

**Comunicazione n. DEM/11044953 del 19-5-2011**

inviata al sig. Marco Marengo, allo studio legale ... e, pc, alla K.R. Energy spa

**OGGETTO: K.R. Energy SPA - Quesito relativo all'applicabilità dell'esenzione dall'obbligo di OPA di cui all'art. 106, comma 5, lett. a) D.Lgs. 58/98 ("Tuf") e all'art. 49, comma 1, lett. b), del Regolamento n. 11971/1999 ("Regolamento Emittenti"), nella formulazione vigente prima delle modifiche apportate dalla Delibera Consob n. 17731 del 5 aprile 2011 (anche, la "formulazione previgente")**

Si fa riferimento alla nota ... con la quale lo Studio Legale ... (lo "Studio Legale"), ha formalizzato, per conto e nell'interesse del Sig. Marco Marengo e delle società controllate da quest'ultimo, Fisi spa e Fisi srl, un quesito relativo all'applicazione dell'esenzione dall'obbligo di Opa prevista dall'art. 49, comma 1, lett. b), del Regolamento Emittenti, nella formulazione previgente, in relazione ad una articolata operazione di salvataggio della K. R. Energy SPA (di seguito, KRE o la "Società").

**1. Descrizione della fattispecie**

*1. Premessa*

La Società sta attraversando un periodo di crisi finanziaria e di liquidità tale da rendere necessaria e imprescindibile la realizzazione di un'operazione finalizzata al raggiungimento di un definitivo riequilibrio patrimoniale e finanziario della stessa e del Gruppo facente capo a KRE (il "Gruppo") che avrà luogo tramite (i) il complessivo rafforzamento patrimoniale della Società e del Gruppo, anche attraverso l'apporto di risorse finanziarie a KRE e (ii) la ristrutturazione dell'attuale indebitamento finanziario della Società, da realizzarsi in virtù di accordi con i creditori (banche, fornitori, creditori sociali).

A tal fine in data 24 marzo 2011 il Consiglio di amministrazione di KRE ha approvato un Piano di Risanamento che è stato asseverato ex art. 67, comma 3, lett. d) della Legge Fallimentare dal Prof. ... in data 4 aprile 2011.

In tale contesto si colloca la proposta formulata alla Società da Fisi spa e Fisi srl in data 31 marzo 2011, diretta al salvataggio di KRE da attuarsi mediante l'acquisto di una partecipazione di controllo in KRE ("la Nuova Proposta").

Come precisato nel quesito, la Nuova Proposta sostituisce una precedente Proposta avanzata nei primi mesi del 2010 da MT Holding S.p.A. ("MTH"), società anche essa riconducibile al Sig. Marco Marengo.

*2. La Nuova Proposta*

La Nuova Proposta prevede che ove si verifichi il rilascio dell'esenzione dall'obbligo di Opa, Fisi srl e/o Fisi spa sottoscrivano un Aumento di Capitale Riservato ed un Aumento di Capitale in Opzione (congiuntamente, gli "Aumenti di capitale").

[...omissis...]

*3. Il Piano di Risanamento*

Oltre agli Aumenti di Capitale, il Piano prevede principalmente le seguenti azioni di risanamento:

- vendita di *asset*;
- rimodulazione del debito commerciale e chiusura contenzioso;
- rimodulazione del debito verso le banche creditrici [...omissis...].

#### 4. Il Quesito

[...omissis...]

Per effetto della sottoscrizione dei suddetti Aumenti di capitale sociale di KRE, il Sig. Marengo verrebbe dunque a superare la soglia rilevante ai fini dell'Opa obbligatoria.

In relazione a tale superamento lo Studio Legale sulla base delle considerazioni svolte nella citata richiesta di parere ... ritiene, tuttavia, che sussistano i presupposti per l'applicabilità dell'esenzione prevista dall'art. 49, comma 1, lett. b) del Regolamento Emittenti, nella formulazione vigente prima delle modifiche apportate dalla delibera Consob n. 17731 del 5 aprile 2011, entrata in vigore lo scorso 2 maggio.

## II. Considerazioni

Le considerazioni svolte dallo Studio Legale non sono condivisibili in quanto si ritiene che la normativa applicabile all'operazione decritta nel quesito sia quella vigente nel momento in cui saranno superate le soglie rilevanti ai fini dell'obbligo di Opa ex art. 106 del Tuf.

Pertanto, tale operazione è regolata dall'art. 49, comma 1, lett. b) del Regolamento Emittenti nella formulazione entrata in vigore il 2 maggio 2011.

In forza di tale articolo "*L'acquisto non comporta l'obbligo di offerta previsto dall'articolo 106 del Testo unico se: ...; b) è compiuto:*

1) *in presenza di una ricapitalizzazione della società quotata ovvero altro intervento di rafforzamento patrimoniale e la società versa in una situazione di crisi attestata da: (i) ammissione a una procedura concorsuale prevista dal R.D. n. 267 del 16 marzo 1942 o da altre leggi speciali; (ii) omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i debitori, ai sensi dell'articolo 182-bis del R.D. n. 267 del 16 marzo 1942, reso noto al mercato; (iii) richieste formulate da un'autorità di vigilanza prudenziale, nel caso di gravi perdite, al fine di prevenire il ricorso all'amministrazione straordinaria o alla liquidazione coatta amministrativa ai sensi del Testo unico, del decreto legislativo n. 385 del 1° settembre 1993, del decreto legislativo n. 209 del 7 settembre 2005;*

2) *in assenza di altri acquisti effettuati o pattuiti nei dodici mesi precedenti, esclusivamente tramite la sottoscrizione di un aumento di capitale della società quotata, con esclusione del diritto di opzione, idoneo a consentire, anche attraverso una ristrutturazione del debito, il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria, posto in essere in esecuzione di un piano di risanamento: (i) che sia reso noto al mercato; (ii) che attesti l'esistenza di una situazione di crisi; (iii) la cui ragionevolezza sia certificata da un professionista ai sensi dell'articolo 67, comma 3, lettera d), del R.D. n. 267 del 16 marzo 1942;*

3) *in presenza di una situazione di crisi, non riconducibile a una delle situazioni descritte ai numeri 1) e 2), purché:*

(i) *qualora l'operazione sia di competenza dell'assemblea anche ai sensi dell'articolo 2364, comma 1, numero 5, del codice civile, la relativa delibera, fermo quanto previsto dagli articoli 2368, 2369 e 2373 del codice civile, sia approvata, senza il voto contrario della maggioranza dei soci presenti in assemblea, diversi dall'acquirente, dal socio o dai soci che detengono, anche congiuntamente, la partecipazione di maggioranza anche relativa purché superiore al 10 per cento;*

(ii) *qualora l'operazione non sia oggetto di delibera assembleare, essa sia approvata con il voto favorevole della maggioranza dei soci, diversi dai soggetti indicati al numero 3), punto (i), che si siano espressi mediante una dichiarazione contenuta su apposita scheda predisposta e messa a disposizione dalla società. Tale scheda di voto è trasmessa all'acquirente, per il tramite del depositario dei titoli che ne attesta la titolarità, entro la data e all'indirizzo indicati dall'acquirente".*

Al riguardo, si ritiene che l'operazione rappresentata nel quesito non rientri nelle situazioni descritte al n. 1 ed al n. 2 della disposizione in esame.

Peraltro, lo stato di crisi della Società risulta con evidenza dalla documentazione trasmessa alla Scrivente e nota al mercato in quanto (i) KRE versa in una situazione di 2446 c.c.; (ii) la stessa si trova in uno stato di tensione finanziaria tale da inficiare il presupposto della continuità aziendale; (iii) nelle relazioni rilasciate ex art. 156 del Tuf sui bilanci al 31.12.2009 e al 31.12.2010, la società di revisione Deloitte & Touche S.p.A. si è dichiarata impossibilitata ad esprimere un giudizio per le significative incertezze connesse alla continuità aziendale.

Inoltre, si ritiene che il Piano di Risanamento di KRE [...omissis...] rientra nella nozione di "piano ristrutturazione del debito" anche alla luce della riforma della Legge Fallimentare, nell'ambito della quale sono stati valorizzati gli strumenti di composizione negoziale dell'insolvenza che si pongono in alternativa al fallimento e perseguono una finalità di risanamento piuttosto che di liquidazione dell'impresa in crisi. Tali strumenti possono avere indifferentemente e/o alternativamente, effetti remissori, novativi o dilatori.

Gli istituti della riforma della Legge Fallimentare, infatti, sembrano attribuire rilevanza non tanto alla misura della rinuncia da parte dei creditori alle loro legittime aspettative di rientro, quanto al più generale interesse alla continuazione dell'attività d'impresa.

In tale ottica nella nozione di "piano ristrutturazione del debito" rientrano anche quei piani che appaiono astrattamente idonei a determinare un riequilibrio finanziario ed un sensibile rafforzamento patrimoniale della società quotata.

Ciò posto, si ritiene che nel caso di specie possa trovare applicazione l'esenzione prevista dal combinato disposto di cui all'art. 106, comma 5, lett. a) del Tuf e all'art. 49, comma 1, lett. b) del Regolamento Emittenti a condizione che si verifichi la situazione prevista dal medesimo art. 49, comma 1, lett. b), n. 3 (i) ovvero che *"qualora l'operazione sia di competenza dell'assemblea anche ai sensi dell'articolo 2364, comma 1, numero 5, del codice civile, la relativa delibera, fermo quanto previsto dagli articoli 2368, 2369 e 2373 del codice civile, sia approvata, senza il voto contrario della maggioranza dei soci presenti in assemblea, diversi dall'acquirente, dal socio o dai soci che detengono, anche congiuntamente, la partecipazione di maggioranza anche relativa purché superiore al 10 per cento"*.

IL PRESIDENTE  
*Giuseppe Vegas*