



D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito

Le imprese in perdita “sistemica”

di Raffaele Marcello^(*) e Fabrizio G. Poggiani^(**)

La finalità che intende perseguire l'art. 24 del D.L. n. 78/2010 è abbastanza intuitiva. La norma, nelle intenzioni del legislatore, mira ragionevolmente a contrastare i comportamenti antieconomici perseguiti dalle imprese in perdita costante. Ciononostante, i numerosi aspetti controversi, sui quali si avrà modo di soffermarsi in questa sede, potrebbero, salvo auspicati interventi dell'Amministrazione finanziaria, amplificarne gli ambiti applicativi fino ad alterare gli intendimenti sottesi alla disposizione stessa.

1. Premessa

Con l'art. 24 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella L. 30 luglio 2010, n. 122 (Manovra 2010) il legislatore fiscale ha focalizzato l'attenzione su quelle imprese che sistematicamente dichiarano **perdite di natura “fiscale”**, disponendo la necessità di procedere nell'attività di controllo per i medesimi contribuenti, con l'obiettivo ambizioso di **recuperare gettito** destinato alle casse erariali¹.

D'altra parte, la nuova disposizione si inserisce

^(*) Docente di Economia dei Gruppi e delle Concentrazioni Aziendali presso l'Università G. d'Annunzio, Chieti-Pescara. Componente del direttivo dell'Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.

^(**) Ragioniere commercialista in Pistoia - Pubblicista - CFP Consulting.

¹ In ordine ai diversi aspetti del tema si rimanda a P. Mazza, *Nuovi criteri anti-evasione fiscale e contributiva: imprese apri e chiudi e perdite sistemiche*, in “Pratica Fiscale e Professionale” n. 33/2010, pag. 20.

nel più ampio panorama dei recenti interventi legislativi anti evasione, e funge, soprattutto, da **deterrente per le imprese** intenzionate a mettere in atto comportamenti al limite della legalità fiscale, sfruttando principalmente le opportunità offerte dall'art. 84 del Tuir, in tema di “riporto delle perdite”

La carenza di un approccio prescrittivo della norma integra, però, profili di intrinseca debolezza, essenzialmente legati all'utilizzo di un lessico criptico che si presta a numerose e diverse interpretazioni, soprattutto per quello che concerne i periodi d'imposta (a cui dover far riferimento), la tipologia delle perdite, l'esatta individuazione dei soggetti percettori dei compensi in relazione ai quali è assicurata la disapplicazione della norma e le modalità di ripianamento delle perdite da effettuarsi esclusivamente mediante aumento di capitale a “titolo oneroso”.

Lo scopo non celato del provvedimento è quello di far emergere situazioni che permettono un utilizzo, strumentale e favorevole ai contribuenti, delle perdite, non intercettate da forme particolari di controllo o dall'applicazione degli studi di settore o dei parametri.

Ebbene, constatato che il richiamo normativo non è alle **perdite civilistiche** (successivamente si ritornerà sul concetto), le cui conseguenze, per le società di capitali, possono essere ben più “drammatiche” di quelle generate dalla disposizione in esame (soprattutto quando erodono il capitale minimo)², permangono aspetti critici quali la considerazione delle particolari situazio-

² Il legislatore fa spesso riferimento nelle norme del codice civile al concetto di perdita, senza però spiegarne mai il significato. L'allusione codicistica è comunque non solo alle perdite risultanti alla chiusura dell'esercizio, ma anche a

ni di imprese che operano in settori in marcata difficoltà e di quelle che registrano condizioni fisiologiche di perdite (come ad esempio, quelle in fase di *start up*)³.

Contrasto al fenomeno delle imprese in perdita “sistemica”

Art. 24 del D.L. n. 78/2010

1. La programmazione dei controlli fiscali dell’Agenzia delle Entrate e della Guardia di finanza deve assicurare una vigilanza sistematica, basata su specifiche analisi di rischio, sulle imprese che presentano dichiarazioni in perdita fiscale, non determinata da compensi erogati ad amministratori e soci, per più di un periodo d’imposta e non abbiano deliberato e interamente liberato nello stesso periodo uno o più aumenti di capitale a titolo oneroso di importo almeno pari alle perdite fiscali stesse.
2. Anche ai fini di cui al comma 1, nei confronti dei contribuenti non soggetti agli studi di settore né a tutoraggio, l’Agenzia delle Entrate e la Guardia di finanza realizzano coordinati piani di intervento annuali elaborati sulla base di analisi di rischio a livello locale che riguardino almeno un quinto della platea di riferimento.

2. Le novità della Manovra 2010

La distinzione appena tratteggiata con riguardo al corretto inquadramento della disposizione ci porta ad affermare che il “caposaldo” normativo è il riferimento alle perdite di “natura fiscale” e che le mire del legislatore tributario non sottendono a un esclusivo incremento della base imponibile da assoggettare all’imposizione diretta, ma ambiscono a rendere più finalizzati ed efficaci i controlli, nonché all’introduzione di un “freno” ai **comportamenti sistematici**, finalizzati al risparmio d’imposta (nell’ottica di una lotta all’elusione).

Peraltro, la norma in commento segue quella introdotta dal legislatore sulle cosiddette “imprese apri e chiudi”, di cui al precedente art. 23 del medesimo decreto, da sempre monitorate stante l’insita pericolosità dimostrata dalle stesse nella perdita di gettito fiscale e contributivo ai danni dello Stato.

Passando ad analizzare il contenuto estremamente ermetico dell’art. 24 della Manovra 2010, una prima indicazione che emerge dal tenore letterale della norma è che la stessa è posta a presidio e supporto delle **attività di controllo** (e vigilanza) effettuate dall’Agenzia delle Entrate⁴ e dal corpo della Guardia di finanza.

quelle formatesi nel corso dell’anno. Per tale motivo, l’organo amministrativo deve monitorare costantemente situazioni che, se protratte nel tempo, potrebbero diventare non più governabili.

³ In tal senso si veda G.P. Tosoni, *Imprese in perdita sistematica e “apri-chiudi”: novità della manovra*, in “Guida alla Contabilità & Bilancio” n. 16/2010, pag. 34.

⁴ Cfr. circ. n. 13/E del 9 aprile 2009, in banca dati “fiscoonline” con commento di A. Iorio, *L’attività di controllo fiscale per l’anno 2009*, in “il fisco” n. 16/2009, fascicolo n. 2, pag. 2611

Tali soggetti preposti al controllo dovranno assicurare una vigilanza ricorrente sulle imprese sistematicamente in “rosso”, utilizzando determinate (ma ancora sconosciute) analisi di rischio, con attinenza, però, ai soggetti che presentano dichiarazioni dei redditi con perdite di natura esclusivamente “fiscale”, senza che assuma alcuna rilevanza il risultato d’esercizio civilistico; sul punto si rende opportuno evidenziare che, paradossalmente, un contribuente che consegue una perdita civilistica di elevata entità, successivamente neutralizzata per effetto di **variazioni in aumento** in applicazione delle disposizioni tributarie, di cui all’art. 83 del Tuir, non rientra tra quelli monitorati dall’Amministrazione finanziaria, stante, come si è detto, lo specifico rinvio della norma alle perdite di natura fiscale.

Allo stesso modo pare chiaro che il collegamento legislativo alle perdite “fiscali” ovvero a quelle rilevabili dalle dichiarazioni UNICO (delle persone fisiche, delle società personali e delle società di capitali) renda irrilevante sia il tipo di contabilità adottato (ordinario, semplificato, contribuente minimo o regime delle nuove iniziative produttive) che la forma giuridica rivestita (persona fisica, società, ente commerciale o non commerciale), purché esercente un’attività d’impresa, escludendo razionalmente i “lavoratori autonomi”, nonché i produttori agricoli soggetti a tassazione fondiaria (*ex art. 32 del Tuir*).

inerente la prevenzione e il contrasto all’evasione rivolta a imprese di minori dimensioni (cioè con volume d’affari o ricavi dichiarati non superiori a euro 5.164.56) e circ. n. 20/E del 16 aprile 2010, in banca dati “fiscoonline” con commento di C. Nocera, *Controlli fiscali: l’analisi del rischio, criterio guida per la selezione dei contribuenti*, in “il fisco” n. 18/2010, fascicolo n. 2, pag. 2849 relativa alla prevenzione e contrasto all’evasione dei “grandi contribuenti”.

La nuova disciplina sulle imprese in perdita “sistemica” Art. 24 del D.L. n. 78/2010	
Ambito soggettivo	Esercenti attività d'impresa indipendentemente dalla forma giuridica rivestita. Restano esclusi gli esercenti arti e professioni ed i produttori agricoli.
Presupposto	Emersione di una perdita “fiscale” nella dichiarazione dei redditi (verifica in UNICO PF, SP, SC e ENC) ⁵ .
Esclusioni	Emersione di perdite “fiscali” per effetto della presenza di compensi attribuiti agli amministratori ed ai soci. Delibera di aumento di capitale sociale a titolo oneroso per un importo pari alla perdita fiscale.
Decorrenza	31 luglio 2010.
Enti preposti	Agenzia delle Entrate e Guardia di Finanza.
Modalità	Controllo sistematico sulla base di specifiche analisi di rischio.
Obiettivo	Prevenzione e contrasto alle imprese in perdita sistematica.

Come è ampiamente noto, il richiamato art. 84 del Tuir, al comma 1, per **le imprese a regime**, dispone testualmente che “... la perdita di un periodo d'imposta, determinata con le stesse norme valevoli per la determinazione del reddito, può essere computata in diminuzione del reddito dei periodi d'imposta successivi, ma non oltre il quinto, per l'intero importo che trova capienza nel reddito imponibile di ciascuno di essi ...”, mentre per le **imprese neo-costituite**, al comma 2, prevede che “... le perdite realizzate nei primi tre periodi d'imposta dalla data di costituzione possono (.....) essere computate in diminuzione del reddito complessivo dei periodi d'imposta successivi senza alcun limite di tempo a condizione che si riferiscano ad una nuova attività produttiva ...”.

Si tratta di contesti in cui è agevole intuire le intenzioni del legislatore che ha, volutamente, introdotto una netta (e condivisibile) separazione fra le imprese cosiddette “anziane” (o a regime), rispetto a quelle “giovani” (in fase di *start up*), partendo dal presupposto che queste ultime, normalmente, nei primi anni di vita, scontando difficoltà di vario genere, non sempre riescono a realizzare profitti sufficienti a coprire gli investimenti effettuati.

Una prima accezione invece, nella quale risulta di fatto inquadrata la situazione attuale, porta a concludere che, in assenza di modifiche legislative o indicazioni di prassi ministeriali (quanto mai necessarie) l'inserimento nelle liste di controllo prescindere dall'anzianità dell'impresa e

⁵ Il prospetto delle perdite è contenuto nel quadro RS del Modello UNICO.

dalla contiguità (o meglio consecutività) delle perdite realizzate. A ben vedere infatti con la locuzione “... per più di un periodo d'imposta ...” il legislatore nel dettato normativo non specifica i termini entro i quali gli organi competenti possono procedere all'accertamento delle perdite fiscali assoggettando, in tal modo, al potenziale controllo anche le imprese che, nell'arco di numerosi esercizi, per almeno due di essi realizzino una perdita (fiscale); criterio che amplia notevolmente la platea dei contribuenti virtualmente destinatari delle nuove regole, appurata l'assenza di una definizione dell'arco temporale di riferimento.

È in dubbio, altresì, se ai fini della decorrenza dei termini per l'accertamento previsti dall'art. 43 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600⁶ occorre attribuire rilevanza all'anno in cui la perdita si è realizzata (e indicata in dichiarazione) oppure a quella in cui la stessa viene fiscalmente utilizzata. Preferendo la seconda soluzione si corre il rischio di allungare significativamente i termini ordinari di accertamento con evidente pregiudizio del principio della **certezza del diritto**⁷.

In realtà le implicite motivazioni del provvedimento sono desumibili dalla stessa rubrica “Contrasto al fenomeno delle imprese in perdita sistemica”, per cui è da ritenere che le modalità di ac-

⁶ Il quale si limita a stabilire che gli avvisi di accertamento devono essere notificati, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quarto anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione

⁷ Cfr. comm. trib. reg. Veneto, 12 giugno 2007, n. 18, secondo la quale la perdita dichiarata può essere oggetto di accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria dal momento in cui è quantificata e qualificata come riportabile, non con decorrenza successiva.

certamento risultano applicabili a tutte le imprese in perdita “sistemica” ovvero, letteralmente, che realizzano le perdite “in conformità ad un sistema” o in modo “sistematico”⁸, con la conseguenza che, seppure non espressamente indicato, le stesse dovrebbero essere “appurate” in un lasso di tempo ravvicinato, seppure non definito, ancorché non consequenziale⁹.

Una seconda accezione è associabile all'utilizzo, da parte del legislatore, del termine “impresa”, con la conseguenza che non dovrebbero restare incisi gli **altri contribuenti**, se il vocabolo non è assunto in senso lato, ma con il significato di attività imprenditoriale, come meglio definita dall'art. 2195 del codice civile¹⁰. È questa, a parere di chi scrive, l'interpretazione più appropriata assunta dal termine, e secondo la quale esso dovrà essere impiegato.

Qualora la perdita fiscale emerga per effetto di costi (compensi) sostenuti (erogati) dall'impresa che in modo opposto (ricavi e/o redditi) formino materia imponibile per il percipiente titolare o amministratore della medesima impresa presumibilmente assoggettabile al controllo (si pensi al compenso corrisposto all'amministratore di una società a responsabilità limitata), il legislatore fiscale ha ritenuto opportuno “**neutralizzare**” il risultato fiscale negativo da detti compensi, ponendo a rischio accertamento solo ed esclusivamente l'impresa che realizza comunque una perdita fiscale a prescindere da tali erogazioni; l'affermazione legislativa “... non determinata da compensi erogati ad amministratori e soci ...”, in effetti, sancisce quanto appena indicato¹¹.

⁸ Nella relazione illustrativa al provvedimento si legge che tali imprese sono ritenute a particolare rischio di frode o evasione fiscale “atteso che perdite reiterate contraddicono ogni logica imprenditoriale e depongono per un posizionamento fuori mercato che, ove persistente, non giustifica la sopravvivenza dell'impresa”.

⁹ Cfr. A. Mastroberti, *Imprese “apri e chiudi” e in perdita ricorrente*, in “Pratica Fiscale e Professionale” n. 25/2010, pag. 52.

¹⁰ Cfr. L. De Stefani, *Più controlli per imprese apri e chiudi e in perdita*, in “Il Sole-24 Ore” dell'11 giugno 2010.

¹¹ Occorre tra l'altro chiarire se bisogna “tenere in considerazione il solo puro compenso lordo, ovvero anche gli oneri correlati (si pensi ai contributi previdenziali da versare alla gestione separata nel caso di amministratore che consegue un reddito assimilato a quello di lavoro dipendente)”. Dal punto di vista letterale anche alla luce di quanto richiamato nella relazione accompagnatoria, pare corretta la prima tesi (solo il compenso lordo è, infatti, imponibile in capo a un altro soggetto). Dal punto di vista

Tra l'altro, non è chiaro se l'espressione faccia strettamente riferimento ai compensi erogati a detti soggetti o se al contrario la qualifica di amministratori o di soci debba essere intesa in senso lato.

Le perplessità, emerse anche in dottrina e per le quali si rende necessaria una precisa conferma ministeriale, riguardano in particolare i compensi corrisposti al socio per motivi non collegati alla qualifica di amministratore (elargiti ad esempio in ossequio alla sottoscrizione di contratti di associazione in partecipazione) nonché i compensi erogati **all'amministratore “non” socio** (situazione, quest'ultima molto frequente nelle società di capitali collocate sul territorio)¹². Certo è che il legislatore è intervenuto nel merito, con la precisa volontà di “normalizzare” le perdite generatesi in seguito alla corresponsione di tali compensi, consapevole del fatto che, dal punto di vista fiscale, la perdita dell'impresa è controbilanciata dai redditi dei percipienti che vengono comunque assoggettati a tassazione con le aliquote progressive Irpef, in molti casi, maggiori di quelle (Ires e Irap) della società di riferimento.

3. La disciplina sanzionatoria

L'assetto del citato art. 24, non prevede una vera e propria disciplina sanzionatoria, neppure per rinvio, pertanto **non è scontato** ricondurre la violazione tributaria configurabile in ipotesi di infrazione, alla fattispecie della presentazione di **dichiarazione infedele** di cui al comma 2 dell'art. 1 del D. Lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, sebbene, al riguardo, si registrano opinioni di avviso diverso¹³. Di certo, il contenuto di tale ultimo provvedimento mira a “penalizzare” i soli comportamenti dei contribuenti che riportano in dichiarazione “un reddito imponibile inferio-

sistematico parrebbe però più logica la seconda, in quanto trattasi di onere correlato. In tal senso F. Garrini, *Imprese apri e chiudi e perdite sistemiche: lotta alle imprese “di facciata”*, in “La Circolare Tributaria” n. 31/2010, pag. 31.

¹² Ulteriori questioni si pongono anche per il socio lavoratore di società di persone, per il quale spesso la remunerazione avviene con l'anticipo di utili che non rappresentano un costo imputato a Conto economico con la conseguenza che tali compensi non determinano una perdita fiscale. In tal senso, S. Cerato, *Contrasto alle imprese in perdita sistemica: la disposizione va chiarita*, in “Il Quotidiano del commercialista”, www.eutekne.info, del 30 agosto 2010, pag. 7.

¹³ Cfr. P. Anello-R. Salvati, *Indagini «ad hoc» per imprese “apri e chiudi” ed in perdita sistemica*, in “Corriere Tributario” n. 33/2010, pag. 2673.

re a quello accertato o, comunque, un'imposta inferiore a quella dovuta o un credito superiore a quello spettante", pertanto non può essere sottinteso che la sanzione amministrativa per infedele dichiarazione debba applicarsi anche all'ipotesi di accertamenti che **rettificano in diminuzione** le perdite dichiarate¹⁴.

Il vero problema, però, risiede nella corretta individuazione del periodo a cui far riferimento per l'eventuale applicazione delle sanzioni derivanti da un maggior reddito accertato, in quanto la perdita fiscale utilizzata, in abbattimento di utili tassabili, si è formata in esercizi diversi rispetto a quello (o quelli) in cui la stessa viene utilizzata; si pensi addirittura alle imprese di nuova costituzione alle quali la normativa fiscale permette il riporto illimitato delle perdite realizzate nei primi tre esercizi dalla costituzione, ai sensi del comma 2, dell'art. 84 del Tuir.

Per cui, in attesa degli indispensabili chiarimenti, onde evitare di "derubricare" sotto il profilo sanzionatorio la fattispecie esaminata, non può che per esclusione e per ragionevolezza, nel caso in cui le perdite risultino artificiali e fittizie, ritenersi applicabile la disciplina sanzionatoria **per infedele dichiarazione** con riferimento all'anno di "utilizzo", ancorché parziale, della perdita.

4. Le modalità di ripianamento delle perdite

La normativa relativa alle perdite "sistemiche" è stata modificata in sede di approvazione della legge di conversione con un emendamento che ne ha previsto la **disapplicazione** nei confronti di quelle imprese che "... abbiano deliberato e interamente liberato nello stesso periodo uno o più aumenti di capitale a titolo oneroso di importo almeno pari alle perdite fiscali ...", precludendo così l'inserimento delle stesse nelle liste di controllo, e, conseguentemente, inibendo per le stesse l'attività di accertamento dell'Amministrazione finanziaria.

Al riguardo è utile evidenziare la diversa natura delle due grandezze economiche poste a con-

fronto dalla normativa, l'**aumento di capitale** (con connotazione esclusivamente civilistica) e la copertura della **perdita** (fiscale), creando così un legame indissolubile tra di esse, nel tentativo di attenuare l'impatto della previsione legislativa e di incentivare, concretamente, coloro che optano per la (ri)capitalizzazione dell'azienda deficitaria.

Non è certamente questa la sede per sviluppare compiutamente i temi che riguardano le "operazioni sul capitale", ma basta qui precisare che rispetto alle diverse modalità con le quali può procedersi a un aumento di capitale, non tutte potranno costituire una esimente dai controlli.

E infatti, considerata la formulazione generica della novella e la momentanea assenza di chiarimenti ministeriali¹⁵, sembrerebbe quasi prevedibile affermare che **non siano rilevanti** gli aumenti di capitale a titolo gratuito, effettuati mediante conversione delle riserve e degli altri fondi in quanto disponibili a capitale (art. 2442 del codice civile)¹⁶, né la rinuncia, da parte dei soci, al rimborso di finanziamenti già versati nelle casse dell'impresa¹⁷.

Di contro sono da considerare, certamente, **ammisibili** tutti quegli interventi effettivi (reali) sul patrimonio che, ancorché non rientranti "tecnicamente" fra gli aumenti di capitale, comportano sempre un aumento del patrimonio netto (versamenti dei soci a fondo perduto¹⁸ o per futuri aumenti di capitale¹⁹).

¹⁵ Mentre appare necessario chiarire quale sia stato il vero intento del legislatore.

¹⁶ Art. 2481-ter del codice civile per le S.r.l. Mentre dal punto di vista fiscale il passaggio di riserve a capitale ai fini di copertura delle perdite viene disciplinato dall'art. 47 del Tuir che prevede la non influenza nella base imponibile Ires di tale operazione.

¹⁷ Le imprese che utilizzano tale modalità di copertura delle perdite saranno oggetto di accertamento. Essendo, infatti, le somme già nelle disponibilità dell'impresa, viene meno l'aspetto deliberativo previsto dalla norma.

¹⁸ Si tratta di versamenti in danaro volontariamente effettuati dai soci in assenza di vincoli di proporzionalità sul capitale, che espressamente (e ove così non fosse dovrebbe essere specificato) non prevedono alcun obbligo di rimborso.

¹⁹ Nel caso dei "versamenti in conto futuro aumento di capitale" vi è la riscossione di somme destinate ad un futuro (eventuale) aumento del capitale sociale: tali rimesse rappresentano, pertanto, dei fondi vincolati a uno specifico scopo – il futuro aumento di capitale – perfezionabile solo con la successiva approvazione dell'assemblea dei soci. L'evidente collegamento con il futuro aumento di capitale è l'elemento che distingue i versamenti in questione da quelli a "fondo perduto", nei quali manca il predetto colle-

¹⁴ Cfr. G. Rebecca-M. Zanni, *L'accertamento in rettifica delle perdite fiscali*, in "il fisco" n. 20/2010, fascicolo 1, pag. 3121 dove sono ben visibili le conseguenze, sul piano sanzionatorio, dell'esposizione in dichiarazione di perdite fiscali superiori a quelle effettive, nonché i termini a disposizione degli uffici finanziari per rettificare le perdite fiscali eventualmente non spettanti. Così anche L. Miele, *Rettifica dei periodi d'imposta in perdita fiscale*, in "Corriere Tributario" n. 26/2010, pag. 2071 secondo cui "È assente, di fatto, la base di commisurazione per l'applicazione della sanzione per infedele dichiarazione ...".

Con queste premesse, onde evitare di essere sottoposte a controllo, le imprese “attenzionate” dovranno individuare le modalità più opportune attraverso le quali procedere ad aumentare il capitale in presenza di perdite ripetute.

Un aspetto di non poco conto riguarda una frequente prassi di cui si avvalgono i soci che sostengono con mezzi propri l'attività sociale senza però preoccuparsi di “regolamentare” il rapporto causale dei versamenti in tal senso effettuati. Ove tale causa non sia stata esplicitata formalmente, si rende necessaria, come non mai, un'interpretazione della volontà negoziale delle parti da valutare in concreto, di volta in volta²⁰.

Rispetto poi ai fattori di possibili distorsioni sopra sintetizzati, molte perplessità riguardano l'espressione “... deliberato e interamente liberato nello stesso periodo ...” contenuta nella norma. Sull'argomento, la dottrina maggioritaria ritiene che, al fine di precludere accertamenti in applicazione delle disposizioni in commento, il titolare o i soci dell'impresa dovranno procedere a **de-liberare (e versare)** il capitale sociale entro il periodo in cui la perdita si manifesta.

È questo, infatti, il significato del termine “liberato” usato dal legislatore che non può che intendersi come l'effettivo versamento nelle casse sociali dell'aumento di capitale deliberato, con la conseguenza che lo stesso aumento non può solo essere sottoscritto ma, appunto, deve risultare eseguito²¹. In sostanza, deve essere palese l'intenzione di voler procedere alla copertura della perdita con un intervento non solo effettivo ma bensì basato su un procedimento societario ufficializzato dagli organi della società²².

gamento. Cfr. B. Quatraro-S. D'Amora, *Trattato pratico delle operazioni sul capitale*, Giuffrè, 2001, pagg. 333 e seguenti.

²⁰ Cfr. sent. 31 marzo 2006, n. 7692, in banca dati “fisconline”.

²¹ In verità “... non sembra richiesto dalla norma anche il materiale versamento dei soci, anche se le esperienze del passato (si veda la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 53/E del 2009 in materia di rilevanza degli aumenti di capitale che producono bonus fiscale) fa sì che non sarebbe del tutto imprevedibile una tesi dell'Agenzia che consideri liberato l'aumento di capitale solo al momento dell'effettivo versamento”, come afferma P. Meneghetti, *Sotto controllo le imprese “apri e chiudi” e i soggetti in costante perdita fiscale*, in “Guida alle novità fiscali”, agosto 2010, pag. 17. Condivide tale posizione anche F. Garrini, *Imprese apri e chiudi e perdite sistemiche: lotta alle imprese “di facciata”*, op. cit., pag. 34.

²² Il riferimento in questo caso è alle realtà costituite in forma societaria. Si attendono, invece, chiarimenti per gli imprenditori diversamente organizzati.

Non solo. L'aumento di capitale deve essere perfezionato entro la chiusura del medesimo periodo d'imposta in cui **la perdita fiscale si realizza**²³ e non al momento dell'utilizzo dello stesso da parte dell'impresa per abbattere gli utili realizzati.

Sul punto, c'è anche chi opta per altra tesi nel senso che “... se il 2010 chiude con una perdita e tale dato emerge nel 2011 in sede di formazione del bilancio, la norma dovrebbe significare che entro il 2011 l'aumento di capitale dovrebbe essere deliberato e sottoscritto ...”²⁴.

In realtà, la norma sembra riferirsi “... allo stesso periodo ...” di realizzazione²⁵ e non al periodo di “accertamento” (da individuarsi nell'esercizio di approvazione del bilancio) della perdita. Gli amministratori, dal loro canto, nel rispetto dei procedimenti indicati, in particolare, dagli artt. 2446 e 2447 (artt. 2482-*bis* e 2482-*ter* per le S.r.l.) del codice civile, destinati alle società di capitali, sono sempre e costantemente obbligati a monitorare la consistenza del patrimonio sociale anche durante l'esercizio, in virtù di quello che viene indicato come il “... livello di diligenza minimo, cui sono tenuti ...”²⁶. Di conseguenza, stando alla lettera della norma, la delibera e l'effettivo aumento del capitale fino alla concorrenza della perdita fiscale realizzata (nel 2010), dovranno essere effettuati “tempestivamente” entro il medesimo periodo d'imposta (2010).

Infine, per chiudere un argomento che necessita di interventi interpretativi specifici, è opportuno ricordare che i citati aumenti di capitale potranno avvenire, nel corso del periodo in cui si manifesta la perdita fiscale, anche in **modalità frazionata**, non essendo obbligatoria la copertura

²³ Per fare un esempio, se nell'esercizio 2010 la perdita civilistica realizzata da una società fosse pari a 100 e quella fiscale, per effetto delle variazioni emerse, fosse pari a 50, si avrebbe la certezza di essere esclusi dalle liste di controllo, soltanto se l'aumento (pari ad almeno 50), fosse deliberato e versato nelle casse sociali entro il 31 dicembre 2010.

²⁴ Da P. Meneghetti, *Sotto controllo le imprese “apri e chiudi” e i soggetti in costante perdita fiscale*, op. cit., pag. 17.

²⁵ Concretamente la perdita (“di natura fiscale”) emerge chiaramente e definitivamente solo in sede di compilazione di UNICO e non potrà mai risultare definitiva al 31 dicembre. Se così è il richiamo fatto “allo stesso periodo” va interpretato o modificato, in caso contrario il legislatore ha “volutamente” cercato di evitare che l'aumento si presti a manovre postergate e sia, invece, strettamente correlato alla realizzazione della perdita.

²⁶ F.M. Tufariello, *Il trattamento delle perdite di esercizio*, op. cit., pag. 10.

della perdita mediante aumento del capitale sociale in un'unica soluzione e che, al fine di escludere l'inserimento dell'impresa nelle liste di controllo, detto aumento deve essere almeno pari alla perdita "fiscale" realizzata.

5. Conclusioni

Secondo i dati Unioncamere, nel triennio 2005-2007, le imprese in perdita "sistemica" rappresentano il 15,9% (pari a circa 100.000 soggetti) delle società che hanno presentato i bilanci nello stesso periodo. Dal momento che la perdita civilistica è altra cosa rispetto alla perdita fiscale e che secondo le statistiche ufficiali del fisco solo nel 2007 più di 330.000 società hanno registrato perdite fiscali, non è azzardato stimare che, nel triennio 2005-2007, le società in perdita fiscale siano state 60-70.000 rispetto alle 100.000 in perdita civilistica²⁷.

Queste statistiche aprono un problema più generale, e inducono a ritornare sulle ragioni giustificative della norma.

La *ratio* della disposizione legislativa si fonda sulla discutibile considerazione che il protrarsi nel tempo di un'attività costantemente in perdita denota "situazioni apparentemente antieconomiche" ed è plausibile, sotto il profilo strettamente fiscale, che dietro tali comportamenti si annidano fenomeni di frode fiscale e di evasione tributaria.

Senza addentrarsi troppo nella vicenda, occorre ricordare che il filone giurisprudenziale che giustifica un accertamento dell'Amministrazione finanziaria, sulla base dell'esistenza di un'attività

²⁷ In tal senso E. Scarci, *100 mila società nel mirino del fisco per perdite fasulle*, in "Il Sole-24 Ore" del 21 giugno 2010, pag. 3. Cfr. anche C. Pino (a cura di), *Manovra 2010: novità fiscali*, in "Pratica Fiscale e Professionale" n. 32/2010, pag. 29, secondo cui le società di capitale che presentano dichiarazioni in perdita sarebbero oltre la metà di quelle esistenti.

palesamente antieconomica²⁸ (in particolare per il perpetuarsi delle perdite) è decisamente considerevole e non è da "sdrammatizzare".

Si segnala, anche per stimolare ulteriori approfondimenti, che secondo la Suprema Corte il comportamento irragionevole del contribuente che, "per esempio, affermi per più anni di essere finito in perdita (...) rappresenta un fatto sintomatico di possibili violazioni all'obbligo di dichiarazione (...), non essendo conforme a logica ed esperienza impostare o proseguire l'attività secondo criteri o malgrado risultati poco vantaggiosi o addirittura dannosi"²⁹; ovvero, la circostanza che "una impresa commerciale dichiara, ai fini dell'imposta sul reddito, per più anni di seguito rilevanti perdite, nonché una ampia divaricazione tra costi e ricavi, costituisce una condotta commerciale anomala", in antitesi ai principi di ragionevolezza, anche sotto il profilo dell'antieconomicità del comportamento, "di per sé sufficiente a giustificare da parte dell'erario una rettifica della dichiarazione", a meno che il contribuente non dimostri concretamente l'effettiva sussistenza delle perdite dichiarate³⁰.

Da un punto vista organico, l'*iter* logico che ha ispirato il legislatore nella ricerca di **limitazioni** per le imprese in perdita ricorrente pare tollerabile e probabilmente anche condivisibile, a condizione però che non diventi una battaglia di **principio** nei confronti di coloro che hanno evidenziato per più di un esercizio risultati negativi, in quanto per **selezionare** in modo adeguato i soggetti da sottoporre a verifica rimane indispensabile analizzare il bilancio d'esercizio ponendolo a confronto con le risultanze delle dichiarazioni dei redditi.

²⁸ Cfr. D. Liburdi, *Imprese in perdita, mini esimenti*, in "Italia Oggi" del 3 agosto 2010, pag. 23.

²⁹ Cfr. sent. 15 ottobre 2007, n. 21536, in banca dati "fisconline".

³⁰ Cfr. sent. 2 ottobre 2008, n. 24436, in banca dati "fisconline".