



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE
ARISTEIA

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI



DOCUMENTI ARISTEIA

documento n. 45

*La tassazione per trasparenza
delle società di capitali*

gennaio 2005

LA TASSAZIONE PER TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

LA TASSAZIONE PER TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

Sommario: 1. La giustificazione dell'istituto e i principi fissati nella delega. – 2. I requisiti soggettivi delle società interessate alla tassazione per trasparenza e la disciplina dell'opzione. – 3. Gli effetti della tassazione per trasparenza. – 4. Il riallineamento dei valori patrimoniali. – 5. La cessazione dell'efficacia dell'opzione – 6. Il regime della responsabilità e disposizioni in tema di accertamento. – 7. La tassazione per trasparenza delle società a responsabilità limitata partecipate da persone fisiche.

1. LA GIUSTIFICAZIONE DELL'ISTITUTO E I PRINCIPI FISSATI NELLA DELEGA

La lettera *h*) dell'art. 4, comma 1, della legge delega (legge 7 aprile 2003, n. 80) prevede l'introduzione nel nostro ordinamento di una nuova modalità, facoltativa, di tassazione del reddito conseguito da società di capitali che richiama sostanzialmente l'attuale regime di tassazione delle società di persone (c.d. *consortium relief*).

In particolare, viene introdotta la facoltà per le società di capitali di optare per il regime di trasparenza fiscale che comporta l'imputazione dei redditi della società direttamente in capo al socio, proporzionalmente alla sua quota di partecipazione agli utili, indipendentemente dalla effettiva percezione di questi ultimi.

Come chiarito nella Relazione di accompagnamento alla delega la previsione in discorso, al pari di quelle in materia di consolidato, rappresenta un correttivo all'indeducibilità delle perdite su partecipazioni, derivante dal sistema della *participation exemption*.

L'istituto è diretto ad operare nei casi in cui nessun socio abbia i requisiti richiesti per accedere al consolidato fiscale.

Il caso tipico, individuato anche dalla citata Relazione, è quello delle *corporate joint venture*. Quindi, della trasparenza fiscale in discorso si gioveranno i consorzi e i raggruppamenti di imprese societarie, anche temporanei.

Considerata la *ratio* del nuovo regime, in dottrina è stata rilevata l'inidoneità del correttivo nel caso di società di capitali non residenti e di *joint venture* situate all'estero cui partecipino società italiane.

Un altro beneficio che discende dal regime di trasparenza fiscale è rappresentato dalla possibilità per la partecipante di evitare l'ulteriore tassazione al momento della distribuzione dei dividendi da parte della partecipata (dividendi che concorrono a formare la base imponibile nella misura del 5 per cento), pur dovendosi valutare l'effetto di anticipazione finanziaria a cui è esposto il socio che deve sostenere direttamente l'onere fiscale, indipendentemente dall'effettivo incasso del dividendo.

Sempre secondo la legge delega, l'opzione per il regime di trasparenza fiscale viene consentita a condizione che i soci siano a loro volta società di capitali residenti o non residenti, sempre che, in quest'ultimo caso, non sia prevista alcuna forma di prelievo sugli utili distribuiti a tali soggetti. Inoltre, la percentuale di partecipazione di ciascun socio non deve comunque essere inferiore al 10 per cento.

2. I REQUISITI SOGGETTIVI DELLE SOCIETÀ INTERESSATE ALLA TASSAZIONE PER TRASPARENZA E LA DISCIPLINA DELL'OPZIONE.

In attuazione della ricordata normativa delegante, l'art. 115, comma 1, del novellato TUIR disciplina l'opzione per la trasparenza fiscale.

Possono usufruire del regime in discussione le società di cui all'art. 73, comma 1, lett. a) del testo unico: deve trattarsi quindi di società, residenti in Italia, per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, cooperative e di mutua assicurazione; stessa forma societaria devono rivestire anche i soci partecipanti.

Inoltre l'esercizio dell'opzione è subordinato al possesso da parte di ciascun socio di una percentuale di diritti di voto esercitabili nell'assemblea generale degli azionisti e di una partecipazione agli utili non inferiori al 10 e non superiori al 50 per cento.

L'art. 3, comma 2, del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 23 aprile 2004, recante le disposizioni applicative del regime di trasparenza, si riferisce alle assemblee previste dagli artt. 2364, 2364-*bis* e 2479-*bis* del c.c., così chiarendo che deve aversi riguardo esclusivamente all'assemblea ordinaria.

A differenza di quanto previsto per il consolidato nazionale le predette percentuali devono essere determinate avendo riguardo esclusivamente alla partecipazione detenuta direttamente nella società partecipata, risultando irrilevanti le partecipazioni indirette (art. 3, comma 2, del decreto di attuazione).

L'art. 115, comma 1, specificando il significato del termine "partecipazione" ai fini di cui si discute, fa riferimento ai diritti di voto ed alla partecipazione agli utili.

Dal tenore letterale della disposizione si evince come i due requisiti del possesso di diritti di voto nell'assemblea generale e della partecipazione agli utili debbano ricorrere congiuntamente, così risolvendosi i dubbi che sarebbero potuti sorgere nei casi in cui la percentuale di partecipazione agli utili non coincide con quella dei diritti di voto (è il caso contemplato, ad. es., dal comma 3 dell'art. 2468 c.c., ai sensi del quale l'atto costitutivo delle s.r.l. può prevedere l'attribuzione ai singoli soci di particolari diritti riguardo alla distribuzioni di utili).

Come rilevato in dottrina, l'accesso al regime è precluso a quei soggetti che, pur rispettando le percentuali di diritti di voto e di partecipazione, tuttavia non partecipano al capitale e non sono qualificabili come soci; è il caso, ad. es., dell'usufruttuario.

Qualche dubbio sembra doversi esprimere in relazione all'introduzione, ad opera del legislatore delegato, di una soglia massima di partecipazione, il 50 per cento, il cui superamento inibisce la possibilità di usufruire dell'istituto in discussione.

Tale ultima previsione, la cui *ratio* va ravvisata nella volontà di escludere una sovrapposizione tra l'ambito di applicazione del regime di trasparenza e quello del consolidato nazionale, appare difatti priva di copertura nella legge di delegazione.

Sempre il primo comma dell'art. 115 dispone che i requisiti sopra descritti devono sussistere a partire dal primo giorno del periodo d'imposta della partecipata in cui si esercita l'opzione e permanere ininterrottamente sino al termine del periodo d'opzione.

L'esercizio dell'opzione non è consentito, e di conseguenza il regime in discussione è precluso, qualora la società partecipata abbia emesso strumenti finanziari partecipativi di cui al nuovo art. 2346, ultimo comma, c.c., ossia strumenti forniti di diritti patrimoniali o amministrativi, con esclusione del diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti, emessi a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi.

La *ratio* di tale previsione sembra riconducibile alla circostanza che detti strumenti finanziari non rappresentano una partecipazione al capitale e non attribuiscono il diritto di voto.

Analoga preclusione è poi prevista per le società che abbiano optato per la tassazione di gruppo secondo la disciplina dettata per il consolidato nazionale o mondiale.

Pertanto non può usufruire della tassazione per trasparenza la società controllante che abbia optato per il consolidato con alcune delle proprie controllate.

L'art. 2, comma 1, lett. *b*), del decreto attuativo del 23 aprile 2004 chiarisce che la preclusione riguarda anche la società che abbia optato per il consolidato nazionale o mondiale in qualità di controllata.

Diversamente l'accesso all'istituto è consentito alla società partecipante (cioè quella che beneficerà della diretta imputazione del reddito della partecipata) anche qualora la stessa partecipi, in qualità di soggetto controllante o controllato, alla tassazione consolidata di gruppo, nazionale o mondiale (art. 1, comma 3, del decreto attuativo). In tale evenienza, evidentemente, confluisce nell'imponibile del consolidato anche la quota di utile della partecipata imputata per trasparenza.

Infine, non può esercitare l'opzione per la trasparenza la società partecipata assoggettata a fallimento, liquidazione coatta amministrativa, concordato preventivo e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (art. 2, comma 1, lett. *c*), decreto 23 aprile 2004). Tale ultima previsione non trova riscontro alcuno nella normativa primaria.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 115 del TUIR, nel caso di presenza di soci i quali, pur possedendo i prescritti requisiti in ordine all'entità della partecipazione, non siano residenti, l'opzione è consentita a condizione che non vi sia obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti.

Il comma 2 dell'art. 1 del decreto attuativo fornisce sul punto due importanti puntualizzazioni.

Innanzitutto esso individua come soggetti non residenti che possono esercitare l'opzione quelli indicati nell'art. 73, comma 1, lettera *d*) del TUIR, ossia le società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità

giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, in tal modo fornendo una interpretazione estensiva della norma primaria di riferimento che sembra letteralmente riferirsi alle sole società di capitali.

Inoltre viene espressamente affermato che per poter accedere al regime non è necessaria la non obbligatorietà della ritenuta, essendo sufficiente che la stessa, se applicata, sia suscettibile di integrale rimborso.

Tale condizione si verifica innanzitutto quando la società beneficiaria dei dividendi:

- ha residenza fiscale in uno Stato membro dell'UE;
- rientra tra quelle indicate nell'allegato della direttiva del Consiglio n. 435/90/CEE del 23 luglio 1990 (si tratta delle società già contemplate dall'abrogato art. 96-*bis*, co. 2, del vecchio TUIR) ed è soggetta, nello Stato di residenza, ad una delle imposte elencate nel predetto allegato senza poter fruire di regimi agevolativi, almeno che questi ultimi non siano territorialmente o temporalmente limitati;
- detiene ininterrottamente per almeno un anno una partecipazione diretta non inferiore al 25 per cento del capitale della società che distribuisce gli utili e richiede la non applicazione della ritenuta (art. 27-*bis* d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, come modificato dall'art. 2, co. 5-*bis*, lett. c) del decreto legislativo di riforma).

Sul punto val la pena di ricordare che la Direttiva n. 2003/123/CE, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee del 13 gennaio 2004, ha apportato delle modifiche alla direttiva madre – figlia tra le quali rileva, ai fini che qui interessano, il graduale abbassamento della quota di partecipazione minima necessaria per beneficiare del regime che, come detto, è attualmente fissata nella misura del 25 per cento (la soglia si riduce inizialmente al 20 per cento, per essere portata al 15 per cento a partire dal 1° gennaio 2007 ed al 10 per cento dal 1° gennaio 2009).

Il recepimento delle nuove disposizioni, che dovrà avvenire entro il 1° gennaio 2005, comporterà l'ampliamento della platea di soggetti ammessi al regime di trasparenza.

Altro caso in cui non deve essere effettuata alcuna ritenuta ricorre quando gli utili distribuiti siano relativi a partecipazioni possedute da stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti (art. 27, co. 3, d.p.r. n. 600/1973).

Almeno in base alla normativa attualmente vigente, non risultano altre ipotesi di non effettuazione della ritenuta, non essendo ciò contemplato nelle convenzioni contro le doppie imposizioni ratificate dall'Italia.

La *ratio* di detta limitazione alla facoltà di opzione per la trasparenza in presenza di soci non residenti è stata individuata nella necessità di evitare la detassazione alla fonte su distribuzioni di reddito che ordinariamente sono assoggettate a ritenuta *ex art.* 27, comma 3, d.p.r. n. 600/1973.

Tuttavia, secondo parte della dottrina, la soluzione adottata sembra sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, essendo preferibile ricorrere a strumenti alternativi, già presenti in altri ordinamenti stranieri (ad es. gli Stati Uniti), che consentono di ottenere risultati equivalenti senza tuttavia precludere l'accesso al regime di trasparenza.

Secondo altri autori, l'esclusione di società residenti nell'Unione europea ma non in possesso di tutti i requisiti sopra descritti per l'applicazione del regime madre – figlia potrebbe comportare problemi di conformità alla normativa comunitaria, in particolare una ingiustificata restrizione del diritto di stabilimento.

Ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. g) del TUIR, i redditi imputati ai soci, associati o partecipanti non residenti si considerano prodotti nel territorio dello Stato e sono ivi imponibili.

Pertanto, il socio non residente di una società italiana "trasparente" deve presentare in Italia la dichiarazione dei redditi ed è soggetto passivo IRES limitatamente ai redditi prodotti nel territorio dello Stato.

Il successivo comma 4 del più volte citato art. 115 prevede l'irrevocabilità dell'opzione per tre esercizi sociali della partecipata e dispone che la stessa sia esercitata da tutte le società (la società partecipata e le società partecipanti) e comunicata agli uffici competenti dell'amministrazione finanziaria entro il primo dei tre esercizi predetti.

L'individuazione delle modalità di detta comunicazione sono demandate ad un provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate, che è stato emanato in data 4 agosto 2004.

L'art. 4, comma 1, del decreto attuativo precisa che i soci non devono presentare la comunicazione di esercizio dell'opzione all'Agenzia delle entrate, ma solo alla società partecipata mediante raccomandata con ricevuta di ritorno.

Successivamente, l'opzione si perfeziona con la trasmissione della comunicazione, redatta su apposito modello approvato dall'Agenzia delle entrate, all'Agenzia stessa da parte della partecipata, entro il primo dei tre periodi d'imposta di sua efficacia.

Vale la pena di rilevare come la necessaria manifestazione di volontà per l'adesione al regime da parte di tutte le società partecipanti possa, in concreto, rivelarsi eccessivamente limitativa, conferendo al dissenso, al limite, anche di un solo socio l'effetto di impedire l'accesso all'istituto della trasparenza.

L'art. 5 del decreto di attuazione, oltre a ribadire che l'opzione è irrevocabile per tre periodi d'imposta, espressamente prevede la possibilità di rinnovo della stessa, con le stesse modalità della prima comunicazione, entro il primo periodo d'imposta successivo al triennio di efficacia dell'opzione.

3. GLI EFFETTI DELLA TASSAZIONE PER TRASPARENZA.

Come detto in precedenza, l'imputazione per trasparenza comporta che il reddito complessivo della società partecipata è attribuito a ciascun socio, indipendentemente dall'effettiva percezione, in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili.

Altro effetto naturale del regime di trasparenza è la perdita, in termini sostanziali, della soggettività passiva della partecipata ai fini IRES, pur permanendo in capo alla stessa gli obblighi formali di dichiarazione dei redditi (naturalmente dalla dichiarazione non discende alcuna imposta).

Come rilevato in dottrina, la perdita della soggettività impedisce alla società partecipata di fruire di esenzioni o riduzioni d'imposta che le sarebbero eventualmente spettate.

Il comma 3 del più volte citato art. 115 dispone che l'imputazione del reddito avviene nei periodi di imposta delle società partecipanti in corso alla data di chiusura dell'esercizio della società partecipata.

In senso conforme l'art. 7, comma 1, del decreto di attuazione chiarisce che l'imputazione del reddito avviene nel periodo d'imposta delle società partecipanti in corso alla data di chiusura dell'esercizio della società partecipata.

A tal fine rilevano le quote di partecipazione agli utili in essere alla data di chiusura dell'esercizio della partecipata, indipendentemente dalle variazioni delle stesse verificatesi nel corso dell'esercizio.

Sempre il comma 3 dell'art. 115 dispone che nella stessa maniera devono imputarsi le eventuali perdite di esercizio, ma nel limite della quota di patrimonio netto contabile della società partecipata riferibile a ciascun socio.

Ai sensi del decreto 23 aprile 2004 le perdite di periodo sono imputate ai soci, con il medesimo criterio temporale fissato per gli utili, in proporzione alle quote di partecipazione alle perdite dell'esercizio, entro tuttavia il limite delle rispettive quote di patrimonio netto contabile della società partecipata.

Quest'ultimo deve essere determinato senza considerare la perdita d'esercizio e tenendo conto dei conferimenti effettuati entro la data di approvazione del relativo bilancio (art. 7, comma 2); entrambe le rettifiche hanno dunque l'effetto di incrementare il patrimonio netto contabile.

Inoltre, come rilevato in dottrina, quest'ultimo deve considerarsi comprensivo delle perdite di esercizi pregressi e tra i conferimenti rilevanti vanno inclusi anche quelli in natura.

Sempre in tema di perdite d'esercizio, la relazione illustrativa al decreto legislativo di riforma chiarisce che per la quota di perdita eccedente il limite del patrimonio netto contabile non è ammessa l'imputazione in capo al socio, con la conseguenza che le eventuali coperture delle perdite eccedenti mediante versamenti da parte dei soci producono un aumento del costo fiscale della partecipazione posseduta dai soci stessi.

Le perdite eccedenti la quota di patrimonio netto contabile nonché quelle pregresse della società partecipata, relative a periodi d'imposta antecedenti l'opzione, si computano in diminuzione del reddito della stessa partecipata nei limiti generali previsti dall'art. 84 del TUIR.

Quindi, se il regime di trasparenza si protrae per i periodi successivi nei quali le perdite possono essere utilizzate dalla partecipata, il reddito attribuito ai soci è solo quello che residua dopo la compensazione con le perdite della partecipata.

Con riguardo invece alla società partecipante, si ritiene che la stessa possa compensare le proprie perdite pregresse con il reddito della partecipata imputato per trasparenza nel rispetto delle norme generali sul riporto delle perdite.

È del tutto evidente, pena una ingiustificata doppia imposizione, che eventuali successive distribuzioni di utili che sono già stati imputati per trasparenza ai soci non sono tassabili in capo a questi ultimi.

In considerazione di ciò il comma 1 dell'art. 8 del decreto attuativo dispone che gli utili e le riserve di utili formatesi nei periodi in cui vige il regime di trasparenza, ove distribuiti, non concorrono a formare il reddito dei soci.

Tale non imponibilità sussiste anche nel caso in cui le distribuzioni avvengano successivamente ai periodi di efficacia dell'opzione ovvero quando vi siano stati mutamenti della compagine sociale che comportano la

distribuzione di utili a soggetti diversi da coloro che hanno beneficiato dell'imputazione per trasparenza, a condizione, tuttavia, che i nuovi soci possiedano i requisiti necessari per accedere al regime in discorso.

Anche in tali casi si applica la disposizione di cui al comma 12 dell'art. 115, ai sensi della quale il costo della partecipazione nella società trasparente è aumentato o diminuito, rispettivamente, dei redditi e delle perdite imputati ai soci ed è altresì diminuito, sino a concorrenza dei redditi imputati, degli utili distribuiti ai soci.

Tale meccanismo di adeguamento del costo della partecipazione, analogo a quello previsto nella disciplina delle società di persone, consente di evitare da un lato che il cedente, dopo l'imputazione del reddito ma prima della distribuzione degli utili ad esso riferibili, realizzi una plusvalenza che incorpora il reddito già tassato, dall'altro che il cessionario, che ha già pagato un maggior prezzo dovuto alla presenza di utili distribuibili nella partecipata, sia successivamente tassato sulla distribuzione di questi ultimi.

Secondo quanto disposto dal comma 2 dell'art. 13 del decreto attuativo, nei casi di cessione della partecipazione, il socio cedente deve comunicare al cessionario l'ammontare dei redditi che sono stati oggetto di imputazione per trasparenza, nonché gli utili che in caso di distribuzione riducono l'importo fiscalmente riconosciuto della partecipazione.

Ciò che la norma primaria ed il decreto attuativo non chiariscono è il trattamento fiscale delle distribuzioni di utili eccedenti l'ammontare dei redditi imputati ai soci durante il regime di trasparenza. Tale evenienza può verificarsi quando la società partecipata trasparente consegue redditi esenti od esclusi (il caso più rilevante è quello dei dividendi) o gode di altre agevolazioni (ad es. la c.d. Tecno Tremonti; art 1, d.l. 30 settembre 2003, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326) che riducono il reddito imponibile rendendolo inferiore a quello civilisticamente distribuibile.

La dottrina, pur esprimendo alcune perplessità, propende per la non tassabilità di detti utili "eccedenti".

Tale tesi trova conferma nella circolare n. 49/E del 22 novembre 2004 secondo la quale gli utili e le riserve di utili distribuiti dalla società partecipata, formati nei periodi in cui è efficace l'opzione, non concorrono a formare il reddito dei soci anche laddove distribuiti "*in misura eccedente il reddito imputato per trasparenza*".

Inoltre, il comma 3 dell'art. 8 del decreto attuativo, precisa che nel caso di distribuzione di utili e di riserve di utili, comunque costituite, si applica nei confronti della partecipata la norma di cui all'art. 109, comma 4, lett. b) del TUIR.

Ai sensi di quest'ultima, in caso di distribuzione, le riserve di patrimonio netto e gli utili d'esercizio concorrono a formare il reddito se e nella misura in cui l'ammontare delle restanti riserve di patrimonio netto, diverse dalla riserva legale, e dei restanti utili portati a nuovo risulti inferiore all'eccedenza degli ammortamenti, delle rettifiche di valore e degli accantonamenti dedotti rispetto a quelli imputati a conto economico, al netto del fondo imposte differite correlato agli importi dedotti.

L'art. 115 detta poi una serie di norme volte a disciplinare il trattamento delle riserve della società al momento dell'ingresso nel nuovo regime.

In particolare, il comma 5 stabilisce che l'imputazione per trasparenza non modifica il regime fiscale in capo ai soci di quanto distribuito dalla società utilizzando riserve costituite con utili di precedenti esercizi o riserve di capitale.

Continuano quindi ad applicarsi le regole generali: la distribuzione di riserve formate con utili di esercizi nei quali non ha operato il regime di trasparenza saranno imponibili nella misura del 5 per cento del loro ammontare (art. 89, comma 2) mentre non sono imponibili le riserve di capitale.

La norma fissa inoltre un criterio per i casi in cui le riserve tassabili siano formate sia con utili già imputati per trasparenza (la cui distribuzione è irrilevante per il socio) sia con utili di esercizi precedenti non imputati al socio e quindi da assoggettare ad imposizione al momento della distribuzione.

In tali casi, salva una diversa esplicita volontà assembleare, si considerano prioritariamente distribuiti gli utili e le riserve di utile già imputati ai soci per trasparenza.

Tale presunzione legale relativa vale anche se gli utili e le riserve sono distribuiti in periodi diversi da quelli in cui vige il regime di trasparenza (art. 8, comma 4, del decreto attuativo).

Si tratta di una disposizione di favore poiché, come detto, tali utili non sono tassabili in capo al socio, mentre quelli tassabili si considerano distribuiti per ultimi.

Qualora l'assemblea esprima la volontà di distribuire riserve di capitale, limitatamente alle riserve costituite con utili di periodi d'imposta nei quali non ha operato il regime di trasparenza torna ad essere applicabile la presunzione assoluta di cui al comma 1 dell'art. 47, in base alla quale si considerano prioritariamente distribuiti l'utile dell'esercizio e le riserve diverse da quelle di capitale di cui al comma 5 del medesimo articolo per la quota di esse non accantonata in sospensione d'imposta (art. 8, comma 5, del decreto). Tale principio si applica anche alle distribuzioni effettuate in periodi successivi a quelli in cui vige il regime di trasparenza o a soggetti diversi da quelli cui sono stati imputati i redditi.

La *ratio* della norma sembra da rinvenire nella volontà del legislatore di evitare diminuzioni patrimoniali della società partecipata qualora vi siano riserve di utili che non hanno scontato ancora alcuna tassazione.

Anche nel caso di copertura di perdite la norma considera prioritariamente utilizzati gli utili imputati per trasparenza: quindi l'eventuale eccedenza emergente dopo aver ripianate le perdite, se distribuita, potrebbe risultare tassabile in capo al socio.

Tale ultima previsione, secondo quanto affermato dalla relazione governativa di accompagnamento, costituisce una presunzione assoluta, risultando irrilevante una diversa volontà assembleare.

La società partecipata deve fornire nella dichiarazione dei redditi una separata indicazione degli ammontari delle riserve, delle loro distribuzioni e del loro utilizzo per altre finalità, nonché dei redditi imputati ai soci nei periodi d'imposta in cui ha avuto efficacia l'opzione (art. 8, comma 6, del decreto).

Ai sensi del comma 3 dell'art. 115, le ritenute d'acconto sui redditi della società "trasparente", i relativi crediti d'imposta (la circolare n. 49/E, del 22 novembre 2004 chiarisce che si tratta dei crediti che possono essere utilizzati soltanto in diminuzione delle imposte sul reddito) e gli acconti versati si scomputano dalle imposte dovute dai singoli soci secondo la percentuale di partecipazione agli utili di ciascuno.

Quindi, a seguito dell'opzione, tutti i crediti d'imposta si trasferiscono ai soci i quali dovrebbero poterli utilizzare anche in compensazione *ex art. 17*, d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241.

Inoltre, ai sensi dell'art. 165, comma 9, del TUIR, per le imposte pagate all'estero dalle società che hanno esercitato l'opzione per la trasparenza fiscale la detrazione spetta ai singoli soci nella proporzione stabilita dall'art. 115.

Il comma 3 dell'art. 7 del decreto di attuazione dispone inoltre che gli oneri per i quali spetta la detrazione d'imposta di cui all'art. 78 del TUIR, e i crediti di imposta fruibili nei limiti dell'imposta sul reddito della società liquidata (tali crediti sono indicati nel quadro RU, Unico, Società di capitali) sono interamente attribuiti ai soci in proporzione alle rispettive quote di partecipazione agli utili.

Sul punto, la più volte citata circolare n. 49 fornisce i seguenti chiarimenti.

In primo luogo, resta fermo per i soci il limite di fruibilità di tali oneri e crediti d'imposta, rappresentato dall'imposta calcolata da ciascuno di essi sul proprio reddito complessivo, comprensivo anche del reddito imputato per trasparenza. I soci potranno riportare nei periodi d'imposta successivi la sola eccedenza di crediti d'imposta da essi non utilizzati; di contro, l'eccedenza di oneri *ex art. 78*, non utilizzata dai medesimi soci, andrà definitivamente persa.

Naturalmente la società trasparente nel periodo d'imposta in cui sorge il diritto al credito di imposta può utilizzarlo in diminuzione dei propri debiti tributari e contributivi.

Inoltre la società è libera di determinare la parte di credito di imposta che trasferisce ai soci. Difatti, in analogia a quanto previsto per le società di persone, potrà essere imputato a questi ultimi tutto o parte del credito che residua dopo gli utilizzi effettuati dalla società.

Non possono fruire della disciplina in discussione i crediti d'imposta per i quali non è possibile l'attribuzione ai soci, quali i crediti di cui all'articolo 8 della legge 23 dicembre 1998, n. 448 e successive modifiche (c.d. *carbon tax*) e di cui all'articolo 1 del decreto legge 26 settembre 2000, n. 265 (c.d. *caro petrolio*), nonché del credito d'imposta di cui all'articolo 1 del decreto legge del 23 dicembre 1993, n. 532 (c.d. *creditori verso Efim*).

I crediti di imposta diversi da quelli presi in considerazione dall'articolo 115, comma 3, secondo periodo, dall'art. 165, comma 9 (relativo alle imposte pagate all'estero dalla società trasparente) e da quelli fruibili dalla società nei limiti dell'imposta sul reddito della società liquidata, non possono essere trasferiti ai soci.

Ai sensi del comma 7 dell'art. 115, nel primo esercizio di efficacia dell'opzione gli obblighi di acconto permangono anche in capo alla partecipata.

Quest'ultima deve calcolare l'acconto in relazione al reddito dichiarato nell'anno precedente o a quello dell'anno in corso (metodo previsionale). In tale ultima ipotesi la partecipata deve avere riguardo all'imposta che si sarebbe determinata in assenza dell'opzione.

Come chiarito dalla circolare n. 49/E, le società partecipanti possono adottare sia il metodo storico, sia quello previsionale considerando tuttavia gli effetti dell'imputazione per trasparenza.

Gli acconti versati dalla partecipata saranno poi imputati proporzionalmente ai soci in sede di dichiarazione.

Si rileva infine che, ai sensi del comma 1, lett. n), dell'art. 4 del d. lgs. n. 344/2003, per il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2005, ai soli fini IRES, l'acconto è fissato nella misura del 102,5 per cento.

4. IL RIALLINEAMENTO DEI VALORI PATRIMONIALI.

Il comma 11 dell'art. 115 introduce nella tassazione per trasparenza un meccanismo, già previsto per il consolidato, di riallineamento dei valori fiscali ai valori contabili di alcuni elementi dell'attivo e del passivo patrimoniale della società trasparente.

La norma opera nel caso in cui la società partecipante, negli esercizi anteriori a quello di opzione per il regime di trasparenza, ha dedotto delle svalutazioni derivanti da perdite realizzate dalla partecipata a seguito di rettifiche di valore o accantonamenti indeducibili.

La Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 344/2003 chiarisce che *“la disposizione è diretta ad evitare che il socio possa ottenere un duplice beneficio: una prima volta mediante una deduzione già effettuata delle svalutazioni e una seconda volta mediante l'imputazione per trasparenza di un reddito ridotto delle eventuali variazioni in diminuzione operate dalla società trasparente a seguito, ad esempio, dell'utilizzo dei fondi già tassati”*.

Se ricorrono tali circostanze, il socio deve rideterminare la quota di reddito imponibile oggetto di imputazione rettificando, in via *extra* contabile, i valori patrimoniali della partecipata per i quali si è verificato il disallineamento fino a concorrenza delle svalutazioni operate, al netto delle rivalutazioni assoggettate a tassazione, nei dieci anni antecedenti a quello di esercizio dell'opzione.

Considerata la generalizzata indeducibilità delle svalutazioni operate a decorrere dalla data di entrata in vigore della riforma, il meccanismo assume carattere transitorio, non trovando più applicazione per coloro che adotteranno il regime di trasparenza dal periodo d'imposta 2014 (per i soggetti con esercizio coincidente con l'anno solare).

Come rilevato in dottrina, l'obbligo di riallineamento non insorge necessariamente nel primo esercizio di efficacia dell'opzione, ma solo negli esercizi in cui la partecipata opera le variazioni in diminuzione conseguenti all'utilizzo dei fondi accantonati o agli atti di realizzo dei beni il cui valore è stato oggetto di rettifica nei precedenti esercizi.

Le svalutazioni rilevanti ai fini della normativa in esame sono quelle relative a partecipazioni in società non quotate in mercati regolamentati, proporzionalmente corrispondenti alle diminuzioni patrimoniali della partecipata, derivanti da rettifiche di valore ed accantonamenti non dedotti dalla stessa, costituiti a fronte di oneri indeducibili solo temporaneamente, operati in esercizi in perdita e sino a concorrenza di quest'ultima (art. 11, comma 3, lett. a) del decreto attuativo).

Al contrario, non assumono rilevanza le rettifiche di valore e gli accantonamenti operati in esercizi in utile, anche se hanno provocato una riduzione del patrimonio netto.

Come chiarito dall'art. 11, comma 2, del decreto di attuazione, che richiama espressamente la disposizione transitoria di cui all'art. 4, comma 1, lett. *p*), del d. lgs. n. 344/2003, le svalutazioni dedotte "per quinti" ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *b*) del d.l. 24 settembre 2002, n. 209 (convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 265), devono essere prese in considerazione per l'intero ammontare, a prescindere dalla quota parte che ha già avuto rilevanza fiscale.

Ai sensi del predetto comma 2 l'importo da assumere ai fini delle rettifiche da operare sui valori fiscali degli elementi dell'attivo e del passivo patrimoniale della società partecipata è rappresentato dal minore tra l'ammontare delle svalutazioni rilevanti e quello delle rettifiche di valore e degli accantonamenti fiscalmente non riconosciuti.

Le predette rettifiche, che, come detto, riguardano gli elementi dell'attivo patrimoniale e i fondi di accantonamento del passivo della società partecipata, vanno apportate con riferimento ai disallineamenti tra valori fiscali e contabili presenti nel patrimonio della società partecipata nell'esercizio antecedente a quello da cui ha effetto l'opzione.

Il comma 4 dell'art. 11 del decreto attuativo chiarisce che le rettifiche vanno operate quando il valore fiscale degli elementi dell'attivo e dei fondi di accantonamento è, rispettivamente, superiore e inferiore a quello contabile.

Quando l'importo da assumere a base della rettifica è riferibile a elementi patrimoniali diversi, lo stesso deve essere ripartito su ciascuno degli elementi dell'attivo e del passivo oggetto di disallineamento diminuendo il valore fiscale dei primi e aumentando quello dei secondi, sino al riassorbimento delle differenze tra valori fiscali e contabili.

Ai fini di detta ripartizione, risulta rilevante il rapporto tra la differenza di valore fiscale rispetto a quello contabile relativo a ciascun elemento attivo o passivo e l'ammontare complessivo delle differenze relative a tutti gli elementi patrimoniali.

Le rettifiche in discorso devono trovare indicazione in apposito prospetto della dichiarazione.

Infine, in base alle risultanze delle predette rettifiche, in ciascun esercizio il socio deve, mediante una variazione da effettuare in sede di dichiarazione dei redditi, aumentare il reddito imputato per trasparenza, diminuendo i componenti negativi e aumentando quelli positivi relativi agli elementi dell'attivo patrimoniale ed ai fondi di accantonamento.

L'art. 11, comma 3, lett. *b*) del decreto sancisce l'irrilevanza, ai fini delle rettifiche in oggetto, delle svalutazioni riferibili a partecipazioni successivamente cedute a soggetti non appartenenti al gruppo, intendendosi per società appartenenti a quest'ultimo le controllate, le controllanti e le controllate da un medesimo soggetto ai sensi dell'art. 2359 del c. c (assume rilievo dunque anche il controllo di fatto).

Qualora le partecipazioni siano cedute a società del gruppo, l'obbligo di operare le rettifiche si trasferisce alla società cessionaria e le svalutazioni sono ridotte dei valori che sono stati assoggettati a tassazione dalla società cedente per effetto della cessione (a tal fine rileva anche l'assoggettamento a tassazione sostitutiva ex art. 2, d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358).

Infine, il comma 5 dell'art. 11 chiarisce che le disposizioni in tema di riallineamento si applicano esclusivamente con riferimento ai periodi in cui vige il regime di trasparenza.

5. LA CESSAZIONE DELL'EFFICACIA DELL'OPZIONE.

Ai sensi del comma 6 dell'art. 115, qualora vengano meno le condizioni per l'esercizio dell'opzione, l'efficacia della stessa cessa dall'inizio dell'esercizio sociale in corso della società partecipata.

Quindi il venire meno delle condizioni previste nei primi due commi dell'articolo comporta una uscita dal regime di trasparenza fiscale che opera retroattivamente.

Ulteriore causa di perdita di efficacia dell'opzione è rappresentata dall'emissione da parte della società partecipata di strumenti finanziari di cui all'art. 2346, ultimo comma, c.c (art. 6, comma 1, del decreto attuativo).

Occorre sottolineare che, nonostante sia sancita l'irrevocabilità dell'opzione per tre esercizi sociali, uscire prematuramente dal regime è alquanto agevole, appunto facendo venire meno, anche solo temporaneamente, una delle condizioni previste.

A titolo d'esempio appare sufficiente che anche uno solo dei soci ceda azioni, anche in numero irrisorio, a soggetti terzi.

La norma chiarisce che gli effetti dell'opzione non vengono meno nel caso di mutamento della compagine sociale della società partecipata con ingresso di nuovi soci in possesso dei requisiti soggettivi richiesti.

In tali casi di mutamento della compagine sociale nel corso dell'esercizio che non comportano l'uscita dal regime si ritiene che il reddito vada imputato in base alla situazione esistente alla chiusura dell'esercizio stesso.

L'art. 10 del decreto attuativo disciplina le ipotesi in cui la società partecipata è assoggettata ad operazioni straordinarie nonché altri eventi particolari che possono verificarsi durante la vita della società.

Innanzitutto, nel caso in cui detta società è assoggettata a fallimento, liquidazione coatta amministrativa, concordato preventivo o amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, nonché quando è oggetto di trasformazione in altra società non soggetta ad IRES (tipicamente società di persone), l'opzione perde efficacia a partire dal periodo d'imposta avente inizio, rispettivamente, dalla data della sentenza, provvedimento amministrativo o decreto che dà inizio alla procedura concorsuale, ovvero dalla data in cui ha effetto la trasformazione.

Al contrario, se la trasformazione comporta la nascita di un soggetto IRES diverso da quelli ammessi al regime di trasparenza (soggetti indicati nel comma 1, lett. *b*) e *c*), e nel comma 2, primo periodo, dell'art. 73 del TUIR, ossia enti pubblici o privati residenti commerciali o meno, consorzi con attività esterna, ecc.), l'opzione perde efficacia sin dall'inizio del periodo d'imposta in cui ha effetto l'operazione.

Qualora vi sia il trasferimento all'estero della residenza della partecipata, l'opzione perde efficacia a partire dal periodo d'imposta nel corso del quale è avvenuto detto trasferimento.

In caso di fusione o di scissione, l'opzione perde efficacia a partire dalla data da cui l'operazione esplica i suoi effetti fiscali, salvo che essa venga confermata da tutti i soggetti interessati, ricorrendo ai presupposti soggettivi richiesti, entro il periodo d'imposta da cui decorrono i predetti effetti fiscali e con le modalità richieste per l'esercizio dell'opzione.

Non comporta invece cessazione dell'efficacia dell'opzione la messa in liquidazione volontaria della società partecipata; tuttavia, in deroga a quanto previsto in generale dall'art. 182, comma 3, del TUIR, il reddito o le perdite fiscali di ciascuno degli esercizi compresi nella liquidazione si considerano definitivi, indipendentemente dalla durata della fase di liquidazione.

Il comma 2 dell'art. 4 del decreto attuativo dispone che nei casi in cui si verifica la perdita di efficacia dell'opzione la società partecipata deve effettuare, entro trenta giorni, la relativa comunicazione all'Agenzia delle entrate.

Il comma 7, secondo periodo, dell'art. 115 dispone che, nei casi in cui viene meno l'efficacia dell'opzione, ai fini della determinazione degli acconti della partecipata e dei suoi soci si applicano le regole previste per il caso in cui, nel consolidato nazionale, venga meno il requisito del controllo relativamente a tutte o ad alcune delle società controllate (art. 124, co. 2).

La norma stabilisce inoltre che nel caso di mancato rinnovo dell'opzione gli obblighi di acconto si determinano senza considerare gli effetti dell'opzione sia per la società partecipata, sia per i soci.

L'art. 9 del decreto attuativo chiarisce che, sia nel caso di mancato rinnovo dell'opzione che in quello di perdita di efficacia della stessa, gli acconti sono calcolati da ciascun soggetto assumendo come imposta del periodo precedente quella che si sarebbe determinata in assenza del regime di trasparenza fiscale.

Inoltre, nei casi di perdita di efficacia dell'opzione e per il periodo d'imposta in cui si verifica tale effetto, ciascun socio deve integrare quanto versato a titolo di acconto, qualora il versamento effettuato fosse inferiore a quello dovuto (tale caso potrebbe verificarsi quando la partecipata ha delle perdite da attribuire che abbattono il reddito imponibile "proprio" del socio); analogamente la società partecipata deve effettuare il versamento di quanto dovuto.

I versamenti non eseguiti in tutto o in parte devono essere effettuati entro i termini ordinari ovvero, se questi ultimi scadono prima dei successivi trenta giorni, entro trenta giorni dal verificarsi dell'evento ostativo.

La circolare n. 49/E, più volte citata, chiarisce che, nei casi in cui la perdita dei requisiti richiesti per l'accesso al regime si verifica prima del perfezionarsi dell'opzione, eventuali versamenti in acconto insufficienti espongono il socio all'applicazione delle relative sanzioni.

I soci possono attribuire in tutto o in parte i versamenti effettuati alla società partecipata, secondo le modalità previste dall'art. 43-ter del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602, in materia di cessione delle eccedenze nell'ambito del gruppo.

6. IL REGIME DELLA RESPONSABILITÀ E DISPOSIZIONI IN TEMA DI ACCERTAMENTO

La lettera *h*) dell'art. 4, comma 1, della delega dispone che la società partecipata garantisce l'adempimento degli obblighi tributari dei soci con il proprio patrimonio.

In attuazione di tale previsione il comma 8 dell'art. 115 sancisce la responsabilità solidale tra società e soci per l'imposta, le sanzioni e gli interessi conseguenti all'obbligo di imputazione del reddito.

La previsione di detta responsabilità solidale della società, che non trova riscontro nella disciplina della trasparenza fiscale delle società di persone, risulta ispirata da esigenze di cautela fiscale.

Come rilevato in dottrina, la *ratio* della norma sembra riconducibile alla circostanza che nelle società di capitali, a differenza di quanto accade nelle società di persone, la distribuzione periodica degli utili non è un diritto del socio la cui limitazione richiede il consenso di quest'ultimo.

Ciò comporta che l'imposta potrebbe gravare su un soggetto (il socio), diverso da quello che conserva il possesso del reddito (la società), che potrebbe anche non disporre di un patrimonio idoneo a fungere da garanzia delle ragioni dell'erario.

È di tutta evidenza che la partecipata non risponde in solido nei casi in cui la rettifica operata sulla partecipante non riguarda i redditi imputati per trasparenza.

Inoltre, ai sensi del primo comma dell'art. 13 del decreto di attuazione, la responsabilità solidale non investe i casi di omessa o parziale dichiarazione da parte della società partecipante del reddito imputato dalla partecipata per trasparenza né quello di omesso o carente versamento dell'imposta da parte dei soci.

Da tutto ciò si può dedurre che la società partecipata è responsabile solo per fattispecie ascrivibili al proprio operato, tipicamente l'omessa, incompleta od infedele dichiarazione del proprio reddito, e non per fatti imputabili ai soci.

In tal modo il decreto attuativo restringe in modo significativo la previsione contenuta nella normativa primaria, in parte fugando alcune delle perplessità che la dottrina aveva sollevato con riferimento al comma 8 dell'art. 115.

Difatti una responsabilità solidale della partecipata per fatti ascrivibili esclusivamente al socio avrebbe posto, indirettamente ma concretamente, a carico degli altri soci le conseguenze patrimoniali dell'inadempimento di uno di essi.

Anche con questi correttivi, comunque, l'estensione della responsabilità alle sanzioni non appare del tutto conforme ai criteri direttivi fissati nella delega, poiché quest'ultima sembra riferirsi alla sola obbligazione d'imposta.

Tale ultima osservazione può forse essere superata dalla considerazione che nei casi in cui sussiste la responsabilità della partecipata i comportamenti antigiuridici che danno luogo all'irrogazione della sanzione sono riferibili, di solito, esclusivamente a quest'ultima, mentre i soci vengono chiamati a rispondere per fatti a loro non imputabili.

Infine non appare del tutto ragionevole individuare una responsabilità solidale della partecipata per le imposte su redditi che ben possono essere stati totalmente distribuiti.

In tema di accertamento, il comma 10 dell'art. 115 estende anche al regime in discussione l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 40, comma 2, del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600.

In sostanza, l'accertamento di un maggior reddito in capo alla società si riflette necessariamente nell'accertamento di un maggior reddito di partecipazione in capo ai soci.

Tuttavia, secondo l'interpretazione della norma fornita dalla Corte di cassazione in relazione all'accertamento dei redditi di partecipazione nelle società di persone, unitarietà dell'azione di accertamento non significa efficacia automatica sui soci dell'accertamento unitario.

Difatti dalla rettifica della dichiarazione della società non discende la possibilità per l'Amministrazione finanziaria di ritenere già accertati anche i redditi dei singoli soci, essendo necessario a tal fine rettificare la dichiarazione di ognuno di essi con un separato avviso di accertamento.

Inoltre l'avviso a carico del socio, ancorché scaturisca dalla medesima azione accertatrice, deve contenere una motivazione autonoma e completa, dalla quale risultino le ragioni poste a base dell'accertamento (Consiglio di Stato, parere del 17 gennaio 1984, n. 68, e da ultimo, Cass., 24 marzo 2003, n. 4271).

Inoltre al socio è sempre consentita, quando gli viene notificato l'accertamento del suo reddito personale, la possibilità di tutela giurisdizionale, contestando, anche nel merito, l'accertamento del suo reddito di partecipazione, anche qualora sia intervenuta la definitività dell'accertamento del reddito della società (Corte cost., sent. 26 febbraio 1998, n. 31; con riferimento alla giurisprudenza di legittimità, *ex pluribus*, Cass., 27 gennaio 2001, n. 1184; Cass. 12 febbraio 2001, n. 1946; Cass. 22 agosto 2002, n. 12376).

Occorre rilevare che, per effetto dell'accesso al regime di trasparenza, il socio, nei confronti del fisco e limitatamente all'imposta sul reddito, perde il beneficio della responsabilità limitata alla quota conferita, essendo chiamato a rispondere, proporzionalmente alla sua partecipazione, per tutta la maggiore imposta dovuta sui redditi accertati in capo alla società.

Infine, ai sensi del primo comma dell'art. 12 del decreto di attuazione, in caso di omessa o parziale dichiarazione da parte del socio del reddito imputato dalla società partecipata, si applicano le disposizioni dell'art. 41-*bis* del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, in tema di accertamento parziale.

7. LA TASSAZIONE PER TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA PARTECIPATE DA PERSONE FISICHE.

La lettera *h*) dell'art. 4, comma 1, della legge delega per la riforma del sistema fiscale statale prevede la possibilità per le società a responsabilità limitata a ristretta base proprietaria di esercitare l'opzione per la tassazione per trasparenza, a condizione che i soci siano esclusivamente persone fisiche e che la società rientri nell'ambito di applicazione degli studi di settore.

Inoltre la norma di delega prevede, a seguito di tale opzione, l'equiparazione ai fini delle imposte dirette della società a responsabilità limitata ad una società di persone.

La *ratio* della previsione sembra doversi individuare nella volontà di consentire ai soci delle piccole società a responsabilità limitata (tali essendo considerate dal legislatore quelle che dichiarano ricavi di ammontare inferiore al limite stabilito per ciascuno studio di settore dal relativo decreto di approvazione e, comunque,

non superiori a 5.164.569 euro), tramite l'esercizio dell'opzione, di scontare sugli utili la medesima imposizione dei soci di società di persone, evitando il più oneroso regime che la riforma riserva ai soggetti (diversi da quelli interessati dall'IRES) che percepiscono utili da società di capitali.

Difatti, con il nuovo regime di tassazione, gli utili di pertinenza di questi ultimi scontano, oltre alla tassazione presso la società, anche l'imposta personale sulla parte imponibile (il 40 per cento) degli utili stessi (art. 47 del decreto legislativo; regime parzialmente diverso è previsto per gli utili percepiti da persone fisiche in relazione a partecipazioni non qualificate che sono assoggettati ad imposizione sostitutiva con aliquota del 12,5 per cento).

Come rilevato in dottrina, tale regime di trasparenza consente di trasferire direttamente a persone fisiche i risultati dell'applicazione di regole di determinazione del reddito previste per le società di capitali.

L'art. 116 del nuovo testo unico dispone che l'opzione di cui al precedente articolo 115 può essere esercitata con le stesse modalità ed alle stesse condizioni dalle società a responsabilità limitata il cui volume di ricavi non supera le soglie previste per l'applicazione degli studi di settore e con una compagine sociale composta esclusivamente da persone fisiche in numero non superiore a dieci (venti nel caso di società cooperativa a responsabilità limitata).

Tale ultima limitazione è insita nella logica dell'istituto della tassazione per trasparenza che richiede un forte collegamento tra società e soci che tende ad affievolirsi al crescere del numero degli stessi.

Con riferimento alla tipologia di soggetti ammessi al regime, la circolare n. 49/E del 22 novembre 2004 chiarisce che vi rientrano anche i consorzi svolgenti attività commerciale, costituiti da imprenditori individuali sotto forma di società a responsabilità limitata (artt. 2612 e ss. del c.c.).

L'opzione deve essere esercitata con le stesse modalità, quindi dalla società e da tutti i soci con comunicazione ai competenti uffici dell'amministrazione finanziaria, risultando inoltre la stessa irrevocabile per tre esercizi, ed alle stesse condizioni previste dall'art. 115, fatta salva l'esplicita esclusione di quelle indicate dal comma 1 del medesimo articolo.

In forza di tale ultima previsione non è richiesto quindi il requisito del possesso di una percentuale di diritti di voto e di partecipazione agli utili non inferiore al 10 e non superiore al 50 per cento.

Essendo solo richiesto che il numero dei soci non superi le 10 (o 20) unità, senza la previsione di alcun numero minimo, del regime possono usufruire anche le c.d. s.r.l. unipersonali.

L'opzione è teoricamente consentita anche in presenza di soci persone fisiche non residenti purché, in virtù di quanto eventualmente previsto in convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, non sussista nei loro confronti obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti.

Di fatto, come rilevato in dottrina, la presenza di soci persone fisiche non residenti impedisce di norma l'accesso al regime di trasparenza essendo questi ultimi soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta sugli utili percepiti.

Sul punto il comma 1, lett. b), dell'art. 14 del decreto attuativo chiarisce che la compagine sociale deve essere composta esclusivamente da persone fisiche residenti, anche se esercenti attività d'impresa, o non residenti, purché la partecipazione sia riferibile ad una stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

In tale ultimo caso, difatti, il socio estero non è soggetto alla ritenuta a titolo d'imposta (art. 27, comma 3, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600).

Il venire meno dei richiesti requisiti soggettivi dei soci (ingresso nella compagine sociale di un soggetto diverso dalle persone fisiche, aumento del numero dei soci oltre i dieci o venti, ingresso di soci non residenti che non operano attraverso una stabile organizzazione) comporta la perdita di efficacia dell'opzione sin dal periodo d'imposta nel quale tali eventi si verificano (art. 14, comma 2, del decreto di attuazione).

Al contrario di quanto accade nel regime di trasparenza di cui all'art. 115 del TUIR, eventuali negozi limitativi del diritto di voto o di partecipazione agli utili, quali pegno o usufrutto, non determinano inapplicabilità o decadenza dal regime.

Il decreto di attuazione chiarisce inoltre che per il calcolo dell'ammontare dei ricavi rilevante ai fini della verifica sul non superamento delle soglie previste per l'applicazione degli studi di settore occorre fare riferimento alle risultanze della dichiarazione dei redditi presentata per l'anno precedente a quello nel quale viene esercitata l'opzione per la trasparenza.

Sempre ai fini del calcolo dell'ammontare dei ricavi non si tiene conto (art. 14, comma 1, lett. a) del decreto):

- dei corrispettivi delle cessioni di azioni o quote di partecipazioni, anche non rappresentate da titoli, al capitale di società ed enti soggetti passivi IRES, che non costituiscono immobilizzazioni finanziarie, diverse da quelle cui si applica la *participation exemption*, anche se non rientrano fra i beni al cui scambio è diretta l'attività dell'impresa;
- dei corrispettivi delle cessioni di strumenti finanziari simili alle azioni emessi da società ed enti soggetti passivi IRES, che non costituiscono immobilizzazioni finanziarie, diversi da quelli cui si applica la *participation exemption*, anche se non rientrano fra i beni al cui scambio è diretta l'attività dell'impresa;
- dei corrispettivi delle cessioni di obbligazioni e di altri titoli in serie o di massa, diversi da quelli di cui ai punti precedenti, che non costituiscono immobilizzazioni finanziarie, anche se non rientrano fra i beni al cui scambio è diretta l'attività dell'impresa.

Le società di nuova costituzione possono comunque esercitare l'opzione; tuttavia per rimanere nel regime negli anni successivi al primo occorre verificare il limite dei ricavi attraverso il loro ragguaglio ad un anno.

Il comma 2 dell'art. 14 dispone che il superamento della soglia di ricavi determina decadenza dal regime di trasparenza a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in cui si è verificato detto superamento.

Conformemente a quanto previsto dalla legge delega, l'art. 116, comma 1, ultimo periodo, dispone che l'opzione non può essere esercitata, e se esercitata perde efficacia, nel caso di possesso o di acquisto di una partecipazione la cui cessione produce plusvalenze esenti *ex art. 87* del nuovo testo unico.

La norma è diretta ad evitare che del regime di esenzione delle plusvalenze su partecipazioni societarie, introdotto per le sole società di capitali, possa usufruire anche il socio persona fisica di una società a responsabilità limitata, grazie all'opzione per la tassazione per trasparenza.

In assenza di detta previsione, difatti, la plusvalenza esente realizzata dalla società, non concorrendo a formare il reddito da imputare per trasparenza in capo al socio, non sconterebbe alcuna imposta in capo al socio stesso nemmeno qualora il maggiore utile civilistico fosse interamente distribuito.

Secondo parte della dottrina la norma appare tuttavia eccessivamente penalizzante, considerato che per arginare il problema sarebbe stato sufficiente disporre la ricomprensione nel reddito imputato per trasparenza alle persone fisiche della quota parte della plusvalenza imponibile determinata in base alla normativa sui *capital gains*.

Diversamente, in relazione agli utili, si rileva come, in assenza di una specifica disposizione limitativa, l'interposizione nel possesso di partecipazioni di una società a responsabilità limitata trasparente consente alle persone fisiche di usufruire della detassazione al 95 per cento dei dividendi percepiti.

L'art. 14, comma 3, del decreto di attuazione esclude la perdita di efficacia dell'opzione nelle ipotesi in cui la partecipazione sia posseduta o acquistata per effetto di obbligo di legge, regolamento o altro atto amministrativo.

La previsione è diretta ad evitare ingiustificate penalizzazioni nei casi di frequenti e modeste partecipazioni in consorzi o cooperative che le società detengono perché obbligate in ragione dell'attività svolta. È il caso ad. es. delle partecipazioni nel consorzio CONAI, nel consorzio COOU e nel consorzio POLIECO (sul punto v. la circolare 22 novembre 2004, n. 49/E).

In dottrina è stato inoltre affermato che l'esclusione o la decadenza dal regime non dovrebbero intervenire nell'ipotesi di partecipazioni che non possono, in concreto, generare plusvalenze in quanto non trasferibili o non liquidabili.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 116, anche alla fattispecie in esame si applicano le previsioni dettate dall'art. 115 del TUIR in tema di modalità di imputazione delle perdite subite dalla partecipata nel periodo di trasparenza nonché quelle che disciplinano l'utilizzo da parte del socio delle perdite stesse.

Dunque le perdite fiscali della società partecipata relative a periodi in cui è efficace l'opzione sono imputate ai soci in proporzione alle rispettive quote di partecipazione ed entro il limite della propria quota del patrimonio netto contabile della società partecipata.

Inoltre le stesse devono essere computate in diminuzione dagli altri redditi derivanti dall'esercizio di imprese commerciali o da partecipazione in società trasparenti conseguiti nel periodo d'imposta e, per la differenza nei successivi, ma non oltre il quinto, per l'intero importo che trova capienza in essi (art. 8, co. 3, TUIR; tuttavia per le perdite realizzate nei primi tre periodi d'imposta il riporto non incontra limiti temporali, ai sensi dell'art. 84, co. 2). Si applicano anche le norme di contrasto al commercio delle perdite di cui all'art. 84 comma 3 del TUIR.

È invece dubbio, in assenza di un espresso richiamo nella normativa primaria, se risultino applicabili le disposizioni del precedente art. 115 che disciplinano gli effetti dell'esercizio dell'opzione (in particolare per quanto riguarda lo scomputo di ritenute, acconti e crediti d'imposta), le variazioni del costo della partecipazione e il regime di responsabilità, nonché le norme in tema di accertamento.

Sul punto l'art. 14, comma 4, del decreto di attuazione stabilisce che si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli precedenti che riguardano il regime di cui all'art. 115.

In forza di tale rinvio anche per il regime in discussione valgono le ulteriori cause di esclusione dalla trasparenza rappresentate dall'opzione della partecipata per il consolidato nazionale o mondiale (non osta invece all'opzione l'adesione della società partecipante al consolidato) e l'assoggettamento della partecipata a procedure concorsuali.

Non opera invece la preclusione rappresentata dall'emissione di strumenti finanziari partecipativi, essendo tale possibilità negata dalla disciplina civilistica alle società a responsabilità limitata.

Si applicano altresì le norme che prevedono la decadenza dal regime nei casi di assoggettamento a procedure concorsuali, di trasformazione in altro soggetto diverso dalla società a responsabilità limitata (o cooperativa) partecipata esclusivamente da persone fisiche, di trasferimento all'estero della residenza della società, nonché di operazioni di fusione e scissione della partecipata, salva conferma dei soggetti interessati.

Analoghi a quelli previsti dall'art. 115 sono i criteri di imputazione del reddito, delle ritenute e dei crediti d'imposta, il trattamento delle distribuzioni di utili, delle riserve, le regole in tema di costo della partecipazione, il regime degli acconti, le regole per la rideterminazione del reddito imponibile (per i soli soci che detengono tali partecipazioni in regime d'impresa), gli obblighi e le modalità delle comunicazioni.

Val la pena di segnalare che, come evidenziato dalla migliore dottrina, i redditi imputati per trasparenza ai soci costituiscono redditi d'impresa e non redditi di capitale (categoria nella quale tipicamente rientrano gli utili prodotti da società di capitali), con la rilevante conseguenza che la medesima componente reddituale assume una diversa qualificazione, nonché differenti regole di determinazione, in dipendenza di un atto, l'opzione, rimesso alla volontà dei soggetti passivi.

Infine, almeno secondo quanto affermato da parte della dottrina e ribadito nella più volte citata circolare 22 novembre 2004, n. 49/E, risultano applicabili le norme contenute nell'art. 115 in tema di accertamento e di responsabilità della partecipata.

Tuttavia, per quanto riguarda la responsabilità solidale dipendente della società partecipata, occorre dar conto di alcune perplessità sollevate in dottrina.

Innanzitutto tale regime di responsabilità non è rinvenibile nella normativa primaria contenuta nell'art. 116, non richiamando quest'ultimo in maniera espressa l'ottavo comma dell'art. 115.

Inoltre il comma 4 dell'art. 14 del decreto attuativo rinvia alle disposizioni da esso dettate con riferimento alla trasparenza di cui all'art. 115, ma solo in quanto compatibili.

Ebbene, la previsione di cui all'art. 13 dello stesso decreto, in tema di responsabilità della partecipata, non pare compatibile con l'istituto della trasparenza delle s.r.l. a ristretta base proprietaria se si tiene conto che la legge delega espressamente prevede l' *“equiparazione ai fini delle imposte dirette della società a responsabilità limitata che esercita l'opzione ad una società di persone”*.

È ben noto, difatti, che il patrimonio delle società di persone non può essere aggredito, a titolo di responsabilità solidale, per pretese riguardanti l'imposta dei soci.

FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti

Via Torino 98 – 00184 Roma

Tel. 06/4782901 – Fax 06/4874756 – www.aristeia.it