

Centro Studi Cafasso

del Dr. Nino Carmine Cafasso

Consulenza Amministrativa del Lavoro

80122 Napoli – Viale A. Gramsci, 15

Tel. 081/2461068 - Fax 081/2404414 - Email info@cafassofigli.it

Napoli, li 24 febbraio 2010

Circolare informativa n° 9/2010

**A tutte le Aziende Assistite
Loro sedi**

Approfondimento

ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE E LAVORO SUBORDINATO

Dopo gli interventi della *Suprema Corte di Cassazione*, la quale si è pronunciata sulla distinzione tra associazione in partecipazione e lavoro subordinato con due sentenze la n. 3894 del 18/02/2009 e la n. 7586 del 30/03/2009 e considerando la natura poco chiara e controversa dell'istituto contrattuale in esame, riteniamo doveroso ed interessante elaborare un approfondimento che cerchi di chiarire i tratti "ambigui" della problematica ed indichi gli elementi che meglio caratterizzano l'associazione in partecipazione.

Associazione in partecipazione e natura giuridica

La prima definizione di associazione in partecipazione viene data dal nostro codice civile, che all'art. 2549 precisa "L'associazione in partecipazione è il contratto con cui una parte (associante) attribuisce all'altra (associato) una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari dietro corrispettivo di un determinato apporto".

Gli articoli seguenti sottolineano come "l'associato partecipi all'attività dell'associante apportando sia capitale che prestazione lavorativa".

Al tempo stesso, "i terzi acquistano diritti ed assumono obblighi esclusivamente nei confronti dell'associante".

Sempre "all'associante spetta la gestione dell'affare ovvero dell'impresa e nel contratto viene stabilito il controllo che l'associato può esercitare sull'impresa o sull'affare per il quale è sorta l'associazione".

Va chiarito che, "quanto stabilito in merito alla gestione dell'impresa o dell'affare è comunque derogabile, nel senso che le parti possono attribuire all'associato poteri di gestione interna ed esterna, sempreché agisca in nome e nei limiti dei poteri ricevuti.

L'associato ha diritto al rendiconto dell'affare compiuto ovvero a quello annuale di gestione se la stessa si protrae per oltre un anno".

L'art. 2550 dispone che “*salvo patto contrario, l'associante non può attribuire partecipazioni per la stessa impresa o per lo stesso affare ad altre persone senza il consenso dei precedenti associati.*”

Salvo patto contrario, l'associato partecipa alle perdite nella stessa misura in cui partecipa agli utili, ma le perdite che colpiscono l'associato non possono superare il valore del suo apporto”.

Sulla base di quanto espresso si rileva che con l'associazione in partecipazione non si ha la nascita un nuovo soggetto, ma semplicemente la cooperazione tra più persone o imprese in un determinato settore dell'economia per soddisfare un comune interesse.

Non si costituisce né un rapporto di lavoro subordinato, né un rapporto atipico di collaborazione.

Natura del contratto

In virtù di quanto giuridicamente affermato, si evince chiaramente come l'associazione in partecipazione dia vita ad un negozio giuridico con **effetti obbligatori**, di **natura sinallagmatica** ed **aleatoria**.

Si tratta di un contratto bilaterale, a prestazioni corrispettive che si conclude e perfeziona a seguito del consenso espresso delle parti.

E' necessario analizzare meglio le peculiarità di detto istituto.

Effetti obbligatori

L'associazione in partecipazione è un contratto ad effetti obbligatori, nel senso che l'associante è obbligato all'*apporto* che, come già anticipato può consistere in una prestazione di natura patrimoniale (*conferimento di un bene*) ovvero di natura personale (*svolgimento di un attività, realizzazione di un opera o di un servizio*).

In base alla natura dell'apporto, la disciplina contrattualistica potrà assumere delle caratteristiche più particolari nel senso che, laddove si conferisca un immobile è necessaria la forma scritta, mentre nell'ipotesi in cui si conferisca un'attività lavorativa, l'associante dovrà assicurare tutte le misure antinfortunistiche nonché il trattamento previdenziale ed assicurativo.

Natura sinallagmatica

Il contratto di associazione in partecipazione presenta elementi vicini non solo ai contratti a prestazioni corrispettive (*sinallagma*) ma anche ai contratti associativi perseguendo finalità pressoché simili, come ad esempio il raggiungimento e la divisione degli utili.

Fra i due istituti contrattuali prevale il primo, in quanto il c.d. *sinallagma* viene a concretizzarsi fra le parti.

In diritto, **il sinallagma (nesso di reciprocità) ha un contenuto molto importante, in quanto è un elemento costitutivo del contratto a prestazioni corrispettive nel senso che, è quello nel quale ogni parte assume l'obbligazione di eseguire una prestazione a favore delle parti contraenti, esclusivamente in quanto siffatte parti assumono a loro volta l'obbligazione di eseguire una prestazione in suo favore.**

La reciprocità delle prestazioni è la condizione essenziale del sinallagma, che diventa il punto di equilibrio raggiunto dalle parti in sede di formazione del negozio giuridico.

Aleatorietà

Il contratto in esame ha natura aleatoria, nel senso che il corrispettivo è legato ad un elemento incerto.

In ogni caso, va precisato che il contratto può sciogliersi *ante tempus* e la durata dello stesso può essere a tempo determinato ed indeterminato.

Nel nostro ordinamento non vi è una disciplina specifica che regolamenti le cause di scioglimento di questa tipologia contrattuale, pertanto vanno applicati i principi generali relativi ai contratti.

Tra le cause di scioglimento del contratto in esame vanno elencate:

- Il raggiungimento dell'oggetto o l'impossibilità a conseguirlo;
- Il fallimento dell'associante;
- Il recesso con preavviso nell'ipotesi di contratto a tempo indeterminato;
- La scadenza del termine se il contratto è a termine.

Associante e associato: funzioni e limiti

L'“associante” nella maggior parte dei casi è un imprenditore, pertanto è il titolare del patrimonio d'impresa, ne governa la gestione e sopporta i rischi.

E' il soggetto che conferisce all'associato una partecipazione agli utili.

Esistono dei limiti al potere dell'associante in virtù dei quali egli non può concedere partecipazioni per la stessa impresa e per lo stesso affare senza il consenso degli altri associati.

Come detto in precedenza, l'associante non deve necessariamente svolgere un'attività imprenditoriale, lo stesso codice civile si riferisce sia a “partecipazione agli utili” che a “singoli affari”, i quali possono essere legati o meno alla vita dell'impresa.

La Giurisprudenza ha dato un'interpretazione più ampia al termine “affare” sottolineando come il Legislatore volesse intendere un'attività di natura economica caratterizzata dal fine del lucro, e ciò è evidente dalla previsione degli utili che dovrebbero derivarne.

Vanno esclusi tutti i soggetti che non svolgono attività a scopo di lucro.

Anche l'“associato” può essere una persona fisica o un soggetto collettivo, l'elemento rilevante è che in cambio dell'apporto ha diritto a partecipare agli utili.

L'“apporto” è un elemento fondamentale, perché in base alla natura dello stesso possono nascere problemi di qualificazione del rapporto di lavoro.

Esso può consistere in una somma di denaro, in titoli di credito, nella cessione di beni immobili, in una prestazione lavorativa.

In quest'ultimo caso si pone il problema di distinguere tra contratto di associazione in partecipazione e lavoro subordinato.

Associazione in partecipazione e lavoro subordinato

In via generale qualsiasi attività lavorativa può essere oggetto di un rapporto di lavoro autonomo e di un rapporto di lavoro subordinato.

La distinzione fra i due schemi contrattuali riguarda le modalità di esecuzione della prestazione.

Più volte abbiamo ricordato che l'elemento caratterizzante il rapporto di lavoro subordinato è il **vincolo della subordinazione** consistente nell'assoggettamento gerarchico al potere direttivo del datore di lavoro e all'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale.

E' chiaro che, il potere direttivo non deve estrinsecarsi in semplici direttive di carattere generale, ma deve manifestarsi in ordini specifici ed inerenti la prestazione lavorativa.

Qualora a fronte della rivendicata natura subordinata del rapporto, vi siano prove documentali dell'esistenza di un rapporto di associazione in partecipazione, il Giudice di merito dovrà essere molto rigoroso nell'analisi dei due istituti (*rapporto di lavoro subordinato – associazione in partecipazione*) e non dovrà trascurare alcun aspetto, applicando il criterio della prevalenza, il quale esige un'indagine approfondita sulle modalità concrete ed effettive di attuazione del rapporto cogliendo in tal modo la preponderanza degli elementi caratterizzanti.

La prima valutazione del Giudice riguarda la modalità di svolgimento della prestazione lavorativa sia in base alla previsione contrattuale che nel concreto svolgimento della stessa, in modo da riconoscere o meno il vincolo di subordinazione.

Nei rapporti di lunga durata è il comportamento delle parti ad esprimere la volontà contrattuale.

La Suprema Corte identifica quale elemento decisivo in base al quale non si può parlare di associazione in partecipazione **“l’assoggettamento al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con la conseguente limitazione della sua autonomia e del suo inserimento all’interno dell’azienda. Una valenza minore assumono l’assenza del rischio, la continuità della prestazione, il rispetto di un orario preciso e la cadenza fissa della retribuzione”**.

Elementi di rilievo che possono caratterizzare l’associazione in partecipazione in quanto estranei al dettato normativo che identifica il lavoro subordinato possono essere il diritto dell’associato al rendiconto e l’assoggettamento al rischio d’impresa.

La presenza del rendiconto identifica il potere di controllo che viene esercitato dall’associato.

In tale circostanza, il *rapporto tra associante e associato* più che gerarchico è di tipo collaborativo nel senso che l’associante impartisce le direttive riguardanti la gestione dell’attività imprenditoriale, ma nulla dispone a riguardo delle sanzioni disciplinari; nel *rapporto di lavoro subordinato* il datore di lavoro esercita un potere gerarchico e disciplinare.

La Giurisprudenza ha valutato anche un altro elemento e cioè **la natura aleatoria del corrispettivo**.

La problematica ha ad oggetto la compatibilità tra l’istituto esaminato (associazione in partecipazione) e la determinazione del corrispettivo non sugli utili bensì sui ricavi.

La stessa Giurisprudenza a tal proposito pecca di chiarezza, nel senso che in alcune pronunce sostiene che il riferimento ai ricavi non altera lo schema contrattuale, quindi è ravvisabile sempre un’associazione in partecipazione e non un contratto di lavoro subordinato, atteso che il fatturato dà diritto all’associato al rendiconto ed identifica un eventuale rischio patrimoniale.

In altre pronunce sostiene che, il riferimento agli utili rappresenta l’elemento che meglio contraddistingue le fattispecie in esame, in quanto gli stessi rappresentano il risultato economico concreto dell’attività d’impresa a differenza dei ricavi.

Di recente, **la Suprema Corte si è nuovamente pronunciata nel merito della questione e con la sentenza n. 3894 del 18 febbraio 2009 ha legittimato la scelta delle parti di ancorare la partecipazione dell’associato ai ricavi e non agli utili ed ha concesso alle parti la possibilità di escludere l’associato dalle perdite.**

In realtà pur volendo limitare la divisione agli utili, non viene meno l’elemento dell’aleatorietà del contratto nel senso che, in assenza di utili l’associato rimane senza compenso.

Elemento inderogabile dell’associazione in partecipazione è **“il divieto di partecipazione degli associati alle perdite in misura superiore all’apporto, mentre è consentito alle parti determinare la partecipazione alle perdite in misura differente rispetto alla partecipazione agli utili ovvero di escludere del tutto la partecipazione alle perdite”**.

Infine, con la sentenza del 30 marzo 2009, la Cassazione ha sottolineato che **“in tema di distinzione fra contratto di associazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell’associato e contratto di lavoro subordinato, l’elemento di differenziazione consiste nel contesto regolamentare pattizio a cui si inserisce la prestazione, nel senso che per verificare l’autenticità del rapporto di associazione si valuterà come elemento essenziale la partecipazione dell’associato al rischio d’impresa”**.

In sintesi riepiloghiamo gli elementi che meglio caratterizzano il lavoro subordinato e l’associazione in partecipazione:

Lavoro subordinato è identificato dai seguenti elementi:

- Corrispettivo non legato agli utili (*manca di aleatorietà*);
- Osservanza di un orario preciso;
- Necessità di giustificare le assenze;
- Mancanza di controllo del lavoratore sulla gestione dell’associante e sul rendiconto;
- Uso degli strumenti messi a disposizione dell’associante;
- Assenza dal rischio d’impresa;
- Guadagno in misura fissa;

- Subordinazione alle direttive ed al potere disciplinare del l'imprenditore (*rapporto gerarchico*).

Associazione in partecipazione elementi identificativi sono i seguenti:

- Diritto al rendiconto da parte dell'associato;
- Mancata garanzia di un guadagno fisso e presenza del rischio;
- Mancata sottoposizione dell'associato al potere disciplinare dell'associante;
- Sottoposizione dell'associato al generico potere dell'associante di impartire direttive.

Associazione in partecipazione ed aspetti procedurali

Instaurazione del rapporto

La nascita del rapporto deve essere comunicata al Servizio competente per territorio dove è situata la sede, entro le 24 ore del giorno antecedente a quello di concreta instaurazione del rapporto. Con la stessa modalità vanno comunicate le proroghe e cessazioni.

Registrazione sul LUL

Sul libro unico del lavoro, vanno registrati gli associati che apportano lavoro (anche apporto misto).

La registrazione viene effettuata in occasione della prima immissione al lavoro ed in ogni mese in cui il lavoratore svolga attività lavorativa ovvero percepisca il compenso, nonché alla fine del rapporto.

In tale ipotesi, è prevista l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali.

Iscrizione alla gestione separata

Va chiarito che, gli associati i cui compensi sono qualificati come reddito da lavoro autonomo devono iscriversi alla Gestione Separata nei trenta giorni successivi all'inizio dell'attività.

Associato e ruolo di tutor

Di recente, il Ministero del Lavoro si è pronunciato sulla questione sottolineando che l'associato non può assumere la qualità di *tutor* nelle imprese artigiane e in quelle con meno di 15 dipendenti.

L'argomento esaminato riveste una notevole importanza in ragione non solo delle problematiche legate alla sua interpretazione, ma anche per ciò che riguarda il confine sostanziale che separa l'istituto dell'Associazione in Partecipazione dal rapporto di lavoro subordinato, confine non sempre definibile con certezza, e sul quale la Suprema Corte in più occasioni si è adoperata per fornire un "principio definitivo".

Il nostro approfondimento, riteniamo analitico, ci auguriamo abbia quanto meno chiarito gli aspetti più delicati e controversi di un ambito nel quale i nostri spunti sono anche talvolta frutto delle sempre più auspicate "aperture" ministeriali.

Cordiali saluti

Centro Studi Cafasso