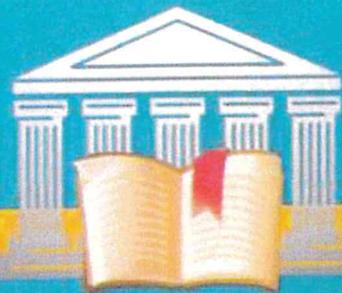


TeLex Anie

NOVITÀ LEGISLATIVE E GIURISPRUDENZIALI



Segnalazioni giuridiche a cura
del Servizio Centrale Legale

N. 1 Anno XXIII
Gennaio 2018

APPALTI PUBBLICI

NELL'IPOTESI IN CUI AGGIUDICATARIO DI UNA GARA SIA UN CONSORZIO STABILE QUAL È IL SOGGETTO LEGITTIMATO A STIPULARE EVENTUALI CONTRATTI DI SUBAPPALTO, IL CONSORZIO STESSO O UNA DELLE IMPRESE CONSORZIATE?

A norma del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016) il Subappalto, come disciplinato dall'art. 105, è il contratto a mezzo del quale l'operatore economico, aggiudicatario della procedura, affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni.

L'articolo in commento, nell'individuare il soggetto titolare del contratto di appalto, fa riferimento genericamente all'operatore economico ricomprendendo, in forza dell'implicito richiamo all'art. 45, co.2, lett. c), il Consorzio nel novero dei soggetti legittimati ad affidare parte delle prestazioni in subappalto.

Ciò perché l'art. 45 al comma 2, lett. c) stabilisce che rientrano nella definizione di operatori economici: *“i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro”*.

Pur ricomprendendo il consorzio tra i soggetti legittimati a stipulare subappalti il Codice non chiarisce se dovrà essere lo stesso consorzio – in quanto soggetto giuridico autonomo – o uno dei consorziati a sottoscrivere materialmente il contratto.

Tuttavia l'Autorità è intervenuta di recente sulla questione (con delibera 208 del 1.03.2017) ritenendo il Consorzio *“l'unico soggetto legittimato ad affidare attività in subappalto”* ciò perché, dal punto di vista giuridico, quest'ultimo opera – rispetto alle singole consorziate – sulla base di un rapporto organico.

L'Autorità nella citata delibera, richiamando la giurisprudenza sul tema, specifica che: *“non è dubitabile che il consorzio sia l'unico soggetto interlocutore dell'amministrazione appaltante, che in quanto tale partecipa alla procedura non come mandatario ma ex se come portatore di un interesse proprio, anche se finalisticamente collegato allo scopo mutualistico delle consorziate, destinato ad assumere la veste di parte del contratto, con relativa assunzione in proprio di tutti gli obblighi, gli oneri e le responsabilità (C.d.S., Sent. N. 2183/2003)”*.

Ferma restando l'impossibilità di sottoscrivere contratti di subappalto, resta comunque in capo alle singole consorziate la facoltà di stipulare sub-contratti (non

avendo questi ultimi natura di subappalto a norma dell'art. 105, D.Lgs. 50/2016).

Tutto ciò premesso in presenza di un Consorzio stabile quest'ultimo sarà il soggetto deputato a sottoscrivere il contratto di subappalto.

Servizio Centrale Appalti ANIE

CONCORRENZA

ANTITRUST E MECCANISMO DI FINANZIAMENTO DELL'AGCM - LA CONSULTA CONFERMA LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL CONTRIBUTO ANNUALE IMPOSTO ALLE IMPRESE PER IL FUNZIONAMENTO DELL'AGCM

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 269 del 7 novembre 2017, pubblicata il successivo 14 dicembre, ha dichiarato la legittimità, rispetto ai principi costituzionali di eguaglianza, capacità contributiva e progressività del tributo nonché rispetto al limite della riserva di legge in caso di prestazioni patrimoniali imposte ai privati, della normativa sui contributi per il funzionamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (*AGCM*).

La Consulta è stata investita di tali questioni a seguito di due distinte ordinanze (rispettivamente di maggio ed ottobre 2016) della Commissione tributaria provinciale di Roma (*Commissione*), dinanzi alla quale pendono altrettanti ricorsi di due imprese avverso i provvedimenti mediante cui l'AGCM ha risposto negativamente alle richieste di rimborso dei contributi annuali versati dalle stesse società.

La disciplina in esame è quella di cui all'art. 10, comma 7-ter, della L. 287/1990 (la legge antitrust italiana), come modificato dal DL 1/2002 (successivamente convertito in legge). Tale norma, sostituendo il precedente sistema di finanziamento dell'AGCM (basato su una pluralità di introiti, ivi incluse le c.d. *filing fee* in caso di notifica di concentrazioni), prevede che *“...[a] l'onere derivante dal funzionamento dell'Autorità [...] si provvede mediante un contributo di importo pari allo 0,08 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato dalle società di capitale, con ricavi totali superiori a 50 milioni di euro [...]. La soglia massima di contribuzione a carico di ciascuna impresa non può essere superiore a cento volte la misura minima”*. Il contributo, come chiarito dal successivo comma 7-quater, è dovuto annualmente entro il 31 luglio.

In sintesi, la Corte Costituzionale, dopo aver disposto la riunione dei giudizi:

- ha escluso l'inammissibilità delle questioni per difetto di giurisdizione della Commissione. Al riguardo,

la Consulta ha ricordato come tale difetto sia rilevante per il proprio sindacato solo ove esso sia macroscopico o manifesto, essendo altrimenti la relativa valutazione riservata al giudice rimettente. Nel caso di specie, è pertanto sufficiente che “...i giudici a quibus abbiano adeguatamente assolto all'onere di motivare sulla propria giurisdizione...”, segnatamente facendo leva sulla natura di tributo del contributo all'AGCM (mentre l'Avvocatura dello Stato ha sostenuto la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 del codice del processo amministrativo, relativo all'impugnazione dei provvedimenti delle autorità indipendenti);

- ha dichiarato inammissibile la prima delle due ordinanze sopra citate, posto che in tal caso la Commissione aveva “...invertito l'esame delle questioni proposte dal ricorrente...”, al contrario di quanto invece avvenuto nella seconda rimessione (che era stata preceduta da una deliberazione preliminare, conclusa in senso negativo, circa la lamentata contrarietà della citata normativa sul contributo rispetto ai principi comunitari di libertà di stabilimento e prestazione di servizi). La prima “...ordinanza di rimessione, invece, non solo non ha speso alcuna considerazione in merito alla denunciata violazione di diritto dell'Unione europea, ma ha anzi espressamente affermato di doverla posticipare all'esito della decisione di questa Corte sulle questioni di legittimità costituzionale prospettate con riferimento a parametri interni. Così facendo, l'ordinanza non si esprime sull'applicabilità delle disposizioni censurate nel giudizio a quo e, quindi, risulta priva di motivazione sulla rilevanza”;

- rispetto al motivo con i quali si contestava che il contributo in parola è imposto alle imprese (con un fatturato superiore a euro 50 milioni) e non anche ad altri destinatari o beneficiari dell'attività dell'AGCM (quali pure i consumatori e le pubbliche amministrazioni), e pertanto era discriminatorio, ha osservato come “...le imprese che si contraddistinguono per una presenza significativa sui mercati, perché dotate di una particolare struttura e perché caratterizzate da una rilevante dimensione economica [...] in base all'id quod plerumque accidit, sono le destinatarie prevalenti dell'attività dell'Autorità medesima e, quindi, le maggiori responsabili della relativa spesa. Alla luce di tale ratio la selezione legislativa dei soggetti tenuti alla contribuzione non appare né arbitraria, né irragionevole”;

- per ragioni simili, ha accettato come ragionevole, alla luce dell'ampia discrezionalità spettante al legislatore (anche in sede tributaria), la scelta di riferirsi al fatturato, e non ad altri indici (quale l'utile), come parametro rilevante;

- quanto all'asserita violazione del principio di progressività del tributo, in ragione della soglia massima sopra richiamata, oltre a rammentare che questo

principio si riferisce all'ordinamento tributario nel suo complesso e non alla singola imposta, ha osservato come la *ratio* della soglia in parola “...sia quella di contenere il carico economico posto a carico del singolo operatore e quella di evitare che alcuni operatori possano trasformarsi in “super-finanziatori” dell'Autorità, finendo per comprometterne di fatto l'indipendenza”;

- rispetto, infine, al tema della asserita violazione di legge, ha ritenuto che la previsione legislativa di cui al citato art. 7-*quater* (“...eventuali variazioni della misura e delle modalità di contribuzione possono essere adottate dall'Autorità medesima con propria deliberazione, nel limite massimo dello 0,5 per mille del fatturato risultante dal bilancio approvato precedentemente all'adozione della delibera, ferma restando la soglia massima di contribuzione...”), risponda a “...razionali ed adeguati criteri per la concreta individuazione dell'onere imposto al soggetto nell'interesse generale”.

Il contenzioso torna quindi ora dinanzi alla Commissione, chiamata a giudicare – alla luce delle prescrizioni della Consulta – circa la legittimità del contributo.

Avv. Alessandro Di Giò
Freshfields Bruckhaus Deringer

ANTITRUST E PROCEDIMENTI PENALI – L'AGCM FIRMA DUE PROTOCOLLI DI INTESA CON LE PROCURE DI ROMA E MILANO

In data 10 e 11 gennaio, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (*AGCM*) ha firmato due protocolli d'intesa con le Procure della Repubblica di Roma e Milano (insieme, le *Procure*). Tali protocolli sono stati conclusi con l'obiettivo di aumentare il grado di efficacia delle misure volte alla prevenzione e al contrasto della corruzione nella Pubblica Amministrazione nonché dell'azione a tutela del buon funzionamento del mercato.

L'ambito di collaborazione tra Procure e AGCM riguarda le istruttorie per violazioni della normativa antitrust, l'attività di cui all'art. 21 *bis* della l. 287/1990 (riguardante il potere dell'AGCM di impugnare davanti al giudice amministrativo i provvedimenti delle varie amministrazioni pubbliche che si pongono in contrasto con la disciplina antitrust), nonché i procedimenti in materia di tutela del consumatore. La collaborazione riguarderà in particolare un più rapido e maggiore scambio di informazioni tra l'AGCM e le Procure.

In particolare, con riguardo ai procedimenti istruttori di competenza dell'AGCM, la Procura potrà inviare (anche su richiesta della stessa AGCM), copia di una serie di atti quali le richieste di applicazione di misure cautelari ovvero i provvedimenti di rinvio a giudizio,

corredate dai conseguenti atti investigativi (ove ostensibili). Ciò con riguardo a quei reati che interessano il corretto funzionamento del mercato, quali – ad esempio – la turbativa d’asta, oppure che incidono in misura rilevante sugli interessi economici dei consumatori, come la truffa (art. 640 c.p.), nei casi in cui per natura, impatto e dimensione della condotta riguarda la generalità dei consumatori.

Dall’altro lato, qualora la Procura (anche tramite gli Uffici di Polizia Giudiziaria), richiedesse all’AGCM informazioni o documentazione volte a conoscere eventuali attività espletate o provvedimenti resi dall’AGCM in relazione al caso oggetto di indagine, l’AGCM trasmetterà tempestivamente le informazioni richieste. Come indicato nei due protocolli di intesa, tali richieste potranno riguardare anche la fase pre-istruttoria.

Di particolare rilievo appare la previsione che qualora le richieste della procura avessero ad oggetto la documentazione inerente una domanda di clemenza, previa tempestiva informativa, “[l’AGCM e le Procure] *si coordinano al fine di salvaguardare l’efficacia delle rispettive indagini...*”.

Nei casi di istruttorie, sia in materia di tutela della concorrenza sia di tutela del consumatore, da cui emergono condotte avanti rilievo penale, l’AGCM, fuori dai casi di comunicazioni anonime, ne darà comunicazione senza indugio alla Procura e, successivamente, comunicherà gli esiti dei propri accertamenti, corredati dagli atti istruttori, al fine di consentire un tempestivo avvio delle indagini.

Come indicato nei due protocolli, sarà (ovviamente) necessaria un’attività di coordinamento tra l’AGCM e le Procure al fine di non compromettere il c.d. effetto sorpresa delle attività giudiziarie o amministrative. In particolare, l’AGCM “...*informa tempestivamente la Procura delle domande di clemenza ricevute da cui emergano fatti delittuosi contro la Pubblica Amministrazione, procedendo ad un coordinamento al fine di salvaguardare l’efficacia del programma di clemenza e la speditezza delle indagine penali...*”.

I protocolli hanno durata quinquennale (rinnovabile). L’AGCM e le Procure si sono impegnate ad incontrarsi almeno a cadenza annuale per verificare lo stato di attuazione dei protocolli.

*Avv. Jacopo Pelucchi
Freshfields Bruckhaus Deringer*

CONTRATTUALISTICA

RITARDI NEI PAGAMENTI: PUBBLICATO IL TASSO DI RIFERIMENTO PER CALCOLARE GLI INTERESSI LEGALI DI MORA PER IL PRIMO SEMESTRE 2018

Sulla Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.17 del 22 gennaio 2018 è stato pubblicato il tasso di riferimento da considerare per calcolare gli interessi nei casi di ritardi nei pagamenti, secondo quanto prevede il D. Lgs. n. 231/2002, come modificato dal D. Lgs. 192/2012, di attuazione rispettivamente della direttiva 2000/35/CE e della direttiva 2011/7/CE, entrambe relative alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Per il semestre 1° gennaio - 30 giugno 2018 tale tasso è pari allo 0% cui, secondo quanto prevede la citata normativa, vanno aggiunti **8 punti** percentuali per i contratti conclusi a partire dal 1° gennaio 2013, per un interesse di mora complessivo pari, dunque, all'8% ^(*).

Le aziende associate possono scaricare un riepilogo dei tassi fissati dall'entrata in vigore della normativa sui ritardi nei pagamenti fino ad oggi, accedendo alla seguente **pagina del sito ANIE**: [clicca qui per accedere alla pagina del sito ANIE dove scaricare il riepilogo dei tassi](#)

LEGISLAZIONE OSSERVATORIO

BONUS FISCALE PER RISTRUTTURAZIONI EDILIZIE ED ECO BONUS

Si segnala che la Legge di Bilancio 2018 (Legge 205/2017) ha prorogato fino al 31 dicembre 2018 sia le detrazioni fiscali per le spese di ristrutturazione edilizia sia quelle per gli interventi di riqualificazione energetica degli edifici ([clicca qui per accedere alle News già pubblicate sul sito ANIE](#))

PRIVACY

ADEGUAMENTO AL GDPR: NOVITÀ DELLA LEGGE DI BILANCIO 2018

La Legge di Bilancio 2018 (legge n. 205/2017) ha introdotto alcune misure in tema di privacy (art. 1, commi da 1020 a 1025), con l'obiettivo di adeguare l'ordinamento interno al nuovo Regolamento UE sulla protezione dei dati personali (GDPR). In particolare, le nuove misure:

- prevedono l'adozione entro il 28 febbraio 2018 di un provvedimento del Garante privacy sulle modalità attraverso le quali l'Autorità vigilerà sull'applicazione del GDPR, con particolare riguardo all'interoperabilità degli strumenti per mettere a disposizione dell'interessato i dati trattati con mezzi automatizzati (es. in caso di esercizio del diritto alla portabilità dei dati);
- introducono un controllo dell'Autorità sui trattamenti finalizzati al perseguimento di un interesse legittimo del titolare e realizzati con strumenti tecnologici o automatizzati. In questi casi, infatti, il trattamento deve essere preventivamente comunicato al Garante privacy che, nei successivi 15 giorni lavorativi, effettuerà un'istruttoria e, in base alle circostanze, abiliterà, rinvierà ovvero inibirà il trattamento; trascorsi i predetti 15 giorni senza una risposta da parte del Garante privacy, il titolare può procedere al trattamento.

Ai fini di tale controllo, viene prevista l'adozione entro il 28 febbraio 2018 da parte dell'Autorità di linee guida o buone prassi in tema di trattamento dei dati personali fondato su un legittimo interesse, nonché del modello di comunicazione del trattamento al Garante privacy.

IMPATTO DEL NUOVO REGOLAMENTO UE 2016/679 SULLA VIDEOSORVEGLIANZA

Con la piena applicazione del Regolamento UE 2016/679 (c.d. GDPR General Data Protection Regulation), che avverrà il 25 maggio 2018, il Titolare del trattamento è non solo responsabile dell'applicazione e del rispetto dei principi in tema di protezione dei dati personali, ma dovrà anche dimostrare che il trattamento dei dati personali è effettuato nel rispetto della normativa (c.d. responsabilizzazione o "accountability").

Ciò vale anche nel caso della videosorveglianza, che costituisce una particolare forma di trattamento di dati personali, talvolta anche sensibili, come nel caso di ospedali e case di cura.

La raccolta, la registrazione, la conservazione e, in generale, l'utilizzo di immagini attraverso un sistema di videosorveglianza configura un trattamento di dati personali (art. 4, comma 1, lett. b), del D.Lgs. n.196/2003) che deve essere "valutato" sotto il profilo del rispetto della disciplina e dei principi in tema di protezione dei dati personali.

Pertanto, il Titolare del trattamento dovrà, prima di installare un sistema di videosorveglianza, valutarne la sua compliance normativa, anche in riferimento alle prescrizioni contenute nell'articolo 4 dello statuto dei Lavoratori, e a quelle contenute nel Provv. Generale dell'Autorità Garante in tema di videosorveglianza 08 aprile 2010, provvedimento che, ricordiamo, ha natura "prescrittiva", in quanto emanato ai sensi dell'art. 154, comma 1, lett. c) del Codice Privacy e, quindi, assoggettato alle sanzioni di cui all'art. 162, comma 2-ter del Codice.

Con l'introduzione da parte del GDPR dell'istituto della data protection impact assessment (art. 35 GDPR), il Titolare del trattamento dovrà condurre una specifica valutazione quando il trattamento comporti "rischi elevati per i diritti e le libertà delle persone" (art. 35, paragrafo 1, GDPR).

Tra le ipotesi contemplate dalla normativa, che fanno "scattare" l'obbligo della DPIA, rientrano i trattamenti di dati sensibili o giudiziari, nonché i casi di trattamenti automatizzati. Sotto quest'ultimo profilo, i sistemi di videosorveglianza c.d. "intelligente" prevedono l'adozione di algoritmi alla base di sofisticate analisi video in grado di ledere, se non addirittura, di eliminare ogni sorta di libertà individuale dell'individuo. In questi casi andrà condotta una valutazione d'impatto privacy i cui contenuti sono indicati nell'articolo 35 e recentemente specificati dal gruppo dei garanti europei (Article 29 Working Party – Guidelines on Data

Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is "likely to result in a high risk" for the purposes of Regulation 2016/679, adopted on 4 Aprile 2017, as last revised and adopted on 4 October 2017.)

Allo scopo di fornire indicazioni più concrete rispetto ai trattamenti che richiedono una DPIA a causa del rischio inerentemente elevato, e tenendo conto degli elementi specifici contenuti negli articoli 35, paragrafo 1, e 35, paragrafo 3, lettere a)-c), nonché degli elenchi di cui è prevista l'adozione a livello nazionale in base all'art. 35, paragrafo 4, dei considerando 71, 75 e 91, e degli altri riferimenti contenuti nel regolamento a trattamenti "che possono presentare un rischio elevato" ⁽¹⁾, il WP 248 ha reso noto nove criteri per "capire" se è necessario o meno condurre una DPIA.

Tra questi criteri, quelli previsti dai numeri 3 e 8 si prestano in modo particolare ad essere applicati alla videosorveglianza:

CRITERIO N. 3 - Monitoraggio sistematico: trattamenti utilizzati per osservare, monitorare o controllare gli interessati, compresa la raccolta di dati attraverso reti o "la sorveglianza sistematica di un'area accessibile al pubblico" (art. 35, par. 3, lettera c) ⁽²⁾.

Questa tipologia di monitoraggio costituisce un criterio, ai fini della DPIA, in quanto la raccolta di dati personali può avvenire in circostanze tali da non consentire agli interessati di comprendere chi vi stia procedendo e per quali finalità. Inoltre, è di fatto impossibile per gli interessati sottrarsi a questa tipologia di trattamenti in aree pubbliche (o pubblicamente accessibili).

CRITERIO N. 8 - Utilizzi innovativi o applicazione di nuove soluzioni tecnologiche o organizzative, come l'associazione fra tecniche dattiloscopiche e riconoscimento del volto per migliorare il controllo degli accessi fisici, e così via. Il regolamento chiarisce (art. 35, paragrafo 1, e considerando 89 e 91) che l'utilizzo di una nuova tecnologia, definito "in conformità con il grado di conoscenze tecnologiche raggiunto" (considerando 91), può comportare l'obbligo di condurre una DPIA, in quanto il ricorso a una nuova tecnologia può generare forme innovative di raccolta e utilizzo dei dati cui può associarsi un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone. Nei fatti, le conseguenze sul piano individuale e sociale del ricorso a una nuova tecnologia sono talora ignote. La DPIA aiuterà il titolare a comprendere e gestire tali rischi. Per esempio, alcune applicazioni legate all' "Internet delle cose" potrebbero avere impatti significativi sulla vita privata e le abitudini delle persone, e, quindi, necessitare di una DPIA.

L'applicazione dei suindicati criteri, precisano i garanti europei, consente di ritenere necessaria una DPIA, ad esempio, nel caso dell'utilizzo di un sistema di videosorveglianza per il controllo del traffico autostradale, nel quale il Titolare preveda di utilizzare un sistema intelligente di analisi delle immagini per l'individuazione dei veicoli e il riconoscimento automatico delle targhe.

In conclusione, se all'esito della DPIA, il rischio per le libertà fondamentali della persona fisica risulta non elevato, il Titolare potrà inserire il trattamento in parola nel nuovo Registro delle attività di trattamento di cui all'articolo 30 del GDPR.

Note:

1 Si vedano, per esempio, i considerando 75, 76, 92, 116.

2 L'interpretazione del termine "sistematico" fornita dal WP29 (si vedano le "Linee-guida sul responsabile della protezione dei dati" (16/EN WP243)) è la seguente:

- che avviene per sistema;
- predeterminato, organizzato o metodico;
- che ha luogo nell'ambito di un progetto complessivo di raccolta di dati;
- svolto nell'ambito di una strategia.

Il WP29 interpreta l'espressione "area accessibile al pubblico" nel senso di un luogo aperto alla generalità delle persone, per esempio una piazza, un centro commerciale, una strada, una biblioteca pubblica.

*Avv. Marco Soffientini
Studio Legale Rosadi Soffientini Associati*

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Antonietta Portaluri

REDAZIONE

Alessandra Toncelli – Mirella Cignoni – Mattia Ciribifera

LA REDAZIONE RINGRAZIA PER LA COLLABORAZIONE

Avv. Alessandro Di Giò, Avv. Jacopo Pelucchi, Freshfields Bruckhaus Deringer (Milano) - Avv. Dario Paschetta, Prof. Avv. Aldo Frignani, Frignani Virano e Associati Studio Legale (Torino – Milano – Roma – Bologna) - Avv. Marco Soffientini, Studio Legale Rosadi Soffientini Associati (Arezzo)

Proprietario ed editore:
Federazione ANIE
Viale Lancetti 43, 20158, MI
Telefono (02) 3264.1
Direttore Responsabile
Maria Antonietta Portaluri
Registrazione del Tribunale
di Milano al n° 116 del
19/2/1996

TeLex Anie



FEDERAZIONE NAZIONALE
IMPRESSE ELETTROTECNICHE
ED ELETTRONICHE



Pubblicazione a cura di:
Servizio Centrale Legale
Viale Lancetti 43, 20158, MI
Telefono (02) 3264.246
e-mail legale@anie.it
Diffusione via web www.anie.it

LA DISCIPLINA IN MATERIA DI WHISTLEBLOWING

Indice

1. L'iter legislativo
2. La disciplina del settore privato (articolo 2)
 - i. *Le disposizioni in materia lavoristica*
 - ii. *Il destinatario delle segnalazioni: prime considerazioni*

1. L'iter legislativo

Il 29 dicembre 2017 è entrata in vigore la legge n. 179 recante "*Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato*" (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 291 del 14 dicembre 2017).

La legge mira a incentivare la collaborazione dei lavoratori per favorire l'emersione dei fenomeni corruttivi all'interno di enti pubblici e privati. L'introduzione di una disciplina *ad hoc* sul fenomeno del c.d. whistleblowing recepisce l'invito, rivolto all'Italia da alcuni organismi internazionali impegnati sul fronte anticorruzione, a rafforzare l'azione di prevenzione e contrasto di questo fenomeno, anche con la previsione di sistemi che consentono ai lavoratori di segnalare in condizioni di sicurezza gli eventuali illeciti di cui vengono a conoscenza. Alcuni anni fa, ad esempio, si è espressa in tal senso anche la Commissione UE nella *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, pubblicata nel mese di febbraio 2014.

L'approvazione definitiva è intervenuta a distanza di due anni dalla presentazione della proposta di legge presso la Camera.

Al termine del lungo iter legislativo risulta confermata la struttura del provvedimento, che distingue la disciplina del settore pubblico (art. 1) da quella del settore privato (art. 2), ed è stata integrata la disposizione sull'obbligo del segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale (art. 3).

Confindustria, insieme al sistema associativo, ha monitorato il provvedimento sin dalla presentazione e ne ha condiviso le finalità, evidenziando al contempo i profili critici e i possibili correttivi.

Anche in occasione dell'Audizione presso la Camera dei Deputati, nel 2015, Confindustria ha evidenziato che l'implementazione di meccanismi di protezione del denunciante da eventuali ritorsioni rappresenta un forte incentivo all'emersione di pratiche illegali realizzate all'interno dell'ente, che resterebbero altrimenti sommerse. Il whistleblower va quindi individuato come il soggetto che contribuisce a ripristinare la legalità nell'ente di appartenenza.

Tuttavia, il testo originario delineava per il settore privato una disciplina caratterizzata dalla forte matrice pubblicistica, poco coerente con prassi e normative di tale settore, e da un'eccessiva articolazione dei contenuti che avrebbe lasciato uno spazio molto ridotto alle scelte organizzative delle imprese.

Durante le successive fasi parlamentari di esame del testo sono state recepite alcune proposte di Confindustria che hanno consentito sia di migliorare l'assetto della disciplina (su cui vedi *infra*), anche mediante l'inserimento di elementi idonei a ridurre il rischio di denunce pretestuose, sia di individuare in via definitiva l'ambito soggettivo di operatività della nuova normativa (art. 2) negli enti che intendono istituire un sistema di prevenzione degli illeciti ai sensi del D. lgs. n. 231/2001, c.d. decreto 231.

Pertanto, nel complesso, i correttivi apportati alla disciplina del settore privato hanno determinato il superamento di alcune importanti criticità del testo originario.

In ogni caso, permane un'impostazione tesa a proteggere il soggetto segnalante in misura prevalente rispetto a quello segnalato. Per evitare eccessivi squilibri in fase applicativa, ad esempio, l'esigenza di tutelare la riservatezza dell'identità del primo dovrebbe essere temperata con quella di salvaguardare il diritto di difesa del segnalato, nel caso in cui la segnalazione sia abusiva. Infatti, il diritto di difesa del segnalato potrà essere pienamente esercitato solo dopo aver individuato l'identità del denunciante e accertato l'eventuale natura abusiva della segnalazione; tuttavia, nelle more della definizione del giudizio, la posizione del soggetto segnalato rischia di essere compromessa, quanto meno sul piano reputazionale.

Confindustria monitorerà la fase applicativa della nuova disciplina che, in definitiva, può contribuire a sensibilizzare le imprese sull'importanza di puntare anche sulla collaborazione delle risorse per creare un sistema efficace di prevenzione degli illeciti, anche corruttivi. Peraltro, in questa stessa ottica si pone l'iniziativa su cui Confindustria sta lavorando per supportare anche le imprese con una ridotta complessità organizzativa a implementare alcune misure anticorruzione non obbligatorie per legge, che possono includere anche meccanismi più agili di gestione del whistleblowing.

Nei paragrafi che seguono si illustrano i principali contenuti della legge n. 179/17 di maggiore interesse per le imprese.

2. La disciplina del settore privato (articolo 2)

Per quanto riguarda il settore privato, l'articolo 2 della legge n. 179/17 interviene sul decreto 231 e inserisce all'articolo 6 ("*Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*") una nuova previsione che inquadra nell'ambito del modello organizzativo 231 (di seguito, anche MO) le misure legate alla presentazione e gestione delle segnalazioni.

Di conseguenza, la legge prevede per le imprese che adottano il MO l'obbligo di dare attuazione anche alle nuove misure; mentre non sussistono elementi per ritenere che sia stato introdotto anche il più ampio obbligo di adottare il modello organizzativo.

In particolare, ai sensi del nuovo comma 2-*bis*, il MO prevede le seguenti misure aggiuntive.

a. Uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere a) e b), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; tali canali garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione;

b. almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante.

Prima degli ultimi correttivi, il testo introduceva l'obbligo di soggetti apicali e sottoposti di effettuare le segnalazioni. Questa previsione, tuttavia, risultava poco coerente sia con la natura volontaria delle denunce tipicamente riconducibili al fenomeno del whistleblowing, sia con l'impostazione del decreto 231 che mira a indicare le esigenze cui il modello organizzativo deve rispondere e non, invece, a predeterminare i contenuti del modello stesso. Inoltre, sarebbe stato estremamente difficile verificare il rispetto di tale obbligo e sanzionarne le eventuali violazioni.

Per riallineare la nuova disciplina del whistleblowing con il decreto 231 Confindustria ha proposto, innanzitutto, di eliminare il riferimento all'obbligo di segnalazione come contenuto del modello organizzativo e di indicare, invece, alcuni elementi del modello organizzativo idonei a consentire la corretta presentazione e gestione delle segnalazioni.

La proposta di modifica è stata recepita insieme a quelle che, da un lato, hanno delimitato l'oggetto delle segnalazioni e, dall'altro, hanno rafforzato il fondamento delle stesse, nell'ottica di limitare il rischio di un utilizzo strumentale e inefficace della nuova misura strumento.

Infatti, la legge dispone che il MO preveda appositi canali per consentire, in particolare, la denuncia delle violazioni del modello stesso e degli illeciti rilevanti ai sensi del decreto 231. L'individuazione di questo specifico ambito di riferimento risulta direttamente collegata alla previsione per cui le segnalazioni sono presentate "a tutela dell'integrità dell'ente". Tali denunce, inoltre, devono essere circostanziate e fondate su elementi di fatto precisi e

concordanti, così da non disperdere l'efficacia della nuova misura e agevolare, invece, l'emersione di condotte che con molta probabilità risulteranno illecite.

La legge, opportunamente, non interviene sui profili più operativi e richiede che i canali con cui veicolare le segnalazioni dei lavoratori garantiscano la riservatezza dell'identità del denunciante nelle diverse fasi di gestione della denuncia e che, almeno uno di essi, provveda a tali garanzie con modalità informatiche. In via esemplificativa, si ritiene che tali modalità possano essere realizzate anche attraverso l'utilizzo di piattaforme informatiche anche gestite da terze parti indipendenti e specializzate, oltre che con l'attivazione di caselle di posta elettronica dedicate.

Sul punto si evidenzia che il profilo della riservatezza dell'identità del segnalante è diverso da quello dell'anonimato.

Anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione chiarisce che il primo presuppone la rivelazione della propria identità da parte del denunciante che, infatti, può godere di una tutela adeguata soltanto se si rende riconoscibile (v. Determinazione ANAC n. 6 del 28 aprile 2015 – “Linee Guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti”).

Ciò non esclude che i modelli organizzativi possano contemplare anche canali per effettuare segnalazioni in forma anonima. Tale ipotesi sembra rendere più complessa la verifica della fondatezza della denuncia, con il rischio di alimentare denunce infondate e mere doglianze che hanno poco a che fare con la tutela dell'integrità dell'ente. Per contenere questo rischio, sarebbe opportuno quanto meno rafforzare il fondamento della denuncia, ad esempio prevedendo che sia documentata adeguatamente ovvero che sia resa con dovizia di particolari e “in grado di far emergere fatti e situazioni relazionandoli a contesti determinati” (v. Determinazione ANAC sopra richiamata, par. 2).

Ai fini della tutela della riservatezza dell'identità del segnalante, possono essere consultati anche i principi di carattere generale che l'ANAC ha formulato nel 2015 con riferimento alla regolamentazione del whistleblowing nel settore pubblico, nei limiti della compatibilità con la disciplina prevista dalla legge n. 179/2017 per il settore privato. Tali principi riguardano anche gli aspetti più operativi e attinenti alla creazione dei sistemi informatici di supporto.

Sotto il profilo dei possibili canali attivabili, si riportano alcuni esiti dell'indagine che Confindustria ha svolto a dicembre 2016 presso un campione ristretto di piccole e medie imprese associate per verificare l'effettiva diffusione dei modelli organizzativi 231 e delle misure per prevenire la corruzione. In particolare, quasi il 90% delle imprese dotate del MO ha adottato anche sistemi di regolazione del whistleblowing. La maggior parte delle imprese prevede che le segnalazioni siano presentate attraverso la posta elettronica – spesso dedicata – e che il destinatario sia l'Organismo di Vigilanza 231.

Fermo restando che almeno uno dei canali di segnalazione deve “*garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante*”, si possono individuare eventuali modalità ulteriori e prevedere che le segnalazioni vengono inviate, ad esempio, attraverso il servizio postale ordinario, il deposito fisico presso cassette *ad hoc* ovvero la trasmissione di fax.

c. Il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente alla segnalazione.

In una fase intermedia dell'iter legislativo, la proposta di legge prevedeva che il modello organizzativo contemplasse il divieto di atti discriminatori, appena richiamato. In parallelo, si garantiva il diritto dell'ente di tutelarsi nel caso di illeciti penali o civili commessi dal segnalante attraverso la denuncia, ma solo in presenza di alcune condizioni (ad es. l'accertamento della responsabilità di natura penale), che rischiavano di posticipare eccessivamente l'attivazione degli strumenti di difesa, rendendoli inefficaci.

Al riguardo è stata recepita la proposta di riesperire il pieno diritto dell'ente di tutelarsi e, quindi, di eliminare le specifiche previsioni che avrebbero di fatto ulteriormente limitato l'esercizio di tale diritto, per certi versi già condizionato dall'impostazione della nuova disciplina (v. precedente par. 1).

d. Nel sistema disciplinare adottato ai sensi del comma 2, lettera e), sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate.

Anche la regolamentazione del sistema disciplinare ha subito alcune modifiche nel corso dell'esame della proposta di legge. Le formulazioni iniziali del testo prevedevano che il sistema

disciplinare sanzionasse soltanto le violazioni degli obblighi di riservatezza e gli atti di ritorsione o discriminatori verso il segnalante.

Questa impostazione rendeva tuttavia la disciplina poco equilibrata: molto attenta a tutelare la posizione del segnalante, ma debole sul fronte della tutela dell'ente e dei soggetti deputati a gestire le denunce, anche nei casi di infondatezza.

Pertanto, Confindustria ha proposto di superare questa criticità e di prevedere le sanzioni anche nei confronti di chi effettua segnalazioni infondate, con ciò rafforzando l'efficacia deterrente del sistema disciplinare nel suo complesso.

Il testo definitivo della legge è in linea con questo approccio e contiene, infatti, tale integrazione.

i. Le disposizioni in materia lavoristica

La legge inserisce all'articolo 6 del decreto 231 due ulteriori disposizioni in materia lavoristica.

In particolare, si prevede che il segnalante e l'organizzazione sindacale di riferimento possono denunciare all'Ispettorato Nazionale del Lavoro le misure discriminatorie eventualmente adottate dall'ente (nuovo comma 2-ter, art. 6). Tale disposizione rischia di determinare incertezza applicativa, in quanto non sussistono specifiche sanzioni amministrative applicabili a tali condotte e, pertanto, essa non comporta effetti concreti in termini di tutela del segnalante.

Inoltre, viene prevista in via espressa la nullità delle misure ritorsive o discriminatorie, compresi il licenziamento e il mutamento di mansioni, assunte nei confronti del soggetto segnalante in un fase successiva alla denuncia (nuovo comma 2-quater, art. 6). Nel caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari o all'adozione di ulteriori misure organizzative con effetti negativi sulle condizioni di lavoro del segnalante (demansionamenti; licenziamenti; trasferimenti), il datore di lavoro ha l'onere di dimostrare che esse sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa.

La disposizione desta perplessità per l'appesantimento dell'onere probatorio in capo al datore, tanto più laddove fosse – erroneamente – interpretata nel senso che ad esso spetti addirittura di provare l'insussistenza dell'intento discriminatorio della misura.

L'ordinamento, in realtà, ammette l'inversione probatoria in presenza almeno di un principio di prova o di una presunzione, fornita dal soggetto interessato, che lasci ipotizzare un nesso tra la segnalazione e la misura adottata in danno dell'autore. Si fa riferimento, ad esempio, al mancato avanzamento di carriera che può essere motivato da intenti discriminatori ovvero da una valutazione sul merito. In tal caso, dovrebbe essere onere dell'"autore" fornire alcuni elementi minimi da cui presumere un intento discriminatorio o ritorsivo a suo danno a seguito della segnalazione. In questo senso si richiama, in via esemplificativa, l'art. 40 del c.d. Codice delle pari opportunità (D. Lgs. n. 198/2006) in merito alla prova dell'insussistenza della discriminazione in ragione del sesso.

Viceversa, ai sensi della legge n. 179/17, l'autore della denuncia viene sollevato da questo, pur minimo, onere di allegazione. Si impone, pertanto, un'interpretazione di stretto diritto della disposizione in esame, nel senso che, per considerare legittima la sanzione irrogata, deve ritenersi sufficiente la prova della sussistenza – oltre che del comportamento contestato – di un nesso causale tra la sanzione stessa e il comportamento contestato, senza ulteriori accertamenti in ordine alla motivazione del provvedimento adottato.

ii. Il destinatario delle segnalazioni: prime considerazioni

In considerazione dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa – vale a dire, gli enti dotati di modello organizzativo 231 – si ritiene che il MO stesso debba indicare chiaramente a quale soggetto o organo devono essere indirizzate le segnalazioni oggetto delle nuove disposizioni.

È opportuno che l'impresa individui i potenziali destinatari delle denunce alla luce della natura, delle caratteristiche dimensionali, della struttura di eventuali gruppi societari di riferimento e dell'eventuale esigenza di applicare ulteriori regolamentazioni riguardanti lo specifico settore di attività. A titolo esemplificativo, i destinatari potrebbero essere i seguenti:

- un soggetto o comitato specificamente individuato, quale l'Organismo di Vigilanza;
- un ente o soggetto esterno dotato di comprovata professionalità, che si occupi di gestire la prima fase di ricezione delle segnalazioni in coordinamento con l'ente;
- il responsabile della funzione compliance;
- un comitato rappresentato da soggetti appartenenti a varie funzioni (ad esempio legale, *internal audit* o *compliance*);
- il datore di lavoro nelle PMI.

Inoltre, ai fini dell'adeguata configurazione del soggetto/ente deputato a ricevere le segnalazioni, occorre prestare attenzione al ruolo dell'Organismo di Vigilanza.

L'Organismo di Vigilanza, ad esempio, potrebbe essere individuato come destinatario autonomo e indipendente delle denunce. Tale soluzione sembra poter realizzare con efficacia le finalità della nuova disciplina, di salvaguardare l'integrità dell'ente e tutelare il segnalante; finalità che difficilmente potrebbero essere perseguite se, invece, le segnalazioni venissero recapitate a soggetti nei cui confronti il segnalante abbia una posizione di dipendenza funzionale o gerarchica ovvero al presunto responsabile della violazione ovvero ancora a soggetti che abbiano un potenziale interesse correlato alla segnalazione.

Se, invece, l'Organismo di Vigilanza non è individuato come destinatario esclusivo, sembra comunque opportuno prevedere il suo coinvolgimento in via concorrente ovvero successiva, per evitare il rischio che il flusso di informazioni generato dal nuovo meccanismo di whistleblowing sfugga del tutto al controllo dell'Organismo di Vigilanza. D'altra parte occorre considerare che tale meccanismo è una parte del più ampio MO di cui l'Organismo di Vigilanza è tenuto a verificare il funzionamento.

Come anticipato, tra le possibili soluzioni operative l'impresa potrebbe valutare anche di indirizzare le segnalazioni a un soggetto esterno tenuto a coordinarsi con l'ente. In particolare, l'interlocuzione con un soggetto esterno che abbia competenze in materia di diritto penale ed esperienza nel settore consentirebbe all'impresa di ricevere una valutazione qualificata e documentata della denuncia ricevuta e, di conseguenza, ne agevolerebbe la gestione interna. Questa opzione, peraltro, risulta favorita da un'ulteriore nuova disposizione della legge n. 179/17 (art. 3, co. 2) che sembra assicurare soltanto al professionista esterno alcune garanzie affini a quelle riconosciute al difensore nel processo penale (art. 103 c.p.p.), che possono facilitare la gestione equilibrata delle segnalazioni, come illustrato di seguito.

In primo luogo, l'articolo 3 (comma 1) si riferisce alle denunce effettuate ai sensi della nuova disciplina e prevede che il perseguimento dell'integrità dell'ente e il contrasto delle malversazioni costituiscono giusta causa per rivelare notizie coperte dall'obbligo del segreto d'ufficio (art. 326 c.p.), professionale (art. 622 c.p.), scientifico e industriale (art. 623 c.p.) e riconducibili all'obbligo di fedeltà dei lavoratori (art. 2.105 c.c.). In questi casi, quindi, se mediante la segnalazione viene rivelato il segreto – oggetto di obbligo di legge – la sanzione penale non si applica, poiché l'interesse all'emersione degli illeciti viene considerato prevalente rispetto a quello di tutela della segretezza.

La giusta causa sopra richiamata non opera, invece, se il soggetto tenuto al segreto professionale è venuto a conoscenza della notizia nell'ambito del rapporto di consulenza o assistenza con l'impresa o la persona fisica interessata (comma 2). In tale ipotesi l'eventuale rivelazione del segreto configura il reato. Peraltro, la norma sembra applicabile con riferimento non soltanto al soggetto segnalante, ma anche al destinatario della segnalazione che, se ha un rapporto di consulenza o di assistenza con l'ente, potrà opporre il segreto professionale sulle indagini e le valutazioni che siano state effettuate sui fatti denunciati. Come anticipato, questa previsione potrebbe agevolare la gestione del sistema di whistleblowing per le imprese che individuano all'esterno il destinatario delle segnalazioni. Infatti, è importante che tale soggetto sia posto nelle condizioni di dare seguito alle denunce ricevute oppure considerarle prive di rilevanza ovvero diffamatorie, senza temere che ciò possa essere valutato *ex post* come contributo alla commissione dell'illecito o come condotta di favoreggiamento.

DEFINIZIONI	
Destinatari della nuova normativa privatistica	Le organizzazioni private: società, gruppi di società, organizzazioni non governative - onlus, fondazioni, associazioni ecc. con modello organizzativo 231.
Segnalante	Chi è testimone di un illecito o di un'irregolarità sul luogo di lavoro e decide di segnalarlo. Per gli enti privati, il riferimento è alle "persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso", nonché a "persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti" precedentemente menzionati.
Segnalazione	Comunicazione del segnalante avente ad oggetto informazioni "circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del [... decreto 231] e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte".
Segnalato	Il soggetto cui il segnalante attribuisce la commissione del fatto illecito/irregolarità oggetto della segnalazione.
Destinatario della segnalazione	Soggetto/i o organo dell'organizzazione privata, che ha il compito di ricevere, analizzare, verificare le segnalazioni (anche con l'eventuale supporto di altre funzioni dell'organizzazione).
Canali per le segnalazioni	Canali individuati dall'ente quali mezzi, interni o esterni all'organizzazione stessa, con cui veicolare le segnalazioni. L'ente deve dotarsi di "almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante".
Ritorsioni	e. "Atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente alla segnalazione."