

Articolo 1, commi 28-31, e articolo 2, comma 57 Associazione in partecipazione

Il fine giustifica i mezzi ... ma ci rimettono anche le partecipazioni genuine

di Gabriele Bubola, Flavia Pasquini

Il computo del numero di associati ai fini della presunzione assoluta di subordinazione

Il testo della riforma in materia di lavoro approvato al Senato il 31 maggio 2012 prevede, per la prima volta, con riferimento ai contratti di associazione in partecipazione, l'ingresso del tema dell'apporto di lavoro dell'associato all'interno della disciplina codicistica, in principio prevalentemente oggetto dello studio del diritto commerciale, e solo più recentemente "adottata" dai giuslavoristi.

Il d.d.l. n. 5256, ora in discussione alla Camera, aggiunge all'art. 2549 c.c., che contiene la nozione di associazione in partecipazione, un ulteriore e finale comma, il quale prevede che 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 [*criteri identici a quelli previsti dall'art. 230-bis c.c. in materia di impresa familiare, n.d.r.*]. 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».

Sul punto, le modifiche apportate dal Senato (in grassetto) al testo formulato dal Governo nel disegno di legge originario meglio specificano alcuni aspetti, correggendo errori o colmando lacune della proposta governativa, ma, nella sostanza, lasciano invariato il principio già affermato: pertanto, al di fuori dell'ipotesi di vincoli familiari e nel caso di superamento del numero di tre associati per la medesima attività, i rapporti verranno considerati di lavoro subordinato prescindendo da ogni analisi sul merito (ed in particolare sull'effettivo rischio economico incombente sull'associato e sulla concreta rendicontazione), e senza la possibilità per l'associante di fornire la prova in ordine alla effettiva riconduzione del rapporto nell'alveo dell'associazione in partecipazione.

Sul punto si deve rilevare che l'aspetto prettamente quantitativo, oltre a non apparire idoneo a fungere quale elemento preminente per la qualificazione di un rapporto, può, tra l'altro, comportare un rischio concreto di ulteriore frazionamento, ove possibile, delle attività, con formazione di microimprese che, se per certi versi ne costituiscono la forza, d'altro canto sono anche una delle debolezze del tessuto produttivo italiano.

Le ipotesi di presunzione relativa di subordinazione

Il maxiemendamento governativo approvato dal Senato ha incorporato una proposta approvata dalla Commissione Lavoro in tema di presunzione relativa di subordinazione.

Pertanto, la norma ora in discussione alla Camera (art. 1, comma 30, d.d.l. n. 5256) prevede tre ipotesi di presunzione relativa di subordinazione: la prima opera nel caso di associazione in partecipazione instaurata o attuata senza una effettiva partecipazione dell'associato agli utili; la seconda opera ove non vi sia la consegna del rendiconto previsto dall'articolo 2552 c.c.; la terza è invece ricollegata ad un apporto di lavoro non "qualificato", ossia non 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» (in questo senso il richiamo dei requisiti stabiliti nel nuovo all'articolo 69-bis, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 276/2003). Sembra di potersi rilevare come il riconoscimento dei percorsi formativi e del *background* professionale possa essere efficacemente perseguito attraverso il conseguimento di certificazioni o idonee attestazioni delle competenze, il che potrebbe avvenire anche in sede di certificazione del contratto di associazione in partecipazione, posto che la finalità della certificazione dei contratti in cui sia dedotta, anche solo indirettamente, una prestazione di lavoro rimane pur sempre quella di ridurre il contenzioso in materia, appunto, di lavoro.

L'abrogazione dell'obbligo di garantire erogazioni adeguate all'associato

Il Senato ha approvato, senza modifiche rispetto al disegno originario, la disposizione con la quale si stabilisce l'abrogazione della disciplina di cui all'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (cfr. art. 1, comma 31, d.d.l. n. 5256 presentato alla Camera).

Tale abrogazione, già giustificata all'interno della relazione illustrativa alla riforma e sulla base delle nuove restrizioni operate con le presunzioni di subordinazione, non convince, nonostante si abbia già avuto modo di esprimere dubbi in merito alla "utilità" della norma abrogata. Infatti, la nuova disciplina non pare poter sostituire quella di cui al vigente d.lgs. 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, all'interno del d.d.l. n. 3249 manca qualsivoglia riferimento ad un emolumento adeguato in favore dell'associato. Il che, se da un lato appare maggiormente coerente con le origini dell'istituto (con conseguente assoluta preminenza alla sussistenza di un rischio economico a carico dell'associato), dall'altro rischia di operare a detrimento della posizione degli associati in partecipazione.

Il binario parallelo per i contratti in essere: il valore aggiunto della certificazione

Anche in tema di disciplina transitoria il maxiemendamento governativo ha incorporato una proposta approvata dalla Commissione Lavoro che ha colmato la lacuna della prima stesura del disegno di legge di riforma.

È stato così evidenziato il valore aggiunto della certificazione ex artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 276/2003, posto che solamente i contratti in essere e certificati al momento dell'entrata in vigore del testo di legge non saranno soggetti alla nuova disciplina fino alla loro scadenza (cfr. art. 1, comma 29, d.d.l. n. 5256). Il che dovrebbe significare, tra l'altro, che per tali contratti continuerà a trovare applicazione anche l'abrogato art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003.

Una interpretazione coerente con le finalità dell'istituto della certificazione dovrebbe portare a ritenere che debbano essere fatti salvi dalla nuova disciplina non solamente i contratti già certificati, ma anche quelli per i quali l'istanza di certificazione è stata rimessa ad una commissione di certificazione anticipatamente rispetto all'entrata in vigore della Riforma; qualche problematica interpretativa potrebbe scaturire, invece, relativamente ai (pur legittimi) contratti a tempo indeterminato certificati.

Per tutti gli altri contratti varrà la nuova disciplina, con evidenti problemi di "aggiustamento", ove possibili, per quelli già in essere.

Profili contributivi







In ultimo, merita un cenno la disciplina previdenziale. Il disegno di legge approvato al Senato (ora art. 2, comma 57, d.d.l. n. 5256 all'esame della Camera) prevede un aumento contributivo per i lavoratori iscritti alla gestione separata INPS (e quindi anche per gli associati in partecipazione ivi iscritti), con aumento della pressione di un punto percentuale per anno per arrivare, nel 2018, alla misura del 33% per coloro che non sono assicurati presso altre forme di previdenza obbligatoria.



Se non intervengono correttivi, è concreto il rischio che tale aumento di pressione contributiva, volto anche a scoraggiare l'utilizzo dell'istituto, venga sostenuto, di fatto, dai soli associati in partecipazione.

SCHEDA RIEPILOGATIVA

Articolo 1, commi 28, 29, 30, 31 – Associazione in partecipazione **Articolo 2, comma 57 – Aumento della pressione contributiva**

- Aggiungendo un comma all'articolo 2549 del codice civile, si introduce una presunzione assoluta di subordinazione (ossia senza possibilità di prova contraria) ricollegata al fatto che il numero degli associati impegnati in una medesima attività sia superiore a tre. Non vengono computati gli associati legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo.
- Si introduce una presunzione relativa di subordinazione (ossia con possibilità di provare comunque la riconducibilità del rapporto nell'alveo dell'associazione in partecipazione) nel caso in cui rapporti di associazione in partecipazione siano instaurati o attuati, alternativamente:
 - a) senza una effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare;
 - b) senza la consegna del rendiconto previsto dall'articolo 2552 del codice civile;
 - c) ove l'apporto di lavoro non presenti i requisiti di cui al nuovo articolo 69-bis, comma 2, lett. a), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.
- Viene abrogato l'articolo 86, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, facendo venire meno l'obbligo di garantire erogazioni adeguate all'associato.
- Viene introdotto un binario parallelo soltanto per i contratti di associazione in partecipazione in essere e certificati: sino alla loro scadenza, non si applicherà la nuova disciplina.
- Si prevede un innalzamento del prelievo contributivo per i lavoratori iscritti alla gestione separata INPS (e quindi anche per gli associati in partecipazione ivi iscritti). L'aumento della pressione è di un punto percentuale per anno per arrivare, nel 2018, alla misura del 33% per coloro che non sono assicurati presso altre forme di previdenza obbligatoria.

<p style="text-align: center;">SCHEDA DI VALUTAZIONE</p> <p style="text-align: center;">Associazione in partecipazione</p>		
contenuto	potenzialità/criticità	valutazione
<p>Introduzione di una presunzione assoluta di subordinazione per tutti i contratti di associazione in partecipazione in cui viene apportato anche lavoro, nel caso in cui gli associati siano in numero maggiore di tre. Non rientrano nel computo gli associati legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo.</p>	<p>La finalità di scoraggiare l'utilizzo distorto del contratto appare condivisibile. Il criterio prescelto appare, però, inadatto ed atecnico. L'introduzione della presunzione assoluta comporterà un minore utilizzo dell'istituto anche nelle ipotesi "genuine". Non è da sottovalutare la possibile parcellizzazione delle già piccole realtà aziendali in "micro" imprese per sfuggire all'applicazione della presunzione legale.</p>	
<p>Introduzione di una presunzione relativa di subordinazione qualora i rapporti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro siano instaurati o attuati senza che vi sia un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'articolo 2552 del codice civile. La predetta presunzione si applica, altresì, qualora l'apporto di lavoro non presenti i requisiti di cui al nuovo articolo 69-bis, comma 2, lett. a), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.</p>	<p>L'introduzione di una presunzione relativa di subordinazione ricollegata, in prima istanza, alla mancata partecipazione dell'associato agli utili o al rendiconto è da considerarsi positiva, posto che si basa sugli elementi indefettibili dell'associazione in partecipazione.</p> <p>Visti i contrapposti filoni giurisprudenziali, non sarebbe stato però meglio chiarire, una volta per tutte, il concetto di partecipazione agli "utili"?</p> <p>Qualche dubbio emerge, inoltre, relativamente alla presunzione ricollegata ad un apporto di lavoro ritenuto non qualificato, che dovrebbe (il condizionale però è d'obbligo) ritenersi superata nel caso di effettiva partecipazione agli utili e consegna del rendiconto.</p>	  
<p>Abrogazione dell'obbligo di garantire erogazioni "adeguate" all'associato.</p>	<p>L'abrogazione desta qualche dubbio perché le nuove norme non paiono sostituire adeguatamente disciplina che si intende abrogare, ossia l'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 276/2003. Pur nelle incertezze applicative ed interpretative, tale normativa appariva infatti finalizzata a garantire l'associato sotto il profilo del corrispettivo.</p>	
<p>Introduzione di un binario parallelo per i contratti di associazione in partecipazione in essere e</p>	<p>Appare positivo il riconoscimento del valore aggiunto della certificazione, che conferisce robustezza ai rapporti già in essere escludendoli</p>	

<p>certificati: per tali contratti, sino alla loro scadenza, non si applicherà la nuova disciplina.</p>	<p>dall'applicazione della nuova disciplina.</p> <p>Vista, però, la particolare incidenza delle presunzioni di legge, non sarebbe stato maggiormente opportuno e coraggioso ampliare l'esclusione anche ai rapporti di associazione in partecipazione certificati successivamente all'entrata in vigore della Riforma, per tale via riconoscendo la valenza di un controllo preventivo ed a monte sui contratti da parte di un organismo terzo?</p> <p>Qualche dubbio interpretativo concerne i contratti in essere e non certificati, mancando una disciplina transitoria che consenta loro possibili "aggiustamenti", tenuto conto della nuova normativa.</p>	 
<p>Innalzamento progressivo del prelievo contributivo per i lavoratori iscritti alla gestione separata INPS (e quindi anche per gli associati in partecipazione ivi iscritti).</p>	<p>L'aumento del prelievo contributivo ha, tra l'altro, la funzione di aumentare il costo dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro, scoraggiandone per tale via l'utilizzo. Il rischio, però, è che, concretamente, tale aumento contributivo vada a discapito esclusivamente del contraente debole, che verosimilmente sarà l'associato.</p>	