STUDIO LUCEV

Diritto Penale | Compliance

I nuovi canali di *whistleblowing*:

aspetti problematici e possibili soluzioni

*

22 gennaio 2024

Studio Legale Avv. Riccardo Lucev
Viale Bianca Maria 22 | 20129 Milano
t. +39 02 76394314 | f. +39 02 76026910 | m. +39 333 4455292
riccardo.lucev@studiolucev.com | studiolucev.com

1. Inquadramento: il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24.

A recepimento di una Direttiva europea (2019/1937/UE) a tutela dei segnalanti, l'Italia ha introdotto a marzo il d.lgs. 24/2023 (di seguito, «**Decreto WB**», che rivoluziona la materia della segnalazione di illeciti in ambito aziendale (c.d. «*whistleblowing*»), precedentemente disciplinata dalla legge 179/2017.

Come è noto, i punti di principale novità del decreto sono i seguenti:

i. per determinate categorie di aziende, l'adozione del canale di segnalazione non è più facoltativa, ma **obbligatoria**;
ii. risulta molto **ampliato** l'ambito sia soggettivo che oggettivo di applicazione delle segnalazioni;
iii. rispetto al passato, sono disciplinati in modo più **stringente** sia il diritto alla riservatezza del segnalante, sia la procedura di trattazione della segnalazione che le tutele da ritorsioni riconosciute al segnalante;
iv. sono comminate pesanti **sanzioni** amministrative (fino a 50.000 Euro) in caso di mancato adeguamento.

2. Quali aziende devono munirsi del canale di segnalazione?

Era prevista un'entrata in vigore differenziata del d.lgs. 24/2023 a seconda delle dimensioni dell'impresa, i cui termini sono oggi comunque scaduti. A far data dal 17 dicembre 2023, hanno obbligo di introdurre canali di whistleblowing rispondenti alle nuove caratteristiche tutte le aziende che:

i. abbiano impiegato in media, nell'ultimo anno, almeno **50 dipendenti**, con qualsiasi tipologia di contratto; *oppure*
ii. rientrino in determinati **settori regolamentati** (come quello assicurativo, bancario, creditizio, etc.), indipendentemente dal numero di dipendenti; *oppure*
iii. abbiano adottato un **Modello 231**, indipendentemente dal numero di dipendenti.

3. Quali sono le sanzioni in caso di inosservanza?

L'ANAC applica al responsabile **sanzioni amministrative pecuniarie** da 10.000 a 50.000 Euro:

i. quando accerta che sono state commesse ritorsioni o quando accerta che la segnalazione è stata ostacolata o che si è tentato di ostacolarla o che è stato violato l'obbligo di riservatezza;
ii. quando accerta che non sono stati istituiti canali di segnalazione, che non sono state adottate procedure per l'effettuazione e la gestione delle segnalazioni ovvero che l'adozione di tali procedure non è conforme alla legge, nonché quando accerta che non è stata svolta l'attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute.

⚠ Qualsiasi azienda italiana con più di 50 dipendenti o dotata di Modello 231 rischia oggi queste sanzioni, se non si è dotata di un idoneo canale di segnalazione.

Studio Legale Avv. Riccardo Lucev
Viale Bianca Maria 22 | 20129 Milano
t. +39 02 76394314 | f. +39 02 76026910 | m. +39 333 4455292
riccardo.lucev@studiolucev.com | studiolucev.com

STUDIO LUCEV

FAQ

1. Ci sono tipologie di canale obbligatorie, o anche solo preferibili rispetto ad altre?

Il Decreto WB impone alle imprese di adottare canali di segnalazione senza prescrivere particolari requisiti tecnici, ma fissando le garanzie che il canale deve essere in grado di offrire: la **riservatezza** dell'identità della persona segnalante e della persona coinvolta e della persona comunque menzionata nella segnalazione, nonché del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione.

Per tale motivo, non esiste una tipologia di canale obbligatoria: piuttosto, sembra opportuno individuare quali tecnologie possano ritenersi **preferibili**, nella misura in cui rendono più agevole assicurare quelle garanzie.

Lo stesso Decreto WB ipotizza (in modo puramente esemplificativo, deve ritenersi):

- la **forma scritta**, cartacea oppure informatica, con ricorso in questo secondo caso anche a strumenti di crittografia;
- oppure la **forma orale**, attraverso linee telefoniche, sistemi di registrazione vocale ovvero incontri in persona con il gestore.

Va osservato anche che, sebbene il Decreto WB non sembri imporre l'offerta al segnalante di un'alternativa tra diverse modalità di segnalazione (chiara la disgiuntiva «*oppure*» all'art. 4, comma 3), le Linee Guida ANAC del 12 luglio 2023, p. 38, hanno ritenuto che, al fine di agevolare il segnalante, a quest'ultimo vada «*garantita la **scelta** fra diverse modalità di segnalazione*».

Considerato quanto sopra, nonché la necessità per il gestore di trattare la segnalazione nella piena osservanza degli obblighi in materia di trattamento dei dati di cui al d.lgs. 51/2018 ed al Regolamento GDPR (in quanto responsabile del trattamento dei dati nominato *ex* art. 28 del medesimo Regolamento), sembrano innanzitutto da ritenersi preferibili tipologie di canale che separino il momento dell'**effettuazione** della segnalazione da parte del segnalante da quello della **ricezione ed analisi** della stessa da parte del gestore. Questo perché, in tal modo, il gestore non partecipa alla formazione dei contenuti della segnalazione, non ha interazione diretta con il segnalante e non deve affrontare l'ulteriore ordine di problemi che deriva dal dover gestire questa interazione e la verbalizzazione dell'incontro o della telefonata, sempre nel rispetto della normativa sulla privacy.

Conclusivamente, la soluzione che appare preferibile per coniugare tutte le suddette esigenze è l'utilizzo di un software di segnalazione che operi in un ambiente informatico protetto mediante crittografia, offrendo al segnalante la possibilità di inoltrare una segnalazione scritta compilando dei campi, ovvero di registrare un messaggio vocale con possibilità di alterazione della propria voce, e trasmettendo in un secondo momento la segnalazione così compiuta al gestore.

Studio Legale Avv. Riccardo Lucev
Viale Bianca Maria 22 | 20129 Milano
t. +39 02 76394314 | f. +39 02 76026910 | m. +39 333 4455292
riccardo.lucev@studiolucev.com | studiolucev.com

2. Nei Modelli 231 in cui preesisteva un canale di segnalazione mediante e-mail all'ODV, si può continuare ad utilizzare quel canale?

Per le ragioni in parte già chiarite alla FAQ precedente, la risposta deve ritenersi negativa.

È noto che già la legge 179/2017 aveva introdotto un obbligo di prevedere nei Modelli 231 canali di *whistleblowing* e che, per il fatto che tale legge non aveva disciplinato in modo stringente caratteristiche e finalità di questi canali, nella prassi di molti Modelli 231 si era ritenuto di strutturare il canale mediante creazione di una casella e-mail ordinaria alla quale inviare segnalazioni di illeciti che avrebbe letto e gestito l'ODV.

Tale modalità di segnalazione non sembra potersi ritenere rispettosa dei requisiti oggi imposti dal Decreto WB. Appare infatti incompatibile con l'esigenza di riservatezza dei vari profili della segnalazione il fatto che l'e-mail provenga da una casella individuata (magari pure nominativa, essendo aziendale) e senza particolari presidi per il contenuto della segnalazione, come gli strumenti di crittografia menzionati dal Decreto WB.

Per questi motivi, è pacifica l'indicazione per cui canali di segnalazione strutturati mediante l'invio di e-mail da parte del segnalante non possono ritenersi idonei a soddisfare i requisiti posti dal Decreto WB (cfr. Linee Guida ANAC, 12 luglio 2023, p. 38; Linee Guida Confindustria, ottobre 2023, p. 11).

Considerazioni del tutto analoghe devono ritenersi valere anche per le caselle di posta elettronica certificata (PEC).

3. Durante la formazione dei dipendenti vorrei spiegare in modo completo e chiaro che cosa può formare oggetto di segnalazione: come si possono tradurre sul piano pratico le espressioni «*violazioni del diritto dell'Unione europea o delle disposizioni nazionali che ne danno attuazione*» e «*condotte illecite rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001 o violazioni del Modello 231*» (art. 3, Decreto WB)?

L'esigenza di tradurre dal piano teorico-normativo a quello pratico il perimetro delle violazioni segnalabili mediante *whistleblowing* è molto sentita, soprattutto quando si completa il lavoro di implementazione di un canale di segnalazione ed occorre procedere alla formazione: come spiegare in modo efficace ai dipendenti che cosa può essere segnalato tramite il canale e che cosa no?

Ciò rappresenta un problema piuttosto rilevante, se si considera che non esiste a livello normativo un'elencazione esaustiva delle violazioni segnalabili e che, oltretutto, l'ambito oggettivo di ciò che può essere segnalato varia a seconda della presenza o meno in azienda di un Modello 231: se negli enti che ne sono privi (e sono dunque compresi nell'ambito applicativo del Decreto WB per ragioni dimensionali o perché appartenenti a determinati settori regolamentati) possono essere segnalate solo «*violazioni del diritto dell'Unione europea o delle disposizioni nazionali che ne danno attuazione*», negli enti che siano invece dotati di Modello 231 le violazioni segnalabili saranno, in aggiunta, anche

Studio Legale Avv. Riccardo Lucev
Viale Bianca Maria 22 | 20129 Milano
t. +39 02 76394314 | f. +39 02 76026910 | m. +39 333 4455292
riccardo.lucev@studiolucev.com | studiolucev.com

«*condotte illecite rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001 o violazioni del Modello 231, diverse dalle violazioni del diritto dell'Unione europea o delle disposizioni nazionali che ne danno attuazione*» (per un'utile sintesi sul punto, v. Linee Guida ANAC, 12 luglio 2023, p. 48).

La risposta, pertanto, deve essere differenziata:

- in assenza del Modello 231, e quindi dovendo fare riferimento per le segnalazioni alla sola nozione di «*violazioni del diritto dell'Unione europea o delle disposizioni nazionali che ne danno attuazione*», il compito risulterà arduo e solo in parte agevolato dall'elencazione operata dallo stesso Decreto WB (art. 2, comma 1, lett. a, nn. 3-6). La criticità principale risiede nel fatto che appare impossibile fornire ai dipendenti un'elencazione esaustiva delle violazioni segnalabili, potendo procedere solo per esemplificazioni. Ad esempio, si potrebbe fare riferimento a:
    - illeciti in materia di appalti pubblici, servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, sicurezza e conformità dei prodotti, sicurezza dei trasporti, tutela dell'ambiente, radioprotezione e sicurezza nucleare, sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali, salute pubblica, protezione dei consumatori, tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei sistemi informativi;
    - illeciti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea, quali frodi (per esempio in materia di IVA), corruzione o riciclaggio;
    - atti od omissioni riguardanti il mercato interno europeo, comprese le violazioni delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, nonché le violazioni riguardanti il mercato interno connesse ad atti che violano le norme in materia di imposta sulle società o i meccanismi il cui fine è ottenere un vantaggio fiscale che vanifica l'oggetto o la finalità della normativa applicabile in materia di imposta sulle società;
- in presenza di un Modello 231, invece, e quindi nella possibilità di segnalare «*condotte illecite rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001 o violazioni del Modello 231, diverse dalle violazioni del diritto dell'Unione europea o delle disposizioni nazionali che ne danno attuazione*», in fase di formazione potrebbero essere ripercorse con i dipendenti le **parti speciali** del Modello al fine di evidenziare quelle che erano state ritenute in fase di *risk assessment* le **fattispecie rilevanti**, richiamando così l'attenzione sul fatto che esse potranno essere segnalate mediante il canale di *whistleblowing*; ciò dovrebbe condurre alla possibilità di stilare un elenco preciso dei reati segnalabili, anche grazie al fatto che il catalogo dei reati-presupposto agli artt. 24 ss. d.lgs. 231/2001 è – quello invece sì – chiuso e tassativo; il tutto andrebbe poi completato con riferimenti ai **principi generali** ed ai **protocolli di comportamento** contenuti nel Modello 231, la cui violazione potrà essere segnalata in quanto tale ed a prescindere dalla sua rilevanza penale.

Studio Legale Avv. Riccardo Lucev
Viale Bianca Maria 22 | 20129 Milano
t. +39 02 76394314 | f. +39 02 76026910 | m. +39 333 4455292
riccardo.lucev@studiolucev.com | studiolucev.com

4. Quali criteri seguire nella «customizzazione» dei contenuti del software di segnalazione?

I principali software di segnalazione sul mercato offrono una struttura standard, che guida il segnalante attraverso la compilazione di un *form* a domande prestabilite (per aiutarlo a presentare una segnalazione dettagliata) oppure verso l'opzione di registrazione di un messaggio vocale.

Questa può essere un'utile base di partenza; tuttavia, è consigliabile verificare la correttezza e rispondenza di questi contenuti standard alla specifica realtà aziendale, apportando tutti i necessari correttivi. Per esempio, spesso sono presenti elenchi di reati che il *whistleblower* potrebbe voler segnalare tramite il canale. Tuttavia, come esposto nella FAQ 3, non è affatto detto che presso aziende diverse siano segnalabili mediante *whistleblowing* gli stessi illeciti: dipende dalla presenza o meno di un Modello 231.

La verifica dei contenuti del canale di segnalazione e la loro customizzazione rispetto alla singola realtà aziendale è attività che sembra opportuno **affidare al (futuro) gestore del canale**, dato che essa segnerà in modo determinante anche il funzionamento del canale stesso.

Domande che spesso non sono presenti nella struttura standard dei software di segnalazione, ma che sembra consigliabile inserire, sono per esempio:

- per i casi in cui la segnalazione sia nominativa, una spunta obbligatoria per prestazione del **consenso al trattamento dei dati** consistente nella ricezione e gestione della segnalazione, conformemente all'informativa privacy che il segnalante dovrà avere ricevuto in formato pdf scaricabile sulla pagina del sito internet aziendale che immette nel canale di segnalazione;
- la richiesta di precisare se nella presentazione della segnalazione siano intervenuti dei **facilitatori**, al fine di conoscere in partenza la loro esistenza e poter assicurare le tutele che il Decreto WB riconosce loro, al pari dei segnalanti.

In negativo, un contenuto spesso presente nelle strutture standard dei software è la richiesta di classificare o etichettare la violazione. Questo appare invece sconsigliabile e preferibilmente da rimuovere dall'interfaccia del canale di segnalazione, sia perché una simile classificazione avrebbe poco valore (dovendo comunque essere effettuato un successivo "triage" e catalogazione della segnalazione da parte del gestore), sia perché non è detto che il segnalante possieda gli strumenti e la formazione giuridica necessari a classificare in modo corretto un illecito: va quindi evitato il rischio che questa richiesta, ponendolo in difficoltà, si risolva in un disincentivo a segnalare.

5. È possibile incaricare della gestione del canale l'ODV o uno dei suoi componenti?

La questione è **dibattuta** nella prassi. Da un lato, infatti, si è autorevolmente sostenuto che questa commistione sarebbe inopportuna e rischierebbe di porre a repentaglio la necessaria terzietà e non ingerenza dell'ODV nell'attività aziendale (cfr. Linee Guida AODV, 10 ottobre 2023, p. 6). Constano però anche opinioni opposte, che affermano la possibilità di tale sovrapposizione di ruoli, soprattutto negli enti di dimensioni contenute (cfr. Linee Guida ANAC, 12 luglio 2023, p. 39; Linee Guida Confindustria, ottobre 2023, p. 15).

L'orientamento affermativo, che ammette cioè l'assunzione del ruolo di gestore del canale da parte dell'ODV o di suoi componenti, sembra da prediligere in virtù di alcune considerazioni:

- l'ODV è un organo che soddisfa per definizione requisiti di competenza tecnica, autonomia, indipendenza funzionale e gerarchica dall'azienda, che risultano funzionali allo svolgimento delle attività di gestione del canale così come di quelle di vigilanza *ex* d.lgs. 231/2001;
- sembra inoltre che, nella veste di gestore del canale, l'ODV non sia destinato a dover compiere atti più "interventistici" di quelli che, comunque, già la funzione di vigilanza *ex* d.lgs. 231/2001 richiede (si pensi alle attività di vigilanza "attiva" in azienda, con *audit* mirati su determinate aree, effettuazione di sopralluoghi e richieste di informazioni e chiarimenti ai dipendenti);
- il canale di segnalazione è elemento integrante del Modello 231, sulla cui efficacia l'ODV è chiamato a vigilare. Pertanto, anche nelle ipotesi in cui si ritenga di scindere la funzione di ODV da quella di gestione del canale, il primo dovrà comunque essere **informato in modo tempestivo** dal gestore del canale sulle segnalazioni pervenute che assumano rilievo ai fini del Modello 231, ricevendo altresì copia della **relazione annuale** di resoconto sulla gestione del canale da parte del gestore. Per tali motivi, la sovrapposizione tra ODV e gestore risponderebbe anche ad esigenze pratiche, evitando di imporre la fuoriuscita dal canale di segnalazione di informazioni sulle segnalazioni su cui occorre sempre osservare quella riservatezza che il Decreto WB impone.

6. Effettuando la consultazione sindacale sulla bozza di regolamento, la rappresentanza sindacale non ha dato riscontro oppure ha fatto osservazioni che non possono essere accolte: questo è ostativo all'approvazione del canale di segnalazione?

La risposta è negativa: non vi sarebbe effetto ostativo all'approvazione del regolamento del canale.

Infatti, come rilevato dalla prassi (Linee Guida Confindustria, ottobre 2023, p. 13), l'utilizzo del participio «***sentite***» le rappresentanze sindacali, in luogo di formule che sarebbero state più stringenti, come «*acquisito il consenso delle*» rappresentanze sindacali, porta a ritenere che la consultazione sindacale sulla bozza di regolamento del canale abbia carattere **meramente informativo** e non vincolante per il seguito della procedura di approvazione.

Per questo motivo, il suggerimento della prassi (cfr. Linee Guida Confindustria, *ivi*) è quello di compiere questo passaggio formale prima dell'approvazione finale del regolamento, trasmettendo l'informativa mediante un **mezzo tracciato** (come un'e-mail) ed archiviando successivamente gli esiti di tale interlocuzione, in modo da poter dimostrare a distanza di tempo l'avvenuta consultazione sindacale.

7. In fase di consultazione sindacale, la rappresentanza sindacale ha chiesto di prevedere nel regolamento interno l'obbligo di informarla di ciascuna segnalazione: la richiesta può essere accolta?

La risposta sembra dover essere negativa.

Studio Legale Avv. Riccardo Lucev
Viale Bianca Maria 22 | 20129 Milano
t. +39 02 76394314 | f. +39 02 76026910 | m. +39 333 4455292
riccardo.lucev@studiolucev.com | studiolucev.com

Una simile informativa sarebbe infatti estranea alla – se non in aperto conflitto con la – *ratio* ispiratrice del Decreto WB, che è quella di assicurare massima **riservatezza** al segnalante e ad ogni altra persona od informazione implicate nella segnalazione.

Ciò passa anche attraverso una gestione tendenzialmente rigida e "chiusa" delle segnalazioni. Deve ritenersi infatti che il gestore del canale non possa né debba **comunicare con nessuno** circa le segnalazioni pervenutegli, ad eccezione:

i. dell'organo amministrativo, al fine di consentirgli l'assunzione di eventuali provvedimenti in merito alla violazione segnalata;
ii. dell'ODV, ove presente, per le già dette necessità di esercizio della funzione di vigilanza sul canale di segnalazione, che è uno degli elementi strutturali del Modello 231.

Inoltre, un'informativa al sindacato da parte del gestore porrebbe quest'ultimo nella posizione di dover gestire un dialogo che è invece fisiologico permanga in capo all'azienda, tramite la propria dirigenza. Non è un caso, del resto, se l'informativa gestore-sindacato non è prevista dal Decreto WB né da nessuna delle linee guida pubblicate in materia.

Ciò che ciascun ente potrebbe eventualmente valutare, nella propria discrezionalità ed autonomia, è l'istituzione di un momento annuale di confronto tra parte datoriale e rappresentanze sindacali per discutere insieme i dati sul funzionamento del canale di segnalazione, disponibili all'azienda in virtù della relazione annuale che il gestore avrà redatto.

*

Questo documento ha contenuto puramente informativo e non costituisce un parere legale. Contattaci per eventuali esigenze di chiarimenti legati a casi specifici.

Studio Legale Avv. Riccardo Lucev
Viale Bianca Maria 22 | 20129 Milano
t. +39 02 76394314 | f. +39 02 76026910 | m. +39 333 4455292
riccardo.lucev@studiolucev.com | studiolucev.com