

Documento del Consiglio notarile di Milano sulla sanatoria della nullità dell'atto costitutivo di Srl (Massima n. 197 del 27 aprile 2021)

Sentenza del Consiglio di Stato e cause di nullità

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2643 del 29 marzo 2021, ha annullato il decreto del Ministero dello Sviluppo economico del 17 febbraio 2016, che consentiva la costituzione di società a responsabilità limitata innovative per mezzo di atti redatti in forma elettronica e sottoscritti digitalmente, anche in assenza dell'autentica di sottoscrizione da parte del notaio.

Di conseguenza, a seguito di questa decisione, per l'iscrizione alla sezione ordinaria del Registro Imprese di una startup innovativa è richiesto un atto pubblico notarile.

Come è noto, ai sensi dell'art. 2332 del codice civile, avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, la nullità della società può essere pronunciata per:

- mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma di atto pubblico;
- illiceità dell'oggetto sociale;
- 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.

Pertanto, la sentenza del Consiglio di Stato ha in sostanza sancito la nullità di queste società in quanto viziate dalla "mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma di atto pubblico".

Tuttavia, occorre anzitutto rilevare che, ai sensi del medesimo articolo 2332 c.c., se la società è stata iscritta nel Registro delle imprese, essa è operativa finché non intervenga una sentenza che dichiari la sua nullità (co. 4). Anche in tal caso la società sarebbe comunque messa in stato di liquidazione, con la nomina dell'organo liquidatorio che ne assume la gestione.

Inoltre, la nullità non può essere dichiarata se viene eliminato il presupposto che l'ha causata e tale eliminazione viene iscritta nel Registro delle imprese (co. 5, cd. sanatoria).

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.

Pertanto, se vengono approvate modifiche statutarie attinenti a quei vizi dell'atto costitutivo che danno luogo a nullità della società e quindi preordinate a eliminare il vizio, non solo la deliberazione assembleare è pienamente valida, ma vale anche come eliminazione della causa di nullità (i.e. come sanatoria) con la conseguenza che la società non può più essere sciolta in dipendenza del vizio di nullità dell'atto costitutivo.

La massima del Consiglio notarile di Milano sulla sanatoria della nullità dell'atto costitutivo

Sulla situazione che si verifica a seguito dell'iscrizione nel Registro delle imprese di un atto costitutivo di società affetto da una causa di nullità è intervenuto il Consiglio notarile di Milano con la nuova massima n. 197 del 27 aprile 2021.

Nella massima n. 197 si ritiene, infatti, 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.

In particolare, la massima rileva preliminarmente che per le società iscritte nel Registro delle imprese:

- la pronuncia di nullità produce effetti analoghi a quelli derivanti dall'accertamento di una causa di scioglimento e apre quindi il procedimento di liquidazione;
- i soci non sono liberati dall'obbligo di conferimento, fino a quando non sono soddisfatti i creditori sociali, e la nullità non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione; la società, pertanto, deve reputarsi esistente a tutti gli effetti;
- le cause di nullità sono suscettibili di sanatoria, in quanto possono essere eliminate prima che intervenga la sentenza dichiarativa della nullità, purché "di tale eliminazione" sia "data pubblicità con iscrizione nel registro delle imprese".

Da ciò secondo la massima ne deriva che l'atto costitutivo, anche se viziato da nullità, una volta iscritto nel registro delle imprese produce comunque i suoi effetti e dà vita alla società come soggetto di diritto dotato di personalità giuridica, integralmente sottoposto alla disciplina, a seconda dei casi, del tipo s.p.a o s.r.l.

Pertanto, si legge nella motivazione della massima "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:

- può ovviamente intervenire anche contestualmente a qualsiasi modificazione dello statuto sino a quel momento vigente, la cui validità peraltro prescinde dalla sanatoria stessa;
- 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;
- 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."

Diversamente, una volta intervenuta la sentenza di nullità (ex art. 2332, co. 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 codicistica per la revoca dello stato di liquidazione (art. 2487-ter c.c.).

Gli effetti sulle startup innovative

Le startup innovative, pertanto, possono sanare il vizio, per sottarsi a una sentenza dichiarativa di nullità che la ponga in stato di liquidazione, in alcuni modi.

In primo luogo, si può pensare a una ripetizione dell'atto costitutivo nullo nella forma di atto notarile.

In secondo luogo, la sanatoria si può conseguire mediante una deliberazione assembleare che confermi il testo dello statuto vigente. In tal caso, non è richiesto il consenso unanime dei soci, essendo sufficiente una deliberazione adottata con il quorum occorrente per le modifiche allo statuto.

Nel caso in cui la deliberazione sanante intervenisse prima della sentenza che pronunci la nullità della società, non ci sarebbe la messa in stato di liquidazione.

Se, invece, tale deliberazione intervenisse durante la fase di liquidazione, si dovrebbe applicare la disciplina inerente alla revoca dello statuto di liquidazione (art. 2487-ter c.c.): così la deliberazione sanante potrebbe avere effetto dopo il decorso di sessanta giorni dalla data della sua iscrizione al Registro delle imprese, salvo che consti il consenso dei creditori della società o il pagamento dei creditori che non abbiano espresso il loro consenso. In caso di opposizione dei creditori, si aprirebbe un giudizio per verificare se la revoca dello stato di liquidazione provochi un pregiudizio ai creditori. Al tribunale, tuttavia, spetta la facoltà di disporre che la revoca della liquidazione abbia luogo nonostante l'opposizione.