

The Allen & Overy Italy podcast

Whistleblowing: pronti al via?

Livio Bossotto, partner Employment di Allen & Overy in Italia, Veronica Rossetti, senior associate del dipartimento di Litigation, ed Emilio de Giorgi, partner Antitrust, fanno il punto sugli adempimenti previsti dal decreto legislativo 24/2023 e lo stato di applicazione delle nuove norme evidenziandone alcuni nodi operativi.

Livio:

Buongiorno a tutti, sono Livio Bossotto, partner Employment di Allen & Overy in Italia. Sono qui oggi con la mia collega del dipartimento di contenzioso Veronica Rossetti e con Emilio De Giorgi, partner Antitrust dello studio. Oggi vogliamo fare il punto sullo stato di applicazione delle nuove norme del decreto legislativo 24/2023 che dal 17 dicembre si applicano anche alle aziende che impiegano tra i 50 e i 249 dipendenti e che per gli altri soggetti, come sapete, sono già applicabili dal 15 luglio scorso.

In particolare, prenderemo spunto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) che il 4 dicembre scorso ha lanciato un questionario per il monitoraggio delle criticità nell'attuazione del whistleblowing per offrire quindi un quadro di quelle che, sulla base della nostra esperienza, riteniamo essere le principali problematiche operative della nuova disciplina.

Quindi l'intento è quello di ripercorrere con i miei colleghi la tabella degli adempimenti imposti dal legislatore ed evidenzieremo alcuni nodi critici, nonché possibili soluzioni.

Veronica

Buongiorno a tutti e grazie Livio. Inizierai inquadrando brevemente il whistleblowing. Come saprete, è uno strumento giuridico che è finalizzato alla tutela dei soggetti che segnalano illeciti o attività fraudolente in violazione di normative nazionali e di normative comunitarie. In Italia, abbiamo avuto il recepimento della direttiva comunitaria del 2019 con il decreto legislativo n. 24/2023, che di fatto ha abrogato la disciplina nazionale previgente, modificandone e ampliandone la portata, soprattutto estendendone le relative tutele.

Livio

Ma quindi Veronica, ad esempio, a chi si applica la nuova deadline a cui accennavo?

Veronica

L'ambito soggettivo di applicazione della nuova normativa è molto ampio, nel senso che ricomprende sia i soggetti pubblici che i soggetti privati. Per i soggetti privati si intendono gli enti che o hanno occupato nel corso dell'anno precedente una media di almeno 50 lavoratori, inclusi anche i soggetti assunti con contratto di lavoro a tempo determinato, oppure i

soggetti che, pur non avendo raggiunto questo requisito dimensionale, operano in determinati settori che sono ritenuti **possibili**, ad esempio quello bancario, del credito, l'assicurativo. Oppure ancora quegli enti che anche qui, non raggiungendo il requisito dimensionale di cui dicevamo prima hanno però un modello 231, quindi un modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto 231.

Bisogna tenere presente che ai fini del computo della media annua dei lavoratori impiegata nel settore privato, si deve fare riferimento all'ultimo anno solare precedente a quello in corso, salvo per gli enti di nuova costituzione. Infatti, per questi si dovrà considerare l'anno in corso, quindi il 2023. A livello pratico, quindi, considerando la scadenza del 17 dicembre, le imprese diverse da quelle di nuova costituzione dovranno fare riferimento alla media dei lavoratori impiegati al 31/12/2022.

Emilio

Grazie Veronica. Ma come si computa il numero soglia dei cinquanta dipendenti Livio?

Livio

Emilio, ti ringrazio molto per la domanda. Il punto è tutt'altro che banale tant'è che sul tema sono intervenute sia l'ANAC che Confindustria con delle linee guida lo scorso 27 ottobre. In particolare, l'ANAC con proprie linee guida che sono state approvate con delibera del 12 luglio 2023 riferisce che ai fini del calcolo della media dei dipendenti impiegati negli enti del settore privato debba di fatto farsi riferimento al valore medio degli addetti, quindi utilizzando l'elaborazione dei dati INPS al 31 dicembre dell'anno solare precedente a quello in corso. Ovviamente, quando l'impresa è di nuova costituzione, ciò non è possibile, quindi va considerato che il dato in questione viene aggiornato trimestralmente e quindi va preso come riferimento il valore medio calcolato nell'ultima misura. In sintesi, diciamo che secondo l'ANAC il calcolo dovrà effettuarsi per teste, considerando il numero di addetti a prescindere dall'effettiva durata dei rapporti di lavoro e quindi anche dal concetto di part-time o di apprendisti, che diversamente potrebbero quindi ritenersi esclusi dalla base di computo della disciplina.

Veronica

Livio, scusami se ti interrompo, qua è importante anche ricordare che a poter effettuare, diciamo segnalazioni non sono solamente i lavoratori subordinati, ma l'innovazione è determinata anche dalla nuova normativa, appunto quella di estendere il novero dei soggetti potenziali whistleblower. Quindi non avremo più solo i lavoratori dipendenti, ma anche i lavoratori autonomi, i collaboratori, i liberi professionisti, i consulenti, i volontari, i tirocinanti, ma anche gli azionisti e le persone con funzioni di amministrazione e controllo. Quindi, si vede come è stata ampliata notevolmente la platea dei soggetti a cui è rivolta la normativa del whistleblowing e quindi la possibilità poi di effettuare segnalazioni.

Livio

Il tema si sta facendo anche molto giuslavoristico, quindi me ne occupo volentieri e vediamo cosa devono fare le imprese. Allora, il primo step è sicuramente l'attivazione sentite le rappresentanze sindacali - se presenti all'interno dell'azienda - di un canale interno per le segnalazioni, che

quindi sia in grado di garantire il rispetto della riservatezza dell'identità del segnalante, della persona coinvolta o menzionata nella segnalazione, nonché del contenuto della segnalazione, anche tramite il ricorso a strumenti cosiddetti di crittografia. L'azienda deve fare in modo che le segnalazioni possano essere effettuate sia in forma scritta, quindi anche tramite modalità informatiche, sia in forma orale. Quindi pensiamo ad esempio alle help line, linee telefoniche, messaggistica vocale o su richiesta del segnalante o l'incontro diretto.

La norma non è chiarissima, quindi sembrerebbe che vi sia un mero obbligo di consultazione delle rappresentanze sindacali senza che queste abbiano un potere di veto nel caso in cui non vi sia un accordo sul sistema. La gestione del canale di segnalazione deve essere affidata a una persona o un ufficio interno autonomo, dedicato e con personale specificamente formato per la gestione delle segnalazioni, oppure anche a soggetti esterni con simili requisiti come abbiamo visto anche che alcuni clienti hanno adottato. Il requisito dell'autonomia rimanda all'esigenza di garantire: l'imparzialità e l'assenza di condizionamenti o interferenze che possano compromettere l'obiettività rispetto a persone coinvolte e il contenuto della segnalazione. Quindi, per garantire il requisito dell'autonomia sarebbe, a mio avviso, sempre opportuno individuare almeno due persone incaricate, così da evitare situazioni di conflitto di interesse qualora una di loro sia coinvolta nella segnalazione stessa.

Veronica

Livio, questo è un punto molto delicato, soprattutto per i clienti, nel senso che le singole società devono effettivamente pensare bene a chi affidare la gestione del proprio canale interno. Infatti, non c'è un'unica soluzione. La soluzione adeguata è quella che tiene in considerazione le peculiarità della singola organizzazione; quindi, deve essere calata nella propria realtà aziendale. Si deve vedere se ci sono delle funzioni prive di mansioni operative, quindi, come per esempio l'internal auditor, la compliance. Ma bisogna anche vedere il loro effettivo posizionamento all'interno dell'organigramma la loro seniority e inoltre la loro formazione, dato il requisito appunto della normativa che tali soggetti devono essere specificatamente formati. L'aspetto anche da valutare è proprio sulla professionalità e le competenze dei gestori dei canali di segnalazione. Ad esempio, competenze legali, competenze di internal investigation sono assolutamente necessarie anche, appunto, alla luce di quelli che sono gli obblighi e i compiti che sono espressamente previsti dalla normativa in capo a questi soggetti. Quindi, in questi contesti è opportuno valutare bene la professionalità dei singoli componenti proprio per garantire non solo l'adeguatezza del proprio sistema di whistleblowing, ma poi anche l'efficace attuazione quindi, a livello pratico proprio la gestione della segnalazione, quindi dell'attività istruttoria all'accertamento della segnalazione stessa. C'è da dire, Livio, che a livello pratico non è sempre possibile individuare delle risorse che possano garantire i requisiti di cui stavamo parlando.

Si pensi ad esempio a società di piccole e medie dimensioni o con una struttura organizzativa priva di figure come quella dell'internal audit o della compliance, in cui, appunto la scelta sul soggetto gestore del canale di segnalazione diventa più difficile. Allora, in questi casi può essere opportuno o decidere di affidare la gestione del canale a un comitato composto da più soggetti interni o esterni all'ente, i quali collegialmente considerati, possano rispecchiare i requisiti di autonomia e di specifica formazione così come richiesto dalla normativa. Ulteriore possibilità che abbiamo visto, anche sulla base della nostra esperienza, è quella dell'esternalizzazione del canale, ossia dell'affidamento della gestione del canale di whistleblowing a un soggetto esterno. Attenzione, perché in questi casi, come anche sottolineato dalle linee guida di Confindustria è importante che l'incarico deve essere espressamente formalizzato, quindi in un accordo scritto.

In ogni caso, bisogna indipendentemente dalla scelta pratica delle singole società, regolare quello che è il coinvolgimento, il ruolo dell'organismo di vigilanza. Ricordiamo che il whistleblowing è parte fondamentale del sistema di compliance 231 e, come tale, deve essere appunto regolato anche nel proprio modello 231. Quindi, il regolare coinvolgimento dell'organismo di vigilanza, nonché i flussi informativi di cui esso sarà destinatario è un aspetto fondamentale per un modello 231 adeguato. A ciò si aggiunga che la definizione, diciamo della soluzione più adeguata per la singola società deve anche coniugarsi alle riflessioni che sono state fatte sia a livello comunitario, ma anche da parte di Confindustria in relazione alla previsione normativa del decreto del whistleblowing che introduce la possibilità per i soggetti privati che hanno impiegato nell'ultimo anno una media di lavoratori non superiore ai 249 dipendenti, la facoltà di condividere il canale interno. Quindi, in questo caso la normativa e le linee guida di Confindustria confermano tale possibilità.

C'è appunto la possibilità all'interno del gruppo di condividere il proprio sistema di segnalazione. Questo può avvenire o individuando un soggetto all'interno di casa madre, oppure a livello di gruppo viene individuato un soggetto esterno a cui viene diciamo affidato il compito di gestire la piattaforma, nonché appunto di gestire le varie segnalazioni.

A livello pratico tutto questo deve essere regolato in una procedura, procedura che viene definita come atto organizzativo e quindi come tale dovrà essere poi adottata da parte dell'organo amministrativo. Quindi, a livello pratico, le singole società dovranno non solo istituire il proprio canale interno, ma dovranno predisporre anche delle procedure scritte volte a regolare la ricezione e la gestione delle segnalazioni. Dovranno formalizzare gli incarichi relativi alla gestione del canale, sia a livello interno sia a livello esterno, quindi, sia nel caso si opti per un soggetto interno, sia che si opti per un soggetto esterno ed inoltre, anche nel caso di gestione accentrata nel contesto dei gruppi, anche la formalizzazione in contratti infragruppo.

Si tenga presente che la formalizzazione in una procedura chiara e adeguata costituisce un elemento fondamentale anche ai fini dell'adeguatezza del modello 231, perché appunto, come accennavo prima, il sistema di whistleblowing è parte del modello 231 ed inoltre anche per evitare quelle che sono le sanzioni da parte dell'ANAC in caso di inadeguata gestione delle segnalazioni stesse.

Livio

Grazie Veronica, vediamo che gli adempimenti sono davvero tanti e, a mio avviso, particolare attenzione va anche diciamo, dedicata alle specifiche indicazioni a tutela della riservatezza, al trattamento dei dati. Qui diciamo entra in campo la privacy. In primis, i soggetti incaricati devono essere appositamente nominati come incaricati del trattamento e devono comunque ricevere dei training specifici in materia di trattamento dei dati personali a monte del processo di implementazione. Quindi sarà necessario per le aziende verificare la fattibilità del sistema tramite un'apposita data protection impact assessment, quindi la famosa DPI o aggiornare un'eventuale DPI già esistente. Ovviamente, trattandosi di un nuovo trattamento di dati, dovranno comunque seguirsi tutti gli adempimenti in materia di GDPR, quali, ad esempio, l'aggiornamento delle informative, le policy, il registro del trattamento e contrattualistica con terzi. Tutti questi adempimenti vanno condotti considerando non solo la fase di costituzione del sistema, ma anche la fase di gestione; quindi, questo vuol dire monitorare l'efficacia e la conformità ai requisiti anche in caso di cambiamenti organizzativi e seguendo, quindi, quella che è ovviamente in continuo divenire l'evoluzione normativa e interpretativa.

Emilio

Grazie Livio, mi sembra tutto chiaro ed esaustivo. Forse un ultimo aspetto che mi sembra utile menzionare riguarda un incentivo che dovrebbe spingere le imprese a implementare le procedure di whistleblowing che soddisfino in modo efficace la volontà di quei dipendenti virtuosi che si attivino per porre fine alle condotte illecite e cioè il rischio che tali dipendenti, nel caso in cui non siano soddisfatti della reazione delle imprese decidono di rivolgersi direttamente ad autorità pubbliche. Diciamo queste iniziative individuali alla fine finiscono fortemente per limitare la capacità dell'impresa di gestire il rischio, ponendo fine alla condotta illecita e allo stesso tempo minimizzando le conseguenze negative che naturalmente possono conseguire sia sul piano reputazionale sia, naturalmente, sul piano sanzionatorio. Da questo punto di vista, mi sembra utile ricordare che nel mondo antitrust l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a febbraio di quest'anno ha introdotto una sua piattaforma di whistleblowing attraverso cui tutte le persone, tutti gli individui in possesso di informazioni riservate sulle violazioni della concorrenza, possono interfacciarsi con gli uffici istruttori senza dover tra l'altro rivelare la propria identità. Mi sembra interessante ricordare che l'Autorità, quando ha presentato questa iniziativa, ha indicato che sono proprio i dipendenti a poter rappresentare una fonte privilegiata di informazioni che sono poi a loro volta utili per scoprire tipicamente i cartelli o comunque altre violazioni delle norme a tutela della concorrenza.

Livio

Trovo decisamente interessante questo aspetto antitrust, appunto, su whistleblowing Emilio. Ma che cosa dovrebbe fare esattamente un dipendente per accedere a questo canale di fatto?

Emilio

La comunicazione delle informazioni avviene attraverso una piattaforma che utilizza un sistema criptato che garantisce al dipendente l'anonimato. Il dipendente di fatto fornisce le informazioni attraverso la compilazione di un modulo e tali informazioni riguardano tipicamente la descrizione delle condotte che si sono svolte o che possono o che si stanno per svolgersi nel prossimo futuro, i prodotti coinvolti o i servizi e i soggetti naturalmente rilevanti e le potenziali vittime. Il dipendente, per altro questo è molto importante, può fornire anche documentazione a supporto che per l'autorità, naturalmente, è particolarmente preziosa e può altresì avviare un dialogo sempre in forma anonima attraverso cui l'autorità può chiedere informazioni e chiarimenti in modo da riuscire poi a condurre un'attività di enforcement maggiormente incisiva. Si tratta fondamentalmente di un sistema già in uso e quindi sostanzialmente corrispondente a quello già in uso da parte della Commissione Europea e di altre autorità transnazionali.

Veronica

Emilio, questo sistema di fatto si sta rivelando efficace?

Emilio

Guarda Veronica, il nuovo commissario, l'avvocato Saverio Valentino, ha presentato i risultati di questa nuova piattaforma di whistleblowing in occasione del Global Competition Forum dell'OECD che si è svolto a Parigi il 7 dicembre. L'avvocato Valentino ha dapprima illustrato come soltanto il 10% delle decisioni di infrazione relative ai cartelli si sono basate su domande di leniency. Le leniency sono quei programmi a cui l'impresa può aderire, sono delle forme di collaborazione in cambio di immunità o riduzione delle sanzioni, mentre invece i complainant anonimi, quindi segnalazioni di individui, hanno avuto invece un ruolo più significativo nell'attività di enforcement dell'autorità. Basta pensare che nel periodo 2013/2022 ben 12 istruttorie hanno avuto inizio grazie a segnalazioni individuali e quindi, da questo punto di vista, ci si aspettava che questo nuovo strumento del whistleblowing, lasciarmi dire individuale, potesse avere un suo successo. E in realtà, secondo i dati diffusi dal commissario Valentino, questo successo lo ha avuto. Basti pensare che nel periodo marzo-novembre 2023 l'Autorità ha ricevuto più di 100 segnalazioni e qui alcune di queste, naturalmente, sono in corso di valutazione, altre hanno dato seguito a vere e proprie istruttorie antitrust, quindi è partita l'indagine. Si tratta, in particolare di tre istruttorie per presunti cartelli. La prima è stata aperta a luglio nel settore dei carburanti per autotrazione. Una seconda è stata aperta a settembre nei confronti delle principali fonderie attive in Italia nella produzione di getti di ghisa e poi l'ultima è stata aperta il mese scorso e ha per oggetto il settore del vetro cavo.

Livio

Grazie Emilio, trovo davvero interessanti questi input. Purtroppo il tempo stringe e quindi vorrei chiudere per completezza. ritornando anche al tema a me più caro giuslavoristico, con una panoramica delle tutele e sanzioni

previste dal nuovo regime. Le tutele che il legislatore riserva alla categoria dei whistleblowers si estrinsecano di fatto nel divieto di licenziare o sospendere il dipendente; il divieto di retrocedere o di non promuoverlo per le sole ragioni legate alla presenza di segnalazioni; il divieto di discriminare o di corrispondergli un trattamento meno favorevole rispetto ad altri; infine, il divieto nei suoi confronti di emettere note di merito negative o referenze negative. Ovviamente, tali azioni sono idonee a qualificarsi come ritorsive solo laddove sia presente un effettivo collegamento con la qualifica di whistleblower del dipendente e deve dunque essere presente un vero e proprio nesso di causalità, quindi un nesso di causa-effetto, con il provvedimento o il trattamento adottato da parte della società e il fatto che il lavoratore abbia usufruito del canale a disposizione per effettuare le segnalazioni. Sul punto devo dire che ho notato una sempre maggiore attenzione da parte dei giudici, dei tribunali del lavoro sulla tutela del whistleblower. Cito, per esempio, l'ordinanza molto recente del Tribunale di Milano del 20 agosto 2023 con cui è stata riconosciuta per la prima volta la tutela cautelare ad un segnalante in considerazione del disagio economico e delle ripercussioni psicofisiche dallo stesso patite a seguito dei diversi procedimenti disciplinari e provvedimenti connessi alla denuncia di alcune irregolarità nella propria azienda.

Veronica

Sì, Livio, a ciò si deve aggiungere anche che la normativa sul whistleblowing prevede delle sanzioni ad hoc nei confronti delle società, anche nei casi di mancata o non conforme adozione dei canali o di gestione delle segnalazioni. Quindi, differentemente dalla disciplina 231 che prevede l'adozione del modello 231 su base volontaria, la normativa sul whistleblowing introduce un vero e proprio obbligo nei confronti delle società e la violazione di tale obbligo, appunto sanzionato da parte della dell'ANAC con apposite sanzioni economiche fino a 50 mila euro. Attenzione anche che l'inadeguatezza o la mancata adozione del sistema di whistleblowing va ad inficiare anche l'adeguatezza del modello 231 e quindi la sua capacità appunto di mitigare o di eliminare la responsabilità 231 in capo alla società. A ciò si aggiungono anche dei rischi sotto il profilo reputazionale per le società, perché la mancata adozione del canale di whistleblowing interno di fatto permette al soggetto whistleblower di accedere al canale esterno delle segnalazioni, quindi a poter effettuare la segnalazione all'ANAC oppure tramite la divulgazione pubblica, con ovviamente l'impatto anche sotto il profilo reputazionale per le singole società.

Emilio

Beh, ottimo. Direi di fermarci qui. Se volete approfondimenti, non esitate a contattarci. Lascio a Livio e concludo, grazie.

Livio

Grazie Emilio e Veronica. È stato veramente un piacere condividere con voi questo momento di riflessione su un tema così attuale, caldo e di interesse credo per tutti i nostri clienti. Mi raccomando, seguitemi sui nostri canali social per altri aggiornamenti interessanti.

