L'associazione in partecipazione con apporto lavorativo: un'altra occasione perduta

di Gabriele Bubola, Flavia Pasquini

La lotta senza quartiere nei confronti delle forme di utilizzo improprio di tipologie contrattuali "non standard" trova, probabilmente, il proprio culmine nella riforma in tema di associazione in partecipazione con apporto lavorativo (e *anche* lavorativo).

Come noto, l'apporto lavorativo in contratti di associazione in partecipazione, benché non codificato all'interno degli artt. 2549 ss. c.c., è stato ritenuto pacificamente ammissibile in conseguenza dell'ormai consolidato indirizzo assunto dalla Corte di Cassazione.

In effetti, l'associazione in partecipazione con apporto lavorativo trova la propria *ratio* nel connubio tra un soggetto economico che possiede, essenzialmente, capitale e capacità imprenditoriali e, dall'altro, una persona fisica con specifiche competenze tecniche; per tale via, infatti, l'associante continua a gestire l'attività e le relazioni di carattere commerciale "macro", mentre, dal canto suo, l'associato collabora al buon esito dell'attività stessa o dell'affare. Il rapporto che si realizza è di carattere essenzialmente partecipativo, talché all'associato non spetta solamente un riconoscimento economico ricollegato agli utili, ma anche un potere di controllo sulla gestione dell'associante attraverso l'obbligo, a carico di quest'ultimo, di consegnare il rendiconto di gestione.

Se non v'è dubbio che negli ultimi anni si sia assistito ad una diffusione di tale tipologia contrattuale con conseguenti naturali deviazioni dovute alla dissimulazione di rapporti di lavoro subordinato, d'altra parte, la giurisprudenza che, in questi anni, copiosa, si è occupata del tema, lo ha fatto concentrando la propria attenzione, anzitutto, sulla presenza degli elementi indispensabili dell'associazione in partecipazione (quali, per l'appunto, la partecipazione agli utili ed al rischio di impresa e l'effettività del rendiconto), utilizzando in seconda battuta anche gli elementi sintomatici/indicativi di un rapporto di lavoro subordinato. L'unico aspetto oggettivamente dubbio, analizzando l'altalenante giurisprudenza della Cassazione, è costituito dall'esplicitazione del concetto di rischio a carico dell'associato, posto che parte della giurisprudenza ritiene necessaria la partecipazione agli utili (interpretando letteralmente il dato codicistico), mentre altra parte ritiene bastevole la partecipazione ai ricavi (con conseguente implicita esclusione della partecipazione dalle perdite). La seconda interpretazione allarga sicuramente le maglie dell'associazione in partecipazione ed appare maggiormente confacente all'art. 86, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, nel quale si è precisato proprio che all'associato in partecipazione devono essere riconosciute "adeguate erogazioni".

Fatta questa debita – e necessariamente sintetica – premessa sullo stato dell'arte, è possibile procedere ad analizzare l'ipotesi di riforma dell'istituto presentata dal Governo, all'interno dell'art. 10 del ddl n. 3249.

A prima vista, il Governo, sebbene intenda perseguire l'apprezzabile finalità di evitare abusi, sembra intervenire in modo totalmente atecnico, attraverso una formulazione della disciplina fondata su elementi meramente oggettivi e del tutto parziali, che ben poco hanno a che vedere con il legittimo

utilizzo dell'associazione in partecipazione.

Infatti, la proposta in esame appare finalizzata a legittimare, di fatto, esclusivamente l'associazione in partecipazione ove ricollegata all'impresa familiare. In questo senso, il comma 1 dell'art. 10, con il quale si propone di aggiungere un comma all'art. 2549 c.c., al fine di specificare che, salvo l'ipotesi in cui gli associati in partecipazione siano legati da uno stretto rapporto parentale con l'associante (coniugio, parentela entro il terzo grado, affinità entro il secondo), il numero massimo di associazioni in partecipazione ammesse relativamente alla "medesima attività" non può essere superiore a tre, indipendentemente dal numero degli associanti. La conseguenza per il superamento di tale limite è a dir poco drastica: tutti i rapporti con gli associati si considerano di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

I dubbi su tale modifica sono tanti e tali che devono essere qui di seguito sinteticamente evidenziati. Anzitutto, come accennato, sfugge totalmente la logica a mente della quale viene posto un limite numerico a dir poco arbitrario: con tre associati in partecipazione non imparentati non si applica la conversione, con quattro, invece, sì, prescindendo totalmente dal merito circa la genuinità della singola associazione in partecipazione. Inoltre, non appare chiaro il concetto di "medesima attività". Come noto, le associazioni in partecipazione possono concernere l'impresa nel suo complesso, una parte di essa o un singolo affare. Si pensi alle ipotesi, presenti soprattutto nel settore dell'arredamento, nel quale una impresa ha una pluralità di punti vendita sparsi sul territorio, all'interno dei quali operano diversi associati in partecipazione con riferimento allo specifico punto vendita. In questo caso, il numero massimo di tre associati come deve essere inteso? Per singolo punto vendita oppure per la complessiva attività? Ancora, sfugge il motivo per cui la presunzione si applicherebbe nel caso di quattro associati non imparentati ma non, invece, nel caso di due associazioni in partecipazione con soggetti estranei unitamente ad altri legati da vincolo di parentela. Inoltre: nel caso di superamento della previsione numerica legale, viene specificato che il "rapporto con tutti gli associati si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato". Qui sembrano porsi due questioni: anzitutto, il riferimento a tutti gli associati deve intendersi esteso anche agli associati familiari? E se la risposta dovesse essere negativa, come sembra doversi desumere dalla ratio dell'intervento governativo, quale è il motivo per il quale, a parità di condizioni contrattuali, la presunzione di subordinazione trova applicazione solamente nei confronti di taluni associati e non di quelli legati da vincolo di parentela, per tale via trattando differentemente situazioni oggettivamente identiche? Peraltro, non sembrano esservi dubbi, tenuto conto della formulazione del summenzionato comma 1, dell'interpretazione autentica fornita in tema di contratto a progetto e del comma 2 nel quale si prefigura esplicitamente una presunzione di carattere relativo, che nel caso di specie si verta in ipotesi di presunzione assoluta di subordinazione, ossia senza possibilità per le parti di poter provare la natura genuina dell'associazione in partecipazione (si pensi all'ipotesi di partecipazione degli associati agli utili ed all'effettivo esercizio del potere di controllo tramite la trasmissione periodica del rendiconto di gestione), né, tantomeno, la riconducibilità del rapporto ad una tipologia contrattuale rientrante nell'ambito del lavoro autonomo. Il che appare non solo in contrasto con la consolidata giurisprudenza di Cassazione (la quale, anche in tema di associazione in partecipazione, ritiene necessario procedere, in concreto, ad una verifica circa l'effettiva applicazione degli elementi essenziali dell'associazione in partecipazione, utilizzando, in caso di dubbio, i criteri sussidiari per la riconduzione di un rapporto nell'alveo di quello subordinato), ma anche in odore in incostituzionalità (rispetto agli artt. 3, 41, 101 e 104 della Costituzione).

Il comma 2 dell'art. 10 chiarisce poi che nel caso di mancata effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero in mancanza della consegna del rendiconto, il rapporto si presume, salva prova contraria, come di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Sfugge, anche qui, il motivo per il quale il Governo, a fronte di una violazione sostanziale quale quella della mancanza del rischio economico a carico dell'associato nonché della mancata messa a disposizione del rendiconto, prefiguri una presunzione solamente relativa a fronte, come già ricordato, di una presunzione assoluta ricollegata al semplice superamento del numero massimo di associazioni in partecipazione stabilito *ex lege*. Tra

l'altro, è stata persa una buona occasione per chiarire, una volta per tutte, cosa debba intendersi, tenuto conto dell'oscillante indirizzo giurisprudenziale, per "partecipazione agli utili".

Infine, al comma 3, si manifesta l'intenzione di abrogare l'art. 86, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003. Tale abrogazione viene giustificata, all'interno della relazione illustrativa alla riforma, sulla base delle restrizioni operate dai commi 1 e 2 dell'art. 10. A ben vedere, però, la disciplina dettata all'interno dei suddetti commi non appare sovrapponibile alla disciplina di cui al decreto legislativo n. 276/2003, che, in finalità antielusiva, prevede, tra l'altro, una presunzione di subordinazione relativa nel caso di partecipazione resa senza "adeguate erogazioni". In effetti, in entrambi i summenzionati commi manca qualsivoglia riferimento ad un emolumento adeguato in favore dell'associato. Pertanto, sebbene il parametro normativo indicato nell'art. 86, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003, appaia sfuggente quanto alla sua definizione e di difficile collocazione sistematica nell'ambito dell'associazione in partecipazione (posto che elemento indefettibile di questa è dato dalla sussistenza del rischio economico a carico dell'associato), ove la proposta di riforma fosse approvata certamente opererebbe a detrimento della posizione degli associati in partecipazione, venendo a mancare totalmente il suddetto parametro.

Infine, una ultima considerazione deve essere riservata agli aspetti di carattere previdenziale: l'art. 36 del ddl n. 3249 prevede un aumento contributivo per i lavoratori iscritti alla gestione separata INPS (e quindi anche per gli associati in partecipazione): nel 2013 si passerebbe, per coloro che non sono assicurati presso altre forme di previdenza obbligatoria, al 28%, con il successivo aumento della pressione di un punto percentuale per anno fino ad arrivare, nel 2018, al 33%. Verosimilmente, l'aumento della pressione contributiva vorrebbe avere come conseguenza un aumento del costo complessivo di tale tipologia contrattuale, scoraggiandone così l'utilizzo. In realtà, appare ragionevole ritenere che, visti gli ordinari rapporti di forza sussistenti tra associante ed associato, sarà quest'ultimo il soggetto sul quale ricadrà, di fatto, tale aumento, con la conseguenza diretta di una diminuzione dell'emolumento netto riconosciutogli.