

LE START-UP INNOVATIVE DEVONO ESSERE COSTITUITE DAL NOTAIO

di Cinzia De Stefanis

Massima della commissione societaria del notariato di Milano del 27/4/21 n. 197 recante
«**Modificazione statutaria di società viziata da una causa di nullità**».

Analisi della legittimità delle modifiche statutarie di società viziata da una causa di nullità

Anche le start up innovative costituite senza notaio, dopo la pronuncia del Consiglio di Stato, sono affette da nullità

Decreto – Legge 25 maggio 2021, n. 73

Decreto – Legge 8 aprile 2020, n. 23 convertito dalla L. 5 giugno 2020, n. 40

- Schema di sintesi

Sono da considerarsi legittime le modificazioni statutarie deliberate dalle società per azioni o dalla società a responsabilità limitata e iscritte nel registro delle imprese pur in presenza di una delle cause di nullità di cui all'art. 2332 c.c.. In quanto non vi sono in linea di principio ragioni di incompatibilità delle modifiche statutarie stesse con la sussistenza di un vizio di nullità.

È quanto si legge nella massima n. 197 della commissione societaria del notariato di Milano del 27/4/21 recante «Modificazione statutaria di società viziata da una causa di nullità».

Il principio espresso con la massima in commento rende ammissibile la start up innovativa costituita senza notaio. Dunque, dopo la pronuncia di nullità è possibile la sanatoria eliminandone le cause.

Schema di sintesi

<p>Sentenza Consiglio di Stato su start up innovative</p>		<ul style="list-style-type: none"> • Il Consiglio di Stato (Sezione sesta), con la sentenza del 4 marzo 2021, n. 2643/2021, pubblicata il 29 marzo 2021, accogliendo il ricorso del Consiglio Nazionale del Notariato e riformando la sentenza del TAR del Lazio n. 10004 del ottobre 2017, ha sancito l'illegittimità del decreto ministeriale del 17 febbraio 2016, che consentiva la costituzione di Start-up innovative senza preventivo atto pubblico notarile, poiché l'assenza di verifiche sostanziali pone le norme italiane in contrasto anche con le disposizioni europee. • La sentenza, oltre a prevedere che a partire dal 29 marzo 2021 e fino a nuovo intervento del legislatore, le start-up italiane non potranno più costituirsi gratuitamente online ma dovranno obbligatoriamente ricorrere all'atto pubblico redatto di fronte ad un Notaio, ha generato interrogativi soprattutto in relazione a tutte quelle società che risultano costituite con modalità esclusivamente informatica e senza notaio (peraltro legittimata da una normativa allora in pieno vigore) e anche iscritte nel Registro nelle imprese e quindi perfettamente operative ma sulle quali pende una dichiarazione di nullità, in quanto viziata dalla mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico (art. 2332, comma 1, n. 1, Codice civile). • Ora, su questa complessa situazione è intervenuto opportunamente il Consiglio notarile di Milano con la nuova massima n. 197 del 27 aprile 2021, nella quale sono contenute alcune affermazioni di notevole rilevanza.
<p>Le cause di nullità previste dal codice civile</p>	<p>⇒</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Le modifiche statutarie sono valide anche se l'eventuale atto costitutivo di una società di capitali è affetto da una causa di nullità. Le cause di nullità. Ai sensi dell'art. 2332 del codice civile, avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, la nullità della società può essere pronunciata per: <ol style="list-style-type: none"> 1) mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma di atto pubblico; 2) illiceità dell'oggetto sociale; 3) mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale della società. • Allo scopo di non compromettere la validità degli atti regolarmente iscritti è poi previsto che la dichiarazione di nullità non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione nel registro delle imprese (comma 2) e che la nullità non può

		<p>essere dichiarata quando la causa di essa è stata eliminata e di tale eliminazione sia stata data pubblicità al registro delle imprese (c. 5). In altri termini, tutte le clausole di nullità possono essere sanate anteriormente alla sentenza di nullità che di fatto determina lo scioglimento della società nominando i liquidatori.</p>
<p>La posizione del notariato</p>	<p>⇒</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Nella prima parte della massima n. 197 si ritiene che le modificazioni statutarie deliberate da Spa o Srl iscritte nel registro delle imprese pur in presenza di una delle cause di nullità di cui all'art. 2332 c.c. siano legittime e omologabili, non essendovi in linea di principio, ragioni di incompatibilità delle modificazioni statutarie stesse con la sussistenza del vizio della nullità. • A tale riguardo, si legge nella motivazione della massima del notariato ambrosiano «pare del tutto idonea, come «eliminazione della causa di nullità» derivante dalla mancanza della forma dell'atto pubblico in sede di costituzione, la deliberazione con la quale l'assemblea straordinaria approva integralmente il testo vigente dello statuto, assoggettandolo così al controllo di legittimità del notaio chiamato a redigere il relativo verbale, per poi iscriverlo nel registro delle imprese. • In simili circostanze è il caso di precisare che tale sanatoria mediante approvazione del testo vigente dello statuto: <ul style="list-style-type: none"> (i) può ovviamente intervenire anche contestualmente a qualsiasi modificazione dello statuto sino a quel momento vigente, la cui validità peraltro prescinde dalla sanatoria stessa; (ii) non richiede il consenso unanime dei soci, essendo assoggettata alla regola maggioritaria al pari qualsiasi modificazione statutaria, a prescindere dalla sussistenza o meno di una causa di scioglimento o di nullità; (iii) non comporta, se assunta prima della sentenza che ai sensi dell'art. 2332, comma 4, c.c., dichiara la nullità e nomina liquidatori, la revoca dello stato di scioglimento ai sensi dell'art. 2487- ter c.c.». Ovviamente una volta intervenuta la sentenza di nullità, ex art. 2332, comma 4, le relative modificazioni statutarie dovranno essere assunte dagli organi preposti compatibilmente con lo stato di liquidazione in cui versa la società, e sono assoggettate alla disciplina dell'art- 2487- ter c.c. nel caso di revoca dello stato di liquidazione.
<p>Procedimento liquidazione</p>	<p>⇒</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La società nulla è pertanto una società perfettamente esistente, non solo per il passato, ma anche per il futuro, sino al termine del procedimento di liquidazione. • E ciò vale non solo per i rapporti tra la società e i soci (che non

		<p>sono liberati dai conferimenti) e per i rapporti tra la società e i terzi (i cui atti compiuti con la società mantengono efficacia), ma anche per l'organizzazione sociale.</p> <ul style="list-style-type: none"> • È infatti da considerarsi pacifico che gli organi della società debbano considerarsi esistenti e funzionanti secondo l'ordinaria disciplina dettata per ciascun tipo sociale, nonostante la sussistenza del vizio di nullità. • Di conseguenza, si deve giungere alla conclusione esposta nella massima in commento, allorquando gli organi sociali competenti (l'assemblea, di regola, o l'organo amministrativo, nei casi in cui sia dotato di tale competenza) assumano una deliberazione avente ad oggetto una modificazione statutaria, assoggettata al controllo di legittimità ai sensi dell'art. 2436 c.c. • La sussistenza di un pregresso vizio di nullità, in altre parole, non rappresenta di per sé una ragione dalla quale derivi l'illegittimità delle modificazioni statutarie o comunque la mancanza delle condizioni richieste dalla legge per la loro iscrizione nel registro delle imprese su richiesta del notaio che ha redatto il verbale dell'organo che le ha deliberate.
--	--	---

Le operazioni compiute prima dell'iscrizione

• Configurabilità società

- Prima dell'iscrizione non è configurabile alcuna società di capitali, seppure irregolare.
- Per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione è illimitatamente e solidamente responsabile verso i terzi chi ha agito.
- Peraltro, la riforma ha aggiunto alla responsabilità di chi agisce quella del socio unico fondatore e dei soci che nell'atto costitutivo o con atto separato hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione; in sostanza, la responsabilità non è solo di chi formalmente ha agito, quanto di chi ha assunto la decisione di agire e avviare, prima della definitiva conclusione del procedimento costitutivo, l'attività sociale.

• Pluralità di soci

- Quindi, nel caso di una pluralità di soci (i quali abbiano stipulato l'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata) è necessario in concreto accertare se e quali di loro abbiano effettivamente assunto tale decisione.

• Approvazione o meno delle operazioni compiute prima dell'acquisizione della personalità giuridica

- Va inoltre sottolineato che, con la nuova norma 2331 del c.c. (ed è questo un ulteriore aspetto che prima non era disciplinato e aveva originato svariati dubbi interpretativi) si attribuisce alla società la facoltà di decidere se approvare o meno le operazioni compiute prima dell'acquisizione della personalità giuridica, accollando su di sé, quindi, le responsabilità che ne derivano nei confronti dei terzi.
- La modifica è particolarmente significativa: infatti, con l'iscrizione nel Registro delle imprese, la società è posta nella condizione di ratificare o meno l'operato di chi ha agito in suo nome prima della sua nascita; ove decida in tal senso, la società neocostituita assume pertanto su di sé la responsabilità dell'operazione nei confronti dei terzi ed è tenuta a rilevare i soggetti che hanno compiuto l'operazione di quanto sopportato a tale titolo dai medesimi.

• Ratifica operazione

- Nel caso invece la società non opti per la ratifica dell'operazione, nessuna azione possono vantare i terzi nei suoi confronti, ferma restando invece la responsabilità solidale verso i terzi di coloro che hanno agito, del socio unico fondatore e di quelli tra i soci che nell'atto costitutivo o con atto separato hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione.

**Stessa
disciplina della
rappresentanza
contrattuale**

- In sostanza, è stato adottato, nella materia societaria, lo stesso assetto di regole che disciplina la materia della rappresentanza contrattuale: infatti, secondo le norme generali contenute negli artt. 1398 e 1399 c.c., chi contrae come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, non impegna il rappresentato, salvo che questi ratifichi l'operato del falso procuratore, assumendo su di sé gli oneri della pattuizione.

Cinzia De Stefanis

Venerdì 2 luglio 2021