



IL TRIBUNALE DI MILANO
SECONDA SEZIONE CIVILE (FALLIMENTI)

CP 58/2011

ORIGINALE

riunito in camera di consiglio in persona dei Sigg.ri Magistrati:

- 1) Dott. Filippo LamannaPresidente rel.
2) Dott. Roberto FontanaGiudice
3) Dott. Francesca SavignanoGiudice

ha pronunciato il seguente

DECRETO

avente ad oggetto:

ammissione alla procedura di concordato preventivo

1. La **PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI MILANO**, in persona dei sostituti procuratori **dott. Luigi Orsi, dott. Laura Pedio e dott. Gaetano Ruta**, ha presentato, in data 23.9.2011 (radicando il proc. n. 1907/2011), una richiesta di fallimento nei confronti della **FONDAZIONE CENTRO SAN RAFFAELE DEL MONTE TABOR**, con sede in Milano, Via Olgettina n. 60 (in seguito, *breviter*, "Fondazione").

In data 10.10.2011, e quindi ancor prima dell'udienza di comparizione delle parti fissata dal Presidente relatore per il 12.10.2011, la FONDAZIONE (in persona del Vice Presidente **Prof. Giuseppe Profiti**, giusta delibera autorizzativa del Consiglio di Amministrazione in data 7 ottobre 2011; e rappresentata e difesa dagli **Avv.ti Francesco Gianni, Antonio Auricchio, Alessandra Giovetti e Federico Busatta**, con domicilio eletto presso il loro studio, in Milano, Piazza Belgioioso n. 2) ha presentato a sua volta un ricorso, corredato da plurimi allegati documentali, con cui ha chiesto l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, provvedendo peraltro anche a costituirsi nel procedimento prefallimentare con memoria del 12.10.2011.

Il ricorso, di cui ha preso tempestiva conoscenza l'Ufficio del Pubblico Ministero (anche ai sensi dell'art. 161, ultimo comma, L.F.), è stato poi integrato, a seguito di richiesta di precisazioni e chiarimenti del Presidente relatore e del PM, con memoria depositata il 22.10.2011, a sua volta corredata da vari documenti supplementari.

Il PM ha replicato con memoria depositata in data 24.10.2011.

All'udienza del 26.10.2011 il PM ha depositato quale nuova produzione documentale anche un'ulteriore memoria (con allegati) presentatagli il 25.10.2011 da due componenti dimissionari del consiglio d'amministrazione della Fondazione (professori Massimo Clementi e Maurizio Pini).

In tale udienza il Presidente relatore ha quindi ascoltato la ricorrente in contraddittorio con il PM sui punti critici oggetto delle citate memorie e, all'esito, si è riservato di riferire in Camera di Consiglio ai fini decisori, dando peraltro un termine intermedio alla Fondazione ricorrente fino alle ore 19.00 del 26.10.2011 per l'invio in cancelleria e al PM (via fax) di un'ulteriore breve memoria finalizzata a dare conclusive precisazioni contabili in relazione sia al fabbisogno concordatario e alla percentuale di soddisfacimento promessa ai creditori chirografari, sia ad alcune appostazioni della proposta concordataria apparentemente non concordanti con le corrispondenti appostazioni contenute nella relazione degli esperti attestatori; ha dato anche un ulteriore termine al PM fino alle ore 10.30 del 27.10.2011 per l'invio in cancelleria e alla ricorrente (sempre via fax) di un'eventuale memoria di controdeduzioni conclusive.

Decorsi tali termini, il Tribunale si è riunito in Camera di Consiglio per decidere sulla domanda, pronunciando il presente decreto, le cui motivazioni in fatto e in diritto, qui di seguito esposte, sono state redatte all'esito dell'udienza camerale immediatamente di seguito e senza alcuna soluzione di continuità, data la particolare urgenza di provvedere.

2. Nel ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo la Fondazione non ha mancato di evidenziare i caratteri salienti della sua struttura soggettiva e di quella del gruppo in cui opera.

Essa è un ente privato, eretto quale Fondazione nel 1971 - dall'Associazione Centro Assistenza Ospedaliera S. Romanello (attualmente denominata **Associazione Monte Tabor**), che ancora la controlla totalmente -, con lo scopo di svolgere attività sanitaria, assistenziale e di ricerca scientifica.

Nel 1972 il Ministero della Sanità ed il Ministero della Pubblica Istruzione hanno riconosciuto la Fondazione quale Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS), riconoscendogli l'accreditamento presso il Servizio Sanitario Nazionale.

La Fondazione ha finora esercitato direttamente – e prevalentemente presso la struttura sita in Milano, Via Olgettina, oltre che presso la sede distaccata di Ville Turro, ubicata in via Prinetti - la parte preponderante dell'attività sanitaria (ospedaliera e poliambulatoriale) svolta dal gruppo d'impresе da essa controllato.

Numerose società del gruppo svolgono a loro volta attività complementari di supporto al settore sanitario, oltre che, talora, attività anche estranee a quella istituzionale.

Le società controllate che svolgono le attività più significative, e che comunque rientrano indirettamente nel concordato in ragione della prevista cessione delle relative partecipazioni, sono le seguenti : Diagnostica e Ricerca San Raffaele S.p.A. ("Laboraf"), società di diagnostica e laboratorio di analisi; Edilraf S.r.l., società finalizzata alla realizzazione di un complesso residenziale immobiliare nel comune di Cologno Monzese; Finraf S.p.A., holding che gestisce altre partecipazioni facenti capo al Gruppo e alcuni immobili di proprietà; H San Raffaele Resnati S.p.A., società che eroga prestazioni

multispecialistiche poliambulatoriali collocate sul territorio milanese in sedi fisse e sul territorio nazionale attraverso mezzi mobili attrezzati e infermerie aziendali; Costa Dorata S.r.l., società che possiede un complesso alberghiero in Sardegna, concesso in gestione a terzi (Hotel Don Diego S.r.l.) mediante affitto di azienda; Airviaggi San Raffaele S.r.l., che si occupa dei servizi di trasporto aereo principalmente destinati a elisoccorso e a trasporti privati richiesti dalla Fondazione; Science Park RAF S.p.A., che si occupa della gestione delle convenzioni per l'utilizzo di strutture di ricerca da parte di imprese ed enti insediati presso il Parco Scientifico San Raffaele, della prestazione di servizi a supporto delle Unità di Ricerca del San Raffaele e dell'organizzazione di eventi congressuali; VDS Holding S.r.l., che detiene una partecipazione del 68,8% in VDS Export; VDS Export Ltda, che detiene quattro fazende situate a Pernambuco (Brasile) attive nella produzione di frutta da tavola (prevalentemente uva); Blue Energy Milano S.r.l., che gestisce la centrale di cogenerazione che fornisce energia al complesso ospedaliero del San Raffaele; Residenza Alberghiera San Raffaele S.r.l., che detiene e gestisce l'Hotel Rafael, albergo attiguo al complesso ospedaliero; Editrice San Raffaele S.r.l., che si occupa della pubblicazione di libri di saggistica e delle riviste KOS e L'ALA; Quo Vadis S.r.l., che detiene terreni con destinazione d'uso prevalentemente agricola e ospedaliera e, in via residuale, commerciale; Shar.DNA S.p.A., che svolge attività di ricerca biogenetica e molecolare su un campione della popolazione sarda; Società Agricola Monte Tabor S.r.l., che svolge attività agricola, e nello specifico viticoltura e olivicoltura, finalizzata alla produzione, trasformazione e commercializzazione di prodotti ottenuti dalla lavorazione della terra; HSR Engineering S.r.l., che gestisce le attività di manutenzione ordinaria degli immobili della Fondazione; HSR Servizi S.r.l., che gestisce i servizi mortuari all'interno dell'Ospedale San Raffaele; S.A.T. Sistema Automatico Trasporto S.r.l., che gestisce l'impianto automatico di trasporto che collega l'Ospedale San Raffaele alla stazione metropolitana di Cascina Gobba; Laboratorio di Tecnologie Oncologiche HSR-GIGLIO S. Cons. a r.l., che ha per finalità la gestione dell'ospedale "Giuseppe Giglio" di Cefalù; San Raffaele Dental Clinic S.r.l., attualmente inattiva, che si propone di erogare servizi sanitari polispecialistici ed altri servizi connessi con i primi anche convenzionati.

Non fa parte del gruppo d'impresa di cui è capofila la Fondazione, l' **Università Vita Salute San Raffaele**, che ha con la prima solo rapporti esterni di collaborazione contrattuale. Essa è quindi del tutto estranea alla proposta concordataria, al pari dell' Associazione Monte Tabor, che, come s'è detto, controlla a sua volta la Fondazione (oltre che l'Università).

3. La Fondazione ricorrente ha esposto anche le cause e le circostanze che, a suo dire, hanno determinato lo stato di crisi in cui attualmente versa e le ragioni della proposta di concordato, cause che dovrebbero ricondursi : a) al mancato accreditamento presso il Servizio Sanitario Nazionale, negli anni 1998/1999, del c.d. Ospedale San Raffaele di Roma, situazione che avrebbe costretto la Fondazione a cedere tale Ospedale ad un prezzo

notevolmente inferiore a quello che avrebbe potuto ricavare se fosse stato accreditato presso il Servizio Sanitario Nazionale, con conseguente impossibilità di recuperare gli ingenti investimenti effettuati per la realizzazione di tale struttura; b) all'effettuazione, anche tramite alcune Società del Gruppo San Raffaele, di una serie di investimenti (in settori anche non direttamente collegati con l'attività sanitaria e di ricerca scientifica svolta dalla Fondazione), che hanno portato risultati inferiori alle attese o finanche a perdite, determinando comunque esigenze di cassa non sostenibili dai ricavi; c) alla stipula di contratti estremamente onerosi (come il contratto di somministrazione di energia con la Blu Energy Milano S.r.l. e un contratto di leasing relativo ad immobili siti ad Olbia); d) alla gestione di taluni rapporti contrattuali in termini non adeguatamente remunerativi; e) ad iniziative imprenditoriali (come per esempio l'acquisto di un aereo per il tramite della controllata Air Viaggi, o iniziative di imprese agricole in Brasile) non connesse e non necessarie allo sviluppo dell'attività ospedaliera e di ricerca clinica e scientifica. Ne è derivato un progressivo sbilanciamento finanziario, che si è ripercosso sulla capacità della Fondazione di far fronte ai propri impegni correnti, rendendo necessario un sempre maggiore ricorso all'indebitamento nei confronti del sistema bancario e, soprattutto, dei fornitori, le cui tempistiche di pagamento si sono ormai notevolmente dilatate, con correlato incremento dei costi finanziari, che hanno ridotto ulteriormente il margine operativo e, di conseguenza, la capacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

4. Riguardo poi alla specifica tipologia di concordato delineata nella proposta, essa – quale risulta dal ricorso, dalla memoria integrativa e dagli allegati - ha carattere finalisticamente liquidatorio, formalmente configurandosi come concordato per cessione dei beni ai creditori.

Si prevede, non dimeno, l'interinale prosecuzione dell'attività ospedaliera in corso di procedura al fine di salvaguardare il valore aziendale in vista di un trasferimento di detta attività d'impresa a terzi all'esito dell'omologa del concordato.

Le modalità con cui si prevede che la cessione dei beni e tale trasferimento di attività si attuino sono, peraltro, alquanto articolate.

Nello specifico il **Piano Concordatario** prevede:

l) che la parte più consistente dell'attivo (*assets core*), costituita soprattutto dal ramo d'azienda che comprende il segmento ospedaliero, da numerose partecipazioni societarie e da un determinato e selezionato monte-passività, venga conferita in una società a responsabilità limitata di nuova costituzione con unico socio (**NewCo**), da trasformare poi in S.p.A. e da cedere a terzi dopo l'omologa del concordato (mediante trasferimento delle relative azioni rappresentative dell'intero capitale), con la programmata salvaguardia di quasi tutti gli attuali posti di lavoro (3.800 circa);

II) che la residua parte (*assets non core*) venga liquidata in un periodo di 1-3 anni, durante il quale la Fondazione verserà, per reliquata differenza, quale Old Company – OldCo-, in uno stato di liquidazione di fatto.

Quanto al ramo d'azienda oggetto del divisato conferimento in NewCo, si prevede che vi siano ricompresi beni materiali e immateriali, attività, debiti ed altre passività, rapporti contrattuali afferenti al **Ramo Attività Clinica e Ricerca**, di cui è stato fatto in ricorso un sommario elenco (immobili, terreni e fabbricati relativi all'attività ospedaliera e di ricerca scientifica svolta presso la sede di Via Olgettina e presso la sede di Ville Turro; tutti i terreni e fabbricati siti in Lombardia, fatta eccezione per l'immobile civile in Via San Vittore a Milano, l'immobile civile di Lambrugo-Como, l'immobile civile di Dairago; tutti i beni mobili - arredi, impianti, macchinari, attrezzature ecc. - e i beni mobili registrati della Fondazione - auto, pullman, ecc. -; immobilizzazioni immateriali e miglorie su beni di terzi relative a DIBIT 2; altre miglorie su beni di terzi escluso zoo e Cascina Melghera; capitalizzazione spese per programmi SAP; spese per consulenze pluriennali; immobilizzazioni in corso relative a DIBIT 1 e SRT e al c.d. corpo di collegamento; rimanenze per circa euro 14,7 milioni; licenze, convenzioni, autorizzazioni, accreditamenti, contributi, marchi di fatto "San Raffaele", HSR ecc., anche delle società controllate e/o collegate rientranti nel Ramo Attività Clinica e Ricerca; il diritto di partecipare alla sperimentazione gestionale della Fondazione San Raffaele Giglio di Cefalù e della Fondazione San Raffaele del Mediterraneo di Taranto; Crediti che residuano al netto di compensazioni con debiti-crediti verso INPS, ratei e risconti e crediti per imposte su personale; crediti netti verso FINRAF per circa euro 15,0 milioni; crediti netti verso Science Park RAF S.p.A. per circa euro 4,4 milioni -; crediti per contributi e/o ad altro titolo non più incassabili da Fondazione; partecipazioni - 100% di Diagnostica e Ricerca S. Raffaele S.p.A., 50% di Blu Energy Milano S.r.l., 100% di HSR Engineering S.r.l., 100% di HSR Servizi S.r.l., 30% di S.A.T. S.r.l.-; tutti i crediti e/o contributi e/o donazioni e/o somme sorti a tale titolo, ivi inclusi, a titolo esemplificativo, i contributi del 5 per 1000, nonché l'intero capitale sociale di H San Raffaele Resnati S.p.A. e di Science Park RAF S.p.A., detentrici, quest'ultima, anche del 31,96% del capitale sociale di Telbios S.p.A. e del 10,5% di Mol.Med.S.p.A.. La cessione del capitale sociale di H San Raffaele Resnati S.p.A. e della partecipazione Science Park Raf S.p.A. dovrebbe avvenire attraverso la controllata FINRAF S.p.A., prevedendosi come pagamento del corrispettivo a quest'ultima l'accollo liberatorio da parte della NewCo del debito di pari importo di FINRAF verso la Fondazione, che verrebbe quindi immediatamente compensato con il credito verso FINRAF trasferito dalla Fondazione a NewCo per effetto del conferimento dell'Attività Ospedaliera e Scientifica).

Risultano poi conferite anche specifiche passività, tra le quali si annoverano:

- il TFR e i debiti verso i dipendenti, i quali dovrebbero essere tutti trasferiti in NewCo, previo accordo sindacale, con efficacia all'omologa del concordato;

- l'ammontare (con accollo liberatorio) di un debito da mutuo verso la BEI (Banca Europea degli Investimenti);

- i ratei e i risconti passivi;

- i contratti di lavoro con i dipendenti trasferiti, previo accordo sindacale condizionato nella sua efficacia al decreto di omologa, che dovrebbe prevedere, tra l'altro, l'accollo liberatorio alla NewCo del TFR e dei debiti della Fondazione verso tutti i dipendenti trasferiti;

- i contratti di consulenza e somministrazione, strumentali all'attività clinica e di ricerca, fatta eccezione per il contratto con Blue Energy Milano S.r.l.;

- tutti i contratti con l'Università Vita e Salute San Raffaele;

- i contratti di leasing relativi ai beni mobili;

- i contratti di leasing immobiliare (escluso quello relativo alla costruzione del centro ospedaliero di Olbia), con l'obbligo dell'accollo, da parte di NewCo, del pagamento (diretto o indiretto) della c.d. *quota capitale* dei canoni per leasing immobiliari afferenti al Ramo Attività Clinica e Ricerca, maturati tra la data di ammissione della Fondazione alla procedura di concordato e la data di conferimento del segmento ospedaliero alla NewCo.

Quanto agli *assets non core* che dovrebbero essere oggetto di residua liquidazione da parte della OldCo, si tratta dei seguenti :

- partecipazioni (100% di Shar.DNA S.p.A., 100% di Quo Vadis S.r.l., 100% di Edilraf S.r.l., 100% di Editrice San Raffaele S.r.l., 100% di Finraf S.p.A. e, conseguentemente, delle controllate non conferite, vale a dire 90% di Costa Dorata S.r.l. , 100% di Airviaggi S.r.l., 33,3% di VDS Holding S.r.l. che controlla il 68,8% di VDS Export Ltda, 95% di Società Agricola Monte Tabor S.r.l., 90% di Oasis Administracao Ltda, 49% di Residenza Alberghiera San Raffaele S.r.l., 35% di San Raffaele Dental Clinic s.r.l., 2,5% di Dhitech s.c.a.r.l., 18% di L.A.T.O. s.c.a.r.l.);

- crediti (verso clienti, verso terzi/altri non conferiti, verso controllate/controllante non conferiti, verso Erario, e in contenzioso con il Ministero della Salute);

- immobilizzazioni materiali (alcuni terreni e fabbricati in Italia; terreni e fabbricati all'estero).

5. Queste modalità di attuazione della *cessio bonorum* sintetizzano, peraltro, in modo simmetrico e del tutto conforme, il contenuto specifico di un'offerta di acquisto ("**Offerta vincolante e irrevocabile**") formulata da due investitori, l' **Istituto per le Opere di Religione-IOR** e l' **Ing. Vittorio Malacalza** (in seguito, *breviter*, "Investitori").

In termini economici l'apporto degli investitori prevede:

a) il pagamento diretto :

- di una somma *cash* di Euro 250.000.000,00 da versare con bonifico bancario per l'acquisto del capitale di NewCo; il pagamento da parte dell'ing. Malacalza è stato garantito con una fideiussione bancaria a prima richiesta e senza riserve, mentre lo IOR, quale ente

centrale della Santa Sede, di fatto equiparabile ad una banca, ha garantito il proprio pagamento con la sottoscrizione stessa dell'offerta;

- di una somma *cash* da versare a dipendenti e medici per l'importo di Euro 11.100.000,00;

- di oneri connessi all'accollo di ratei e risconti passivi per circa Euro 43,7 milioni, nonché di oneri connessi al trasferimento dell'attività di ricerca e investimenti da ultimare in relazione a contributi/finanziamenti già percepiti dalla Fondazione; di oneri per investimenti in corso di procedura per Euro 1 milione circa; di oneri relativi all'eventuale licenziamento di dirigenti da parte di Fondazione per circa Euro 2 milioni; di oneri relativi all'accollo della quota capitale dei canoni dei leasing immobiliari che maturano in corso di procedura per circa Euro 5,6 milioni; di oneri collegati al contenzioso relativo al contratto con la società proprietaria della centrale energetica che alimenta l'ospedale per circa Euro 22/40 milioni; di oneri derivanti dai rischi connessi ai rapporti in essere con l'Università Vita e Salute per circa Euro 20 milioni; di ulteriori oneri e costi relativi allo sviluppo del piano industriale di Newco per consentire alla stessa di poter ritornare a livelli di redditività adeguata, relativi a interventi in area personale per circa Euro 13.000.000,00 e ad investimenti straordinari per circa Euro 113.000.000,00;

b) il pagamento indiretto mediante accollo di passività relative a contratti di consulenza e somministrazione di beni e servizi strumentali all'attività clinica e di ricerca (a titolo esemplificativo : utenze gas – luce – telefono – assicurazioni, mensa, servizi relativi al funzionamento sale mediche-operatorie, rifiuti speciali ospedale ecc., fatta eccezione per il contratto di somministrazione di energia stipulato in data 12 settembre 2007 tra la Fondazione e Blu Energy Milano S.r.l. e i contratti con l'Università), a contratti di leasing relativi ai beni mobili, a contratti di leasing immobiliari (escluso il contratto di leasing relativo al centro ospedaliero in costruzione ad Olbia), e - tramite NewCo - al c.d. Finanziamento BEI (per € 165.900.000,00, garantito da ipoteca di primo grado su una serie di immobili di proprietà della Fondazione), al TFR dipendenti al netto dei crediti verso INPS (per circa euro 106,7 milioni comprensivi del trattamento delle compartecipazioni ai primari/premi dipendenti per circa Euro 11,3 milioni, che NewCo corrisponderà a tali dipendenti contestualmente al trasferimento della Partecipazione Newco agli Investitori, espressi al netto dei crediti per quote TFR versate all'INPS), ad altri debiti verso personale per circa Euro 33,1 milioni.

Il Piano Concordatario prevede inoltre, conformemente a quanto proposto dagli Investitori, di attuare in corso di procedura:

- alcune modifiche allo statuto di Fondazione – da sottoporre alle autorità competenti per le loro verifiche ai sensi del D.P.R. 361 del 2000 e successive modifiche – finalizzate a rendere più solidi i poteri di gestione del consiglio d'amministrazione; a consentire la nomina, da parte di terzi soggetti istituzionali, di un collegio sindacale in sostituzione dell'attuale collegio dei revisori; a cambiare la denominazione della Fondazione;

- la costituzione tramite Newco di una nuova **Fondazione**, che, una volta ottenuto il necessario riconoscimento, presenterà alle competenti Autorità domande per l'iscrizione negli elenchi di cui ai DPCM del 25 febbraio 2009 e ai DPCM del 23 aprile 2010 e successive modifiche, sia in relazione all'attività di ricerca scientifica in campo sanitario, che in relazione a tutte le altre tipologie di ricerca scientifica, al fine di poter accedere ai benefici, contributi e finanziamenti previsti dai suddetti DPCM.

Nel ricorso sono poi dettagliati gli *steps* relativi alla programmata costituzione della NewCo, al conferimento del ramo d'azienda e agli atti di esecuzione successivi.

Deve aggiungersi che l'impegno all'acquisto da parte degli investitori è stato sospensivamente condizionato:

- al deposito del ricorso per concordato entro il 31.10.2011;
- alla pronuncia dell'omologa del concordato entro il 30.6.2012 (condizione, quest'ultima, non più necessariamente riferita alla definitività del decreto di omologa, come originariamente indicato nel ricorso, ma, a seguito delle effettuate integrazioni-modifiche di quest'ultimo, alla sua semplice emanazione; tuttavia la condizione sospensiva iniziale riferita alla definitività del decreto è stata confermata dalla ricorrente in relazione alla sola eventualità che un reclamo contro l'omologa sia presentato dal PM);
- al raggiungimento degli accordi sindacali ex art. 47 l. 428/90 in capo a NewCo, che consentano l'accollo liberatorio delle passività verso i dipendenti (tutti da trasferire in carico a NewCo, salvo quanto previsto nel Piano Concordatario in ordine alla sostituzione, previo licenziamento, di un numero massimo di 12 dirigenti apicali);
- all'ottenimento in capo a NewCo delle autorizzazioni sanitarie e dell'accreditamento all'esercizio dell'attività sanitaria e ospedaliera e alla stipula tra NewCo e la competente Azienda Sanitaria Locale del/i contratto/i necessario/i per la definizione dei reciproci rapporti giuridici ed economici.

A seguito delle effettuate integrazioni-modifiche del ricorso, è stata assunta a totale rischio degli Investitori l'altra condizione, originariamente prevista, concernente il rilascio, da parte della/e competente/i Autorità di tutela della concorrenza, in relazione alle cointeressenze dello IOR nel mercato dell'attività sanitaria, dell'autorizzazione ad eseguire l'operazione contemplata nell'offerta.

6. I dati economicamente rilevanti ai fini concordatari sono stati indicati in una situazione patrimoniale, economica e finanziaria della Fondazione aggiornata al 30.6.2011 e, unitamente alla nota integrativa, sono stati redatti sulla base dei criteri di valutazione utilizzati nella predisposizione dei bilanci d'esercizio delle società di capitali, con criteri di continuità aziendale, alla luce della prevista prosecuzione interinale dell'attività.

Essi evidenziano senza dubbio un grave deficit patrimoniale della Fondazione .

Tale situazione patrimoniale, economica e finanziaria è stata verificata da Deloitte Finance e Deloitte Revisione, quest'ultima anche su incarico conferito dalla Fondazione su richiesta degli Attestatori.

I dati stessi sono stati poi attestati, in ordine alla loro attendibilità e alla veridicità, dagli esperti Prof. Mario Cattaneo e Prof. Angelo Provasoli, nominati ex art. 161, comma 3°, l.fall.

È stata peraltro anche predisposta una stima in proiezione della situazione patrimoniale, economica e finanziaria della Fondazione al 31.10.2011 per determinare con tempistica quanto più vicina possibile all'ipotizzato provvedimento di ammissione, il presumibile grado di soddisfacimento dei creditori anteriori al deposito del ricorso nell'ambito del Piano Concordatario.

Infine, è stato predisposto un Piano di prosecuzione dell'attività in corso di procedura corredato da una stima sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa *pro forma* al 30 giugno 2012 (data ipotizzata di omologa del concordato) al fine di fornire evidenza delle variazioni delle poste patrimoniali ed economiche del periodo e di tenere conto, nel c.d. fabbisogno concordatario e nel calcolo delle percentuali di pagamento dei creditori anteriori al ricorso, anche dei debiti da soddisfarsi in prededuzione a fronte della continuazione dell'attività d'impresa, al netto degli attivi generati nel periodo.

Al riguardo deve rilevarsi che per tutti i contratti aziendali pendenti (in quanto inerenti all'Attività Ospedaliera di Ricerca Clinica e Scientifica) e ritenuti strategici per l'attività aziendale, il Piano Concordatario prevede la loro prosecuzione in corso di procedura concordataria; prevede quindi il pagamento, in prededuzione, di tutti i costi conseguenti ed inerenti all'adempimento di tali contratti a far tempo dalla data di deposito del ricorso; prevede altresì che le banche con cui la Fondazione ha intrattenuto rapporti, proporzionalmente alla loro esposizione pregressa, concedano una nuova linea di credito per cassa in conto corrente, per un importo massimo in linea capitale fino ad Euro 25.000.000,00, e una linea di credito autoliquidante per anticipazioni di crediti, con cessione degli stessi alla banca erogante l'anticipazione, per un importo massimo in linea capitale fino ad Euro 35.000.000,00 (con conseguenziale incremento dei debiti prededucibili del periodo di prosecuzione dell'attività in corso di procedura pari - in previsione - a circa Euro 18 milioni).

In ultima analisi, è stato così sintetizzato lo schema rappresentativo del passivo concordatario stimato al 31.10.2011:

- Totale Prededuzione = Euro 31.000.000,00
- Totale Privilegio generale = Euro 122.600.000,00, di cui
 - a) Privilegio generale dipendenti = Euro 90.600.000,00, accollato con trasferimento agli Investitori;

b) Privilegio partecipazioni primari e premi dipendenti = Euro 11.100.000,00 da pagare post-omologa dagli Investitori;

c) Privilegio generale residuo = Euro 20.900.000,00 da pagare da Fondazione post-omologa;

- Totale Privilegio speciale = Euro 175.000.000,00, di cui

a) Ipoteca di Euro 9.100.000,00, da pagare da Fondazione post-omologa;

b) Finanziamento BEI di Euro 165.900.000,00, accollato con trasferimento agli Investitori tramite NewCo;

- Totale Chirografo = Euro 628.800.000,00, da pagare da Fondazione post-omologa;

- Fondi rischi, da accantonare per pagare se e quando si realizza il rischio:

a) rischio per crediti privilegiati sopravvenienti = Euro 11.200.000,00, calcolato in accantonamento ai fini delle percentuali concordatarie;

b) rischio per crediti chirografari sopravvenienti = Euro 98.500.000,00, calcolato in accantonamento sempre ai fini delle percentuali concordatarie.

E quindi, ancor più riassuntivamente:

Predeuzione € 31.000.000,00

Privilegio € 41.200.000,00

Chirografo € 727.300.000.

Quanto all'attivo disponibile per i pagamenti, esso sarebbe pari ad Euro **453.623.000,00**. Tale somma consentirebbe il pagamento integrale delle predeuzioni e dei crediti prelati e parziale dei creditori chirografari in una percentuale per essi variabile tra un minimo del **52,4 %** circa e un massimo del **69,7%** circa.

Sembra opportuno, infine, evidenziare quello che è stato indicato come l'effettivo apporto degli Investitori.

A tal fine, fatto pari ad euro 410.515.000,00 il valore delle immobilizzazioni conferende dalla Fondazione in NewCo, e ad Euro 36.992.000,00 l'attivo circolante sempre oggetto di conferimento (per crediti, disponibilità liquide, ratei e risconti), per un totale di Euro 438.507.000,00, e detratto da tale importo quello delle passività oggetto di accollo e pari ad Euro 320.487.000,00 (€ 62.409.000,00 per TFR netto, € 5.600.000,00 per debito di rimborso delle quote di capitale dei leasing, € 165.888.000,00 per debiti verso banche, € 11.972.000,00 per debiti verso altri finanziatori, € 33.090.000,00 per debiti verso enti previdenziali ed € 41.527.000,00 per ratei e risconti), il valore netto (aziendale d'avviamento) trasferito in NewCo sarebbe pari ad Euro **118.021.000,00**, a fronte del quale gli Investitori hanno promesso di versare l'importo/prezzo di € **253.000.000,00** (laddove € 3.000.000,00 sarebbero riferibili alla quota di conguaglio stimato come probabile al momento dei conteggi finali dei beni conferiti).

7. Dato così atto degli elementi economici e delle clausole di maggior rilievo della proposta concordataria, occorre a questo punto ricordare che la nuova disciplina normativa in

materia di concordato preventivo, come introdotta dal d.l. n. 35/2005 convertito nella l. n. 80/2005, debitamente coordinata con la più generale riforma della legge fallimentare attuata con il d.lgs. n. 5/2006, e completata con il d.lgs. n. 169/2007, subordina l'ammissibilità della domanda di concordato preventivo alle seguenti condizioni (ex artt. 160 e 162 l.f.):

a) il debitore deve essere un imprenditore commerciale munito dei requisiti dimensionali previsti dal nuovo art. 1, 2° comma, l.f. ;

b) l'imprenditore si deve trovare in stato di crisi, nozione che comprende in sé anche lo stato di insolvenza, come precisato dall'art. 160, 3° comma, l.f. ;

3) il debitore deve presentare un piano concordatario unitamente alla documentazione elencata dall'art. 161, comma 2, l.f., accompagnati dalla relazione di un professionista iscritto all'albo dei revisori ufficiali dei conti che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Ebbene, nel caso di specie:

- il ricorso è stato autorizzato e sottoscritto in ottemperanza alle disposizioni degli artt. 152 e 161, 4° comma, l.f. ;

- nel ricorso è contenuta una situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa ricorrente aggiornata e uno stato analitico-estimativo delle attività;

- con lo stesso ricorso, è stata depositata l'ulteriore documentazione finalizzata a comprovare la sussistenza delle condizioni formali, soggettive e oggettive, per l'ammissione al tipo di procedimento richiesto, e in particolare:

a) l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dell'importo dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;

b) le perizie di stima dei beni ;

c) una relazione ex art. 161, comma 3, legge fallimentare attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, redatta da professionisti che, essendo iscritti all'albo dei revisori ufficiali dei conti, devono considerarsi in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), legge fallimentare; nella relazione si dà poi anche contezza delle attività mobiliari e immobiliari in proprietà o in possesso della ricorrente e del relativo valore stimato.

In concreto reputa il Tribunale :

- che la documentazione prodotta dalla ricorrente presenti a sufficienza i requisiti della regolarità e completezza;

- che questo Giudice sia competente a decidere sulla domanda in ragione del Comune ove è ubicata la sede della ricorrente, essendo esso ricompreso nel circondario del Tribunale di Milano;

- che appaia del tutto evidente – ancorchè in apparente contrasto con la forma soggettiva della Fondazione – ma in ragione dell' attività concretamente esercitata, la natura commerciale della ricorrente, la quale inoltre risulta avere di gran lunga superato le soglie di

cui all' art. 1 l.f. ; al riguardo è appena il caso di precisare che quando una fondazione eserciti professionalmente un'attività economica organizzata, la quale, per le modalità con cui viene svolta, le dimensioni che raggiunge e i risultati cui perviene, non appare più strumentale al perseguimento dei fini di utilità sociale e *non profit* dell'ente, divenendo assorbente e predominante rispetto agli stessi, essa è assoggettabile, in caso d'insolvenza, al fallimento o alle alternative procedure concorsuali che presuppongono – parimenti – la qualità soggettiva commerciale e l'oggettiva esistenza di uno stato di crisi/insolvenza (cfr. anche Trib. Milano, 16.7.1998, Neri c. Fall. Belfanti Ist. Sieroterapico Milanese e altro, in Dir. fall. 1999, II, 333 e in Giur. it. 1999, 1678); in tali casi la fondazione-impresa commerciale deve quindi considerarsi soggetta integralmente allo statuto dell'imprenditore commerciale, con conseguente assoggettabilità alle procedure concorsuali; vale tra l'altro evidenziare che, nel caso di specie, non a caso la FONDAZIONE CENTRO SAN RAFFAELE DEL MONTE TABOR è anche iscritta al Registro delle Imprese di Milano;

- che lo stato di crisi in cui versa la ricorrente sia dimostrato dalla stessa proposizione del ricorso, che sul punto ha carattere ampiamente ammissivo e non trascura peraltro di evidenziare gli elementi contabili attestanti lo squilibrio finanziario in atto; nonché, più efficacemente, dalle situazioni debitorie analiticamente descritte negli appositi allegati e riscontrate dalla relazione ex art. 161, comma 3, legge fallimentare;

- che la verifica in ordine alla sussistenza del requisito della fattibilità debba svolgersi alla stregua dell'art. 162, comma 2, l.f. in relazione all' art. 161, comma 3, l.f., dovendo dunque il Tribunale avvalersi soprattutto della relazione del professionista indicata in tale disposizione, che a sua volta deve risultare idonea ad assolvere alla propria funzione di attestazione della veridicità dei dati e della fattibilità del piano attraverso analisi accurate, logiche, coerenti, complete e conformi a legge;

- che, effettuata tale analisi, debbano nel caso di specie ritenersi sussistenti i predetti requisiti (fatti salvi, naturalmente, i calcoli e le valutazioni più analitiche e approfondite devolute al nominando organo commissariale, che non è possibile compiere in questa sede di deliberazione meramente sommaria e preliminare); tale positivo riscontro consente anche di accogliere la specifica istanza della ricorrente per il riconoscimento del beneficio della prededuzione al compenso dei professionisti incaricati di predisporre la relazione ex art. 161, comma 3, l. fall. (Prof. Mario Cattaneo e Prof. Angelo Provasoli), ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 182-*quater*, comma 4°, e 111 l.f..

8. Deve peraltro evidenziarsi che alcuni punti, alcune cifre, alcune clausole del piano concordatario mostravano e in parte ancora conservano alcuni profili di criticità.

Proprio per tale ragione il Presidente relatore ha, in sede istruttoria, richiesto alcuni chiarimenti, e l'ufficio del PM, a sua volta, ha articolato, come si è detto, varie osservazioni critiche, concludendo poi affinché sia dichiarato il fallimento o comunque emessa una

declaratoria d'insolvenza ai fini dell'eventuale apertura di una procedura di amministrazione straordinaria.

La Fondazione ricorrente ha da parte sua controdedotto sui vari punti.

Riguardo alle questioni oggetto del suddetto dibattito processuale, che hanno avuto e che conservano ancora attualmente maggior rilievo ai fini del decidere, deve qui osservarsi quanto segue.

8.1. Facoltà del PM di interloquire sulla domanda di concordato preventivo.

Reputa il Tribunale che l'Ufficio del PM avesse in effetti la piena facoltà di contraddire sulla domanda di concordato preventivo, non solo perché in generale – a tutela delle esigenze di legalità – esso è parte del procedimento concordatario ai sensi dell'art. 161, ultimo comma, l.f., ma anche perché promotore, nel caso di specie, della richiesta di fallimento/dichiarazione d'insolvenza ai sensi dell'art. 7 l.f.

Deve ritenersi che l'Ufficio del PM potesse interloquire anche in quest'ultima veste, perché (d'altronde al pari della istanza di un qualunque creditore ricorrente per il fallimento) anche la sua richiesta di fallimento è destinata a subire l'effetto logicamente e processualmente pregiudicante della domanda di concordato, che, proprio perché innestantesi nel procedimento prefallimentare con tale effetto, non può che generare un diritto al contraddittorio in favore della parte titolare della situazione processuale pregiudicata.

8.2. Effetto pregiudicante della domanda di concordato preventivo.

Quanto a tale effetto, non è dubbio che la domanda di concordato preventivo, pur se inserita nel contesto di un procedimento prefallimentare promosso per primo, debba essere esaminata anteriormente all'esame della richiesta o dell'istanza di fallimento.

Tale conclusione - secondo diritto ricevuto - deriva dalla funzione del concordato preventivo quale procedura alternativa (e in via, appunto, "preventiva") rispetto al fallimento, ed è del resto confermata anche testualmente dall'art. 162 l.f., laddove tale norma contempla la possibilità che sia dichiarato il fallimento del debitore che abbia proposto una domanda di concordato preventivo solo alla condizione, e dopo che, tale domanda sia stata dichiarata inammissibile o sia stata rigettata, e sempre che una istanza o richiesta di fallimento sia stata già presentata dai soggetti legittimati a farlo.

Deve solo aggiungersi che la domanda di concordato preventivo sarebbe soggetta al detto esame pregiudiziale/prejudicante anche nella prospettiva di un'eventuale declaratoria d'insolvenza - a domanda, o d'ufficio - funzionale all'eventuale apertura di una procedura di amministrazione straordinaria, sia nella forma normotipica di cui al d.lgs. n. 270/1990, che nella variante speciale di cui alla cd. legge *Marzano* o *Parmalat* (D.L. n. 347/2003 conv. in l. n. 39/2004), apparendo in effetti applicabile anche quest'ultima procedura alla FONDAZIONE CENTRO SAN RAFFAELE DEL MONTE TABOR in presenza degli speciali presupposti dimensionali previsti dalla legge.

Anche rispetto a tali procedure concorsuali, infatti, il concordato preventivo svolge il già detto ruolo di procedura alternativa (in via preventiva, e quindi logicamente pregiudiziale/pregiudicante).

8.3. Il conflitto d'interessi fra il consiglio di amministrazione della Fondazione e gli Investitori.

Deve poi darsi atto che l'Ufficio del PM ha segnalato in senso critico il conflitto d'interessi a suo dire sussistente fra il consiglio di amministrazione della Fondazione e gli Investitori, essendo questi ultimi componenti di tale organo gestorio, direttamente o per interposto rappresentante.

Osserva il Tribunale che tale soggiacente conflitto d'interessi, per quanto allo stato rilevabile solo *sub specie* di situazione astratta e potenziale perché ancora non sfociata in atti ed effetti già percepibilmente pregiudizievoli per la Fondazione e/o per i suoi creditori, possa in effetti gettare un velo d'ombra sulle modalità con cui il piano concordatario è stato disegnato proprio in funzione e sulla falsariga dell'offerta formulata dai suddetti Investitori.

Non è dubbio, del resto, che la Fondazione, anziché limitarsi a ricevere e veicolare poi tal quale, all'esterno e ai fini concordatari, l'offerta irrevocabile d'acquisto formulata dagli Investitori, l'abbia subito "accettata" già prima di proporre il concordato, così facendola propria ed estendendo a se stessa il relativo contenuto obbligatorio.

In tal modo, lungi dall'utilizzare l'offerta unilaterale irrevocabile all'acquisto (delle azioni della costituenda NewCo) proveniente dai terzi Investitori - e quindi impegnativa solo per questi ultimi - quale semplice forma di garanzia utile (solo) a dimostrare la serietà e fattibilità della proposta cessione dei beni ai creditori secondo la prescelta forma tecnica di configurazione del concordato, la Fondazione ha di fatto "blindato" tale offerta (quanto meno in parte, restandone fuori, infatti, solo gli assets non soggetti a conferimento in NewCo e da liquidare quindi in capo ad OldCo), conformando su di essa la propria proposta concordataria sulla base di un biunivoco collegamento strutturale e funzionale.

In concreto, alla luce e per effetto della detta già effettuata accettazione dell'offerta, non sembra fuor di luogo ipotizzare che si sia voluto perfezionare, e che sia stato in effetti posto in essere, un vero e proprio contratto con obbligazioni bilaterali, sia pure ancora non immediatamente produttivo di effetti costitutivi.

La più verosimile qualificazione della fattispecie potrebbe essere quella di *contratto preliminare (sospensivamente condizionato) di compravendita di cosa futura*: un negozio comunque bilaterale, dunque, già perfetto quanto alla sua conclusione, ancorché :

- sospensivamente condizionato, perché sottoposto nella sua efficacia al verificarsi di alcuni eventi, sussunti appunto *in obligatione* sotto forma di condizioni sospensive, che però risultano invariabilmente contemplate sempre a beneficio dei soli Investitori ed espressamente solo da essi rinunciabili (per quanto - in verità - sia anche comprensibile e possa considerarsi anche giustificato il motivo che ne ha determinato l'inserimento in contratto, dato il

considerevole onere finanziario che gli Investitori si sono accollati, e che ben può spiegare sul piano economico la subordinazione dell'esborso monetario, che essi si sono impegnati ad effettuare, al previo realizzarsi delle condizioni che dovrebbero concretamente consentire l'esercizio dell'attività ospedaliera in capo alla costituenda e rilevanda NewCo, esercizio senza il quale l'intera operazione perderebbe la sua principale ragione giustificatrice);

e di cosa futura, giacché la NewCo, e le relative azioni rappresentative del capitale, ancora non esistono, anche se ne è stata prevista la successiva venuta ad esistenza.

Ebbene, in ragione di tale peculiare compenetrazione strutturale e funzionale tra offerta degli Investitori e proposta concordataria, che, come ha osservato il PM, potrebbe apparire finalizzata a sottrarre aprioristicamente ad altre possibili offerte del libero mercato gli *assets core* oggetto del conferimento in NewCo (la quale ultima potrebbe a sua volta considerarsi destinata a giocare il ruolo – a voler parafrasare altri noti precedenti – di *good company* volutamente sottratta a gare tra possibili *competitors* per essere selettivamente destinata agli attuali Investitori), nemmeno potrebbe escludersi, quanto meno in astratto, che il contratto preliminare in questione, se inteso come strumento finalizzato solo a precostituire una cessione preferenziale di beni del debitore ad un prezzo predeterminato (e in ipotesi particolarmente vantaggioso) a favore solo di predeterminati soggetti (che per di più verserebbero in una sottesa situazione di conflitto d'interessi), sia assoggettabile ad eventuale invalidazione per violazione o elusione di norme imperative (ex artt. 1343 e 1344 c.c. ed eventualmente anche in relazione all'art. 186 l.f.), se fra queste dovesse annoverarsi, come pure opina questo Tribunale per le ragioni che fra poco meglio si illustreranno, l'art. 182 l.f., in quanto e nella parte in cui tale disposizione normativa sembra disegnare un quadro di modalità liquidatorie – per il caso di concordato per *cessio bonorum* – tendenzialmente finalizzato al massimo realizzo dei cespiti del debitore attraverso modalità competitive di vendita.

In altre parole, proprio il delineato conflitto d'interessi, più volte rimarcato dal PM e ancora da ultimo ribadito anche sulla scorta della memoria presentata il 25.10.2011 dai componenti dimissionari del consiglio amministrazione della Fondazione, prof. Pini e prof. Clementi (che hanno affermato di non aver potuto far tempestivamente coltivare da parte di tale consesso, proprio per la situazione conflittuale venutasi a creare e per la marginalizzazione di cui essi sarebbero stati vittime, una diversa e pur molto appetibile proposta d'intervento finanziario formulata da una *charity* di diritto statunitense), potrebbe giocare in via eventuale come sintomo o fattore diacritico ipoteticamente idoneo a determinare, in concorso con una complessiva ricostruzione dell'assetto negoziale anche in termini di frode alla legge, la caducazione o l'invalidazione del contratto preliminare di cui s'è detto e/o del collegato piano concordatario, così riaprendo al mercato (e quindi ad un'eventuale gara tra più offerenti) l'acquisizione della neo-costituenda società conferitaria

dell'azienda ospedaliera o della stessa azienda in essa conferenda, che invece - come ha lamentato il PM - a tale mercato sembrerebbero attualmente sottratte, già ora per allora.

Deve aggiungersi che il quadro conflittuale denunciato dal PM e l'eventualità che nel suo contesto possa essere anche rimessa in gioco la stessa proposta concordataria presentata dalla Fondazione potrebbe forse acquisire un rango di maggior concretezza se nel corso della procedura emergessero davvero eventuali altri soggetti interessati all'acquisto del nuovo San Raffaele, che fossero latori di offerte serie e garantite ed adeguatamente migliorative rispetto a quella degli attuali Investitori (che però finora sono stati, in verità, gli unici a formulare una proposta comunque concreta e sostanziale, corredata da affidabili garanzie).

Se, infatti, dinanzi al concretizzarsi di una tale eventualità, la Fondazione mostrasse di non voler comunque prendere adeguatamente in considerazione - ciò che non sembra tuttavia credibile - altre più vantaggiose ed alternative proposte di acquisizione del capitale della NewCo, ne resterebbe forse legittimato il dubbio che non principalmente a beneficio dei creditori sia stata costruita l'attuale proposta concordataria, ma piuttosto a beneficio o nell'interesse prevalente degli Investitori, nel quadro di quella situazione di conflitto d'interessi denunciata dal PM secondo una configurazione simmetrica ed analoga a quella che - per intendersi - ricorre laddove un rappresentante stipuli un contratto con se stesso (art. 1395 c.c.).

Non sembrerebbe poi neppure possibile negare che alcune specifiche clausole dell'offerta, e quindi, di conserva, della stessa proposta concordataria, siano anch'esse suscettibili di dar luogo, eventualmente, a successive criticità o perplessità, correlabili alla rilevata situazione di conflitto d'interessi.

Si allude, ad esempio, al fatto che sia stato sì previsto un possibile diritto reciproco degli Investitori e della Fondazione ad applicare conguagli in relazione al prezzo da pagarsi per l'acquisto del capitale di NewCo in rapporto ai beni che saranno in essa conferiti, a seconda che essi si rivelino alla fine di valore maggiore o minore rispetto a quello pre-stimato nell'offerta degli Investitori e nella proposta concordataria, ma limitandosi tuttavia la possibilità di effettuare tali conguagli (v. punti 4.2, 4.3 e 7.2 della Proposta) solo con riferimento ai *«Crediti, Rimanenze, e poste del "Passivo" solo ed esclusivamente per i debiti maturati sul "C.d. contratto di finanziamento BEI»*, senza invece la possibilità di darvi corso con riferimento ai cespiti, alle strutture e agli altri attivi *core* dell'azienda ospedaliera. Si è anzi e per di più previsto che i conguagli - in tal modo oggettivamente molto limitati - siano effettuati sulla base di stime cui provvederanno le parti con l'ausilio dei propri incaricati e consulenti, ossia, in ultima analisi, tramite periti nominati dagli stessi Investitori e dalla Fondazione.

Ebbene, non v'è chi non veda come, da un lato, aver lasciato fuori dai conguagli i cespiti *core* più sostanziosi della conferenda azienda ospedaliera possa alimentare nei terzi qualche dubbio sul perché il prezzo offerto dagli Investitori sia stato blindato con riferimento al

controvalore di tali cespiti (c'è il rischio che siano stati sottostimati?); e, dall'altro, aver affidato a consulenti/periti selezionabili sempre dagli stessi soggetti (giacché gli Investitori compongono quel consiglio d'amministrazione della Fondazione che, quale controparte dei primi, dovrebbe nominare gli altri e diversi consulenti/periti) possa a sua volta alimentare il dubbio che le stime di conguaglio vengano poi fatte in modo tale da non valorizzare necessariamente al massimo le poste che ne sono oggetto, ancora una volta con possibile dispersione di valori attivi in pregiudizio dei creditori della Fondazione.

Si tratta solo di dubbi, evidentemente, di semplici rischi ed eventualità, ma che, appunto, in una situazione di conflitto d'interessi come quella rappresentata dal PM sarebbe irragionevole escludere *a priori* e che potrebbero quindi anche comportare, ove l'indagine demandata ai nominandi commissari giudiziali li confermasse in concreto, l'attivazione di procedimenti ex art. 173 l.f. per l'eventuale revoca dell'ammissione al concordato, specie ove una sottostima dei conferendi assets potesse configurarsi *sub specie* di fraudolento occultamento di valori patrimoniali attivi o comunque l'offerta formulata non fosse poi integrata in modo congruente.

Ma, appunto, i dubbi e le perplessità correlati all'indicata situazione di conflitto d'interessi, così come segnalata dal PM, potrebbero essere valutati solo se ed in quanto tali future indagini fossero idonee a conferire loro un apprezzabile tasso di concretezza.

Di certo, ed in ogni caso, non è adesso e in questa sede (di mera delibazione preliminare dell'ammissibilità della proposta concordataria) che il Tribunale, pur nella astratta contemplazione di tale possibile rischio, può approfondirne più di tanto la disamina.

Secondo l'indirizzo interpretativo di questo Giudice, infatti, è certo possibile, specie ove la relazione degli esperti attestatori appaia *prima facie* incongruente o insufficientemente o illogicamente motivata, prescindere dalle sue conclusioni e valutare direttamente la situazione effettuale oggetto di attestazione, come del resto di norma accade al cospetto di qualunque consulenza tecnica affetta dai medesimi vizi (chè la relazione degli esperti attestatori altro non è, in definitiva, che una relazione tecnica, come lascia chiaramente intendere, nel contesto di un'interpretazione sistematica delle norme che disciplinano le nuove forme di soluzione alternativa delle crisi d'impresa, l'art. 67, terzo comma, lett. d), legge fallimentare, laddove esige che la ragionevolezza dei cd. *piani di risanamento* – ma tale criterio è evidentemente estensibile anche alla fattibilità dei piani concordatari e all'attuabilità degli accordi ex art. 182-*bis* l.f. in quanto implicanti un analogo giudizio di *feasibility* - sia attestata ai sensi dell'articolo 2501-*bis*, quarto comma, del codice civile, ossia alla stregua dei criteri che devono utilizzare gli esperti chiamati ad attestare la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione societaria a seguito di acquisizione con indebitamento; esperti che, a loro volta, come dispone l'art. 2501-*sexies*, sono assoggettati non a caso alla responsabilità prevista per i Consulenti Tecnici d'Ufficio ai sensi dell'articolo 64 c.p.c., ad ulteriore conferma della natura di elaborati tecnici - invariabilmente - di tutte queste forme di attestazione).

Senonchè, come si è già detto, nel caso di specie l'attestazione degli esperti non appare illogicamente o insufficientemente motivata, e le stesse apparenti ipotesi di non perfetta conciliazione di alcuni dati contabili, che il PM ha rilevato con la sua memoria (al punto 2.6) nel confronto tra quelli indicati nella suddetta attestazione e quelli corrispondenti della proposta concordataria, sono state poi spiegate e rese oggetto di riconciliazione (in modo non illogico o pretestuoso) dalla Fondazione con la sua ultima contro-memoria, e comunque sembrano essere, in ultima analisi, di entità talmente modesta da non determinare, in concreto, sensibili scostamenti e conseguenze in punto di rilevanza funzionale dell'attestazione di fattibilità/veridicità.

Non sorge dunque in questa sede la necessità di procedere direttamente ad un più approfondito esame - che semmai va demandato ai nominandi commissari giudiziali - dei suddetti profili fattuali e di legittimità sostanziale della proposta concordataria a prescindere dalle rilevazioni contenute nella relazione tecnica degli attestatori, cui semmai può addebitarsi solo un eccessivo uso di *caveat* e *warnings* nella redazione del proprio elaborato.

Infine - è il caso di osservare - non è nemmeno questa la sede in cui il Tribunale possa autonomamente e formalmente rilevare (e nettamente in qualche modo sanzionare) il conflitto d'interessi segnalato dalla Procura, essendo esso di norma denunziabile e tutelabile, se concretamente incidente su atti e contratti, solo nelle forme e nei modi previsti dalla legge e nei limiti di una legittimazione attiva riservata solo a determinati soggetti (come si desume dal paradigma dell' art. 2391 c.c.).

Il Tribunale, peraltro, *ex altero latere*, nella sua funzione di osservatore imparziale dell'intera operazione, nemmeno può evitare di considerare in questa sede deliberativa che, in definitiva, quella degli Investitori - sulla cui personale affidabilità e solvibilità non vi è del resto alcuna ragione di dubitare - è stata finora l'unica, seria e garantita proposta di intervento finalizzata alla salvaguardia delle migliaia di posti di lavoro del San Raffaele e al salvataggio di questa impresa sanitaria che viene in effetti comunemente considerata come struttura di eccellenza anche nell'ambito della ricerca scientifica (finora esercitata, per comune opinione, con una libertà d'azione da parte di medici e ricercatori così piena che - va pure incidentalmente osservato - sarebbe davvero deprecabile non potesse permanere tale anche in futuro). Per tale ragione il San Raffaele è anche un *brand* di valore economico indubbiamente considerevole .

Né il Tribunale - ancora - può trascurare di rilevare come, tra le finalità dell'intervento legislativo con cui è stata parzialmente riformata la disciplina del concordato preventivo, vada annoverata anche - e non secondariamente - la salvaguardia del bene sociale-impresa e del bene-sociale lavoro, sì che, nella valutazione da compiere in questa sede sull'ammissibilità della proposta di salvataggio in concreto presentata, la sua indubbia corrispondenza anche a tali finalità, così come teleologicamente perseguite dal legislatore della riforma, gioca ai fini decisori in senso indubbiamente favorevole all'ammissione.

8.4. Criticità relative all'eccezione sollevata dalla fondazione ai sensi dell'art. 45 l.f., alla prevista risoluzione di alcuni contratti di *leasing*, all'accollo del finanziamento BEI, alla cessione a NewCo del contributo del 5 per mille.

La Fondazione ha sollevato con il ricorso, relativamente ad alcune situazioni creditorie in contestazione, un'eccezione di inopponibilità per difetto di data ai sensi dell'art. 45 l.f..

Il PM ha sollevato però dubbi sulla possibilità di escludere dal passivo concordatario, solo per effetto ed in forza di tale eccezione, le partite creditorie cui essa è riferibile. Tuttavia – alla luce delle controdeduzioni svolte da Fondazione – ha poi preso atto che, in realtà, tale eccezione non ha influito nel calcolo del passivo concordatario, essendo state comunque appostate riserve per il relativo rischio.

Il PM ha poi lamentato che non sia stata effettuata la dovuta operazione di *disclosure* in merito alla prevista risoluzione di alcuni contratti di *leasing* e del soggetto che deve pagare la relativa quota di interessi di cui sono composti i canoni da corrispondere in corso di procedura, nonché in merito alla distribuzione delle varie iscrizioni ipotecarie connesse al mutuo BEI fra le plurime unità immobiliari oggetto del conferimento in Newco.

Anche al riguardo però non sembra emergere una concreta incidenza di tali obiezioni sotto il profilo della fattibilità, considerato che comunque sono stati appostati fondi rischi per il caso di risoluzione dei contratti di *leasing*; che per i contratti che proseguono in corso di procedura comunque deve essere onorata l'obbligazione di pagamento dei canoni da parte della Fondazione/utilizzatrice; che l'ipoteca relativa al mutuo BEI comunque segue gli immobili conferiti; e che l'accollo liberatorio ad esso relativo si riferisce comunque ad un credito prelatizio di cui è previsto l'integrale pagamento.

Naturalmente anche in tal caso deve farsi rinvio alle indagini dei Commissari perché possa sciogliersi ogni dubbio sul piano della correttezza delle cifre in discussione.

Quanto al fatto che gli interessi maturati sul finanziamento BEI dalla data di ammissione della procedura a quella del conferimento in Newco debbano essere pagati in prededuzione da OldCo, non sembra che, in effetti, tale previsione (e la situazione analogamente riferibile al costo *waiver*) a sua volta incida sensibilmente in termini di fattibilità della proposta o di correttezza dei conti ad essa relativi, visto che comunque il credito prelatizio ha titolo per generare interessi endoconcorsuali da pagare comunque integralmente.

Quanto alla ripartizione tra Newco e Fondazione dei contributi del 5 per mille di cui si attende la riscossione, secondo il PM non sarebbe comprensibile come NewCo possa introitarli visto che si tratterà di una società di capitali e quindi di un soggetto che non potrebbe essere annoverato fra i fruitori di tale forma di finanziamento. Tuttavia la proposta prevede che sia la costituenda Nuova Fondazione ad incamerare i contributi, mentre la newCo dovrebbe avere voce in capitolo solo qualora si ponesse un problema di conguagli per effetto di storni non realizzati incidenti sulla conclusiva quantificazione del prezzo d'acquisto del capitale NewCo.

8.5. Criticità relative al maturare di crediti prededucibili come conseguenza della prosecuzione dell'attività ospedaliera e al costo effettivo dell'operazione per gli Investitori.

Il PM ha anche posto in dubbio l'utilità di attuare l'operazione di salvataggio affrontando i costi prededucibili che prevedibilmente andranno a maturare durante il corso della procedura. Il PM ha sì ammesso che l'operazione di vendita del capitale NewCo porterà un realizzo *cash* di Euro 250 ml che non si potrebbero altrimenti introitare, ma ha anche segnalato che, comunque, mancherebbe un termine di paragone, ovvero l'ipotesi che una liquidazione atomistica dei beni della Fondazione non sia in grado da sola di procurare tale plusvalore, e ha altresì segnalato che gli Investitori compreranno le attività ospedaliere con un forte sconto, in quanto il multiplo implicito dell'acquisizione sarebbe quello minimo di 6 volte l'EBITDA (ragguagliabile ad un *equity value* di Euro 247.841), sì che, in definitiva, gli Investitori acquisterebbero NewCo a solo 2 volte il suo patrimonio netto.

La complessa obiezione è tuttavia non rilevante in questa sede.

Infatti non solo essa pone all'attenzione un profilo che, afferendo alla convenienza della proposta, è demandato all'esclusiva valutazione dei creditori e non del Tribunale, ma che in ogni caso è certamente minusvalente rispetto ai vantaggi (in termini di conservazione del valore-sociale impresa e del valore-sociale lavoro) cui mira l'intera operazione. Che non merita poi certo di essere svilita sulla base di un confronto con l'alternativa meramente demolitoria di una vendita parcellizzata ed atomistica dei cespiti attivi.

8.6. Criticità relative alla valutazione peritale delle partecipazioni e ai criteri di compensazione di poste attive e passive soprattutto quanto alla partecipazione FINRAF.

Il PM non ha mancato poi di evidenziare come, in realtà, la proposta concordataria non contenga alcuna specifica valutazione peritale delle partecipazioni oggetto di conferimento o cessione; come poi non siano state applicate le norme sulla direzione e coordinamento delle società di cui agli artt. 2497 e seguenti c.c., specie con riferimento alla prevista cessione della partecipazione FINRAF; come la proposta, inoltre, non sia abbastanza trasparente e precisa sulle cifre relative al pagamento offerto ai creditori, quando invece tanto più sarebbe necessaria tale trasparenza e precisione quando venga formulata ai creditori, come nella specie, una proposta del tipo "*prendere o lasciare*".

Secondo il PM, in particolare, sarebbe ancora frutto del segnalato conflitto di interessi il fatto che i rapporti infragruppo siano stati utilizzati anche al fine di facilitare l'acquisizione di alcune partecipazioni in seno a Newco. Viene fatto riferimento al riguardo alla circostanza che la società FINRAF, alla data del 30.6.2011, aveva un debito verso la controllante (Fondazione) di Euro 15,76 milioni, laddove il Piano prevede che talune delle partecipazioni di FINRAF (esattamente la società Resnati e Science Park) debbano essere trasferite in Newco al prezzo di Euro 15,4 ml, anche se poi di fatto quest'ultima non dovrebbe sborsare nulla in quanto è previsto che venga trasferita a NewCo anche una quota di pari importo del credito che Fondazione vanta nei confronti di FINRAF in modo che Newco possa compensare il

prezzo della suddetta cessione rimettendo a FINRAF il credito che avrà ottenuto per effetto dello scorporo; operazione che, a detta del PM, violerebbe – tra l'altro - le regole in tema di direzione e coordinamento delle società ex art. 2497 e ss. c.c., poiché i 15 ml. circa di credito di Fondazione nei confronti di FINRAF dovrebbero essere considerati postergati ai sensi delle disposizioni di legge richiamate.

In effetti tali osservazioni delineano una criticità sensibile, laddove rimarcano il carattere postergato di un credito riveniente da finanziamenti infragruppo.

Tuttavia la delineata fattispecie di postergazione ancora non appare avere, ad oggi, concreta rilevanza impediente ai fini del giudizio di fattibilità, le limitazioni correlate all'istituto della postergazione essendo subordinate all'effettivo verificarsi di una situazione di *default*, situazione che, appunto, ancora non appare con certezza riferibile a FINRAF.

Anche in tal caso, dunque, saranno le indagini dei commissari a dover dare un definitivo contributo di chiarezza.

Quanto alla necessità di promettere una precisa percentuale di pagamento ai creditori chirografari, deve rilevarsi che, a modifica di quanto indicato inizialmente nel ricorso, ove la Fondazione aveva affermato che, essendo quello da essa proposto un concordato per cessione dei beni, le percentuali di pagamento previste per i creditori chirografari dovevano intendersi meramente indicative, con la conseguenza che, anche in caso di rilevante scostamento da esse in fase esecutiva, il concordato, una volta omologato, non sarebbe stato soggetto a risoluzione per inadempimento, determinando l'omologa *in re ipsa* un totale effetto esdebitatorio; essa, preso poi atto delle perplessità sollevate su tale aspetto dal Presidente relatore e dal PM, ha, con la memoria integrativa successivamente depositata, rettificato la domanda, precisando come proprio impegno di pagamento quello di soddisfare i creditori chirografari almeno nella misura minima del 52%.

La ricorrente si è così di fatto adeguata all'orientamento interpretativo di questo Tribunale – ora autorevolmente confermato anche da Cass. n. 18864/2011 - che considera sempre necessario, anche in caso di concordato per cessione dei beni, un preciso e determinato impegno di pagamento in una certa percentuale verso i creditori chirografari (da pagare peraltro tutti in una percentuale che comunque appaia non irrisoria, pena difetto di causa della soluzione concordataria proposta), anche se poi, al tempo stesso, la ricorrente ha voluto riconfermare comunque nella detta memoria la tesi secondo cui l'effetto esdebitatorio integrale potrebbe realizzarsi a prescindere dall'effettivo pagamento dei creditori nell'esatta misura percentuale promessa.

Al riguardo deve ribadirsi, per contro, come non basti affatto a rendere ammissibile la proposta di concordato preventivo per cessione dei beni la semplice previsione di un qualunque possibile esito soddisfacente per i creditori chirografari e dunque in una misura percentuale semplicemente ipotizzata come possibile, ma non impegnativa.

Occorre invece la specifica assunzione di un ben quantificato obbligo di pagamento, non potendo il debitore traslare il rischio della liquidazione *sic et simpliciter* ed interamente in capo ai creditori.

Tale conclusione si pone coerentemente in linea con l'intervenuta espunzione/abrogazione della speciale regola che, nella legge fallimentare ante-riforma, consentiva la conservazione dell'effetto esdebitatorio del concordato per cessione dei beni (il quale proprio in forza di tale previsione acquisiva una configurazione autonoma rispetto al modello normotipico di cessione dei beni disciplinato dal codice civile agli artt. 1977 e ss. c.c.) anche in caso di mancato pagamento della percentuale minima (del 40%) prevista dalla legge, regola contenuta nella disposizione, di natura eccezionale, di cui al secondo comma dell'art. 186 l.f. ("*Nel caso di concordato mediante cessione dei beni a norma dell'art. 160, comma 2, n. 2, questo non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento*").

L'abrogazione di tale norma esclude infatti che possa ora considerarsi ammissibile ed avere efficacia una proposta che, sulla scia della vecchia formulazione normativa, pretenda di realizzare un effetto interamente esdebitatorio prevedendo ancora come evento semplicemente possibile, e non come precipua obbligazione di risultato, il pagamento ai creditori chirografari della percentuale prospettata dal debitore (oggi per di più in misura variabile, e non più necessariamente almeno al 40%), senza cioè che tale previsione sia intesa e si traduca in un preciso impegno a pagare una percentuale determinata (almeno al di fuori dell'ipotesi speciale, pure ammessa dall'art. 186, quarto comma, nuovo testo, di concordato immediatamente liberatorio con assunzione di un terzo).

Naturalmente ci si intende riferire, a questo proposito, alla tipologia di concordato per cessione dei beni cui ha fatto riferimento la proponente, e che va sussunta nella categoria più comune, conformata sul contratto tipico-nominato disciplinato dagli artt. 1977 e ss. c.c., che ha connotazione gestoria, traducendosi essa in una fattispecie particolare di mandato che il debitore conferisce ai creditori affinché liquidino i suoi beni (dati appunto in cessione), per soddisfarsi poi con il ricavato proporzionalmente ai propri crediti e nel rispetto delle cause di prelazione.

Non va però dimenticato che viene di norma considerato possibile porre in essere anche una diversa ed alternativa tipologia di *cessio bonorum*, avente questa volta una natura direttamente traslativa. Essa ricorre quando il debitore concordi con i propri creditori il trasferimento in proprietà ad essi dei suoi beni, in modo che attraverso la *cessio* (traslativa) si realizzi l'adempimento, secondo un modello assimilabile alla *datio in solutum*. In questo caso, in effetti, il trasferimento può atteggiarsi come immediatamente satisfattivo, mentre non può realizzare lo stesso effetto la cessione posta in essere alla stregua del modello gestorio normotipico.

Secondo una risalente interpretazione, la possibilità di porre in essere una cessione immediatamente traslativa in deroga alla configurazione gestoria che connota il modello comune deriverebbe dalla previsione contenuta in una norma imperativa, l'art. 1984 c.c., a tenore della quale il debitore cedente è liberato verso i suoi creditori solo dal giorno in cui essi ricevono la parte loro spettante sul ricavato della liquidazione, e nei limiti di quanto hanno ricevuto, salvo patto contrario. Il patto contrario, appunto, se stipulato, implicherebbe l'operare di una *cessio* ad efficacia immediatamente traslativa e non il semplice conferimento di un mandato.

Come che sia, sta però di fatto che, secondo tale norma, la cessione dei beni (nella forma gestoria comune, qual è quella utilizzata anche nel caso di specie per configurare la proposta concordataria), può determinare una esdebitazione solo parziale del debitore, ossia nei limiti della somma effettivamente pagata ai creditori, e solo quando essa sarà pagata, e non subito ed in misura integrale, se, appunto, il pagamento non sia effettuato in modo da coprire l'intero credito.

Vero è che la norma ammette una possibilità di deroga, e quindi di un'esdebitazione anche totale, ma solo mediante la stipula di un patto contrario, ossia di un contratto, al quale però non è certo assimilabile, è finanche superfluo rilevarlo, il procedimento che nel concordato serve per ottenere l'approvazione dei creditori alla proposta concordataria, trattandosi in tal caso di un procedimento di votazione basato sul principio maggioritario e non sul principio consensualistico. Non può dunque considerarsi equivalente al contratto, per realizzare la deroga contemplata dall'art. 1984 c.c., il voto espresso a maggioranza dai creditori nel concordato.

Naturalmente in passato, per quanto già sopra osservato, poteva verificarsi una possibilità di esdebitazione totale sulla base della già citata regola diversa, di natura eccezionale.

Come si è già detto, infatti, una deroga alla regola dell'esdebitazione parziale che l'art. 1984 c.c. riservava e riserva ancor oggi solo al caso di stipula di un negozio di natura contrattuale a ciò finalizzato, era prima prevista da una norma equiordinata di legge, il citato art. 186, secondo comma, l.f., laddove in via eccezionale esso stabiliva che, nel caso di concordato mediante cessione dei beni, questo poteva non risolversi se fosse stata ricavata e poi ripartita ai creditori chirografari una percentuale inferiore al quaranta per cento.

Tale norma, però, si ripete, è stata abrogata e quindi non vi è più modo di derogare all'art. 1984 c.c. al di fuori della stipula di contratti *ad hoc*.

Né può ritenersi che, come pure talora si afferma, l'attuale apertura dell'art. 160 l.f. a varie modalità di conformazione della proposta concordataria sia di per sé idonea a giustificare un effetto esdebitatorio totale sol perché tale effetto sia parte del contenuto della proposta concordataria per *cessio bonorum* che il debitore formula ai suoi creditori.

L'art. 160 l.f., infatti, compie sì un elenco (meramente esemplificativo e non tassativo) di variabili modalità di articolazione delle proposte concordatarie, comprendendo tra esse, anche ed appunto, la cessione dei beni, ma nell'annoverare tra queste modalità anche la *cessio bonorum* recepisce tale strumento - né potrebbe fare diversamente - nella stessa configurazione con cui esso è disciplinato tipicamente dal codice civile o comunque senza conferire a tale figura, per quanto essa possa in ipotesi adattarsi nella prassi a forme atipiche, l'attitudine a derogare alla norma imperativa dell'art. 1984 c.c., atteso che la disciplina fallimentare non ripropone più una regola eccezionale analoga a quella prima contenuta nell'art. 186 l.f.

Deve inoltre osservarsi che, coerentemente con l'espunzione della regola eccezionale di cui al citato art. 186, secondo comma, l.f., il legislatore della riforma ha voluto conformare la disciplina dell'inadempimento del concordato preventivo alle norme generali in tema di risoluzione civilistica, imponendo ora di valutare in concreto, e volta a volta, ai fini risolutorii del concordato, l'importanza dell'inadempimento, che può e deve pertanto emergere solo se commisurato tra l'altro, sotto il profilo quantitativo, all'esito della prospettata ristrutturazione dei debiti, ad una precisa obbligazione di pagamento assunta dal debitore concordatario per un certo importo o per una certa percentuale (*«il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza»*), laddove, in mancanza di una tale obbligazione, la proposta finirebbe sostanzialmente per sottendere una causa meramente aleatoria (certamente insuscettibile di tutela, quanto meno attraverso il meccanismo esdebitatorio del concordato preventivo), giacché, impedendo di fatto ai creditori di far valere successivamente il diritto a chiedere una risoluzione per inadempimento all'obbligo di pagamento, finirebbe per traslare per intero il rischio del concordato sui creditori stessi, in violazione della detta norma imperativa che ammette il diritto dei creditori, in caso di grave inadempimento, a chiedere ed ottenere la risoluzione del concordato.

In sostanza la disciplina della risoluzione concordataria dimostra che l'unica chance di esdebitazione totale che può avere il debitore, il quale proponga un concordato per cessione dei beni, può ricorrere solo laddove egli, utilizzando la cessione solo come strumento di attuazione (e non di sostituzione) dell'obbligazione di pagamento, comunque sottometta la proposta concordataria alla comune alea della risoluzione per inadempimento, proponendo la trasformazione (ristrutturatoria) dell'originaria obbligazione di pagamento in una obbligazione comunque analoga, anche se di dimensione quantitativamente più ridotta.

Non può sottacersi, del resto, che una proposta concordataria che fosse formulata ricollegando il definitivo ed integrale effetto esdebitatorio solo all'omologazione e quindi configurando la causa del concordato in termini di assoluta aleatorietà, potrebbe reputarsi non sostenibile nemmeno sul piano della verifica di legittimità costituzionale, non risultando in questa prospettiva giustificabile un'espansione del principio maggioritario nell'ambito dei rapporti tra privati (peraltro in un contesto caratterizzato dal fatto che la "comunità" dei privati

non nasce in tal caso su base volontaria, ma quale conseguenza della situazione di crisi in cui venga a trovarsi il comune debitore) fino al punto da consentire alla maggioranza d'imporre alla minoranza dissenziente una soluzione che comporti o possa comportare a svantaggio di quest'ultima il sacrificio totale di un diritto soggettivo finanche senza alcuna controprestazione e senza alcuna possibilità di un rimedio successivo.

Pertanto delle due l'una: o il debitore s'impegna - anche con la proposta concordataria di ristrutturazione del debito con cessione dei beni - al pagamento di una determinata percentuale, deducendo a proprio carico il rischio di inadempimento di tale obbligazione, in tal modo sottraendosi alla regola di cui all'art. 1984 c.c. che contempla la sola esdebitazione parziale, potendo così giustificarsi sul piano causale la possibilità di ottenere tale totale esdebitazione per effetto della soggezione ad un rischio di risoluzione del concordato correlato proprio all'inadempimento rilevante dell'obbligazione di pagamento; o preferisce non correre tale rischio, limitandosi ad offrire ai creditori quel pagamento purchessia che potrebbe essere effettuato con il ricavato della liquidazione, ma incorrendo in tal caso nell'inevitabile declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato, poiché il pagamento non potrebbe che realizzare solo un parziale effetto esdebitatorio e in tal senso non potrebbe fare del concordato una procedura alternativa al fallimento, perché non sarebbe idoneo a rimuovere integralmente e in via preventiva/sostitutiva lo stato di crisi/insolvenza .

8.7. Criticità connesse alla mancata appostazione di un fondo per il pagamento del compenso al nominando organo liquidatorio.

Infine, un'ulteriore criticità della proposta va ravvisata laddove la Fondazione ricorrente, sull'asserto che sia nella sua facoltà il poter procedere essa stessa alla liquidazione dei beni oggetto di cessione (in particolare quelli reliquati che esulano dall'operazione di conferimento in NewCo), non ha stanziato alcun fondo per il pagamento di un compenso ad uno o più liquidatori giudiziali.

Ritiene al riguardo il Tribunale che la tesi della ricorrente non sia condivisibile.

Essa si basa, in definitiva, su un argomento del tutto opinabile, che fa leva sul tenore letterale dell'art. 182, primo comma, l.fall., laddove esordisce affermando che "*Se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente, il tribunale nomina ... uno o più liquidatori*" (enfasi aggiunta).

Tale norma, infatti, pur nel far salvo un diverso disposto, non necessariamente allude alla possibilità che il debitore proponente un concordato per cessione dei beni eserciti *jure proprio* il potere di effettuare la liquidazione, al contempo privando il Tribunale del potere di nomina dei liquidatori.

Più semplicemente, sembra ragionevole ritenere che la norma faccia salva la possibilità che la proposta concordataria, pur prevedendo la cessione dei beni, non esiga in concreto lo svolgimento di alcuna attività liquidatoria.

Lo dimostra del resto la stessa relazione del Guardasigilli alla legge fallimentare del '42, laddove, sub art. 37, testualmente ammetteva la possibilità che la cessione dei beni, oltre a potersi realizzare mediante attività liquidatorie [tramite il conferimento "... di una procura irrevocabile", o tramite "una liquidazione giudiziale vera e propria (art. 182)"], potesse anche prescindere ["Così la cessione potrà assumere la forma del trasferimento dei beni ai creditori in proprietà" e "... non è del resto da escludersi che i creditori possano anche mettersi d'accordo per rilevare l'impresa e gestirla nell'interesse comune"].

Dunque la salvezza di una diversa soluzione che la proposta concordataria può contemplare, salvezza cui fa riferimento l'esordio dell'art. 182, sembra più ragionevolmente ascrivibile ai casi in cui non occorra affatto procedere ad una liquidazione (casi meno infrequenti di quanto possa pensarsi, essendo tutt'altro che ignote alla prassi le soluzioni concordatarie configurate al segno della *cessio bonorum*, in cui al momento dell'omologa, per le più diverse ragioni, spesso motivate dall'urgenza di provvedere e/o dal rischio di deterioramento dei beni, già tutto sia stato liquidato, o i beni ceduti altro non siano che semplici contratti rispetto ai quali l'unica attività da compiere sia la relativa sottoscrizione senza che esistano altre attività da vendere, ecc.).

È appena il caso di precisare poi che quando la *cessio bonorum* non implichi una fase liquidatoria, di conserva non sussisterà la necessità della nomina di un liquidatore giudiziale.

Ad ulteriore conforto di tale conclusione, per quanto già congrua in forza della sua intrinseca evidenza e ragionevolezza, sta poi la considerazione che, per definizione, il potere di revoca sottende anche il potere di nomina. Ebbene l'art. 182, secondo comma, l.f., nel rinviare anche all'art. 37 l.f., prevede ora espressamente (ed invariabilmente) il potere del Tribunale di sostituire e revocare in ogni tempo anche il liquidatore giudiziale. Potere dunque cui fa da presupposto il potere di nomina del medesimo organo.

Infine, non può sottacersi che, pur avendo conservato immutata rispetto al testo originario la disposizione di cui al primo comma dell'art. 182 l.f., il legislatore della riforma ha recentemente inserito di seguito altri alinea, ridisegnando una complessiva disciplina della liquidazione dei beni oggetto di cessione ai creditori che ha carattere marcatamente giudiziale/pubblicistico e natura apparentemente imperativa, e quindi non derogabile.

Se, dunque, prima di tale intervento, poteva nutrirsi qualche dubbio sulla necessità che la *cessio bonorum* concordataria dovesse sempre soggiacere, ove implicante un'attività liquidatoria, alle modalità della liquidazione giudiziale (v. ad esempio Cass. n. 1345/2011 con riferimento alla cd. disciplina previgente, e peraltro con passaggi di evidente contraddittorietà), tale dubbio non sembra più legittimo ora, visto che, da un lato, la nomina dei liquidatori viene ora affidata al (solo) Tribunale in ogni caso in cui ad una liquidazione debba procedersi, e, dall'altro, il liquidatore ha assunto una veste sostanzialmente sovrapponibile per requisiti soggettivi (art. 28 l.f.) e per responsabilità (art. 38 l.f.) a quella del curatore, nel contesto di uno statuto delle modalità liquidatorie che ricalca pedissequamente le regole competitive

previste per il fallimento agli artt. da 105 a 108-ter l.f. (in quanto, ovviamente, compatibili con la particolare struttura del procedimento concordatario).

Pertanto non senza ragione si è parlato, a proposito degli effetti di tale intervento normativo, di fallimentarizzazione del procedimento concordatario di liquidazione dei beni, tale connotazione bene esprimendo la marcata pubblicizzazione che si è voluto conferire a tale procedimento.

Riproporre dunque una diversa modalità operativa nel tentativo di ridurre la portata e la *ratio* che ispira tale innovativa disciplina normativa, continuando ad utilizzare in senso impropriamente ideologico – per contrastarla - l'argomento interpretativo che fa leva su una pretesa ed onnivora contrattualizzazione del concordato e sulla pretesa maggiore attendibilità di letture che, marcate in tale direzione, sarebbero perciò stesso più progressiste e quindi preferibili, non rende giustizia all'oggettiva sostanza e alla portata logico-sistematica della norma attualmente vigente, nei cui soli limiti può e deve spaziare la potestà interpretativa e decisoria del Giudicante.

Deve pertanto concludersi che, nei casi in cui la proposta concordataria per cessione dei beni implichi un'attività liquidatoria, spetti sempre al Tribunale, alla stregua del carattere imperativo delle prescrizioni contenute nell'art. 182 l.f., il potere di stabilire le modalità della liquidazione (da porre in essere secondo criteri competitivi e preferenzialmente secondo i criteri e i moduli operativi previsti per il fallimento) e il potere di nominare uno o più liquidatori. La natura giudiziale di questi ultimi a sua volta esclude *in re ipsa* che il debitore proponente possa decidere a suo libito le modalità con cui dev'essere effettuata la liquidazione, essendo logicamente inconcepibile che un liquidatore giudiziale possa sottostare alle decisioni di un (debitore) privato.

Una tale possibilità si tradurrebbe altresì in una patente violazione di altre due norme imperative contenute nella disciplina codicistica della *cessio bonorum*, gli artt. 1979 e 1980 c.c., a tenore delle quali *l'amministrazione dei beni ceduti spetta ai creditori cessionari e il debitore non può disporre dei beni ceduti*.

Ciò, ovviamente, non esclude in linea di principio che il debitore proponente possa chiedere al Tribunale che la nomina ricada su professionisti da lui stesso indicati (magari, come di frequente accade, con previsione di rinuncia al compenso, inserita proprio al fine di dimostrare la preferibilità e vantaggiosità economica di tale nomina), ma anche in tal caso né la nomina, né la figura del professionista nominato come liquidatore muterebbero natura giuridica, trattandosi sempre e comunque di nomina e di liquidatore di natura "giudiziale".

Ciò non di meno, proprio perché il Tribunale potrebbe anche accogliere una tale istanza del debitore proponente, ma con una decisione che può diventare attuale solo al momento dell'eventuale omologa, lo stanziamento già in occasione della proposta di concordato di un fondo destinato a coprire il compenso del liquidatore, ancorché consigliabile e rispondente a criteri prudenziali, non può comunque considerarsi tassativo.

Ragione, questa, che, dunque, nella situazione di specie esclude che il mancato stanziamento di detto fondo sia concretamente già influente in senso negativo sotto il profilo della fattibilità.

9. Deve poi darsi atto che non vi è luogo a provvedere in questa sede sulle richieste di autorizzazione della Fondazione a stipulare i contratti relativi alla cd. Nuova Finanza (con riconoscimento contestuale del beneficio della prededuzione) e all'accollo liberatorio con BEI, trattandosi sì, in un caso, di nuovi finanziamenti, ma non propriamente della cd. *finanza-ponte* sulla cui sorte (sotto il profilo della prededucibilità) il Tribunale potrebbe in effetti pronunciarsi in sede di ammissione, essendo stata prevista nella specie la relativa erogazione non con riferimento al già decorso periodo anteriore al ricorso, ma con riferimento a quello successivo all'ammissione; e trattandosi, nell'altro caso, di un atto già sostanzialmente assentito dalla banca creditrice direttamente interessata, sulla cui autorizzabilità, per quanto di ragione e residualmente ancora d'interesse, all'occorrenza provvederà semmai il Giudice Delegato con la pienezza dei poteri che gli sono attribuiti dall'art. 167 l.fall.

10. Tutto ciò precisato, e tenuto conto che, alla stregua delle suesposte considerazioni e delle integrazioni apportate dalla ricorrente alla domanda iniziale, sussistono le condizioni di ammissibilità del concordato previste dalla legge, la proposta deve essere accolta e quindi la Fondazione dev'essere ammessa alla richiesta procedura concordataria.

Quanto alla conseguente nomina dell'organo commissariale, è opportuno procedere alla designazione di un collegio di tre commissari e non di un commissario singolo, in ragione sia dell'importanza, che della complessità della procedura e del suo ordine di grandezza: la nomina di un organo collegiale è infatti in concreto funzionale all'esigenza di maggiore efficienza e rapidità nella conduzione della procedura, senza trovare, al contempo, alcuna controindicazione effettuale ed economica o alcun ostacolo logico o normativo alla sua attuazione.

Deve precisarsi, quanto a tale secondo profilo, che, sebbene l'art. 163, secondo comma, n. 3), l.fall. faccia esplicito riferimento alla nomina – *sic et simpliciter* - di un commissario, tale norma non esclude affatto, né esplicitamente, né per implicito l'insediamento di un organo avente struttura collegiale, la cui designazione deve quindi reputarsi non estranea al dettato normativo, e comunque da esso estensivamente desumibile in via logico-interpretativa (in particolare alla luce degli art. 182, 198 l.f., 8, 15 e 38 d.lgs. n. 270/1999). Pertanto, in sistematica coerenza con le norme soprarichiamate, il collegio dei commissari giudiziali dovrà nella specie adempiere alle proprie funzioni secondo la disciplina all'uopo dettata dalle norme stesse per il caso in cui venga disposta la nomina di un organo collegiale (deliberazione a maggioranza in caso di eventuale contrasto di opinioni; esercizio congiunto dei poteri di rappresentanza attraverso almeno due dei componenti del collegio: artt. 198, secondo comma, l.f.; 15 e 38 d.lgs. n. 270/1999); infine, per evidenti ragioni di efficienza economica e in considerazione dell'effetto sinergico dell'attività svolta dai tre

componenti del collegio, il compenso finale ad essi spettante, da determinare compatibilmente con i criteri dettati dal D.M. 28.7.1992, non potrà comunque superare quello previsto a favore di un unico commissario giudiziale, dovendosi quindi procedere alla suddivisione dell'unico onorario complessivo, nella misura che verrà liquidata dal Tribunale, per la quota di un terzo in favore di ciascun professionista.

Dovendo garantirsi la massima efficienza e professionalità dell'organo commissariale, si reputa opportuno designare, comunque in sostanziale coerenza con i criteri di selezione e designazione usualmente adottati da questo Tribunale, ma in ogni caso in funzione e con la necessaria attenzione alla straordinaria importanza della procedura in oggetto, professionisti con *curricula* di comprovata esperienza, già maturata, nello specifico settore in oggetto, anche in relazione a procedure analogamente complesse (se possibile anche di livello internazionale), altresì dotati di una struttura di studio e di supporto adeguatamente articolata, e preferibilmente ubicata nel Comune di Milano.

Vengono pertanto chiamati a comporre il collegio commissariale:

- 1) il dott. Rolando Brambilla, con studio in Milano, via Stendhal n. 65;
- 2) l'avv. Salvatore Sanzo, con studio in Milano, via Verziere n. 11;
- 3) il dott. Luigi Giovanni Saporito, con studio in Milano, via Larga n. 15, c/o SINACTA.

Seguono direttamente in dispositivo gli altri provvedimenti accessori.

Per Questi Motivi

- 1) dichiara aperta la procedura di concordato preventivo della **FONDAZIONE CENTRO SAN RAFFAELE DEL MONTE TABOR**, con sede in Milano, Via Olgettina n. 60;
- 2) delega alla procedura il Presidente dott. Filippo Lamanna;
- 3) nomina un Collegio di Commissari Giudiziali nelle persone dei Signori: dott. Rolando Brambilla, avv. Salvatore Sanzo, dott. Luigi Giovanni Saporito;
- 4) ordina la convocazione dei creditori per procedersi alle operazioni di voto all'udienza del **23 gennaio 2012, ad ore 10.00**, avanti al Giudice Delegato, presso l'aula delle udienze che sarà a ciò destinata nel Palazzo di Giustizia di Milano;
- 5) dispone:
 - che i Commissari Giudiziali provvedano a comunicare a tutti i creditori il presente decreto entro il **30 dicembre 2011** e che depositino in cancelleria la relazione ex art. 172 l.f., pubblicandola nell'apposita area del sito *internet* del Tribunale, **entro dieci giorni prima** della data fissata per l'adunanza dei creditori;
 - che entro il termine di **quindici giorni dall'avvenuta comunicazione** del presente decreto alla società ricorrente, questa depositi, ai sensi dell'art. 163, secondo comma, n. 4), legge fallimentare, la somma di **€ 1.400.000,00** presumibilmente necessaria per sostenere il 20% delle spese di procedura, effettuando il relativo versamento su un conto corrente intestato alla procedura concordataria da aprire presso la Banca Nazionale del Lavoro, nell'agenzia che ha sede in questo Tribunale;

- che essa metta subito a disposizione dei Commissari Giudiziali le scritture contabili affinché questi possano produrle al Giudice Delegato per l'annotazione di cui all'art. 170 l.f. ;
- che il presente decreto venga pubblicato nelle forme previste dall'art. 166 l.f., nonché sui quotidiani *la Repubblica, Corriere della Sera* e *Il Sole 24 Ore* e trascritto ai sensi dell'art. 88, secondo comma, l.f. .

Così deciso in Milano, in data 27 ottobre 2011

Il Presidente
(Dott. Filippo Lamanna)

