



## Cinque e Soci s.r.l. - Società tra avvocati

Newsletter n. 3\_2018



### Indice

1. **DIRITTO DEL LAVORO.** IL CONTENUTO DI UNA MAIL, QUALUNQUE SIA, NON GIUSTIFICA IL LICENZIAMENTO.
2. **DIRITTO SOCIETARIO.** LA REVOCA DEGLI AMMINISTRATORI SENZA GIUSTA CAUSA IMPONE IL RISARCIMENTO DEI DANNI.
3. **DIRITTO COMUNITARIO.** IL 25 MAGGIO 2018 ENTRERA' IN VIGORE IL NUOVO REGOLAMENTO EUROPEO IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI.

4. **DIRITTO DEL LAVORO.** RISARCIBILE IL DANNO DA STRAINING.
5. **APPALTI PUBBLICI.** CONTRATTO GRATUITO E PROCEDURA COMPARATIVA: UN'INTERESSANTE PRONUNCIA DEL CONSIGLIO DI STATO.
6. **APPALTI PUBBLICI.** IL RUOLO DI RUP NON E' INCOMPATIBILE CON QUELLO DI PROCURATORE SPECIALE DELLA CENTRALE DI COMMITTENZA.
7. **APPALTI PUBBLICI.** OBBLIGHI RISARCITORI DELLA PA E CRITERI DI QUANTIFICAZIONE.

1. **DIRITTO DEL LAVORO.** IL CONTENUTO DI UNA MAIL, QUALUNQUE SIA, NON GIUSTIFICA IL LICENZIAMENTO.

Corte di Cassazione, sentenza n. 8 marzo 2018 n. 5523

Lo ha stabilito la Corte di cassazione con la sentenza 8 marzo 2018 n. 5523, secondo la quale le prove acquisite attraverso uno scambio di mail non sono idonee a fondare la responsabilità disciplinare del dipendente poiché l'autore di una mail è soltanto apparente ove la detta corrispondenza manchi di firma digitale, avanzata o qualificata.

In tempi di inarrestabile espansione della tecnologia in ogni settore dell'esistenza, la pronuncia in commento si distingue per un ammonimento implicito rivolto in particolare agli operatori del diritto a ricondurre sempre le conseguenze derivanti dall'utilizzo dei più svariati strumenti tecnologici alla certezza della legge e a non dare per scontata e processualmente acquisita la realtà "soltanto" virtuale.

2. **DIRITTO SOCIETARIO.** LA REVOCA DEGLI AMMINISTRATORI SENZA GIUSTA CAUSA IMPONE IL RISARCIMENTO DEI DANNI.

Corte di cassazione 26 gennaio 2018 n. 2037

Ai sensi dell'art. 2383, comma 3°, c.c. l'assemblea dei soci può revocare "in qualunque momento" gli amministratori. E' utile ricordare che la revoca assembleare non necessita di motivazione, potendosi rinviare ad un

momento successivo l'esplicitazione delle ragioni che hanno portato alla chiusura del rapporto.

Va del pari sottolineato che il concetto di "giusta causa" che, secondo il citato articolo del codice civile, deve sorreggere la revoca dell'amministratore, va tenuto distinto sia da quello di "inadempimento" che dalle "gravi irregolarità" nel senso che la revoca può apparire legittima anche in assenza di un vero e proprio inadempimento oppure di condotte non ortodosse dell'amministratore, dal momento che esso poggia naturalmente sul vincolo fiduciario tra le parti. Invero l'ampiezza dei poteri conferiti all'amministratore lo rendono in qualche modo l'incarnazione della società stessa e dei soci e tale prerogativa non è svincolabile dal grado elevato di fiducia riposto nell'amministratore medesimo.

Fatte queste opportune premesse, la Cassazione con sentenza 26 gennaio 2018 n. 2037, ha chiarito che nell'eventualità in cui venga giudizialmente accertata l'assenza di una "giusta causa" di revoca, la società è tenuta a risarcire all'ex amministratore non soltanto il danno emergente – i compensi non percepiti a causa della revoca anticipata dell'incarico -, ma anche il lucro cessante ossia quei danni all'onore, alla reputazione od anche al prestigio della persona che la condotta illegittima della società può avere causato.

**3. DIRITTO COMUNITARIO. IL 25 MAGGIO 2018 ENTRERÀ IN VIGORE IL NUOVO REGOLAMENTO EUROPEO IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI.**

Regolamento (UE) n. 2016/679

Si tratta di un testo fondamentale che ha visto la luce dopo un lungo travaglio legislativo e che armonizza la disciplina della protezione dei dati personali a beneficio dei 28 Stati che compongono l'Unione europea. Il Regolamento Ue n. 2016/679, noto come GDPR (General Data Protection Regulation), nasce da precise esigenze di certezza giuridica, di armonizzazione e maggiore semplicità delle norme concernenti il

trasferimento di dati personali dall'Ue verso altre parti del mondo. Si tratta di una risposta necessaria alle sfide poste dagli sviluppi tecnologici (a inizio ottobre il WP29 ha adottato tre fondamentali provvedimenti che avranno importanti ricadute su punti essenziali del GDPR sul tema dell'innovazione tecnologica) e dai nuovi modelli di crescita economica, tenendo conto delle esigenze di tutela dei dati personali sempre più avvertite dai cittadini europei.

In questo primo commento – cui faranno seguito successivi e continui aggiornamenti – è utile sottolineare una differenza concettuale fondamentale tra il trattamento dei dati (cd privacy) e la protezione dei medesimi. Il GDPR concerne per l'appunto l'ambito della protezione dei dati che compongono la cd. identità virtuale della persona, vale a dire quell'insieme d'informazioni che ci identificano ad ogni livello, da quello anagrafico, a quello personale a quello commerciale, a quello bancario ecc. E' sufficiente questa precisazione per rendere subito intelligibile la portata innovativa di questo provvedimento, destinato ad incidere profondamente sulle dinamiche di relazione di ogni impresa e pubblica amministrazione.

#### **4. DIRITTO DEL LAVORO. RISARCIBILE IL DANNO DA STRAINING.**

Suprema Corte n. 7844 del 29 marzo 2018

Un dipendente di un noto istituto di credito viene allontanato dal posto di lavoro sino ad allora occupato per effetto di un provvedimento ingiusto del suo superiore. Successivamente lo stesso lavoratore diventa oggetto di scherno epistolare tra i colleghi. Tale spiacevole situazione gli procura un notevole disagio personale ed anche conseguenze negative per la sua salute.

Con sentenza 29 marzo 2018 n. 7844, la Suprema Corte ha riconosciuto la risarcibilità nella fattispecie del danno da straining, che costituisce una variante meno pervasiva del mobbing, caratterizzata dall'assenza di continuità dei propositi vessatori. La circostanza che la condotta datoriale illegittima si traduca in atti ostili per vero isolati, non derubrica ad "innocuo" il comportamento datoriale, quando, come nel caso, esso è in grado di

modificare in maniera permanente la situazione lavorativa del soggetto danneggiato oltre a pregiudicarne la salute quale diritto costituzionalmente tutelato. Da qui il riconoscimento nella fattispecie della tutela risarcitoria piena.

## **5. APPALTI PUBBLICI. CONTRATTO GRATUITO E PROCEDURA COMPARATIVA: UN'INTERESSANTE PRONUNCIA DEL CONSIGLIO DI STATO.**

Consiglio di Stato n. 4614 del 3 ottobre 2017.

Il Consiglio di Stato, V sez., con sentenza n. 4614 del 3 ottobre 2017 si è interrogato sulla possibilità per la Pubblica Amministrazione di stipulare con un privato un contratto di appalto “gratuito” avente ad oggetto la prestazione di servizi. Com'è noto, l'appalto rientra nei cd. contratti passivi, comportanti per l'amministrazione una spesa; questi ultimi si pongono in contrapposizione con i contratti attivi che comportano un'entrata per la PA.

L'articolo 3 del Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 50/2016, definisce gli appalti come “contratti a titolo oneroso”, conformemente alla disciplina comunitaria contenuta nella direttiva UE n. 24 del 2014. In tema di contratti pubblici, la disciplina europea stabilisce i fondamentali principi della “par condicio e della parità delle armi” tra i partecipanti alle gare pubbliche. Ciò al fine di garantire l'efficienza e la concorrenzialità del mercato. In tale prospettiva va interpretato il significato da attribuire all'espressione “contratti a titolo oneroso”, configurando la possibilità di predisporre bandi di gara che ammettano offerte anche gratuite.

In sostanza quel che rileva è che il contraente possa trarre dal contratto un'utilità economica lecita. Siffatta previsione non rende l'offerta poco seria e poco affidabile, posto che ben può il privato conseguire apprezzabili vantaggi economici anche indiretti.

La suddetta impostazione è avvalorata dalla giurisprudenza che da tempo ammette a partecipare alle gare figure giuridiche cd. “del terzo settore” prive di finalità di lucro, ciò evidenzia come la percezione di un utile in senso stretto non rappresenti un elemento imprescindibile dei

pubblici contratti (Cons. St., n. 5249 del 2015).

Del resto va evidenziato che nell'ordinamento è diffusa la prassi di impiegare contratti di sponsorizzazione. Questi ultimi sono disciplinati anche dal codice degli appalti all'art. 19; particolare applicazione si ravvisa nel "settore dei beni culturali", come si evince dall'art. 120 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

Seppur tale tipologia di contratti è per la PA non onerosa sotto il profilo finanziario, tuttavia essa genera un interesse economico attivo per il cd. sponsor, il quale diviene titolare del diritto all'uso promozionale dell'immagine della cosa pubblica. Con la sponsorizzazione si ha, dunque, lo scambio di denaro contro il ritorno di immagine che costituisce un'utilità immateriale.

Alla luce di queste considerazioni il Consiglio di Stato, con la pronuncia in esame, ha enunciato un innovativo principio secondo il quale l'ordinamento non vieta prestazioni che abbiano carattere gratuito a favore della pubblica amministrazione, con la precisazione che deve in ogni caso essere garantita la par condicio tra i partecipanti mediante il metodo di scelta tra le varie offerte che impone di scartare quelle che sono prive di un contenuto di serietà.

## **6. APPALTI PUBBLICI. IL RUOLO DI RUP NON E' INCOMPATIBILE CON QUELLO DI PROCURATORE SPECIALE DELLA CENTRALE DI COMMITTENZA.**

TAR Lombardia, sez. Milano sentenza n. 443 del 15 febbraio 2015

Con la pronuncia del 15 febbraio 2018, n. 443, il TAR Lombardia, sezione di Milano, ha stabilito che non vi è alcuna incompatibilità tra il ruolo di responsabile unico del procedimento (RUP) della procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione ex art. 31 del d.lgs. n. 50 del 2016 e quello di procuratore speciale della centrale di committenza, in quanto non vi sono norme che lo prevedono.

Rifacendosi ad un precedente orientamento giurisprudenziale (TAR

Lombardia, sezione di Brescia, del 19 dicembre 2016, n. 1757) il TAR milanese ha inoltre ribadito che il responsabile unico del procedimento, oltre a poter essere nominato membro della commissione di gara, come stabilito dal comma 4 dell'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016, "può essere nominato presidente della commissione di gara [...], in quanto il cumulo delle due funzioni non viola le regole di imparzialità". Diversamente siffatta evenienza avrebbe comportato una situazione di conflitto di interesse, come desumibile ai sensi del comma 2°, art. 42 del codice dei contratti ai sensi del quale "si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione". Come previsto al successivo comma 3°, una situazione di conflitto di interesse comporterebbe l'obbligo in capo ai soggetti coinvolti di darne comunicazione alla stazione appaltante nonché l'obbligo di "astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni".

## **7. APPALTI PUBBLICI. OBBLIGHI RISARCITORI DELLA PA E CRITERI DI QUANTIFICAZIONE.**

### Consiglio di Stato sentenza n. 1457 del 6 marzo 2018

Un imprenditore ha convenuto in giudizio il Ministero per i beni culturali e le attività culturali, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni a causa di atti e comportamenti illegittimi che avevano determinato un ritardo di oltre due anni nell'avviamento di un'attività turistico balneare. Soccombente in primo grado l'imprenditore si rivolge al Consiglio di Stato, il quale, con la sentenza n. 1457 del 6 marzo 2018, ridefinisce i criteri di liquidazione del lucro cessante nei confronti della pubblica amministrazione, stabilendo in particolare che, secondo quanto

previsto dall'art. 1223, c.c., devono ritenersi risarcibili anche le conseguenze indirette e mediate della condotta illecita, purché normali e non anomale secondo la regola probatoria del "più che probabile che non". Quel che più interessa è che il massimo giudice amministrativo ha determinato il danno effettivamente patito in via equitativa basandosi sul parametro di "due intere annualità a regime" successivo al primo definito "ante imposte" e di avviamento.

*Cinque & Soci s.r.l.*

*Società tra avvocati*