



Circolare Informativa n°4/2013

Associazione in partecipazione e riforma del lavoro

Dott. Nino Carmine Cafasso – Consulente Del Lavoro

*Servizi di Gestione e di Organizzazione Aziendale
Consulenza alle Imprese*



INDICE

Premessa	<i>pag.3</i>
1) Associazione in partecipazione pre-riforma	<i>pag. 3</i>
2) Associazione in partecipazione e la riforma Fornero	<i>pag.4</i>
3) Conclusioni	<i>pag.7</i>

Dott. Nino Carmine Cafasso – Consulente Del Lavoro

Servizi di Gestione e di Organizzazione Aziendale
Consulenza alle Imprese



Premessa

Tra le novità più importanti introdotte dalla *c.d.* Riforma Fornero vi sono senza dubbio le modifiche apportate all'art. 2549 del c.c., relativamente alle quali i contratti di associazione in partecipazione potranno essere sottoscritti solo con tre lavoratori/associati prescindendo dalle dimensioni dell'impresa associante e, di fatto, solo rispetto a prestazioni di elevata complessità tecnica.

Lo scopo del nostro elaborato è quello di analizzare la disciplina dell'associazione in partecipazione alla luce delle modifiche introdotte dalla Legge n.92/2012, partendo prima con un breve excursus su quelle che erano le caratteristiche dell'associazione in partecipazione pre-riforma.

1) Associazione in partecipazione pre-riforma

L'art.2459 del c.c. dispone *“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 dietro corrispettivo di un determinato apporto”*.

Dalla definizione codicistica si evince che, le parti del contratto sono: l'associante e l'associato.

L'associante è il soggetto che gestisce l'impresa, egli conduce l'attività in nome proprio e ne assume la responsabilità in quanto titolare di diritti e di obblighi scaturenti dalla stessa.

Egli risponde verso i terzi illimitatamente con l'intero suo patrimonio.

L'associato è il soggetto che si obbliga ad effettuare un determinato apporto ai fini dello svolgimento dell'impresa.

A seguito della conclusione del contratto e del conferimento dell'apporto, egli beneficia del diritto della partecipazione agli utili e della restituzione dell'apporto.

Di norma, l'associato è escluso dalla gestione dell'attività economica tuttavia, ha diritto al rendiconto sull'andamento aziendale, nonché può esercitare forme di controllo secondo quanto stabilito all'art.2552 del c.c. che dispone *“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”.

Apporto

L'art.2549 del c.c. non fornisce alcuna precisazione riguardo all'apporto, né in che cosa consista, né le modalità con cui debba essere effettuato, pertanto le parti godono di ampia autonomia in tal senso.

L'apporto dell'associato può essere di qualsivoglia natura ovviamente, deve essere strumentale rispetto allo svolgimento dell'affare o, dell'impresa.

Può consistere: in una somma di denaro, in titoli di credito, in beni mobili o immobili, in garanzie fideiussorie, in licenze di know-how.

In base alla tipologia, distinguiamo l'apporto:

- di capitale;
- di solo lavoro;

Dott. Nino Carmine Cafasso – Consulente Del Lavoro

Servizi di Gestione e di Organizzazione Aziendale
Consulenza alle Imprese



- misto capitale-lavoro.

Ad ogni modo, l'apporto deve essere "determinato" ovvero, suscettibile di valutazione patrimoniale, trasferibile ed utilizzabile.

Diversamente, il contratto sarà nullo non solo per la mancata indicazione dell'apporto, ma anche laddove l'indicazione sia troppo generica.

La partecipazione agli utili

La partecipazione dell'associato alle perdite può essere anche una condizione non presente nel contratto di associazione in partecipazione, diversamente dalla partecipazione agli utili che presenta un valore imprescindibile ed è nullo ogni patto contrario.

Il legislatore non definisce le modalità di determinazione della partecipazione agli utili e pertanto, anche in tal caso le parti hanno piena autonomia.

La misura relativa alla partecipazione agli utili è di solito stabilita in percentuale, ad ogni modo le parti possono anche definire un tetto massimo oltre il quale non maturano più utili a favore dell'associato.

Ad ogni modo, ***non è valida alcuna clausola che escluda totalmente l'associato dalla partecipazione agli utili, né altra che garantisca all'associato un importo minimo, in quanto comporterebbe il venir meno del carattere aleatorio tipico della fattispecie contrattuale.***

La Giurisprudenza ha assunto un orientamento ambivalente nel senso che, ci sono delle pronunce in cui ha sostenuto la tesi in base alla quale la partecipazione dell'associato ai ricavi d'impresa non altera l'istituto contrattuale, ed altre nelle quali ritiene che tale partecipazione debba essere correlata all'utile d'impresa in quanto i ricavi non rappresentano un dato effettivo circa il risultato economico dell'impresa.

Associazione in partecipazione e lavoro subordinato

Identificare un rapporto di lavoro come associazione in partecipazione o lavoro subordinato non è affatto una cosa di poca importanza, basta pensare agli effetti che ne derivano: diversa entità del corrispettivo, diversa incidenza degli oneri sociali, diversa applicabilità delle norme in materia lavoristica.

A riguardo, l'INPS con circolare n.179/1989 in merito alla distinzione tra lavoro subordinato ed associazione in partecipazione, sottolinea la necessità di analizzare ogni singolo caso facendo riferimento ai contenuti ed alle caratteristiche del rapporto posto in essere.

Secondo la Suprema Corte di Cassazione elemento fondamentale di distinzione sulla base del quale un rapporto di lavoro non può essere qualificato come associazione in partecipazione, è ***l'assoggettamento al potere direttivo.***

Altri aspetti valutati dalla Giurisprudenza sono: il carattere aleatorio o meno del corrispettivo, il potere di controllo sulla gestione dell'impresa (obbligo del rendiconto).

Un ruolo secondario nella valutazione assumono: l'assenza del rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario, la frequenza della retribuzione e la misura fissa della stessa.

2) Associazione in partecipazione e la Riforma Fornero

L'art.1 co.28-31 della Legge n.92/2012 ha ad oggetto l'istituto dell'associazione in partecipazione. Preliminarmente, schematizziamo le novità introdotte dalla Riforma Fornero:

Dott. Nino Carmine Cafasso – Consulente Del Lavoro

Servizi di Gestione e di Organizzazione Aziendale
Consulenza alle Imprese



- Il numero degli associati in partecipazione impegnati in una stessa attività non potrà essere superiore a tre. Pertanto, viene introdotta una **presunzione assoluta** di lavoro subordinato legata al numero degli associati ed allo svolgimento della stessa attività. A riguardo non vengono computati gli associati legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o, di affinità entro il secondo;
- Viene introdotta una **clausola di salvaguardia** relativa ai contratti di associazione in partecipazione già in essere e certificati, per questi sino alla loro scadenza non trova applicazione la nuova disciplina;
- Viene introdotta una **presunzione relativa di lavoro subordinato** sulla base dell'effettiva partecipazione dell'associato all'utile ovvero, alla consegna del rendiconto;
- Viene introdotta un'altra **presunzione relativa di lavoro subordinato** concernente le caratteristiche della prestazione lavorativa: elevate competenze teoriche ovvero, capacità tecnico-pratiche acquisite;
- Viene abrogato il co. 2 dell'art.86 D.Lgs. n.276/2003.

La presunzione assoluta di lavoro subordinato

Il co.28 della Legge n.92/2012 va ad integrare la disposizione codicistica di cui all'art.2549 del c.c.

Pertanto all'art.2549 del c.c. viene aggiunto un altro comma e la nuova disposizione è la seguente:

“Qualora l'apporto dell'associato consista in una prestazione di lavoro, il numero degli associati impegnati in una medesima attività non può essere inferiore 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 e 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 in una prestazione di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato”.

Si osserva come la novella disposizione contiene una presunzione assoluta di lavoro subordinato che prende vita qualora il numero associati impiegati sia superiore a tre, a prescindere dal numero degli associanti.

A riguardo si osserva che:

- La disposizione normativa parla di *attività* e non di *impresa* o *affare*. In tal caso è necessario capire cosa voglia intendere il legislatore per *attività*. Ebbene il concetto di *attività* è strettamente legato alla figura dell'imprenditore; sappiamo che l'imprenditore è colui che esercita un'attività economica al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi. Pertanto, per *attività* deve intendersi unicamente quella imprenditoriale;
- La presunzione di subordinazione non ha effetto nei riguardi di associati legati all'associante da rapporto di coniugio, parentela e affinità.

Un altro punto da chiarire è il seguente: qualora si superi il numero di tre associati, la trasformazione in lavoratori subordinati a tempo indeterminato decorre dal momento del superamento del limite oppure, sin dalla nascita del contratto di associazione in partecipazione?

In tal caso si potrebbe argomentare nel seguente modo: la presunzione di subordinazione ha uno sfondo sanzionatorio e pertanto dovrebbe scattare ***dal momento in cui si commette la violazione e non***

Dott. Nino Carmine Cafasso – Consulente Del Lavoro

Servizi di Gestione e di Organizzazione Aziendale
Consulenza alle Imprese



prima. (Ad ogni modo sarebbe necessario un ulteriore intervento chiarificatore da parte degli Organismi competenti).

Clausola di salvaguardia

Il co. 29 della Riforma Fornero introduce una clausola di salvaguardia nei riguardi dei contratti già in essere e certificati ai sensi degli artt. 75 e ss. del D.Lgs. n.276/2003.

Pertanto, gli stessi anche nell'ipotesi di superamento dei limiti numerici previsti per gli associati non potrebbero subire alcuna trasformazione in contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, almeno sino alla loro naturale scadenza.

Le presunzioni relative

Il co.30 della Legge n.92/2012 dispone *“I rapporti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro o attuati senza un’effettiva partecipazione dell’associato agli utili dell’impresa o dell’affare, ovvero senza consegna del rendiconto di cui all’art.2552 del c.c., si presumono, salvo 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’art.69-bis lett. a) del D.Lgs. n.276/2003”.

Dalla lettura dell’articolo si evince come la norma faccia riferimento a due presunzioni relative offrendo all’associante la facoltà di fornire prova contraria.

Vediamo nello specifico di cosa si tratta.

Effettiva partecipazione agli utili d’impresa

L’effettiva partecipazione agli utili è elemento essenziale del contratto di associazione, tant’è che, laddove il patto escluda l’associato dalla partecipazione agli utili è da ritenersi nullo l’intero contratto.

In tale circostanza il legislatore partendo dagli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali non ha fatto altro che *“formalizzare”* le conseguenze giuridiche derivanti dalla mancanza del requisito in esame.

Inoltre, il fatto stesso che si sottolinei la partecipazione agli **utili d’impresa** comporta l’affievolimento dell’altra tesi concernente l’eventuale partecipazione ai ricavi.

Per quanto concerne il rendiconto, la disposizione codicistica sottolinea come lo stesso costituisca un diritto dell’associante difatti, l’art. 2552 sancisce *“L’associato ha diritto al rendiconto dell’affare compiuto, o a quello annuale della gestione se la stessa si protrae per più di un anno”.*

Con la Riforma il nostro legislatore precisa che il rendiconto deve essere ***“consegnato materialmente”*** all’associato, e tale consegna può avvenire nei modi consueti, purché ne resti traccia ovvero, per raccomandata A/R, con firma per ricevuta ecc..

Riguardo ai termini di consegna, la normativa non dispone nulla, pertanto sarà necessario definirli in maniera puntuale nel contratto.

Ovviamente, tali termini dovranno permettere all’associato di controllare e nel caso contestare il rendiconto, ovvero consentire la liquidazione degli utili.

Dott. Nino Carmine Cafasso – Consulente Del Lavoro

Servizi di Gestione e di Organizzazione Aziendale
Consulenza alle Imprese



Requisiti dell'apporto di lavoro

Per quanto concerne i requisiti dell'apporto di lavoro, la Riforma Fornero introduce l'art.69-bis al D.lgs. n.276/2003 rubricato in "Altre prestazioni lavorative rese in regime di lavoro autonomo".

Ebbene, viene stabilito che l'apporto di lavoro deve essere caratterizzato da:

- **competenze teoriche di grado elevato ed acquisite attraverso importanti percorsi formativi;**
- **capacità tecnico-pratiche maturate attraverso l'esperienza concreta nell'esercizio delle attività.**

E' il caso di sottolineare che, prescindendo dall'attività lavorativa in sé considerata, l'associato deve possedere particolari competenze teoriche ovvero, significative capacità tecnico-pratiche così come richiesto dalla novella normativa. (Anche in tal caso, sarebbe auspicabile qualche intervento ministeriale magari attraverso l'ausilio di tabelle o ruoli di riferimento così da dare una dimensione concreta a quanto richiesto)

Prova contraria

In difetto degli elementi appena analizzati che ricordiamo essere: partecipazione agli utili, consegna del rendiconto e professionalità dell'apporto, **il rapporto si considera lavoro subordinato a tempo indeterminato.**

In caso di ispezione e salvo prove contrarie, **i verificatori possono immediatamente convertire il rapporto di associazione in partecipazione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.**

Sarà onere dell'associante fornire prova contraria nelle sedi competenti.

Infine, ricordiamo che, all'articolo 86 del D.Lgs. n.276/2003 viene abrogato il co.2 contenete la seguente disposizione “

3) Conclusioni

Preliminarmente, dobbiamo considerare che l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro rappresenta da sempre una tipologia contrattuale frequentemente utilizzata non solo in ragione della "elasticità" del rapporto lavorativo in sé considerato, bensì soprattutto sotto il profilo assicurativo e contributivo della fattispecie rispetto al rapporto di lavoro subordinato.

E' chiaro che, l'utilizzo improprio dell'istituto dell'associazione in partecipazione può determinare delle elusioni della normativa in materia di rapporto di lavoro e ciò in quanto il confine tra la subordinazione e l'apporto lavorativo dell'associato è molto sottile.

Tuttavia, da una prima lettura ed interpretazione del nuovo testo legislativo si sono mosse delle critiche.

Da una parte si condivide senza alcun dubbio l'intento del legislatore di adottare una politica antielusiva e di riportare la fattispecie dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro alla sua funzione originaria.

Dall'altra non sembra che non si condivida lo strumento utilizzato.

Il fatto stesso di mettere in risalto le caratteristiche della "professionalità e competenza" dell'apporto può creare delle difficoltà e delle contraddizioni, si pensi all'associazione in partecipazione

Dott. Nino Carmine Cafasso – Consulente Del Lavoro

Servizi di Gestione e di Organizzazione Aziendale
Consulenza alle Imprese



tra parenti ed affini rispetto alla quale non ci sono limiti numerici da rispettare, ciononostante l'apporto deve essere caratterizzato da competenze di grado elevato e capacità tecnico-pratiche maturate con rilevanti esperienze.

In tal caso, bastava semplicemente “*ammorbidire e sfumare*” un po' i concetti di competenza e capacità senza insistere sulla “*particolare rilevanza e sul grado elevato*”.

Altra osservazione concerne la presunzione legata alla partecipazione dell'associato al rischio d'impresa attraverso la partecipazione agli utili.

Come già precisato, il legislatore non ha fatto altro che rafforzare precedenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza, tuttavia considerando i filoni contrapposti in giurisprudenza, sarebbe il caso di chiarire definitivamente il concetto di partecipazione agli utili.

Riguardo all'abrogazione del co.2 dell'art.86 di cui al D.lgs. 276/2003 si potrebbe obiettare che, le nuove disposizioni non sembrano sostituire in maniera adeguata le precedenti che in qualche modo garantivano l'associato sotto il profilo del corrispettivo.

Inoltre, l'introduzione di una presunzione assoluta di subordinazione per tutti i contratti di associazione in partecipazione laddove il numero degli associati sia superiore a tre, per quanto possa scoraggiare l'utilizzo distorto della fattispecie contrattuale, potrebbe comportare un minore utilizzo della stessa anche nelle ipotesi “*genuine*” dell'associazione in partecipazione.

A riguardo si sottolinea l'indispensabilità circa gli ulteriori interventi da parte degli Organismi competenti al fini di chiarire i confini e le peculiarità della fattispecie esaminata.

L'argomento esaminato riveste una particolare importanza in ragione delle problematiche legate alla sua concreta attuazione e relative alla tutela dei rapporti di lavoro interessati.

Ci auguriamo che la nostra analisi abbia quanto meno chiarito gli aspetti più delicati e come di consueto, la Struttura resta a completa disposizione per qualsiasi approfondimento di sorta.

Cordiali saluti

Cafasso & Figli
Circolari e News del Lavoro

Dott. Nino Carmine Cafasso – Consulente Del Lavoro

Servizi di Gestione e di Organizzazione Aziendale
Consulenza alle Imprese
