

Reperimento delle risorse funzionali all'esercizio della continuità aziendale con aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto d'opzione

Tribunale di Reggio Emilia, 28 giugno 2017. Pres. Casadonte. Rel. Notari

Concordato preventivo - Reperimento delle risorse funzionali all'esercizio della continuità aziendale - Aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto d'opzione

La disposizione di cui all'art. 163, comma 5, l.fall., secondo la quale la proposta di concordato preventivo può prevedere l'intervento di terzi e, se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, può prevedere un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto d'opzione, ha natura eccezionale e non può essere applicata al di fuori dell'ipotesi delle proposte concorrenti.

Nel caso di specie, il Tribunale ha dichiarato inammissibile la proposta di concordato preventivo ove le risorse funzionali all'esercizio della continuità aziendale avrebbero dovuto essere reperite mediante deliberazione di un aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione per i soci.

(Massima a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

Con ricorso del 7 aprile 2017 la F. E. s.r.l. in liquidazione ha chiesto di essere ammessa alla procedura del concordato preventivo producendo la documentazione richiesta dal secondo comma dell'art. 161 della legge fallimentare. In allegato all'atto introduttivo si rinvenivano, segnatamente, la delibera di approvazione della proposta - adottata dall'organo amministrativo in sede notarile ex artt. 152, c. 2, lett. b) e 161, c. 4, del R.D. n. 267/1942 - una visura camerale aggiornata, i bilanci relativi ai tre esercizi anteriori al deposito dell'istanza, l'elenco dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause legittime di prelazione, una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, anch'essa aggiornata, lo stato analitico ed estimativo delle attività, perizie di stima dei cespiti costituenti l'attivo patrimoniale, l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà e il piano contenente la descrizione delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, l'indicazione dei costi e dei ricavi attesi dall'attuazione del concordato, delle risorse finanziarie necessarie al suo compimento e delle relative modalità di copertura. Trattandosi di un concordato in continuità diretta, l'istanza è accompagnata dalle attestazioni prescritte dagli art. 161, c. 3, 186 bis e 182 quinquies della legge fallimentare (quest'ultima in vista dell'autorizzazione a contrarre

finanziamenti prededucibili). La F. E. è organizzata in forma di società a responsabilità limitata, sicché rappresenta un soggetto astrattamente legittimato a formulare la richiesta di concordato. I bilanci della società attestano, nel contempo, il superamento ne triennio anteriore all'avvio della procedura delle soglie dimensionali indicate dall'art. 1, c. 2, della legge fallimentare. Non vi è dubbio, infine, che l'ente si trovi in uno stato di crisi economico-finanziaria a causa delle difficoltà incontrate nel reperimento dei fondi necessari a completare il centro commerciale per il quale fu costituita.

Posta l'esistenza dei citati requisiti oggettivi e soggettivi e accertata la completezza della domanda sotto il profilo documentale, il Tribunale ha ravvisato possibili profili di criticità del concordato nell'intenzione della F. E. s.r.l. di reperire le risorse funzionali all'esercizio della continuità aziendale attraverso la deliberazione di un aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione per i soci al di fuori delle ipotesi e delle condizioni contemplate dall'art. 163, c. 5 ultimo periodo della legge fallimentare con riferimento alle proposte concorrenti (nel ricorso si ipotizza, in particolare, che l'aumento di capitale sia interamente e immediatamente sottoscritto ed eseguito attraverso la liberazione delle quote di nuova emissione esclusivamente "in numerario", ovvero in parte mediante compensazione del debito da sottoscrizione con i debiti della società di natura concorsuale verso gli istituti finanziatori, nel frattempo acquistati da un soggetto "investitore", in parte mediante versamento di denaro nelle casse sociali).

Richiamando le considerazioni espresse da insigni esponenti accademici circa l'attitudine del concordato preventivo a costituire un mezzo di attuazione della garanzia patrimoniale, la società ha negato, sul punto, il carattere eccezionale della norma, introdotta dall'art. 3, co. 1, lett. c) del d.l. n. 83/2015, poi convertito con modifiche in l. n. 132/2015. A detta della ricorrente, invero, la previsione sarebbe espressione, in combinato con l'art. 185 del R.D. n. 267/1942, della propensione del legislatore a salvaguardare la posizione del ceto creditorio a detrimento di quella dei soci in assenza di alternative in concreto praticabili, e non già di quella "impostazione eterodiretta con finalità ostilmente espropriative" che sembrerebbe attribuirle il rilievo officioso del Tribunale. In questa prospettiva la F. E. s.r.l. ha evidenziato che l'ordinamento positivo ormai propende per la protezione dell'interesse dei creditori anche a detrimento di quella dei soci qualora si sia "bruciata ricchezza al punto di ledere la garanzia patrimoniale".

Oltre che nell'ambito della disciplina in materia di concordato - specialmente in relazione alle fattispecie liquidatorie pure - se ne trarrebbe conferma nella gestione conservativa conseguente alla condizione di scioglimento della società (art. 2486 c.c.) e nell'affermazione della perdurante responsabilità degli amministratori di fronte ai soci quando il patrimonio dell'ente non consenta il pagamento dell'intera massa debitoria (art. 2934 c.c.). Per rimanere alla materia fallimentare, analoghe esigenze emergerebbero dalle disposizioni del R.D. n. 267/1942 volte a favorire la conservazione dell'impresa attraverso la continuità. Fatte salve tali considerazioni, la F. E. s.r.l. ha rimarcato che nella proposta sottoposta al vaglio del Collegio il diritto di opzione comunque è attribuito ai soci in via riservata, essendo previsto l'intervento finanziario dei terzi investitori solo in ipotesi di mancata sottoscrizione o di successivo inadempimento degli obblighi correlati ad

opera dei primi. Resterebbe impregiudicato, in secondo luogo, il potere dei soci di impugnare i provvedimenti che diano corso al concordato e di rimuovere l'organo amministrativo intenzionato a percorrere una simile strategia per cercare di risolvere la crisi aziendale. L'esegesi dell'art. 163 bis proposta nelle note - tale secondo la F. E. s.r.l. da consentire l'interpretazione estensiva del dettato normativo anche alla fattispecie di cui ci si occupa - sarebbe coerente, ad ogni modo, con una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 185 della legge fallimentare, laddove è prevista l'attribuzione al commissario all'uopo nominato dal giudice dei poteri necessari a rendere effettiva la tutela economica del ceto creditorio a fronte dell'inerzia dei soci nel dare corso all'aumento di capitale. Senza contare che l'operazione prevista nella proposta concordataria non costituisce un autentico *vulnus* per i diritti di questi, nella sostanza già incisi in maniera irreversibile dallo stato di dissesto nel quale versa la F. E. s.r.l. L'alternativa rappresentata dalla dichiarazione di fallimento, alla luce dello stato di abbandono in cui versa il compendio immobiliare della società, non arrecherebbe, infine, alcun vantaggio tangibile ai creditori, venendo meno le risorse messe a disposizione dai sottoscrittori.

Per quanto suggestive, le argomentazioni addotte dalla F. E. s.r.l. non sono pienamente convincenti. È agevole replicare, in primo luogo, che se il legislatore della novella avesse avuto intenzione di procedere in direzione del sacrificio della posizione dei soci a vantaggio di quella dei creditori nel senso auspicato dalla ricorrente, almeno in ipotesi di conclamata crisi aziendale, avrebbe esteso l'applicazione dell'istituto disciplinato dall'ultimo periodo dell'art. 163, c. 5 della legge fallimentare al di là del ridotto ambito applicativo della norma, confinata ai soli casi di proposte di concordato concorrenti. Le finalità latamente espropriative dell'intervento normativo - tale da consentire il subingresso di terzi nella compagine sociale attraverso la limitazione o l'esclusione del diritto di opzione dei soci - inducono a ritenere, piuttosto, che non si sia in presenza di una disposizione di legge suscettibile di interpretazione estensiva né di una lacuna destinata a essere colmata in via analogica, ma di una scelta di politica legislativa del tutto consapevole. Il tenore letterale della disposizione, del resto, esclude il ricorso alla prima tecnica interpretativa, visto che il significato linguistico delle parole impiegate nel dettato normativo non consente di includere nella fattispecie la proposta presentata dagli amministratori.

Ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile, la natura eccezionale dell'aumento di capitale "ostile" - per usare l'espressione contenuta negli scritti di parte ricorrente - impedisce, del pari, di applicare l'istituto a fattispecie giudicate simili.

A fronte di un simile quadro neppure si può obiettare che in concreto non si tratterebbe di un autentico esproprio, visto il pressoché nullo valore di mercato delle quote di una società, come la F. E. s.r.l., caratterizzata da ingentissime perdite.

In assenza di chiari indici testuali, lo "spossessamento fallimentare" a cui loro malgrado sarebbero assoggettati i soci - costretti a investire nuove risorse o a perdere il controllo della compagine sociale - si rivelerebbe ingiustamente lesivo della libertà di iniziativa economica degli interessati, tutelata come noto pure a livello costituzionale.

Detto altrimenti, il contemperamento tra l'esigenza di assicurare ai soci un reale margine di manovra nella gestione della crisi aziendale e quella,

anch'essa meritevole di tutela, di garantire ai creditori la soddisfazione dei loro diritti trova una regolamentazione nella normativa vigente forse discutibile, ma comunque al riparo da rischi di incostituzionalità. Se ne ricava una conferma indiretta proprio nell'ambito dell'art. 163, c. 5 della legge fallimentare, che vieta la competizione tra la proposta concorrente (in ipotesi più conveniente) e la proposta originaria qualora il debitore sia in grado di assicurare percentuali predeterminate di soddisfazione dei creditori chirografari. Anche in questo caso l'interesse dei creditori a limitare le perdite recede rispetto al mantenimento del controllo della compagine sociale da parte dei soci.

Considerazioni analoghe valgono per la regola, sancita dall'art. 177 della legge fallimentare, secondo cui in ipotesi di parità tra proposte messe al voto deve necessariamente prevalere quella formulata dal debitore. Gli argomenti di carattere letterale e sistematico desumibili dalla normativa speciale posta dal R.D. n. 267/1942 sono destinati a prevalere, in definitiva, su tutti gli spunti interpretativi ricavati dalla F. E. s.r.l. dalle previsioni generali del codice civile in tema di liquidazione della società e responsabilità degli amministratori. Lungi dal costituire una conferma delle tesi prospettate nel ricorso, la figura del commissario giudiziale ex art. 185 della legge fallimentare rappresenta un dato neutro ai fini che qui interessano. È evidente che l'ambito di azione dell'organo dipende dalla soluzione della questione, logicamente e giuridicamente preordinata, dell'area applicativa dell'istituto controverso.

La circostanza, poi, che i soci dissenzienti avrebbero la possibilità di revocare gli amministratori propensi a consentire l'aumento di capitale "ostile" o di esprimere voto contrario a un concordato che si fondi su tale operazione non induce a soluzioni differenti. Si può obiettare che in mancanza di un mandato dell'organo assembleare non vi è ragione di forzare il dato normativo costringendo gli interessati a defatiganti azioni stragiudiziali o giudiziali.

In coerenza con tale impostazione la riserva inserita nel primo aumento di capitale non può considerarsi sufficiente a superare i segnalati profili di illegittimità del concordato. È la proponente stessa, invero, ad ammettere che l'adesione dei soci all'iniziativa degli amministratori rappresenta un'eventualità poco realistica. Resta impregiudicata, naturalmente, la facoltà per i titolari delle quote della F. E. s.r.l. di perseguire i medesimi obiettivi al di fuori della "cornice concordataria", nelle forme prescritte dalla disciplina codicistica.

Per i motivi esposti il concordato proposto da F. E. s.r.l. appare carente sotto il profilo della fattibilità giuridica. Non vi è luogo per prendere posizione, di conseguenza, sugli altri profili formali e sostanziali rilevanti ai fini dell'adozione del richiesto provvedimento di apertura.

P.Q.M.

visti gli artt. 160, 161 e 162 del R.D. n. 267/1942, il Tribunale di Reggio Emilia così provvede:

dichiara inammissibile la proposta di concordato per le ragioni indicate in motivazione.