

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

*L'associazione in partecipazione
tra le rigidità della "riforma Fornero"
e le dubbie deroghe ex articolo 8,
decreto legge n. 138/2011*

Michele Tiraboschi

anticipazione

N. 3/XXII - 2012


Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

Rivista di
ADAPT-CENTRO STUDI
"MARCO BIAGI"



GIUFFRÈ EDITORE

x. Associazione in partecipazione

x.1. Contratto collettivo aziendale 16 luglio 2012, sottoscritto da Golden Lady Company S.p.A e Femca-Cisl Nazionale, Filctem-Cgil Nazionale, Uilta-Uil Nazionale (in  *Boll. spec. Adapt*, 2012, n. 20).

L'associazione in partecipazione tra le rigidità della “riforma Fornero” e le dubbie deroghe ex articolo 8, decreto legge n. 138/2011

Il massiccio ricorso a contratti di associazione in partecipazione fittizi – o anche solo discutibili – utilizzati per mascherare veri e propri rapporti di lavoro dipendente è un fenomeno da tempo noto. Dell'abuso della associazione in partecipazione se ne parlava già nel libro bianco sul mercato del lavoro di Marco Biagi (ottobre 2001). L'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 (c.d. legge Biagi) introduceva, conseguentemente, una misura finalizzata a «evitare fenomeni elusivi della disciplina di legge e contratto collettivo», disponendo che, in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione agli utili e adeguate erogazioni, il lavoratore avesse diritto ai trattamenti retributivi, contributivi e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per prestazioni di lavoro subordinato svolte nella posizione corrispondente del medesimo settore di attività (cfr. G. PELLACANI, *L'associazione in partecipazione nel decreto attuativo delle deleghe in materia di occupazione e di mercato del lavoro*, in *MGL*, 2003, n. 12, 909 ss., e E.M. BARBIERI, *Considerazioni sulla associazione in partecipazione nella “riforma Biagi”*, in *MGL*, 2006, n. 5, 318 ss.). Classico il caso della commessa, chiamata a svolgere mere prestazioni di lavoro sotto le direttive e il rigido controllo dell'associante e senza alcuna variabilità del compenso in funzione dell'apporto fornito. L'auspicata riduzione degli abusi non si è tuttavia registrata e le buone intenzioni della legge Biagi sono così rimaste sulla carta.

Mossa da altrettante “buone intenzioni”, anche la “riforma Fornero” è intervenuta in materia. Adottando, tuttavia, una disciplina a tal punto rigida da sollevare dubbi di legittimità costituzionale stante la nota indisponibilità del tipo contrattuale anche da parte del legislatore (cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, cap. II, § 17). L'art. 2549 c.c., come ora integrato dall'art. 1, comma 28, della l. n. 92/2012, dispone in effetti che il numero degli associati impegnati in una medesima attività non possa 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 il rapporto con tutti gli associati il cui apporto consiste anche in una prestazione di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Si tratta, evidentemente, di una presunzione assoluta di subordinazione che non ammette la prova contraria circa la loro

natura (in tema, per gli opportuni approfondimenti e una analisi di dettaglio dei tratti caratterizzanti della nuova disciplina, cfr. G. BUBOLA, F. PASQUINI, D. VENTURI, *L'associazione in partecipazione con apporto lavorativo*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, 182 ss.).

L'eccesso di abusi, nonostante la chiara previsione della legge Biagi, e l'utilizzo "seriale" da parte di grandi aziende dell'istituto ha così indotto il legislatore a un eccesso opposto che, fatto salvo il caso di piccole entità economiche, porta ora a ritenere *ex lege* come rapporti di lavoro subordinato contratti di associazione che, in base alle circostanze del caso, potrebbero anche essere genuini.

Il passaggio dal vecchio al nuovo regime è stato immediato con l'entrata in vigore, lo scorso 18 luglio 2012, della "riforma Fornero". Il legislatore non ha fatto salvi i contratti esistenti, né ha previsto un regime transitorio. Sono fatti salvi unicamente i (pochi) contratti certificati alla data di entrata in vigore della legge (i dati precisi sono nelle mani del Ministro del lavoro che ha attivato un monitoraggio presso le commissioni di certificazione ammesse dalla legge Biagi), anche se ciò, beninteso, non incide sulla loro qualificazione giuridica che compete esclusivamente al giudice.

Rispetto alla riforma delle modalità di utilizzo del contratto di associazione in partecipazione ha destato un certo clamore il caso di una nota azienda, leader nel mercato della calzetteria femminile italiana ed internazionale, che, pochi giorni prima della entrata in vigore della "riforma Fornero" e (almeno come affermano notizie di stampa e taluni blog sindacali) nel pieno di una azione ispettiva sui contratti in essere, è pervenuta alla sottoscrizione, con le tre associazioni sindacali del settore di Cgil, Cisl e Uil, di un contratto collettivo aziendale in deroga *ex art. 8*, d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011. L'accordo, relativo a ben 1.200 associati in partecipazione della rete di vendita dell'azienda, dispone un regime transitorio di un anno dalla data di entrata in vigore della l. n. 92/2012, tale da consentire di valutare "in modo ragionato" le eventuali stabilizzazione dei lavoratori associati i cui contratti vengono pertanto prorogati di un anno. I dodici mesi di transizione serviranno all'azienda per riflettere circa "le corrette modalità di assunzione" degli associati con contratto di lavoro subordinato degli associati.

Al di là di un richiamo, probabilmente inopportuno, alla possibilità di operare la stabilizzazione anche mediante l'apprendistato, il contratto aziendale in questione indica, senza ombra, come la regolazione del mercato del lavoro possa e debba essere più opportunamente gestita dalle parti sociali, soprattutto a livello di prossimità, là dove interventi legislativi rigidi, applicabili in modo indifferenziato per tutte le aziende e per tutti i settori produttivi, rischiano non di rado di realizzare effetti opposti a quelli desiderati. Resta tuttavia da chiedersi, nel caso di specie, se effettivamente le parti firmatarie erano dotate del potere di deroga a una disposizione di legge che non ammetteva eccezioni se non con esclusivo riferimento ai contratti certificati. Non solo perché, in ter-

mini di successione delle leggi nel tempo, l'art. 8 del d.l. n. 138/2011 contempla un generica delega al contratto collettivo di prossimità, a fronte di una specifica normativa dettata successivamente per il regime transitorio delle associazioni in partecipazione in essere ⁽¹⁾. Più ancora, è la stessa lettera dell'art. 8, comma 2, del d.l. n. 138/2011 che non pare lasciar spazio a interventi derogatori siffatti là dove espressamente dispone che «le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento [...] e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso, dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza, del matrimonio». Pare evidente che il legislatore, nel concedere un ampio potere di intervento alla contrattazione collettiva aziendale o territoriale, si riferisca a interventi derogatori relativi alle modalità di assunzione e disciplina tramite contratti di lavoro dipendente e non alle associazioni in partecipazione. Rafforza questa convinzione l'espresso richiamo, accanto ai contratti di lavoro, delle collaborazioni a progetto e delle partite IVA, ma non anche della associazione in partecipazione. Analogo discorso vale se il generico riferimento dell'accordo all'art. 8 fosse alle ipotesi di trasformazione e conversione posta che, anche in questo caso, la deroga è circoscritta, ai soli contratti di lavoro ma non anche ai con-

⁽¹⁾ L'art. 8 del d.l. n. 138/2011 ha, ovviamente, una portata generale negli ambiti di intervento espressamente indicati dal legislatore di modo che consente certamente deroghe anche a norme di legge ad esso successive. Non però a norme di legge successive nel tempo che abbiano espressamente disciplinato una materia astrattamente coperta dallo stesso art. 8, ma con previsione che esclude ogni possibilità di deroga o un rinvio pieno alla contrattazione di prossimità. È questo il caso, per esempio, della nuova disciplina del lavoro a termine introdotta dalla riforma Fornero, là dove si ammettono deroghe al nuovo regime per il tramite di accordi interconfederali o contratti nazionali e solo in via delegata alla contrattazione aziendale che, dunque, non potrà mai operare *ex art. 8* in assenza di apposita previsione di contratto di livello nazionale. Ma è, senza ombra dubbio, anche il caso della associazione in partecipazione posto che la l. n. 92/2012, successiva all'art. 8 del d.l. n. 138/2011, prevede espressamente una sola (e diversa) possibilità di deroga alla cessazione dei contratti di associazione in essere per il tramite della certificazione. Più dubbio è, per contro e per completezza di ragionamento, il caso dell'art. 2 del d.lgs. n. 167/2011, là dove affida la disciplina di carattere generale delle diverse tipologie di apprendistato esclusivamente agli accordi interconfederali (nazionali o territoriali) e alla contrattazione nazionale con esclusione di quella aziendale. Non tanto perché entrambe le disposizioni sono datate 14 settembre 2011: la legge di conversione del d.l. n. 138 è, infatti, pubblicata in *GU* il 16 settembre 2011, mentre il d.lgs. n. 167 è chiaramente successivo essendo stato pubblicato in *GU* il 10 ottobre 2011. Ad escludere l'applicabilità dell'art. 8 depone piuttosto, in questo caso, la circostanza che il legislatore abbia espressamente voluto escludere l'operatività di diverse regolamentazioni dell'apprendistato a livello aziendale a fronte di una precetto, quello dell'art. 8, che affida un generico potere derogatorio alla contrattazione di prossimità, tra le altre cose, in materia di disciplina dei rapporti di lavoro. Di modo che una regolamentazione speciale (che vieta inequivocabilmente e tassativamente interventi a livello aziendale) prevale su quella generale e generica di cui all'art. 8 anche a prescindere, probabilmente, dal profilo della successione delle leggi nel tempo.

tratti di associazione in partecipazione che sono ben altra cosa salvo che, ovviamente, non si tratti di contratti fittizi. Ma se così è vale allora lo stesso discorso svolto per i contratti di associazione in partecipazione rimasti in vigore anche dopo il 18 luglio 2012 in quanto certificati, con buona pace di quanti hanno ipotizzato la copertura di abusi e di prestazioni di lavoro eterodiretto. E infatti, anche là dove si volesse ammettere la compatibilità dell'accordo derogatorio con la lettera dell'art. 8, esso non potrà certo tenere in vita contratti di associazione in partecipazione fittizi.

Michele Tiraboschi
Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia