vendita etc.

Ebbene, in tal caso una lettura piana della norma porterebbe a ritenere che il limite numerico massimo (tre associati per attività) sia da riferirsi distintamente ad ogni singola attività, ben potendo pertanto il medesimo imprenditore avere più di tre associati.

Al contrario, nel caso in cui due o più associanti svolgano la medesima attività, collegati tra loro con un negozio giuridico di qualsivoglia tipo (ad esempio, in un'associazione temporanea di imprese) c'è il rischio che il limite possa essere superato *cumulativamente*, anche se singolarmente nessun associante ha superato il limite di tre associati.

L'interpretazione, che può sembrare bizzarra, è tuttavia quella che sembra più coerente con il dettato normativo, non particolarmente chiaro sul punto.

Nel caso invece in cui l'associante si trovi in una situazione mista, ovvero associanti legati da un rapporto di parentela (o coniugio o affinità) ed insieme associati non familiari in numero non superiore a tre, si ritiene non scatti la conversione a tempo indeterminato neppure per questi ultimi.

⇒ *Decorrenza della trasformazione a tempo indeterminato*



Altro aspetto importante da chiarire è la *decorrenza* della trasformazione in lavoro subordinato a tempo indeterminato in caso di superamento del limite numerico di associati: solo dal momento del superamento o fin dall'inizio del contratto di associazione?

¹⁷ È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

A parere di chi scrive, **la presunzione di stampo sanzionatorio scatta al momento della violazione e pertanto soltanto dal quel momento i rapporti dovranno considerarsi di lavoro subordinato a tempo indeterminato senza possibilità di prova contraria.**

Su questi punti sarebbe indispensabile che il Ministero del Lavoro fornisca chiarimenti immediati. Tuttavia, si ritiene che anche un chiarimento ministeriale rischierebbe di essere messo in discussione da una successiva diversa (fra le possibili) interpretazione giudiziale.

Peraltro, si noti da subito che il limite numerico individuato dalla riforma appare assolutamente *arbitrario* e scollegato da qualsiasi *indice*, ancor meno se (anche volendo ammettere la significanza ed in qualche modo la scarsa “credibilità” di un numero particolarmente elevato di contratti di associazione in partecipazione) si considera la diversa rilevanza del *medesimo* numero in riferimento ad un’attività di modesta grandezza piuttosto che ad una di elevatissime dimensioni.

Clausola di salvaguardia

29. Sono fatti salvi, fino alla loro cessazione, i contratti in essere che, alla data di entrata in vigore della presente legge, siano stati certificati ai sensi degli articoli 75 e seguenti del decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276.

Il co.29 introduce una clausola di salvaguardia nei confronti dei contratti in essere purché certificati ai sensi degli art.75 e seguenti del D.Lgs. 10 settembre 2003, n.276.

Questi contratti sono sottratti alla disposizioni del co.28, quindi non potranno considerarsi lavoro subordinato a tempo indeterminato in caso di superamento dei limiti numerici, fino alla loro scadenza.

Se non vi sono dubbi sui contratti a cui è stato posto un termine (ma bisogna considerare che il contratto potrebbe aver previsto anche un rinnovo tacito o legato alla gestione dell’affare), nel caso in cui il contratto sia stato stipulato a tempo indeterminato, per coerenza con la *ratio* della norma, la parola **scadenza** andrebbe interpretata come rescissione o risoluzione per una delle cause previste dal codice civile o dal contratto stesso (mutuo dissenso, recesso con preavviso, clausole risolutive, etc.).

Quindi, chi è stato lungimirante riguardo la certificazione pare che possa ritrovarsi con un numero di associati superiore a 3, anche a tempo indeterminato, per ogni attività.

Al contrario andranno ponderate molto bene le situazioni miste in cui una parte dei contratti sono certificati e una parte no. Proviamo ad immaginare che un’impresa abbia certificato un solo contratto di associazione in partecipazione ed altri tre no e che tutti e quattro siano stati stipulati per la medesima attività: a nostro parere, poiché il co.29 salva dalle conseguenze del superamento dei limiti solo i contratti certificati, senza altro specificare, gli altri tre dovranno essere considerati (con la tempistica anzidetta) lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Infine, poiché il Legislatore non ha previsto alcun regime transitorio, si ritiene che il computo vada operato dal momento dell’entrata in vigore della norma, con la conseguenza che in caso di superamento dei limiti numerici vi sarà la conversione dei contratti non certificati, anche se esercitati da lungo periodo: se il Legislatore avesse voluto far salvi i contratti stipulati in precedenza alla riforma, avrebbe infatti inserito, come in altri casi, una norma *ad hoc*.

Le presunzioni relative

30. I rapporti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro instaurati o attuati senza che vi sia stata un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'art.2552 del codice civile, si presumono, salva prova contraria, rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. La predetta presunzione si applica, altresì, qualora l'apporto di lavoro non presenti i requisiti di cui all'articolo 69-bis, co.2, lettera a), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276, introdotto dal co.26 del presente articolo.

Questa norma contiene due presunzioni relative, cioè con possibilità per l'associante di fornire prova contraria.

⇒ Effettiva partecipazione agli utili e rendiconto

La prima riguarda l'effettiva partecipazione agli utili ed il rendiconto.

Quanto all'effettiva partecipazione agli utili, già prima della riforma era stato osservato che tale requisito rivestiva un carattere essenziale nel contratto di associazione in partecipazione, tant'è che un patto volto ad escludere l'associante dalla partecipazione agli utili era da considerarsi nullo e che tale nullità si estendeva a tutto il contratto¹⁸.

Il Legislatore non ha fatto altro che riprendere le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali *codificando* le conseguenze della mancanza di tale requisito.

Inoltre, il fatto che si ribadisca che la partecipazione debba essere agli utili indebolisce le già ricordate tesi giurisprudenziali che hanno ammesso la possibilità di partecipazione anche ai ricavi o agli incassi.

Peraltro, non risultando minata in radice l'aleatorietà da siffatti meccanismi partecipativi collegati al ricavo, forse sarebbe invece stato il caso, in occasione del restyling del contratto in argomento, approfondire di più il concetto (magari con la previsione di un ragionato allargamento) accogliendo gli orientamenti dottrinali, anziché ignorarli.

Per quanto concerne il rendiconto, va ricordato che **ab origine** (art.2552 c.c.¹⁹) esso è qualificato come un diritto dell'associato: adesso il co.30 aggiunge che il rendiconto deve essere consegnato "materialmente" all'associato.

La consegna può essere effettuata nei modi consueti purché se ne conservi prova: a mano con firma per ricevuta, per raccomandata a/r etc. Per quanto riguarda i termini di consegna, nulla disponendo la legge, si ritiene che debbano essere prestabiliti nel contratto di associazione in partecipazione²⁰.

A parere di chi scrive tali termini devono:

- permettere all'associato di controllare ed eventualmente contestare il rendiconto;
- permettere la liquidazione degli utili conseguiti ed il conguaglio degli eventuali acconti percepiti (tale operazioni di norma non avvengono dopo il 31 dicembre dell'anno successivo).

Pertanto, saranno prudenzialmente da modificare i contratti contenenti formule "automatiche" del tipo: *"il rendiconto sarà messo a disposizione presso la sede*

¹⁸ Anche la mancata liquidazione degli utili spettanti poteva essere e può ancora essere considerata mancanza di effettività alla partecipazione agli utili.

¹⁹ Art. 2552 Diritti dell'associante e dell'associato "La gestione dell'impresa o dell'affare spetta all'associante. Il contratto può determinare quale controllo possa esercitare l'associato sull'impresa o sullo svolgimento dell'affare per cui l'associazione è stata contratta. In ogni caso l'associato ha diritto al rendiconto dell'affare compiuto, o a quello annuale della gestione se questa si protrae per più di un anno".

²⁰ Peraltro una violazione formale di tali termini non determinerebbe la messa in discussione della genuinità del contratto.

dell'azienda a partire dal e si ritiene tacitamente approvato qualora entro la data del l'associato non avrà fatto opposizione”.

⇒ *Requisiti dell'apporto di lavoro*

L'altra presunzione riguarda i requisiti che deve avere l'apporto di lavoro. Il co.30 rinviando a sua volta all'art.69-bis, co.2, lettera a), del D.Lgs. 10 settembre 2003, n.276 (articolo rubricato in “Altre prestazioni lavorative rese in regime di lavoro autonomo”) stabilisce che l'apporto – inteso come attività lavorativa - deve essere:

- connotato da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero
- da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività.

Oltre che **l'attività lavorativa in se stessa è quindi l'associato che deve possedere elevate competenze teoriche oppure capacità tecnico-pratiche richieste dalla norma**: lo stesso le dovrà mettere a frutto nell'attività lavorativa dedotta in contratto.

Questa norma potrà ingenerare un notevole contenzioso ogniqualvolta non sarà agevole individuare un criterio oggettivo in base al quale valutare il possesso di elevate competenze teoriche o capacità tecnico-pratiche.

Anche in questo caso potrebbero essere importanti, oltre che approfondimenti o chiarimenti da parte del Ministeri competenti, la realizzazione di tabelle o ruoli di riferimento in grado di dare una dimensione oggettiva all'esame di questa caratteristica (compito che però appare assai improbo).

⇒ *La prova contraria*

In carenza di questi requisiti (partecipazione agli utili, consegna rendiconto, qualità professionale dell'apporto) si presumono, salva prova contraria, rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. In caso di ispezione si ritiene che, salvo prove evidenti del contrario (che sarebbe opportuno fornire e *far verbalizzare* già nelle prime fasi dell'accertamento), i verificatori possano procedere a convertire subito i rapporti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Toccherà poi all'associante nelle sedi opportune fornire prova contraria con i consueti mezzi di prova.

Abrogazione della precedente norma elusiva

31. All'articolo 86 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276, il comma 2 è abrogato.

Il Legislatore abroga tout court la norma antielusiva contenuta nel D.lgs. n.276/03: una norma pensata male e funzionata peggio.

Conclusioni critiche

Il punto più innovativo – ma anche critico - della Riforma rispetto al contratto di associazione in partecipazione appare essere, a parere di chi scrive, l'esaltazione del concetto di “professionalità”, contenuto della previsione dell'art.69-bis co.2, lettera a), del D.Lgs. n.276/03 richiamato espressamente dal co.30: si tratta di una scelta solo in parte condivisibile.

Certo é che l'osservazione di dottrina e giurisprudenza rende evidente come l'elemento costitutivo e fondante dell'associazione in partecipazione – l'aleatorietà – rischi di essere,

a causa dell'evoluzione economica ed organizzativa contemporanea, argomento debole e non sufficientemente distintivo, soprattutto in termini di arginamento dei fenomeni "borderline"; sotto questo profilo è comprensibile che il Legislatore abbia cercato di ampliare elementi di controllo della fattispecie.

Da un lato, pertanto, si condivide l'intento, dettato da fini antielusivi, di riportare l'originaria funzione dei contratti riconducibili nell'alveo del lavoro autonomo (spesso in "concorrenza" rispetto a parallele attività di lavoro dipendente) ad una prestazione dedotta nell'ambito di competenze in grado di fornire un apporto lavorativo di valore aggiunto, cosa che più si addice a tale ambito di prestazioni.

Dall'altro non appare però del tutto idoneo lo strumento con cui nell'associazione in partecipazione si vuole raggiungere lo scopo.

Stupisce il richiamo del co.30 alla medesima normativa del contratto a progetto che è tutt'altra fattispecie; infatti i requisiti individuati nel citato art.69-bis discendono da elaborazioni giurisprudenziali che hanno trattato casistiche a progetto, con caratteristiche, premesse, prestazioni e conclusioni a volte radicalmente diverse da quelle dell'associazione in partecipazione.

Sarebbe stato più opportuno individuare diversi requisiti per l'apporto lavorativo, meno stringenti, specificamente pensati per l'associazione in partecipazione senza mutuare tout court quelli pensati per il lavoro a progetto.

La scelta del Legislatore di legare l'individuazione del contenuto dell'apporto al requisito della professionalità contenuto nel citato art.69-bis non appare poi particolarmente logico rispetto al fatto che le associazioni con familiari ed affini non sono state sottoposte a limiti numerici e non sono state ritenute, evidentemente, situazioni particolarmente "a rischio".

Sotto questo aspetto, quindi, appare contraddittorio permettere l'associazione senza limiti tra parenti e affini se poi il loro apporto deve essere comunque *connotato da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività*. **Per assurdo ci potremmo trovare di fronte ad una situazione in cui il figlio maggiorenne e convivente, associato all'imprenditore, venga trovato sprovvisto di queste competenze e che l'ispettore in forza di legge decida di ricondurre il rapporto a subordinato, anche se, come noto, per giurisprudenza costante, tra familiari conviventi si presume che non vi sia rapporto di lavoro subordinato.**

Pertanto, il Legislatore avrebbe fatto meglio ad introdurre parametri più mirati²¹, o quantomeno ad escludere il nesso di presunzione quantomeno per i familiari.

L'altra presunzione semplice, in perfetta linea con la norma codicistica, di cui costituisce un semplice rafforzamento, non fa altro che enfatizzare la realizzazione materiale della effettiva partecipazione (indice della aleatorietà di cui si diceva appena sopra) dell'associato al rischio di impresa attraverso il meccanismo della partecipazione all'utile e della ricezione del rendiconto.

Ciò che invece lascia qui davvero perplessi è **che alla mancanza del fattore dell'effettiva partecipazione (e dunque dell'aleatorietà) che risulta in qualche modo costitutivo dell'associazione in partecipazione venga data una forza presuntiva solo semplice e relativa; c'è da chiedersi infatti come possa provarsi la genuinità di un contratto con l'acclarata mancanza dei suoi elementi essenziali.**

Se si considera che l'effettiva partecipazione è sempre stato un elemento fondamentale e costitutivo dell'associazione in partecipazione anche prima della riforma tutto ciò appare davvero incongruo; non vi può infatti essere associazione in partecipazione *senza*

²¹ Sarebbe bastato sfumare sul concetto di competenze e capacità, senza dover insistere su una particolare rilevanza delle stesse che mal si accorda con prestazioni più semplici come quelle dell'associazione in partecipazione.

effettiva partecipazione ed è radicalmente illogico (una mera contraddizione in termini) pensare di poter fornire in merito prova contraria.²²

Al contrario, la presunzione assoluta è affidata ad un elemento estemporaneo – assolutamente non qualificante - quale è il numero dei contratti di associazione stipulati per attività.

Al riguardo, appare quindi assurdo e contraddittorio che contratti che hanno una genuinità ed effettività evidente ed assoluta possano essere radicalmente ed assolutamente messi in discussione da un fattore per nulla costitutivo ed esterno al contratto, addirittura accidentale o temporalmente successivo, mentre le carenze essenziali di gestione e di svolgimento del contratto - che ne connotano l'inautenticità in modo sostanziale - possano essere sanate da una successiva prova contraria, che peraltro si preannuncia sostanzialmente improbabile.

A ciò si aggiunga, come già in passato per il contratto a progetto, l'obiezione in punta di diritto rispetto alla "indisponibilità del tipo" cioè alla illegittima riconduzione, sotto un profilo tipicamente giuridico, di un contratto (di lavoro autonomo) ad un altro di tipologia prettamente differente (subordinato) non già in base ad accertamento del modello contrattuale effettivamente realizzato ma soltanto in funzione di indici esterni formali (o della loro mancanza).

Se, in conclusione, alla spirito della riforma dell'argomento qui trattato, l'associazione in partecipazione, può essere data una giustificazione considerando la massiccia elusione posta in campo in maniera sempre più scientifica ed elaborata, resta evidente che il "giro di vite" non sembra, allo stato attuale, poter sortire gli effetti sperati, non apparendo particolarmente risolutivo ma piuttosto causa di ulteriore ed abbondante contenzioso.

CONVEGNI E SEMINARI
LUGLIO 2012

Centro Studi
Lavoro e Previdenza

Gruppo
EUROCONFERENCE
CULTURA COMPANY

» **PRIME INTERPRETAZIONI OPERATIVE
SULLA RIFORMA DEL LAVORO:
MINISTERO E CONSULENTI A CONFRONTO**

PESARO	20	luglio	2012	MILANO	24	luglio	2012
TORINO	20	luglio	2012	PRATO	24	luglio	2012
BOLOGNA	23	luglio	2012	VERONA	25	luglio	2012
ROMA	23	luglio	2012	ANCONA	25	luglio	2012

SCARICA LA BROCHURE **ISCRIVITI ORA**

Per ulteriori informazioni contatta il numero 045.506199 e_mail formazione@cslavoro.it www.cslavoro.it

²² Sembra più logico a chi scrive, anzi, che si perseguisse la strada della rivalutazione del concetto di partecipazione, non basandosi, in caso di apporto di lavoro, sulla mera divisioni di utili (o perdite) ma anche su azioni di effettivo controllo e partecipazione gestionale dell'associante (sia pure senza sfociare nell'ingerenza), caratteristiche ben più pregnanti della professionalità per la natura specifica del contratto.