

ACCORDI DI CASH POOLING: ANALISI DELLE “BUONE PRATICHE” ALLA LUCE DELLA CASS. PEN., SEZ. V, SENT., N. 39139/2023

Dario Sencar (PwC TLS), Andrea Porcarelli (PwC TLS), Raffaele Iervolino (PwC TLS) ed Elisa Pesce (PwC TLS)

La Corte di Cassazione con la sentenza della quinta sezione penale n. 39139, depositata in cancelleria il 26 settembre 2023, si è recentemente pronunciata, in un contesto di accusa di bancarotta, in merito ai principali profili giuridici e sostanziali relativi ad un accordo di cash pooling (la cui esistenza è stata esclusa dai giudici).

Nello specifico, i giudici di legittimità hanno ribadito che i trasferimenti di liquidità per poter essere ricondotti ad un accordo di cash pooling tra partecipanti e pooler, devono avvenire secondo una preventiva regolamentazione contrattuale scritta dei rapporti interni al gruppo. Tale regolamentazione deve, inoltre, includere in modo specifico le modalità e i termini per il trasferimento dei saldi dei conti correnti (bancari) periferici al conto corrente (bancario) accentrato, nonché i termini entro i quali il pooler deve restituire la liquidità ricevuta sul conto accentrato. Devono essere, inoltre, specificati i tassi di interesse attivi e passivi applicati, le modalità di corresponsione degli interessi ed eventuali commissioni spettanti al pooler per l'attività svolta. I giudici di legittimità evidenziano, per ultimo, come tale accordo debba essere strutturato secondo la logica dei cd. “vantaggi compensativi”, quindi con benefici diretti per la società, altrimenti, deprivata. Va, infatti, evidenziato come la pronuncia in commento riguardi un caso di bancarotta tra società appartenenti allo stesso gruppo, ossia una situazione di conclamata sofferenza finanziaria per la società deprivata delle risorse trasferite alla capogruppo e la cui Difesa volta a far valere la sussistenza del cash pooling, in assenza di un'appropriate evidenza contrattuale e documentale, è stata bocciata quale mero tentativo postumo di rielaborare, in chiave unitaria rapporti privi ex ante di una trasparente organizzazione accentrata. Tale situazione patologica, connessa al giudizio di inesistenza del sistema cash pooling, ha portato alla consequenziale contestazione del reato di bancarotta. Dalle motivazioni della sentenza della Corte di Cassazione possono, tuttavia, evincersi dei criteri generali di buona condotta che i giudici di legittimità evidenziano come imprescindibili al fine del riconoscimento dell'esistenza di accordi di cash pooling.

Svolgimento del processo

La Corte di Cassazione, sezione penale, con la sentenza n. 39139/2023 si è pronunciata in tema di bancarotta tra società appartenenti allo stesso gruppo. In dettaglio, i giudici di legittimità hanno evidenziato tra l'altro come, in generale, i pagamenti in favore della controllante possono essere ricondotti all'operatività di un sistema di cash pooling solo qualora ricorra la preventiva formalizzazione di tale contratto con puntuale regolamentazione dei rapporti giuridici ed economici interni ed esterni al gruppo. Integra, comunque, una distrazione rilevante il trasferimento di fondi, da una società ad un'altra parte dello stesso gruppo, quando si è in presenza di una situazione di conclamata sofferenza per la società deprivata e i pagamenti avvengono senza la garanzia di restituzione dei valori trasferiti e al di fuori di un credibile programma di riassetto del gruppo.

Nello specifico, la vicenda in oggetto ha riguardato il Tribunale di Cagliari che, in relazione alla dinamica di versamenti e restituzioni, con la sentenza del 28/09/2016, riconosceva, stante l'operato delle parti, il reato di bancarotta. Successivamente, e per quanto di interesse, la Corte di appello di Cagliari, con parziale riforma di quella del Tribunale di Cagliari, ha confermato le statuizioni di primo grado tra cui quelle relative alla non esistenza del rapporto di cash pooling.

In merito, punto focale della sentenza di Cassazione è stata la conferma del non riconoscimento dell'esistenza, in opposizione a quanto sostenuto dalla Difesa, del cash pooling quale elemento idoneo a giustificare, in ottica non distrattiva, il senso complessivo della dinamica di versamenti e restituzioni. In particolare, non è stata accolta la tesi difensiva che sosteneva che il rapporto di cash pooling non debba essere necessariamente supportato dall'esistenza di conti correnti bancari delle società del gruppo e di quello accentratore, gestito dalla società tesoriere, mancando in tal senso una espressa previsione normativa. In altre parole, da quanto è dato comprendere dalla narrativa della sentenza, secondo la Difesa, la mancanza di un tale requisito non sarebbe ostativo alla possibilità di ravvisare un cash pooling.

Al riguardo, secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione, sezione penale, le operazioni di trasferimento di risorse finanziarie dai conti periferici delle società del gruppo a quello accentrato e amministrato dal pooler, possono, eventualmente, essere ricondotte all'operatività di un rapporto di cash pooling, e non integrano gli estremi di una condotta distrattiva, solo qualora ricorra la formalizzazione di tale contratto di conto corrente intersocietario, con puntuale regolamentazione dei rapporti giuridici ed economici interni al gruppo e ci sia evidenza dei cd. "vantaggi compensativi" per le società (ex plurimis, Sez. V, n. 51473 del 24/09/2019, Sez. V, n. 22860 del 01/03/2019, Sez. V, n. 34457 del 05/04/2018, Sez. V, n. 33774 del 30/07/2015, Sez. V, n. 14046 del 25/03/2014; Sez. V, n. 28508 del 02/07/2013).

Considerazioni preliminari

In estrema sintesi, gli accordi di cash pooling maggiormente diffusi in Italia consistono nel (e prevedono di) accentrare fisicamente in capo a un unico soggetto giuridico la gestione delle disponibilità liquide presenti sui conti correnti bancari dei membri di un gruppo societario allo scopo di gestire al meglio la tesoreria aziendale con riguardo ai rapporti in essere tra le società del gruppo e gli istituti di credito terzi. Nell'insieme, un accordo di cash pooling di tal fatta (cd. *zero balance*) consente di evitare possibili squilibri finanziari riconducibili alle singole realtà aziendali facenti parte del gruppo attraverso una gestione unitaria della liquidità presente sui conti correnti bancari. Esso, infatti, permette di trasferire (anche azzerando) i saldi attivi e passivi di conto corrente bancario di alcune società presso il conto del tesoriere, evitando lo *spread* bancario (con risparmio di interessi passivi per il gruppo).

In tale contesto generale relativo alle modalità di funzionamento degli accordi di cash pooling, si inseriscono le considerazioni di diritto enunciate dalla Corte di Cassazione, sezione penale, nella sentenza n. 39139/2023 che, pur afferenti a una situazione patologica che ha portato alla contestazione di non esistenza del cash pooling e al conseguenziale reato di bancarotta, possono comunque essere lette e interpretate al fine di ricavare dei principi generali e delle "buone pratiche" che potrebbero essere implementate quando si è presenza di accordi di cash pooling operanti in situazioni non patologiche.

Sul punto, giova, tuttavia, evidenziare come il cash pooling, che geneticamente non è osservabile tra terzi indipendenti ma si riscontra solo in contesti di gruppo quale modalità di sfruttamento di sinergie nei rapporti con la banca, implica che i benefici economici che ne derivano siano ripartiti tra i partecipanti e il pooler secondo principi di razionalità economica.

Motivi della decisione

“(I)l contratto (di cash pooling, ndr) deve contenere, necessariamente, le indicazioni relative alle modalità e ai termini con cui i saldi dei conti correnti periferici delle consociate devono essere trasferiti al conto corrente accentrato, nonché alle modalità e ai termini entro i quali il pooler deve restituire la liquidità ricevuta sul conto accentrato di cui è titolare, ed anche all’ammontare dei tassi in base ai quali maturano gli interessi attivi e passivi, sui crediti annotati nel conto comune, alle modalità con cui gli interessi verranno corrisposti ed all’eventuale commissione spettante al pooler per lo svolgimento dell’attività di tesoriere (enfasi aggiunta)”

questo è uno dei principali passaggi dei giudici di legittimità che, sempre nella sentenza n. 39139, evidenziano, come

“(l)a corretta gestione del cash pooling non possa prescindere da una puntuale regolamentazione contrattuale dei rapporti interni al gruppo, per l’esatta qualificazione giuridica degli accordi e del conseguente trattamento tributario, ai fini della determinazione del reddito d’impresa (enfasi aggiunta)”.

In base a quanto sopra riportato, appare di chiara evidenza come la Corte di Cassazione, nel valutare l’esistenza del cash pooling, concentri la propria attenzione sul meccanismo generale di funzionamento del medesimo sia in relazione al gruppo (inteso nella sua interezza) che ai singoli partecipanti (intesi come entità economiche indipendenti), oltre che sulla verifica dei profili documentali e giuridici. La Cassazione ritiene che il contratto di cash pooling rientri nella categoria dei contratti atipici (ex art. 1322 cod. civ.) non espressamente disciplinati dal diritto civile, e che può essere descritto quale accordo stipulato autonomamente da tutte le consociate di un gruppo (cd. participants) con una stessa società (cd. pooler e generalmente individuato nella holding o nella finanziaria del gruppo) che funge da centro di tesoreria e riguardi la gestione di un conto corrente bancario “accentrato” sul quale vengono riversati i saldi dei conti correnti bancari periferici di ciascuna consociata.

La Corte, evidenziando la necessità di trasparenza di tali accordi a tutela di soci, creditori e soggetti terzi a fronte della natura, delle modalità di funzionamento e della potenziale invasività dei medesimi, afferma

*“la necessità che le società interessate deliberino il contenuto dell’accordo di cash pooling nei rispettivi Consigli di amministrazione, definendone, in particolare, l’oggetto, la durata, i limiti di indebitamento, le aliquote relative agli interessi attivi e passivi e le commissioni applicabili. **Non è, invece, prospettabile** che una così articolata modalità di gestione dei flussi finanziari tra società pool leader e società participants di un medesimo gruppo possa prescindere da precisi accordi tra le varie società e una o più banche; d’altro canto, esigenze di certezza dei rapporti giuridici tra le parti impongono di darne comunicazione ai soci, ai creditori e ai terzi e, richiedono, pertanto, la trasparente trasfusione nelle scritture contabili della esistenza di una tesoreria accentrata (enfasi aggiunta)”*.

In altri termini, secondo la Corte di Cassazione, l'esistenza di un accordo di cash pooling richiede una preventiva e dettagliata regolamentazione contrattuale che disciplini anche la remunerazione spettante al pooler per le attività svolte. In aggiunta, secondo i giudici di legittimità, altro aspetto parimenti rilevante attiene ai cd. "vantaggi compensativi" (ex art. 2634 cod. civ.) quale criterio idoneo a differenziare tra operazioni che, isolatamente considerate, evidenziano margini di rischio per una persona giuridica, e operazioni che possono trovare giustificazione in ragione dei vantaggi che la medesima società riceve da scelte gestionali poste in essere, a suo beneficio, da altri enti del medesimo gruppo. Nel contesto del cash pooling, in generale, l'obiettivo primario è quello di assicurare, attraverso una forma di gestione accentrata della tesoreria aziendale, un efficiente andamento dei rapporti tra le società aderenti al gruppo e gli istituti di credito, razionalizzando l'utilizzo complessivo della liquidità e riducendo il peso dello *spread* bancario.

Conclusioni

La Corte di Cassazione, con la sentenza della quinta sezione penale n. 39139/2023, ha rilevato come al fine di escludere la natura distrattiva (e quindi la bancarotta) di un'operazione di trasferimento di somme da una società ad un'altra, in quanto da ricondurre nell'ambito di un accordo di cash pooling, occorra la presenza di (1) una antecedente e puntuale regolamentazione contrattuale dei rapporti giuridici ed economici interni al gruppo e di (2) un adeguato meccanismo di "vantaggi compensativi", ossia che siano identificati e ripartiti i benefici derivanti dal far parte di tale rapporto di natura sinallagmatica con altre società del gruppo.

Abbandonando ora la specifica fattispecie penale su cui si sono pronunciati i giudici di legittimità *i.e.*, bancarotta e reati nel fallimento, e volendo ricavare delle "buone pratiche" che gli operatori potrebbero implementare al fine di allinearsi alle considerazioni generali espresse dalla Corte (così da, ulteriormente, ridurre un eventuale rischio di contestazione da parte dell'Amministrazione finanziaria) il primo punto può essere traslato in una puntuale analisi legale che ha ad oggetto (i) la verifica della completezza e trasparente formalizzazione degli aspetti economici rilevanti, contrattualmente pattuiti tra le parti, e (ii) la verifica che, questi ultimi, siano, in modo coerente, trasposti nelle scritture contabili delle società; mentre il secondo punto può essere traslato in un'accurata analisi di determinazione dei tassi attivi e passivi tramite una metodologia che tenga in dovuta considerazione (i) l'andamento corrente del mercato finanziario, (ii) la solidità finanziaria e patrimoniale dei soggetti parte dell'accordo, (iii) le attività svolte dal pooler a beneficio dei participants e (iv) la ripartizione del beneficio risultante dall'accentramento delle posizioni attive e passive all'interno del pool (cd. synergy benefits) in base agli apporti delle singole entità. In relazione a tale ultimo punto, qualora il rapporto di cash pooling coinvolga entità estere, l'accurata delineazione della transazione e il pricing del rapporto devono essere svolti in linea con la normativa domestica in materia di prezzi di trasferimento, declinata dall'art. 110, comma 7 del TUIR in aderenza ai principi incorporati nelle Linee Guida OCSE in materia di transfer pricing.

In merito, si evidenzia che i principi e l'orientamento generale seguito dalla Corte di Cassazione, in relazione ai requisiti giuridici ed economici che un rapporto di cash pooling deve rispettare appaiono in aderenza ai principi illustrati dalle Linee Guida OCSE per la transazioni di tale tipologia che, nei paragrafi da 10.115 a 10.127, evidenziano i processi da seguire al fine dell'individuazione delle relazioni finanziarie effettive in essere tra imprese associate e le condizioni e le circostanze economicamente rilevanti da analizzare al fine dell'accurata identificazione, caratterizzazione e analisi dell'operazione infragruppo. Pertanto, la puntuale

aderenza da parte degli operatori ai dettami dell'OCSE dovrebbe mettere, ulteriormente, in sicurezza da (eventuali) contestazioni sull'esistenza stessa del rapporto di cash pooling, o sulla relativa remunerazione da parte dell'Amministrazione finanziaria italiana.

Difatti, i principali criteri indicati dalle Linee Guida OCSE in materia di cash pooling sono così individuati:

*“(t)he accurate delineation of cash pooling arrangements would need to **take into account not only the facts and circumstances of the balances transferred but the wider context of the conditions of the pooling arrangement** as a whole (enfasi aggiunta)”* - par. 10.116

*“(n)o member of the pooling arrangement would expect to **participate in the transaction if it made them any worse off than their next best option** (enfasi aggiunta)”* - al par. 10.118

*“(t)he **amount of that group synergy benefit**, calculated by reference to the results that the cash pool members would have obtained had they dealt solely with independent enterprises, **would generally be shared by the cash pool members, provided that an appropriate reward is allocated to the cash pool leader** for the functions it provides (enfasi aggiunta)”* - par. 10.121.

Tali criteri appaiono in piena aderenza con le “buone pratiche” che possono essere desunte dai recenti orientamenti giurisprudenziali, in materia penale, della Corte di Cassazione e possono, quindi, essere un utile riferimento anche per operazioni non transnazionali.