

Marzo 2020

La non fallibilità delle start up innovative. Commento Tribunale di Genova, 3 novembre 2019, n. 3 – G.U. Lucca

Chiara Alessio, praticante avvocato, SLT – Strategy Legal Tax

MASSIMA NON UFFICIALE: *il quinquennio di esenzione dalle procedure concorsuali, che il legislatore ha previsto a vantaggio delle start up innovative, decorre dal giorno della costituzione della società, non già da quello dell'iscrizione nella Sezione speciale del Registro delle Imprese. Prima del decorso di detto termine, la società può solamente essere sottoposta alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento. Per accertare che quest'ultima sia stata avviata in un momento antecedente al decorso dei cinque anni, si tiene in considerazione il momento di effettiva instaurazione della procedura, non quello della richiesta di nomina del gestore della crisi. Tale richiesta, infatti, dà avvio ad una fase meramente eventuale e prodromica alla successiva procedura da sovraindebitamento.*

SOMMARIO: 1. Introduzione: le start up innovative – 2. Il fatto – 3. La non fallibilità “a tempo”: da quando inizia a decorrere il quinquennio di esenzione? – 4. Dove si fissa il momento di inizio di una procedura da sovraindebitamento? – 5. Conclusioni

1. Introduzione: le start up innovative

A partire dal 2012, si è deciso di introdurre nel nostro ordinamento una disciplina speciale per regolare le start up innovative¹. Dalla medesima (art. 25 del Dl. n. 179 del 2012²), esse vengono definite come società di capitali di diritto italiano– di qualunque tipologia, ricomprendendo dunque le forme sociali di s.r.l. (costituite anche in forma semplificata o a capitale ridotto), s.p.a., s.a.p.a. e società cooperativa– oppure come

¹ Se si guarda al panorama societario italiano, le start up innovative costituiscono un comparto certamente non irrilevante e soprattutto in grande crescita. Nel 2018, infatti, un report elaborato a livello ministeriale e con il coinvolgimento di Infocamere, ha compulsato la Sezione speciale del Registro delle Imprese e ha rilevato essere presenti, sul territorio italiano, circa 8.900 start up innovative, con un capitale sociale complessivo di oltre 499 milioni di Euro, in PROVERA V., *Start up apparente, poteri di verifica del Tribunale e assoggettamento al fallimento*, in *IlSole24Ore*, 17 ottobre 2018.

² Dl., 18 ottobre 2012, n. 179, testo completo disponibile su www.gazzettaufficiale.it.

Societas Europea (purché essa risulti residente in Italia, ai sensi dell'art. 73 del TUIR³). Le azioni (o quote) non possono essere quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione. Per poter essere classificata come *start up* innovativa è anche doveroso rispettare alcuni altri requisiti di ordine strutturale e organizzativo (e.g.: non devono essere trascorsi più di sessanta mesi dal momento della costituzione; l'oggetto sociale, esclusivo o prevalente, deve inerire lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi e ad alto valore tecnologico; la *start up* non deve né distribuire né aver distribuito utili e deve sostenere spese in ricerca e sviluppo in misura pari o superiore al 15% del maggior importo tra il costo e il valore della produzione e/o impiegare personale altamente qualificato per almeno un terzo della propria forza lavoro ovvero essere titolare, depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa a specifiche tipologie di invenzioni determinate *ex lege*; a partire dal secondo anno di attività il totale del valore della produzione annua, come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, non deve essere superiore a 5 milioni di Euro⁴) e di carattere formale (*ex plurimis*, l'iscrizione nella Sezione speciale e dedicata del Registro delle Imprese).

Capire con chiarezza quando ci si trovi di fronte ad enti che possano essere considerati come *start up* innovative è di cruciale importanza, stante la disciplina di favore che il legislatore ha deciso di accordare alle medesime. Allo scopo, infatti, di “favorire la crescita sostenibile, lo sviluppo tecnologico, la nuova imprenditorialità e l'occupazione, in particolare giovanile” e “contestualmente contribuire allo sviluppo di nuova cultura imprenditoriale, alla creazione di un contesto maggiormente favorevole all'innovazione, così come a promuovere maggiore mobilità sociale e ad attrarre in Italia talenti, imprese innovative e capitali dall'estero”⁵, si è deciso di creare detta nuova tipologia societaria e di cucirle addosso uno statuto *ad hoc*. Dalla lettura delle norme, emerge che le deroghe concesse rispetto alle ordinarie norme di diritto civile, commerciale, societario e fallimentare, poggiano sulla volontà di sostenere tali realtà imprenditoriali caratterizzate da un elevato rischio economico, dal momento che uniscono alla scommessa di qualunque *start up* quella dell'innovazione. Più nello specifico, le speciali norme di diritto concorsuale tendono a consentire l'accesso, da un lato, ad un procedimento liquidativo semplificato, veloce e snello, e, dall'altro, alla possibilità di un *fresh-start*, attraverso accordi di ristrutturazione e composizione dei debiti⁶.

³ TUIR: Testo Unico delle Imposte sui Redditi, DPR., 22 dicembre 1986, n. 917, testo completo disponibile su www.presidenza.governo.it.

⁴ Art. 25 Dl., 18 ottobre 2012, n. 179, testo completo disponibile su www.gazzettaufficiale.it.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Oltre alle norme di favore in ambito di gestione della crisi, si rammentano anche le importanti agevolazioni fiscali, e.g.: l'esenzione dall'imposta di bollo per l'iscrizione nel Registro delle Imprese, le detrazioni Irpef sulle spese per l'investimento, i crediti d'imposta per incentivare l'assunzione di personale qualificato, la possibilità di stipulare contratti a termine rinnovabili e di raccogliere fondi

2. Il fatto

La società (*) Naturale s.r.l., iscritta nella Sezione speciale del Registro delle Imprese dedicata alle *start up* innovative, depositò una proposta di accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento, professandosi esente dalla sottoposizione alle canoniche procedure concorsuali, essendo ancora pendente il quinquennio di esenzione da fallibilità, concesso ai sensi dell'art. 31 del Dl. n. 179 del 2012. La ricorrente, infatti, sosteneva che il conteggio dei suddetti cinque anni dovesse prendere avvio dal giorno dell'iscrizione nel Registro delle imprese, non da quello della costituzione della società, e, contestualmente, che la procedura da sovraindebitamento fosse stata instaurata a far data dal giorno della presentazione dell'istanza di nomina presso l'OCC, non da quello di instaurazione e iscrizione della procedura medesima. Sulla base di tali interpretazioni, si giunge a ben precise collocazioni temporali degli eventi rilevanti per la determinazione dell'avvenuto decorso o meno del quinquennio, che consentono alla (*) Naturale s.r.l. di affermare di aver instaurato la procedura da sovraindebitamento quando ancora l'esenzione quinquennale era pendente e dunque a buon diritto.

Il Tribunale genovese si trova alle prese con una duplice questione. In primo luogo, è chiamato a stabilire dove si debba collocare il *dies a quo* per il calcolo del quinquennio di esenzione dalla sottoposizione alle procedure concorsuali. Secondariamente, deve fare chiarezza su quale sia l'evento da classificarsi come il momento di inizio di una procedura da sovraindebitamento.

3. La non fallibilità “a tempo”: da quando inizia a decorrere il quinquennio di esenzione?

L'art. 31 del Dl. n. 179 del 2012 prevede che le *start up* innovative godano di una causa di esenzione dalle procedure concorsuali per un periodo di cinque anni⁷, a far data dal giorno della loro “costituzione”. È proprio su quest'ultimo termine che si fonda la decisione della Corte, la quale non accetta l'interpretazione della ricorrente, secondo cui il *dies a quo* del quinquennio dovrebbe essere individuato nella data di iscrizione nella Sezione speciale del Registro delle Imprese.

attraverso piattaforme online (cd. procedure di *crowdfunding*), gli incentivi fiscali per l'investimento di capitale da parte di privati, ecc., in PROVERA V., *Start up apparente, poteri di verifica del Tribunale e assoggettamento al fallimento*, in *IlSole24Ore*, 17 ottobre 2018.

⁷ Il legislatore ha scelto di porre un limite temporale alla non fallibilità delle *start up* innovative— tanto che sovente si parla di esenzione “a tempo”— per cercare di contemperare gli interessi dei diversi soggetti coinvolti. Da un lato, si concede l'esenzione alle *start up* perché si prende atto dei rischi e delle difficoltà connesse all'avvio di una intrapresa economica, a maggior ragione alla luce dell'alto valore di innovazione tecnologica. Dall'altro lato, si tutelano i terzi e i creditori, non imponendo agli stessi l'onere di dover subire una protezione da fallimento *sine die* a vantaggio della loro controparte.

Anzitutto, si deve considerare che una *start up* innovativa è tale sin dal momento della sua costituzione. A suffragare questa tesi si pone il fatto che la richiesta di essere iscritta nella Sezione speciale, dedicata appunto al tipo sociale in parola, viene avanzata dalla *start up* medesima sulla base di un'autodichiarazione di possesso dei requisiti necessari per essere considerata tale. Ciò riprova il fatto che tali caratteri sono propri della società già nella fase antecedente all'iscrizione. Così, essendo la *start up* innovativa meritevole di essere considerata tale anche prima del suo entrare a far parte del novero degli enti societari iscritti nella Sezione speciale, pare ragionevole far decorrere l'inizio del quinquennio di esenzione dalle procedure concorsuali (che costituisce una misura che il legislatore indirizza a tutte le *start up* innovative, non solo a quelle iscritte) già a far data dal giorno di detta costituzione. Il beneficio dell'esenzione, poi, accompagna la *start up* innovativa, pur limitatamente alla durata del quinquennio, fintanto che essa conserva tale *status*⁸. Quest'ultima considerazione conferma che la non fallibilità (per un massimo di cinque anni) è un carattere che si lega alle *start up* innovative in quanto tali, non in quanto iscritte nell'apposita Sezione speciale, e quindi merita di prendere vigore sin dal momento della loro costituzione.

Ancor più nel segno coglie l'argomento testuale: la *littera legis* lascia ben pochi margini di dubbio. L'art. 31, comma 4, del Dl. n. 179 del 2012, infatti, parla di "costituzione", non di "iscrizione nel Registro delle Imprese": i due termini vengono usati, e pertanto meritano di essere intesi, nel loro significato tecnico e specifico. Essi individuano due diversi momenti della vita societaria, che si pongono l'uno in successione all'altro ma non per questo perdono la loro individualità e autonomia. A corroborare la tesi per cui le due locuzioni non possano essere interpretate come sinonimi intercambiabili, si pone anche la constatazione che il legislatore, in altri punti della norma, si riferisce esplicitamente al momento dell'iscrizione nel Registro delle Imprese (come accade per

⁸ Nel caso in cui si verificano le circostanze di cui si dirà, la perdita della qualifica di *start up* innovativa si colloca temporalmente prima della cancellazione dalla Sezione speciale, la quale costituisce un evento conseguente. Più diffusamente: dopo l'iscrizione nella Sezione speciale del Registro delle Imprese, che di regola avviene sulla base di un'autocertificazione di possesso dei requisiti richiesti dall'art. 25 del Dl. n. 179 del 2012, si effettuano periodici controlli per verificare la permanenza in essere di detti requisiti. Inoltre, qualora la società si trovi in stato di insolvenza, l'autorità giudiziaria, in fase di istruttoria prefallimentare, può adoperarsi per accertare la presenza dei presupposti elencati nel suddetto articolo (Trib. Udine, 22 maggio 2018, n. 25); rimane poi in capo alla società (sedicente) *start up* l'onere di fornire, in via di eccezione, la dimostrazione della qualità di soggetto non fallibile, in perfetta applicazione delle regole generali in tema di onere probatorio *ex art. 1 l. fall.* In caso di esito negativo di queste verifiche, la società perde la qualifica di *start up* innovativa e con essa il privilegio della non fallibilità quinquennale e subisce la cancellazione dalla Sezione speciale del Registro delle Imprese. Si veda: PROVERA V., *Start up apparente, poteri di verifica del Tribunale e assoggettamento al fallimento*, in *IlSole24Ore*, 17 ottobre 2018

esempio al comma 2 del medesimo art. 31 del Dl. n. 179 del 2012⁹). Pertanto, se è vero che *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*, qualora il legislatore avesse voluto far decorrere il quinquennio a partire dall'iscrizione nel Registro delle Imprese, avrebbe indubbiamente adoperato la locuzione tecnica corrispondente, come ha dimostrato di essere solito fare.

Alla luce di quanto detto, la Corte conclude affermando che la non fallibilità– e conseguente sottoponibilità delle *start up* innovative alla sola procedura da sovraindebitamento *ex art. 14-ter* della L. n. 3 del 2012– copre anche il periodo in cui la società non ha ancora perfezionato l'iscrizione nel Registro delle imprese. Così, anche in questo lasso di tempo la *start up* può operare senza il timore di essere sottoposta alle tradizionali procedure concorsuali (pur essendo– precisa la Corte– un caso piuttosto di scuola la possibilità che si verifichi un assoggettamento a procedura concorsuale proprio nel breve lasso di tempo che intercorre tra la costituzione e l'iscrizione); come inevitabile contropartita, il quinquennio di esonero spirerà in un momento precedente rispetto a quanto sarebbe successo se il *dies a quo* fosse stato posto nel giorno dell'iscrizione.

4. Dove si fissa il momento di inizio di una procedura da sovraindebitamento?

Pur essendo la tesi della ricorrente supportata da alcune pronunce della Suprema Corte nelle quali si usano locuzioni del tipo “procedura da sovraindebitamento iniziata con istanza di nomina del gestore della crisi”¹⁰, i giudici genovesi sottolineano come la medesima Cassazione metta in luce la natura non decisoria né definitiva del provvedimento di nomina (ovvero del decreto di rifiuto di nomina) del gestore della crisi. La procedura di nomina del gestore della crisi, inoltre, è del tutto eventuale, potendo essere sostituita con la nomina da parte dell'OCC in sede stragiudiziale (si dice infatti che essa abbia natura di volontaria giurisdizione pura)¹¹. Qualora la nomina del gestore della crisi venga richiesta al Tribunale, e non all'OCC, essa dà luogo ad una procedura che trova il suo inizio nella richiesta di nomina e la sua fine nell'emissione del provvedimento di nomina o rifiuto: essa, in altre parole, non prevede altro provvedimento che la nomina stessa. In questa fase, inoltre, è soggettivamente presente solo la parte istante. La procedura da sovraindebitamento, perciò, inizia solo in una fase successiva, nella quale si apre la strada ad una delle tre procedure universali previste dalla L. n. 3 del 2012¹². Questa fase si differenzia da quella ad essa precedente e

⁹ In questo caso, infatti, il termine di dodici mesi, allo scadere del quale l'accesso ai dati relativi ai soci della *start up* è consentito solo all'autorità giudiziaria e alle autorità di vigilanza, viene fatto decorrere dal momento dell'iscrizione nel Registro delle Imprese.

¹⁰ Cass., 26 ottobre 2018, n. 27287; Cass., 3 novembre 2017, n. 26201; Cass., 26 aprile 2017, n. 10204

¹¹ Trib Milano, 13 ottobre 2015, testo completo disponibile su www.ilcaso.it.

¹² La Corte genovese precisa che anche la seconda fase– vale a dire quella di instaurazione della procedura da sovraindebitamento– non consegue necessariamente alla prima e propedeutica fase di nomina

prodromica– di nomina del gestore– anche dal punto di vista dei soggetti coinvolti: compaiono qui anche i controinteressati (*in primis* il ceto dei creditori).

5. Conclusioni

In ultima analisi, nessuna delle due interpretazioni fornite dalla ricorrente viene accolta: ciò consente di statuire che la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento era stata instaurata in un momento in cui era ormai già decorso il termine quinquennale di non fallibilità. La società pertanto, pur non perdendo la sua qualifica di *start up* innovativa, doveva essere sottoposta ad una procedura concorsuale canonica, non potendosi più applicare nei suoi confronti le norme *ex* L. n. 3 del 2012.

Entrambe le conclusioni cui è pervenuto il Tribunale di Genova non sono di poco momento, alla luce dell'incisiva importanza che ricopre la precisa collocazione temporale degli accadimenti rilevanti, quando ci si trova alle prese con la decorrenza di termini perentori fissati dalla legge (come nel caso della non sottoponibilità quinquennale a procedure concorsuali diverse da quella *ex* L. n. 3 del 2012).

giudiziale, stragiudiziale (presso gli OCC), del gestore della crisi. Anch'essa quindi ha un carattere eventuale: spesso capita che la nomina del gestore della crisi non porti ad alcuna proposta di composizione della crisi da sovraindebitamento e che di fatto, dopo la nomina, nulla avvenga.