

Il Consiglio di Stato sulle Startup innovative

Il quadro normativo

L'art. 25 del d. l. 18 ottobre 2012 n. 179 (convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221) ha introdotto nell'ordinamento la società "start-up innovativa".

I commi 8 e seguenti disciplinano l'istituzione da parte delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura di una "apposita sezione speciale del registro delle imprese" ex art. 2188 c.c., a cui la start-up innovativa dev'essere iscritta, dettando al contempo le modalità di iscrizione.

In particolare, il comma 9 sancisce che "la sussistenza dei requisiti per l'identificazione della start-up innovativa [...] è attestata mediante apposita autocertificazione prodotta dal legale rappresentante e depositata presso l'ufficio del registro delle imprese"; il comma 12 indica le modalità di iscrizione "automatica" alla sezione speciale; i commi 14 e 15 stabiliscono le modalità di aggiornamento dei dati e il comma 16 prevede, infine, che la start-up innovativa è cancellata "d'ufficio dalla sezione speciale del registro delle imprese di cui al presente articolo, permanendo l'iscrizione alla sezione ordinaria del registro delle imprese", entro 60 giorni dalla perdita dei requisiti di cui al co. 2.

Il d.l. 24 gennaio 2015 n. 3 ha delineato all'art. 4 la disciplina delle "piccole e medie imprese innovative" (PMI innovative, come definite dalla raccomandazione 2003/361/CE). La legge di conversione 24 marzo 2015, n. 33, ha aggiunto all'art. 4 il co. 10-bis, che recita: "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 start-up innovative [...], l'atto costitutivo e le successive modificazioni di start-up innovative 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. 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 delle imprese di cui all'articolo 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, e successive modificazioni".

In attuazione di questa disposizione è stato adottato il DM 17/02/2016, recante "modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata startup innovative", il quale ha previsto che:

- in deroga all'art. 2463 c.c. i contratti di s.r.l. per la costituzione di start-up innovative "sono redatti in forma elettronica e firmati digitalmente a norma..., in totale conformità allo standard allegato sotto la lettera A al presente decreto, redatto sulle base delle specifiche tecniche del modello, di cui all'art. 2, comma 1" (art. 1, co. 1);

- che l'atto costitutivo e lo statuto “sono redatti in modalità **esclusivamente** informatica...” (art. 1, co. 2), non essendo “richiesta alcuna autentica di sottoscrizione” (co. 5);
- che detto “documento informatico”, una volta “formato”, è presentato all'ufficio del registro delle imprese, “redatto sulla base delle specifiche tecniche del formato elettronico elaborabile del modello, contenente le relative istruzioni per l'iscrizione, emanate dal Ministero dello sviluppo economico, e pubblicate sul sito internet del Ministero medesimo” (art. 2, co. 1);
- che l'ufficio del registro, effettuate le verifiche ivi indicate (art. 2, co. 2), dispone l'“iscrizione provvisoria” della società nella sezione ordinaria del registro, con apposita annotazione, e, su istanza dell'interessata, l'iscrizione nella sezione speciale ex art. 25 d. l. n. 179/2012 (conseguibile soltanto dopo l'iscrizione provvisoria; artt. 2 e 3);
- che in caso di cancellazione dalla sezione speciale per motivi sopravvenuti, la società “mantiene l'iscrizione in sezione ordinaria, senza alcuna necessità di modificare o ripetere l'atto, fino ad eventuale modifica statutaria” (secondo le regole ordinarie di cui all'art. 2480 c.c.; art. 4).

Il fatto

Con ricorso notificato in data 4 maggio 2016, il Consiglio Nazionale del Notariato ha chiesto l'annullamento del DM 17 febbraio 2016.

Con la sentenza del 2 ottobre 2017 n. 10004, il TAR Lazio ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti, con la sola eccezione di parte del terzo motivo di impugnazione del ricorso introduttivo del giudizio in primo grado, con il quale si censurava la circostanza per la quale “nel caso di perdita delle condizioni per l'iscrizione nella sezione speciale l'art. 4 del DM contemplerebbe il transito della s.r.l. nella sezione ordinaria del registro in assenza di qualsiasi controllo (formale o sostanziale) sulla sussistenza delle condizioni e dei requisiti a tal fine necessari e dunque in violazione del procedimento costitutivo disciplinato dalla legge”.

La decisione

Il Consiglio di Stato basa la sua pronuncia principalmente su **due ragioni giuridiche**.

In primo luogo, rileva che il potere esercitato dal Ministero attraverso il decreto impugnato non poteva avere alcuna portata innovativa dell'ordinamento, ovvero, nello specifico, non poteva incidere sulla tipologia degli atti necessari per la costituzione delle start up innovative, così come previsti dalla norma primaria.

Nel caso in esame, la fonte primaria, rappresentata dall'art. 4, comma 10-bis del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, si limita a rimettere ad un decreto la predisposizione del modello uniforme; quest'ultimo non poteva che interessare la sola modalità pratiche di redazione dell'atto costitutivo, continuando per il resto ad operare le regole tradizionali (la norma prevede testualmente che: "L'atto costitutivo e le successive modificazioni sono redatti secondo un modello uniforme adottato con decreto del Ministro dello sviluppo economico").

Da un altro punto di vista, il Consiglio di Stato evidenzia che il citato art. 4, comma 10-bis del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, contempla un'alternatività quanto alle modalità di costituzione: "l'atto costitutivo e le successive modificazioni di start-up innovative sono redatti per atto pubblico ovvero per atto sottoscritto con le modalità previste dall'articolo 24 del codice dell'amministrazione digitale".

Il decreto impugnato – recante le "modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata startup innovative" – che non poteva che avere un connotato meramente esecutivo, non si limita ad approvare un modello standard di atto costitutivo/statuto, prevedendo invece, tra l'altro, che "l'atto costitutivo e lo statuto, ove disgiunto, sono redatti in modalità **esclusivamente** informatica".

Quest'ultima disposizione, prevedendo quale unica possibilità di redazione dell'atto costitutivo e dello statuto quella "esclusivamente informatica", esclude – illegittimamente, in quanto in palese contrasto con la legge – l'altra delle due modalità alternative che il Legislatore aveva previsto per la costituzione della peculiare tipologia di società in discorso, vale a dire quella basata sulla redazione "per atto pubblico".

In secondo luogo, il Consiglio di Stato evidenzia che l'art. 2, comma 2, del DM impugnato prevede che l'ufficio del registro delle imprese fa una serie di verifiche.

Deve ricordarsi che, in base all'art. 11 della Direttiva 2009/101/CE "in tutti gli Stati membri la cui legislazione non preveda, all'atto della costituzione, un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario, l'atto costitutivo e lo statuto della società e le loro modifiche devono rivestire la forma di atto pubblico" (è di analogo tenore l'art. 10 della successiva Direttiva 2017/1132/UE).

È dunque evidente – per il Consiglio di Stato – che, in base alla disposizione dell'Unione europea, l'atto costitutivo e lo statuto delle società e le loro modifiche possono non rivestire la forma dell'atto pubblico se la legislazione prevede, all'atto della costituzione, un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario.

La dottrina è pressoché concorde nel riconoscere che al conservatore sia consentito un controllo meramente formale, tale dovendosi intendere quello che ha ad oggetto l'accertamento dei requisiti formali della domanda e, dunque, dell'autenticità della sottoscrizione del richiedente, della regolarità della compilazione del modello di domanda e dell'allegazione dei documenti dei quali la legge prescrive la presentazione.

Il controllo di regolarità dell'atto di cui viene chiesta l'iscrizione comprende peraltro altresì, nell'ambito della verifica del "concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione", di cui al secondo comma dell'art. 2189 cit., l'accertamento della corrispondenza dell'atto o del fatto del quale si chiede l'iscrizione a quello previsto dalla legge, espressamente indicato dal sesto comma dell'art. 11 del regolamento attuativo (d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581). Tale ulteriore controllo viene usualmente denominato controllo c.d. qualificatorio, in quanto il conservatore non deve limitarsi a ricevere l'atto e a verificare la regolarità e la completezza della domanda sotto il profilo formale, ma deve altresì procedere alla qualificazione dell'atto presentato per l'iscrizione, onde accertare se sia conforme al modello di atto previsto dalla legge per il quale è prescritta l'iscrizione.

Anche tale tipologia di controllo, seppur con diverse sfumature da parte dei commentatori, viene tendenzialmente ricondotto alla sola "formale verifica della corrispondenza tipologica dell'atto da iscrivere a quello previsto dalla legge". In questo senso si esprime la giurisprudenza maggioritaria del Giudice del Registro delle Imprese.

Il Consiglio di Stato conclude che l'atto amministrativo impugnato ha illegittimamente ampliato l'ambito dei controlli dell'Ufficio del Registro dell'impresa, senza un'adeguata copertura legislativa che autorizzasse tale innovazione. Di conseguenza, alla luce della natura del controllo effettuato dall'Ufficio del Registro nel nostro ordinamento, non appaiono infondati i dubbi dell'appellante circa la possibilità di ovviare alla modalità tradizionali di costituzione delle società, pena il concreto rischio di porsi in contrasto con la Direttiva citata.

Pertanto, nel complesso, i punti critici sono due: il primo riguarda la previsione del decreto ministeriale secondo cui "l'atto costitutivo e lo statuto, ove disgiunto, sono redatti in modalità esclusivamente informatica". L'avverbio ("esclusivamente") esclude "illegittimamente, in quanto in palese contrasto con la legge – l'altra delle due modalità alternative" basata sulla redazione "per atto pubblico", prevista dal decreto del 2015.

Il secondo riguarda la normativa europea 2009/101 (articolo 11), la quale afferma che, "in tutti gli Stati membri la cui legislazione non preveda, all'atto della costituzione, un controllo preventivo, amministrativo o giudiziario, l'atto costitutivo e lo statuto della società e le loro modifiche devono rivestire la forma di atto pubblico". Se invece c'è un controllo preventivo, l'atto può non essere pubblico.

Qui interviene **il secondo aspetto di illegittimità del decreto del 2016**, che riguarda l'ampliamento nell'ambito "dei controlli dell'Ufficio del Registro delle imprese, senza un'adeguata copertura legislativa che autorizzasse tale innovazione". La Corte ha ricordato le prerogative di "controllo meramente formale" dell'organismo istituito presso le varie camere (commercio, industria, artigianato e agricoltura), Insomma, il Registro delle imprese non può entrare nel merito in seconda battuta e la via informatica senza notaio non è praticabile.

Considerazioni

La decisione del Consiglio di Stato determina una possibile **emergenza normativa e regolamentare**.

Infatti, sebbene la questione dell'atto pubblico/atto sottoscritto ex art. 24 C.A.D. possa essere risolta anche con una più chiara formulazione della disciplina regolamentare, cioè del D.M., il Consiglio di Stato ha affermato un principio che chiama in causa direttamente il legislatore, ossia quello per cui 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 di una revisione a monte della disciplina legislativa dei poteri e delle competenze degli Uffici del registro.

Anche se il giudizio ha avuto ad oggetto la fonte secondaria (il D.M.), il suo esito ha messo in luce le carenze della normativa primaria (il D.L. 3/2015). Il legislatore dovrebbe quindi, secondo le indicazioni del Consiglio di Stato, intervenire direttamente sulle attribuzioni degli Uffici del registro, conferendo ai medesimi poteri di controllo sostanziali e non meramente "esteriori" o formali (così soddisfacendo il requisito del "controllo" amministrativo o giudiziale richiesto dalle Direttive UE).

Per quanto riguarda la "*serena operatività*" delle startup fino ad oggi costituite in base al D.L. 3/2015 ed al D.M. 17.2.2016, appare difficilmente teorizzabile un travolgimento retroattivo degli atti costitutivi (e degli statuti). È anche vero, tuttavia, che il dubbio sollevato dal Consiglio di Stato circa la intrinseca conformità di tali atti rispetto alla disciplina delle Direttive europee è tale da poter determinare serie criticità operative. Il che potrebbe ad esempio spingere taluni operatori a convergere su un passaggio a "nuove costituzioni" prudenziali, con un inutile dispendio di risorse economiche.

Su tale aspetto sembra ancor più urgente un chiarificatore e "preventivo" intervento che metta al riparo tali operatori economici da incertezze e difficoltà operative, se non altro nella prospettiva del legittimo affidamento da essi riposto nella disciplina.