

COSTITUZIONE DI STARTUP INNOVATIVE SENZA L'INTERVENTO DEL NOTAIO – ILLEGITTIMITA'

Il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso del Consiglio Nazionale del Notariato, che era stato respinto dal TAR Lazio del 2017 e con sentenza del 29.3.2021 n. 2643 ha annullato il decreto del Ministero dello Sviluppo economico che permetteva la costituzione online e senza notaio delle società startup innovative.

Come è noto l'art. 4 del D.L. 3/2015 (conv. in L. 33/2015) al co. 10-bis prevedeva che “al solo fine di favorire l'avvio di attività imprenditoriale e con l'obiettivo di garantire una più uniforme applicazione delle disposizioni in materia di startup innovative e di incubatori certificati, l'atto costitutivo e le successive modificazioni sono redatti per atto pubblico ovvero per atto sottoscritto con le modalità previste dall'articolo 24 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82”.

La norma stabiliva anche che “l'atto costitutivo e le successive modificazioni sono redatti secondo un modello uniforme adottato con decreto del Ministro dello sviluppo economico e sono trasmessi al competente ufficio del Registro Imprese di cui all'articolo 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, e successive modificazioni”.

Ne conseguiva la possibilità di avvalersi, in alternativa alla “tradizionale” costituzione tramite atto pubblico notarile, della modalità “digitale”.

Il perfezionamento dell'iter costitutivo della s.r.l., con iscrizione nella sezione speciale, prevedeva, secondo quanto anche disposto dal D.M. 17.2.2016, che ogni “controllo” fosse attribuito agli uffici del Registro Imprese.

Contro tale opportunità si è mosso il Consiglio Nazionale del Notariato con una serie di argomentazioni rispetto alle quale Il TAR Lazio nel rigettare il ricorso del C.N.N., era pervenuto alla conclusione che:

- a) il D.M. non aveva travalicato la norma primaria (l'art. 4, co. 10-bis del D.L. 3/2015), disciplinando la costituzione “semplificata” delle startup innovative come mera opzione alternativa, ossia senza “eliminare” la via “ordinaria” dell'atto pubblico;
- b) i poteri spettanti al Registro Imprese fossero idonei ad assicurare il controllo sostanziale – e non solo “formale” – in sede di costituzione della società, ritenendo sufficiente la copertura normativa di cui al D.P.R. 581/1995 che demanda all'Ufficio, prima dell'iscrizione, l'accertamento delle necessarie condizioni di legittimità e regolarità.

Accoglieva invece in parte il ricorso annullando parzialmente il D.M. 17.2.2016 nella parte in cui consentiva il passaggio “automatico” alla sezione ordinaria per le società costituite ex art. 24 C.A.D. (Codice Amministrazione Digitale).

La sentenza del Consiglio di Stato del 29.3.2021, n. 2643.

In riforma della decisione del TAR Lazio è intervenuto il Consiglio di Stato:

- il D.M. 17.2.2016 avrebbe effettivamente “abrogato” la possibilità di costituire le startup innovative anche per atto pubblico, imponendo la costituzione con atto sottoscritto ex art. 24 C.A.D. come “unica via”;
- la “competenza” degli uffici del Registro Imprese in termini di controlli “sostanziali” sarebbe insufficiente essendo non idoneo il citato D.M. (fonte di livello secondario, rispetto alla legge ordinaria) a conferire tali poteri;
- deve confermarsi l’annullamento, già avvenuto in primo grado, dell’art. 4 del D.M. circa il passaggio “automatico” in sezione ordinaria della startup cancellata dalla sezione speciale (che resta possibile solo per le startup costituite come s.r.l. tramite atto pubblico);

La decisione del Consiglio di Stato, come appare evidente, determina una situazione di particolare allarme per l’intero “mondo” delle startup.

Il provvedimento del Consiglio di Stato contiene un principio per il quale l’implementazione del modello semplificato ed alternativo alla costituzione per atto pubblico, di cui all’art. 4, co. 10-bis D.L. 3/2015 necessita dell’intervento del Legislatore apparendo chiara la necessità di novellare legislativamente e non soltanto attraverso regolamenti la disciplina dei poteri e delle competenze degli uffici del Registro Imprese.

Più precisamente il Consiglio di Stato ha così deciso: il D.M. ha “illegittimamente ampliato l’ambito dei controlli dell’ufficio del Registro Imprese, senza un’adeguata copertura legislativa che autorizzasse tale innovazione (...); di conseguenza, alla luce della natura del controllo effettuato dall’ufficio del Registro Imprese nel nostro ordinamento (...)” e ciò con “il concreto rischio di porsi in contrasto con la Direttiva UE 2017/1132 e 2009/11/CE” secondo cui è possibile non prevedere la forma dell’atto pubblico solo laddove sia previsto un controllo (sostanziale) preventivo, amministrativo o giudiziario. Controllo, quest’ultimo, non ritenuto dal Consiglio di Stato riconducibile ai poteri che, ad oggi, la disciplina primaria (L. n. 580/93 e D.P.R. n. 581/95) attribuisce agli Uffici del registro”.

Tutto ciò detto e considerata la inappellabilità della decisione del Consiglio di Stato appare evidente la necessità, ove si voglia “recuperare” la possibilità di costituire startup innovative secondo il sistema semplificato ex art. 10, co. 4-bis D.L. 3/2015, di un intervento del Legislatore che dovrebbe, uniformandosi alle indicazioni del Consiglio di Stato, prevedere in maniera chiara un ampliamento delle attribuzioni degli Uffici del registro, conferendo ai medesimi poteri di controllo sostanziali e non meramente formali, così soddisfacendo il requisito del “controllo” amministrativo o giudiziale richiesto dalle Direttive UE.

Tutto ciò ovviamente per il futuro, ma allo stato attuale non è chi non veda il grave rischio che incombe sulle attuali startup ove costituite non per atto pubblico ma in base al D.L. 3/2015 ed al D.M. 17.2.2016.

Le conseguenze potrebbero infatti determinare situazioni davvero critiche e dai risvolti imprevedibili, con la conseguenza che alcune startup potrebbero valutare necessario dar vita a nuove società con la conseguenza che, da un lato, vi sarebbe un notevole dispendio di risorse economiche e, dall’altro, cosa ancor più grave, si potrebbero determinare effetti gravemente negativi per le startup che costituite nella forma censurata hanno poi operato nel sistema.

Appare evidente quindi la necessità di un urgente intervento del Legislatore che tuteli gli operatori economici dalle gravi conseguenze che potrebbero derivare dalla sentenza del Consiglio di Stato.

Resta comunque il fatto che allo stato attuale non è possibile costituire startup innovative tramite atto sottoscritto ai sensi del C.A.D.

Da un lato quindi l’Unione Europea va nella direzione di consentire la costituzione ai sensi del C.A.D. anche alle altre società, dall’altro allo stato attuale ciò non è più consentito neppure alle startup innovative.

Alla luce di quanto sopra si consiglia, in attesa di un auspicabile intervento del legislatore, di astenersi dal costituire startup innovative senza l’intervento del Notaio e di mantenere viva l’attenzione sulla vicenda allo scopo di poter intervenire, ove si trattasse di startup innovative già costituite, nella maniera più opportuna.

Milano, 6 aprile 2021

*Avv. Prof. Giuseppe Fotino
Partner Law&Finance*