

Convegno Annuale dell'AODV231  
L'organismo di vigilanza tra indagini Interne e  
investigazioni processuali  
**L'esperienza tedesca**

Lunedì 17 giugno 2013,  
Palazzo Mezzanotte, Piazza degli Affari 6, Milano

**Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln**  
Lehrbeauftragter, Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg im Breisgau

# Indice

- I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania
- II. Responsabilità, rischi e competenze degli organi aziendali con riguardo alle indagini interne
- III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale
- IV. Limiti (legali) alle indagini interne in Germania
  - 1. Diritto del Lavoro
  - 2. Diritto della Protezione dei Dati
  - 3. Diritto Penale
- V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni pecuniarie etc.)
- VI. Aspetti Internazionali

# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

## 1. Occasioni e spunti per indagini interne

- Misure investigative (pubbliche) dell'autorità giudiziaria (specialmente perquisizioni delle sedi aziendali (§§ 102, 103 StPO) prevalentemente riguardanti il sospetto di reati tributari (§§ 369 ss. AO) o di reati di corruzione attiva anche internazionali (§§ 299, 331 ss. StGB, 1 ss. IntBestG, 1 ss. EU-BestG)
- Risultanze (anche casuali e parziali) dell' Internal Audit a proposito di reati di questo tipo
- Preparazione interna di verifiche fiscali („Betriebsprüfung“) con riguardo a deduzioni illegali o sospetti riguardanti „Intermediaries“/ “third parties“ (realmente tangenti).

# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

- Accertamento di deduzioni illegali o di pagamenti a terzi in odore di corruzione durante le verifiche dell'autorità tributaria.
- „Whistleblowing“; denunce interne ed esterne (anche anonime, però circostanziate) attraverso l'“ombudsman“ dell'impresa o un sistema informatizzato.
- Richieste – normalmente non-ufficiali e dirette, non attraverso rogatoria – di informazioni e/o cooperazione con le varie autorità degli Stati Uniti, specialmente con la «Securities and Exchange Commission» (SEC).

# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

## 2. Ragioni per indagini interne in queste occasioni e rischi degli organi

### a. Diritto societario

- Secondo l'opinione dominante, gli obblighi generici di diligenza e buona gestione aziendale dei §§ 76, 91, 93 AktG (per la società per azioni) e § 43 I GmbHG (per la società a responsabilità limitata) creano l'obbligo per l'organo direttivo di provvedere alla „Compliance“ preventiva delle attività aziendali.
- L'investigazione interna di casi per i quali sussiste un sospetto basato su fatti concreti fa parte del dovere di provvedere alla „Compliance“. L'accertamento di fatti sospetti è necessario per evitare violazioni future di leggi e regolamenti (anche interni).

# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

## 2. Ragioni per indagini interne in queste occasioni e rischi degli organi

### a. Diritto societario

- Il non-adempimento – in caso di colpa e di danni economici cagionati all'impresa – può comportare la responsabilità civile degli organi aziendali:
- Il rischio di **responsabilità civile degli organi (§ 93 II 1 AktG)** è elevato, perché, secondo la dottrina prevalente, esiste **l'inversione dell'onere della prova (§ 93 II 2 AktG)**, perché la decisione sulla disposizione delle indagini interne non sarebbe coperta dalla «business judgement rule», cioè non sussiste la limitata sindacabilità per decisioni imprenditoriali informate (§ 93 I AktG).

# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

## 2. Ragioni per indagini interne in queste occasioni e rischi degli organi

### b. Diritto penale

- Inoltre, nel caso di dolo (eventuale) con riguardo alla violazione del dovere (di «Compliance») e al danno patrimoniale subito dall'impresa, sussiste anche un rischio di punibilità per **infedeltà patrimoniale per omissione (§ 266 StGB)**, per esempio perché l'impresa è obbligata a far valere eventuali pretese di risarcimento dei danni nei confronti di dipendenti o terzi e senza l'indagine interna mancherebbero le prove.

# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

## 2. Ragioni per indagini interne in queste occasioni e rischi degli organi

### b. Diritto penale

- Esiste il rischio di una responsabilità penale per omissione (§§ 13, 27 StGB) per simili reati futuri dei dipendenti o altri organi (p.e. di corruzione) che si sarebbero potuti evitare grazie all'indagine e alle successive misure preventive di «Compliance».



# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

## 2. Ragioni per indagini interne in queste occasioni e rischi degli organi

### b. Diritto penale

- Secondo la giurisprudenza esiste un **dovere penale di garanzia** («Garantenpflicht») degli organi e del «Compliance Officer» subordinato nel senso del § 13 StGB, che li espone al rischio di punibilità per omissione, qualora i futuri reati risultino prevedibili (p.e. in un contesto criminale organizzato e continuato), ed evitabili soltanto con le informazioni aggiuntive dell'indagine interna.

# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

## 2. Ragioni per indagini interne in queste occasioni e rischi degli organi

### c. Diritto tributario

- Se l'organo dirigente di un'impresa riconosce successivamente che una dichiarazione dei redditi dell'impresa era scorretta o incompleta, causando una diminuzione illecita dei tassi statuiti dall'autorità competente, è obbligato a indicarlo tempestivamente all'autorità tributaria e a correggere la dichiarazione (§ 153 Abgabenordnung, „AO“ = codice tributario tedesco).

# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

## 2. Ragioni per indagini interne in queste occasioni e rischi degli organi

### c. Diritto tributario

- Questo obbligo - secondo la giurisprudenza - vale anche se l'organo stesso ha predisposto la falsa dichiarazione con dolo eventuale, commettendo in tal modo il reato di evasione fiscale (§ 370 I Nr. 1 AO).
- Se l'organo dolosamente non corregge la dichiarazione troppo bassa, commette evasione fiscale per omissione (§ 370 I Nr. 2 AO), eventualmente per una seconda volta. In tal caso il dolo eventuale è sufficiente.

# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

## 2. Ragioni per indagini interne in queste occasioni e rischi degli organi

### c. Diritto tributario

- Pagamenti destinati direttamente o indirettamente come vantaggio per reati di corruzione attiva (internazionale) non sono deducibili dal reddito (§ 4 V Nr. 10 Satz 1 EStG).
- Ciò vale anche per i pagamenti in funzione di atti di corruzione (internazionale) tra privati (§ 299 I – III StGB), fattispecie molto più ampia dell' Art. 2635 Codice Civile.

# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

## 2. Ragioni per indagini interne in queste occasioni e rischi degli organi

### c. Diritto tributario

- Nella prassi le tangenti non sono mai nominate tali e sono regolarmente dedotte – contro la legge tributaria - dal reddito imponibile dell'impresa -> oggettivamente evasione fiscale.
- Se si scopre un fatto di corruzione, l'impresa è perciò quasi sempre (penalmente) costretta alla correzione della dichiarazione.
- Questo comporta normalmente una più o meno estesa indagine interna, almeno per evitare l'evasione colpevole (§ 378 AO) per omissione in (probabili) altri casi simili.

# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

## 2. Ragioni per indagini interne in queste occasioni e rischi degli organi

### c. Diritto tributario

- Una dichiarazione correttiva oggettivamente completa – che normalmente presuppone indagini interne complete – può anche essere consigliabile, perché può escludere la punibilità dei reati tributari (non la corruzione) già commessi, se si adempiono i **presupposti dell'autodenuncia (§ 371 I, II AO**; specialmente se non ancora è scoperta l'evasione e prima di verifiche fiscali.
- L'indagine conoscitiva può altrimenti servire per difendersi nei procedimenti penali e tributari e per la cooperazione.

# I. Cause tipiche delle indagini interne in Germania

## 2. Ragioni per indagini interne in queste occasioni e rischi degli organi

### c. Diritto tributario

- Generalmente conviene un'indagine completa in anticipo anche perché l'autorità tributaria è obbligata a riferire tutti i fatti all'autorità giudiziaria, che possano giustificare il sospetto di un reato di corruzione (§ 4 V Nr. 10 Satz 3 EStG).
- Visto che la dichiarazione correttiva spesso può creare un tale sospetto, ciò regolarmente porta a un procedimento penale per corruzione contro i dipendenti dell'impresa e possibilmente per reati tributari.

## II. Competenze, Responsabilità e rischi degli organi aziendali

### 3. Competenze degli organi aziendali in connessione con indagini interne e – generalmente – temi di Compliance

- Nel diritto tedesco (societario e altro) non è previsto esplicitamente un organo aziendale o societario con competenze specifiche e enunciate di Compliance (o per indagini interne finalizzate a questo scopo).
- -> non è previsto un organo „omologo“ all' organismo di vigilanza nel senso del d.lgs. Nr. 231/2001 con competenze specifiche.
- Compliance - e in esteso le indagini interne - fanno parte degli obblighi generali di guida dell' impresa in capo agli organi direttivi.



## II. Competenze, Responsabilità e rischi degli organi aziendali

### 3. Competenze degli organi aziendali in connessione con indagini interne e – generalmente – temi di Compliance

- a. „Aktiengesellschaft“ (AG) = comparabile alla società per azioni italiana (S.p.A.) -> competenza del „Vorstand“ intero = comparabile all' amministratore delegato o al complesso dei componenti del consiglio di amministrazione con funzioni direttive (non solo di supervisione). La delegazione interna è ammissibile, però la sorveglianza è necessaria.
- b. „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ (GmbH) = comparabile alla società a responsabilità limitata italiana (S.R.L.) -> competenza dei „Geschäftsführer“ (tutti) = amministratori.

## II. Competenze, Responsabilità e rischi degli organi aziendali

### **3. Competenze degli organi aziendali in connessione con indagini interne e – generalmente – temi di Compliance**

- a. Nel caso in cui sussiste il sospetto fondato che il „Vorstand“ è co-autore o complice degli illeciti o se è dimostrato che il „Vorstand“ non li investiga e sopprime in un modo tempestivo e idoneo, nel AG la competenza di iniziare, guidare e controllare l'indagine interna può passare al „Aufsichtsrat“, simile al consiglio di sorveglianza. Altrimenti è soltanto legittimato e obbligato a sorvegliare le attività del Vorstand. Problema: inadempimento di uno solo?
- b. Nel caso analogo della GmbH la responsabilità passa ai soci o – secondo lo statuto – all'organo competente.

# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 1. Informazioni generiche

- **indagine interna (def.):** accertamento di fatti potenzialmente illegali, specialmente penalmente rilevanti – per l'impresa, impiegati, organi dell'impresa o terzi – nell'ambito aziendale attraverso indagini private realizzate usando il personale aziendale (Internal Audit etc.) o/e consulenti esterni (avvocati, società di revisori di bilancio, «forensic specialists»), dietro l'iniziativa e sotto la guida dell'organo competente dell'impresa.
- **Nel senso stretto:** se si basano su un sospetto specifico (indagine „repressiva“); altrimenti controllo „preventivo“.

# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 1. Informazioni generiche

- Competenze e poteri investigativi nell'indagine interna si basano esclusivamente sui diritti privati dell'impresa (specialmente come proprietario e come datore di lavoro).
- Non esiste una normativa specifica che regola le indagini interne o indagini del difensore dell'impresa o dell'indagato.
- I vincoli per l'autorità giudiziaria e la polizia giudiziaria posti dal codice di procedura penale tedesco („Strafprozessordnung“, StPO) non sono direttamente applicabili sui soggetti interni o esterni che effettuano le indagini private per conto dell'impresa.

# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 1. Informazioni generiche

- Opinione nella dottrina: limitata applicazione analoga della StPO almeno come dovere deontologico dell'avvocato/difensore dell'impresa a favore di (ex-)impiegati sospetti o indagati dall'autorità giudiziaria.
- In tale senso anche le tesi dell'organo di autogoverno dell'avvocatura tedesca (Stellungnahme 25/2010 della commissione penale della „Bundesrechtsanwaltskammer“ (BRAK)). Le tesi della BRAK non hanno forza di legge o carattere vincolante, ma formulano un'opinione dottrinaria (autorevole).

# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 1. Informazioni generiche

- Secondo la BRAK (commissione penale) sarebbero da osservare inter alia i seguenti punti (in parte controversi):
- Nelle interviste di dipendenti e di altre persone si dovrebbero osservare gli standard generici dello stato di diritto, così che la qualità delle prove e la loro utilizzabilità non venga compromessa.
- Il dipendente avrebbe – per questo – il diritto di consultare un avvocato di sua fiducia e dovrebbe essere avvertito di questo diritto; se possibile, l'impresa dovrebbe pagarlo.

# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 1. Informazioni generiche

- L' avvocato dell' impresa non dovrebbe pretendere che il dipendente si incrimini e non lo dovrebbe mettere sotto indebita pressione (minaccia di licenziamento etc.).
- Il dipendente dovrebbe essere avvertito che le sue dichiarazioni potrebbero essere messe a disposizione delle autorità e potrebbero essere usate a suo sfavore.
- Necessaria è la documentazione scritta dell'intervista, anche a disposizione della persona sentita e soltanto con il contenuto condiviso; la persona sentita deve essere avvertita di questo.

# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 1. Informazioni generiche

- **Problema:** Le prescrizioni della BRAK in gran parte non hanno una base legale e l'avvocato d'impresa è vincolato almeno contrattualmente e sulla base di regole deontologiche agli interessi dell'impresa (sua cliente).
- L'interesse dell'impresa potrebbe non essere conforme alle raccomandazioni della BRAK. In questi casi è dubbio se possano essere seguite le tesi della BRAK.



# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 2. Estensione degli obblighi all'indagine interna

- L'estensione e le modalità necessarie dell'indagine possono – in dipendenza dei doveri legali menzionati sopra e delle varie opportunità – essere determinate soltanto nel caso concreto.
- Si tratta di decisioni imprenditoriali soltanto limitatamente sindacabili (§ 93 I AktG). Necessario è però, che la decisione sia basata su informazioni adeguate e venga presa esclusivamente nell'interesse aziendale, senza che ci siano conflitti d'interesse tra i componenti dell'organo decidente.

# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 2. Estensione degli obblighi all'indagine interna

- Soltanto in presenza di indizi riguardanti un illecito sistemico o almeno diffuso (più persone sospettate in vari settori dell'impresa), può esserci l'obbligo di estendere l'indagine all'impresa intera o al gruppo; altrimenti le indagini sono da delimitare alle aree e ai dipendenti indiziati; sono sempre da concentrare sulle aree di rischio identificate. Casi individuali e isolati possono essere indagati come tali.

# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 2. Estensione degli obblighi all'indagine interna

- **Proposte o programmi di amnistia** dell'impresa (rinuncia al risarcimento, al licenziamento etc.) per guadagnare la collaborazione dei dipendenti (per interviste etc.) comportano sempre perdite di pretese e per questo sono lecite, secondo il diritto societario, soltanto se le informazioni da aspettarsi sono necessarie nell'interesse dell'impresa e valgono – di vista ex ante - di più rispetto alle pretese rinunciate.

# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 2. Estensione degli obblighi all'indagine interna

Spesso i risultati delle indagini interne devono far fronte agli scopi seguenti (tutti o una parte di loro):

- Verifica e prova della sussistenza di pretese dell'impresa al risarcimento o all'indennizzo contra dipendenti o terzi.
- Adempimento dei doveri alla «Compliance» preventiva; ottimizzazione del sistema di «Compliance» sullo status quo.
- Accertamento e documentazione dei fatti illeciti nella misura e nella qualità necessaria per una fruttuosa collaborazione alle investigazioni (preesistenti) delle autorità.

# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 2. Estensione degli obblighi all'indagine interna

- Accertamento e documentazione che i fatti illeciti non costituiscano un problema sistemico e/o gli organi dirigenti o dipendenti apicali non ne siano responsabili.
- «autodepurazione» dell'impresa -> sanzioni contro i responsabili, specialmente cessazione del contratto di lavoro, di forniture etc.
- Documentazione di tutto ciò per il pubblico (per migliorare l'immagine dell'impresa).
- Preparazione di una denuncia dei responsabili (nel caso che non ci siano procedimenti a proposito e questo sia nell'interesse dell'impresa o per migliorare l'immagine dell'impresa).

## III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

### 3. Tutela legale dell'indagine interna e degli investigatori privati

#### a. Investigatori interni

- Gli investigatori interni (= dipendenti dell'impresa, p.e. internal audit, avvocati del reparto legale dell'impresa) non godono di una tutela legale specifica, specialmente gli **avvocati «inhouse»** – al di fuori dei casi «antitrust» della commissione europea – normalmente **non godono del «legal privilege»**; possono essere sentiti come testimoni sull'indagine interna senza la facoltà di non rispondere!
- I risultati della loro indagine soggiacciono normalmente a perquisizione e sequestro delle autorità.

# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 3. Tutela legale dell'indagine interna e degli investigatori privati

### b. Investigatori esterni

- Gli investigatori esterni godono nei confronti dell'autorità giudiziaria della tutela legale specifica del **§ 53 StPO – il diritto al silenzio pieno** - se sono avvocati o appartengono ad altra professione menzionata nel comma 1, per tutto ciò che hanno appreso in questa funzione.
- Questo diritto al silenzio si estende ai loro assistenti o consulenti ausiliari (§ 53 a StPO), anche se quelli non appartengono alla professione di cui al § 53 I StPO.

# III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

## 3. Tutela legale dell'indagine interna e degli investigatori privati

### b. Investigatori esterni

- I risultati della loro indagine soggiacciono normalmente a perquisizione e sequestro delle autorità, se questi si trovano in **possesso dell'impresa o di terzi (§ 97 II StPO**, p.e. un rapporto, il protocollo di un'intervista etc.), almeno se non sono ancora difensori dell'impresa nel senso dei §§ 431 ss., 148 StPO (controv.); secondo § 432 StPO un tale rapporto comincia soltanto dopo le indagini preliminari (controv.).



## III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

### 3. Tutela legale dell'indagine interna e degli investigatori privati

#### b. Investigatori esterni

- È attualmente altamente controverso se i risultati delle indagini soggiacciono a perquisizione e sequestro delle autorità, se queste si trovano in **possesso dell'avvocato (non-difensore!) o altra persona nel senso dei §§ 53, 53 a StPO**. Il Tribunale di Amburgo (ordinanza del 15.10.2010) ha deciso che una perquisizione è legittima e i risultati sono sequestrabili; **contra** giustamente Tribunale di Mannheim (ordinanza del 3.7.2012) sulla base del nuovo § 160 a StPO che vieta misure investigative nei confronti dell'avvocato (controv).

### III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

#### 4. Utilizzabilità dei risultati dell'indagine interna nel processo penale (Interviews)

##### a. Metodi proibiti di interrogazione (§ 136 a StPO, analogicamente)

- Secondo l'opinione dominante non dovrebbero essere utilizzabili interviste che contengono dichiarazioni rese sotto la pressione di metodi esplicitamente proibiti nel processo penale (§ 136 a StPO). Questo può essere condiviso per: maltrattamento, affaticamento, vessazione, intervento fisico, somministrazione di droghe, ipnosi etc. (§ 136 a I 1 StPO).

### III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

#### 4. Utilizzabilità dei risultati dell'indagine interna nel processo penale (Interviews)

##### a. Metodi proibiti di interrogazione (§ 136 a StPO, analogicamente)

- **Più controverso:** inganno (situazione giuridica poco chiara?), promessa di un vantaggio indebito (amnistia interna?) minaccia di una misura (processualmente) non prevista (licenziamento legale? Processo civile/penale?), § 136 I 2 StPO.
- **Problema:** secondo la giurisprudenza un divieto di utilizzabilità per il comportamento di un privato risulta soltanto se questo è concretamente da addebitare alle autorità – dubitabile nell'ambito dell'indagine interna.

### III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

#### 4. Utilizzabilità dei risultati dell'indagine interna nel processo penale (Interviews)

##### b. Diritto (costituzionale) a non incriminarsi (Art. 2, 20 III Grundgesetz)

- Secondo l'opinione prevalente nella letteratura, autoincriminazioni di dipendenti nell'ambito delle interviste non sono utilizzabili se rese per adempiere il dovere (civilistico) di rispondere al datore di lavoro (vedi Tribunale Costituzionale Federale, Ordinanza del 31.3.2008 per il fallito e il suo obbligo di rispondere nella procedura fallimentare; controverso per le differenze sussistenti).

### III. Quadro legale generico delle indagini interne e rapporto con il processo penale

#### 4. Utilizzabilità dei risultati dell'indagine interna nel processo penale (Interviews)

##### b. Diritto (costituzionale) a non incriminarsi (Art. 2, 20 III Grundgesetz)

- Di altro avviso è il Tribunale d'Amburgo, ordinanza del 15.10.2010 che ritiene che ci sia la piena utilizzabilità delle interviste dei dipendenti rese nel ambito dell'indagine interna, perché gli obblighi contrattuali del contratto di lavoro sono «liberamente» scelti. Questa sembra essere l'opinione predominante nella magistratura (penale) tedesca.

## IV. Limiti (legali) alle indagini interne

### 1. Diritto del Lavoro

#### a. „Interviews“ (interrogatori) di (ex-)impiegati o organi dell'impresa

- L'(ex-)impiegato è generalmente obbligato a comparire e a fare dichiarazioni nei confronti degli indaganti, sia interni che esterni (§§ 666, 675 BGB, obbligo contrattuale).
- Opinione prevalente: anche l'impiegato sospetto e quello indagato, **non** possono far valere il proprio diritto (previsto nel processo penale) di non incriminarsi e sono obbligati a fare dichiarazioni e a rispondere alle domande (anche incolpandosi) riguardanti le proprie azioni nella sfera lavorativa (di loro competenza o responsabilità).

## IV. Limiti (legali) alle indagini interne

### 1. Diritto del Lavoro

#### a. „Interviews“ (interrogatori) di (ex-)impiegati o organi dell'impresa

- Opinione prevalente: Diritto dell' impiegato „intervistato“ ad assistenza e presenza di un avvocato, specialmente se l'interrogatorio ha anche una funzione di audizione (obbligata) per un licenziamento straordinario dell' impiegato sospetto (giurisprudenza).
- La legittimità e possibilmente l'obbligatorietà del pagamento dei costi dell' avvocato devono essere valutate dall'impresa nel caso concreto (obbligo d'assistenza del datore di lavoro); certa discrezionalità, è esclusa se il reato è doloso e contro l'impresa; da concordare è un obbligo di rimborso in caso di accertamento.

## IV. Limiti (legali) alle indagini interne

### 1. Diritto del Lavoro

#### **b. Diritto del lavoro collettivo: diritto di partecipazione del consiglio aziendale („Betriebsrat“, BR)**

- Consenso del BR è necessario per molte misure investigative, generalmente quelle che coinvolgono non soltanto singoli dipendenti, ma un gruppo consistente di dipendenti , p.e.:
- Questionari uniformi per un gruppo di dipendenti (§ 94 BetrVG).
- Analisi informatica di dati personali e di e-mails, almeno se l'uso privato dell' account è accettato (§ 87 Nr. 1 BetrVG)
- Soluzione preferibile – se possibile – è un contratto collettivo aziendale con il BR che regola tutte le misure investigative in questione. Però: In anticipo...!



## IV. Limiti (legali) alle indagini interne

### 1. Diritto del Lavoro

#### **b. Diritto del lavoro collettivo: diritto di partecipazione del consiglio aziendale („Betriebsrat“, BR)**

- Soluzione preferibile – se possibile – è un contratto collettivo aziendale con il BR che regola tutte le misure investigative in questione che coinvolgono una pluralità di dipendenti. Però: esaustivamente e in anticipo...

## IV. Limiti (legali) alle indagini interne

### 1. Diritto del Lavoro

#### **b. Diritto del lavoro collettivo: diritto di partecipazione del consiglio aziendale („Betriebsrat“, BR)**

- Diritto del BR di essere informato in un modo tempestivo e continuativo sulle linee, misure e risultati generali delle indagini interne (§ 80 II BetrVG)

## IV. Limiti (legali) alle indagini interne

### 2. Diritto della protezione dei dati

#### a. Informazioni generali

- Vale sempre il principio costituzionale (Art. 20 Grundgesetz) codificato anche nella legge federale sulla protezione dei dati („Bundesdatenschutzgesetz“, BDSG), che tutte le misure di raccolta ed elaborazione di dati personali devono essere (dimostrabilmente) proporzionali ad uno scopo legittimo, id est devono essere adatte, necessarie e proporzionate.

## IV. Limiti (legali) alle indagini interne

### 2. Diritto della protezione dei dati

#### a. Informazioni generali

- Altrimenti le misure sono illegali e comportano sanzioni pecuniarie anche molto consistenti (§ 43 II, III BDSG, 300.000 EUR), anche se l'illecito è commesso per colpa (non dolo).
- Specialmente – ma non solo - per i consulenti forensi esterni, in caso di dolo, esiste un rischio penale (§ 44 BDSG, se c'è lo scopo di lucro etc.).

## IV. Limiti (legali) alle indagini interne

### 2. Diritto della protezione dei dati

#### b. Causa di Giustificazione (§ 32 I 2 BDSG)

- L'elaborazione etc. di dati di dipendenti da parte del datore di lavoro – in modo proporzionale – è giustificata, se:
- c'è un sospetto concreto e dimostrabile di un illecito penale individuabile (basato su indizi concreti), gli interessi dell'impresa non possono essere tutelati altrimenti **e** il volume e la dimensione della ricerca sono proporzionati alla gravità dell'illecito sospettato.
- **Problema:** La norma non consente l'elaborazione di dati personali „a tappeto“ (opinione predominante). **Soluzione:** Anonimizzazione dei dati personali, uso di dati non-personali, contatto e trattative con l'autorità per la tutela della privacy („Landesdatenschutzbeauftragter“)

## IV. Limiti (legali) alle indagini interne

### 3. Diritto Penale

#### a. Principi generali

- L'insieme delle norme del diritto penale sostanziale pone limiti estremi all'attività delle indagini interne; soltanto poche norme però hanno una rilevanza pratica.

#### b. Violazione della tutela della riservatezza della conversazione non pubblica (§ 201 StGB)

- È – per esempio – punibile **registrare** o intercettare una conversazione non pubblica (anche telefonica, anche se l'investigatore partecipa alla conversazione). Nel caso individuale possono sussistere cause di giustificazione.

## IV. Limiti (legali) alle indagini interne

### 3. Diritto Penale

#### c. Violazione della tutela del segreto della telecomunicazione (§ 206 StGB)

Se l'impresa ha concesso ai dipendenti l'uso anche privato dell'account per E-Mail dell'azienda (o possibilmente solo tollerato un tale uso) secondo alcuni, l'impresa può essere considerata come „provider“ di servizi di telecomunicazione (Corte d'appello di Karlsruhe, ordinanza 10.1.2005). Per questo il controllo di E-Mails di dipendenti (anche sospetti, anche soltanto E-Mails professionali) da parte dell'impresa o di consulenti, potrebbe essere punibile (§ 206 I StGB, controverso, **contra**: Tribunale Regionale del Lavoro Hamm, sentenza 10.7.2012; Tribunale del Lavoro Berlino, sentenza 18.2.2010). Cause di giustificazione non reggono (op. dom.)

## IV. Limiti (legali) alle indagini interne

### 3. Diritto Penale

#### d. Esplorazione di dati (§ 202a StGB)

- L'investigatore che indebitamente accede a dati specialmente protetti – per mezzo di „password“ speciali del dipendente etc. o fisicamente – che non gli appartengono, superando la protezione, può esporsi a rischi penali. Tipicamente questo non vale per dati esclusivamente dell'impresa sul computer del dipendente, perché l'investigatore agisce legittimamente per l'impresa.
- Problemi possono esserci per i dati privati.
- Dati specialmente protetti normalmente non sono quelli che risultano esclusivamente tutelati da un „login“ personalizzato (controverso).



## IV. Limiti (legali) alle indagini interne

### 3. Diritto Penale

#### **e. Violazione della sfera privata usando immagini (§ 201a StGB)**

- Riprese video dei dipendenti specialmente in luoghi non pubblicamente accessibili (bagni etc.) possono comportare rischi penali.

#### **f. Violenza privata (§ 240 StGB)**

- Nella letteratura è sostenuto che i.a. la minaccia di misure del diritto del lavoro (p.e. licenziamento) al dipendente che non risponde a domande o non si presenta per un Interview può essere punibile come violenza privata (controverso).

# V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

## 1. Risultati delle indagini interne

- Tipicamente risultano dalle indagini interne – specialmente nei casi di indagini sistematicamente estese o omnicomprendive su possibili reati di corruzione attiva (internazionale) – un numero elevato di transazioni dove rimane il sospetto o la certezza che gli appalti siano conseguenza di tali reati commessi da dipendenti (o intermediari) dell'impresa.
- Risulta poi dalla contabilità **l'introito lordo** di queste transazioni illecite o sospette, e anche il profitto (ovvero **varie forme di profitto** secondo la scienza dell'economia aziendale **anche proiettate in varie fasi della transazione** (con l'aiuto di commercialisti etc.).

## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 1. Confisca nei confronti dell'impresa

- Il codice penale tedesco prevede regolarmente la confisca («Verfall») dell'entità ricavata per e dagli illeciti penali non soltanto nei confronti dell'autore del reato, ma anche nei confronti dei terzi che ne hanno ottenuto qualcosa di valore (§ 73 I 1, III StGB).
- Se un dipendente o un organo di un'azienda commette reati per conto di un'impresa che ne riceve un vantaggio, p.e. ricavando dalla corruzione di un pubblico ufficiale o dipendenti di un'impresa privata un appalto o contratto per l'azienda, questa soggiace regolarmente e direttamente alla confisca (§ 73 III StGB) dell'entità ricavata (o dell'equivalente, § 73 II 2 StGB).

## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 1. Confisca nei confronti dell'impresa

- In linea di massima vale il principio della confisca del ricavato lordo («Bruttoprinzip») senza deduzione di costi etc.
- Nei reati di corruzione attiva però secondo la giurisprudenza dominante (controversa) il ricavato lordo è il valore dell'appalto o del contratto conseguito nel momento del reato, i.e. regolarmente il profitto proiettato secondo la contabilità (ciò equivale praticamente più o meno all'applicazione del «Nettoprinzip»). La nozione commercialistica di profitto da usare non è chiaramente definita in giurisprudenza.

## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 2. Sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dell'impresa («Unternehmensgeldbuße», § 30 OWiG)

- La «Staatsanwaltschaft» (StA, procura della repubblica) come autorità amministrativa competente può alternativamente – in un procedimento separato contro l'impresa, puramente amministrativo e indipendente dal processo penale contro individui (§§ 35 ss., 40, 41, 65 ss., 88 OWiG) – infliggere sanzioni pecuniarie all'impresa per reati o illeciti amministrativi grazie ai quali l'impresa ha raggiunto vantaggi patrimoniali, se commessi da organi o dipendenti apicali dell'impresa (§ 30 I, IV OWiG).
- Altrimenti nella sentenza del processo penale contro gli individui (§§ 444, 431 ss. StPO) dopo il dibattimento.

## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 2. Sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dell'impresa («Unternehmensgeldbuße», § 30 OWiG)

- La sanzione pecuniaria amministrativa ammonta fino a 1 Mil. EUR per reati dolosi (§ 30 II Nr. 1 OWiG), però deve («soll») oltrepassare il vantaggio patrimoniale conseguito dall'illecito (§§ 30 III, 17 IV 1 OWiG). A questo scopo può («kann») eccedere il massimo edittale (§ 17 IV 2 OWiG).
- Legalmente la StA ha una discrezionalità limitata, deve normalmente infliggere una sanzione che comprende il prelievo del vantaggio illecito anche se oltre il massimo previsto del § 30 II OWiG.

## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 2. Sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dell'impresa («Unternehmensgeldbuße», § 30 OWiG)

- Secondo il dettato esplicito della legge, qui vale il principio del prelievo del ricavato netto («Nettoprinzip»), i.e. del profitto patrimoniale (§ 17 IV 1 OWiG, «Abschöpfungsbestandteil») **più**
- sanzione amministrativa pecuniaria fino a 1 Mil. EUR commisurata secondo i criteri di gravità del fatto e della colpevolezza dell' autore, (§ 17 III 1 OWiG, «Ahndungsbestandteil»).
- La nozione commercialistica di profitto da usare non è chiaramente definita in giurisprudenza.

## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 4. Benefici e opportunità dell'indagine interna nell'ambito del procedimento penale/amministrativo contro l'impresa

#### a. Benefici processuali

- Regolarmente l'annuncio e la spiegazione di un concetto plausibile e esaustivo di indagini interne – idealmente concordate con le autorità, anche con riguardo alla rivelazione dei risultati – alle autorità giudiziarie e di Polizia nonché la sua esecuzione tempestiva e trasparente sono adatti ad evitare misure investigative pubbliche – specialmente perquisizioni – nell'ambito dell'impresa.
- Il rischio di misure coercitive (custodia cautelare etc.) contro gli organi attuali dell'impresa diminuisce.



## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 4. Benefici e opportunità dell'indagine interna nell'ambito del procedimento penale/amministrativo contro l'impresa

#### a. Benefici processuali

- Spesso risulta possibile concordare o almeno coordinare informalmente misure investigative inevitabili con le autorità così che non risultino dannose per la reputazione dell'impresa e il suo buon andamento interno (consegna di mezzi di prova (§ 95 StPO), invece del sequestro dietro perquisizione etc. (§§ 94, 102, 103 StPO), etc.).
- Il procedimento amministrativo **non è pubblico** (se la sanzione non è impugnata dall'impresa)!

## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 4. Benefici e opportunità dell'indagine interna nell'ambito del procedimento penale/amministrativo contro l'impresa

#### b. Benefici materiali

- Visto che l'indagine interna (condotta «lege artis») con «disclosure» seguente può aiutare molto a economizzare le indagini preliminari, il PM (StA) è regolarmente disposto a onorare la collaborazione dell'impresa nei limiti della legge.
- Accetta spesso – anche per motivi di economicità processuale - il procedimento amministrativo separato contro l'impresa (§§ 35 ss., 40 ss., 65 ss. OWiG); tale sanzione (§§ 30, 17 III, IV OWiG) risulta vantaggiosa, perché la fa uscire al più presto dal procedimento.

## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 4. Benefici e opportunità dell'indagine interna nell' ambito del procedimento penale/amministrativo contro l'impresa

#### b. Benefici materiali

- Applicazione del principio del netto nel senso del § 17 IV OWiG, specialmente rilevante quando non si tratta di reati di corruzione. Conseguentemente è esclusa la confisca secondo il principio del lordo (§ 73 StGB) per divieto esplicito della legge (§ 30 V OWiG).
- Nell' ambito del §§ 30, 17 IV OWiG rimangono margini formali di **discrezionalità** della StA per quanto riguarda l'entità confiscabile (non nell' ambito della confisca (§ 73 StGB)):

## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 4. Benefici e opportunità dell'indagine interna nell'ambito del procedimento penale/amministrativo contro l'impresa

#### b. Benefici materiali

- Per esempio la mancanza di solvenza, danni dal procedimento e dall'indagine interna o difficoltà economiche gravi dell'impresa possono mitigare il livello della sanzione anche al di sotto del vantaggio economico raggiunto.
- Applicazione di una nozione commercialistica (riconosciuta) di profitto favorevole all'impresa.

## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 4. Benefici e opportunità dell'indagine interna nell'ambito del procedimento penale/amministrativo contro l'impresa

#### b. Benefici materiali

- Più importanti – nell'ambito della confisca, della sanzione amministrativa o delle conseguenze tributarie (entità delle deduzioni illegali) – sono i **benefici informali dell'indagine interna**:
- Nella prassi i casi per i quali sono necessarie tali misure sono oggetto di un dialogo o di un accordo informale fra la difesa dell'impresa e le autorità e i casi spesso sono individuati, almeno in gran parte, prevalentemente sulla base delle risultanze delle indagini interne.

## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 4. Benefici e opportunità dell'indagine interna nell' ambito del procedimento penale/amministrativo contro l'impresa

#### b. Benefici materiali

- Spesso, specialmente la **quantificazione del vantaggio economico** viene sottoposta soltanto molto limitatamente ad assunzioni autonome di prove o alla valutazione di un esperto delle autorità;
- il **metodo di calcolo del profitto** e la **scelta di un metodo riconosciuto** nella prassi possono essere soggetto di un accordo favorevole per l'impresa.

## V. Indagini interne e procedimenti penali contro l'impresa (confisca e sanzioni)

### 4. Benefici e opportunità dell'indagine interna nell' ambito del procedimento penale/amministrativo contro l'impresa

#### b. Benefici materiali

- Le **difficoltà probatorie** p.e. con riguardo ai reati di corruzione internazionale comportano spesso che per i casi in cui sussiste – come risultato dell'indagine interna o delle indagini preliminari iniziali - un grado basso/medio di sospetto, di comune accordo non viene dato seguito a ulteriori investigazioni/indagini.
- Inoltre, l'iniziativa dell'impresa sulla concezione dell'indagine interna e l'intesa su dimensioni, limiti e metodi della stessa può valere molto.

## VI. Aspetti Internazionali

### 1. USA (Stati Uniti)

- Per le imprese con sede in Germania che nonostante soggiacciano direttamente o indirettamente alla giurisdizione penale (DoJ) o civile (SEC) degli USA e all'applicabilità del „Foreign Corrupt Practices Act“ (FCPA) – specialmente imprese affiliate a US-imprese o a imprese quotate negli USA - una diligente indagine interna è favorevole con „disclosure“ e „settlement“ con riguardo alla conclusione delle indagini da parte delle autorità americane. Secondo gli „US-Sentencing Guidelines“ una indagine interna conclusasi con successo può provare l'effettività del sistema di Compliance -> non prosecution agreement (NPA), deferred prosecution agreement (DPA) o pena mitigata.



## VI. Aspetti Internazionali

### 1. USA (Stati Uniti)

- Nessun obbligo legale proveniente dal diritto americano di condurre un'indagine interna in Germania secondo le indicazioni informali della SEC o del DoJ, però forte pressione fattuale anche alla „full disclosure“ dei risultati
- Obbligo legale dei dirigenti può risultare dal diritto societario tedesco, se la cooperazione è nell'interesse aziendale (mitigazione di sanzioni pecuniarie e di altre misure).
- Trasmissione volontaria dei risultati delle indagini dall'impresa alle autorità degli Stati Uniti = „aggiramento“ della rogatoria formale, però lecito nei limiti del StGB, BDSG e altre leggi sulla privacy.

# VI. Aspetti Internazionali

## 2. Italia

- Non ci sono i cosiddetti «blocking statutes» rigidi nella Germania comparabili per esempio a quelli nella Svizzera (Art. 271, 273 StGB-CH) o nella Francia che proibiscono e puniscono tout court il trasferimento dei risultati delle indagini dalla Germania in Italia.
- Devono essere però presi in considerazione i limiti menzionati del diritto di lavoro e del diritto alla Privacy. Per quanto riguarda il BDSG è da presumere che anche l'Italia provveda ad un livello adeguato della protezione dei dati, così che un trasferimento di dati personali dal punto di vista del diritto europeo risulterebbe probabilmente lecito.

Kontakt:



**Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.**

Agrippinawerft 24, Im Rheinauhafen  
50678 Köln, Germania  
Telefon: +49 221 20807-55/-85  
Fax: +49 221 20807-23  
E-Mail: [markus.ruebenstahl@fgvw.de](mailto:markus.ruebenstahl@fgvw.de)