WHISTLEBLOWING: TRA EVOLUZIONI NORMATIVE E *PRIVACY*

La disciplina del *Whistleblowing* è variegata ed in costante evoluzione. Molti sono i profili da considerare per far fronte ai diversi adempimenti richiesti dalle norme generali e da quelle di settore in Italia nel rispetto della normativa *privacy*, novellata tenendo conto della legge sul *Whistleblowing* e delle tutele giuslavoristiche applicabili al soggetto incolpato degli illeciti. Inoltre, è in corso *l'iter* per l'approvazione di una direttiva comunitaria che detterà criteri minimi comuni in materia di *Whistleblowing*.

Orientarsi al meglio tra le norme in vigore e quelle di prossima emanazione permetterà agli enti non solo di ottemperare alla legge ma anche di gestire i sistemi di segnalazione degli illeciti nel modo più funzionale per le specifiche esigenze dell'ente e, quindi, per la sua più efficace tutela.

Aspetti principali

- La disciplina generale
- La normative di settore
- Le line guida
- La normative europea in cantiere
- La nuova disciplina *privacy*
- I risvolti sui procedimenti disciplinari in ambito giuslavoristico

PANORAMICA ATTUALE SU UNA DISCIPLINA MULTIFORME

Oggi, il *Whistleblowing* è un fenomeno di natura globale: seppure in modo disomogeneo, in vari Paesi stranieri, oltre che a livello internazionale, si è assistito all'emanazione di normative *ad hoc* che si concentrano sul sistema di segnalazione e sulle misure di protezione per il soggetto segnalante[1].

L'Italia si è dotata di una disciplina generale sul *Whistleblowing* tramite la L. n. 179/2017, entrata in vigore il 29 dicembre 2017. Tale normativa regola il fenomeno del *Whistleblowing* per il settore privato, modificando il D.Lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità da reato degli enti, e introduce altresì modifiche al D.Lgs. n. 165/2001 in materia di pubblico impiego. Gli aspetti più rilevanti della L. n. 179/2017 riguardano l'obbligo di prevedere adeguati canali di segnalazione che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante, così come il divieto di atti di ritorsione nei suoi confronti per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione[2].

[1] Sul tema si rimanda a "*Whistleblowing*: primi passi per una tutela di legge anche in Italia", 30 ottobre 2017, https://www.cliffordchance.com/briefings/2017/10/whistleblowing_primipassiperunatutelad.html.
[2] In merito ai contenuti della L. n. 179/2017 ed ai relativi orientamenti applicativi si rimanda a "*Whistleblowing* – I primi orientamenti applicativi sulla Legge 179/2017", 19 aprile 2018, https://www.cliffordchance.com/briefings/2018/04/whistleblowing_-iprimiorientamentiapplicativ.html.

Il *Whistleblowing* nella normativa di settore

Oltre alla L. n. 179/2017, di portata generale, vi sono disposizioni *ad hoc* emanate nell'ambito delle diverse discipline di settore.

È necessario per i soggetti che operano nei vari settori interessati conoscere le differenze di disciplina e gli accorgimenti richiesti a fini di *compliance*.

- Il **Testo Unico Bancario**, c.d. TUB, prevede che (*i*) le banche e le relative capogruppo predispongano procedure specifiche che garantiscano la riservatezza, la tutela contro atti ritorsivi e la predisposizione di un canale specifico, indipendente e autonomo per l'effettuazione di **segnalazioni interne** di atti o fatti che possano costituire una violazione delle norme sull'attività bancaria e che (*ii*) possano essere effettuate **segnalazioni alla Banca d'Italia** di violazioni delle norme del Titolo II e III del TUB o degli atti dell'UE direttamente applicabili.
- Il **Testo Unico della Finanza**, c.d. TUF, prevede che (*i*) i soggetti della disciplina degli intermediari e della disciplina dei mercati predispongano procedure specifiche con caratteristiche analoghe a quelle individuate dal TUB per l'effettuazione di **segnalazioni interne** di atti o fatti che possano costituire violazioni delle norme sull'attività svolta o delle norme del Regolamento MAR e che (*ii*) possano essere effettuate **segnalazioni alle Autorità di Vigilanza** (Banca d'Italia e Consob) di violazioni delle norme del TUF o di atti UE direttamente applicabili.
- Il D.Lgs. n. 231/2007 in materia di **antiriciclaggio** richiede ai soggetti obbligati *ex* art. 3 della stessa normativa di adottare procedure con caratteristiche analoghe a quelle individuate dal TUB, proporzionate alla natura del soggetto obbligato, per la **segnalazione interna** di violazioni, potenziali o effettive, delle disposizioni dettate in funzione di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.
- Il **Codice delle assicurazioni private** prevede che (*i*) le imprese di assicurazione o di riassicurazione, gli intermediari assicurativi (anche a titolo accessorio) e riassicurativi predispongano procedure specifiche con caratteristiche analoghe a quelle individuate dal TUB per l'effettuazione di **segnalazioni interne** di atti o fatti che possano costituire violazione delle norme di cui al Codice delle assicurazioni e che (*ii*) possano essere effettuate **segnalazioni all'IVASS** di violazioni delle norme del Codice delle assicurazioni o di disposizioni UE direttamente applicabili.
- Il **Testo Unico sul Pubblico Impiego** prevede che il dipendente pubblico (ricomprendendo a tal fine il dipendente di un ente pubblico economico o di un ente privato sottoposto a controllo pubblico o che fornisce beni o servizi in favore dell'amministrazione pubblica) possa effettuare **segnalazioni all'RPCT, ANAC, autorità giudiziaria ordinaria o contabile** di condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, secondo procedure che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante e la tutela contro misure ritorsive.

Le linee guida in materia

Alla luce delle disposizioni normative, sono state adottate alcune linee guida per supportare gli enti nell'analisi e nella definizione dei profili più operativi ai fini della predisposizione dei canali di segnalazione.

- Nel gennaio 2018 è stata pubblicata la **Nota illustrativa di Confindustria**, che si concentra soprattutto sul tema della riservatezza dell'identità del segnalante e sull'identificazione del destinatario delle segnalazioni (e.g., Organismo di Vigilanza, soggetto esterno, responsabile Funzione *Compliance*, datore di lavoro).
- Nel dicembre 2018 il **Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti** ha pubblicato i **Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del D.Lgs. n. 231/2001**, redatti congiuntamente da ABI, Consiglio Nazionale Forense e Confindustria: tale documento riprende la citata Nota illustrativa di Confindustria e propone quale destinatario delle segnalazioni, ancorché non necessariamente in via esclusiva, l'Organismo di Vigilanza. Si suggerisce agli enti, inoltre, di dotarsi di strumenti più avanzati per la gestione delle segnalazioni rispetto alla semplice casella di posta elettronica dell'OdV per garantire la riservatezza del segnalante e di definire adeguati meccanismi *ad hoc* per la verifica della fondatezza della segnalazione e per le eventuali attività di risposta in seguito alla stessa.
- Sono attualmente in fase di predisposizione le linee guida internazionali **ISO 37002**: il progetto dovrebbe essere completato entro la fine del 2021 e ha l'obiettivo fornire un orientamento alle imprese di ogni dimensione circa l'implementazione e la gestione di un efficace sistema di *Whistleblowing* fondato sui principi della fiducia, imparzialità e protezione.

NORMATIVA EUROPEA IN CANTIERE

Al fine di armonizzare le disomogenee legislazioni sul *Whistleblowing* emanate dai diversi Stati Membri, l'Unione Europea ha avviato alcuni progetti di atti legislativi destinati a dettare criteri minimi comuni in materia.

Proposta di Direttiva sul *Whistleblowing*

Nell'aprile 2018 è stata presentata una Proposta di Direttiva con l'obiettivo di armonizzare la protezione garantita ai soggetti che effettuano segnalazioni nell'Unione Europea.

La Proposta di Direttiva ha raccolto le osservazioni e i pareri di vari organi consultivi dell'UE ed è attualmente ancora all'esame delle istituzioni deputate. Alcuni punti su cui il testo definitivo della Direttiva si dovrebbe basare sono:

- Applicazione a soggetti giuridici del **settore pubblico o privato** che occupino **più di 50 dipendenti**, oppure conseguano un **fatturato o un bilancio annuo pari o superiore a euro 10 milioni**, oppure operino nel **settore finanziario o siano esposti al riciclaggio o al finanziamento del terrorismo**;
- Predisposizione di **canali di segnalazione interni e esterni** verso autorità competenti designate dagli Stati Membri;
- Organizzazione dei canali di segnalazione interna in modo da garantire, fra le altre cose, la **riservatezza dell'identità** del segnalante ed un **termine ragionevole** entro cui il medesimo soggetto riceva un riscontro rispetto alla segnalazione effettuata;
- Tutela del segnalante contro forme di **ritorsione diretta o indiretta**;
- **Sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive** per chi ostacoli le segnalazioni ovvero adotti misure di ritorsione o vessatorie nei confronti del

segnalante o violi l'obbligo di riservatezza, oltre che per il segnalante che effettui una segnalazione dolosa o infondata (le sanzioni saranno aggiuntive rispetto all'obbligo di risarcimento del danno causato per effetto di tale segnalazione).

V Direttiva Antiriciclaggio

La Direttiva UE n. 2018/843 (c.d. V Direttiva Antiriciclaggio) è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'UE il 19 giugno 2018 ed il termine di recepimento delle sue disposizioni da parte degli Stati Membri è il 10 gennaio 2020.

La nuova Direttiva ha un impatto anche in materia di *Whistleblowing*, andando a sostituire l'art. 38 della IV Direttiva.

Il nuovo articolo, oltre a confermare la protezione dei soggetti segnalanti contro minacce e atti ostili o di ritorsione, prevede l'obbligo per gli Stati Membri di garantire ai soggetti esposti a tali misure avverse a causa della segnalazione il diritto di presentare denuncia in condizioni di sicurezza presso le autorità competenti e il diritto a un ricorso effettivo per tutelare i propri diritti.

NOVITÀ *PRIVACY* E RISVOLTI SUI PROCEDIMENTI DISCIPLINARI

La L. 179/2017 prevede espressamente che nelle attività di gestione delle segnalazioni deve essere garantita la riservatezza dell'identità del segnalante.

Ciò genera un potenziale conflitto con il diritto di accesso che il segnalato ha, in linea di principio, in ogni momento in quanto soggetto interessato al trattamento dei dati personali che lo riguardano (in particolare, gli artt. 15-22 del Regolamento UE 2016/679, c.d. GDPR prevedono i diritti di accesso, rettifica, cancellazione, limitazione del trattamento, portabilità, opposizione, tutela rispetto a decisioni automatizzate).

Tuttavia, il legislatore italiano, esercitando la facoltà concessa dall'art. 23 del GDPR, ha introdotto delle specifiche limitazioni a tali diritti. In particolare, l'art. 2-undecies del D.Lgs.101/2018 di adeguamento della normativa nazionale al GDPR (c.d. Decreto GDPR) dispone che i predetti diritti **non possono essere esercitati** ove possa derivare un pregiudizio effettivo e concreto:

- alla ris**ervatezza dell'identità del dipendente che segnala ex L. 179/2017 l'illecito di cui sia venuto a conoscenza in ragione del proprio ufficio; o**
- **allo svolgimento delle investigazioni difensive o all'esercizio di un diritto in** sede giudiziaria;

Tali limitazioni devono essere applicate conformemente alle disposizioni di legge o di regolamento che regolano il settore, che devono a loro volta recare misure almeno dirette a disciplinare gli ambiti dell'art. 23, paragrafo 2, del GDPR, tra cui il diritto degli interessati di essere informati della limitazione, **a meno che** ciò possa compromettere la finalità della stessa.

Le regole deontologiche in materia investigazioni difensive e difesa in giudizio, come riviste dal Garante per la protezione dei dati personali alla luce del GDPR, sono state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana 12/2019. Il loro rispetto costituisce condizione di liceità del trattamento e la loro violazione è passibile della massima sanzione amministrativa pecuniaria (fino a euro 20.000.000 ovvero, per le imprese, fino al 4% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio

precedente, se superiore; cfr. art. 166, comma 2, del D.Lgs. n. 196/2003, c.d. Codice Privacy, come novellato dal Decreto GDPR).[3]

Già in precedenza, l'art. 52-bis, comma 4, del TUB aveva previsto che il diritto di accesso non trova applicazione con riguardo all'identità del segnalante, che può essere rivelata solo con il suo consenso o quando la conoscenza sia indispensabile per la difesa del segnalato. Il TUB faceva riferimento all'ora abrogato art. 7, comma 2, del Codice Privacy, che prevedeva per l'appunto il diritto di accesso, ora regolato direttamente dall'art. 15 del GDPR.

Più in generale, l'art. 2-undecies del Decreto GDPR prevede che in ogni caso l'esercizio dei diritti dell'interessato può essere ritardato, limitato o escluso con comunicazione motivata e resa senza ritardo all'interessato, **a meno che** la comunicazione possa compromettere le finalità della limitazione, per il tempo e nei limiti in cui sia una misura necessaria e proporzionata.

Ciò appare in linea con le posizioni già espresse in materia di *Whistleblowing* dal Gruppo di Lavoro dei Garanti Europei (Parere 1/2006, richiamato dalla segnalazione del Garante italiano del 10 dicembre 2009) e dal Supervisore Europeo (Linee Guida del luglio 2016), secondo cui si può procrastinare l'accesso ove comporti un rischio di identificazione del segnalante e si può procrastinare l'informativa al segnalato circa - tra l'altro - i fatti segnalati a suo carico finché sussiste il rischio di compromettere l'efficace verifica della segnalazione o la raccolta delle prove.

Sotto il profilo giuslavoristico, la giurisprudenza ha ribadito in più occasioni che sono legittime le indagini interne volte ad acquisire gli elementi necessari per verificare la configurabilità di un illecito disciplinare (anche convocando il dipendente ed eventualmente ricevendo la sua spontanea confessione) e che **solo quando il datore di lavoro abbia elementi per ritenere ragionevolmente sussistente l'infrazione** scatta l'obbligo di informarne il soggetto ritenuto responsabile, per iscritto e con descrizione dettagliata dei fatti addebitati, mediante la contestazione disciplinare ex art. art. 7 L. n. 300/1970 (c.d. Statuto dei Lavoratori).

Non richiede invece una specifica motivazione la sospensione cautelare, che può essere disposta già durante le indagini secondo quanto frequentemente previsto dai contratti collettivi nazionali di lavoro o, comunque, permesso alla luce della giurisprudenza giuslavoristica.

Ricordiamo che, per espressa previsione della L. n. 179/2017, la segnalazione è espressamente sottratta al diritto di accesso agli atti amministrativi ex art. 22 L. 241/1990 e che l'identità del dipendente pubblico segnalante non può essere rivelata ove la contestazione disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori, anche se conseguenti alla segnalazione. Nel caso, invece, in cui la contestazione disciplinare sia fondata in tutto o in parte sulla segnalazione - e la conoscenza dell'identità del segnalante risulti indispensabile per la difesa dell'incolpato - la segnalazione potrà essere utilizzata solo in presenza del consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità.

[3] In relazione alle regole deontologiche si rimanda a "Protezione dei dati personali: le recenti evoluzioni normative, attuative ed interpretative, 16 gennaio 2019
https://www.cliffordchance.com/briefings/2019/01/protezione_dei_datipersonalilerecent.html

AUTORI

Simonetta Candela
Partner, Milan
T +39 02 8063 4245
E simonetta.candela
@cliffordchance.com

Marina Mobiglia
Senior Associate, Milan
T +39 02 8063 4339
E marina.mobiglia
@cliffordchance.com

Jean-Paule Castagno
Counsel, Milan
T +39 02 8063 4317
E jean-paule.castagno
@cliffordchance.com

Pasquale Grella
Senior Associate
T +39 02 8063 4289
E pasquale.grella
@cliffordchance.com

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Piazzetta M.Bossi, 3, 20121 Milano, Italia