

**VITA SAMORY, FABBRINI E ASSOCIATI**  
*Studio Legale*

**- Corso per amministratori indipendenti -**

**Possibile ruolo dei *whistleblowing schemes*  
nel contesto della *corporate* e della *control governance***

**Relatore: Avv. Matteo Bascelli**

**Salone Valente - 30 giugno 2008**

## **WP 117**

*“Parere 1/2006 sull’applicazione della disciplina comunitaria in materia di protezione dei dati personali alle procedure informative implementate nei settori attinenti l’attività contabile e dei controlli interni, della revisione, nonché della lotta alla corruzione ed ai crimini bancari e finanziari”*

adottato in data 1 febbraio 2006 dal cosiddetto “Gruppo di lavoro sulla protezione dei dati personali – Articolo 29” (\*).

(\*). Il “Gruppo di lavoro” è stato costituito in applicazione dell’articolo 29 della Direttiva 95/46/CE, in quanto organismo europeo indipendente con finalità consultive che si occupa di protezione dei dati e di riservatezza. I suoi compiti sono descritti nell’articolo 30 della Direttiva 95/46/CE e nell’articolo 15 della Direttiva 2002/58/CE.

## ***WP 117 - Oggetto***

Finalità espressa del Parere WP117:

offrire alle persone giuridiche interessate

idonee linee guida

in merito alla corretta adozione ed attuazione  
al proprio interno dei cosiddetti *whistleblowing schemes*  
("procedure di segnalazione di comportamenti illeciti")

alla luce dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di  
protezione dei dati personali  
(Direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995)

## ***Inquadramento dogmatico***

Tratti essenziali dei ***whistleblowing schemes***

COSA SONO

insieme di regole e procedure  
cosiddette *upstream* o contro-corrente

CHI LI ADOTTA

le società (private o pubbliche)

PER QUALI FINALITA'

dare modo al personale dipendente (ma non solo)  
di segnalare ad organismi di vigilanza  
secondo modalità predeterminate,  
la conoscenza di comportamenti censurabili,  
in quanto contrari a disposizioni normative o a regolamenti aziendali,  
compiuti da altri soggetti all'interno delle stesse società

## ***Finalità***

Tali procedure sono finalizzate ad essere di valido ausilio per una corretta applicazione dei principi di corporate e, più specificamente, di control governance, nell'ambito della quotidiana attività societaria.

Esse forniscono infatti un efficace supporto alle funzioni interne aziendali classicamente deputate ad attività di *reporting* a beneficio dei vertici aziendali (società di revisione, comitati di controllo interno, ufficio del personale, controllo della qualità, etc.).

E' opinione condivisa che un solido sistema di corporate governance - inteso come insieme di procedure, soggetti e norme, giuridiche e tecniche, finalizzate ad assicurare un governo d'impresa efficiente e corretto nei confronti di tutti i soggetti interessati alla vita dell'impresa stessa - massimizzi il valore delle società e consenta di raggiungere un livello di competitività in grado di garantire la capacità di attrazione delle scelte degli investitori.

## ***Tendenze dell'ordinamento – Procedure***

Manifestano la tendenza dell'ordinamento italiano di indurre e, talvolta, imporre alle società - in particolar modo quelle quotate - l'adozione di sistemi di *corporate* e di *control governance* a carattere prevalentemente endogeno (in quanto promossi, gestiti e fatti funzionare all'interno e dall'interno delle società stesse):

- i codici di autodisciplina (tra i quali il Codice di Autodisciplina delle Società Quotate di Borsa Italiana S.p.A.);
- i codici di condotta o di comportamento (ai quali fa ora riferimento l'att. 124-*bis* del D.Lgs. 58/98, sulla scorta del *comply or explain approach*);
- le procedure di disciplina sugli abusi di mercato (con particolare riferimento a quelle attinenti all'internal dealing ai sensi degli artt. 152-*bis* ss. del Regolamento Emittenti di Consob);
- i modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire la realizzazione degli illeciti penali (di cui al D.Lgs. 231/2001);
- i sistemi di controlli interni volti a prevenire situazioni di conflitto di interessi nel settore del risparmio gestito (a seguito della Direttiva 2004/39/CE, come modificata dalla Direttiva 2006/31/CE, conosciuta anche come MiFID - *Markets in Financial Instruments Directive*).

## ***Tendenze dell'ordinamento – Organi***

Alle procedure in parola, si accompagnano in numero proporzionalmente crescente nuovi organi di controllo, interni o esterni alle società:

comitati endo-consiliari

(per la remunerazione, per la nomina, per il controllo interno)

soggetti preposti alla funzione di internal audit

organismi di vigilanza “231”

specificamente addetti alla loro attuazione, gestione e funzionamento, il cui fine ultimo dovrebbe consistere nell'aumento di efficienza del lavoro svolto dagli organi societari tradizionalmente deputati alle funzioni di gestione e controllo.

## ***Tendenze dell'ordinamento – Criticità***

Se quelle sopra tratteggiate risultano essere le legittime finalità sottese a dette schemi endosocietari



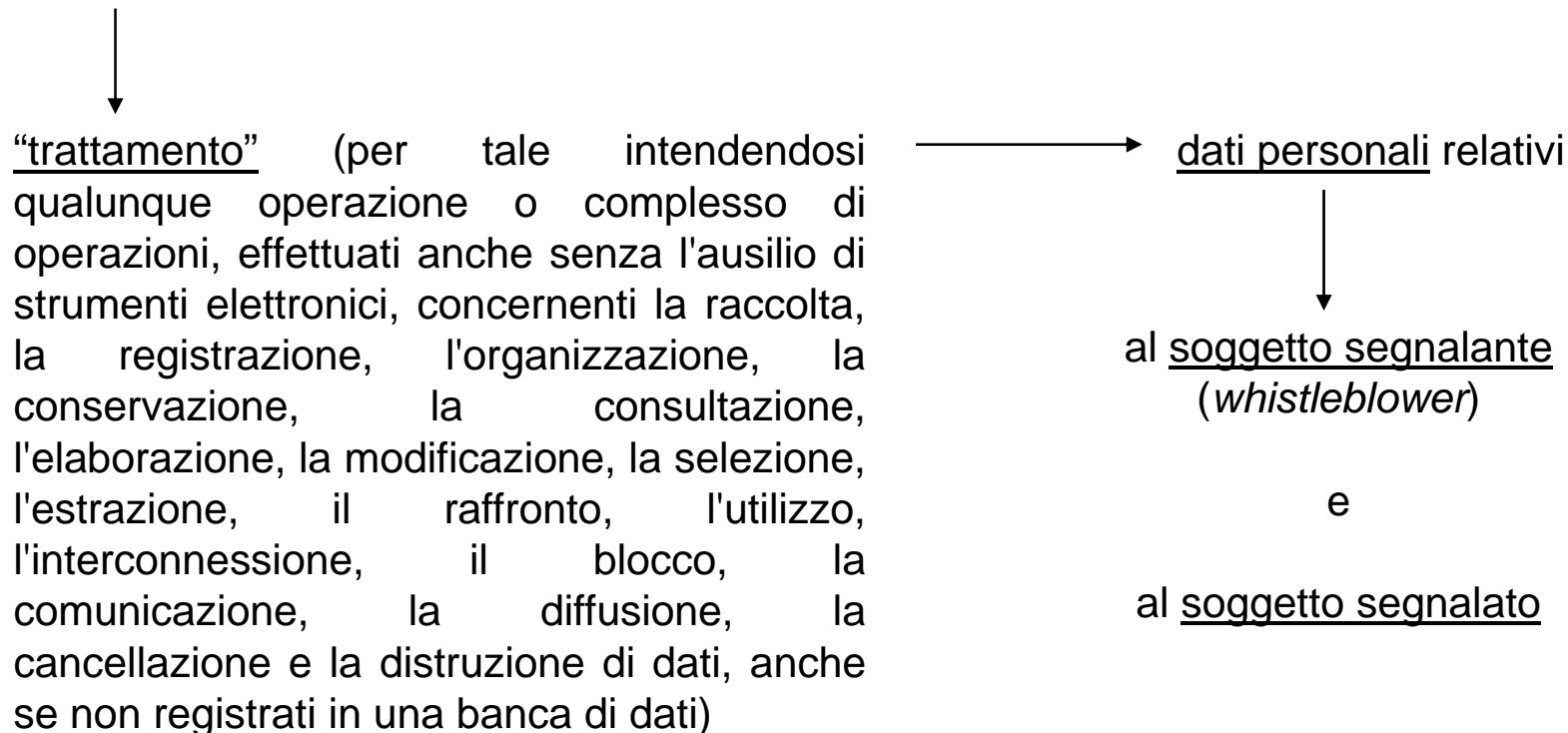
risulta tuttavia di immediata evidenza come l'adozione di tale tipo di procedure comporti



un'inevitabile "invasione" di sfere giuridiche altrui, anche queste oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, con eguale intensità e pur spesso di opposta direzione.

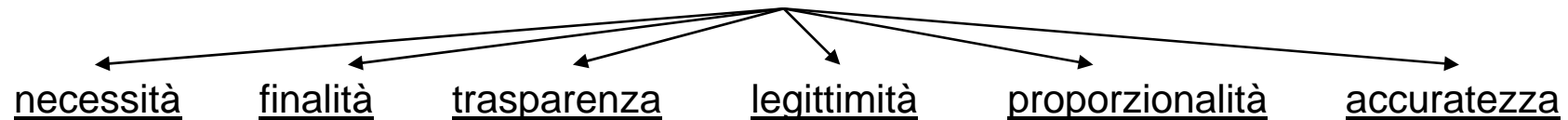
## Tendenze dell'ordinamento – Criticità

Ai limitati fini che più direttamente attengono all'analisi dei *whistleblowing schemes*, si pensi a quanto inscindibile sia il momento funzionale di detti schemi rispetto al:



## WP 117 – Linee guida

Le linee guida fornite nel Parere WP117 sono chiaramente ed inevitabilmente ispirate agli ormai consolidati principi di:



capisaldi dell'intera disciplina in materia di protezione dei dati personali

necessari al fine di poter correttamente esperire quel delicato processo che consiste nel bilanciamento di interessi (o *balance of interest test*) rappresentati:

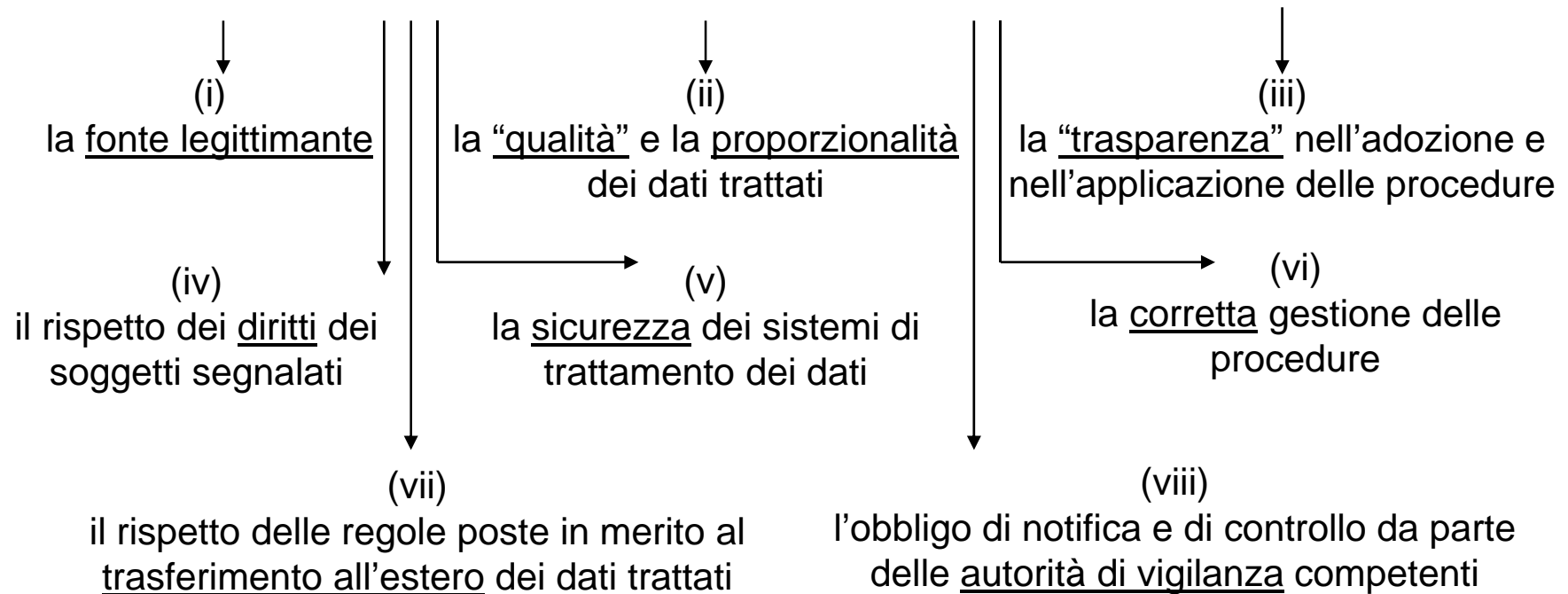


dal diritto di ciascun individuo alla protezione dei dati personali

da una serie astrattamente infinita di interessi, che spesso appaiono opposti o inconciliabili rispetto al primo, tra i quali emergono quelli intimamente legati al diritto di libera iniziativa economica ed ai connessi strumenti di tutela

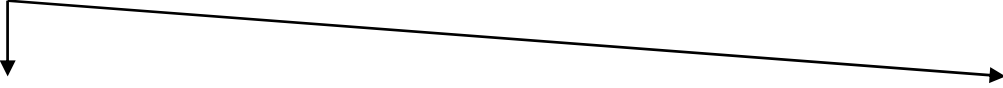
## WP 117 – Linee guida

Tali principi si traducono in una verifica di compatibilità dei *whistleblowing schemes* che si attua andando ad analizzare:



## **WP 117 – Linee guida** **(i) Fonte legittimante**

Al fine di verificare la liceità dell'adozione, dell'attuazione e del funzionamento dei *whistleblowing schemes*, è in primo luogo necessario verificare se il trattamento dei dati personali che ne consegue rientri in una delle ipotesi legittimanti previste dall'art. 7 della Direttiva 95/46/CE e, in particolare, se esso sia necessario:



per adempiere ad un obbligo di legge al quale il titolare del trattamento è tenuto

per il perseguimento di un interesse legittimo del titolare del trattamento ovvero di soggetti terzi ai quali i dati sono comunicati, sempreché, in tale seconda ipotesi, non risultino prevalenti i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato, in ossequio al principio di bilanciamento di interessi appena menzionato

## **WP 117 – Linee guida** **(i) Fonte legittimante (applicazione)**

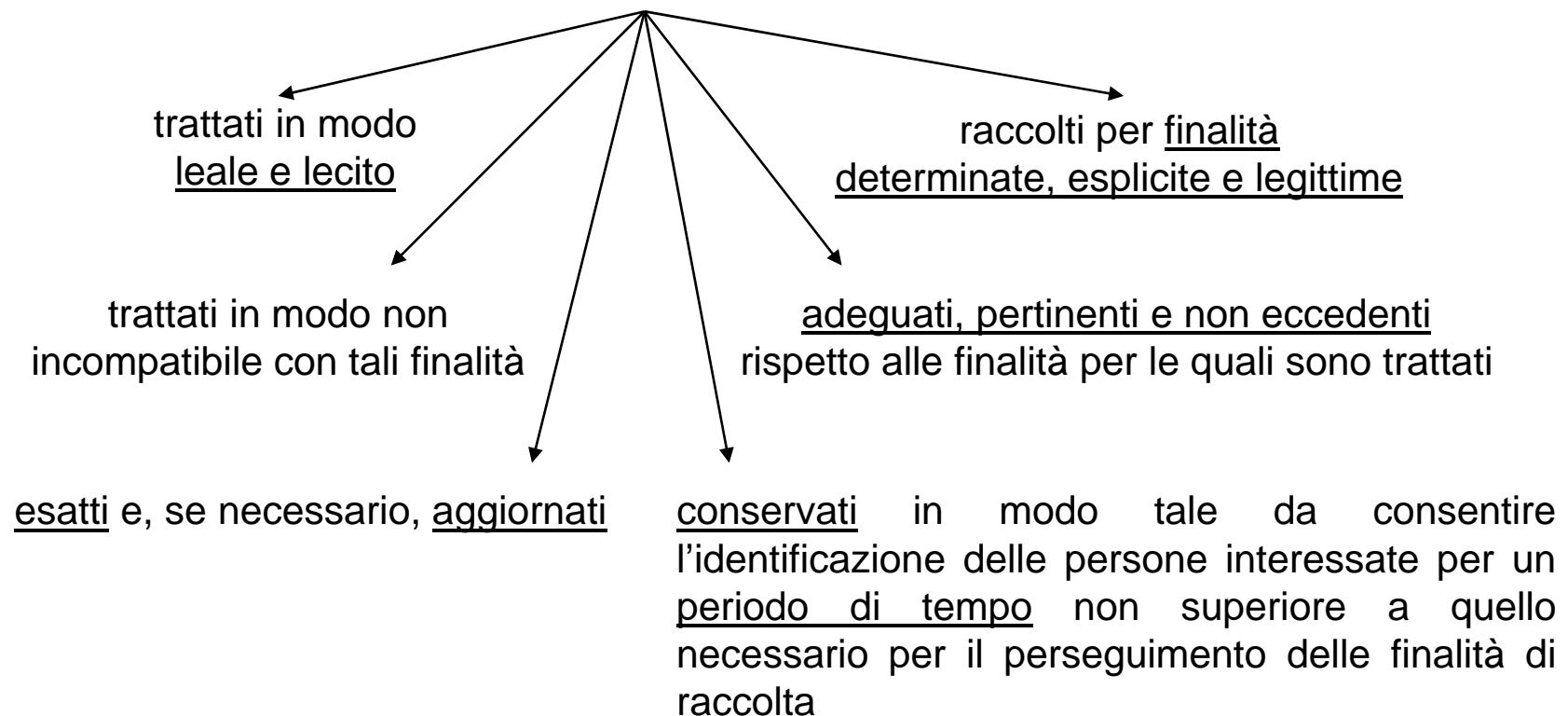
Sembrerebbe potersi sin d'ora affermare che l'adozione di *whistleblowing schemes*, ove rispettosi delle condizioni di cui in appresso, possa considerarsi legittimata nell'ordinamento italiano:

~~non tanto in ragione di una specifica fonte normativa (considerati i più ristretti ambiti applicativi, sia soggettivo che oggettivo, del D.Lgs. 231/2001 con il quale il Governo italiano ha attuato la delega ad esso attribuita dall'art. 11, L. 300/2000 di ratifica ed esecuzione delle Convenzioni OCSE e Unione europea contro la corruzione nel commercio internazionale e contro la frode ai danni della Comunità europea)~~

quanto piuttosto dalla identità di *ratio* sottesa, individuabile, come scritto, nella tutela del sistema economico nell'ambito del quale lo stesso soggetto giuridico chiamato all'attuazione di detti schemi opera

## WP 117 – Linee guida (ii) Qualità e proporzionalità

La Direttiva 95/46/CE prescrive all'art. 6, comma 1 (recepito dall'art. 11 del D.Lgs. 196/2003), che i dati personali siano:



## **WP 117 – Linee guida** **(ii) Qualità e proporzionalità (applicazione)**

Il Gruppo di lavoro offre quindi all'interprete alcune "chiavi di lettura" nell'implementazione dei *whistleblowing schemes* sintetizzabili nell'elenco che segue:

← verificare l'opportunità di limitare il novero dei soggetti che possono avere accesso al *whistleblowing scheme* in qualità di whistleblowers, da un lato, e di essere segnalati attraverso i medesimi, dall'altro, individuandoli preventivamente in ragione delle loro specifiche funzioni e posizioni aziendali

↓ definire preventivamente e con chiarezza il tipo di informazioni che possono essere oggetto di segnalazione e che oggetto di trattamento siano solo ed esclusivamente le informazioni necessarie per l'effettuazione degli accertamenti strettamente connessi

→ limitare l'accesso ai *whistleblowing schemes* tramite segnalazioni non anonime, sebbene effettuate su base strettamente confidenziale (pur ammettendo l'*anonymous complaints*, ma solo come eccezione alla regola dell'*identified reports*)

↓ definiscano precise indicazioni in merito al periodo di conservazione dei dati raccolti (periodo che, secondo il Gruppo di lavoro, non dovrebbe mai eccedere i 2 mesi dalla conclusione delle indagini)

## **WP 117 – Linee guida** **(iii) Trasparenza**

In ossequio all'art. 10 della Direttiva 95/46/CE (recepito dall'**art. 13** del D.Lgs. 196/2003), il Gruppo di lavoro suggerisce che l'implementazione dei *whistleblowing schemes* sia accompagnata da un'adeguata, completa e chiara informativa da fornire ai soggetti potenzialmente interessati e che tale *disclosure* sia rivolta:

- (i) non solo alla loro esistenza, finalità e funzionamento (compresa l'individuazione dell'organismo incaricato della raccolta delle segnalazioni);
- (ii) ma rappresenti anche il diritto di accesso, rettifica e cancellazione dei dati raccolti.

L'informativa dovrà altresì fornire adeguate rassicurazioni circa la confidenzialità con la quale saranno trattate le informazioni raccolte e che l'utilizzo in buona fede dei *whistleblowing schemes* porrà il *whistleblower* al riparo da qualsiasi azione da parte della società

## ***WP 117 – Linee guida*** ***(iv) Diritti dei soggetti segnalati***

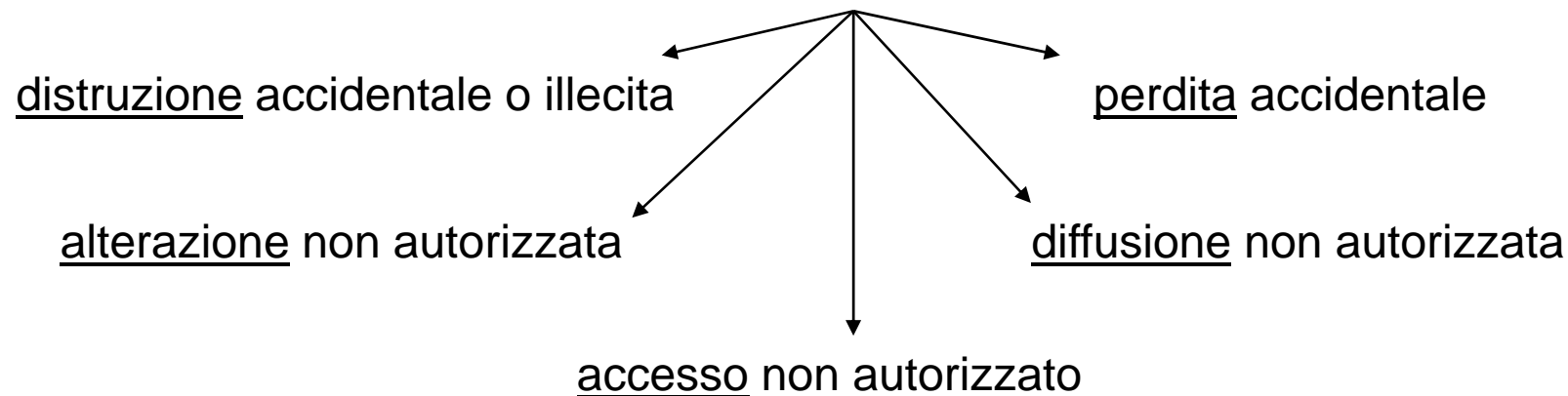
Il soggetto segnalato dovrà essere informato dall'organismo preposto non appena concretamente possibile, successivamente alla raccolta dei dati che lo riguardano.

Egli dovrà in particolare essere informato in merito all'organismo che ha in carica la segnalazione (soprattutto se la società ne ha organizzati più d'uno) e di quello/i che all'interno della società potranno riceverne notizia, i fatti per i quali è stato segnalato, nonché l'esistenza dei suoi diritti di accesso e rettifica e le modalità per esercitarli.

Soltanto ove si corra il concreto rischio che la suddetta informativa possa pregiudicare la possibilità da parte della società di investigare efficacemente sui fatti segnalati, questa (così come gli altri diritti) potrà essere ritardata sino al perdurare di tale rischio.

## **WP 117 – Linee guida** **(v) Sicurezza dei sistemi**

Conformemente a quanto stabilito dall'art. 17 della Direttiva 95/46/CE (recepito dagli **artt. 33 ss.** del D.Lgs. 196/2003), i soggetti che adottino i *whistleblowing schemes* dovranno attuare misure tecniche ed organizzative appropriate al fine di garantire la protezione dei dati personali da:



Alla luce della suddetta fondamentale prescrizione, alle procedure in esame dovrà essere specificamente dedicato personale adeguatamente istruito che sia posto in grado di trattare i dati raccolti con strumenti che rispondano ai requisiti di sicurezza prescritti (eventualmente anche in *outsourcing*).

## ***WP 117 – Linee guida (vi) Gestione delle procedure***

Sia che la società decida di gestire internamente i *whistleblowing schemes*, sia che ne esternalizzi la gestione, i soggetti preposti dovranno essere dotati, come già scritto, di una struttura adeguata per organizzazione e mezzi, specificamente istruiti e dedicati a tale funzione, nonché contrattualmente vincolati a severi obblighi di riservatezza e confidenzialità.

Il Gruppo di lavoro suggerisce che tali strutture siano del tutto autonome ed indipendenti rispetto al resto dell'organizzazione, alla stregua di quanto accade, ad esempio, per l'ufficio del personale.

Tale struttura (interna o esterna che sia) avrà l'obbligo di riferire soltanto e direttamente ai soggetti interni alla società dotati del potere di assumere le decisioni del caso, anch'essi vincolati ad impegni di riservatezza e confidenzialità.

Tutte dette caratteristiche risultano analoghe a quelle che devono essere proprie degli organismi di vigilanza di cui al D.Lgs. 231/2001.

## **WP 117 – Linee guida** **(vii) Trasferimento all'estero dei dati personali**

Poiché potrà accadere che i dati personali raccolti nell'ambito dei *whistleblowing schemes* debbano essere trasferiti verso Paesi non appartenenti all'Unione europea, in ragione del fatto che:

l'*outsourcer* eventualmente  
preposto dalla società ivi abbia  
la sede

le informazioni debbano essere verificate  
e/o valutate all'interno di gruppi  
multinazionali

il Gruppo di lavoro si è soffermato sull'applicazione degli artt. 25 e 26 della Direttiva 95/46/CE (recepiti dagli **artt. 42 ss.** del D.Lgs. 196/2003)

## ***WP 117 – Linee guida (viii) Autorità di vigilanza***

Il Gruppo di lavoro è, infine, consapevole del fatto che l'implementazione dei *whistleblowing schemes* dovrà essere valutata nei singoli Paesi membri alla luce dell'eventuale obbligo di notifica alle o controllo preventivo da parte delle Autorità di vigilanza in materia di protezione dei dati personali, alla stregua di quanto prescritto dall'art. 18 e dall'art. 20 della Direttiva 95/46/CE (recepiti dagli **artt. 37 ss.** del D.Lgs. 196/2003), rimettendo ai soggetti interessati una valutazione da effettuare, caso per caso, in base alle singole leggi nazionali di recepimento della Direttiva.

## ***Modelli societari di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati***

Alcuni dei tratti caratterizzanti i *whistleblowing schemes* non sono del tutto ignoti nel panorama normativo nazionale, avendovi fatto ingresso in applicazione dei generali principi di trasparenza e correttezza ai quali deve essere sempre più informato l'agire societario.

Il già citato D.Lgs. 231/2001, ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano la responsabilità in sede penale delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, che si aggiunge a quella della persona fisica che ha commesso il fatto illecito.

## ***D.Lgs. 231/2001 e i whistleblowing schemes***

L'organismo di vigilanza

può essere composto da uno o più membri

deve essere individuato all'interno della struttura societaria

deve rispondere ai requisiti di  
autonomia, indipendenza, professionalità e continuità di azione

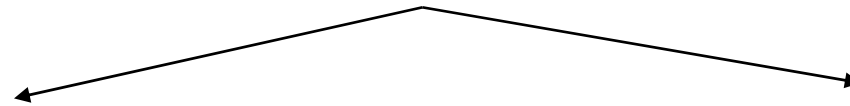
che assicurino l'idoneità del medesimo a vigilare

sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli adottati, nonché  
a verificarne costantemente l'aggiornamento e l'adeguamento  
sia rispetto alle novità normative  
sia con riferimento all'evoluzione della struttura aziendale

## ***D.Lgs. 231/2001 e i whistleblowing schemes***

Tra le caratteristiche che i modelli 231 devono soddisfare, vi è

la previsione di obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza



sia in una fase "fisiologica"  
(preventiva rispetto  
al compimento di reati)

consentendo una costante verifica circa  
il corretto funzionamento del modello  
adottato

sia in una eventuale fase "patologica"  
(una volta che  
il reato sia stato compiuto)

quando spetta all'organismo svolgere la  
relativa delicata attività di indagine ed  
accertamento circa l'accaduto

## ***D.Lgs. 231/2001 e i whistleblowing schemes***

Tale obbligo informativo dovrebbe gravare

non solo  
sui soggetti posti in posizione "apicale"

in relazione ai cui ambiti di attività sono  
state verosimilmente accertate le "zone di  
rischio" da sorvegliare

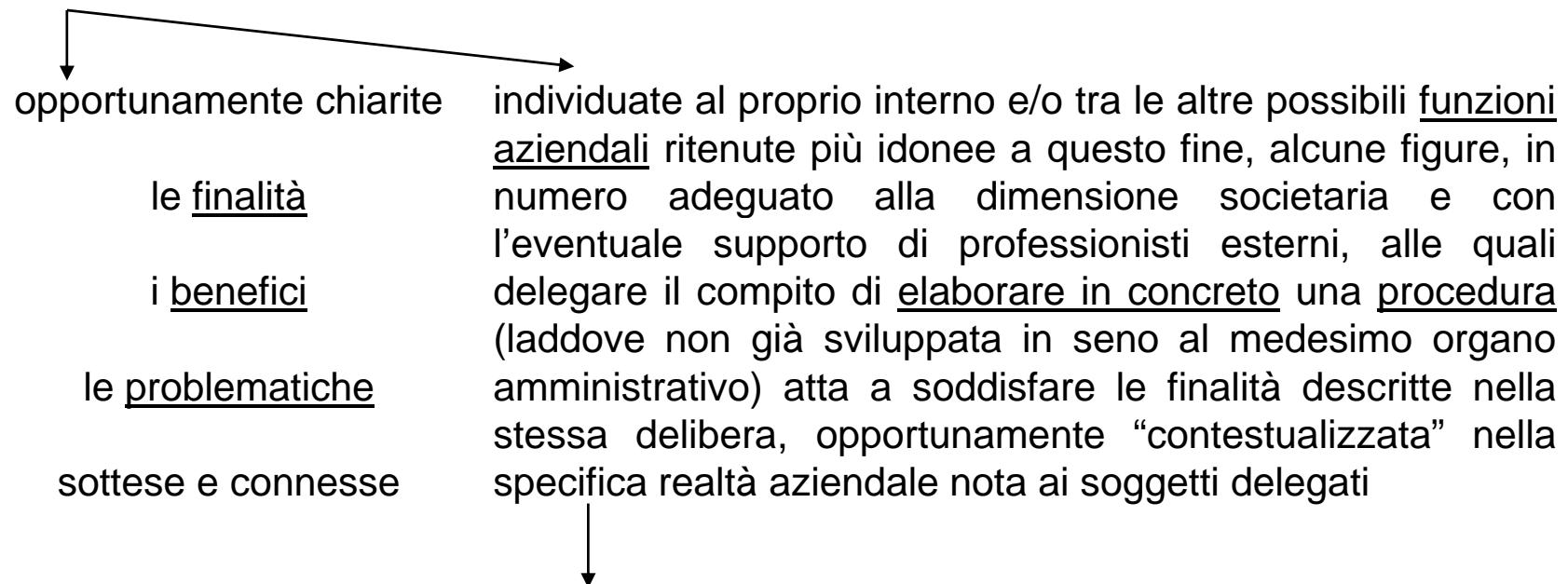
ma anche  
sui dipendenti

che in qualsiasi modo e momento  
possano venire a conoscenza di  
attività o comportamenti in  
contrasto con quanto prescritto in  
forza dei modelli di organizzazione  
e gestione adottati ai sensi del  
D.Lgs. 231/2001

## ***Adozione dei whistleblowing schemes e possibile ruolo degli amministratori indipendenti***

### Adozione di un *whistleblowing scheme*

delibera dell'organo amministrativo della società, nell'ambito della quale dovranno essere

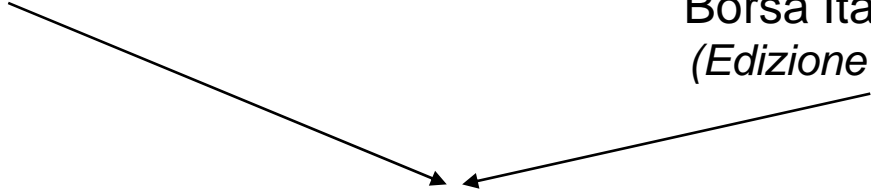


A queste stesse figure l'organo amministrativo potrà fare riferimento anche per quanto riguarda la funzione di supervisione in merito al generale funzionamento del *whistleblowing scheme*, sempre nel rispetto dell'autonomia e dell'indipendenza dei soggetti ad esso preposti

## ***Adozione dei whistleblowing schemes e possibile ruolo degli amministratori indipendenti***

Raccomandazione della Commissione  
2005/162/CE

“Codice di autodisciplina”  
Comitato per la *Corporate Governance*  
Borsa Italiana S.p.A.  
(Edizione marzo 2006)



per entrambi gli scopi di  
(1) elaborazione del *whistleblowing scheme* e  
(2) supervisione in merito al suo funzionamento

l'organo amministrativo  
(in particolare quello delle società di maggiori dimensioni)  
- con l'obiettivo di incrementare l'efficienza e l'efficacia dei propri lavori -  
potrà costituire specifici  
comitati aventi funzioni consultive e propositive

## ***Adozione dei whistleblowing schemes e possibile ruolo degli amministratori indipendenti***

Ruolo fondamentale è attribuito:

al “comitato per il controllo interno”

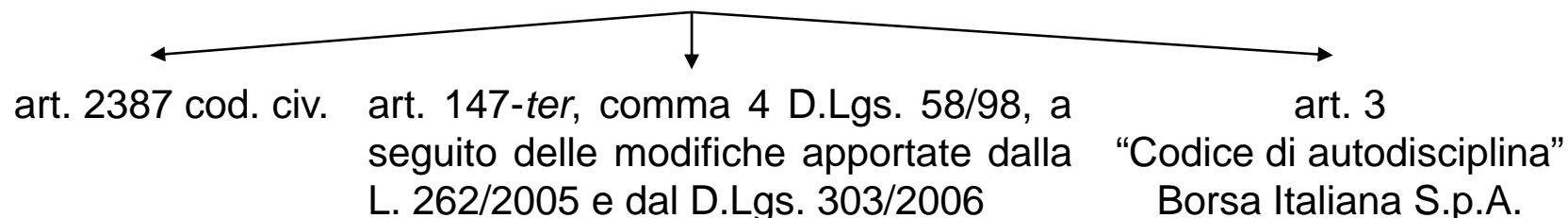
e, in un ottica “atomistica”  
agli amministratori “indipendenti”  
dei quali il comitato deve essere  
per la maggior parte, se non  
esclusivamente, composto

La Raccomandazione attribuisce al “comitato per il controllo interno” la funzione di:

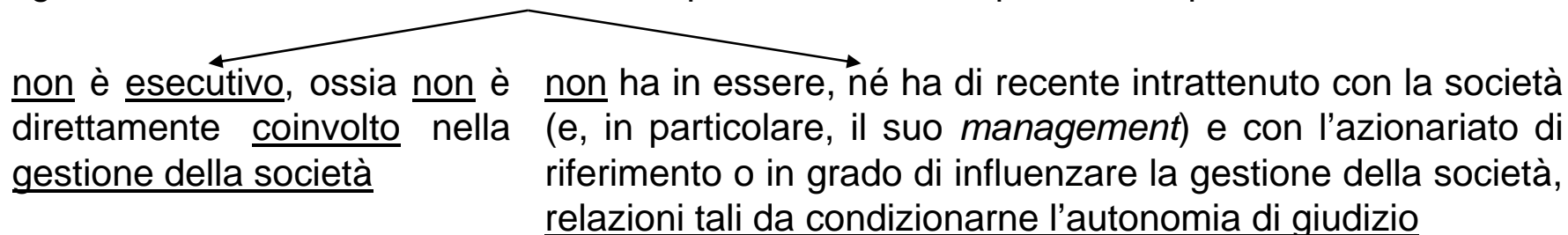
assistere il consiglio di amministrazione nel riesaminare periodicamente i sistemi di controllo interno e di gestione dei rischi, al fine di garantire che i rischi principali, ivi compresi quelli connessi al rispetto della legislazione e dei regolamenti aziendali esistenti, siano correttamente individuati, gestiti e resi noti ai rispettivi destinatari

## ***Adozione dei whistleblowing schemes e possibile ruolo degli amministratori indipendenti***

→ La figura e le caratteristiche dell'amministratore "indipendente" sono normate da:



Ai fini di tentare di valutare la correttezza dello specifico ruolo che si intende attribuire a tale figura, si ricorda che l'amministratore si qualifica come "indipendente" quando



La valutazione in merito all'"indipendenza", è rimessa al consiglio di amministrazione e deve essere svolta all'atto della nomina e, successivamente, con cadenza almeno annuale, essendo essa qualificabile come un requisito dinamico

## ***Adozione dei whistleblowing schemes e possibile ruolo degli amministratori indipendenti***

In ragione delle proprie funzioni di dialettica, di garanzia e di controllo



gli “amministratori indipendenti” devono fornire

un giudizio *super partes*, autonomo e non condizionato

per tutta la durata del loro incarico

La presenza di tali figure, chiamate a svolgere una costante attività di monitoraggio sulle deliberazioni consiliari e, in generale, sul management della società, dovrebbe facilitare ed essere di supporto ad una corretta ed imparziale gestione dell'impresa.

## ***Adozione dei whistleblowing schemes e possibile ruolo degli amministratori indipendenti***

In ragione di quanto sopra accennato, si ritiene che

tanto il “comitato per il controllo interno”

quanto l'“amministratore “indipendente”

per le posizioni apicali che ricoprono e  
per le accennate qualità che devono soddisfare

siano figure idonee per la funzione di supervisione dei *whistleblowing scheme*

## Conclusioni

L'esame sinora condotto fa ritenere che l'attuazione dei *whistleblowing schemes*, ove rispettosa dei principi sopra esposti, possa dirsi lecita. Appare infatti possibile introdurre procedure come quelle in esame, in ossequio dei principi di necessità, finalità, trasparenza, legittimità, proporzionalità ed accuratezza, necessari al fine di poter correttamente e positivamente esperire quel delicato processo di bilanciamento di interessi (o *balance of interest test*) di cui si è sinora parlato.

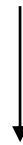
Risolte in senso positivo, almeno in via astratta, le questioni di ordine giuridico alle quali si è sinora fatto cenno, risulta comunque assai arduo pronosticare l'utilizzo effettivo dei *whistleblowing scheme* nel contesto societario italiano.

Ciò che rende tale previsione particolarmente difficile da compiere, è l'assoluta assenza di esperienze in tal senso nel panorama nazionale (ad esclusione dei più "limitati" modelli di organizzazione e di gestione ai sensi del D.Lgs. 231/2001), addirittura desolante se messo a confronto con il mondo statunitense nel quale tali procedure sono a tal punto note ed utilizzate da aver portato alla nascita di organizzazioni che offrono specifici programmi a supporto, anche finanziario, dei *whistleblowers*.

## Conclusioni

Sia consentita un'ultima notazione

Ai timori di “crisi di rigetto” da parte degli organismi societari nei quali siano innestati troppi e troppo repentinamente elementi (fatti di procedure e soggetti alla stregua di quelli descritti) ad essi sinora estranei, soprattutto in ragione della circostanza che a questi si guardi come centri di costo, lontani dal vero e proprio ciclo produttivo aziendale, potrebbe risponderci con



una efficace “terapia” consistente nell'accompagnare detti interventi ad un'evoluzione di carattere culturale originante da una ferma e chiara volontà espressa in tal senso da parte dei vertici aziendali, i quali dovranno farsi promotori con il *management* e l'organico dei dipendenti di una costante (e coerente) attività di *moral suasion*.