



CONFINDUSTRIA

Schema di decreto legislativo recante “Attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione

Position Paper

Ottobre 2021

Premessa

La Direttiva 2019/1937 riguardante *"la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione"*, ha l'obiettivo di garantire un livello di protezione elevato per coloro che segnalano violazioni del diritto dell'UE e punta a creare canali di comunicazione sicuri che permetteranno di effettuare segnalazioni sia all'interno di un'organizzazione che all'esterno (verso un'autorità pubblica o a mezzo mass-media).

Per Confindustria, questa forma di protezione costituisce uno strumento utile per il contrasto delle condotte illegali all'interno delle organizzazioni complesse.

Peraltro, pur condividendo l'obiettivo di fondo della Direttiva, in diverse occasioni di confronto con le Istituzioni nazionali Confindustria ha evidenziato la necessità che il recepimento garantisca un approccio bilanciato tra la protezione dei "whistleblower" e la necessità di salvaguardia delle imprese da abusi e da rivelazioni di informazioni sensibili.

In questo contesto, lo schema di decreto di recepimento (di seguito anche: lo schema), presenta alcune criticità, che sono oggetto del presente documento e che emergono anzitutto nel confronto con la Direttiva, di cui si richiede, quindi, un recepimento più "fedele".

In particolare, preoccupa il rischio di un'eccessiva estensione, rispetto alla Direttiva, dell'ambito applicativo, ipotesi che, seppur contemplata come facoltà per gli Stati membri, rischia di essere declinata in modo poco razionale e coerente con l'ordinamento vigente e con le caratteristiche del nostro tessuto produttivo.

Il riferimento è, tra l'altro, al **rapporto tra la disciplina vigente e la nuova** in tema di segnalazioni rilevanti ai fini del decreto legislativo 231, specie alla luce delle procedure che le imprese hanno già implementato per adeguarsi alla prima. Occorre tenere distinti il processo di segnalazione delle violazioni del Modello 231, da quello delle violazioni del diritto dell'UE, pena il rischio di incertezze e complicazioni operative per le imprese.

Inoltre, per evitare interpretazioni estensive e valutazioni di natura prettamente soggettiva, è necessario garantire una maggiore **coerenza testuale tra la Direttiva e le formulazioni utilizzate nello schema**. Il riferimento è, ad esempio, a: *i)* l'opportunità di ancorare le segnalazioni alla sussistenza di "fondati motivi", evitando il richiamo al più ampio e generico criterio della ragionevolezza; *ii)* la necessità di indicare, in linea con la Direttiva, gli specifici presupposti che legittimano la divulgazione pubblica.

Un'ulteriore esigenza rilevante riguarda la necessità di un **adeguato bilanciamento tra l'emersione delle violazioni e i rischi di danni reputazionali all'impresa e al segnalato**, in presenza di segnalazioni che si rivelino poi false. Per queste fattispecie occorre rafforzare il sistema sanzionatorio, nonché introdurre una specifica disciplina per la tutela del segnalato. In proposito, lo schema sembra non considerare che è la stessa Direttiva a prevedere la protezione del segnalato - al pari del segnalante - e che, quindi, occorre riconoscere a quest'ultimo adeguate prerogative di difesa e reazione.

Di seguito, le osservazioni di maggior dettaglio sullo schema.

Art. 1 (Oggetto e definizioni)

Si suggerisce di integrare l'art. 1, co. 2, lett. a), n. 1 specificando che gli illeciti civili, penali o amministrativi oggetto di segnalazione debbano essere **tali da ledere l'interesse**

pubblico, per un miglior coordinamento con la Direttiva e con l'art. 2 dello schema di decreto in esame, che prevede che la segnalazione di una violazione è effettuata nell'interesse pubblico. La previsione, infatti, rischia di comportare un'estensione del campo di applicazione della nuova disciplina nazionale, rispetto al dettato della direttiva UE, per cui si auspica una più chiara delimitazione delle fattispecie interessate, per esigenze di certezza e determinatezza della stessa.

Inoltre, con riferimento alla disposizione di cui all'art. 1, co. 2, lett. a), n. 2, considerando che si tratta di un'ulteriore estensione del campo oggettivo di applicazione, in quanto riguarda **segnalazioni inerenti a difformità rispetto al modello organizzativo (MO)** adottato ex decreto legislativo n. 231/2001 e, dunque, effettuate nell'interesse dell'impresa, si ritiene necessario **limitare le segnalazioni stesse ai soli canali interni**. Infatti, non essendoci alla base della segnalazione in esame un interesse pubblico da tutelare, appare ultroneo e sproporzionato prevedere la possibilità di segnalazioni esterne e di divulgazioni pubbliche.

In tal modo, sarebbe possibile disciplinare in un unico provvedimento normativo tutte le segnalazioni, sia quelle a tutela dell'interesse pubblico, sia quelle connotate dalla prevalente finalità di salvaguardare la trasparenza dei processi organizzativi e l'efficacia dei presidi procedurali posti alla base dei MO adottati in ambito aziendale.

Nell'ipotesi in cui tale proposta non dovesse essere accolta, sarebbe opportuno mantenere **separate le due discipline** e, dunque: *i)* limitare il campo di applicazione del decreto in esame alle segnalazioni aventi a oggetto violazioni coerenti con la Direttiva e, quindi, idonee a ledere l'interesse pubblico; *ii)* mantenere in vigore l'attuale disciplina nazionale sul *whistleblowing* per le violazioni relative ai MO e i relativi canali di segnalazione (in questo caso, andrebbe abrogato l'art. 19 dello schema di decreto in esame).

Sul piano definitorio, all'art. 1, co. 2, lett. b), si propone di sostituire il riferimento ai **“ragionevoli” sospetti con quello ai “fondati” sospetti**, in linea con l'art. 5, n. 2) della Direttiva. Infatti, prevedere quale presupposto delle segnalazioni anche soltanto dei ragionevoli sospetti di violazione rischia, di nuovo, di rendere troppo ampio il campo di applicazione della nuova disciplina, introducendo un profilo di valutazione che si connota per un'ampia discrezionalità soggettiva e che appare eccessivo e non proporzionato. Per ragioni di coordinamento, si evidenzia la necessità di sostituire in tutto il testo il riferimento ai “ragionevoli motivi/sospetti” con quello ai “fondati motivi/sospetti”. Al contempo, sarebbe necessario introdurre una **definizione di “fondati” sospetti ancorata a un criterio di oggettività**, così da scongiurare il rischio di interpretazioni soggettive ed eterogenee.

Si propone poi di inserire, nell'art. 1 co. 3, lett. q), in corrispondenza della **nozione di “soggetti del settore pubblico” l'espressa esclusione delle società quotate**, così come definite dall'art. 2 lett. p), D.lgs. n. 175/2016 (TU società a partecipazione pubblica)¹. E ciò

¹ Si propone di riformulare il periodo nei seguenti termini: “«soggetti del settore pubblico»: le Amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le Autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione, gli enti pubblici economici, gli organismi di diritto pubblico di cui all'articolo 3, lettera d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i concessionari di pubblico servizio, le società a controllo pubblico *ad eccezione delle società quotate ai sensi dell'art. 2 lett. p. del decreto legislativo*”

per ragioni di coerenza sistematica con la regolamentazione contenuta nel citato d.lgs. n.175/2016, con la legge n. 190 del 2019 e con il d.lgs. n. 33 del 2013, che espressamente escludono, salvo limitate eccezioni, dalla disciplina “pubblicistica” in materia di società a partecipazione pubblica, anticorruzione e trasparenza le società quotate così come sopra definite. Queste ultime, peraltro, rientrano a pieno titolo tra i “soggetti del settore privato”, anche in quanto sottoposte al D.lgs. n.231/2001 (e non alla legge 190/2012).

In assenza di simile modifica, le società pubbliche quotate si vedrebbero soggette a regimi giuridici differenti e spesso inconciliabili. Potrebbero porsi, infatti, problemi di non lineare interpretazione del disposto di cui al comma 3 dell’art. 5 che prevede che le segnalazioni debbano essere ricevute dal responsabile della prevenzione della corruzione e trasparenza, istituito ai sensi di quella stessa legge 190 non applicabile alle società quotate ex art. 2, lett. p), d.lgs. n.175/2016.

Infine, si propone di eliminare, al co. 3, lett. r), il punto 3), vale a dire le parole: *“gli enti di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, anche qualora impieghino meno di cinquanta dipendenti.”* Infatti, tali enti non costituiscono una categoria separata rispetto agli altri soggetti giuridici del settore privato e, dunque, **non appare giustificato inserire una loro classificazione specifica**. Peraltro, la precisazione in questione finisce per determinare un surrettizio ampliamento dell’ambito soggettivo di applicazione della disciplina anche a piccole e microimprese, che la Direttiva prevede quale facoltà riconosciuta agli Stati membri, ma *“in seguito a un’adeguata valutazione dei rischi e tenuto conto della natura delle attività dei soggetti e del conseguente livello di rischio, in particolare per l’ambiente e la salute pubblica”*. Tali rischi non si riscontrano nell’ampia e generica categoria degli enti destinatari della disciplina 231 e la richiamata valutazione non risulta essere stata effettuata.

Art. 5 (Segnalazioni interne)

Si suggerisce di riformulare il co. 4, al fine di fare riferimento ai **soggetti destinatari della disciplina di cui al D.lgs. n. 231/2001 e che abbiano adottato o adottino un MO**, dal momento che, come noto, la richiamata disciplina non prevede un obbligo di adozione dei richiamati modelli.

In linea con quanto evidenziato all’art. 1, in ordine alla necessità di prevedere le adeguate distinzioni qualora si voglia disciplinare in un unico provvedimento tutta la disciplina *whistleblowing*, si suggerisce di prevedere che per **le segnalazioni aventi a oggetto la disciplina 231 l’unico canale sia quello interno**. Infatti, si ribadisce che, non essendoci alla base della segnalazione 231 un interesse pubblico da tutelare, risulterebbe ultroneo e sproporzionato prevedere la possibilità di segnalazioni esterne e di divulgazioni pubbliche.

Inoltre, appare opportuno riformulare il co. 4 per **non imporre agli enti dotati di Modello 231 che l’Organismo di Vigilanza sia l’unico destinatario delle segnalazioni whistleblowing**. Infatti, è necessario lasciare libere le imprese di mantenere le differenti

19 agosto 2016, n.175, e le società in house, così come definite, rispettivamente, dall’art. 2, comma 1, lettere m) e o), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175”.

soluzioni organizzative già adottate sulla base della disciplina vigente in materia, ciò permette di tenere conto dello specifico panorama societario e di governance prescelto e delle caratteristiche aziendali tipiche di ciascun ente, fermo restando che, qualora l'OdV non venga individuato come destinatario esclusivo, sarà comunque necessario coinvolgerlo in via concorrente ovvero successiva, per evitare il rischio che il flusso di informazioni generato dal meccanismo di *whistleblowing* sfugga dal suo monitoraggio.

In ogni caso si ritiene opportuno precisare che l'**OdV è competente solo per le segnalazioni inerenti alla disciplina 231**.

Analogamente, si suggerisce di consentire alle imprese che ne siano già dotate di **continuare a utilizzare i canali operativi di segnalazione già attivati** in attuazione dell'art. 6, co. 2-*bis* del D.lgs. n. 231/2001, salve eventuali modifiche o adattamenti tecnici necessari ai sensi del decreto in esame. In questo modo, verrebbero salvaguardate le procedure di segnalazione già implementate dalle imprese in attuazione della disciplina 231.

Un ulteriore profilo che si ritiene di evidenziare riguarda l'art. 5, co. 2, che, in linea con la Direttiva, prevede la facoltà per i soggetti privati fino a 249 dipendenti di condividere le risorse per le segnalazioni interne e per la loro eventuale istruttoria, fermo restando il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva, *in primis* quello della riservatezza. Al riguardo, da una lettura sistematica della Direttiva, considerando le finalità dalla stessa perseguite, la *ratio* della disposizione sembrerebbe unicamente quella di agevolare le imprese di minori dimensioni nel processo di adeguamento ai nuovi oneri imposti dalla disciplina europea.

In altre parole, l'obiettivo della previsione è di offrire alle PMI un'opzione operativa per semplificare gli adempimenti loro richiesti e consentire anche un contenimento dei costi.

Tuttavia, si segnala che la disposizione sta alimentando un dibattito, anche in sede europea², in ordine ai suoi eventuali effetti sulla realtà dei gruppi d'impresa. La questione deriva dal fatto che la Direttiva - e lo schema di decreto - contempla espressamente la facoltà di condividere le risorse solo per le PMI, senza nulla aggiungere per le altre realtà d'impresa. Ciò ha determinato numerose perplessità tra gli operatori economici, in particolare rispetto alla possibilità per i gruppi d'impresa di condividere le risorse necessarie per il ricevimento delle segnalazioni.

Sul punto, pur ritenendosi, alla luce delle considerazioni sopra svolte, che il silenzio della norma europea non sia volto a escludere **la facoltà per i gruppi di condividere le piattaforme tecniche, si evidenzia l'opportunità di una previsione che espressamente lo consenta**. Infatti, come noto, nelle realtà di gruppo la condivisione delle piattaforme per il ricevimento delle segnalazioni è una derivata naturale dell'organizzazione stessa, che facilita ed efficienti le procedure, fermo restando il rispetto di tutti gli obblighi di riservatezza connessi alla disciplina. Il rischio, altrimenti, è di esporre gli operatori a possibili interpretazioni restrittive, con conseguente moltiplicazione di procedure e strumenti, in contrasto con i criteri di razionalizzazione che governano queste realtà societarie.

² Al riguardo si segnala che Business Europe ha inviato, a fine agosto scorso, un messaggio alla Commissione Europea e al Consiglio Europeo sulla corretta interpretazione da dare all'art. 8 co. 6 della Direttiva, in particolare sostenendo l'opportunità e i vantaggi di una lettura non restrittiva per i gruppi di imprese.

Infine, al comma 1, si prevede una diversa disciplina per settore pubblico e privato. In particolare, si prevede che per istituire i canali di segnalazione, i soggetti pubblici debbano limitarsi a “sentire” le **organizzazioni sindacali**, mentre per il privato è prevista l’intesa. Al riguardo, la Direttiva dispone che sia necessaria la “previa consultazione e l’accordo con le parti sociali se previsto dal diritto nazionale.”. Pertanto, si ritiene necessario **un miglior coordinamento tra la Direttiva e il decreto in esame**.

Art. 10 (Divulgazioni pubbliche)

Con riferimento alla lett. c), si ritiene opportuno, per chiarire la *ratio* della previsione e scongiurare il rischio di interpretazioni estensive e tra loro eterogenee, **riprendere integralmente la disposizione della Direttiva** secondo cui le circostanze che in concreto legittimano il ricorso a una divulgazione pubblica possono essere ricondotte a **“quelle in cui possano essere occultate o distrutte prove oppure in cui un’autorità possa essere collusa con l’autore della violazione o coinvolta nella violazione stessa”**.

Infatti, pur trattandosi di un elenco non esaustivo, potrebbe rappresentare un utile riferimento per una più corretta interpretazione e applicazione della disciplina.

Inoltre, alla medesima lett. c), il richiamo dovrebbe essere limitato alle **sole segnalazioni esterne, come indicato dalla Direttiva**.

Art. 11 (Condizioni per la protezione del segnalante)

Al comma 1, andrebbero previste, in linea con la Direttiva, **specifiche sanzioni per dissuadere il segnalante da segnalazioni e divulgazioni - soprattutto quelle pubbliche - false**.

Si ritiene, infatti, che la sanzione per questa tipologia di segnalazioni non possa consistere unicamente nella perdita delle “tutele” previste dalla nuova disciplina a beneficio del segnalante e, al contempo, che tale protezione non possa essere garantita in tutti i casi in cui il segnalante *“aveva ragionevole motivo di ritenere...”*, rimettendo così a una valutazione soggettiva e unilaterale l’effetto, giuridicamente rilevante, su una serie di soggetti, pubblici e privati.

Peraltro, l’intervento di cui sopra è necessario anche per prevenire segnalazioni dolose e preservare la credibilità dell’intero sistema.

A tal fine, **l’ANAC dovrebbe essere investito della prerogativa di sanzionare** (es. sanzioni amministrative pecuniarie) le segnalazioni che risultino **false** - fermi restando altri, eventuali profili di responsabilità.

Inoltre, la circostanza che le “motivazioni” alla base delle segnalazioni siano irrilevanti ai fini del mantenimento delle tutele del segnalante (v. sempre il co. 1 dell’art. 11), oltre a far emergere il già denunciato disequilibrio tra tutela del segnalato e tutela del segnalante, evidenzia un’incoerenza con le previsioni codicistiche e la costante giurisprudenza in materia di diffamazione (art. 595 c.p.) che, in sintesi, escludono la rilevanza liberatoria della veridicità dell’informazione in caso di intento diffamatorio nella divulgazione della stessa. Tra l’altro, deve sottolinearsi come la valutazione *ex post* delle “motivazioni” della segnalazione debba necessariamente concorrere alla formazione di un giudizio concreto ed

oggettivo di effettiva ragionevolezza nella valutazione della “veridicità”, quale elemento concorrente a *scriminare* la divulgazione di una informativa rivelatasi infondata.

Infine, analogamente all’osservazione riferita all’art. 1, co. 2, lett. b), **si propone di modificare il riferimento ai “ragionevoli” motivi con quello ai “fondati” motivi**, per le stesse motivazioni già esposte e in linea con l’art. 6 della Direttiva. Al contempo, come già segnalato, si ritiene opportuno ancorare il concetto di “fondati” motivi a un criterio di valutazione oggettiva.

Art. 15 (Misure di protezione della responsabilità)

Il comma 6 andrebbe modificato nel senso che il **regime probatorio** previsto per le azioni giudiziarie ivi richiamate dovrebbe essere quello ordinariamente previsto dalla disciplina di riferimento, evitando *probatio* diaboliche, in danno del segnalato o del pubblico ministero, in merito ai “non fondati motivi del segnalante”. Peraltro, è la stessa Direttiva a porre in capo al segnalante l’onere di dimostrare i fondati motivi che hanno dato luogo alla segnalazione o alla divulgazione.

Art. 18 (Divieto di rinuncia ai diritti e ai mezzi di ricorso)

Si ritiene opportuno prevedere che le rinunce o le transazioni di cui all’articolo in commento possano essere raggiunte con **l’assistenza alternativa degli organi di mediazione e conciliazione predisposti dalle organizzazioni sindacali o di quelli delle associazioni che perseguono la promozione della trasparenza e della legalità**. Pertanto, si propone di sostituire la parola “e” con quella “o”.

Art. 20 (Disposizioni transitorie e di coordinamento)

Al primo comma lo schema di decreto prevede come termine per l’istituzione dei canali di segnalazione interna, per le imprese con meno di 250 dipendenti, il 17 agosto 2023, mentre la Direttiva fissa tale termine al **17 dicembre 2023**.

Si chiede pertanto di allineare lo schema di decreto alla Direttiva.

Inoltre, al fine di consentire anche le imprese sopra i 250 dipendenti di implementare le procedure e gli strumenti tecnici per adeguarsi alla nuova disciplina, appare opportuno prevedere anche per tali soggetti un **adeguato periodo transitorio di 12 mesi**.

Tutele del segnalato

Lo schema di decreto non considera in alcun modo la necessità, peraltro prevista espressamente anche dalla Direttiva, di disporre anche **un’adeguata tutela del segnalato**. Al contrario, si ritiene necessario disciplinare il diritto della persona coinvolta dalla segnalazione di essere sentita dall’Autorità competente a ricevere la segnalazione, di difendersi e di accedere agli atti inerenti alla segnalazione, in linea con quanto previsto dalla Direttiva. Inoltre, andrebbe anche disciplinato o quantomeno richiamato espressamente il diritto della persona coinvolta dalla segnalazione falsa di agire per la tutela dei propri diritti lesi e per ottenere un adeguato risarcimento, come peraltro previsto dalla Direttiva.