

L'evoluzione normativa del *whistleblowing*

Milano, 5 giugno 2019

Avv. Ivan Rotunno
Orrick, Herrington & Sutcliffe

Foreword

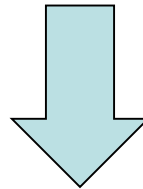
Struttura del Position Paper

1. Introduzione sull'istituto del *whistleblowing*
2. Analisi economico-giuridica del fenomeno con un approfondimento sul sistema degli incentivi economici a favore del segnalante
3. Analisi delle principali disposizioni normative e regolamentari nazionali ed europee che contemplano modalità di gestione dell'informazione avente a oggetto irregolarità o illeciti, la sua conseguente segnalazione (interna e/o esterna all'azienda) e le tutele per il segnalante
4. Trattazione delle cd. misure *anti-retaliation*
5. Profili in tema di protezione e trattamento dei dati personali in relazione al tema del *whistleblowing*
6. *Whistleblowing scheme* e sistema di controllo implementato ex Decreto 231; analisi del ruolo dell'Organismo di Vigilanza
7. Le cautele necessarie per la gestione della segnalazione

Agenda

- Definizioni
- Il *whistleblowing* quale strumento di controllo interno
- Panorama normativo e regolamentare
- La Direttiva UE sul *whistleblowing*
- *Whistleblowing* e criticità applicative
- La costruzione del *whistleblowing scheme*
- *Whistleblowing* e incentivi

Cosa si intende per *whistleblowing* ?



Il *whistleblowing* è un «*istituto giuridico volto a disciplinare la condotta di quelle persone che segnalano irregolarità o addirittura illeciti penali all'interno del proprio ambito lavorativo*».

(segue)

I differenti profili costituenti il *whistleblowing* sono:

- la **segnalazione**, che può essere formale oppure informale, effettuata dal *whistleblower* in assoluta autonomia ovvero a seguito di un obbligo di *reporting* legato al proprio ruolo nell'organizzazione;
- il **profilo del *whistleblower***, che può essere un dipendente, un consulente, un fornitore, o anche un cliente;
- lo **strumento** di segnalazione;
- l'**oggetto della comunicazione**, che può essere un comportamento scorretto già in essere o un comportamento censurabile che, secondo la percezione del *whistleblower*, potrebbe essere posto in essere in futuro.

Il *whistleblowing* quale strumento di controllo interno

Il fenomeno del *whistleblowing* è quindi strettamente intrecciato con il tema dell'**informazione** e della sua gestione in azienda attraverso **appositi canali e flussi regolamentati**.

Trova collocazione nell'ambito degli **strumenti di controllo interno**, volti *inter alia* ad assicurare che aziende ed enti possano pretendere, nell'organizzazione del proprio *business*, comportamenti conformi a un'etica condivisa in ambito lavorativo, definendo le regole che ne presidiano il perseguimento.

Panorama normativo

Normativa di riferimento sul *whistleblowing*

- nel settore pubblico e privato → la L. 179/2017
- nel settore antiriciclaggio → art. 48 D.Lgs. 231/2007
- nel settore “*market abuse*” → artt. 4-*undecies* e 4-*duodecies* Testo Unico Finanziario
- nel settore bancario → artt. 52-*bis* e 52-*ter* Testo Unico Bancario
- nel settore assicurativo → artt. 10-*quater* e 10-*quinquies* Codice delle Assicurazioni Private
- a livello comunitario → Direttiva della Commissione UE del 23 aprile 2018, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione

Interventi regolamentari e di *soft law*

Molteplici sono stati gli interventi a livello regolamentare, di *soft law* e di *best practice* sull'istituto del *whistleblowing*. Si vedano, *inter alia*:

- Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (11° Aggiornamento) di Banca d'Italia
- Linee Guida di Confindustria (2014)
- Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*) (2015) dell'ANAC
- Documento ABI 2545 del 28 ottobre 2015 dell'Associazione Bancaria Italiana
- Regolamento sull'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 54-*bis* (2018) dell'ANAC
- Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana (da ultimo aggiornato nel 2018)
- Linee Guida sulla *Compliance* Antitrust (25 settembre 2018) dell'AGCM
- A livello internazionale → PAS 1998:2008 e Standard ISO 37001 e 37002

La Direttiva UE sul *whistleblowing*

In data 16 aprile 2019, il Parlamento europeo ha approvato il testo della proposta di direttiva della Commissione UE del 23 aprile 2018 (la «**Direttiva**»), riguardante la **protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione**.

La disciplina dettata nella Direttiva, che prevede, *inter alia*, la predisposizione di canali appositamente dedicati che tutelino la riservatezza sull'identità del segnalante, stabilisce la tutela nei confronti del segnalante da misure ritorsive o discriminatorie e fissa le sanzioni a carico del datore di lavoro che adotti tale misure, si applica:

- **nel settore privato**, alle società con più di 50 dipendenti o con fatturato superiore a 10 milioni di euro annui (sono escluse, pertanto, dall'ambito applicativo le piccole imprese) e le società che operano in ambito di servizi finanziari o che svolgano attività con elevato rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo;
- **nel settore pubblico**, alle amministrazioni dello Stato, all'amministrazione e ai servizi regionali, nonché ai comuni con più di 10.000 abitanti e agli altri soggetti di diritto pubblico.

(segue)

In merito all'ambito materiale di applicazione, la Direttiva intende proteggere coloro i quali segnalino:

- **violazioni** che rientrano nell'ambito di applicazione degli atti dell'UE nei **settori elencati nell'allegato della Direttiva** (ad es. appalti pubblici, servizi finanziari, tutela dell'ambiente, ecc.);
- **violazioni delle norme in materia di concorrenza;**
- **violazioni che ledono gli interessi finanziari** di cui all'art. 325 TFUE (lotta contro la frode), anche con riferimento alla direttiva PIF (in materia di tutela penale degli interessi finanziari);
- **violazioni riguardanti il mercato interno**, con riferimento agli atti che violano le norme in materia di imposta sulle società.

(segue)

La Direttiva UE descrive inoltre i canali e le procedure interne per le segnalazioni che le norme di attuazione locale devono prevedere, richiedendo:

- la predisposizione di **canali appositamente dedicati** che tutelino la **riservatezza** sull'identità del segnalante;
- l'individuazione del **responsabile interno destinatario della segnalazione** e incaricato di garantire il ***follow up***, da effettuarsi entro tre mesi dalla segnalazione, con comunicazione al ***whistleblower*** dell'esito della segnalazione;
- la diffusione di **informazioni chiare e accessibili** sull'***iter*** da adottare laddove si verificano i presupposti per effettuare la segnalazione ad autorità esterne.

L'art. 13 della Direttiva prevede le **condizioni** alle quali il segnalante può beneficiare delle protezioni: il ***whistleblower*** deve avere ragionevole motivo di credere che l'**informazione riferita sia veritiera e rientri nel perimetro della Direttiva**.

(segue)

Gli artt. 14 e 15 illustrano il quadro delle **protezioni** che la Commissione ritiene necessarie e indispensabili per incentivare le segnalazioni, prevedendo:

- le misure per la **protezione** del *whistleblower* che sia vittima di **misure ritorsive** da parte dell'ente, tra cui, *inter alia*:
 1. il licenziamento, la sospensione o misure equivalenti;
 2. la retrocessione di grado o la mancata promozione;
 3. il trasferimento di funzioni, il cambiamento del luogo di lavoro, la riduzione dello
- un **sistema di sanzioni** dissuasivo per chi adotta misure discriminatorie.

Tra le disposizioni finali della Direttiva, si fa salva la possibilità per gli stati membri di fissare un livello di tutela ancora più elevato per i *whistleblower*.

Whistleblowing e criticità applicative

Nonostante la crescente attenzione del legislatore alla disciplina del *whistleblowing* negli ultimi anni, permangono diverse **criticità applicative**, tra cui:

1. il **limitato perimetro applicativo** nel settore privato sia sotto il profilo oggettivo sia soggettivo;
2. la costruzione di un *whistleblowing scheme*;
3. la mancanza di un **sistema premiale** per il *whistleblower*.

Il limitato perimetro applicativo del Decreto 231

Una delle maggiori criticità della disciplina del *whistleblowing* nel settore privato è determinata dalla limitata portata applicativa della disciplina in questione, sotto un duplice profilo:

- **profilo soggettivo** → la tutela predisposta dai tre commi dell'art. 6 del Decreto 231, infatti, si applica soltanto alle società in cui sia operante il modello di organizzazione e gestione («**Modello 231**»). Ciò può creare, dunque, delle vistose lacune di tutela per i *whistleblower* laddove la società scelga di non dotarsi di un Modello 231 con intento elusivo della disciplina sul *whistleblowing*;
- **profilo oggettivo** → la disciplina del *whistleblowing* nel settore privato trova applicazione solo in caso di commissione di uno dei **reati presupposto** ricompresi nel Decreto 231 e, dunque, per un numero limitato di illeciti.

La costruzione del *whistleblowing scheme*

È possibile, seppur con la frammentaria disciplina in materia, costruire un *whistleblowing scheme* con l'ausilio delle *best practices* internazionali (PAS 1998:2008), della Circolare 285 di Banca d'Italia e delle Linee Guida ANAC, dettate per il settore pubblico, ma considerate applicabili anche alle imprese private.

Inoltre, i riferimenti normativi utilizzati per la costruzione del *whistleblowing scheme* sono:

1. Direttiva UE;
2. art. 54-*bis* del D.Lgs. 165/2001;
3. art. 6 Decreto 231;
4. art. 48 D.Lgs. 231/2007;
5. art. 4-*undecies* TUF;
6. art. 52-*bis* TUB;
7. Regolamento UE n. 2016/679 («GDPR»).

(segue)

IL PERIMETRO OGGETTIVO E SOGGETTIVO DELLA SEGNALAZIONE

- Individuazione dei destinatari della procedura
- Individuazione dell'oggetto della segnalazione interna
- Definizione del contenuto minimo della segnalazione (segnalazione precisa, circostanziata con indicazione sommaria degli elementi di prova)
- Definizione dei soggetti che possono fare la segnalazione
- Definizione dei soggetti che possono essere segnalati

(segue)

DESTINATARIO DELLA SEGNALAZIONE

- Individuazione dell'organo competente all'interno dell'ente a ricevere la segnalazione e a gestire la relativa procedura
- Procedura di *escalation* per l'ipotesi in cui la segnalazione riguardi direttamente l'ufficio o uno dei membri dell'organo destinatario della segnalazione, individuando in tal caso un ulteriore destinatario
- Impegno dell'ente a tutelare i membri dell'organo destinatario da pressioni o discriminazioni
- Disciplina dei poteri dell'organo destinatario delle segnalazioni

(segue)

PROCEDURA DELLA SEGNALAZIONE

- Previsione delle modalità della segnalazione e di adeguata informazione ai dipendenti sulle stesse, con istituzione di uno o più canali che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante
- Istituzione di almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante
- Previsione delle modalità per lo svolgimento di eventuali successive investigazioni e approfondimenti specifici
- Disciplina delle azioni che l'organo competente può porre in essere a seguito della segnalazione
- Possibilità di esternalizzare l'attività di ricezione, esame e valutazione delle segnalazioni
- Previsione di un *feedback* al segnalante sulla segnalazione da lui effettuata

(segue)

TUTELE DEL SEGNALANTE

- Disciplina degli obblighi di riservatezza sull'identità del *whistleblower* e sottrazione al diritto di accesso della segnalazione
- Divieto di discriminazione e atti ritorsivi nei confronti del *whistleblower* e nullità di licenziamento e atti ritorsivi nei confronti dello stesso
- Previsione di sanzioni nei confronti di coloro che compiano atti discriminatori nei confronti del *whistleblower*

(segue)

DOCUMENTAZIONE E SISTEMA INFORMATICO

- Analisi della conformità ai principi di *privacy by design* e *by default* dell'applicativo utilizzato *ex art. 25 GDPR*
- Adempiere agli obblighi informativi *ex art. 13 GDPR*
- Valutare l'eventuale necessità di sottoscrivere adeguati *data processing agreement* *ex art. 28 GDPR*
- Disciplina della modalità di archiviazione e conservazione dei dati
- Separazione dei dati identificativi del segnalante dal contenuto della segnalazione
- Gestione trasparente delle segnalazioni
- Mantenere, per quanto possibile, riservato il contenuto delle segnalazioni
- Adozione di protocolli sicuri per il trasporto dei dati in rete nonché l'utilizzo di strumenti di crittografia per i contenuti delle segnalazioni e dell'eventuale documentazione allegata
- Adozione di politiche di tutela della riservatezza attraverso strumenti informatici
- Adozione di politiche di accesso ai dati che devono essere contemperate con la previsione dell'art. 2-*undecies* D.Lgs. 196/2003
- Adozione di adeguate misure di sicurezza organizzativa e tecnica *ex art. 32 GDPR*

RESPONSABILITÀ DEL SEGNALANTE

- Menzione del fatto che le segnalazioni possono essere fatte solo agendo in buona fede
- Previsione di sanzioni nel sistema disciplinare dell'ente in caso di dolo o colpa grave del segnalante

INCENTIVI (eventuale)

- Previsione di incentivi per il *whistleblower*

II whistleblowing scheme

WHISTLEBLOWING SCHEME		DIRETTIVA UE	ART. 54-BIS D.LGS 165/2001	D.LGS. 231/01	ART. 48 D.LGS. 231/2007	ART. 4-UNDECIES TUF	ART. 52-BIS TUB	ART. 10-QUATER CAP	LNEE GUIDA ANAC	PAS 1998:2008	CIRCOLARE N. 285	GDPR
PERIMETRO OGGETTIVO E SOGGETTIVO DELLA SEGNALEAZIONE	Individuazione dei destinatari della procedura	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
	Individuazione dell'oggetto della segnalazione interna	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
	Definizione del contenuto minimo della segnalazione (segnalazione precisa, circostanziata con indicazione sommaria degli elementi di prova)			X					X	X		
	Definizione dei soggetti che possono fare la segnalazione	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
	Definizione dei soggetti che possono essere segnalati*	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
DESTINATARIO DELLA SEGNALEAZIONE	Individuazione dell'organo competente all'interno dell'ente a ricevere la segnalazione e a gestire la relativa procedura	X	X	X					X	X	X	
	Procedura di <i>escalation</i> per l'ipotesi in cui la segnalazione riguardi direttamente l'ufficio o uno dei membri dell'organo destinatario della segnalazione, individuando in tal caso un ulteriore destinatario									X	X	
	Impegno dell'ente a tutelare i membri dell'organo destinatario da pressioni o discriminazioni								X			
	Disciplina dei poteri dell'organo destinatario delle segnalazioni								X	X	X	

II whistleblowing scheme

(segue)

PROCEDURA DELLA SEGNALAZIONE	Previsione delle modalità della segnalazione e di adeguata informazione ai dipendenti sulle stesse, con istituzione di uno o più canali che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
	Istituzione di almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante			X							X	
	Previsione delle modalità per lo svolgimento di eventuali successive investigazioni e approfondimenti specifici								X	X	X	
	Disciplina delle azioni che l'organo competente può porre in essere a seguito della segnalazione								X	X	X	
	Possibilità di esternalizzare l'attività di ricezione, esame e valutazione delle segnalazioni	X		X						X	X	
	Previsione di un <i>feedback</i> al segnalante sulla segnalazione da lui effettuata	X							X	X	X	
TUTELE DEL SEGNALANTE	Disciplina degli obblighi di riservatezza sull'identità del <i>whistleblower</i> e sottrazione al diritto di accesso della segnalazione	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
	Divieto di discriminazione e atti ritorsivi nei confronti del <i>whistleblower</i> e nullità di licenziamento e atti ritorsivi nei confronti dello stesso	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
	Previsione di sanzioni nei confronti di coloro che compiano atti discriminatori nei confronti del <i>whistleblower</i>	X	X	X						X	X	

II whistleblowing scheme

(segue)

DOCUMENTAZIONE E SISTEMA INFORMATICO	Analisi della conformità ai principi di privacy by design e by default dell'applicativo utilizzato ex art. 25 GDPR												X
	Adempiere agli obblighi informativi ex art. 13 GDPR												X
	Valutare l'eventuale necessità di sottoscrivere adeguati data processing agreement ex art. 28 GDPR												X
	Disciplina della modalità di archiviazione e conservazione dei dati	X	X							X	X	X	X
	Separazione dei dati identificativi del segnalante dal contenuto della segnalazione		X	X						X		X	X
	Gestione trasparente delle segnalazioni	X	X	X						X	X	X	X
	Mantenere, per quanto possibile, riservato il contenuto delle segnalazioni	X	X	X						X	X	X	X
	Adozione di protocolli sicuri per il trasporto dei dati in rete nonché l'utilizzo di strumenti di crittografia per i contenuti delle segnalazioni e dell'eventuale documentazione allegata		X							X	X	X	X
	Adozione di politiche di tutela della riservatezza attraverso strumenti informatici		X	X						X	X	X	X
	Adozione di politiche di accesso ai dati che devono essere contemplate con la previsione dell'art. 2-undecies D.Lgs. 196/2003		X							X	X	X	X
	Adozione di adeguate misure di sicurezza organizzativa e tecnica ex art. 32 GDPR		X							X	X	X	X
RESPONSABILITÀ DEL SEGNALENTE	Menzione del fatto che le segnalazioni possono essere fatte solo agendo in buona fede	X	X	X						X	X		
	Previsione di sanzioni nel sistema disciplinare dell'ente in caso di dolo o colpa grave del segnalante	X	X	X						X	X		
INCENTIVI	Previsione di incentivi per il whistleblower									X			

Come rendere efficace lo strumento del *whistleblowing*?

L'aspetto che maggiormente preoccupa il potenziale *whistleblower* e che può disincentivarlo dal segnalare un illecito è costituito dal timore delle conseguenze che la segnalazione può comportare nella sua vita lavorativa (*retaliation*) e, in generale, dei danni economici che possono conseguirne.



Come risolvere questo problema?



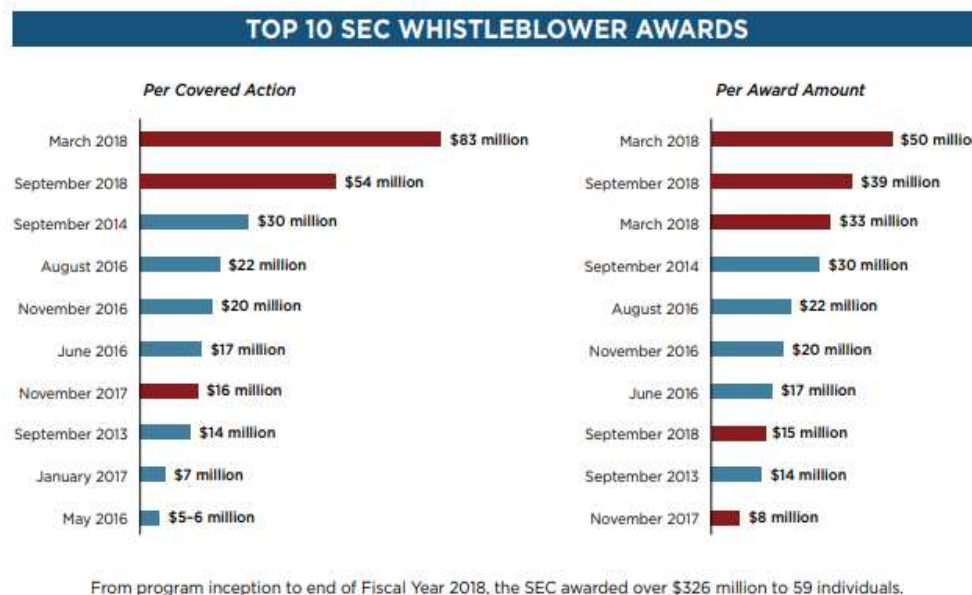
Per rendere realmente efficace lo strumento del *whistleblowing*, sarebbe auspicabile prevedere un **sistema di incentivi economici** a favore del *whistleblower*.



Esperienze internazionali: USA e *reward*

Né il legislatore italiano né il legislatore europeo hanno introdotto meccanismi di premialità per il *whistleblower* nonostante il successo della previsione di incentivi economici per i segnalatori sia stata dimostrata dall'esperienza concreta di alcuni paesi.

In particolare, si fa riferimento agli **Stati Uniti**, in cui l'esperienza dei cd. *reward* è di lunga data. La SEC, nella sua Relazione annuale al Congresso, osserva che dal 2012 al 2018 il numero di «*whistleblower tips*» ricevute è aumentato del **67%**. Il 2018, inoltre, è stato un anno «*record-breaking*» per il programma sul *whistleblowing* implementato dalla SEC.



FY2011	FY2012	FY2013	FY2014	FY2015	FY2016	FY2017	FY2018
334	3,001	3,238	3,620	3,923	4,218	4,484	5,282

Fonte: SEC, 2018

L'evoluzione normativa del *whistleblowing*

Milano, 5 giugno 2019

Avv. Ivan Rotunno
Orrick, Herrington & Sutcliffe