

## Il rapporto consulente/cliente e i profili di responsabilità alla luce delle più recenti sentenze di legittimità

di Luigi Ferrajoli - avvocato patrocinante in Cassazione, dottore commercialista, revisore legale, titolare Studio Ferrajoli Legale Tributario e direttore scientifico della rivista Accertamento e Contenzioso

*Con le recenti sentenze n. 12463/2016 e n. 13007/2016 la Corte di Cassazione ha ribadito alcuni rilevanti principi in tema di responsabilità del consulente nei confronti del cliente in caso di contestazioni di natura tributaria. Tali sentenze forniscono diversi interessanti spunti in tema di responsabilità del professionista che meritano di essere esaminati alla luce del contesto normativo di riferimento.*

### I principi sanciti dalla sentenza n. 12463/2016

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 12463/2016, è tornata a occuparsi della dibattuta problematica della responsabilità del consulente per errori nello svolgimento dell'incarico professionale, affermando alcuni rilevanti principi di diritto.

Nella vicenda che ha dato luogo alla pronuncia, un'imprenditrice aveva citato in giudizio il proprio commercialista, incaricato della tenuta della contabilità societaria da ben 15 anni, per sentirlo condannare al risarcimento dei danni da responsabilità professionale subiti dalla medesima a seguito di alcune asserite inadempienze quali l'irregolare predisposizione dell'inventario (nel quale le merci destinate alla vendita erano state raggruppate in categorie non omogenee); errori nelle detrazioni dei costi per l'approvvigionamento del carburante per riscaldamento; annotazione solo parziale dei consumi Enel; irregolarità del c.d. mastro di cassa che evidenziava un saldo negativo; ritardi nella registrazione di un contratto. Alla società era stato notificato un avviso di accertamento (con cui l'Amministrazione finanziaria aveva proceduto ad un accertamento induttivo contestando ricavi non dichiarati) che era stato impugnato; in primo grado l'atto impositivo era stato annullato, ma la CTR aveva confermato la pretesa impositiva ed il giudizio in Cassazione si era concluso con la dichiarazione di inammissibilità del relativo ricorso.

Il professionista si era difeso sostenendo di avere esposto in contabilità i dati forniti dalla cliente medesima, alla quale erano imputabili le eventuali inesattezze ed errori.

In primo grado la richiesta risarcitoria dell'attrice era quasi integralmente respinta con pronuncia confermata in secondo grado.

L'imprenditrice aveva quindi proposto un articolato ricorso per cassazione, lamentando tra l'altro che i giudici di secondo grado si erano limitati a non ritenere responsabile il professionista degli addebiti contestati senza motivare adeguatamente.

In particolare, secondo la ricorrente, poiché l'inadempienza era stata dimostrata, sarebbe stato onere del commercialista provare che la prestazione omessa era impossibile, come richiesto dall'articolo 1218, cod. civ.<sup>1</sup>

Inoltre, la sentenza impugnata sarebbe erronea nella parte in cui aveva escluso il nesso di causalità tra i contestati inadempimenti del commercialista ed i danni lamentati: secondo la tesi attorea, infatti, la prova del nesso di causalità era individuabile nell'emissione dell'avviso di accertamento.

La Corte di Cassazione, tuttavia, ha rigettato il ricorso ritenendo che la Corte di appello avesse effettuato una valutazione della situazione di fatto e di diritto priva di vizi, poiché aveva correttamente proceduto:

- alla ricostruzione degli obblighi del commercialista;
- all'individuazione della ripartizione dell'onere della prova;
- alla ricerca dell'esistenza del nesso di causalità tra comportamento del professionista e preteso danno.

La Cassazione ha rilevato, infatti, che, in mancanza di contratto scritto tra il commercialista e la cliente, il contenuto del rapporto poteva essere desunto dalle affermazioni dell'attrice che, nell'atto di citazione, aveva precisato che era compito del professionista la rappresentazione contabile dell'attività dell'azienda

<sup>1</sup> L'articolo 1218, cod. civ. prevede infatti che: "Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

# PROFESSIONISTI

che si era svolta sulla base dei dati forniti dall'attrice medesima.

Pertanto, correttamente la Corte di Appello aveva ritenuto che, dato che il commercialista non aveva il compito di sovrintendere all'Amministrazione della ditta e alla fase commerciale, i pretesi errori relativi al saldo negativo e all'alterazione dei dati dell'inventario non potevano essere materialmente e direttamente imputati allo stesso.

Inoltre, secondo la Suprema Corte, era corretta anche l'affermazione dei giudici di appello secondo cui la prova dell'inadempienza del professionista incombeva sull'attrice.

Sul punto la Cassazione ha richiamato il consolidato principio per cui:

*“nella responsabilità contrattuale, non diversamente dalla responsabilità aquiliana, spetta al danneggiato fornire la prova sia dell'esistenza del danno lamentato, sia della sua riconducibilità al fatto (e quindi all'inadempimento) del debitore. Il presunto danneggiato, insomma ha l'onere di provare sia l'inadeguata prestazione professionale, sia l'esistenza del danno, sia il nesso di causalità tra la prestazione professionale inadeguata e il danno. L'articolo 1218, cod. civ., se pone una presunzione di colpevolezza dell'inadempimento, non agevola la posizione del danneggiato, per quanto attiene all'onere di provare l'effettiva esistenza del danno derivante dall'inadempimento, onere che non è diverso da quello incumbente su colui che faccia valere una responsabilità extracontrattuale”.*

Infine, secondo la Corte di Appello, non era stata fornita la prova della sussistenza del nesso di causalità tra il comportamento del professionista e il preteso danno per 2 motivi:

- a) poiché non sono danni che derivano dall'inadempimento del professionista quelli che il suo adempimento non avrebbe potuto evitare era necessaria la prova che se il commercialista avesse tenuto la condotta dovuta il danno sarebbe stato evitato. Nel caso concreto, l'attrice avrebbe dovuto dimostrare che l'accertamento tributario avrebbe avuto esito diverso se il commercialista avesse mantenuto le condotte asseritamente dovute;
- b) dalla documentazione agli atti, al contrario, sarebbero invece emerse circostanze estranee all'attività del commercialista integranti di per se i presupposti dell'accertamento.

Interessante è anche il motivo riguardante la mancata registrazione delle fatture Enel: secondo l'impre-

ditrice, infatti, tale comportamento sarebbe risultato censurabile *“perché è piuttosto prassi dei professionisti, oltre che loro dovere giuridico, sollecitare la consegna quanto meno di quella documentazione di spese notorie”.*

La Cassazione ha rigettato anche questo motivo rilevando che:

*“È affermazione pacifica nella dottrina civilistica che il rapporto tra il commercialista e il cliente si configura come un contratto col quale il primo si obbliga dietro corrispettivo a fornire la sua prestazione al secondo, il quale gli fornisce dati attinenti alla propria situazione finanziaria per permettergli di eseguire l'incarico. Correttamente, dunque, la Corte di Ancona ha ritenuto condivisibile il principio secondo cui il commercialista redige le scritture contabili sulla base dei dati forniti dal cliente, non essendo esigibile un'autonoma attivazione da parte del professionista al fine di reperire voci di spesa da annotare nelle scritture”.*

In conclusione, riassumendo, nella sentenza in esame la Cassazione ha affermato i seguenti condivisibili principi:

- chi agisce per ottenere il risarcimento di danni asseritamente subito in forza di inadempimento da parte del consulente deve provare non solo l'errore nello svolgimento dell'attività professionale, ma anche il danno subito e il nesso di causalità tra inadempimento e danno;
- il consulente è tenuto a svolgere l'incarico nei limiti del mandato ricevuto e risponde solo di quanto è dipeso dal proprio operato, senza onere di attivarsi al fine di reperire ulteriori informazioni rispetto a quanto fornito dal cliente medesimo.

## L'obbligo di fornire informazioni secondo la sentenza n. 13007/2016

A brevissima distanza dal deposito della sentenza sopra esaminata, la sezione III civile della Cassazione è nuovamente tornata sull'argomento con l'interessante sentenza n. 13007/2016.

La vicenda oggetto della pronuncia vedeva un commercialista convenuto in giudizio dall'ex cliente, titolare di una ditta individuale, che gli chiedeva il risarcimento dei danni derivati dall'omessa impugnazione in Cassazione di una sentenza sfavorevole di appello.

Secondo la tesi attorea, a fronte dell'espressa richiesta formulata al commercialista di avere chiarimenti

in ordine alle iniziative da intraprendere in conseguenza della sentenza di secondo grado, questi sarebbe rimasto del tutto inerte lasciando decorrere i termini per l'impugnazione della pronuncia.

Il commercialista si era difeso eccependo di avere prestato unicamente una consulenza contabile a favore della ditta dell'attore e di non avere gestito il contenzioso tributario di merito, precisando, peraltro, di non essere abilitato alla difesa avanti alla Corte di Cassazione.

La domanda di risarcimento dei danni era respinta in primo e in secondo grado, sulla base della considerazione che, anche se fosse stato dimostrato che l'incarico professionale era stato conferito e fosse consistito nella richiesta di una consulenza di carattere tecnico, ovvero di un parere in prospettiva di un eventuale ricorso per cassazione, non sarebbe stata comunque configurabile una responsabilità del professionista cui imputare i danni per la perdita della possibilità di ricorrere per cassazione, dato che il medesimo non era abilitato a proporre tale ricorso.

La Cassazione ha ritenuto tale ragionamento non corretto sulla base delle seguenti affermazioni di diritto:

- *“La responsabilità del dottore commercialista presuppone la violazione del dovere di diligenza media esigibile ai sensi dell'articolo 1176, comma 2, cod. civ. e articolo 2236, cod. civ., tenuto conto della natura e della portata dell'incarico conferito (cfr. Cassazione n. 16023/2002, anche per la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, eventualmente gravanti sul prestatore d'opera intellettuale)”;*
- *“Qualora si tratti di attività di consulenza richiesta a un dottore commercialista, il dovere di diligenza impone, tra gli altri, l'obbligo, non solo di dare tutte le informazioni che siano di utilità per il cliente e che rientrino nell'ambito della competenza del professionista (cfr. Cassazione n. 14597/2004 e n. 24544/2009, in riferimento ad analoghi obblighi informativi imposti all'avvocato, nonché Cassazione n. 14639/2015, in riferimento agli obblighi informativi gravanti sul dottore commercialista), ma anche, tenuto conto della portata dell'incarico conferito, di individuare le questioni che esulino da detto ambito. Il professionista incaricato dovrà perciò informare il cliente dei limiti della propria competenza e fornire gli elementi e i dati comunque nella sua conoscenza per consentire al cliente di prendere proprie autonome determinazioni, eventualmente rivolgendosi ad altro professionista indicato*

*come competente”.*

Secondo la Cassazione, la portata del dovere di informazione e la diligenza richiesta nell'adempimento devono essere valutati caso per caso sulla base dell'incarico conferito dal cliente al professionista.

Nel caso di specie, poiché l'attore sosteneva di avere incaricato il commercialista di rendergli una consulenza sulle conseguenze derivanti dalla sentenza, secondo la Suprema Corte rientrava nell'obbligo di diligenza connesso all'incarico di consulenza conferito quello di informare il cliente sia in ordine alle conseguenze giuridiche e tecnico-contabili della pronuncia, sia in ordine ai rimedi astrattamente esperibili, anche se poi concretamente attuabili da un altro professionista.

In ogni caso, conclude la Corte, deve sempre essere accertato se *“in concreto, l'evento produttivo del pregiudizio lamentato dal cliente sia effettivamente riconducibile, in tutto o in parte, a mancata informazione, se il ricorso fosse effettivamente proponibile e se avesse ragionevoli probabilità di successo”.*

## **I profili di responsabilità civile del consulente alla luce dei principi espressi dalla Cassazione**

Le recenti pronunce della Cassazione offrono molti interessanti spunti a chiarimento dei profili di responsabilità civile attribuibili al consulente fiscale.

Per una migliore comprensione dell'argomento è altresì opportuno ricordare che il rapporto tra professionista e cliente è regolato dagli articoli 2222 e ss., cod. civ. che trattano del lavoro autonomo e delle professioni intellettuali, oltre che dall'articolo 1176, cod. civ. che disciplina l'adempimento delle obbligazioni.

Secondo l'opinione consolidata della dottrina, dall'esame dell'insieme delle predette norme si può evincere che l'obbligazione che sorge in capo al professionista è qualificabile come “di mezzi”, ossia questi è tenuto ad adempiere all'incarico ricevuto con necessaria diligenza al fine di raggiungere il risultato, ma senza alcun vincolo di effettivo conseguimento (che caratterizza invece le obbligazioni “di scopo”). Pertanto, la responsabilità del professionista non è correlata al verificarsi o meno del raggiungimento dello scopo, bensì alle modalità di espletamento dell'incarico.

Un'eccezione, tuttavia, è rappresentata dal commercialista che si impegna esclusivamente a trasmettere telematicamente la dichiarazione dei redditi a favore del cliente: in tale ipotesi, infatti, l'ob-

bligazione assunta dal professionista è finalizzata al conseguimento di uno scopo.

In ordine alla qualità della diligenza da impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, l'articolo 1176, comma 2, cod. civ. prevede che *"Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata"*.

La norma richiede, quindi, in presenza di un'attività caratterizzata da un certo tecnicismo, una specifica attenzione, parametrata al tipo di attività svolta, che è maggiore di quella necessaria per espletare incarichi diversi (il comma 1 prevede infatti in via generica la diligenza del buon padre di famiglia).

Sul punto la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare che:

*"In tema di responsabilità professionale, la valutazione dell'inadempimento del professionista (tenuto all'adempimento di obbligazioni di mezzi e non di risultato) va fatta esclusivamente con riferimento alla violazione dei doveri inerenti all'esercizio della professione svolta e in particolare, ove gli si imputi una condotta omissiva, del dovere di diligenza ex articolo 1176, comma 2, cod. civ., cioè della diligenza che un professionista di preparazione e attenzione media pone nell'esercizio della propria attività; ne consegue che l'affermazione di responsabilità professionale presuppone la preliminare individuazione degli specifici obblighi che la legge o il contratto pongono a carico del professionista"* (cfr. Cassazione n. 9877/2000).

Di regola, la responsabilità del professionista è disciplinata dai principi comuni relativi alla responsabilità contrattuale: il medesimo risponde delle condotte commesse con dolo o colpa, anche lieve; tuttavia, se la prestazione professionale da eseguire in concreto presuppone la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, la responsabilità del professionista è attenuata, configurandosi, secondo l'espresso disposto dell'articolo 2236, cod. civ.<sup>2</sup>, solo nel caso di dolo o colpa grave, con conseguente esclusione nell'ipotesi in cui nella sua condotta si riscontrino soltanto gli estremi della colpa lieve (Cassazione n. 8470/1994, n. 4152/1995 e n. 2954/2016).

Inoltre, come emerso dalle sentenze della Cassazione già esaminate, per ottenere il risarcimento dei

<sup>2</sup> Che prevede che: *"Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave"*.

danni cagionati dall'inadempimento del professionista non è sufficiente la prova dell'errore del medesimo, ma è altresì necessaria la dimostrazione di avere subito un danno certo ed effettivo, nonché il nesso causale tra il danno e la condotta del professionista. Sin ora si è trattato della responsabilità contrattuale, tuttavia è necessario rammentare che il consulente può essere chiamato a rispondere anche dei danni causati a titolo di responsabilità extracontrattuale ex articolo 2043, cod. civ., qualora con la sua opera leda un diritto meritevole di tutela (quali ad esempio la vita, la salute, la proprietà, etc.); anche in tale ipotesi è onere del danneggiato dimostrare il danno, il dolo o la colpa del danneggiante e il nesso di causalità tra condotta e danno.

## I profili di responsabilità penale e le ipotesi di concorso nei reati tributari

È inoltre opportuno porre attenzione alle ipotesi di responsabilità penale che possono essere ravvisate nei confronti del professionista che presta l'opera di consulenza fiscale e contabile.

Il consulente può ovviamente commettere reati comuni, quali, ad esempio, truffa (ove cagioni al cliente un danno ingiusto per mezzo di artifici e raggiri e inducendolo in errore) e delitti di falso; può commettere reati propri in qualità di sindaco o di componente di organi di controllo societario; tuttavia, il caso più comune e più insidioso di responsabilità penale del professionista consulente è sicuramente quello del concorso con il proprio cliente nella commissione di illeciti di natura fallimentare, societaria e tributaria. L'articolo 110, c.p. prevede che *"Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti"*.

Gli elementi strutturali dell'istituto del concorso di persone nel reato, individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sono i seguenti:

- a) la commissione dell'illecito da parte di una pluralità di agenti;
- b) l'esecuzione del reato da parte dei concorrenti;
- c) la sussistenza di un contributo causale minimo da parte di ciascuno dei concorrenti;
- d) la volontà di ciascuno di cooperare nel reato.

La partecipazione al reato può inoltre essere di carattere sia materiale (quando il soggetto interviene personalmente nella fase di preparazione ed esecuzione del reato nelle vesti di coautore o complice) sia morale (quando il soggetto partecipa alla fase di ideazione del reato, insinuando in altri l'intento cri-

# PROFESSIONISTI

minoso che prima non esisteva o rafforzando un proposito criminoso già esistente).

Il consulente di un soggetto che abbia commesso un reato fallimentare, societario o tributario potrà essere quindi chiamato a risponderne in concorso con il cliente solo se è dimostrato che abbia fornito, in modo intenzionale, un contributo causale, materiale o morale, al compimento del reato da parte del contribuente.

Con particolare riferimento agli illeciti tributari, inoltre, deve sussistere l'elemento soggettivo del dolo (anche eventuale<sup>3</sup>), non essendo tali reati punibili a titolo di colpa.

I casi più frequenti nei quali il commercialista è stato chiamato a rispondere a titolo di concorso con il cliente sono i delitti in materia di dichiarazione; è opportuno segnalare che secondo la giurisprudenza, qualora i dati forniti dal contribuente risultino palesemente inattendibili, sulla base delle proprie conoscenze tecniche il consulente dovrebbe porsi il dubbio, al momento della redazione della dichiarazione, della veridicità dei dati forniti dal contribuente e eventualmente sollevare il problema; se però l'inesattezza o falsità dei dati forniti dal contribuente non erano conosciuti o riconoscibili dal professionista risponderà del reato il solo cliente.

Altra ipotesi piuttosto frequente di responsabilità concorsuale del consulente è quella relativa al delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte previsto dall'articolo 11, D.Lgs. 74/2000: secondo la giurisprudenza, infatti, il professionista che assiste il contribuente nell'ideazione e realizzazione di atti fraudolenti finalizzati a sottrarsi al pagamento delle imposte dovute risponde a titolo di concorso nel reato.

Caso tipico è quello del consulente che consiglia al cliente l'istituzione di un *trust* o di un fondo patrimoniale; tra le molte pronunce sull'argomento si segnalano:

- la sentenza n. 21013/2012 con cui la Corte di Cassazione ha precisato che anche la costituzione di un fondo patrimoniale avente a oggetto i beni mobili e immobili del contribuente, se effettuata in concomitanza con l'inizio della procedura accertativa, è idonea a limitare le pretese creditorie del Fisco e può integrare il reato di cui all'articolo 11, D.Lgs. 74/2000;
- la sentenza n. 9238/2016 con cui la Suprema

<sup>3</sup> Ravvisabile qualora il soggetto, pur essendosi prefigurato concretamente la possibilità di realizzare un fatto criminoso, abbia proseguito nella condotta.

Corte ha confermato la condanna di un commercialista che, secondo l'accusa, aveva prestato la propria consulenza (in ordine alla costituzione di un *trust*) al fine di agevolare un imprenditore nel raggiungimento dello scopo di ostacolare l'attività di riscossione coattiva avviata da Equitalia per un credito fiscale da evasione di imposte dirette.

Principio ormai consolidato in giurisprudenza è che, essendo la fattispecie in esame un reato non di danno, bensì di pericolo, per integrarlo è sufficiente che vi sia un rischio anche potenziale di pregiudicare gli interessi dell'Erario.

Infine, si segnala la recentissima introduzione dell'aggravante di cui all'articolo 13-bis, comma 3, D.Lgs. 74/2000 che prevede che:

*“Le pene stabilite per i delitti di cui al titolo II sono aumentate della metà se il reato è commesso dal concorrente nell'esercizio dell'attività di consulenza fiscale svolta da un professionista o da un intermediario finanziario o bancario attraverso l'elaborazione o la commercializzazione di modelli di evasione fiscale”.*

La previsione di tale specifica norma è sicuramente indice di una maggiore attenzione del Legislatore a quelle categorie di professionisti che operano nell'ambito fiscale proponendo ai clienti modelli di organizzazione aziendali preordinati a favorire l'evasione delle imposte da parte del contribuente.

In conclusione, alla luce delle considerazioni svolte e dai principi esaminati, per la maggioranza dei professionisti che svolge il proprio incarico nella ragionevole prospettiva di non incorrere in responsabilità né civili né penali, è opportuno prestare la massima attenzione all'individuazione del contenuto dell'incarico conferito dal cliente, nonché gestire il rapporto nella massima trasparenza, pretendendo di avere tutte le informazioni necessarie per il concreto svolgimento della prestazione e, nel contempo, fornendo al cliente i necessari chiarimenti.

In tal modo si potranno quantomeno limitare quelle situazioni equivocate dalle quali spesso scaturiscono contestazioni che sfociano in contenziosi.