

NUMERO 4 - 2014

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

MASSIMO RUBINO DE RITIS

Crisi economica e distribuzione dei rischi tra le parti contrattuali: apporti in associazione in partecipazione e limiti all'autonomia privata



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

Gli Autori di questo fascicolo p.918

PAOLO GROSSI

Sulla odierna "incertezza" del diritto p.921

GUIDO ALPA

I principi generali. Una lettura giusrealistica p.957

ANTONIO JANNARELLI

Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno p.991

CLAUDIO CONSOLO

È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla "degiurisdizionalizzazione" arbitral-conciliativa, sulle passerelle processuali, sulla grinta esecutiva p.1061

RAFFAELE DI RAIMO

Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati p.1095

FRANCESCO FIMMANÒ

Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività p.1135

MASSIMO RUBINO DE RITIS

Crisi economica e distribuzione dei rischi tra le parti contrattuali: apporti in associazione in partecipazione e limiti all'autonomia privata p.1191

Crisi economica e distribuzione dei rischi tra le parti contrattuali: apporti in associazione in partecipazione e limiti all'autonomia privata

Sono molti gli elementi che hanno portato ad una diffusione del contratto di associazione in partecipazione. L'assunzione della posizione di associante anche da parte di chi non è imprenditore (come avviene nel caso degli avvocati, come riconosciuto dall'art. 8, l. 31 dicembre 2012, n. 247), l'ampio margine lasciato alle parti nel definire l'affare relativamente al quale determinare utili e perdite nonché la libertà nello stabilire quale sia l'apporto a carico dell'associato hanno consentito l'utilizzo di tale contratto come valida alternativa a diversi altri schemi negoziali, con particolare riguardo a rapporti associativi, a contratti di finanziamento ed a quelli di collaborazione lavorativa. Ciò costituisce lo spunto per una rilettura delle disposizioni del codice civile dedicate al contratto di associazione in partecipazione, recentemente modificate dall'art. 1, comma 28, l. 28 giugno 2012, n. 92 e dall'art. 7, comma 5, d.l. 28 giugno 2013, n. 76 (convertito, con modifiche, in l. 9 agosto 2013, n. 99), relativamente all'apporto di una prestazione lavorativa. Particolare rilievo nello studio del contratto viene dato all'apporto dell'associato, a fronte del quale viene attribuita una partecipazione agli utili di un'impresa o di un determinato affare,

verificando la sussistenza di limiti nella scelta e nel suo utilizzo da parte dell'associante. L'ampia autonomia privata, da un lato, e il rischio dell'associato di non ricevere alcun corrispettivo e di subire perdite, tali da intaccare il diritto al rimborso del relativo valore, dall'altro, impongono spesso l'utilizzo di clausole contrattuali, che stabiliscano parametri sia per la partecipazione agli utili che per la quantificazione delle perdite sopportabili dall'associato.

There are many elements that have led to a spread of contracts for participation in association. The assumption of the position of associate even by those who are not the entrepreneur (as in the case of lawyers, as recognized by art. 8, Law of 31 December 2012, No. 247), the wide margin given to the parties to define the business in respect of which profits and losses are determined, and the freedom to establish what the contribution of the associated dependents is, have allowed the use of such a contract as a valid alternative to several other negotiating patterns, especially with regard to associative relations, in loan agreements and to those of working collaborations. This forms the basis for a re-reading of the provisions of the Civil Code dedicated to the contract for participation in association, recently amended by art. 1, para. 28, Law of 28 June 2012, No. 92 and art. 7, para. 5, D.L. of 28 June 2013, No. 76 (converted, with modifications, in Law of 9 August 2013, No. 99), with respect to the contribution of job performance. The central part of the study of this contract is on the contribution, against which is determined a share in the profits of an enterprise or of a particular deal, identifying the existence of limits on the choice of and on its use by the associate. Vast private autonomy, on the one hand, and the associated risk of not receiving any compensation and of suffering losses, such as to undermine the right to reimbursement of its value, often require the use of contractual clauses, which set parameters both for profit sharing for the quantification of losses bearable by the associate.

Sommario: 1. La diffusione del contratto di associazione in partecipazione nella prassi commerciale anche tra non imprenditori. – 2. L'uso distorto dell'associazione in partecipazione nella prassi. – 3. Il corretto approccio per scegliere l'associazione in partecipazione come schema per regolamentare i rapporti tra privati. – 4. I limiti nella scelta dell'apporto in associazione in partecipazione. – 5. La libertà di utilizzo dell'apporto da parte dell'associante. – 6. I mutamenti dei rischi dell'impresa o dell'affare dell'associante. – 7. La variabilità del corrispettivo per l'associato: metodi convenzionali di determinazione della partecipazione agli utili. – 8. La restituzione dell'apporto o il rimborso del suo valore. – 9. Le conseguenze della chiusura in perdita dei singoli esercizi. – 10. L'apporto d'opera e le norme a tutela degli associati lavoratori: il nuovo art. 2549 c.c. – 11. (*Segue*): il numero massimo di associati in partecipazione con apporto di lavoro. – 12. La disciplina antielusiva: l'effettiva partecipazione del lavoratore agli utili. Una proposta interpretativa. – 13. Gli interventi legislativi del 2013: un infinito assestamento di norme.

1. - La diffusione del contratto di associazione in partecipazione nella prassi commerciale anche tra non imprenditori.

Il successo del contratto di associazione in partecipazione è dipeso dalla «grande libertà di essere costituita e sciolta colla elasticità del suo movimento, col suo rapido svolgersi, senza formalità e inceppamenti d'indole giuridica»¹. Tale osservazione, espressa nel vigore del Codice di Commercio, appare ancor più efficace oggi, ma occorre confrontarsi con i più recenti interventi legislativi, che hanno modificato l'art. 2549 c.c., che contiene la nozione del contratto.

Va innanzitutto chiarito che la possibilità di utilizzo dell'associazione in partecipazione, per regolamentare rapporti tra privati, va ben oltre le attività di tipo imprenditoriale. La posizione di associante può essere rivestita sia da un imprenditore individuale che da una società (anche cooperativa)², e, più in generale, da qualsiasi soggetto, che pure non

¹ Così, G. FAGGELLA, *Commentario al codice di commercio*, II, *Delle società e delle associazioni*, Milano, s.a., 843 ss., ivi riferimenti anche storici all'istituto. Tuttavia, l'art. 238 cod. comm., pur stabilendo che l'associazione in partecipazione fosse esente dalle formalità stabilite per le società, richiedeva la prova per iscritto: sui lavori preparatori alla disposizione, A. MARGHERI, *Il codice di commercio italiano*, II, Torino, 1883, 533 ss. Di recente, v. *amplius* R. TETI, *Il rapporto partecipativo tra passato e presente: riflessioni a margine di un libro recente*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 1125 ss.

² Una volta riconosciuta alle cooperative la possibilità di emettere strumenti finanziari (art. 2526 c.c.), ritiene superato ogni dubbio sull'associazione in partecipazione stipulata da cooperativa in posizione di associante, G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, *Artt. 2549-2554*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2008, 54 ss.

presenti i requisiti di cui all'art. 2082 c.c., ma ponga in essere un'attività idonea a produrre utili³. Il contratto non presuppone necessariamente che l'associante sia imprenditore (o lo sia già, potendo il contratto essere stipulato nella fase di organizzazione), perché la produzione di utili da parte dell'associante prescinde dalla sua qualità di imprenditore e si riscontra anche nell'ambito di attività che non presentino tutti gli elementi tipici *ex art.* 2082 c.c.⁴. È sufficiente pensare alla produzione di servizi in difetto di c.d. eteroorganizzazione (da parte, ad esempio, di elettricisti ed idraulici), talvolta caratterizzati dalla personalizzazione dell'attività (è il caso di mediatori ed agenti di commercio)⁵. Proprio l'apporto dell'associato, peraltro, potrebbe determinare l'acquisizione in capo all'associante della qualità di imprenditore, realizzando il requisito dell'organizzazione *ex art.* 2082 c.c. Tuttavia, come si vedrà in seguito, l'apporto non deve necessariamente essere destinato all'impresa o all'affare cui si riferisce l'associazione in partecipazione⁶.

D'altronde, che l'associante possa essere anche un professionista intellettuale è oggi confermato dall'art. 8, l. 31 dicembre 2012, n. 247, norma che espressamente consente ad avvocati e relative associazioni di stipulare fra loro contratti di associazione in partecipazione⁷. Deve altresì ritenersi che l'attività professionale intellettuale possa essere oggetto di apporto da un

³ L'art. 234 cod. comm. stabiliva che «l'associazione in partecipazione può aver luogo anche per operazioni commerciali fatte da non commercianti»: in proposito, G. FAGGELLA, *Commentario al codice di commercio*, cit., 861 ss.; A. MARGHERI, *Il codice di commercio italiano*, cit., 520; E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, III, Milano, 1879, 116 ss.; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, parte I, *Le persone*, Torino, 1894, 152 s.

⁴ D'altronde, non tutte le attività di impresa sono dirette a produrre utili: sull'essenzialità del requisito dell'economicità della gestione e non dello scopo di lucro, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, 7^a ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2013, 33 ss. ed ivi riferimenti.

⁵ La semplice organizzazione ai fini produttivi del proprio lavoro non può essere considerata organizzazione di tipo imprenditoriale *ex art.* 2082 c.c.: sul livello di eteroorganizzazione necessario per l'acquisto della qualità di imprenditore, V. BUONOCORE, *L'impresa*, in R. COSTI (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore, sez. I, tomo 2.1, Torino, 2002, 114 ss. In giurisprudenza, fra molte, relativamente al requisito di organizzazione, sia pure di mezzi rudimentali, Cass. 13 agosto 2004, n. 15769, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1866.

⁶ V. *infra* par. 5.

⁷ Prima dell'introduzione del dato normativo in tema di associazioni in partecipazione tra avvocati, M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, Padova, 1999, 161 ss.

associato professionista in favore di un associante imprenditore⁸. Si pensi all'apporto da parte di soggetti iscritti ad albi professionali in favore di società di servizi, che offrano sul mercato (non l'attività tipicamente professionale ma) un prodotto complesso, per la cui realizzazione sono necessarie anche prestazioni tipicamente professionali: ad esempio, ingegneri, che si obbligano alla progettazione di opere industriali a favore di società di *engineering*, la cui attività comprenda anche prestazioni ulteriori, dirette alle ricerche di fattibilità e reperimento di fondi (*consulting engineering*) e realizzazione e vendita di impianti e attrezzature progettate (*commercial engineering*). Il termine "affare", cui fa riferimento l'art. 2549 c.c., è, infatti, onnicomprensivo di tutte le attività economiche relativamente alle quali il contratto può essere utilizzato anche da lavoratori autonomi.

Più volte, come noto, il codice usa il termine "affare": a proposito di attività imprenditoriali (si pensi alla speciale procura all'accomandante in forza dell'art. 2320, comma 1, c.c. ed ai patrimoni destinati di cui all'art. 2447-*bis* c.c.), ma anche per quelle non necessariamente pertinenti ad un imprenditore (può farsi riferimento all'art. 2028 c.c.). Orbene, ai fini dell'associazione in partecipazione, è sufficiente che l'affare sia costituito da un insieme di atti coordinati, in grado di produrre utili⁹. Neanche è necessario che l'associante svolga quella attività in modo abituale, potendo essere anche occasionale: ad esempio, l'affare può essere costituito dalla realizzazione di un brevetto da parte di un inventore, da cedere poi a terzi¹⁰.

⁸ In proposito, M. RUBINO DE RITIS, *Commento all'art. 2549 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile, Delle società, dell'azienda, della concorrenza*, vol. 4, Milano, 2014, 681 ss., in part. 684, nt. 10. In senso diverso, M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., 161 ss. Per l'esposizione dei molteplici servizi prestati da società di ingegneria e per i problemi di inquadramento dei relativi contratti, R. CAVALLO BORGIA, *Il contratto di engineering*, Padova, 1992, 23 ss.

⁹ In proposito, G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 66, secondo cui l'affare deve essere caratterizzato da uno scopo di lucro. Se ad un ente è espressamente vietato il compimento di qualsivoglia attività lucrativa, non è possibile la formazione di un contratto di associazione in partecipazione: G. DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, 16.

¹⁰ In definitiva, può o meno sussistere il requisito della professionalità, che tuttavia è presente anche quando l'affare consiste in un'attività stagionale (la gestione di uno stabilimento balneare) oppure in una serie coordinata di atti destinati a concludersi con il compimento di un'opera (la costruzione di un edificio). Per simili precisazioni nell'ambito di patrimoni destinati ad uno specifico affare, con qualche peculiarità correlata all'istituto regolato dagli artt. 2447-*bis* ss. c.c., circa l'individuazione dell'affare in relazione ad una o più fasi della produzione o della commercializzazione, M. RUBINO DE RITIS, *La costituzione dei*

L'assunzione della posizione di associante anche da parte di chi non è imprenditore e l'ampio margine lasciato alle parti nel definire l'affare relativamente al quale determinare utili e perdite, nonché la libertà nello stabilire quale sia l'apporto a carico dell'associato hanno consentito l'utilizzo di tale contratto come valida alternativa a diversi altri schemi negoziali, con particolare riguardo a rapporti associativi¹¹, a contratti di finanziamento ed a quelli di collaborazione lavorativa. Tuttavia, ciò è avvenuto spesso per sottrarsi alla disciplina altrimenti applicabile alla fattispecie: il contratto ha avuto grande diffusione per le attività imprenditoriali e non solo¹², ma, a giudicare dalle sentenze edite, sembra quasi che la sua diffusione sia dipesa più da finalità elusive di altre discipline che dalle peculiarità della figura negoziale.

2. - L'uso distorto dell'associazione in partecipazione nella prassi.

L'utilizzo dello schema dell'associazione in partecipazione per aggirare l'applicazione di determinate discipline è assai noto. Chi volesse evitare di correre i rischi connessi alla qualità di socio (anche accomandante) potrebbe apparire mero associato in partecipazione, malgrado con l'associante si voglia condividere di fatto l'esercizio dell'attività di impresa svolta

patrimoni destinati ad uno specifico affare, in Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, 817 ss., in part. 837.

¹¹ L'associazione in partecipazione va correttamente inquadrata tra i contratti di scambio a carattere aleatorio e non fra i contratti associativi, anche se non mancano posizioni contrarie: per il dibattito, aderendo alla tesi del contratto di scambio, M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., 29 ss. In giurisprudenza, da ultimo, Cass. 17 aprile 2014, n. 8955. Di conseguenza, un ampliamento del numero degli associati, secondo quanto previsto dall'art. 2550 c.c., comporta una serie di contratti autonomi (un fascio di contratti bilaterali corrispondenti all'immagine di una raggiera). Invece, per l'assimilazione dell'associazione in partecipazione agli enti che hanno organi amministrativi e di controllo, quali le società, si veda l'art. 50-bis c.p.c., anche se con il limitato effetto di stabilire le cause nelle quali il Tribunale giudica in composizione collegiale.

¹² Lo schema essenziale dell'associazione in partecipazione, costituito dall'attribuzione di una partecipazione agli utili a fronte di un apporto, è stato poi utilizzato dal legislatore per ampliare la gamma delle fonti di finanziamento dell'impresa societaria. Per il percorso storico dell'evoluzione dell'associazione in partecipazione, R. TETI, *Il rapporto partecipativo*, cit., 1125 ss. Può farsi qui cenno agli strumenti finanziari con diritti patrimoniali o amministrativi emessi a seguito di apporti, da parte di soci o terzi, anche d'opera o servizi (art. 2346, comma 6, c.c.); alle azioni correlate, fornite di diritti patrimoniali collegati ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore (art. 2350, comma 2, c.c.); agli strumenti finanziari di partecipazione all'affare, in relazione a patrimoni destinati (art. 2447-ter c.c.).

da quest'ultimo ¹³: ovvie le ripercussioni in caso di fallimento, là dove l'autorità giudiziaria intendesse accertare la sussistenza di una vera e propria società tra associante e associato.

Ogni datore di lavoro, inoltre, anche se non imprenditore, può avere interesse a forme di associazione in partecipazione, evitando l'assunzione di dipendenti. Spesso, perciò, l'utilizzo di tale contratto serve per nascondere vincoli di subordinazione. La giurisprudenza è intervenuta molte volte in proposito, per stabilire i principali elementi del rapporto da esaminare per una corretta sua qualificazione ¹⁴. E non è mancato l'intervento del legislatore, che ha introdotto meccanismi antielusivi ed ha modificato di recente la stessa disposizione che contiene la definizione di associazione in partecipazione, dapprima introducendo il secondo comma all'art. 2549 c.c. (art. 1, comma 28, l. 28 giugno 2012, n. 92) e poi il terzo (art. 7, comma 5, d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modifiche, in l. 9 agosto 2013, n. 99).

Nemmeno si può dimenticare il passato utilizzo, verso la fine degli anni settanta, dell'associazione in partecipazione come strumento alternativo di raccolta di risparmio fra il pubblico, attraverso l'emissione di titoli di credito di massa all'ordine, rappresentativi dei diritti degli associati ad un determinato affare. Una volta ammessa la trasferibilità della posizione dell'associato a terzi, sotto forma di cessione del credito alla partecipazione agli utili, vennero rilasciati, in favore di una pluralità di associati, titoli di credito di massa all'ordine rappresentativi dei diritti di partecipazione agli utili per un determinato affare (ad esempio, nel settore immobiliare, la realizzazione di un centro commerciale o di un villaggio turistico) ¹⁵.

¹³ Chiare sono le conseguenze per i creditori, una volta qualificato il rapporto come associazione in partecipazione. I creditori dell'associante, per l'attività di impresa o quella correlata all'affare dedotto in contratto, possono soddisfarsi solo sul patrimonio dell'associante e anche su quanto apportato in proprietà dall'associato: qualora l'apporto promesso non sia stato eseguito, potranno ricorrere al pignoramento presso terzi, relativamente al credito dell'associante vantato verso l'associato. I creditori particolari di quest'ultimo, al contempo, potranno pignorare il credito derivante dalla partecipazione agli utili, dovendosi solo stabilire il momento di maturazione per l'associato ai sensi dell'art. 2553 c.c.

¹⁴ Per i termini del problema, da ultimo, P. PASSALACQUA, *Commento agli artt. 2549-2554 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, cit., 661 ss., e per i riferimenti di giurisprudenza, 665, nt. 24 e 25.

¹⁵ L'esperienza, disastrosa per i risparmiatori, coinvolti in operazioni speculative senza adeguata informazione, diede lo spunto alla dottrina per un vivace dibattito sul tema della

Più in generale, dall'analisi delle fattispecie esaminate dalla giurisprudenza si potrebbe avere la sensazione che l'associazione in partecipazione sia un contratto impiegato nella prassi più per eludere una determinata disciplina ed evitare una diversa qualificazione (nella maggior parte dei casi, rapporto di lavoro subordinato o societario). In realtà, la figura in esame, indipendentemente dalla vicende giurisprudenziali che maggiormente hanno richiamato l'attenzione dei giuristi principalmente sul metodo e sui criteri da seguire per la qualificazione della fattispecie, ha delle peculiarità che consentono un variegato utilizzo. Tuttavia, gli operatori si trovano spesso in difficoltà nell'elaborare clausole contrattuali, a volte così complesse, che possono causare l'arenarsi delle trattative, dinanzi anche alle precise scelte che le parti debbono adottare al momento della stipula onde evitare un successivo contenzioso. È sufficiente pensare alla liquidazione degli utili da versare all'associato, dinanzi al problema di stabilire con precisione quale siano i costi da prendere in considerazione, con tutto ciò che consegue in termini di difficoltà di rendicontazione dell'affare, che ricade in capo all'associante ¹⁶.

1198

Non è in questa sede possibile dare una rapida risposta a tutti i problemi applicativi che le norme sull'associazione in partecipazione pongono. Il punto di partenza del presente contributo, d'altronde, è un altro. È quello di fissare le regole cui attenersi al fine di stabilire se sia confacente lo schema dell'associazione in partecipazione rispetto al concreto scopo che le parti vogliono realizzare, ponendosi l'uno come gestore dell'attività e l'altro come finanziatore o comunque come soggetto disposto ad una prestazione in favore dell'altro per ricevere una determinata partecipazione agli utili.

libertà di emissione di titoli di credito. Fra molti, A. STAGNO D'ALCONTRES, *Tipicità ed atipicità dei titoli di credito*, Milano, 1992, 199 ss. Opportuno fu l'intervento del legislatore in tema di raccolta del risparmio, con l'emanazione della disciplina dell'offerta al pubblico di valori mobiliari (oggi prodotti finanziari). Per una dettagliata analisi della vicenda dei certificati di associazione in partecipazione e sui successivi interventi legislativi, G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 253 ss.

¹⁶ Cfr. M. RUBINO DE RITIS, *Commento all'art. 2552 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, cit., 713 ss., in part. 717, nt. 9, ed ivi riferimenti.

3. - Il corretto approccio per scegliere l'associazione in partecipazione come schema per regolamentare i rapporti tra privati.

La crisi economica ha accentuato l'utilizzo di uno schema contrattuale nel quale il corrispettivo, in tutto o in parte, di una prestazione dipende dai risultati che l'altra parte riesce a realizzare. In un momento in cui manca liquidità, è inevitabile scegliere una strada alternativa rispetto a quella di prestabilire il corrispettivo in danaro per una data prestazione. Chi svolge un'attività economica non vuole più correre il rischio di indebitarsi, pagando una somma determinata per ricevere una prestazione, quando è del tutto incerto se avrà la liquidità per poter adempiere, a causa della congiuntura economica, che non consente alcuna precisa programmazione delle possibili entrate. È giocoforza preferibile addossare parte del rischio connesso alla gestione dell'attività sull'altra parte, attraverso un contratto aleatorio come l'associazione in partecipazione, relativamente alla quale il costo della prestazione ricevuta viene sopportato sulla base di eventuali utili prodotti. In tali casi, ciò che le parti chiedono al professionista, deputato alla redazione del contratto (avvocato, commercialista, notaio, consulente, giurista di impresa), è di "contrattualizzare", ossia di riportare la loro volontà negoziale in precise clausole, il che solo apparentemente è semplice: l'essenza del rapporto consiste nell'attribuzione di un apporto a fronte di una partecipazione agli utili e su questo le parti possono aver raggiunto semplicemente un accordo di massima. Tuttavia, al momento di redigere in concreto il contratto, sorgono diversi problemi relativamente al contenuto da dare alle clausole finalizzate ad evitare dubbi interpretativi connessi, tra l'altro, all'applicazione delle norme del codice ¹⁷. La scelta di utilizzare proprio lo schema dell'associazione in partecipazione a volte

¹⁷ I contraenti, nel corso delle trattative, spesso non accompagnate dai rispettivi consulenti, giungono ad un accordo di massima, decidendo quale attività economica intraprendere e quale contributo la parte, non interessata alla gestione diretta dell'attività, deve attribuire all'altra. In mancanza di idee chiare e senza conoscere quanti problemi potrebbero sorgere, si rivolgono al professionista per regolamentare quanto hanno deciso solo in via approssimativa sulla tipologia e sull'entità dell'apporto, da un lato, e sulla partecipazione agli utili, dall'altro, ma senza stabilire meccanismi di controllo e determinare le categorie di spese da conteggiare nel rendiconto. Le questioni che sorgono ineriscono ad una serie di aspetti che vanno regolamentati al fine di evitare possibili successive controversie. D'altronde, è lo stesso art. 2552 c.c. che demanda alle parti di stabilire il controllo che l'associato può esercitare sull'impresa o sullo svolgimento dell'affare.

non è neanche attentamente ponderata (né dalle parti né purtroppo dai loro consulenti), essenzialmente perché è influenzata dal fatto che il corrispettivo della prestazione consiste in una partecipazione agli utili, come previsto dall'art. 2549 c.c. L'attenzione appare tutta rivolta a tale aspetto, in quanto rappresenta la "parte variabile" dell'esecuzione del contratto. Va anche, però, accuratamente esaminata la prestazione a fronte della quale si attribuisce tale partecipazione agli utili, perché diversa è la disciplina che può trovare applicazione a seconda della volontà delle parti¹⁸.

Dall'analisi di ciò che può essere apportato in associazione in partecipazione si possono, invero, sviluppare alcuni principi cardine, al fine di utilizzare correttamente il contratto in esame ovvero spostare la scelta verso altre tipologie contrattuali. L'analisi deve essere, dunque, diretta, in via preliminare, a verificare se vi siano limiti in ciò che può essere oggetto di apporto in associazione in partecipazione. È, infatti, l'apporto (e la sua regolamentazione contrattuale) che può influenzare lo schema di contratto in concreto da utilizzare, mentre un'accentuata attenzione verso la partecipazione agli utili fa superficialmente propendere, nella prassi contrat-

¹⁸ In generale, verificate astrattamente le prestazioni che possono costituire apporto in associazione in partecipazione, va poi in concreto esaminata la disciplina che le parti hanno voluto dare al rapporto, in quanto lo schema negoziale in esame potrebbe non essere pienamente coerente con l'accordo che le parti medesime hanno raggiunto.

È sufficiente pensare al diverso contenuto del regolamento contrattuale che le parti possono dare al rapporto, anche quando l'oggetto della prestazione, a fronte della partecipazione agli utili, consista in una somma di danaro (in proprietà o in godimento): le parti possono stabilire o meno la sua restituzione al termine del contratto; e nel caso sia prevista la restituzione, potrebbero pure stabilire che eventuali perdite, in tutto o in parte, siano conteggiate al termine del rapporto (sulle differenze tra associazione e mutuo, con particolare riguardo al mutuo parziario, remunerato ad utile, e il c.d. prestito a tutto rischio, per cui il corrispettivo è fisso ma la restituzione del capitale è incerta, G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 76 ss.).

Nel caso in cui l'oggetto dell'apporto sia costituito da un bene diverso dal danaro, lo stesso potrebbe essere attribuito solo in godimento e il corrispettivo potrebbe essere commisurato a determinati parametri (redditività del bene attribuito in godimento, come nell'ipotesi di utilizzo dell'immobile come casa vacanza). In tal caso, andrebbe correttamente distinta l'associazione in partecipazione con apporto di un bene in godimento dalla locazione (in generale, sul negozio parziario, N. IRTI, voce *Negozio parziario*, in *Nss. D.I.*, XI, Torino, 1965, 223 ss., in part. 230, in relazione all'affitto di fondo rustico con canone consistente in una quota dei prodotti del fondo locato *ex art.* 1639 c.c.). Peraltro, la partecipazione agli utili potrebbe essere stabilita, secondo alcuni, *a forfait* e quindi in un importo fisso, pur restando il contratto aleatorio (v. M. RUBINO DE RITIS, *Commento all'art. 2552 c.c.*, cit., 732 ss., in part. 736).

Quando l'apporto è costituito da una prestazione lavorativa, entra, invece, in gioco la sussistenza o meno della subordinazione (su cui v. *infra* par. 10).

tuale, all'utilizzo dello schema dell'associazione in partecipazione, sulla base del quale viene redatto in concreto il contratto, poi perfezionato dalle parti. E ciò spiega lo sforzo della giurisprudenza per la corretta qualificazione del contratto concluso dalle parti, là dove vi siano clausole che richiamano, anche solo implicitamente, il modello di cui agli artt. 2549 ss. c.c. (come nel caso del controllo sulla gestione dell'impresa dell'affare *ex art. 2552 c.c.*), per poi di fatto discostarsene, proprio perché le peculiarità dell'apporto sono incompatibili con il tipo contrattuale scelto. Se non la certezza, si ha la sensazione che, a parte le ipotesi di utilizzo abusivo del contratto in esame prima evidenziate, il *nomen* dato al contratto o anche il richiamo ad una norma in tema di associazione in partecipazione sia spesso riportata nel testo contrattuale senza un'adeguata consapevolezza degli effetti che le parti effettivamente volevano, per cui la lettura dei testi contrattuali mostra un insieme di contraddizioni o quanto meno di elementi provenienti da diversi schemi negoziali.

In definitiva, sulla base di un'attenta e valutazione dell'apporto e della regolamentazione che le parti vogliono dare (ad esempio, in termini di sua restituzione ovvero rimborso con o senza partecipazione alle perdite), si può meglio stabilire se l'associazione in partecipazione sia davvero lo schema contrattuale che meglio risponde alla domanda di regolamentazione del rapporto che le parti chiedono al professionista incaricato di stendere le clausole contrattuali. Diversamente si rischia di piegare la volontà delle parti verso uno schema negoziale che non risponde alla loro richiesta di regolamentare il rapporto.

Il dato normativo da cui partire è costituito dall'essenzialità di un apporto a carico dell'associato ¹⁹. Esso deve essere determinato, rappresentando

¹⁹ Il legislatore utilizza il termine "apporto" in varie disposizioni (si pensi agli apporti anche di terzi nel caso dei patrimoni destinati *ex art. 2447-ter c.c.*), mentre nel caso delle società viene utilizzata la parola "conferimento" (nell'art. 77 l. fall. si fa riferimento al conferimento dell'associato in partecipazione). Spesso, più che altro per evitare ripetizioni dello stesso termine, si finisce anche nelle società per far riferimento ad apporti (di capitale). Per E. SIMONETTO, *L'apporto nel contratto di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 1 ss., i termini sono utilizzabili come sinonimi. Peraltro, il termine "apporto" (con la specificazione della sua imputazione o imputabilità o meno a capitale) viene spesso utilizzato per indicare le prestazioni ulteriori a carico del socio, rispetto al conferimento, da eseguirsi, spesso, in base a patti parasociali intercorsi tra i soci (U. TOMBARI, "Apporti spontanei" e "prestiti" dei soci nelle società di capitali, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, 553 ss.).

anche la misura massima delle perdite sopportabili *ex art.* 2553 c.c.²⁰; ed è essenziale ai fini dell'inquadramento del rapporto come associazione in partecipazione²¹, in quanto in sua mancanza il rapporto potrebbe essere qualificato come cointeressenza²². Si devono delineare, perciò, i limiti entro cui le parti possono prestabilire e regolamentare l'apporto a carico dell'associato.

Risulta, poi, interessante verificare oggi, anche a seguito della recente modifica legislativa dell'art. 2549 c.c., che ha stabilito in che misura l'apporto d'opera non faccia inquadrate il rapporto fuori dallo schema dell'associazione in partecipazione, quali limiti le parti incontrano nella scelta della prestazione a carico dell'associato.

4. - I limiti nella scelta dell'apporto in associazione in partecipazione.

Chiarito l'utilizzo dell'associazione in partecipazione indipendentemente dall'attività, imprenditoriale o meno dell'associante ed evidenziata l'importanza che ha l'analisi dell'apporto (e della sua concreta regolamentazione) ai fini dello schema contrattuale da utilizzare, può stabilirsi se vi siano limiti circa i possibili oggetti della prestazione dell'associato.

In primo luogo, non può essere rilevante il parallelo con ciò che si può conferire in società, relativamente alla quale una similitudine sicuramente vi è, ma è solo apparente. È vero: qualsiasi entità suscettibile di valutazione economica, come per il conferimento in società di persone, può essere oggetto di apporto in associazione in partecipazione, che può, dunque,

Sulla differenza tra "apporti di patrimonio" (che tendenzialmente vanno a formare riserve, se gli stessi non sono utilizzati per coprire perdite già realizzatesi) e "apporti anticipati di capitale" (per indicare versamenti destinati alla copertura di un aumento di capitale, eseguiti dai soci in prospettiva di una successiva operazione ancora da deliberare), v. già M. RUBINO DE RITIS, *Gli apporti "spontanei" in società di capitali*, Torino, 2001, 119 ss., in part. 134 ss. (sull'iscrizione in bilancio degli apporti anticipati di capitale non tra le riserve), 151 ss., in part. 171 ss. (per l'immediato ripianamento di perdite con apporti di patrimonio).

²⁰ È pacifico che l'associato non possa subire perdite oltre il valore dell'apporto: Cass. 17 luglio 2007, n. 15920, in *Riv. not.*, 2008, 886, con nota di SICILIA, *Associazione in partecipazione: la misura della partecipazione alle perdite*.

²¹ Cfr. M. GIUDINI, *L'associazione in partecipazione*, Milano, 1959, 68.

²² Qualora l'apporto non fosse proprio indicato, la conseguenza potrebbe essere quella di qualificare il rapporto come cointeressenza *ex art.* 2554 c.c., anche se, diversamente da tale disposizione, l'art. 2549 c.c. fa riferimento sia alla partecipazione sia agli utili dell'impresa che di uno o più affari: per tutti, G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 408.

assumere diverse configurazioni. L'apporto può consistere nel trasferimento di un diritto patrimoniale, nella liberazione da un obbligo, ma anche nella rimozione di un limite al conseguimento della piena disponibilità di un bene, già dell'associante. L'associato può obbligarsi anche alla perdita di un proprio diritto reale o obbligatorio (rinuncia ad una servitù o a un credito), può prestare fideiussione per un debito dell'associante, come anche una promessa del fatto del terzo. È, dunque, sufficiente che l'associante ottenga un aumento di patrimonio o anche una mera prospettiva di guadagno non infondata oppure la diminuzione di rischi per l'impresa. In questa prospettiva, potrebbe rientrare anche lo scambio di beni o servizi a condizioni squilibrate, come nell'ipotesi del trasferimento di un bene a prezzo chiaramente inferiore al suo valore di mercato, per consentire all'associante di ricavare la differenza con la successiva rivendita dello stesso. In tal caso, il negozio sarebbe caratterizzato dal fatto che, a fronte di un apporto all'associante, l'associato riceverebbe un corrispettivo fisso (ovviamente inferiore al valore dell'apporto) e una percentuale agli utili dell'impresa o di uno o più affari dell'associante. Sulle clausole relative alla remunerazione dell'associato in partecipazione, v. *infra* par. 7.

1203

Diversamente dalle società di persone, per le quali il dibattito è aperto, ciò che l'associato può apportare è anche l'assunzione dell'obbligo di non svolgere attività concorrente (si pensi ad un contratto con cui sia regolamentata la concorrenza fra due imprenditori, stabilendo a favore di una parte la partecipazione agli utili dell'impresa dell'altra) o l'assunzione di responsabilità, anche se per importi determinati e determinabili e nei limiti che verranno qui di seguito specificati. Netta è, allora, la differenza con quanto accade per le società di persone, per le quali, secondo l'opinione più corretta, non si può far figurare come conferimento ciò che per legge è una conseguenza della qualità di socio, quali sono il divieto di concorrenza *ex* art. 2301 c.c. e la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali²³, anche se può ritenersi ammissibile il conferimento dell'ob-

²³ Non può ritenersi conferibile quanto la società ha comunque ragione di pretendere sulla base dei normali effetti legali della fattispecie, per cui il socio non può assumere meramente l'obbligo di non concorrenza (artt. 2301, 2318 c.c.) oppure obbligarsi solo a conferire la propria responsabilità (artt. 2267, 2291, 2313 c.c.); diversamente, si disconoscerebbe l'essenzialità stessa del conferimento (G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, 8^a

bligio di non svolgere attività diverse da quelle per le quali vale il divieto legale ed anche la rinuncia al *beneficium excussionis* ²⁴.

Essenziale nell'associazione in partecipazione è, infatti, che l'apporto sia determinato o almeno determinabile. In tal senso, riprendendo successivamente l'analisi delle problematiche connesse alle prestazioni lavorative ²⁵, l'apporto può avere per oggetto un bene, anche non ancora venuto ad esistenza (bene futuro) oppure una somma di danaro non prestabilita con esattezza, ma determinabile in relazione ad uno specifico rapporto: ad esempio ad una fornitura di cui non si conosce ancora il prezzo, in ordine alla quale l'associato assume l'obbligazione di adempiere. Se non fosse indicato alcun criterio per addivenire alla determinazione dell'apporto,

ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2012, 73 ed ivi nt. 34; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, 3^a ed., aggiornato da BLANDINI, Milano, 2011, 60 s.).

Non mancano, però, i sostenitori della tesi opposta, per i quali il conferimento dell'obbligo di non concorrenza e della responsabilità non sono effettuabili da chiunque, ma soltanto da soggetti la cui astensione dalla concorrenza sia in grado di procurare all'impresa un vantaggio [v. in particolare P. ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 16, Torino, 1985, 32 ss.] o da chi, avendo credito, può apportare risorse alla società (Cass. 7 giugno 1974, n. 1680). E v., di recente, M. CLAN, in Id. (a cura di), *Diritto commerciale*, II, Torino, 2013, secondo cui, «se, in concreto, la presenza di un determinato soggetto e la garanzia offerta dal suo patrimonio rappresentano un valore per la società, per l'incentivo nei confronti dei terzi ad intraprendere affari con essa, la risposta deve essere positiva: vi è assunzione del rischio e, dunque, vi è la causa della partecipazione all'iniziativa sociale; è ovvio che, viceversa, qualora in concreto il socio sia nullatenente, difetta la causa concreta del negozio».

²⁴ In verità, le due discusse tipologie di conferimenti, dell'obbligo di non concorrenza e della responsabilità, presentano problemi diversi.

Nelle società in nome collettivo, appare preferibile ritenere che il conferimento (così come l'apporto di patrimonio) non possa essere costituito dalla semplice assunzione dell'obbligo di non concorrenza verso la società, perché ai sensi dell'art. 2301 c.c. tale divieto vale sia per le attività già svolte al tempo dell'assunzione della qualità di socio sia per quelle ancora da iniziare, salvo il consenso degli altri soci, che può presumersi per le attività già in essere ed a conoscenza di questi ultimi. Non può, però, escludersi che il socio si obblighi a titolo di conferimento a non svolgere *altre* attività – non vietate ai sensi dell'art. 2301 c.c. – ma dalla cui astensione sia possibile procurare all'impresa un vantaggio effettivo, valutabile economicamente.

Circa il conferimento di responsabilità, il socio può obbligarsi ad estinguere determinati debiti della società, se lo stesso socio rinunci all'azione di rivalsa verso la società e di regresso verso i soci. In proposito, fra molti, M. RUBINO DE RITIS, *I prestiti dei soci in società di persone*, in M. CAMPOBASSO-V. CARIELLO-V. DI CATALDO-F. GUERRERA-A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Abbadessa*, I, Torino, 2014, 525 ss., secondo cui la stessa rinuncia al *beneficium excussionis* rappresenta un'attribuzione patrimoniale, in quanto crea un vantaggio per i creditori della società, che si avvantaggerebbero dell'assenza di sussidiarietà delle obbligazioni del socio, e, dunque, potrebbero più agevolmente far credito alla società, con indubbio vantaggio di quest'ultima.

²⁵ V. *infra* par. 9.

come accadrebbe indicando solo la generica sua esistenza senza alcuna altra specificazione (che, nel caso di apporto in danaro, ne consenta almeno la sua quantificazione in termini monetari), la conseguenza non potrebbe che essere la nullità del contratto (art. 1418 c.c.). Non può, infatti, ricorrere l'applicazione delle norme in tema di conferimento in società, con particolare riguardo all'art. 2253, comma 2, c.c., che ricollega i conferimenti all'oggetto sociale, dato che l'attività da svolgere (l'impresa come l'affare in ordine al quale conteggiare gli utili) non è comune alle parti (art. 2551 c.c.).

Una similitudine con i conferimenti potrebbe ravvisarsi, invece, applicando il principio secondo cui, una volta stabilito l'apporto, l'associato (come il socio, anche se illimitatamente responsabile²⁶) non è tenuto ad ulteriori esborsi in conseguenza di necessità correlate all'impresa o all'affare. Se esegue ulteriori esborsi, deve rinvenirsi una successiva volontà, manifestata dopo la stipula dell'associazione in partecipazione, ad obbligarsi ad ulteriori contribuzioni, là dove l'interesse dell'associato potrebbe individuarsi nel consentire la produzione di utili (come nel caso di un'ulteriore operazione di finanziamento o l'attribuzione di un bene necessario per l'impresa o l'affare, in mancanza del quale non si otterrebbero utili). Si tratta, a ben vedere, dell'applicazione della regola generale secondo cui la prestazione deve essere determinata o determinabile (art. 1346 c.c.). Sono lecite, perciò, le clausole che dispongono ulteriori contribuzioni, che, se riferibili all'associazione in partecipazione e non a un contratto *a latere*

²⁶ Secondo l'interpretazione corretta dell'art. 2253, comma 2, c.c., quanto occorre per il raggiungimento dell'oggetto sociale va stabilito *ex ante*, impedendo che il socio sia tenuto ad esborsi non prevedibili, necessari a coprire tutte le perdite che dovessero realizzarsi successivamente in relazione all'andamento della gestione sociale: per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, cit., 75, nt. 32. Appare isolata l'opinione secondo cui, qualora ricorra l'applicazione dell'art. 2253, comma 2, c.c., i soci siano obbligati ad eseguire tutti gli esborsi necessari per la gestione dell'impresa sociale [F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, 3^a ed., in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2007, 176 s.], che si espone al decisivo rilievo della necessaria determinabilità del conferimento. La tesi sembra essere stata ripresa, in tema di apporti di patrimonio, da Cass. 8 maggio 2003, n. 6987, in *Società*, 2003, 1106, secondo cui «i conferimenti nelle s.n.c. non debbono necessariamente essere fatti una volta per tutte, ma anche volta per volta, durante la vita della società, ben essendo possibili ulteriori apporti dei soci, non determinati «ex ante», ma solo determinabili in funzione delle concrete e contingenti esigenze della società».

stipulato tra le stesse parti, vanno precisamente stabilite *ex ante*, con una sorta di rateizzazione della prestazione a carico dell'associato. Ci si può spingere oltre e consentire altresì un margine di alea a carico dell'associato circa l'effettiva entità della sua prestazione, prevedendo, ad esempio, versamenti a suo carico parametrati ad incrementi del patrimonio aziendale dell'associante ²⁷.

Più in generale, allora, è possibile stabilire un apporto costituito da una somma di danaro in parte fissa e in parte variabile (come anche a titolo di apporto si può attribuire la proprietà di un bene oltre ad una somma di danaro, da stabilire sulla base di determinati criteri o eventi eventualmente da realizzarsi), purché il parametro di riferimento per stabilirne in seguito l'entità sia indicato. Il che consente di utilizzare lo schema dell'associazione in partecipazione anche là dove l'associato non voglia impegnarsi all'esecuzione di un apporto di elevato valore senza esattamente conoscere quanto presumibilmente ottenere in sede di liquidazione degli utili. Parametrare l'apporto a determinati indici può servire, infatti, a limitare le conseguenze dell'alea contrattuale sull'associato. Tuttavia, una clausola del genere potrebbe, al contrario, se non ben formulata, pregiudicare la posizione dell'associato, esponendolo ad un notevole esborso verso l'associante, se, ad esempio, la parte variabile dell'apporto fosse parametrata non a determinati ricavi ma, al contrario, a determinati costi, non preventivati in modo preciso, che la realizzazione dell'affare richiederebbe.

In definitiva, si può rendere ulteriormente aleatorio il contratto anche in relazione all'entità dell'apporto, attraverso la predisposizione di prestazioni a carico dell'associato, condizionate a determinate situazioni, ricollegabili all'impresa o all'affare dell'associante.

Non condivisibile è, pertanto, la conclusione che nega in radice la possibilità per l'associato di impegnarsi a rispondere oltre il valore del suo apporto, anche se in misura in qualche modo limitata ²⁸. Il problema

²⁷ Sulla liceità di tale clausola, G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 382 e 423.

²⁸ Nega tale possibilità G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 480, in critica alla tesi di M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 130 ss., il quale, tuttavia, fa perno sull'art. 2553 c.c. e sulla locuzione "salvo patto contrario", che porterebbe a rendere ammissibile una associazione in partecipazione con perdite superiori al valore dell'apporto.

appare, infatti, mal posto, perché per “determinato apporto” va considerato tutto quanto l’associato si obblighi a conferire in favore dell’associante, anche se in parte condizionato a determinati presupposti, come il verificarsi di ulteriori perdite che abbiano già assorbito quanto già apportato: l’apporto può ben essere costituito da una somma predeterminata e da un’ulteriore somma da versare, a *determinate* condizioni, ad esempio, qualora vi siano *determinate* perdite²⁹. Si deve, invece, escludere la validità di clausole che lascino ambigui i limiti di determinazione dei contributi aggiuntivi a carico dell’associato, stabilendo, ad esempio, che l’associato sia tenuto a corrispondere tutto quanto occorre per la realizzazione dell’affare. È in questo caso che soccorre l’art. 2553 c.c., secondo cui la partecipazione alle perdite giammai può superare il valore dell’apporto. L’apporto, infatti, deve essere determinato *ex art.* 2549 c.c., anche attraverso un parametro, e non può essere di illimitata entità.

È vero che la determinazione della precisa entità dell’apporto sulla base di un parametro espone l’associato al rischio di notevoli esborsi e si potrebbe quel punto propendere per altre forme contrattuali, in primo luogo per quelle societarie, con o senza assunzione di responsabilità illimitata. Si badi, però, che la preferenza verso lo schema dell’associazione in partecipazione, non dotata di soggettività³⁰, neppure dal punto di vista fiscale³¹,

²⁹ Se l’associato apporta il bene X di valore y e si conviene che partecipi alle perdite per un ulteriore importo z (là dove z può essere stabilito in base alle perdite complessive w , se $z < w$), l’intero valore dell’apporto (comunque predeterminato) diventa pari alla somma $(y + z)$. Né può ritenersi che in tal modo le perdite superino il valore dell’apporto in violazione dell’art. 2553 c.c. Il bene X , corrispondente al valore y , va comunque attribuito all’associante (salvo restituzione o rimborso all’associato al termine del rapporto, detratte le perdite: sulla restituzione del bene o sul rimborso del suo valore, con detrazione delle perdite, si veda *infra* par. 6), mentre z rappresenta l’ulteriore apporto, condizionato all’esistenza di (determinate o determinabili) perdite.

D’altronde, lo stesso G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione*, cit., 482, secondo cui l’art. 2553 c.c., che fissa il valore dell’apporto come limite alle perdite, è norma imperativa (mentre la locuzione “salvo patto contrario” è riferibile solo al criterio di proporzionalità tra utili e perdite), ritiene legittimo il patto con cui, oltre all’apporto di opera, come nel caso di redazione di un’opera letteraria, l’associato si impegna a coprire le perdite in misura convenzionalmente stabilita (fattispecie ripresa dal caso esaminato da Trib. Milano 25 maggio 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 927).

³⁰ In proposito, G. FERRI, *Associazione in partecipazione*, in *Nss. D.I.*, Torino, 1957, 1433 ss., in part. 1436; Id., *Associazione in partecipazione*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, 505 ss., in part. 510, secondo cui è altresì rilevante l’esteriorizzazione dell’entità giuridica, mentre nel caso di realtà puramente interne ha rilievo se «l’azienda o l’affare rimane proprio ed esclusivo dell’associante».

in luogo di costituire una società – per la quale si realizza, già al momento della costituzione attraverso i conferimenti, un patrimonio caratterizzato da diversi gradi di autonomia a seconda del tipo societario prescelto – dipende non tanto dalla completa assenza di vincoli nella determinazione degli apporti in associazione in partecipazione rispetto ai conferimenti³², quanto dall'esigenza di non coinvolgere l'associato nelle vicende dell'impresa³³.

Si badi ancora che il principio secondo cui i terzi acquistano diritti e assumono obblighi solo verso l'associante (art. 2551 c.c.) – non essendoci,

³¹ Anche a livello tributario non si verifica la nascita di una nuova entità: l'unico soggetto passivo titolare di reddito d'impresa resta l'associante; l'associato dovrà dichiarare gli utili che percepisce e la tassazione può essere differente dall'essere o meno a sua volta imprenditore e in relazione al tipo di apporto.

³² Il principio era già chiaro sotto il vigore del codice di commercio: l'art. 236 cod. comm. stabiliva che i «partecipanti non hanno alcun diritto di proprietà sulle cose cadenti nell'associazione, ancorché da essi somministrate», potendosi pattuire la restituzione in natura al termine del contratto. Sulla mancanza di un patrimonio comune, anche nei rapporti interni, U. NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, V, Torino, 1921, 129 ss. Proprio la mancanza di un patrimonio comune è spesso stata utilizzata dalla giurisprudenza per tenere distinta l'associazione in partecipazione dalla società: cfr. già Cass. 23 luglio 1969, n. 2774, in *Dir. fall.*, 1970, II, 465. A ciò si ricollega l'assunzione esclusiva da parte dell'associante della responsabilità verso i terzi: Cass. 21 ottobre 1981, n. 5518, in *Arch. civ.*, 1982, 19; in *Dir. fall.*, 1982, II, 57; in *Giur. comm.*, 1982, II, 433, con nota di PREITE; in *Riv. not.*, 1982, 281. Invece, sull'esercizio in comune di un'impresa, quale elemento distintivo della società rispetto all'associazione in partecipazione, Trib. Udine 19 febbraio 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, 624, secondo cui la costituzione di un fondo comune è elemento insufficiente per stabilire l'esistenza o meno di una società, dovendosi verificare a che titolo si fossero eseguite prestazioni, come conferimenti o come apporti in associazione in partecipazione.

³³ Spesso, il parallelo tra associazione in partecipazione e società si attua confrontando la prima con la società in accomandita semplice. L'associato resta un mero finanziatore, sottratto a rischi ulteriori alla perdita dell'apporto (sia pur determinabile e non determinato) e al coinvolgimento nelle vicende (ad esempio, di tipo concorsuale) dell'associante. Per converso, l'accomandante è cointeressato all'attività di impresa, in quanto componente della società (cfr. M. BUSSOLETTI, *Società in accomandita semplice*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 962) e la sua responsabilità limitata e la compressione dei poteri di gestione non lo privano del potere-dovere di contribuire all'esercizio in comune dell'attività sociale. Sul confronto, ai fini della qualificazione della fattispecie, tra associazione in partecipazione e società in accomandita semplice, cfr. *amplius* G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 199 ss., anche relativamente ai poteri di cui dispone il soggetto per qualificarlo accomandante o associato.

Nella pratica, dinanzi a situazioni dubbie, si possono utilizzare indici rilevatori di società di fatto, quali l'utilizzo del danaro della cassa o l'assunzione di decisioni in posizione di parità rispetto ad altri (il presunto associante) o anche il sistematico sostegno finanziario, incompatibile con la determinazione o determinabilità dell'apporto in associazione in partecipazione: si rinvia a G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 153 ss. ed ivi riferimenti.

come per le società, un esercizio in comune dell'attività³⁴ non esclude che determinati poteri, indicati nel contratto o con successiva pattuizione *ex art. 2552 c.c.*, possano essere affidati all'associato, pur restando fermo che quest'ultimo non può acquisire un generale potere di gestione dell'impresa o dell'affare³⁵.

Occorre, peraltro, evidenziare, anche al fine di chiarire la preferenza che le parti possono avere per stipulare un'associazione in partecipazione, la piena libertà dell'associante di utilizzare come crede l'apporto, senza necessariamente investirlo nell'attività (impresa o affare), relativamente alla quale è attribuita la partecipazione agli utili. Tale ulteriore aspetto merita, tuttavia, alcune specifiche considerazioni.

5. - La libertà di utilizzo dell'apporto da parte dell'associante.

Nessuna regola impone che quanto è oggetto di apporto resti nella disponibilità dell'associante; né alcuna norma espressamente prevede che l'apporto sia necessariamente utilizzato nell'ambito dell'impresa o dell'affare per cui è prevista la partecipazione agli utili dell'associato, anche perché, diversamente, dovrebbe ritenersi anche che l'apporto debba necessariamente per sua "natura" essere coerente all'attività per la quale è prevista la partecipazione agli utili. Ci sono beni che possono essere utilizzati sia per attività imprenditoriali che per esigenze personali dell'associante (un'automobile); per altri, invece, è escluso un utilizzo di tipo imprenditoriale (un'imbarcazione, se l'attività di impresa non è di navigazione o turistica), ma ciò non ne determina l'impossibilità di apporto (anche se la fattispecie

³⁴ Cfr. G. MARASÀ, *Le società. Società in generale*, Milano, 1991, 22, anche per la relazione tra autonomia patrimoniale, propria dei contratti associativi in senso stretto, ed esercizio in comune di attività con i terzi (nonché per i diversi significati che si attribuiscono a tale locuzione, 23 ss., su cui v. anche, fra molti, P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, s.d., ma 1959, 41 ss.; M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, 38 ss.; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 179). Per una sintesi del dibattito, ai fini della distinzione tra associazione in partecipazione e società, G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 153 ss. (cui si rinvia anche per ulteriori precisi riferimenti in dottrina) e 497 ss. (su alcune vicende giurisprudenziali). In giurisprudenza, con riguardo anche alle differenze rispetto alle *joint venture corporations*, fra molte, Cass. 17 maggio 2001, n. 6757, in *Giur. comm.*, 2003, II, 137 (ma con *omissis* sulla parte che interessa), con nota di CAPO, *In tema di qualificazione del modello «legale» dell'associazione temporanea di imprese*, e in *Contratti*, 2002, 41.

³⁵ Sul problema dell'attribuzione all'associato di precisi poteri di gestione dell'impresa o dell'affare, M. RUBINO DE RITIS, *Commento all'art. 2552 c.c.*, cit., 725 ss.

potrebbe avere risvolti fiscali) ³⁶. È vero che l'interesse dell'associato indubbiamente è quello di incrementare la redditività dell'attività in ordine alla quale è prevista la partecipazione agli utili in suo favore, e ciò anche attraverso il proprio apporto. Però, non avendo il controllo sull'impresa o sullo svolgimento dell'affare, salvo quanto pattuito dall'art. 2552 c.c., l'associato non ha strumenti per evitare che la sua prestazione non porti alcun vantaggio in termini di miglioramento delle prospettive di formazione di utili. L'assenza di un obbligo di investire quanto ricevuto dall'associato nell'impresa o nell'affare, oggetto del contratto di associazione in partecipazione, è confermata dall'autonomia gestionale dell'associante, stabilita dall'art. 2552, comma 1, c.c., che si ricollega all'art. 2551 c.c., in forza del quale è l'associante che acquista diritti ed assume obblighi verso terzi, rappresentando le due norme il collegamento tra gestione e titolarità dell'impresa o dell'affare.

A diversa conclusione perviene chi ritiene sussistente un limite in senso lato alla libertà di gestire dell'associante, costituito nel necessario collegamento tra l'apporto e lo svolgimento dell'impresa o dell'affare indicato nel contratto di associazione in partecipazione, da cui erogare una partecipazione agli utili ³⁷. Può, tuttavia, replicarsi che l'obbligo di destinazione (dell'apporto nell'impresa o per un determinato affare) trasformerebbe il contratto, che come esposto è di scambio, in un contratto con comunione di scopo ³⁸. Invero, se l'associante non ha specifici obblighi verso l'associato sulle modalità di gestione della sua impresa, non si comprende come si possa, in mancanza di specifica clausola contrattuale *ex art. 2552 c.c.*,

1210

³⁶ Diversa situazione si ha se l'associante sia una società, nella quale i beni vanno utilizzati per il raggiungimento dell'oggetto sociale. L'acquisto della proprietà di un'imbarcazione da parte di una società a fronte di una partecipazione agli utili potrebbe esporre gli amministratori a responsabilità: ciò accade se l'utilizzo del bene non abbia alcuna valenza per la gestione dell'impresa, esponendo la società, tra l'altro, ad ulteriori rischi.

³⁷ Rinvengono un obbligo a carico dell'associante di investire l'apporto nell'impresa o nell'affare gestito dall'associante M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., 123 ss., 195; M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 168; G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 401 s., secondo cui l'apporto è dato per quella particolare attività produttiva di utili. E in giurisprudenza Cass. 26 settembre 1977, n. 4083, in *Foro it.*, 1978, I, 2289, con nota di CARRIERO, *Associazione in partecipazione e perimento della cosa concessa in uso*.

³⁸ L'osservazione critica è di G. DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, cit., 29. In proposito, potrebbe ricorrere anche la differenza tra mutuo parziario, per cui non è previsto un obbligo corrispondente a quello che si desume invece sussistere a carico dell'associante, e mutuo di scopo: in proposito, G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 401, nt. 199.

ricavare un preciso obbligo di gestione, limitatamente, peraltro, solo allo specifico apporto in associazione in partecipazione: se si apporta un bene in proprietà, lo stesso potrebbe essere alienato, proprio nell'esercizio dell'impresa o nel corso della gestione dell'affare, al fine di conseguire quanto occorre per ottenere migliori risultati anche in termini di utili (ad esempio, si vende una vecchia macchina per acquistarne una nuova); e può anche essere conferito a terzi (in società) oppure apportato ancora in altra associazione in partecipazione, di cui l'associante della prima assume la posizione di associato. Non c'è, infatti, alcuna regola che vieti di ampliare, ridurre, modificare, anche solo qualitativamente, il complesso di beni attraverso cui l'associante esercita l'impresa o gestisce l'affare.

L'associante si obbliga a remunerare l'associato con una partecipazione agli utili, indipendentemente dall'utilizzo che fa del suo apporto: egli sarebbe inadempiente anche nell'ipotesi in cui, incluso quanto ricevuto dall'associato nell'attività diretta a produrre utili in favore di quest'ultimo, resti inerte, senza dare corso alla gestione dell'impresa o dell'affare, relativamente ai quali vi è il diritto dell'associato a ricevere una partecipazione agli utili ³⁹. In sostanza, il problema va risolto non tanto su un presunto principio di utilizzabilità dell'apporto per la realizzazione di utili, quanto applicando l'art. 1375 c.c.: più in generale, il diligente svolgimento dell'attività diretta alla produzione di utili è indispensabile per il corretto adempimento delle obbligazioni contrattuali.

³⁹ All'obbligo di investire l'apporto nell'impresa o nell'affare deve ricollegarsi quello di svolgere l'attività di impresa o quella inerente al singolo o a più affari per i quali è prevista la partecipazione agli utili: M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., 197 s.; M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 138 s.; G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 341. Ed anche chi nega un obbligo di destinazione dell'apporto (G. DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, cit., 29) non esclude che l'associante risponda nei confronti dell'associato per non aver svolto diligentemente l'attività diretta a produrre utili. In sostanza, non si vede perché debba ammettersi a carico dell'associante l'obbligo di destinazione dell'apporto nell'esercizio dell'impresa o dell'affare e non unicamente l'obbligo di gestire correttamente l'impresa o l'affare, indipendentemente di come utilizzi il singolo apporto dell'associato. Anche perché, nel caso di più contratti di associazione in partecipazione, l'associante finirebbe per dover rispondere nei confronti dei precedenti associati, che pure hanno dovuto dare il consenso alle associazioni in partecipazione successive *ex art.* 2550 c.c., in caso di mancata destinazione degli apporti per contratti distinti e conclusi posteriormente. Appare, invece, più logico ritenere, indipendentemente da come sia utilizzato l'apporto, che l'associante sia obbligato alla corretta esecuzione del contratto secondo i principi generali. Il mancato utilizzo dell'apporto potrebbe allora essere uno dei motivi che ha determinato la cattiva gestione: ma non può addebitarsi alcunché all'associante solo perché ha preferito non utilizzare l'apporto per l'impresa o per quello specifico affare.

6. - I mutamenti dei rischi dell'impresa o dell'affare dell'associante.

La conclusione cui si è pervenuti consente anche di risolvere l'ulteriore problema di stabilire se sussista a carico dell'associante un più specifico obbligo di finanziamento dell'impresa o dell'affare, visto che per l'associato l'apporto è determinato dal contratto. Si è sostenuto che dall'art. 2253 c.c. può desumersi il principio secondo cui ogni soggetto obbligato a perseguire un risultato produttivo deve prestare quanto è necessario al conseguimento del risultato stesso⁴⁰. Ciò, però, determinerebbe l'assurda conseguenza che i soci di una società di capitali, che riveste la posizione di associante, sarebbero costretti ad effettuare aumenti di capitale (dovendo allora escludere che una società di capitali possa essere associante)⁴¹. In sostanza, la tesi sull'obbligo a carico dell'associante di finanziare l'impresa non può essere condivisa, per le conclusioni che comporterebbe. Né può porsi una differenza tra associante costituito da persona fisica (imprenditore o meno), cui applicare tale presunto obbligo di finanziamento, e associante costituito da società (sia di persone che di capitali), la quale può ben essere sottocapitalizzata rispetto all'oggetto sociale, tra cui far rientrare anche l'affare o gli affari relativamente ai quali sono stipulate associazioni in partecipazione. Più in generale, non può essere escluso che i mezzi di finanziamento debbano provenire da terzi. E in mancanza, non può ritenersi obbligato l'associante a provvedervi con mezzi propri. L'impossibilità di acquisire fonti di finanziamento rientra nell'alea contrattuale che l'associato ha accettato: d'altronde, se l'associante avesse avuto del tutto mezzi sufficienti, probabilmente neanche avrebbe stipulato il contratto di associazione in partecipazione⁴². È per stipulare analoghi contratti che l'associante non è più libero, essendo necessario il consenso del precedente associato *ex art.* 2550 c.c. Qualcuno ha ritenuto che la *ratio* di quest'ultima disposizione andrebbe ricercata nell'esigenza dell'associato

⁴⁰ Si fa riferimento alla tesi sostenuta da M. GUIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 165 ss.

⁴¹ Cfr. G. DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, cit., 63 ss., in part. 67.

⁴² Come si è esposto (v. *supra* par. 5) l'apporto può anche essere richiesto dall'associante per soddisfare un'esigenza completamente diversa rispetto a quelle che si presentano nell'attività che svolge ai fini della produzione di utili presi in considerazione nel contratto di associazione in partecipazione stipulato con un determinato associato, la cui prestazione, ad esempio, sia utile nell'ambito familiare.

di non mutare le condizioni di rischio alle quali aveva accettato di concludere il contratto⁴³. Ed è sull'interesse dell'associato a non vedere mutati gli elementi essenziali, attraverso cui l'impresa o l'affare venivano svolti al momento della stipula dell'associazione in partecipazione e dell'esecuzione del suo apporto, che ci si deve soffermare. Non è tutelato, invece, l'interesse dell'associante a vincolare l'associato, che ben potrebbe stipulare diverse associazioni in partecipazione, eventualmente anche come associante, riconoscendo a sua volta una parte degli utili che potrebbe acquisire dal primo contratto. Si avrebbe in tal caso una seconda associazione in partecipazione dipendente dalla prima, in quanto l'associato di quest'ultima diventa associante per procurarsi, ad esempio, un apporto che serva per eseguire la prestazione dovuta in favore dell'associante del primo contratto.

Il problema della libertà di gestione dell'associante è ben più ampio. Vi è chi sostiene, infatti, che non sia consentito, senza il consenso dell'associato, mutare il rischio di impresa o dell'affare considerato al momento della stipulazione del contratto⁴⁴ oppure, e in modo più preciso, cambiare l'oggetto dell'attività cui riferire la partecipazione agli utili⁴⁵, dovendosi distinguere a seconda che la partecipazione agli utili sia ricollegata all'affare, che viene precisamente individuato nel contratto per cui appare rilevante, o all'impresa, per la cui gestione va lasciata libertà all'associante, anche in relazione alle scelte di politica aziendale⁴⁶.

In tal modo, si discute sulle modalità con cui l'impresa o l'affare vanno gestiti per evitare che l'associato, che ha fatto affidamento su una partico-

⁴³ Cfr. G.E. COLOMBO, *Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 326 ss., in part. 332 s.

⁴⁴ Per M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 173 s., la norma da prendere in considerazione per rilevare la sussistenza di tali limiti a carico dell'associante è quella contenuta nell'art. 2437 c.c. (nel testo precedente alla riforma ex d.lgs. n. 6 del 2003), che dava rilievo al mutamento del rischio quando questo assumeva proporzioni non fisiologiche, in conseguenza del cambiamento dell'oggetto o del tipo sociale o del trasferimento della sede all'estero, anche se gli atti da reputare idonei ad integrare una violazione dell'obbligo di non mutamento del rischio nell'associazione in partecipazione andrebbero individuati caso per caso, in base alla loro concreta rilevanza.

⁴⁵ In tal senso G. DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, cit., 68; M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., 193.

⁴⁶ In proposito, G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 398 s., secondo cui il legame tra contratto e attività è più stretto nel caso di associazione ad un affare, in cui quest'ultimo entra a far parte dell'oggetto del contratto.

lare organizzazione di impresa o modalità di svolgimento dell'affare, non riceva alcun corrispettivo ⁴⁷. È chiaro che la soluzione del problema dipende dal grado di specificità con cui è stata descritta l'impresa o l'affare cui ricollegare la partecipazione agli utili, per cui una sua modificazione può o meno rappresentare cambiamento di quanto è previsto nell'oggetto del contratto e, dunque, comportare responsabilità contrattuale a carico dell'associante. Ed è altrettanto chiaro che la conseguenza dell'accertamento della responsabilità dell'associante può comportare solo il risarcimento del danno, dovendosi verificare il nesso di causalità tra l'attività operata dall'associante, se diversa da quella prospettata in contratto, e il risultato dell'impresa o dell'affare (maggiori o minori utili rispetto a quelli che si sarebbero realizzati rispettando quanto previsto nel contratto).

Tutto ciò può rendere preferibile stabilire specifiche pattuizioni, prevenendo le conseguenze di un'eventuale modificazione soggettiva dell'associante (trasformazione della società, suo trasferimento all'estero, cessione dell'azienda) o dell'organizzazione con cui l'impresa o l'affare verranno gestiti (assunzione di nuovo personale, apertura di nuovi stabilimenti): ad esempio, stabilendo ipotesi di recesso dall'associazione in partecipazione. In mancanza di specifiche pattuizioni, non si può che fare riferimento agli artt. 1175 e 1375 c.c. Andrà, quindi, verificato se in concreto sussistono gli estremi per ottenere la risoluzione del contratto per grave inadempimento (art. 1455 c.c.), nonché il risarcimento del danno, cui si aggiunge la risoluzione per impossibilità sopravvenuta nell'ipotesi ben diversa in cui l'antieconomicità della gestione non dipenda da colpa dell'associante ⁴⁸.

⁴⁷ Si possono presentare varie ipotesi e bisogna tener conto della fattispecie concreta. È sufficiente pensare alla necessità di trasformare radicalmente l'organizzazione con cui si esplica l'attività di impresa o il singolo affare, sostituendo la mano d'opera con macchinari; oppure all'ipotesi di associazione in partecipazione e successivo affitto dell'azienda da parte dell'associante, là dove l'operazione di per sé non implichi cambiamenti radicali nell'organizzazione, se non nel soggetto e dunque nella professionalità della persona cui è affidata la gestione. Il che potrebbe essere altamente positivo per l'associato o viceversa ribaltare in senso negativo le prospettive di redditività.

⁴⁸ Cfr. G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 566 ss. ed ivi riferimenti.

7. - La variabilità del corrispettivo per l'associato: metodi convenzionali di determinazione della partecipazione agli utili.

Valutata l'ampia gamma di apporti e la possibilità di introdurre criteri di determinazione, come il riferimento a parametri che rendano variabile la quantificazione dell'apporto nel corso del contratto, e definita la libertà dell'associante di utilizzare l'apporto per l'attività produttiva, si possono ora indicare anche alcune clausole attraverso cui ridimensionare il rischio dell'associato di non ricevere alcun corrispettivo. Si può, infatti, giungere alla conclusione di ritenere ammissibile una retribuzione in favore dell'associato costituita in parte da utili e in parte da una somma di danaro predeterminata. Essenziale, infatti, è che la partecipazione agli utili risulti determinata o determinabile⁴⁹ al momento della stipulazione del contratto⁵⁰, ma non è indispensabile che il corrispettivo a favore dell'associato sia integralmente variabile ed aleatorio. Per l'ipotesi di trasferimento di un bene a prezzo inferiore al suo valore di mercato oltre ad una partecipazione agli utili, v. *supra* par. 4.

Si ritiene, invece, che il concetto di partecipazione agli utili sia incompatibile con la sua determinazione fissa, anche se il corrispettivo, prestabilito, fosse subordinato alla effettiva formazione di utili dell'impresa o dell'affare⁵¹. Per la verità, non è tanto la variabilità del corrispettivo ad essere essenziale, quanto la sua liquidazione sulla base degli utili conseguiti per l'impresa o per l'affare considerato, da liquidarsi anche in misura forfettaria. La natura aleatoria, che caratterizza l'associazione in partecipazione,

⁴⁹ In riferimento alla determinazione della quota di partecipazione demandata nel contratto a un terzo, M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 104. Da escludersi sicuramente è la validità di una clausola che lasci indeterminata la percentuale o il meccanismo attraverso cui stabilire il corrispettivo in relazione al maturare di utili dell'impresa o dell'affare considerato. In assenza di elementi dai quali, sia pur indirettamente, si possa dedurre almeno la previsione di un criterio di massima, ritiene nullo il contratto per indeterminatezza dell'oggetto, G. DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, cit., 43 s.

⁵⁰ Diversamente M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 102, secondo cui la determinazione della partecipazione potrebbe essere rinviata ad un momento successivo alla stipula.

⁵¹ Ritiene che, per parlarsi di associazione in partecipazione, la remunerazione dell'associato debba essere integralmente "parziaria", M. DE ACUTIS, *L'associazione in partecipazione*, cit., 176; e v. anche G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 450, il quale, però, ritiene qualificabile come associazione in partecipazione il contratto che, a fronte di un determinato apporto, stabilisca una partecipazione agli utili, calcolata sul suo valore.

è compatibile con una partecipazione agli utili, fissata *a forfait*, anche stabilendo importi da corrispondere sulla base di *range* di utili realizzati. Ammissibile, pertanto, è anche una clausola che stabilisca un corrispettivo per l'associato calcolato sulla base degli incassi o del fatturato, con depurazione dei determinati costi: se è più probabile avere ricavi piuttosto che utili, non si può escludere che i ricavi manchino o che la componente aleatoria sia fissata su una determinata quantità di incassi, superata la quale l'associante deve pagare il corrispettivo all'associato.

La prassi contrattuale, dunque, può contribuire a determinare in maniera minuziosa modalità e tempi di remunerazione, lasciando, però, intatta l'aleatorietà del contratto. In mancanza di specifiche clausole, risulta, invece, complesso determinare quanto in concreto sia dovuto all'associato. Relativamente all'affare, andranno valutati ricavi e costi ad esso inerenti, mentre per l'impresa andranno verificati gli utili di esercizio, attraverso l'esame delle scritture contabili *ex artt.* 2217, comma 2, e 2423 ss. c.c.: non può neanche semplificarsi eccessivamente la modalità di determinazione del calcolo dell'utile di gestione, rinviando ai dati desumibili dal bilancio, in quanto non vi è coincidenza esatta tra utile di esercizio e quanto va preso in considerazione al fine di stabilire il corrispettivo a favore dell'associato⁵².

1216

8. - La restituzione dell'apporto o il rimborso del suo valore.

Definiti gli ampi margini di regolamentazione contrattuale dell'apporto a carico dell'associato, da un lato, e della partecipazione agli utili che a

⁵² Si tratta dei problemi sollevati da M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 105 ss., secondo cui l'associato non beneficerebbe delle operazioni già in corso al momento della stipulazione dell'associazione, perché intraprese senza il suo contributo, ma profittebbe di quelle in corso al momento del suo scioglimento, poiché avviate su una base patrimoniale rafforzata dal suo apporto. In senso critico, G. DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, cit., 49 e 101 ss., per la difficoltà di stabilire in concreto l'influenza dell'apporto sullo svolgimento dell'impresa o la gestione dell'affare, cui si aggiunge la non facile soluzione del problema inerente alla sussistenza o meno di un obbligo a carico dell'associante di utilizzare l'apporto nella gestione dell'impresa o dell'affare, su cui v. *supra* par. 5.

Appare sempre opportuna una clausola contrattuale, che ben delimiti le voci da considerare o da escludere ai fini della quantificazione in concreto della somma da versare all'associato a titolo di partecipazione agli utili, evitando dubbi soprattutto per ciò che concerne le operazioni in corso, sia prima della stipulazione dell'associazione in partecipazione, che quelle sussistenti al termine della stessa.

quest'ultimo l'associante è obbligato a corrispondere, dall'altro, occorre ora stabilire le conseguenze al momento dello scioglimento del rapporto, con particolare riguardo al diritto al rimborso del valore dell'apporto. Uno degli aspetti che caratterizzano l'associazione in partecipazione, infatti, è rappresentato dal "debito di restituzione" dell'associante verso l'associato, subordinato all'assenza di perdite⁵³. L'ipotesi più semplice è costituita dall'apporto dell'associato di una somma di danaro confluita nel patrimonio dell'associante⁵⁴. Al termine del rapporto l'associato avrà diritto alla restituzione della quantità di danaro, a meno che non vi siano state perdite, che vanno detratte.

Per apporti diversi dal danaro, occorre distinguere in relazione al titolo in forza del quale avviene il suo trasferimento a favore dell'associante: in particolare, a seconda che il bene sia trasferito in proprietà (con o senza patto di restituzione in natura dello stesso) o in godimento. Si possono quindi ricostruire le conseguenze dello scioglimento del rapporto sul diritto dell'associato alla restituzione del bene o al rimborso del suo valore: a) il bene apportato in semplice godimento va restituito nelle condizioni in cui si trova, potendo in via analogica trovare applicazione la disciplina della locazione, con particolare riguardo al rischio di perimento fortuito del bene, che dunque grava sull'associato⁵⁵; b) il bene apportato in proprietà non va restituito, in quanto l'associante ne ha la piena disponibilità, potendo anche alienarlo a terzi, mentre l'associato ha diritto solo al rim-

⁵³ Il diritto al rimborso del controvalore dell'apporto si desume chiaramente dall'art. 77 l. fall., in quanto l'associato è trattato come creditore nel fallimento dell'associante per la parte di apporto non assorbita dalle perdite. Cfr. M. RUBINO DE RITIS, *Associazione in partecipazione con apporto di un bene in godimento e locazione*, in *Giur. comm.*, 1991, II, 110 ss., in part. 114.

⁵⁴ Per la differenza tra associazione in partecipazione e mutuo parziario – ossia quel mutuo remunerato ad utile, in ordine al quale la restituzione è certa (salvo insolvenza del mutuatario), non subordinata alla copertura di perdite – v., anche per i riferimenti, G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 79 ss., che distingue altresì il «prestito a tutto rischio», relativamente al quale la restituzione del capitale è incerta, in quanto subordinata ad un evento futuro ed incerto. E v. R. TETI, *Il mutuo*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 12, Torino, 1985, 671.

⁵⁵ Così G. DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, cit., 32 ss. E v. anche M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 413, nt. 32; G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 413, il quale, tuttavia, esclude l'ammissibilità dell'ipotesi di un'associazione in partecipazione con apporto di un bene in godimento, corrispondendo ad una locazione con canoni non fissi ma rapportati agli utili del locatario. E ciò anche per superare l'obiezione sulla mancanza di una partecipazione alle perdite nel caso di apporto in godimento e di opera.

borso del suo valore al tempo dell'apporto, detratte le perdite, trovando applicazione per analogia la disciplina della vendita⁵⁶; c) qualora per il bene apportato in proprietà sia pattiziamente prevista la restituzione in natura al termine del contratto, l'associante risponde del risarcimento del danno in caso di suo inadempimento, mentre a carico dell'associato vi è l'obbligo di rimborsare in danaro le perdite maturate⁵⁷.

Da un punto di vista applicativo, resta da verificare in concreto la quantificazione delle perdite rispetto al credito da rimborso del valore dell'apporto o l'importo da versare in caso di restituzione⁵⁸. Nel caso in cui l'associazione in partecipazione abbia una durata superiore all'anno, le perdite possono essere maturate nel corso dei singoli esercizi, per cui occorre stabilire come le perdite possono alla fine incidere sul diritto dell'associato alla restituzione dell'apporto o al rimborso del suo valore.

9. - Le conseguenze della chiusura in perdita dei singoli esercizi.

Fin quando la gestione dell'impresa o dell'affare producono utili, si pongono sicuramente meno problemi, in quanto si tratterà di verificare se sia corretto l'importo risultante dal rendiconto predisposto dall'associante o

⁵⁶ In proposito, G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 412. In senso diverso, F. SANTONI, *L'associazione in partecipazione*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 16, IV, Torino, 2012, 239, secondo cui «la restituzione del valore di quanto conferito» non vale «per l'ipotesi in cui abbia conferito beni di proprietà o in uso», ma solo se ciò sia espressamente convenuto, così rendendo erroneamente equipollente l'apporto di un bene in proprietà con quello in godimento.

⁵⁷ Sulle modalità con cui le perdite intaccano il credito dell'associato di ottenere il rimborso, si veda M. RUBINO DE RITIS, *Commento all'art. 2553 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, cit., 740.

⁵⁸ L'art. 2553 c.c. prevede che l'associato partecipi alle perdite anche in misura diversa rispetto alla partecipazione agli utili, sulla base di un apposito patto. La misura delle perdite può essere convenzionalmente accresciuta (quindi può rappresentare una percentuale superiore a quella degli utili), senza mai superare il valore dell'apporto. La disposizione non è chiarissima, sia perché si presta ad essere interpretata in vario modo, relativamente all'essenzialità o meno della partecipazione alle perdite, sia perché pone sullo stesso piano le partecipazioni ad utili e perdite – che normalmente si descrivono in termini di percentuali (salvo quanto in precedenza esposto su un'eventuale liquidazione di importi *a forfait*: v. *supra* par. 7) e che si presumono uguali – e la quantificazione concreta delle perdite (che non deve superare il valore dell'apporto), che si ottiene applicando la percentuale all'importo delle perdite determinate nell'esercizio dell'impresa o nello svolgimento dell'affare.

se all'associato spetti un importo superiore ⁵⁹. È in caso di perdite che bisogna stabilire la modalità con cui le stesse siano sopportate dall'associato.

Minori difficoltà sorgono in relazione al rendiconto finale e in occasione della cessazione del rapporto: l'apporto, se in denaro, verrà restituito detratte le perdite (salvo il caso di apporto di danaro in godimento e sempre che il rapporto non sia inquadrabile nel mutuo); se avente per oggetto un bene in natura in proprietà, verrà rimborsato per un importo pari al valore che esso aveva al momento della stipula, detraendo sempre le perdite maturate.

I problemi, invece, si pongono in occasione della presentazione dei rendiconti annuali *ex art.* 2552, comma 3, c.c.: si possono realizzare sia esercizi annuali seguiti da esercizi in perdita sia il contrario. Qualora l'associante subisca inizialmente perdite, come è probabile che accada in relazione soprattutto ad attività di impresa da iniziare o ad affari da realizzare *ex novo*, e successivamente utili, ci si è chiesto se l'associato partecipi o meno ai risultati positivi di gestione, senza sopportare le precedenti perdite, da computare solo alla conclusione dell'affare o comunque alla cessazione del rapporto di associazione in partecipazione. In proposito, ciò che va preliminarmente chiarito è la corretta imputazione contabile delle perdite a carico dell'associato: queste vanno ad erodere mano mano (cioè annualità dopo annualità) il credito di restituzione dell'apporto, in modo proporzionale ⁶⁰. In caso di esercizi che per l'associante si chiudono con utili

⁵⁹ Sul contenuto del rendiconto e sui criteri da utilizzare per la determinazione degli utili, v. M. RUBINO DE RITIS, *Commento all'art. 2552 c.c.*, cit., 716 ss. e, relativamente al periodo da prendere in considerazione ai fini della rendicontazione (anno solare e non dalla data di stipula dell'associazione in partecipazione), 719 ss.

⁶⁰ Nel senso che, qualora ad esercizi in perdita seguano esercizi in attivo, la parte di utili spettante all'associato va destinata a ripristinare dapprima l'integrità dell'apporto e, solo dopo che quest'ultimo sia stato ricostituito, si può procedere a pagamenti a favore dell'associato, G.E. COLOMBO, *Associazione in partecipazione, prestiti subordinati ed iscrizione in bilancio*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Ricapitalizzazione delle banche, e nuovi strumenti di ricorso al mercato*, Milano, 1983, 425 ss. e in part. 434 s. E v. anche G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 484 s. È sufficiente riproporre l'esempio efficacemente riportato da G.E. COLOMBO, *Associazione in partecipazione*, cit., 432, e correttamente ripreso da G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, cit., 494, nt. 141: l'associante, che ha ricevuto un apporto di valore dieci in cambio di una partecipazione agli utili ed alle perdite nella misura di un quarto, iscrive nei propri conti un debito di restituzione verso l'associato di dieci. Se, tuttavia, subisse perdite per 4, l'associante dovrebbe restituire un valore pari a 9 e tanto iscriverebbe nel suo passivo.

seguiti da esercizi che si chiudono in perdita, le successive perdite non determinano alcun obbligo di restituzione dei precedenti utili incassati dall'associato. E ciò senza ricorrere all'applicazione dei principi in materia societaria ⁶¹: basta, anzi, correttamente inquadrare la posizione dell'associato, ben diversa da quella di socio, quale mero creditore verso l'associante del valore dell'apporto eseguito in favore di quest'ultimo. Tale valore rappresenta l'importo massimo delle perdite che possono colpire l'associato, come stabilito dall'ultimo periodo contenuto nell'art. 2552 c.c. È sul valore dell'apporto che vanno conteggiate le perdite – tanto da rappresentare l'importo massimo sopportabile per l'associato – con la conseguenza che è sul relativo credito di restituzione (rimborso) che esse debbono essere scontate, impedendo la riscossione di futuri utili fino al ripianamento.

La situazione, invero, non cambia in assenza del diritto dell'associato al rimborso dell'apporto, qualora, ad esempio, il bene sia dato dall'associato in mero godimento e nel caso di apporto d'opera: come esposto, le perdite maturate in un esercizio impediscono comunque la riscossione degli utili presenti nei rendiconti relativi agli esercizi successivi e ciò fino al loro ripianamento. E viene anche a cadere ogni perplessità, in passato avanzate dalla dottrina, in ordine alle questioni sull'effettiva partecipazione alle perdite dell'associato con apporto diverso dal danaro o altro bene in proprietà ⁶².

1220

Orbene, non sarebbe corretto, nel caso di formazione di successivi utili, far partecipare l'associato agli stessi, come se il suo apporto fosse intatto. I successivi utili, per la parte dovuta all'associato, dovrà prima ricostituire il valore del debito da apporto verso quest'ultimo (nell'esempio fatto, riportando il debito nuovamente a 10), per potergli effettivamente consentire la riscossione.

⁶¹ Nelle società di persone, con l'approvazione del rendiconto o bilancio, i soci diventano titolari del diritto di credito sugli utili da esso risultanti, mentre le successive perdite negli esercizi successivi colpiranno il loro diritto ad ottenere al momento della liquidazione della società il rimborso del conferimento e, per quelli che sono responsabili illimitatamente, l'esposizione alle aggressioni dei creditori sociali, nel rispetto delle regole sul *beneficium excussionis*. Nelle società di capitali, è prevista la regola secondo cui i dividendi erogati in violazione delle regole sulla distribuzione degli utili non sono ripetibili, se i soci li hanno riscossi in buona fede (art. 2433 c.c.).

⁶² In proposito, M. RUBINO DE RITIS, *Commento all'art. 2553*, cit., 732 ss., in part. 734 ss.

10. - L'apporto d'opera e le norme a tutela degli associati lavoratori: il nuovo art. 2549 c.c.

Fin qui si è trattato delle ipotesi in cui l'apporto sia costituito da danaro o da beni in natura, trasmessi all'associante in proprietà o in godimento. Una volta determinati i metodi per stabilire in concreto la remunerazione in favore dell'associato e gli effetti della partecipazione alle perdite che dovessero maturare anno per anno, un discorso a parte merita l'ipotesi in cui l'associato si obbliga ad una prestazione lavorativa. In un periodo di crisi economica, maggiore è l'interesse a condizionare, in tutto o in parte, il corrispettivo alla realizzazione di determinati risultati. Il problema è verificare fino a che punto ciò sia consentito.

L'unanimità della giurisprudenza⁶³e la quasi totalità della dottrina⁶⁴sono d'accordo nel ritenere ammissibile la prestazione d'opera come apporto in associazione in partecipazione, in sintonia col principio, già esposto, secondo cui qualsiasi entità suscettibile di valutazione economica può essere oggetto di apporto, salvo escludere che possano formare oggetto di apporto una prestazione d'opera subordinata per il dettato dell'art. 36 Cost. e la prestazione professionale, in forza di quanto stabilito dall'art. 2233, comma 2, c.c.⁶⁵. Il dibattito si è prevalentemente concentrato sui caratteri della prestazione d'opera e dunque sulle peculiarità dell'apporto, che, come esposto nel presente lavoro, devono essere accuratamente esaminate.

L'evoluzione del sistema normativo relativamente alle prestazioni professionali, anche liberandole da vincoli costituiti da obbligatorie tariffe previste per il passato, e il più ampio riconoscimento di libertà contrattuali anche nell'ambito di rapporti di lavoro subordinato consentono di riesaminare il problema, anche se resta difficile stabilire gli elementi atti a

⁶³ Fra le prime, Cass. 23 gennaio 1954, n. 151, in *Dir. fall.*, 1954, II, 195.

⁶⁴ Fra molti, P. PASSALACQUA, *La nuova disciplina del lavoro autonomo e associato*, Torino, 2012, 204 ss. ed ivi riferimenti. Sulla tesi contraria alla prestazione d'opera come apporto in associazione, A. ALLAMPRESE, *Sulla distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro e contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 705 ss., in part. 713; già G. DE SEMO, *Contratto di lavoro e associazione in partecipazione*, in *Dir. lav.*, 1958, II, 284 s.; e v. anche F. REALMONTE, *Associazione in partecipazione e obbligo di collocazione*, in *Riv. soc.*, 1961, 517, nt. 15.

⁶⁵ Così M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 82 ss. Per una diversa soluzione, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione. Contributo alla qualificazione dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 369 ss.

distinguere l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro da altre fattispecie negoziali per le quali pure la prestazione consiste in un'attività lavorativa. In definitiva, secondo oramai un'impostazione diffusa in giurisprudenza⁶⁶, per ricondurre la concreta prestazione lavorativa allo schema dell'associazione in partecipazione ovvero del lavoro subordinato occorre un'indagine del giudice di merito, volta a cogliere la prevalenza degli elementi che caratterizzano i due contratti.

Dinanzi alla difficoltà di stabilire in che misura le pattuizioni o il concreto andamento del rapporto portino a riqualificare la fattispecie, quando l'apparente utilizzo dell'associazione in partecipazione, in realtà, mascheri un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato, il legislatore ha modificato l'art. 2549 c.c., introducendo il secondo e il terzo comma alla disposizione che, in principio, conteneva solo la definizione del contratto di associazione in partecipazione⁶⁷.

Il secondo comma dell'art. 2549, introdotto dall'art. 1, comma 28, l. n. 92 del 2012, è chiaro nel riqualificare forzatamente il rapporto, indipendentemente dalla volontà delle parti, qualora siano più di tre gli associati in partecipazione con prestazione lavorativa, con salvezza di rapporti parentali o di affinità⁶⁸. Successivamente, in sede di conversione del d.l. 28 giugno 2013, n. 76, il legislatore ha voluto mitigare la riqualificazione forzata degli associati in partecipazione come lavoratori subordinati, in

⁶⁶ L'orientamento pragmatico della giurisprudenza è diretto ad affermare la subordinazione della prestazione ex art. 2094 c.c. in presenza di pattuizioni incompatibili con l'associazione in partecipazione. In tal senso, acquista rilievo la presenza di un guadagno minimo garantito (Cass. 18 aprile 2007, n. 9264, in *Foro it.*, 2007, I, 2726, con nota di FERRARI, *Rischio contrattuale e alea nella qualificazione non giustlaboristica delle prestazioni di lavoro*) e il rispetto di un orario di lavoro vincolante (Cass. 10 agosto 1999, n. 8578, in *Riv. dir. it. lav.*, 2000, II, 445, con nota di ALBI, *Associazione in partecipazione e lavoro subordinato*; e v. anche Trib. Milano 9 dicembre 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 133, con nota di VESCOVINI), potendo anche l'associato essere assoggettato a direttive e istruzioni di carattere generale (Cass. 7 ottobre 2004, n. 2002, in *Foro it.*, 2005, I, 2429). Sul rilievo da dare alla standardizzazione delle prestazioni lavorative nell'ambito di un controllo del datore di lavoro costante sull'operato degli associati, Cass. 21 febbraio 2012, n. 2496, in *Foro it.*, 2012, I, 2285 e in *Giur. comm.*, 2013, II, 5, con nota di MIGNONE, *Sulla partecipazione alle perdite dell'associato*.

⁶⁷ Per una sintesi dei casi pratici affrontati in giurisprudenza, fino all'utilizzo da parte di imprese tessili di centinaia di contratti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro per i propri punti vendita, che hai poi portato agli interventi del legislatore, L. GIASANTI, *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in www.treccani.it.

⁶⁸ Il comma 29 stabilisce che sono fatti salvi, fino alla loro cessazione, i contratti in essere che, alla data di entrata in vigore della stessa legge, siano stati "certificati" ex artt. 75 ss. del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

caso di superamento del limite di tre associati, introducendo un nuovo dato normativo, che rappresenta un'eccezionale deroga alla limitazione del ricorso all'associazione in partecipazione.

Oggi, il terzo comma dell'art. 2549 c.c. (introdotto dall'art. 7, comma 5, n. 2-bis, l. n. 99 del 2013, di conversione del d.l. n. 76 del 2013) stabilisce, infatti, che le limitazioni numeriche previste dal secondo comma non riguardano le imprese a scopo mutualistico e le cooperative, in relazione agli associati individuati mediante elezione dall'organo assembleare *ex art.* 2540 c.c., il cui contratto sia stato "certificato" (dagli organismi di cui all'articolo 76, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276)⁶⁹; nonché i rapporti fra produttori e artisti, interpreti, esecutori, volti alla realizzazione di registrazioni sonore, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento.

In sostanza, la disciplina del 2012 (relativa al solo secondo comma) era apparsa particolarmente rigida, almeno per le categorie di soggetti indicati dal terzo comma, rispetto ai quali non è più applicabile il limite massimo di tre associati, precedentemente introdotto⁷⁰, per cui è risultato opportuno un nuovo intervento nel 2013.

11. - (Segue): il numero massimo di associati in partecipazione con apporto di lavoro.

Il numero degli associati presi in considerazione dal secondo comma dell'art. 2549 c.c. è riferito a quelli impegnati "in una medesima attività", 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

⁶⁹ Proprio al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto, nonché dei contratti di associazione in partecipazione, l'art. 75, d.lgs. n. 276 del 2003 prevede che le parti possano ottenere la certificazione del contratto, secondo la procedura volontaria stabilita dallo stesso decreto. Ma, sul limitato valore della certificazione *ex d.lgs. n. 276 del 2003*, ammettendo la legge l'impugnabilità dei contratti certificati, F. SANTONI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 219 ed *ivi* riferimenti. Infatti, l'art. 80, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003, consente l'impugnazione dell'atto certificato per vizio del consenso nonché il ricorso all'autorità giudiziaria anche per erronea qualificazione del contratto oppure difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

⁷⁰ La successiva circolare del Ministero del Lavoro, 29 agosto 2013, n. 35, ha fornito, poi, le prime indicazioni operative, precisando che occorrerà stipulare, anche con l'assistenza della propria associazione di categoria, appositi accordi collettivi con organismi sindacali, comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

il secondo. Il riferimento al contesto familiare, per escludere la presunzione di subordinazione, richiama l'impresa familiare di cui all'art. 230-*bis* c.c., ma quest'ultima disposizione ha altra finalità, in quanto predispone una tutela minima ed inderogabile del lavoro familiare nell'impresa, destinata a trovare applicazione quando non sia configurabile un diverso rapporto giuridico (anche societario) e non sia, perciò, azionabile altro mezzo di tutela. L'eccezione comporta anche che, pur essendo stato superato il limite di tre associati ed applicata la presunzione di subordinazione prevista dalla norma, ne restino comunque esclusi i familiari.

Di più difficile comprensione appare, invece, il riferimento alla "medesima attività" contenuto nella norma, relativamente alla quale gli associati devono essere impegnati, al fine di verificare se sia superato il numero di tre addetti. Escluso che possa essere riferito alle mansioni degli associati, il termine "attività" può correlarsi non solo all'impresa o all'affare cui afferisce la partecipazione agli utili riconosciuta agli associati, ma a qualsiasi altra attività: secondo la conclusione prima proposta ⁷¹, infatti, l'apporto non deve essere necessariamente destinato all'impresa o all'affare relativamente al quale è stabilita la partecipazione agli utili.

Incerta è anche la conseguenza del superamento del limite numerico, perché non si capisce se la disposizione imponga una presunzione assoluta di subordinazione o consenta all'associante la prova contraria, in mancanza di uno specifico riferimento ⁷². Ed in proposito non manca chi ha ritenuto che la novella possa essere affetta da vizio di incostituzionalità, là dove non sia consentito provare il contrario ⁷³. Di conseguenza, una

⁷¹ V. *supra* par. 5. Per l'orientamento secondo cui l'attività dell'associante può essere riferita all'attività di impresa nella sua interezza o a singole parti dotate di sostanziale autonomia, P. TOSI, *Associazione in partecipazione con la riforma Fornero*, in *Lav. giur.*, 2012, 965 ss.

⁷² Per la prova contraria espressamente prevista dall'art. 1, comma 30, l. n. 92 del 2012, v. *infra* par. 12.

⁷³ In proposito, P. TOSI, *Associazione in partecipazione con la riforma Fornero*, cit., 965 ss. E v. anche A. MARTORELLO, *La tutela dell'associato in partecipazione con apporto di lavoro*, in www.lavoro-confronto.it. L'autrice (funzionaria ispettiva del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali) ritiene che l'ispettore debba applicare automaticamente la sanzione, essendo dispensato dall'onere di fornire la prova della subordinazione, ma il datore di lavoro è ammesso a produrre prova contraria: «prima della riforma Fornero l'ispettore del lavoro doveva accertare la subordinazione dimostrando l'esistenza di diversi indici indicati dalla giurisprudenza quali la sottoposizione al potere direttivo, di controllo e disciplinare del datore di lavoro, la limitata autonomia dell'associato, l'inserimento nell'organizzazione

corretta lettura della norma impone la possibilità di provare una diversa qualificazione del rapporto, non necessariamente nell'ambito dell'associazione in partecipazione (come potrebbe accadere là dove si ravvisi un rapporto societario)⁷⁴.

In ultimo, non può essere condivisa l'interpretazione del dato normativo, diretta a disapplicare la sanzione ai primi tre rapporti di associazione in partecipazione stipulati nel pieno rispetto della previsione di legge⁷⁵. Il dato normativo, infatti, appare chiaro nel riferirsi a "tutti gli associati", compresi, dunque, i tre che cronologicamente hanno stipulato prima degli altri il contratto di associazione in partecipazione. Del resto, sarebbe alquanto difficile applicare l'opposta conclusione, qualora i contratti non siano stipulati individualmente e in tempi chiaramente diversi, aprendosi poi il dubbio di quali rientrino nella presunzione di subordinazione e quali ne siano esclusi in quanto stipulati cronologicamente prima. Il che conferma a maggior ragione la possibilità di dare la prova, a carico della parte interessata, della corretta qualificazione dei singoli rapporti con i prestatori d'opera.

12. - La disciplina antielusiva: l'effettiva partecipazione del lavoratore agli utili. Una proposta interpretativa.

La riforma del 2012 (art. 1, comma 30, l. n. 92 del 2012) ha anche introdotto una più efficace disciplina antielusiva, disponendo che i rapporti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro, «instaurati o attuati senza che vi sia stata un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare» ovvero senza consegna del rendiconto *ex art. 2552 c.c.*⁷⁶, si presumono, salva prova contraria, rapporti di lavoro subordinato

aziendale, l'assenza del rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario di lavoro, la forma della retribuzione e la mancanza del rendiconto finale».

⁷⁴ V. *supra* par. 2.

⁷⁵ È la conclusione cui giunge L. GIASANTI, *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, cit.

⁷⁶ La mancanza dell'obbligo di rendiconto appariva meno rilevante, dato che esso discende direttamente dalla legge (art. 2552 c.c.), anche se l'indifferenza a richiederlo da parte del lavoratore rappresenta un indice della sussistenza del rapporto di lavoro subordinato. La giurisprudenza, tuttavia, ha ritenuto opportuno sempre verificare la sussistenza di più elementi, incompatibili con l'associazione in partecipazione, in cui far rientrare anche la mancanza del rendiconto: Cass. 21 febbraio 2012, n. 2496, in *Giur. comm.*, 2013, II, 5. Più di

a tempo indeterminato⁷⁷. Tuttavia, in questa materia e per questo scopo, il legislatore non è intervenuto solo nel 2012. Bisogna fare un passo indietro e tornare al 2003.

Il d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326, come modificato dalla l. 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005), aveva previsto l'obbligo per i prestatori di lavoro nell'ambito dell'associazione in partecipazione di iscriversi alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, l. 8 agosto 1995, n. 335, istituita per i collaboratori parasubordinati⁷⁸. Però, è soprattutto con il decreto attuativo della riforma del mercato del lavoro *ex d.lgs. n. 276 del 2003*, all'art. 86, comma 2, che si sono voluti evitare fenomeni elusivi alla disciplina di legge ed ai contratti collettivi, parificando, sul piano del trattamento contributivo, economico e normativo, l'associato d'opera con il lavoratore subordinato, in caso di rapporti di associazione in partecipazione «senza una *effettiva partecipazione e adeguate erogazioni*». Il problema, allora, si era spostato nell'interpretare quest'ultima espressione, con particolare riguardo al termine "partecipazione", dovendola più correttamente intendere come "partecipazione agli utili" e non come partecipazione attiva alla gestione dell'attività (giammai come partecipazione dell'associato all'impresa dell'associante, in netto contrasto con quanto stabilito dall'art. 2552 c.c.), come poteva (anche se erroneamente) desumersi dal fatto che è separatamente considerato il concetto di "adeguata erogazione", quasi che tale locuzione intenda qualcosa di diverso rispetto a "effettiva partecipazione"⁷⁹. In proposito, non può che accogliersi la serrata critica che era stata mossa a tale disposizione⁸⁰(anche se oramai abrogata dalla l. n. 92 del 2012): da un punto di vista sistematico, tale norma, infatti, poteva essere utilizzata per svuotare l'as-

recente, Cass. 28 gennaio 2013, n. 1817. E nella giurisprudenza di merito, Trib. Sondrio, 31 gennaio 2002, in *Inf. prev.*, 2002, 984; App. Torino, 9 febbraio 2002, *ivi*, 2002, 948.

⁷⁷ Con circolare ministeriale del 27 dicembre 2012, n. 32, si sono precisate le competenze teoriche di grado elevato e le rilevanti esperienze pratiche richieste dal dato normativo.

⁷⁸ Cfr. G. RUCCI, *Il lavoro associato (associazione in partecipazione; lavoro nell'impresa familiare; lavoro nelle cooperative)*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-A. MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro*, Milano, 2007, 1335.

⁷⁹ Cfr. P. PASSALACQUA, *Commento agli artt. 2549-2554 c.c.*, cit., 666 s. e 676 s., il quale evidenzia che il termine "partecipazione" appariva concettualmente separato dall'altro elemento, riferito alle "adeguate erogazioni", previsto dalla disposizione.

⁸⁰ Per il relativo dibattito, F. SANTONI, *L'associazione in partecipazione*, cit., 216 ss., in part. 218, in relazione alla soluzione, ritenuta incongrua, di introdurre un principio di "adeguatezza"

sociazione in partecipazione del suo profilo aleatorio. L'unica interpretazione percorribile, in verità, era quella di valutare *ex ante* gli elementi di "effettiva partecipazione" e "adeguata erogazione", consentendo all'associante di provarne la sussistenza al momento della stipulazione del contratto, anche se venute meno nel corso della gestione dell'impresa o dell'affare ⁸¹.

Tali considerazioni sono utili per interpretare oggi la disposizione antielusiva, contenuta nell'art. 1, comma 30, l. n. 92 del 2012, là dove, in modo analogo all'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003, fa riferimento al requisito di «*effettiva partecipazione* dell'associato *agli utili* dell'impresa o dell'affare», introducendo un regime di presunzione, per rapporti "instaurati o attuati" senza che risulti essere rispettato tale requisito. L'effettività, cui anche l'attuale disposizione in vigore fa riferimento, è espressamente ricollegata, in modo più preciso, alla partecipazione *agli utili*, evitando qualsiasi possibile confusione con la partecipazione alla gestione. Chiara, infatti, è la differenza con il dato normativo precedente: non c'è più il riferimento alle adeguate erogazioni, che avrebbe consentito un'interpretazione alternativa del termine "partecipazione", riferibile alla gestione dell'impresa o dell'affare e non meramente agli utili.

Sulla base di quanto dedotto, ed anche attraverso il confronto con la norma previgente (art. 86, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003), può allora ritenersi che la sussistenza di un'effettiva partecipazione può essere accertata nell'associazione in partecipazione unicamente attraverso l'analisi di indici, già presenti al momento della stipulazione, che, appunto consentano di ritenere possibile l'erogazione. In altre parole, l'inquadramento del rapporto deve avvenire senza che gli esiti della gestione, dipendenti anche da situazioni non prevedibili (ad esempio, a causa della contrazione di quel determinato settore per eventi eccezionali), ne possano influenzare

del corrispettivo maturato rispetto alla prestazione, in considerazione del carattere aleatorio del contratto.

⁸¹ L'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003, una volta accertata la mancanza di un'effettiva partecipazione e adeguata erogazione a favore di chi lavora, consente al «datore di lavoro, o committente, o altrimenti utilizzatore» di provare, con idonee attestazioni o documentazioni, che la prestazione rientri in un'altra fattispecie contrattuale (prevista dal medesimo decreto o anche «in un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto nell'ordinamento»).

l'interpretazione in un senso o nell'altro. La qualificazione del contratto, cioè, da associazione in partecipazione a rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato deve avvenire senza considerare che le successive condizioni di mercato non abbiano di fatto consentito la remunerazione dei fattori produttivi, producendosi perdite, dato che è la stessa struttura dell'associazione in partecipazione che può determinare un corrispettivo per l'associato, in caso di formazione di utili, ma anche una perdita, sia pur limitata al valore dell'apporto e conteggiata anno per anno secondo le modalità contabili prima esposte ⁸².

Vi è, però, da osservare che il legislatore del 2012 sembra essersi mosso in direzione opposta a quella qui proposta: la norma antielusiva appare addirittura più "eversiva" nella sua formulazione rispetto a quella elaborata dal legislatore nel 2003. Nella disposizione oggi in vigore si è fatto espressamente riferimento al modo con cui i rapporti siano stati "attuati" e non solo "instaurati", senza un'effettiva partecipazione agli utili da parte dell'associato. Non si può che restare perplessi dinanzi al dato normativo, perché l'analisi sulla "effettività" della partecipazione agli utili non può essere sviluppata a valle, verificando il corrispettivo ottenuto sulla base del rendiconto dall'associato lavoratore. Non si può completamente svuotare di significato la volontà delle parti, diretta a dare rilievo all'alea riferita alla probabile (dunque, non certa) formazione di utili, di entità ragionevole rispetto al lavoro dell'associato.

Il risultato qui proposto, secondo cui vale la ricostruzione del rapporto come esso si presentava alla data della stipula – e non in relazione alla concreta formazione di utili (sufficienti o meno a soddisfare in modo adeguato l'associato rispetto al suo apporto di lavoro) – può, comunque, essere raggiunto in sede giudiziaria. L'associante, proprio secondo il testo dell'attuale dato normativo, può vincere la presunzione a favore dell'associato, sprovvisto di "effettiva partecipazione agli utili", provando la sussistenza, al momento della stipulazione, di elementi che ben facevano presupporre la formazione di utili e, dunque, l'effettività della partecipazione agli stessi da parte dell'associato.

La stessa presunzione che si tratti di rapporto di lavoro subordinato in

⁸² V. *supra* par. 9.

caso di mancata consegna del rendiconto, per come il rapporto sia stato “attuato” (e non solo “instaurato”), appare più come una sanzione a carico dell’associante per non aver spontaneamente ottemperato alla comunicazione del documento contabile che un vero e proprio criterio da utilizzare in via generale per la corretta qualificazione del rapporto in base alla volontà negoziale, essendo stabilita, più che altro, una forzosa conversione del contratto ⁸³.

13. - Gli interventi legislativi del 2013: un infinito assestamento di norme.

La disciplina in tema di associazione in partecipazione è in continua evoluzione e non sembra che si possa essere raggiunto un punto fermo. Il terzo comma dell’art. 2549 c.c. prevede oggi che le disposizioni di cui al secondo comma non si applicano agli associati in partecipazione che abbiano un rapporto contrattuale certificato con una società cooperativa e, facendo seguito ad una esplicita richiesta della federazione industria musicale italiana, ai casi di contratti di associazione in partecipazione nell’ambito di un rapporto di lavoro artistico.

Inoltre, il d.l. n. 76 del 2013, convertito con modificazioni in l. n. 99 del 2013, ha esteso anche all’associazione in partecipazione con apporto di lavoro, così come alle collaborazioni coordinate e continuative, anche a progetto, le disposizioni di cui ai commi 16-23 dell’art. 4 della l. n. 92 del 2012: ci si riferisce alle disposizioni relative alle dimissioni del lavoratore ed alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro subordinato, sottoposte ad una procedura, che prevede alternativamente la convalida in sede protetta ovvero la sottoscrizione di apposita dichiarazione del lavoratore in calce alla comunicazione di cessazione del rapporto al centro per l’impie-

⁸³ Sulla presunzione di lavoro subordinato anche nel caso in cui l’apporto di lavoro non presenti i requisiti richiesti dal comma 2, lett. a), del novello art. 69-bis d.lgs n. 276 del 2003, introdotto dalla stessa l. n. 92 del 2012 in relazione al contratto a progetto (per prestazioni lavorative correlate a competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi ovvero a capacità tecnico-pratiche raggiunte attraverso esperienze maturate nell’esercizio concreto di attività), cfr. L. GIASANTI, *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, cit., secondo cui la presunzione relativa di lavoro subordinato, che consente in ogni caso la prova contraria, è estesa ai casi in cui l’apporto di lavoro sia connotato da competenze di basso contenuto professionale e senza alcuna esperienza concreta.

go. Il rapporto di lavoro si intende risolto qualora il lavoratore non aderisca all'invito da parte del datore di lavoro di adempiere ad una delle due precedenti ipotesi.

Ed ancora, una speciale procedura di stabilizzazione dei rapporti di associazione in partecipazione in essere è stata prevista dall'art. 7-*bis*, d.l. n. 76 del 2013, inserito con la legge di conversione n. 99 del 2013: possono essere stipulati, con le associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, appositi contratti collettivi, anche aziendali, che contemplino, entro tre mesi dalla stipulazione dell'accordo, l'assunzione con contratto a tempo indeterminato, eventualmente anche in apprendistato, «di soggetti già parti, in veste di associati, di contratti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro», previo versamento presso la gestione separata dell'INPS di un contributo pari al cinque per cento della quota di contribuzione a carico degli associati⁸⁴.

Non è questa la sede per dilungarsi ancora su altri dati normativi⁸⁵. È evidente l'incertezza con la quale si sta muovendo il legislatore, costretto più volte a modificare la disciplina, tra presunzioni ed eccezioni, talvolta senza prendere in considerazione le peculiarità del rapporto, previste dalle norme generali del codice civile. Né si comprende perché il testo di legge, malgrado modificato più volte, debba continuare a presentare elementi di ambiguità, senza che vengano approntate adeguate verifiche sull'impatto della norma nuova rispetto al contesto delle disposizioni preesistenti⁸⁶. Si immagina che l'evoluzione normativa in materia di apporti in associazione in partecipazione non sia affatto completata. Resta fermo, però, che la struttura della figura contrattuale in esame si presta ad un utilizzo variegato e non debba ritenersi che limiti e sanzioni previste

⁸⁴ La procedura comporta la sospensione degli effetti dei provvedimenti amministrativi o giurisdizionali in essere: si prevede la sottoscrizione di appositi atti conciliativi con i lavoratori interessati, ai sensi dell'art. 410 c.p.c.

⁸⁵ Ad esempio, in materia di sanatoria *ex l.* 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014), per i rapporti di associazione in partecipazione, le cui modalità di svolgimento della prestazione lavorativa abbiano caratteristiche proprie della subordinazione.

⁸⁶ In generale, sulla scarsa qualità delle regole introdotte dal legislatore, A. NUZZO-P. TULLIO, *La legislazione d'impresa dell'ultimo quinquennio: quantità più che qualità*, in *An. giur. econ.*, 2013, 395 ss. Sulla possibilità di migliorare la qualità degli interventi legislativi, una volta individuate le cause, M. RUBINO DE RITIS, *Contro la volatilità delle regole per le imprese. Principi di slow e easy law*, in *www.giustiziacivile.com*, 30 settembre 2014.

dalla disciplina da ultimo analizzata possano diminuirne la diffusione, anche attraverso forme ibride di apporto, costituite in parte da una prestazione lavorativa e in parte dall'attribuzione di beni. Del resto, là dove si debba realizzare un prodotto complesso, neanche necessariamente materiale (ad esempio, un *software*, con annessa prestazione di assistenza al suo corretto funzionamento per la durata del contratto), l'associazione in partecipazione resta una forma contrattuale adeguata a regolamentare il rapporto, anche là dove, come esaminato, si vogliano stabilire retribuzioni in parte in misura fissa e in parte variabile, parametrize a determinati risultati ⁸⁷.

⁸⁷ Sui metodi convenzionali di determinazione della partecipazione agli utili, v. *supra* par. 7. Sui rapporti tra gli artt. 2102 e 2549 c.c., fra molti, E. GRAGNOLI-M. CORTI, *La retribuzione*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in M. PERSIANI-F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. 4, t. 1, Padova, 2012, 1469 ss.