

AXERTA®
INDAGA. DOCUMENTA. ACCERTA.

IL PUNTO

Rassegna Giurisprudenziale
Controlli e indagini nel rapporto di lavoro

Novembre-Dicembre 2021

Axerta S.p.A.

Nord-ovest Piazza Duomo 17 - 20121 Milano
Centro-sud Viale Giulio Cesare 71 - 00192 Roma
Nord-est Piazza Insurrezione 10 - 35137 Padova

800 800 007

P.IVA 10239431009 | www.axerta.it



L'editoriale del Presidente



L'importanza del forensic accounting, ad integrazione o a premessa delle indagini tradizionali, nella lotta agli illeciti aziendali.

Gen. Michele Franzé - Presidente di Axerta S.p.a.

Nei primi giorni di settembre il Presidente Draghi, nel riferire all'assemblea di Confindustria l'orientamento del Governo a non aumentare la pressione fiscale, non ha mancato di sensibilizzare imprese e lavoratori sulla necessità "di fare di più...occorre essere uniti per non aggiungere incertezze al quadro economico e sociale". E sempre Draghi, in occasione della firma del patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale, ha altresì ricordato come il buon funzionamento della cosa pubblica sia prodromico a quello della società: "se il primo funziona, funziona anche la seconda. In caso contrario la società diventa più fragile, più ingiusta". Concetti sacrosanti, è ovvio, ma che lasciano l'amaro in bocca apprendendo nei primi giorni di ottobre che proprio per una struttura pubblica, il Comune di Sanremo (si proprio quello del vigile che timbrava il cartellino in mutande, poi assolto perché il fatto non sussiste), al termine di un'indagine della Guardia di Finanza che aveva indagato 195 dipendenti su un totale di 271, oltre il 70% della forza lavoro, tutti presunti furbetti del cartellino, si è giunti alla condanna solo per 15 di essi. E allora torna alla mente quanto scriveva in passato Sergio Rizzo su Repubblica, quando affermava "che la bilancia finisce per pendere sempre dalla stessa parte...poi, però, quando si arriva al dunque...ecco la pacca sulla spalla: avevamo scherzato". E, concludeva Rizzo, in questi casi è sempre la collettività alla fine

a risultare l'unica vittima di questi abusi, portandoci a chiedere se servano accertamenti più accurati, che non lascino spazi a dubbi o zone d'ombra, affinché l'auspicio del capo del Governo a fare tutti di più, tanto nel pubblico, quanto nel privato, trovi concreta attuazione.

Per fortuna è sempre più frequente osservare (ne siamo testimoni diretti) come, almeno nel privato, le aziende più virtuose introducano tra i propri sistemi di controllo interno procedure anche informatiche e automatizzate mirate a intercettare violazioni o comportamenti illeciti.

Per contro alquanto diffusa è la carenza di controllo su casi di frode più sofisticati, spesso commessi dal top-management o dagli amministratori aziendali.

L'espressione frode aziendale, infatti, come ricordano Sabrina Familiari e Elisa Reverberi, punti di forza della divisione forensic accounting di Axerta, "comprende vari concetti e ambiti di diffusione che assumono gravità e dimensioni diverse in base alla struttura organizzativa societaria, che hanno però un unico fine: assicurare a chi froda un beneficio per sé stesso o per terzi, causando un danno economico all'azienda (si pensi, ad esempio, alla sottrazione di asset o di know how)". Ed ancora proseguono richiamando l'importanza delle indagini informatiche e automatizzate, sottolineando come "le frodi di bilancio siano la causa delle maggiori perdite in termini di valore aziendale, in quanto commesse da

chi, ricoprendo ruoli apicali e abusando dei poteri delegati, può facilmente aggirare i sistemi di controllo interni e di prevenzione, anche i più sofisticati. Ecco quindi che l'intervento di professionisti altamente specializzati nelle investigazioni economico-finanziarie e contabili (i c.d. forensic accountant) potrebbe risultare indispensabile per accertare operazioni irregolari ed acquisire fonti di prova spendibili in giudizio".

E non sembra superfluo aggiungere come il ruolo di un forensic accountant potrebbe essere particolarmente prezioso non solo per acquisire le fonti di prova di un illecito ma anche per prevenirlo, dando vita a verifiche preliminari, a premessa di decisioni strategiche o della scelta di partners (c.d. preliminary due diligence).

Ancora una riflessione, infine, per quanti in un eccesso di ottimismo fossero tentati di pensare che il peggio è oramai alle spalle, visto che persino Standard & Poor Global ha alzato le stime di crescita del pil per l'Italia al 6% rispetto al 4,9% ipotizzato a fine giugno. Se ciò è vero, è altrettanto vero che stiamo solo recuperando dopo una caduta disastrosa che l'anno scorso ha toccato l'8,9%.

Gen. Michele Franzé
Presidente di Axerta S.p.A.



Proprietà intellettuale

È contraffazione indiretta diffondere istruzioni di montaggio per realizzare un prodotto brevettato.

Tribunale di Venezia, Sez. imprese, sentenza 9 giugno 2021

Interessante pronuncia in cui il Tribunale di Venezia, con sentenza 9 giugno 2021, ha riconosciuto la sussistenza di contraffazione indiretta (c.d. contributory infringement) in caso di utilizzo e pubblicizzazione degli insegnamenti per la realizzazione di un prodotto coperto da tutela brevettuale, liquidando il danno patrimoniale e non patrimoniale (nella misura del 25% del primo) subito dal titolare del diritto di privativa.

Oggetto del giudizio era, per l'appunto, la violazione posta in essere da una società italiana di un'invenzione protetta da brevetto italiano ed europeo, relativa ad "un apparato di incernieramento per infissi con cerniere a scomparsa".

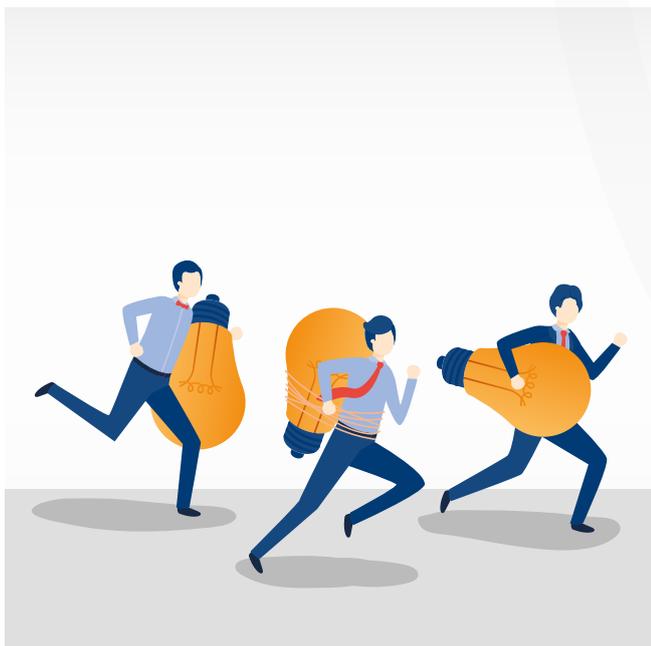
Una volta quindi conclamata la contraffazione del brevetto italiano – a cui si aggiunge la responsabilità per concorrenza sleale, configuratasi in particolare nella fattispecie di "appropriazione di pregi del concorrente" –, il collegio giudicante ha disposto l'inibitoria ed il ritiro dal commercio

dei prodotti contraffattori e, quanto al risarcimento del danno da lucro cessante, ha innanzitutto escluso che ai fini della determinazione dello stesso dovessero escludersi i prodotti venduti privi di istruzioni di montaggio – comunque rinvenibili "sia nei volantini promozionali che nel sito internet della convenuta" – sia quelli destinati all'esportazione – "risultando indifferente il luogo di destinazione dei prodotti".

Il tema della contraffazione rappresenta un vulnus importante nel panorama degli illeciti aziendali. La contraffazione marchi è una delle aree più delicate nelle quali è chiamato a intervenire l'investigatore privato, a causa delle forti ripercussioni che tale attività illecita può avere sul tessuto economico e sociale di un paese, in particolare l'Italia.

Nel nostro Paese il fenomeno colpisce soprattutto le aziende che operano nei settori di punta del Made in Italy come il settore agroalimentare, la moda, l'abbigliamento, i beni di lusso, che sono i più esposti a tentativi di alterazione da parte di soggetti terzi.

La nostra esperienza ultra cinquantennale ci permette di identificare gli operatori scorretti, le fonti, valutare con precisione il danno arrecato e agire con determinazione in sede giudiziaria.





Diritto del lavoro

Movimenta due sacchetti di terriccio durante la malattia? Va licenziato.

Cassazione civile, Sez. lav., ordinanza 1° ottobre 2021, n. 26709

Lo svolgimento di altra attività da parte del dipendente assente per malattia può giustificare il recesso del datore di lavoro, in relazione alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, oltre che nell'ipotesi in cui tale attività esterna sia di per sé sufficiente a fare presumere l'inesistenza della malattia, dimostrando quindi, una fraudolenta simulazione, anche nel caso in cui la medesima attività, valutata con giudizio ex ante in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, possa pregiudicare o ritardare la guarigione o il rientro in servizio, con conseguente irrilevanza della tempestiva ripresa del lavoro alla scadenza del periodo di malattia.

La Cassazione conferma che il licenziamento del lavoratore in malattia è legittimo se lo stile di vita che conduce può ritardare la sua guarigione.

La Corte ha confermato la decisione di Appello, che respingeva la richiesta di illegittimità del licenziamento avanzata dal dipendente. Secondo i giudici, infatti, l'uomo conduceva uno stile di vita non compatibile con la sua lombosciatalgia, tale da precludergli il ritorno al suo posto di lavoro. L'uomo era infatti stato sorpreso mentre sollevava pesanti sacchi di terriccio, come documentato da alcune immagini.

Il datore di lavoro ha facoltà di prendere conoscenza dei comportamenti del lavoratore che, pur estranei allo svolgimento dell'attività lavorativa, sono rilevanti sotto il profilo del corretto adempimento delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

Infine, la Cassazione ricorda che, relativamente alla simulazione dello stato di malattia, lo svolgimento di altra attività da parte del dipendente assente in modo fraudolento può giustificare il recesso del datore di lavoro, in relazione alla violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà.

L'impiego dunque di società specializzate all'accertamento e documentazione di evidenze producibili in

giudizio rappresenta un'opportunità importante per l'azienda che non voglia essere vittima di abusi ed infedeltà.

Infortunati sul lavoro: condotta negligente dell'infortunato e nozione di rischio elettivo

Ordinanza 21 settembre 2021, n. 25597

La Sezione Lavoro della Corte di Cassazione ha affrontato il tema della corretta valutazione della responsabilità datoriale in caso di infortuni sul lavoro e delle condizioni affinché questa possa venire completamente esclusa.

La Cassazione, sulla scorta di precedenti orientamenti, riafferma che la responsabilità datoriale in caso d'infortunio può escludersi solo quando la condotta del lavoratore presenti i caratteri dell'abnormità, inopinabilità ed esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive ricevute, come pure dell'atipicità ed eccezionalità, così da porsi come causa esclusiva dell'evento.

In sostanza, deve configurarsi un "rischio elettivo" in capo al dipendente coinvolto.

Rischio elettivo da intendersi come una condotta personalissima del lavoratore, esercitata ed intrapresa volontariamente in base a ragioni e motivazioni del tutto personali, avulsa dall'esercizio della prestazione lavorativa e tale da creare condizioni di rischio estranee alle normali modalità di lavoro e che si pone come causa esclusiva dell'evento.

La condotta del lavoratore può e deve dunque essere accertabile ed accertata da parte del datore di lavoro che voglia escludere ogni Suo coinvolgimento in tema di responsabilità.

La negligenza del lavoratore dunque può essere documentata attraverso un'osservazione delle condotte nel tempo tali da fornire evidenze utili e producibili a sostegno della tesi aziendale.



Cybersecurity

Il controllo difensivo ex post ad opera del datore di lavoro sul pc aziendale

Cassazione civile, Sez. lav., sentenza 22 settembre 2021, n. 25732

Con sentenza n. 25732 del 22 settembre 2021, la Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, ha, di recente, analizzato e approfondito il tema (di indubbio rilievo) della compatibilità del cd. “controllo difensivo” – concetto elaborato dalla giurisprudenza formatasi precedentemente alla modifica dell’art. 4 della L. n. 300/1970 (Statuto dei Lavoratori), ad opera dell’art. 23 del D.Lgs. n. 151/2015 e dall’art. 5 del D.Lgs. n. 185/2016 – rispetto al vigente quadro normativo. Questa riflessione giurisprudenziale trae spunto dalla seguente controversia: in seguito all’accertamento circa la diffusione di un virus all’interno della rete aziendale, il datore di lavoro provvedeva, tramite l’apposito ufficio IT, ad eseguire un accesso sul personal computer di una specifica lavoratrice, e appurava non solo che, all’interno della cartella di download del disco fisso della stessa, era presente un file scaricato che aveva propagato il virus, ma, soprattutto, rilevava numerosi (e perpetuati) accessi a siti internet per evidenti ragioni private (e, dunque, extra lavorative), provvedendo, di conseguenza, a licenziare la lavoratrice medesima.

La categoria dei cd. “controlli difensivi” (elaborata onde consentire al datore di lavoro di contrastare comportamenti illeciti del personale) esula dall’ambito di applicazione dell’art. 4 comma 2) dello Statuto dei Lavoratori (nel testo previgente), a condizione che essi siano diretti ad accertare comportamenti illeciti e lesivi del patrimonio e dell’immagine aziendale, tanto più se disposti ex post, ossia dopo l’attuazione del comportamento in addebito, così da prescindere dalla (mera) sorveglianza sull’esecuzione della prestazione lavorativa (cfr. Cass. civ. sez. lav., ord., 28/05/2018, n. 13266); nello specifico, i controlli datoriali a distanza dovevano essere assoggettati alla sussistenza di due condizioni necessarie, e di una soltanto eventuale:

- in primo luogo, era indispensabile che l’iniziativa datoriale avesse la finalità specifica di accertare determinati comportamenti illeciti;
- l’altro presupposto necessario era che gli illeciti da accertare fossero lesivi del patrimonio o dell’immagine aziendale (cfr. Cass. civ. sez. lav. 23/02/2012, n. 2722);

- il terzo presupposto (eventuale) richiedeva, invece, che i controlli fossero stati disposti ex post, ossia dopo l’attuazione del comportamento in addebito, così da prescindere dalla mera sorveglianza sull’esecuzione della prestazione lavorativa.

In conclusione, la legittimità del cd. “controllo difensivo” è fondata, a parere dei giudici di legittimità, sul seguente principio di diritto: *“Sono consentiti i controlli anche tecnologici posti in essere dal datore di lavoro finalizzati alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro o ad evitare comportamenti illeciti, in presenza di un fondato sospetto circa la commissione di un illecito, purché sia assicurato un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore, sempre che il controllo riguardi dati acquisiti successivamente all’insorgere del sospetto”.*

Tale pronuncia richiama fortemente la necessità del tema della prevenzione in materia informatica.

La progressiva diffusione delle nuove tecnologie informatiche, ed in particolare il libero accesso alla rete Internet dai Dispositivi (PC, notebook, tablet, smartphone, ecc), espone la società ai rischi di un coinvolgimento sia patrimoniale sia penale, creando problemi alla sicurezza e all’immagine dell’azienda stessa.

Premesso quindi che l’utilizzo delle risorse informatiche e l’utilizzo degli archivi cartacei di ogni azienda deve sempre ispirarsi al principio della diligenza e correttezza, comportamenti che normalmente si adottano nell’ambito di un rapporto di lavoro, è opportuno che si adottino anche un Regolamento informatico interno diretto ad evitare che comportamenti inconsapevoli possano innescare problemi o minacce alla Sicurezza nel trattamento dei dati.

Tale precauzione ex ante, diventa di importanza fondamentale in caso di necessità, ex post di effettuare i controlli di cui la sentenza sopra citata.

L'importanza della rivalutazione del merito d'impresa: know-how e segreti scientifici e commerciali come vantaggi fiscali per il miglioramento della leva finanziaria



AVV. ANTONIO BANA
Studio Legale Bana

Recenti provvedimenti normativi hanno previsto, con criteri, modalità e costi differenti, la possibilità di rivalutare e riallineare i valori dei beni dell'impresa ai fini civilistici e/o fiscali. Tra questi, in particolare, si segnalano:

- la rivalutazione prevista dal DL 104/2020 ("Decreto Agosto");
- la rivalutazione prevista dal DL 23/2020 ("Decreto liquidità");
- la rivalutazione gratuita per le imprese che operano nel settore alberghiero e termale prevista dal DL 23/2020 (c.d. "Decreto liquidità");
- il riallineamento dei valori contabili e fiscali dei beni iscritti in bilancio previsti dal DL 104/2020 ("Decreto Agosto") e dal DL 23/2020 (Decreto liquidità).

I beni rivalutabili devono essere stati iscritti nel bilancio relativo all'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2019. Possono essere rivalutati i beni d'impresa e le partecipazioni indicate alla sezione II del capo I della Legge n. 342/2000. Si tratta, quindi:

- dei beni materiali e immateriali (marchi, brevetti, licenze ecc, con eccezione per i "meri" costi pluriennali), con esclusione di quelli alla cui produzione o al cui scambio è diretta l'attività d'impresa;
- delle partecipazioni in società controllate e collegate, purché costituenti immobilizzazioni finanziarie.

A titolo esemplificativo, possono essere rivalutati:

- i terreni;
- i fabbricati;
- gli impianti;
- i macchinari;
- le attrezzature;
- i marchi;
- i brevetti.

Rivalutazione del marchio

La rivalutazione del marchio presente nel bilancio chiuso al 31/12/2019, oggi è possibile ai sensi dell'art. 110 del DL 14/08/2020 n. 104 che disciplina specifiche disposizioni per la rivalutazione dei beni d'impresa.

Possono essere rivalutati i beni immateriali, presenti nel bilancio chiuso al 31/12/2019, e quindi possono ad esempio essere rivalutati anche marchi, brevetti, diritti etc.

Quanto costa la rivalutazione del marchio d'impresa?

La legge in argomento, a scelta del contribuente, consente alternativamente:

- di effettuare la rivalutazione del marchio solo ai fini civilistici, e quindi senza il pagamento delle imposte, ed in tal caso il valore del marchio rivalutato non avrà nessun effetto fiscale, sia in termini di ammortamento sia in termini di calcolo della plusvalenza da cessione;
- di effettuare la rivalutazione del marchio anche ai fini fiscali, e quindi con il pagamento delle imposte i maggiori valori assumono anche valenza fiscale.

Se viene scelta la strada della rivalutazione del marchio con il pagamento delle imposte, occorre versare un'imposta sostitutiva del 3% sulla differenza tra il valore rivalutato e il valore "storico" del marchio. L'imposta sostitutiva è versata in un massimo di tre rate annuali di pari importo con scadenza giugno 2021, giugno 2022 e giugno 2023.

Nel caso in cui la rivalutazione del marchio viene effettuata anche ai fini fiscali, con il versamento dell'imposta

sostitutiva del 3%, la riserva di patrimonio netto iscritta in bilancio a fronte del maggior valore dei beni è una riserva in sospensione d'imposta, che se distribuita genera tassazione anche in capo alla società, ma è possibile affrancare tale riserva con il pagamento di una imposta sostitutiva del 10% ed in tal caso, la distribuzione ai soci di tale riserva non genera più alcun onere in capo alla società.

La perizia per la valutazione del marchio

Poiché in ogni caso il valore del marchio a seguito della rivalutazione, non potrà mai superare il valore effettivamente attribuibile ai beni con riguardo alla loro consistenza, alla loro capacità produttiva, all'effettiva possibilità di economica utilizzazione nell'impresa, nonché ai valori correnti, sarà di assoluta necessità predisporre e conservare apposita perizia di valutazione del marchio.

Miglioramento degli indici per il rating bancario

A prescindere dagli indiscutibili benefici fiscali della rivalutazione del marchio, e tenuto conto che la ratio della normativa in commento è proprio quella di consentire la patrimonializzazione dell'impresa, un aspetto di grandissima importanza

è legato al miglioramento degli indicatori di bilancio in cui vi sia la componente del patrimonio netto.

Sappiamo molto bene che le banche sono molto sensibili al rapporto tra i debiti finanziari e il patrimonio netto, e con la rivalutazione del marchio, il denominatore di quel rapporto aumenta e migliora l'indicatore.

Nell'ambito degli indicatori di allerta della Crisi e dell'insolvenza d'impresa, il patrimonio netto viene individuato come un elemento di grande importanza.

Un valore del patrimonio netto negativo o per le società di capitali inferiore ai limiti di legge è un presupposto per la segnalazione dello stato di crisi e costituisce un pregiudizio alla continuità aziendale.

Inoltre sempre con riferimento agli indicatori di allerta per la crisi aziendale, con la rivalutazione del marchio vi è anche il miglioramento dell'indice di adeguatezza della patrimonializzazione che si calcola ponendo a rapporto il patrimonio netto sui debiti dell'impresa.



AXERTA®

INDAGA. DOCUMENTA. ACCERTA.

Axerta S.p.A.

Nord-Ovest: Milano - Piazza Duomo 17
Milano - Piazza Duca D'Aosta 14

Nord-Est: Padova - Piazza Insurrezione 10

Centro-Sud: Roma - Via Giulio Cesare 71

www.axerta.it