

Cendon / Book
DIRITTO CIVILE
Professional

IL CONTRATTO DI ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

Paolo Basso



L'autore

Paolo Basso è Avvocato cassazionista del Foro di Biella.

Per la Casa Editrice Giuffr  ha pubblicato:

- monografia "Il diritto di abitazione" nella collana "Il diritto privato oggi" diretta da Paolo Cendon
- monografia "Il diritto di ritenzione" nella collana "Il diritto privato oggi" diretta da Paolo Cendon
- commento agli artt. 1261-1262-1263-1377-2041-2042 nel "Commentario al Codice Civile" diretto da Paolo Cendon.

Autore di numerose pubblicazioni, in particolare in materia contrattuale, su www.personaedanno.it

E' stato relatore in Convegni curati dall'Associazione Personaedanno, dalla casa Editrice Giuffr  e dall'Ordine degli Avvocati di Biella.

L'Opera

Il contratto di associazione in partecipazione merita pi  considerazione di quanta sinora gli   stata attribuita, data la sua grande utilit  e duttilit  atta a consentire una forma collaudata di partecipazione al lavoro, tanto pi  utile in tempi, quali i nostri, che assistono alla crisi delle forme tradizionali, compresa quella cooperativa.

Il nostro Codice Civile dedica pochi articoli (dal 2549 al 2553) al contratto ma, nel tempo, si sono aggiunte norme extracodicistiche (contenute nella legge Biagi e nella legge Fornero) per cui, oggi, la disciplina   distribuita fra il Codice e le leggi speciali.

Il Legislatore, come sovente accade e soprattutto in materia contigua al mondo laburistico, ha mantenuto e mantiene tuttora un atteggiamento schizofrenico, da un lato intervenendo sulla disciplina per tentare di adattarla ad un nuovo e pi  proficuo utilizzo e, dall'altro lato, limitandone l'ambito di applicazione con un atteggiamento quasi di sospetto punitivo.

Questo scritto non ambisce ad innovare la dottrina (se non, con modestia, in pochi aspetti) ma si spera sia utile, soprattutto grazie agli ampi richiami giurisprudenziali laddove esistenti, per riassumere chiaramente e sistematicamente quale, oggi,   l'istituto e quindi sia utile a tutti gli operatori del diritto per promuovere un pi  ampio utilizzo del contratto di associazione in partecipazione.

Saranno gradite le osservazioni dei lettori, sar  gradita la diffusione di questo scritto ma sar  ancora pi  gradita la diffusione del contratto a cui l'Autore ha dedicato la sua fatica.

INDICE

Capitolo Primo

NOZIONE, NATURA DEL CONTRATTO, FONTI NORMATIVE, FORMA, PUBBLICITA' E PROVA

1. Nozione, natura e fonti normative
2. L'associazione in partecipazione quale contratto aleatorio
3. Conseguenze sulla prescrizione dei diritti
4. L'associazione in partecipazione quale contratto di rete?
5. Forma del contratto, regime della prova e pubblicità

Capitolo Secondo

LE PARTI DEL CONTRATTO

1. Le società, i minori e gli incapaci
2. Associazione fra professionisti
3. Modificazioni soggettive ed il necessario carattere bilaterale

Capitolo Terzo

L'ASSOCIANTE: DIRITTI ED OBBLIGHI

1. L'associante: diritti ed obblighi in generale
2. Il concetto di impresa e di affare
3. I poteri di gestione
4. La gestione affidata all'associato
5. Il divieto di concorrenza

Capitolo Quarto

L'ASSOCIATO: DIRITTI ED OBBLIGHI

1. Il limite numerico
2. La partecipazione agli utili
3. La partecipazione alle perdite

4. Il diritto alla restituzione dell'apporto (rinvio)
5. Il potere di controllo
6. Il diritto al rendiconto e la relativa azione
7. L'apporto e la sua valutazione
8. L'apporto di denaro, di beni o diritti
9. L'apporto di garanzia
10. L'apporto di opera
11. L'apporto di lavoro
12. Il divieto di concorrenza

Capitolo Quinto

PLURALITA' DI ASSOCIAZIONI IN PARTECIPAZIONE E RAPPORTI CON I TERZI

1. Pluralità di associati
2. La cessione del contratto
3. Rapporti con i terzi

Capitolo Sesto

SCIOGLIMENTO DELL'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE E SUE CONSEGUENZE

1. Il termine finale ed il recesso
2. Il compimento dell'affare ed il mutuo dissenso
3. La risoluzione per inadempimento
4. La risoluzione per impossibilità sopravvenuta
5. L'eccessiva onerosità e la rescissione per lesione
6. Il fallimento e la morte
7. La cessione dell'azienda, la fusione e la scissione
8. Le conseguenze dello scioglimento

Capitolo Settimo

ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE ED ISTITUTI AFFINI

1. Il lavoro subordinato
2. Le società
3. L'associazione temporanea di imprese
4. Il mutuo
5. Gli strumenti finanziari ex art. 2346 6° co. c.c.
6. Le azioni correlate
7. Il patrimonio destinato
8. La locazione
9. Il comodato
10. L'impresa familiare

Capitolo Ottavo

CASI E FORME PARTICOLARI DI ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

1. La partecipazione dei lavoratori agli utili
2. La gestione della farmacia
3. La gestione della rivendita di giornali o di generi di monopolio

Capitolo Nono

DISCIPLINA PROCESSUALE E CENNI DI DISCIPLINA PENALE

1. La competenza per materia
2. La competenza per territorio per valore
3. Il sequestro giudiziario, il provvedimento d'urgenza e l'azione di rendiconto
4. L'appropriazione indebita
5. La bancarotta fraudolenta
6. L'usura

Capitolo Decimo
CENNI DI TRATTAMENTO AMMINISTRATIVO

1. Il registro delle imprese
2. La certificazione
3. L'associato d'opera e la normativa antinfortunistica
4. L'associato d'opera e l'Inps

Capitolo Undicesimo
CENNI DI TRATTAMENTO TRIBUTARIO

1. Le imposte dirette
2. Le imposte indirette: l'IVA
3. Le imposte indirette: l'imposta di registro

Capitolo Primo

NOZIONE, NATURA DEL CONTRATTO, FONTI NORMATIVE, FORMA, PUBBLICITA' E PROVA

▪ *E' discusso se il contratto abbia natura associativa oppure di scambio e dunque la sua disciplina, ove necessario, debba essere integrata mediante ricorso, rispettivamente, alla disciplina delle società oppure alla disciplina generale del contratto*
Non è necessaria la presenza di un'impresa, essendo sufficiente un'attività economica a scopo di lucro. E' un contratto intuitu personae. Non può essere un contratto di rete

APPLICAZIONI - Il profilo maggiormente problematico è quello concernente l'individuazione della natura del contratto al fine di individuare le fonti di integrazione normativa per analogia.

ASPETTI PROCESSUALI, PENALI, AMMINISTRATIVI, TRIBUTARI - Il contratto di associazione in partecipazione è consensuale, di collaborazione, bilaterale, sinallagmatico, di straordinaria amministrazione, *intuitu personae*, associativo, aleatorio, i cui diritti e doveri si prescrivono nel termine decennale, a forma libera salva la forma richiesta dalla natura dell'apporto. Non può essere un contratto di rete.

ULTIME - Il contratto di associazione in partecipazione a natura sinallagmatica con corrispettività fra l'obbligo dell'associante di far partecipare l'associato all'ammontare degli utili subordinatamente al risultato economico dell'impresa. Cassazione civile 17 aprile 2014, n. 8955.

CASISTICA

● Trib. Catania 3 luglio 1985 ha configurato l'associazione in partecipazione in un contratto con cui il titolare di una scuola si avvaleva di insegnanti limitandosi a coordinare l'attività di insegnamento, senza poteri disciplinari, e pagando acconti mensili con conguaglio a fine anno in funzione degli utili rendicontati.

SOMMARIO

1. Nozione, natura e fonti normative
2. L'associazione in partecipazione quale contratto aleatorio
3. Conseguenze sulla prescrizione dei diritti
4. L'associazione in partecipazione quale contratto di rete?
5. Forma del contratto, regime della prova e pubblicità

1. Nozione, natura e fonti normative

Legislazione: Cost. 36 - c.c. 2549, 2550, 2551, 2552, 2553 - c.p.c. 409 – art. 77 r.d. 16.3.1942, n. 267 Disciplina del fallimento – D.Lgs. 10.9.2003 n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla l. 14 febbraio 2003, n. 30) – l. 28.6.2012 n. 92 – D.L. 18.10.2012 n. 179

Bibliografia: Ferri 1969 - Costi-Di Chio 1991-

Il codice civile non fornisce la nozione del contratto di associazione in partecipazione ma all'art. 2549 ne indica solo il contenuto mediante riferimento alle principali obbligazioni delle parti ed ha operato la scelta del suo inserimento nel libro quinto dedicato al lavoro (e non nella libro quarto dedicato alle obbligazioni ed ai contratti) sebbene esso non implichi l'esistenza di un'impresa, pur essendo comunque necessaria un'attività economica caratterizzata da scopo di lucro (Cass. 6 agosto 1982, n. 4411, *MGC*, 1982, 8; Costi-Di Chio 1991, 915).

Si può comunque definire come contratto consensuale (art. 1376 c.c.), di collaborazione poiché prevede il conseguimento di un risultato comune (Cass. 7 ottobre 1982, n. 5136, *MGC*, 1982, 9), bilaterale (anche quando gli associati siano più di uno) e sinallagmatico (Cass. 17 aprile 2014, n. 8955, *D&G*, 2014) con corrispettività fra l'attribuzione da parte dell'associante all'associato di una quota degli utili o, meglio, fra l'obbligo dell'associante di farlo partecipare all'ammontare degli utili subordinatamente al risultato economico dell'impresa, e l'apporto conferito dall'associato. Il rapporto sinallagmatico, invece, non intercorre con la partecipazione alle perdite, che non costituisce contenuto necessario del negozio e dunque è soltanto eventuale (Costi-Di Chio 1991, 916).

È un contratto di durata, di straordinaria amministrazione (art. 375 c.c.) e da tempo si discute se abbia natura associativa oppure di scambio e l'interrogativo non è accademico ma si traduce nell'esigenza di individuare le norme atte a colmare le lacune normative dell'istituto nella disciplina delle società (se si ravvisa una natura associativa) oppure nella disciplina generale del contratto (se si ravvisa una natura di scambio).

Secondo alcuni la reciproca collaborazione e comunione di obiettivi farebbe optare per la natura associativa, confermata sia dal carattere di aleatorietà del risultato economico sia dalla necessità del consenso degli altri associati a riprova che non trattasi di un semplice contratto di scambio (Ferri 1969, 390) mentre secondo altri sarebbe prevalente il rapporto sinallagmatico ossia la natura di scambio, soprattutto in ragione della difficoltà di distinguerlo dalla società qualora gli si riconoscesse natura associativa, sebbene sia assente il fondo comune. La giurisprudenza è orientata in questo secondo senso (Cass. 18 giugno 1987, n. 5353, *MGC*, 1987, 6; Trib. Monza 3 maggio 2000, in *GMil*, 2000, 351).

In realtà, a mio parere, i rilievi di coloro che rifiutano la natura associativa del contratto ed in particolare il rilievo sul fatto che l'interesse dell'associato è limitato agli utili mentre quello dell'associante è esteso all'incremento dell'azienda e dell'avviamento non paiono insuperabili, considerato che, se il contratto è funzionale ad un solo affare, l'interesse delle due parti coincide nel trarre il maggior utile possibile dall'affare medesimo mentre, invece, se il contratto è funzionale all'esercizio continuativo di un'impresa, l'interesse delle due parti pare coincidere ugualmente poiché l'incremento dell'azienda e dell'avviamento è fonte di maggiori utili futuri, di cui beneficerà anche l'associato. Si consideri anche che attuerebbe il contratto in malafede l'associante che gestisse l'affare o l'impresa in modo da privilegiare gli incrementi a scapito degli utili.

Probabilmente coglie nel segno chi ascrive il contratto ad una terza categoria ossia alla categoria dei contratti parziari (Ferri 1958, 1435), sebbene tale soluzione agnostica renda più difficoltosa l'integrazione in caso di lacune normative.

È pacifico che l'associazione in partecipazione non crea alcun soggetto di diritto nuovo od alcun patrimonio separato. L'apporto dell'associato entra nel patrimonio dell'associante e dunque, alla cessazione del contratto, l'associato non avrà alcun diritto alla quota dell'avviamento o degli incrementi aziendali e, se ciò è previsto, il contratto non rientra più nello schema tipico dell'associazione in partecipazione trasformandosi in un contratto complesso (Cass. 24 giugno 2011, n. 13968, *MGC*, 2011, 6, 953).

La mancanza di un fondo comune caratterizza la differenza con la società mentre la differenza con un normale finanziatore risiede nella mancanza, in capo a quest'ultimo, di qualsivoglia diritto di partecipazione agli utili, avendo egli, invece, il diritto di avere restituito il finanziamento.

E' certo ormai che il contratto è caratterizzato da *intuitus personae* stante quanto disposto dall'art. 69 *bis* 2° co. lett. a) D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro), secondo cui si applica una presunzione di lavoro subordinato qualora l'apporto dell'associato non sia connotato da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi.

In tema di appalti pubblici il divieto di associazione in partecipazione di cui all'art. 37 9° co. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 attiene alle possibili forme di associazione ai fini della partecipazione alle relative gare e non al rapporto interno tra l'impresa offerente ed i suoi collaboratori (T.A.R. Sicilia 22 novembre 2011, n. 2158, *FA*, 2011, 11, 3723).

2. L'associazione in partecipazione quale contratto aleatorio

Bibliografia: Ferri 1969 - Costi-Di Chio 1991

L'associazione in partecipazione è un contratto aleatorio, in quanto l'obbligo dell'associante, corrispettivo all'obbligo di apporto dell'associato, si realizza nell'attribuzione di una parte degli utili dell'impresa o dell'affare se ed in quanto tali utili risultino dalla gestione (Santoni 1985, 523): quindi a fronte di una prestazione certa (l'apporto) vi è una prestazione incerta (la corresponsione degli utili), sebbene sia utile specificare che l'associato si assume il rischio della fortuita mancanza di utili ma non quello della colpa della controparte contrattuale (l'associante).

Le Commissioni di certificazione del contratto tendono a negarla quando è previsto un guadagno minimo garantito anche in mancanza di utili da dividersi ma la giurisprudenza è di diverso avviso e ritiene che la natura aleatoria sia rispettata ancorché risulti pattuita una quota fissa da riconoscersi in ogni caso all'associato, purché l'entità della stessa non possa ritenersi compensativa del lavoro prestato, avuto riguardo ai criteri parametrici di cui all'art. 36 Cost. (Cass. 18 aprile 2007, n. 9264, *FI*, 2007, I, 10).

Tuttavia l'alea è limitata per l'associato, nel senso che egli non potrà perdere più del valore del suo apporto.

Pertanto non saranno applicabili la rescissione per lesione e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Conseguenze sulla prescrizione dei diritti

Le obbligazioni derivanti dal contratto di associazione in partecipazione hanno natura di credito e dunque sono assoggettate al termine ordinario decennale di prescrizione previsto dall'art. 2946 c.c.

Ogni sopravvenienza che possa costituire utile dell'affare o dell'impresa va considerata come diritto di credito singolo, che può essere azionato appena sorge e da tale momento decorre il termine prescrizioneale.

4. L'associazione in partecipazione quale contratto di rete?

Legislazione: Cost. 36 - c.c. 2549, 2550, 2551, 2552, 2553 – l. 9 aprile 2009, n. 33 (legge 9 aprile 2009, n. 33, Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi).

Il contratto di rete è disciplinato dall'art. 3, co. 4 *ter*, 4 *quater* e 4 *quinquies* legge 9 aprile 2009, n. 33 (legge 9 aprile 2009, n. 33, Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5,

recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi) e consiste in un accordo con il quale più imprenditori si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato.

Gli elementi che, a mio parere, rendono difficile o financo impossibile configurare la partecipazione ad un contratto di rete mediante l'associazione in partecipazione sono:

- la necessità che il contratto di rete sia stipulato tra imprenditori, mentre l'associato in partecipazione può anche non rivestire tale qualità;
- la necessità che l'attività posta a base della rete abbia carattere "comune", come espressamente previsto dal co. 4 *ter* lett. b), mentre, invece, l'attività a cui l'associato partecipa non è comune ma resta esclusiva dell'associante;
- i diritti e gli obblighi assunti dall'impresa partecipante in base al programma di rete mal si conciliano con i limiti posti ai diritti ed agli obblighi dagli art. 2549 e segg. c.c.;
- la previsione di un fondo patrimoniale comune, mentre nell'associazione in partecipazione è esclusa l'esistenza di un fondo comune poiché, diversamente, si configurerebbe un rapporto di società e non di associazione in partecipazione;
- la previsione di accordi circa le modalità di gestione del fondo comune, mentre nell'associazione in partecipazione la gestione dell'azienda resta prerogativa esclusiva dell'associante (sebbene con la possibilità di una parziale delega all'associato);
- la previsione dell'istituzione di un organo comune incaricato di eseguire il programma di rete, mentre nell'associazione in partecipazione l'esecuzione del programma aziendale spetta esclusivamente all'associante.

5. Forma del contratto, regime della prova e pubblicità

Bibliografia: Messineo 1954 – Ferri 1958 – Ghidini 1958 - De Ferra 1973 – Dal Poz 2010

Il contratto di associazione in partecipazione non è soggetto ad alcuna forma e quindi può essere stipulato anche tacitamente per *facta concludentia*.

La forma scritta è richiesta, invece, *ad substantiam* qualora l'apporto sia costituito dalla proprietà o da un diritto reale su bene immobile o su bene mobile registrato e dunque qualora si realizza una delle fattispecie previste dall'art. 1350 c.c. o da qualche altra norma secondo il rinvio del n. 13 della medesima norma. In tal caso sarà necessaria la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata ai fini pubblicitari.

Si discute se, in tal caso, la forma scritta può essere limitata alle clausole relative all'apporto oppure deve investire l'intero contratto, sostenendosi da taluni la prima tesi (Ghidini 1958, 851) ma osservandosi, in contrario e giustamente, da altri

<<che è difficile immaginare l'escorporazione dal contratto di questa clausola che ne rappresenta l'elemento essenziale, rimanendo così monco il contratto di associazione in partecipazione della menzione della controprestazione dell'associato>> (De Ferra 1973, 25).

Un'antica giurisprudenza (Cass. 20 luglio 1962, n. 1977, *MFI*, 1962,592) ha sostenuto che la norma contenuta nell'art. 1350, n. 9, c.c. non sarebbe applicabile al contratto di associazione in partecipazione previsto dall'art. 2549 dello stesso codice e pertanto non sarebbe richiesta la forma scritta per il conferimento del godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari per un periodo superiore a nove anni o per un tempo indeterminato.

Poiché non vi è alcun motivo per escludere dall'ambito di applicazione della norma il contratto di associazione in partecipazione e poiché, anzi, la norma stessa sembra farvi espresso riferimento, giustamente la dottrina si è schierata in senso contrario, precisando che, in tali fattispecie, la forma scritta è richiesta (Ferri 1958, 1435; Messineo 1954, 6; Dal Poz 2010, 446).

La forma scritta e persino in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata è invece richiesta ai fini fiscali per poter dedurre dall'imponibile fiscale dell'associante gli utili corrisposti all'associato.

In tal caso la forma prevista deve investire il tipo di apporto conferito dall'associato, la specificazione se l'apporto è costituito da denaro e da altri valori, la quantificazione certa e precisa di