

Associazione in partecipazione con apporto di lavoro ed elementi identificativi della subordinazione: l'esclusione della "partecipazione alle perdite" non esonera l'associato dal "rischio d'impresa" e non consente di configurare il rapporto di lavoro come subordinato

di L. Lorea – 20 Marzo 2023

Nelle due decisioni qui in commento (ordinanza del 7 marzo 2022, n. 7398, e ordinanza del 15 novembre 2022, n. 33656) la Suprema Corte ritorna sulla questione della corretta qualificazione del rapporto di lavoro nell'ambito del contratto di associazione in partecipazione, ovvero se riconducibile al contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa o al contratto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili.

Nel caso esaminato dalla prima ordinanza, la società ricorrente agisce contro l'INPS per far riconoscere l'esistenza di contratti di associazione in partecipazione con quattro sue associate considerate dai giudici territoriali lavoratrici subordinate. Più in particolare, la Corte d'appello di Bologna ha ritenuto che la presenza di un accordo che prevedeva la partecipazione delle associate ad una quota di utili, ma «con espressa esclusione della partecipazione alle perdite», fosse indicativo non solo della «insussistenza del contratto di associazione in partecipazione», ma anche della «sussistenza di un rapporto di lavoro» tra le associate e la società ricorrente.

I Giudici di legittimità, accogliendo il ricorso, si soffermano anche sul significato di «rischio d'impresa», e precisano che «la riconducibilità del rapporto di lavoro al contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato ovvero al contratto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili esige un'indagine del giudice di merito volta a cogliere la «prevalenza», alla stregua anche delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che il primo implica l'esistenza per l'associato di un rischio di impresa che è configurabile pure laddove le parti abbiano escluso la partecipazione alle perdite, poiché in tal caso l'eventuale assenza di utili determina l'assenza di compensi, necessariamente correlati all'andamento economico dell'impresa».

Nella seconda ordinanza, invece, la Suprema Corte esamina la posizione di sette lavoratori associati che in primo grado ed in sede d'appello avevano visto riconosciuto un rapporto di lavoro subordinato con diverse ricorrenze a partire dal 2008 e dal 2013. Più precisamente, i

lavoratori avevano stipulato un contratto di associazione in partecipazione con la società SDA e contratti di lavoro subordinato con imprenditori o cooperative terze (“sub-vettori”) i quali, a loro volta, avevano stipulato legittimi contratti di trasporto con “altri” imprenditori con i quali la società SDA aveva stipulato ulteriori contratti di trasporto. Secondo la società ricorrente l’esistenza di regolari rapporti di trasporto avrebbe dovuto escludere la sussistenza della subordinazione in quanto sarebbe legittimo il diritto di controllo del committente sull’esecuzione del contratto da parte degli ausiliari/addetti del vettore/sub-vettore.

La Suprema Corte, respingendo il ricorso, ritiene che «ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro, la prolungata esecuzione ed il “*nomen iuris*”, pur essendo elementi necessari di valutazione, non costituiscono fattori assorbenti, occorrendo dare prevalenza alle concrete modalità di svolgimento del rapporto». E così, nel caso di specie, ritiene che «la sussistenza di contratti di trasporto tra l’attuale società ricorrente e imprenditori o cooperative del settore...stipulanti a loro volta contratti di sub-trasporto con altri imprenditori di cui gli attuali controricorrenti erano dipendenti, rispetto all’accertamento in fatto della sussistenza degli indici sintomatici della subordinazione per il concreto continuativo svolgimento in fatto tra le parti delle prestazioni lavorative, *risulti* circostanza esterna al rapporto di lavoro subordinato accertato, e quindi non influente sulla correlativa declaratoria cui sono pervenuti i giudici di merito».

In entrambi i casi, viene applicata la disciplina antecedente al d.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015 in quanto si fa espresso riferimento all’“associazione in partecipazione con apporto di lavoro”, fattispecie contrattuale abrogata, a decorrere dal 25 giugno 2015, da tale ultimo decreto legislativo che, tuttavia, all’art. 53 fa salvi fino alla loro cessazione i contratti di associazione in partecipazione in atto alla data della sua entrata in vigore nei quali l’apporto dell’associato persona fisica consiste, in tutto o in parte, in una prestazione di lavoro.

Per tali contratti, quindi, continua ad applicarsi la disciplina previgente come modificata dall’art. 1, commi da 28 a 30, della l. n. 92 del 2012 e continuano a valere i meccanismi di riqualificazione del rapporto basati sulla “presunzione legale assoluta di subordinazione” in caso di violazione del divieto previsto dal citato comma 28 (che aveva integrato l’art. 2549 del codice civile con un secondo comma, poi modificato dal d.lgs. n. 81/2015) e sulla “presunzione relativa di subordinazione” in caso di mancanza dei requisiti indicati dal citato comma 30 (A. Miscione, *La fine del contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, *VTDL*, 2016, 2, secondo cui «Tutti i contratti già in essere fino al 25 giugno 2015, quindi, sopravvivono nella loro formulazione e, nel silenzio del legislatore e nonostante l’abrogazione, continuano ad essere sottoposti alla disciplina di legge applicabile *ratione temporis*». In proposito, Russo, *Profili teorico-pratici della nuova associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, *QFMB*, 2012, 4, 1; Di Corrado, *Associazione in partecipazione con effettiva partecipazione dell’associato al risultato*, *GI*, 2012, 2073 ss.; Marranca, *Associazione in partecipazione e limiti numerici: il “gioco delle presunzioni” dopo la l. n. 92/2012*, *RIDL*, 2015, 4, 1013).

Secondo la novità introdotta dal comma 28, «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». Superato tale limite, e quindi in caso di stipulazione del quarto contratto, scatta la citata "presunzione assoluta di subordinazione" nei confronti di «tutti gli associati il cui apporto consiste anche in una prestazione di lavoro».

Quanto, invece, alla previsione di cui al comma 30 – anch'essa abrogata – essa applicava la "presunzione relativa di subordinazione" in mancanza di "due elementi" essenziali dell'associazione in partecipazione, vale a dire nei «rapporti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro instaurati o attuati senza...un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'articolo 2552 del codice civile» (comma 30, primo periodo). La stessa presunzione si applicava anche qualora l'apporto di lavoro dell'associato non fosse 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" (comma 30, ultimo periodo) (Su tali presunzioni, molto si è dibattuto in dottrina con posizioni divergenti e "sospetti di irragionevolezza". In proposito, Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 37; Santoni, *La disciplina dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro dopo la legge n. 92/2012*, DML, 2012, 3, 438 ss.).

Segue, poi, nell'evoluzione normativa l'ulteriore intervento correttivo realizzato con il d. l. n. 76 del 2013 che, da un lato, aveva aggiunto il comma 2 *bis* all'art. 2549 c.c. escludendo l'applicazione del limite massimo dei tre associati – e la relativa presunzione assoluta di subordinazione – «limitatamente alle imprese a scopo mutualistico, agli associati individuati mediante elezione dall'organo assembleare di cui all'articolo 2540, il cui contratto sia certificato dagli organismi di cui all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, nonché in relazione al rapporto fra produttori e artisti, interpreti, esecutori, volto alla realizzazione di registrazioni sonore, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento» (art. 7, comma 5, lett. a). Dall'altro lato, estendeva anche all'associazione in partecipazione la disciplina sulla convalida delle dimissioni di cui all'art. 4, comma 16-23, della l. n. 92/2012 (art. 7, comma 5, lett. d).

Anche la giurisprudenza, invero, è sempre stata piuttosto pacifica nel sostenere l'orientamento secondo cui la valutazione nel caso di specie prescinde dalla qualificazione formale del rapporto di lavoro e deve individuare, in base alle modalità di attuazione del concreto rapporto, la "prevalenza" degli elementi identificativi di una o dell'altra fattispecie legale.

E così, la riconducibilità del rapporto di lavoro al contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato, ovvero al contratto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili ai sensi dell'art. 2099, comma 3, c.c., esige che vengano accertati gli elementi che caratterizzano i due contratti, «tenendo conto, in particolare, che, mentre il primo implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio di impresa, il secondo comporta un effettivo vincolo di subordinazione più ampio del generico potere dell'associante di impartire direttive e istruzioni al cointeressato, con assoggettamento al potere gerarchico e disciplinare di colui che assume le scelte di fondo dell'organizzazione aziendale. (Cass. 10 novembre 2020, n. 25221, *DJ*; Cass. 10 febbraio 2020, n. 3063, *DJ*; Cass. 29 gennaio 2015, n. 1692, *LG*, 2015, 412).

La differenza, infatti, tra i due contratti è evidente laddove si valuta la posizione dell'associato che nei rapporti associativi vede garantito un potere di controllo sulla gestione dell'impresa – o dello svolgimento dell'affare per cui l'associazione è stata contratta – e sulla misura della partecipazione alle perdite (cfr. artt. 2550, 2552, commi 2 e 3, 2553 c.c.), mentre in quelli di lavoro subordinato si ha l'estraneità del lavoratore rispetto alle vicende dell'impresa, il cui rischio economico è a carico del datore di lavoro; donde il riconoscimento dei diritti connessi alla subordinazione, tra cui, quelli retributivi e l'assenza di una posizione di controllo come quella prevista per l'associato (In proposito, Angiello, *La retribuzione. Artt. 2099-2102*, Giuffrè, 1992, 29; Corti, *La retribuzione*, in M. Martone (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Tomo primo. Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, 2011, 1471; F. Santoni, *La disciplina dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro dopo la legge n. 92/2012*, cit., 432 s.; Id., *L'associazione in partecipazione*, *Tratt. dir. Privato*, diretto da P. Rescigno, 16/4, Torino, 2012, 199 ss.).

Con riferimento, invece, al criterio del “rischio d'impresa”, si riscontrano posizioni divergenti in relazione agli elementi che lo contraddistinguono, specie in merito alla partecipazione alle perdite, spesso, ma non sempre considerata requisito della fattispecie.

In diversi precedenti, infatti, la Suprema Corte ha sottolineato che «a escludere la causa del contratto di associazione in partecipazione *non vale* la mancanza di una effettiva possibilità di controllo dell'associato sulla gestione dell'impresa, *né* la circostanza che la partecipazione dell'associato lavoratore *sia* prevista come commisurata al ricavo dell'impresa, anziché agli utili netti, *né* che l'associato sia escluso dalle perdite atteso che l'art. 2554 c.c., comma 1, espressamente prevede una forma particolare di cointeressenza nella quale vi è la possibilità che le parti escludano l'associato dalla partecipazione alle perdite» (Cass., 27 gennaio 2011, n. 1954, *OGI*, 2011, 48).

In un altro caso, il cui principio è stata ripreso per la valutazione della fattispecie di cui alla prima ordinanza, viene precisato ancora più dettagliatamente che il contratto di associazione in partecipazione «implica l'esistenza per l'associato di un rischio di impresa, configurabile pure laddove le parti abbiano escluso la partecipazione alle perdite, poiché in tal caso l'eventuale assenza di utili determina l'assenza di compensi, necessariamente correlati all'andamento economico dell'impresa» (Cass. 18 novembre 2020, n. 26273, *DJ*, citata in motivazione).

Sulla base di tali orientamenti di giurisprudenza, i Giudici di legittimità, nella prima ordinanza, rinviano alla Corte d'Appello di Bologna in quanto sostengono che non possa desumersi dalla “sola” mancata partecipazione alle perdite dell'associato la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato e, «viceversa, in mancanza di un accertamento in concreto dei presupposti per l'operatività dell'art. 2094 c.c.», non possa predicarsi, da tale mancanza una conseguenza presunta *iuris et de iure* di una collaborazione in ipotesi non sussumibile nel paradigma dell'associazione in partecipazione». Nel secondo caso, invece, accertano la presenza di rapporti di lavoro subordinato a causa del comprovato esercizio del potere di organizzazione e di controllo, ma soprattutto per l'attribuzione ai lavoratori di compiti e mansioni ulteriori rispetto a quelli strettamente legati al contratto di trasporto con vettori e sub-vettori (come attività di procacciamento), nonché per l'esercizio del potere disciplinare da parte della società ricorrente

capace di incidere economicamente sui lavoratori attraverso una decurtazione stipendiale applicata mediante trattenuta praticata alla cooperativa sub-vettore e da questa riversata in automatico sulla busta paga dei lavoratori.

Linda Lorea, docente a contratto nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

Visualizza i documenti: [Cass., ordinanza 15 novembre 2022, n. 33656](#); [Cass., ordinanza 7 marzo 2022, n. 7398](#)