

# INTERNAL CORPORATE INVESTIGATION: LA LEZIONE AMERICANA<sup>1</sup>

VITTORE D'ACQUARONE, AVVOCATO DEL FORO DI VERONA E *Solicitor* UK

RICCARDO ROSCINI-VITALI, AVVOCATO DEL FORO DI VERONA E CULTORE DELLA MATERIA IN DIRITTO PROCESSUALE PENALE PRESSO IL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI VERONA

Il nuovo comma 5 *bis*, art. 25, d.lgs. 231/2001 (*Concussione e corruzione*), di recente aggiunto dall'art. 1, comma 9, lett. b), n. 3, l. 3/2019, (cd. «spazzacorrotti»), così recita: «*se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili [...] e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2*».

La novella distintamente riecheggia quanto statuito, in tema di *internal corporate investigation*, nel U.S. *Sentencing Guidelines Manual* § 8C2.5 (f e g) del 2002<sup>\*</sup>, mutuando, però, per le sole ipotesi di concussione e corruzione un istituto di carattere generale in realtà funzionale rispetto a ogni reato-presupposto.

Con l'occasione del breve rimando offerto dalla l. 3/2019, l'articolo avvia, nell'ambito del progetto di ricerca meglio illustrato nella nota 1, la riflessione sull'istituto delle *internal corporate investigations*, partendo, anzitutto, da una rassegna analitica delle pratiche raccomandate dalla dottrina statunitense all'ente e ai suoi consulenti nel condurre un'indagine interna su possibili illeciti societari e offrendo, così, una visione di ciò che dovrebbe o non dovrebbe essere fatto nello svolgimento di un'indagine secondo l'ordinamento statunitense.

Ci si scusa, sin d'ora, per i numerosi riferimenti in lingua inglese, che si è deciso di conservare nella loro formulazione originale per non disperderne il significato.

---

<sup>1</sup> L'articolo fa parte di un più complesso progetto di ricerca intitolato *Internal Corporate Investigation: verso l'ideazione di uno statuto normativo organico*. Il progetto è diretto da un *team* di professionisti, docenti e ricercatori universitari con specifiche competenze nelle materie penalistiche così composto (in ordine alfabetico per cognome): avv. Vittore d'Acquarone (Avvocato del Foro di Verona e *Solicitor* UK), dott.ssa Elisa Lorenzetto (Ricercatore di Diritto processuale penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona), prof.ssa Adonella Presutti (già Ordinario di Diritto processuale penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona) e avv. Riccardo Roscini-Vitali (Avvocato del Foro di Verona e Cultore della materia in Diritto processuale penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona). Il progetto si articola in quattro contributi, previsti per i nn. 2/2019, 4/2019, 2/2020 e 4/2020 della Rivista *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*. Nel primo contributo si tiene in considerazione l'esperienza maturata nell'ordinamento statunitense, in cui questo tipo di attività è da diversi anni oggetto di regolamentazione almeno a livello di prassi, discutendo una serie di problematiche che i consulenti legali sono chiamati ad affrontare nell'ambito delle indagini interne. Nel secondo contributo alla luce dell'esperienza statunitense, si offrono alcune proposte metodologiche su come disciplinare lo svolgimento delle investigazioni interne all'interno del Modello 231, il quale è opportuno che contenga i principi relativi alla loro gestione. Nel terzo contributo si rende conto del fatto che il compendio di informazioni ottenuto in occasione dell'indagine interna può costituire un prezioso strumento di prova, utile alla difesa giudiziale che sia necessario imbastire in caso di contemporanea apertura di un procedimento penale. Nel quarto contributo si riflette sull'ideazione di uno statuto normativo organico dell'attività d'investigazione interna nelle compagini collettive, al fine di definire ruoli e limiti delle attività in concreto esigibili, anche nell'ottica della scelta di aderire a un percorso riparativo delle condotte inosservanti che siano scoperte nell'ordinario svolgimento dell'attività d'impresa.

<sup>\*</sup> *an organization may lower its culpability score – and thereby decrease the severity of its sentence – by showing that, at the time the offense occurred, the entity had in place an 'effective program to prevent and detect violations of the law' or by demonstrating 'self-reporting, cooperation, and acceptance of responsibility' for the organization's wrongful conduct.*

## 1. Una panoramica del fenomeno

Con l'espressione «indagine interna» si fa riferimento a «*an inquiry conducted by, or on behalf of, an organization in an effort to discover salient facts pertaining to acts or omissions that may generate civil or criminal liability*». Per questo motivo, «*internal investigations are invaluable tools for addressing a wide variety of potential sources of corporate civil and criminal liability*<sup>2</sup>».

Da tempo le autorità statunitensi pongono con enfasi l'accento sulla portata e sull'estensione della cooperazione della persona giuridica con il governo attraverso lo strumento dell'indagine. Uno degli obiettivi dell'indagine su cattive condotte aziendali è, infatti, quello di assicurarsi benefici a lungo termine da parte delle agenzie di regolamentazione e degli *auditors*, così scongiurando loro reazioni punitive.

A partite dalla metà degli anni '90, l'obiettivo principale delle autorità di contrasto e di regolamentazione è stato quello di sviluppare politiche e linee guida volte a incentivare la società a rinunciare – o a non far valere – all'*attorney-client privilege* e alla *work-product protection*.

L'*attorney-client privilege* può essere così definito: «(1) *where legal advice of any kind is sought* (2) *from a professional legal adviser in his capacity as such*, (3) *the communications relating to that purpose*, (4) *made in confidence* (5) *by the client*, (6) *are at his insistence, permanently protected* (7) *from disclosure by himself or by the legal adviser*, (8) *except the protection be waived*». In accordo con *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, il privilegio si applica solo se: «(1) *the asserted holder of the privilege is or sought to become a client*; (2) *the person to whom the communication was made* (a) *is a member of the bar of a court, or his subordinate and* (b) *in connection with this communication is acting as a lawyer*; (3) *the communication relates to a fact of which the attorney was informed* (a) *by his client* (b) *without the presence of strangers* (c) *for the purpose of securing primarily either* (i) *an opinion of law or* (ii) *legal services or* (iii) *assistance in some legal proceeding, and not* (d) *for the purpose of committing a crime or tort; and* (4) *the privilege has been* (a) *claimed and* (b) *not waived by the client*<sup>3</sup>».

La *work-product protection*, invece, «*shelters the mental processes of the attorney, providing a privileged area within which he can analyze and prepare his client's case*». La *work-product protection* può, quindi, essere così determinata: «*tangible and intangible material which reflects an attorney's efforts at investigating and preparing a case, including one's pattern of investigation, assembling of information, determination of the relevant facts, preparation of legal theories, planning of strategy, and recording of mental impressions*». In difetto di linee guida esplicite per l'applicazione di tale privilegio, l'autorità giudiziaria ha considerato i seguenti criteri per stabilire l'applicabilità di quest'ultimo: «(i) *the document resulted from a critical self-analysis*, (ii) *the public has a strong interest in maintaining the 'free flow of information' of the type reflected in the document*, and (iii) *the flow of information would be adversely affected if the document was not protected*<sup>4</sup>».

<sup>2</sup> DUGGIN, *Internal Corporate Investigations: Legal Ethic, Professionalism and the Employee Interview*, in *Colum. Bus. L. Rev.*, 859, 2003, 864.

<sup>3</sup> WIGMORE, *Evidence in trials at common law*, 1961, IV ed., § 2292, 554.

<sup>4</sup> BEST, *The Work-Product Doctrine in Criminal Cases*, in *A.B.A. SEC. LITIG.*, 22, 1978, 23.

Nel 1999, dopo diversi anni di politiche informali da parte dei vari uffici dei procuratori statunitensi (principalmente il distretto sud di New York), il *Department of Justice* («DOJ») ha formalmente adottato quello che divenne noto come «*Holder Memorandum*», dal nome di Eric Holder, l'allora vice-procuratore generale degli Stati Uniti d'America. L'«*Holder Memorandum*» stabiliva degli *standards* in base ai quali l'azienda poteva essere giudicata cooperativa nell'ambito di un'indagine penale federale. Un fattore era dato dal fatto che l'impresa avesse rinunciato o non avesse fatto valere i privilegi a protezione della riservatezza delle comunicazioni.

Nel 2002, il vice-procuratore generale Larry Thompson ha promulgato una revisione dell'«*Holder Memorandum*», questa volta rendendo obbligatorio il ricorso a tali fattori nel giudizio di collaborazione da parte dell'ente, incluso se i privilegi applicabili fossero, o meno, stati revocati o, comunque, non fatti valere. Il più controverso tra i fattori contenuti nel cd. «*Thompson Memorandum*» era, infatti, quello che indirizzava i pubblici ministeri a rilevare indici di cooperazione aziendale nella volontà, espressa, o meno, dalla persona giuridica, di rinunciare o di non far valere l'*attorney-client privilege* e la *work-product protection*, di non concedere l'anticipazione o il rimborso delle spese legali ai dipendenti coinvolti nell'indagine federale e di licenziare i dipendenti che si fossero resi responsabili dell'illecito contestato.

Nel 2004, in linea con il *trend* generale inaugurato dal «*Thompson Memorandum*», la *United States Sentencing Commission* ha adottato un emendamento che considerava la rinuncia, da parte della società, all'*attorney-client privilege* e alla *work-product protection* un prerequisito necessario per poter ottenere dei benefici in termini di pena.

Nel 2006, la *Securities and Exchange Commission* («SEC») ha, infine, aggiornato i propri *standards* per l'irrogazione di sanzioni all'azienda. Come illustrato dalla commissione nella propria relazione, «*whether, and if so to what extent, to impose civil penalties against a corporation turns principally on two considerations: the presence or absence of a direct benefit to the corporation as a result of the violation and the degree to which the penalty will recompense or further harm the injured shareholders*». La «SEC» prendeva, poi, in considerazione diversi fattori aggiuntivi, tra i quali: «(1) *the need to deter the particular type of offense*; (2) *the extent of injury to innocent parties*; (3) *whether complicity in the violation is widespread throughout the corporation*; (4) *the level of intent on the part of the perpetrators*; (5) *the degree of difficulty in detecting the particular type of offense*; (6) *presence or lack of remedial steps by the corporation*; and (7) *the extent of cooperation with the SEC and other law enforcement agencies*<sup>5</sup>».

Nonostante i memoranda del «DOJ» e le indicazioni della «SEC», nella maggior parte dei casi gli esatti benefici della cooperazione non possono essere conosciuti dall'impresa all'inizio di un'indagine federale. In effetti, «*many companies that have cooperated with the government have received stiff financial penalties, albeit perhaps lower than if no cooperation had been proffered*<sup>6</sup>». Un ulteriore svantaggio operativo della cooperazione è rappresentato, poi, dal suo costo. Se svolta correttamente, è, infatti, probabile che un'indagine sia dispendiosa. Il costo può essere misurato sia in termini di pagamento dell'effettivo onorario del cd. *special counsel* che conduce l'indagine sia in termini di attenzione del management e dei dipendenti distolta dalle

<sup>5</sup> REASON, *The Limits of Mercy: The Cost of Cooperating with the SEC is High. The Cost of Not Cooperating is Even Higher*, in *CFO Magazine*, 1° aprile 2005, 1, in <http://www.cfo.com/article.cfm/3804652/c.3805512?f=magazine-featured>.

<sup>6</sup> REASON, *op. cit.*, 5.

attività aziendali per cooperare all'indagine (*«these events are enormously disruptive to the company's ongoing business. They distract managers and employees alike from both daily operations and long-range planning. They also demand extraordinary resources, particularly from senior managers, even though corporate managers may have had nothing to do with the alleged misconduct»*).

Malgrado le potenziali criticità, le indagini rimangono, comunque, uno strumento molto utile, spesso necessario, nel governo societario e di frequente sono parte integrante della difesa dell'ente in una miriade di situazioni, compresi i contenziosi civili azionati dagli *shareholders* e le indagini penali governative.

Nell'ambito dell'applicazione del *Foreign Corrupt Act*, l'ex procuratore generale Alice Fisher ha, infatti, dichiarato che, *«although not in the best interests of law enforcement to make promises about lenient treatment in cases where the magnitude, duration, or high-level management involvement in the disclosed conduct may warrant a guilty plea and a significant penalty, there is always a benefit to corporate cooperation, including voluntary disclosure, as contemplated by the Thompson memo. If you are doing the things you should be doing – whether it is self-policing, self-reporting, conducting proactive risk assessments, improving your controls and procedures, training on the FCPA, or cooperating with an investigation after it starts – you will get a benefit. It may not mean that you or your client will get a complete pass, but you will get a real, tangible benefit»*<sup>8</sup>.

Ancora, come un commentatore ha segnalato, *«many prosecutors and regulators have come to expect that with the slightest hint of trouble, corporations will investigate themselves and, indeed, upon the discovery of trouble turn themselves in to authorities. Whereas, in the past, companies were given extraordinary credit for investigating themselves and laying their problems before the Government, today it is often simply expected – the punishment for failing to investigate and report illegal conduct can be severe. Like it or not, internal investigations are now a part of a company's daily life and a part of the regulatory landscape»*<sup>9</sup>.

Tirate le somme, l'indagine può comportare i seguenti significativi vantaggi: (i) *is likely to be less disruptive and less costly than the SEC's (or another government entity's) investigation*; (ii) *can often be effective in persuading the government to refrain from conducting its own investigation, if it has not already started one, or can be used to fashion appropriate responses to an already ongoing investigation, including, where appropriate, disclosures of wrongdoing or development of defenses*; (iii) *will permit the board of directors to obtain the information they need to exercise prudent business judgment, to establish rules and procedures that apply to future conduct, and to determine whether corrective action, including disclosure, is required*; and (iv) *may provide a factual basis for claims against a wrongdoer, as well as information that may help the corporation decide whether to pursue such claims*<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> BERMAN, *Quest Is Spending Top Dollar to Defend Accounting Practices*, in *WALL ST. J.*, 10 marzo 2003, C. 1.

<sup>8</sup> FISHER, *Remarks at the ABA National Institute on the Foreign Corrupt Practices Act*, 16 ottobre 2006, in <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/docs/reports/speech/2006/10-16-06AAGFCPASpeech.pdf>.

<sup>9</sup> CLOHERTY, *10 Years of the Organizational Sentencing Guidelines: The Time Is Right for Review*, in *White-Collar Crime Rep.*, 2002, 1.

<sup>10</sup> MATHEWS, *Internal Corporation Investigations*, in *Ohio St. L.J.*, 1984, 655, 670-71.

## 2. Le questioni da chiarire prima di intraprendere un'indagine interna

### 2.1. Gli elementi da considerare quando si valuta se avviare un'indagine interna laddove le accuse siano generate da una grave maladministration aziendale o da sospetti di irregolarità da parte di un external auditor

In generale, l'indagine interna si sforza di rispondere alle seguenti domande: «(1) *Has misconduct occurred?* (2) *What is the nature and scope of the misconduct?* (3) *Is the problem past history, or is it ongoing?* (4) *Who is involved?* (5) *Who is responsible?* (6) *Why did the misconduct occur?* (7) *How widespread is it – i.e., is this an isolated instance or a systemic problem?*<sup>11</sup>».

Una volta che tali domande hanno ottenuto, per quanto possibile, risposta, la persona giuridica deve affrontare un'ulteriore serie di interrogativi: «(1) *What remedial steps need to be taken to ensure that the problem does not occur again?* (2) *Is it necessary or appropriate to mete out disciplinary sanctions?* (3) *How can any the company remedy any damage and redress any injuries?* (4) *Would it be prudent to initiate corporate compliance measures, or revamp an existing compliance program?* (5) *Must, or should, the corporation disclose any misconduct uncovered by the investigation to federal and/or state authorities?*<sup>12</sup>».

Ciò premesso, nella maggior parte dei casi l'indagine interna scaturisce dalla scoperta, da parte della società stessa, dei *mass media*, di un *external auditor* o di un *whistleblower*, di circostanze che suscitano il serio timore che l'azienda si sia resa responsabile di potenziali comportamenti scorretti.

L'indagine ha, dunque, la funzione di accertare la veridicità e la gravità di tali circostanze, presunte o dichiarate, e, se del caso, di individuare quali azioni l'impresa dovrebbe intraprendere nel miglior interesse degli *shareholders*. L'indagine, condotta da – o sotto la direzione di – un cd. *special counsel*, rappresenta, quindi, lo strumento essenziale grazie al quale l'ente e il suo consiglio di amministrazione vengono a conoscenza di violazioni di legge, di inosservanze di doveri o di comportamenti scorretti potenzialmente idonei a esporre la persona giuridica a responsabilità e a danni. Essa rappresenta anche il presupposto imprescindibile per mettere la società nelle condizioni di poter identificare le azioni correttive e, ove opportuno, di impostare la propria difesa.

Precisamente, diversi sono gli avvenimenti che tradizionalmente determinano l'avvio di un'indagine da parte del *senior management*, del consiglio di amministrazione, di un *audit committee* o di uno *special committee*:

- ricevimento di una lettera o di una comunicazione da parte di un *whistleblower* nella quale si sollevano accuse di condotte irregolari da parte di dirigenti o di importanti membri del *management* (in tal caso, occorre essere particolarmente prudenti dal momento che dette lettere o comunicazioni «*can often arise from questionable sources such as disgruntled employees, customers, and suppliers*»);

<sup>11</sup> DUGGIN, *op. cit.*, 888.

<sup>12</sup> DUGGIN, *op. cit.*, 888.

- azioni giudiziarie, effettive o minacciate, da parte di *shareholders* nei confronti di amministratori o di dipendenti che potrebbero portare alla costituzione di uno *special litigation committee*;
- accuse di irregolarità avanzate da un *external auditor* o da un *internal auditor*;
- sospetti, in seno al consiglio di amministrazione, di irregolarità da parte di dirigenti o di dipendenti;
- notifica di un atto di citazione a giudizio o di una richiesta di informazioni da parte di un'agenzia governativa o di una *self-regulatory organization* («SRO») o di un avviso, da parte di queste ultime, di sospetti di irregolarità all'interno dell'azienda;
- accuse di irregolarità da parte di *mass media*, di *watchdog groups* o di *academics*.

## **2.2. Gli elementi esterni, quali l'esistenza di un'indagine governativa parallela o di un'azione giudiziaria instaurata da uno shareholder o la previsione del loro imminente avvio, da considerare quando si decide come condurre e documentare un'indagine interna**

È verosimile che, nella maggior parte dei casi, l'indagine interna sia accompagnata da – o condotta parallelamente a – un'indagine esterna, effettiva o di prevedibile instaurazione, da parte di uno o più dei seguenti organi: il «DOJ», la «SEC», il *New York Stock Exchange* («NYSE») o un'altra «SRO», uno *state attorney general* o un *local district attorney* o un'altra autorità di controllo o di regolamentazione. L'impresa e il suo consiglio di amministrazione possono anche trovarsi nella condizione di dover fronteggiare cause civili, incluse *class actions* da parte di *shareholders*, aventi a oggetto la presunta irregolarità, e, in alcuni casi, possono essere coinvolti in indagini penali innestate da *federal* o *state prosecutors*.

L'esistenza, effettiva o probabile, di uno qualsiasi dei predetti elementi esterni necessariamente condiziona il modo in cui l'ente, il consiglio di amministrazione, la funzione *audit* o il cd. *independent committee*, da un lato, e il cd. *special counsel*, dall'altro, condurranno e documenteranno l'indagine. La persona giuridica, il consiglio di amministrazione o il suo cd. *independent committee* e il cd. *special counsel* potrebbero, ad esempio, ritenere opportuno – o essere obbligati a – determinarsi sin da subito in merito a se e in che misura cooperare nell'ambito della parallela indagine governativa o regolamentare, tenendo conto del fatto che, se da un lato, «*disclosure of the results often leads to shareholder litigation, and, if confidentiality cannot be maintained and the investigative materials are discovered by private plaintiffs or the government, the corporation may, in essence, have built a case against itself*», dall'altro, «*the SEC investigation will be much less painful and disruptive for Company if it has already gathered the documents and the facts to respond to the SEC's inquiries*<sup>13</sup>».

## **2.3. Il ruolo del consiglio di amministrazione e del management nella conduzione e nella supervisione dell'indagine interna**

Nella relazione predisposta ai sensi della sezione 21(a) del *Securities and Exchange Act* del 1934, la «SEC» ha chiarito che «*a board of directors must react to such evidence*

<sup>13</sup> *Cooper Companies Report*, in *Exchange Act Release No. 35082*, 58 *SEC Docket*, 12 dicembre 1994, 591.

*quickly and effectively»* e ha affermato che *«the Commission considers it essential for board members to move aggressively to fulfill their responsibilities to oversee the conduct and performance of management and to ensure that the company's public statements are candid and complete»*. Sui consigli di amministrazione grava, insomma, *«the primary responsibility for overseeing management and must act immediately and effectively to protect the interests of the company's investors when they learn of wrongdoing by company management»*. Per questo motivo, *«the SEC has long viewed the issue of corporate governance and the fiduciary obligations of members of management and the boards of directors of public companies to their investors as an issue of paramount importance to the integrity and soundness of our capital markets. These obligations are particularly acute where potential violations of the federal securities laws involving self-dealing and fraud by management are called to the attention of the board of directors»<sup>14</sup>*.

Ciò premesso, la partecipazione effettiva del *management* e del consiglio di amministrazione all'indagine interna dipende principalmente dalla natura delle accuse.

Se rispetto alla condotta oggetto di rimprovero si sospetta il coinvolgimento di *senior officers* o se la società stessa rappresenta l'epicentro dell'inchiesta governativa, è importante che il *management*, solitamente compreso il *general counsel's office*, non sia riconosciuto né sia percepito come responsabile dell'indagine. Un'indagine condotta dal *management* o da una funzione aziendale quale l'*internal audit* probabilmente non sarà, infatti, ritenuta attendibile. Il regolare coinvolgimento dei membri del consiglio di amministrazione e dei dirigenti la cui condotta è in discussione può pregiudicare la neutralità dell'indagine.

Il consiglio di amministrazione dovrebbe, piuttosto, delegare il compito di supervisionare l'indagine, affidando il relativo incarico a un proprio *audit committee*, a membri indipendenti dell'*audit committee* o, in alternativa, a un gruppo indipendente di membri del consiglio di amministrazione raccolti in uno *special committee* (di seguito congiuntamente denominati *«independent committee»*).

#### **2.4. Uno special counsel indipendente dovrebbe essere incaricato di condurre l'indagine interna**

Dall'epoca di Enron, di WorldCom, di Adelphia e di altri scandali societari, i pubblici ministeri, le agenzie di regolamentazione e, in misura crescente, gli *independent auditors* delle aziende hanno guardato con sospetto alla scelta di affidare l'incarico di condurre l'indagine interna a un cd. *special counsel*, ossia a un legale esterno indipendente.

Lo scetticismo si fonda sul timore che lo *special counsel* possa nutrire interesse a non criticare – e, dunque, a non inimicarsi – il *senior management*, quest'ultimo probabilmente rappresentando una fonte di notevoli guadagni, presenti e futuri, per gli studi legali. Lo *special counsel* può, altresì, aver fornito consulenza sulle questioni oggetto d'indagine e i componenti dello studio legale potrebbero, quindi, assumere la veste di testimoni nella successiva inchiesta governativa. Ancora, è plausibile che

---

<sup>14</sup> Cooper Companies Report, in Exchange Act Release No. 35082, 58 SEC Docket, 12 dicembre 1994, 596.

il governo e gli *external auditors* saranno allarmati dal fatto che la familiarità che il *management* o i dirigenti dell'impresa implicati generalmente stabiliscono, a livello professionale e personale, con lo *special counsel* potrebbe indurre quest'ultimo a evitare di creare attriti con chi ormai reputa amico.

Tuttavia, ormai si conviene che proprio la conoscenza del *business* dell'ente, l'esperienza e la competenza specifiche e l'equidistanza rispetto ai principali temi d'indagine e ai soggetti coinvolti da parte dello *special counsel* consentano di condurre un'indagine imparziale. Anche perché il *management*, a meno che non abbia un ampio *background* legale, probabilmente non sarà in grado di apprezzare l'intera gamma di implicazioni giuridiche derivanti dal presunto illecito. Sicché, in alcuni casi, anche le agenzie governative maggiormente interessate all'indagine hanno convenuto in anticipo sul fatto che affidare la conduzione dell'indagine a uno *special counsel* fosse la scelta preferibile, almeno fintantoché ne fosse garantita l'imparzialità. In via aneddotica, «*in usual circumstances where a company utilizes several outside firms for specific expertise, prosecutors, regulators and auditors have not opposed the selection of one such firm, having the appropriate expertise, to conduct an objective investigation*<sup>15</sup>».

Comunque la si pensi, la scelta di uno *special counsel* che in precedenza abbia avuto rapporti limitati con la persona giuridica ormai è diventata una prassi comune ed è abitualmente ritenuta il primo passo per convincere l'autorità governativa della genuinità della cooperazione da parte della società («*such Special Counsel are perceived as not beholden to the Company and able to view facts in an objective manner, neither biased in favor of the Company or its management, nor, indeed, the governmental authorities*<sup>16</sup>»).

Nondimeno, anche la nomina di uno *special counsel* non è priva di effetti negativi.

In primo luogo, riservare all'indipendenza dello *special counsel* una maggiore considerazione rispetto all'esperienza dei legali già esistenti ha un prezzo: da un lato, viene dissipata la confidenza che i legali esistenti già hanno maturato con i soggetti e le prassi interne all'azienda<sup>17</sup>; dall'altro lato, l'assenza di familiarità, che potrebbe risultare gradita a *regulators* e a *independent auditors*, potrebbe determinare un conseguente incremento di costi per l'impresa.

In secondo luogo, il carattere dell'indipendenza talvolta genera in chi lavora nell'ente la percezione che lo *special counsel* sia, in realtà, stato assunto al fine precipuo di smascherare irregolarità e, dunque, di confermare il sospetto dell'*independent committee* che si siano consumati comportamenti illeciti. A questo proposito, spetta all'*independent committee*, così come allo *special counsel*, rassicurare i lavoratori che il mandato dello *special counsel* è di indagare sulla fondatezza delle accuse e «*not to ferret out some perceived concerns for the sake of justifying what*

<sup>15</sup> AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *Recommended practices for companies and their counsel in conducting internal investigations*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 43/73, 2009, 84.

<sup>16</sup> AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *op. cit.*, 84.

<sup>17</sup> DUGGIN, *op. cit.*, 956 rileva, infatti, che «*ironically, the longer counsel and an interviewee have known each other, the more the lawyer may have demonstrated both integrity and trustworthiness. The more frequently the lawyer has assisted the company with sound advice and offered legal and moral support at difficult times, the more likely the interviewee is to talk candidly, almost no matter what counsel says [...] Moreover, as any skilled lawyer, investigator or counselor intuitively understands, persuading people to talk involves far more than words, more even than prior relationships. For good or ill, it is often a matter of the interviewer's demeanor, the quality of a handshake, the offer of a hot cup of coffee on a cold day, a brusque, authoritative manner toward some and a breezy introduction that implicitly minimizes the significance of the interview and its potential consequences for others.*

*inevitably is the significant cost of the investigation*<sup>18</sup>. Atteso che *the Company is best served to portray itself to the government, its independent auditors, the investment community, and the media as having complete integrity and a commitment to uncovering the facts*<sup>19</sup>, il ruolo dell'*independent committee* nel tentativo di stabilire la validità delle accuse dovrebbe, infatti, essere non solo quello di salvaguardare gli *shareholders*, agendo nel loro migliore interesse, ma anche quello di impedire che l'indagine possa compromettere la reputazione dei dipendenti, dei funzionari e dei dirigenti della persona giuridica di cui sia stata accertata l'estraneità rispetto agli illeciti.

Al fine di mitigare tali rischi, lo *special counsel* dovrebbe essere selezionato tra soggetti competenti ed esperti in tecniche investigative progettate per giungere alla verità e, quindi, dotati di capacità d'indagine, tecnologiche e professionali.

Infine, l'*independent committee* dovrebbe essere consapevole che lo *special counsel*, se lasciato senza controllo nel corso dell'indagine, potrebbe correre il rischio di eccedere negli stessi abusi che il *federal prosecutor* Robert Jackson descrive avendo a mente i pericoli professionali in cui spesso incappano alcuni pubblici ministeri: *«If the prosecutor is obliged to choose his case, it follows that he can choose his defendants. Therein is the most dangerous power of the prosecutor: that he will pick people that he thinks he should get, rather than cases that need to be prosecuted. With the law books filled with a great assortment of crimes, a prosecutor stands a fair chance of finding at least a technical violation of some act on the part of almost anyone. In such cases, it is not a question of discovering the commission of a crime and then looking for the man who has committed it, it is a question of picking the man and then searching the law books, or putting investigators to work, to pin some offense on him*<sup>20</sup>.

## **2.5. L'independent committee e lo special counsel dovrebbero definire in modo preciso il perimetro dell'indagine interna e le cd. «rules of the road»**

Il consiglio di amministrazione dovrebbe autorizzare, con apposita delibera, l'*independent committee* a incaricare lo *special counsel* e i soggetti che quest'ultimo dovesse ritenere opportuno coinvolgere (ad esempio, *auditors* o altri esperti) a condurre l'indagine interna e a relazionare il consiglio di amministrazione sulle conclusioni alle quali perverrà.

L'*independent committee* dovrebbe incaricare per iscritto lo *special counsel*. La lettera d'incarico dello *special counsel* dovrebbe riportare le accuse oggetto d'inchiesta, precisare l'ambito d'indagine e chiarire che lo *special counsel* dovrà consigliare l'*independent committee* in ordine ai suoi diritti e ai suoi obblighi legali, nonché alle sue potenziali responsabilità. Laddove le circostanze lo rendano necessario, il perimetro dell'incarico affidato allo *special counsel* può essere dilatato. Tale estensione dovrebbe essere stabilita per iscritto dall'*independent committee*.

La portata del mandato conferito allo *special counsel*, come determinata nella lettera d'incarico, dovrebbe essere decisa dall'*independent committee* di concerto con

<sup>18</sup> AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *op. cit.*, 85.

<sup>19</sup> AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *op. cit.*, 84.

<sup>20</sup> SCALIA, in *Morrison v. Olson* 487 U.S. 654, 1988, 728, citando l'indirizzo offerto dal *federal prosecutor* Robert Jackson durante la Seconda Conferenza Annuale degli Avvocati degli Stati Uniti d'America, tenutasi il 1° aprile 1940.

il consiglio di amministrazione, il quale dovrebbe anche specificare se l'*independent committee* potrà assumere iniziative in luogo del consiglio di amministrazione o se dovrà, invece, indagare e relazionare il consiglio di amministrazione, il quale solo potrà, alla luce delle risultanze dell'indagine, assumere ogni più opportuna iniziativa.

Nel circoscrivere l'ambito d'indagine, l'*independent committee* deve scegliere se concedere allo *special counsel* un mandato esteso per la ricerca di qualsivoglia possibile illecito aziendale o un mandato, almeno in un primo momento, più contenuto per investigare sui soli fatti specificamente oggetto di accuse o di sospetti. In quest'ultimo caso, lo *special counsel* dovrebbe concordare con l'*independent committee* se eventuali ulteriori fatti sospetti che dovessero emergere nel corso dell'indagine debbano essere verificati da parte del medesimo *special counsel* o di un diverso *special counsel* nell'ambito di una nuova e distinta indagine.

L'*independent committee* e lo *special counsel* dovrebbero, inoltre, sviluppare specifiche procedure e protocolli di reportistica al fine di documentare l'indagine (ad esempio, tutte le comunicazioni dovrebbero essere identificate nell'oggetto attraverso diciture quali «*ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGED*» e, ove applicabile, «*ATTORNEY WORK PRODUCT*»). L'obiettivo, all'inizio, dovrebbe essere quello di offrire un aggiornamento regolare tramite comunicazioni orali. Occorre, infatti, prestare particolare cautela nello scegliere se e cosa mettere per iscritto durante o a conclusione dell'indagine. Il più delle volte, a fronte di un'utilità modesta, si corrono notevoli rischi nel compilare rapporti d'indagine provvisori. Tali relazioni intermedie tendono, infatti, a generare confusione e a indebolire l'attendibilità dell'indagine, nonché a dare origine a possibili ingiustizie nei confronti degli amministratori o dei dipendenti implicati nel caso in cui gli elementi scoperti nel successivo corso dell'indagine si rivelino essere contraddittori rispetto alle determinazioni fattuali preliminari o ai risultati sostanziali provvisori.

Il consiglio di amministrazione, di concerto con l'*independent committee*, dovrebbe anche stabilire se e in che misura lo *special counsel* potrà rinunciare, per conto della società, all'*attorney-client privilege* o alla *work-product protection* nell'ambito dei rapporti con le autorità di regolamentazione o con altre terze parti. Ci si interroga, infatti, se vi sono casi in cui lo *special counsel*, in autonomia o previa autorizzazione dell'*independent committee*, possa rinunciare all'*attorney-client privilege* dell'azienda senza un espresso assenso da parte del consiglio di amministrazione. Sul punto, si raccomanda che «*the Special Counsel not be given the authority to make such waiver decisions without prior full deliberation by the Independent Committee and the full Board, with the latter being encouraged to take advice from regular or other counsel on this decision*<sup>21</sup>». Né lo *special counsel* può subordinare la conservazione del suo mandato a un'esplicita rinuncia preliminare a tutti i privilegi da parte dell'*independent committee*. Per questi motivi, la lettera d'incarico per lo *special counsel* dovrebbe precisare che i risultati dell'indagine, i dati e i documenti raccolti e le relative analisi sono di proprietà non dello *special counsel*, bensì dell'*independent committee* e dell'impresa e devono, dunque, essere restituiti all'*independent committee* e all'ente al termine dell'indagine per il loro eventuale

---

<sup>21</sup> *Ryan v. Gifford*, No. 2213-CC, 2007 WL 4259557, al \*3, n. 6, in *Del. Ch. Nov.*, 30, 2007; JOSEPH, *Privilege Developments I*, in *NAT. L.J.F.*, 11, 2008. AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *op. cit.*, 87 segnala che «*the possibility that Special Counsel may unintentionally induce an inadvertent waiver of the corporate attorney-client privilege if there are communications by Company officers or Board members directly with Special Counsel, rather than through the Independent Committee.*»

impiego, da parte della persona giuridica, a scopi difensivi nell'ambito dell'iniziativa giudiziaria azionata dal governo o da soggetti privati.

Da ultimo, vi sono frangenti in cui l'indagine può essere resa più proficua in termini di costi e di tempo grazie all'assistenza allo *special counsel* da parte di un esperto esterno. In questi casi, l'*independent committee* dovrebbe accordare allo *special counsel* la facoltà di ingaggiare, ove lo ritenga necessario e previa adeguata consultazione con l'*independent committee*, altri professionisti, inclusi *forensic auditors*, *investigators* e *public relations advisers*. La scelta di un particolare esperto e le regole del suo ingaggio rappresentano, peraltro, un momento cruciale per l'indagine. Per salvaguardare l'*attorney-client privilege* e, più in generale, la riservatezza delle comunicazioni tra lo *special counsel* e i professionisti da lui richiesti, non è, infatti, consigliabile scegliere questi ultimi tra coloro che regolarmente o anche occasionalmente hanno in precedenza svolto incarichi simili per conto della società. Si registrano, tuttavia, casi nei quali lo *special counsel* ha previamente interpellato il pubblico ministero o l'autorità di regolamentazione e ha ottenuto il loro benestare alla nomina di un esperto già noto all'azienda. Gli esperti così assunti dovrebbero sottoscrivere accordi di riservatezza nei quali risulti chiaramente che il loro incarico consiste nel fornire assistenza nell'ambito di una consulenza legale. Il contributo di esperti esterni concorre, altresì, a irrobustire, agli occhi delle agenzie governative e degli *auditors*, i profili di indipendenza dell'indagine. In conclusione, per dirla con *United States v. Kovel*, «*accounting concepts are a foreign language to some lawyers in almost all cases, and to almost all lawyers in some cases. Hence the presence of an accountant, whether hired by the lawyer or by the client, while the client is relating a complicated tax story to the lawyer, ought not to destroy the privilege the presence of the accountant is necessary, or at least highly useful, for the effective consultation between the client and the lawyer which the privilege is designed to permit. What is vital to the privilege is that the communication be made in confidence for the purpose of obtaining legal advice from the lawyer. If what is sought is not legal advice but only accounting service or if the advice sought is the accountant's rather than the lawyer's, no privilege exists*<sup>22</sup>».

## **2.6. Le comunicazioni ai – e l'indennizzo dei – dipendenti dell'impresa**

Solitamente, durante un'indagine interna, il *management* e i dipendenti manifestano apprensione, specie laddove a essere sotto osservazione siano prassi consolidate o condotte di *senior employees*. Nel bel mezzo di un'indagine su presunti illeciti da parte del *management*, è, insomma, facile che i dipendenti si demoralizzino e interrompano le quotidiane attività aziendali. Anche con le migliori misure precauzionali, le comprensibili preoccupazioni sulla stabilità lavorativa e l'apprensione per le accuse di comportamenti illeciti «*can quickly erode efficiency and cause the company's operations to sag under the weight of the internal rumor-mill*<sup>23</sup>».

<sup>22</sup> In 296 F.2d 918 (2d Cir. 1961), al 922.

<sup>23</sup> FERRARA-ASHTON-TUTTLE, *Internal Corporate Investigations and the SEC's Message to Directors in Coopers Co.*, in *U. Cin. L. Review*, 1996, 80. DUGGIN, *op. cit.*, 913 rileva che «*every day businesses across the country engage in efforts to build employee loyalty. Loyalty is critical to worker productivity, efficient operations and good customer service. It depends on working conditions, compensation, and job satisfaction. But loyalty is also a function of the extent to which employees trust their employer and believe that the employer is interested in the well-being of its employees. Employees are unlikely to*

Tali preoccupazioni dovrebbero essere tempestivamente mitigate dall'*independent committee*, il quale può diramare un *memorandum* a tutti i dipendenti interessati dall'indagine. Il numero di dipendenti che dovrebbero ricevere il *memorandum* dipende dalla portata dell'indagine. In un'indagine ad ampio spettro, può essere sensato inviare un *memorandum* a livello aziendale. In un'indagine più mirata, il *memorandum* dovrebbe essere riservato ai soli dipendenti che lo *special counsel* intende intervistare.

Il *memorandum* dovrebbe fornire ai dipendenti coinvolti informazioni di carattere generale sullo scopo e sulla durata ipotizzata dell'indagine, sull'identità dello *special counsel* – il quale rappresenta solo l'ente –, sul fatto che l'*independent committee* si aspetta che tutti i dipendenti collaborino con lo *special counsel* e sull'importanza di conservare tutti i dati utili all'indagine.

È fondamentale che l'*independent committee* comunichi espressamente cosa si intende per «collaborazione» del dipendente durante l'indagine e che il rifiuto di cooperare da parte di quest'ultimo può comportare il licenziamento. Nella maggior parte dei casi, la collaborazione dei dipendenti dovrebbe comprendere «(1) *the provision, upon request, of all documents related to Company business whether kept in the employee's office, home, or personal computer*; (2) *strict compliance with all document hold and retention notices*; and (3) *submission to interviews by Special Counsel*<sup>24</sup>». Attesa la natura sensibile delle accuse oggetto d'indagine, il *memorandum* può omettere qualsiasi riferimento specifico alle stesse a favore di una descrizione più generale. L'indagine può, quindi, essere descritta semplicemente come «*an inquiry into certain matters that have been brought to the board's and management's attention*<sup>25</sup>».

L'*independent committee* dovrebbe, poi, valutare per tempo se i dipendenti della persona giuridica saranno autorizzati a essere assistiti da un legale di fiducia e in che misura le relative spese di rappresentanza saranno anticipate o rimborsate dalla società, in ciò ricorrendo a *policies* di indennizzo già in essere o a nuove *policies* elaborate in occasione dell'indagine in conformità allo statuto, alle leggi statali applicabili e alle *policies* relative alla regolamentazione della *corporate governance*. La *policy* dovrebbe considerare, altresì, l'eventualità di ampliare, in corso d'indagine, il perimetro dell'indennità di modo che possano beneficiarne anche i dipendenti per i quali le spese legali non risulterebbero coperte da statuto – ma che, durante l'indagine, potrebbero diventare testimoni o destinatari dell'indagine stessa –, così

---

*remain committed to an employer they do not trust. Consequently, companies spend a good deal of effort in team building and various kinds of programs to foster commitment and reward loyalty on the part of their employees. Consultants offer programs for team-building; management gurus offer insights on culture change; human resources professionals counsel managers on building loyalty and commitment in their departments; and every bookstore has an array of resources on effective management techniques. In many ways, it is apparent that the public, too, expects employers to be loyal to their employees-plant closings or reductions in force are far more often greeted with dismay and criticism than admiration for the managers' savvy cost-cutting, profit-maximizing policies. While few would suggest that protection of 'culpable' employees is appropriate, punishment or termination of an employee simply because a third party – whether a co-worker, prosecutor or agency – views that person as 'culpable' is difficult to square with basic notions of fairness. The DOJ's current policies represent a well-intentioned attempt to prevent continued employment of dishonest employees and to thwart senior managers ready to sacrifice the organization's well-being to save themselves, but they sweep so broadly that anomalous results are sometimes inevitable. While it may be reasonable to expect organizations to disclose evidence of wrongdoing, it is hard to defend a policy that calls for employers to jettison employees on the basis of unproven allegations [...] The DOJ's policies create incentives for corporate employers to abandon employees on the basis of mere accusations long before most of these allegations have either been admitted as true or proven in a court of law.*

<sup>24</sup> AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *op. cit.*, 88.

<sup>25</sup> FERRARA-ASHTON-TUTTLE, *op. cit.*, 90.

come gli *independent contractors*, gli *acting officers* o i loro *subsidiaries*, i quali, pur svolgendo importanti funzioni esecutive, non risultino formalmente inquadrati nelle *policies standard* di indennizzo adottate dall'azienda.

In sintesi, l'impresa dovrebbe prendere in considerazione l'opportunità di distribuire un *memorandum* ai dipendenti per metterli al corrente della natura di ogni potenziale indagine, della necessità di intervistare eventuali testimoni, della possibilità di fornire a singoli dipendenti i riferimenti di alcuni avvocati e che l'ente si accoli l'anticipazione delle relative spese di rappresentanza, nonché dell'importanza che per la persona giuridica assume la disponibilità di ciascun dipendente a dire la verità allo *special counsel* che dovesse intervistarlo.

### **3. La predisposizione di un *report* accurato dell'indagine interna: il resoconto dei documenti e delle interviste ai testimoni**

Atteso il valore assegnato dai pubblici ministeri e dalle agenzie di regolamentazione alla predisposizione e alla conservazione dei dati, la pronta raccolta e il riesame dei documenti pertinenti, così come l'intervista dei testimoni rilevanti, rappresentano i principali *steps* per assicurare una riproduzione accurata dei fatti d'indagine.

#### **3.1. La dinamica di una *cd. «litigation hold»***

- Il primo *step* dovrebbe consistere nell'individuazione di tutti i dipendenti dai quali attingere i documenti pertinenti rispetto all'indagine interna: al fine di identificare i dipendenti «chiave», dovrebbero essere programmate interviste preliminari condotte dallo *special counsel*.
- In secondo luogo, lo *special counsel* dovrebbe inviare un'e-mail ai dipendenti così individuati avvertendoli, in sintesi, che nessun documento, compresi quelli in formato elettronico e gli allegati, può essere distrutto senza la sua previa autorizzazione. Di più, lo *special counsel* «*should also talk to all levels of employees about documents because, for example, secretaries sometimes create and retain files of which their supervisors are unaware*<sup>26</sup>».
- In terzo luogo, lo *special counsel* dovrebbe dedicarsi all'analisi dei documenti così ottenuti per sincerarsi che non vi siano documenti aggiuntivi da inserire nella «*litigation hold*». Al riguardo, allo *special counsel* dovrebbe essere riconosciuto libero accesso a tutte le risorse elettroniche della società e a tutte le informazioni nelle stesse memorizzate, adoperandosi, per quanto possibile, nel monitorare regolarmente la creazione e l'archiviazione, da parte dell'azienda, dei documenti rilevanti.

Una volta assicurati, tutti i documenti pertinenti dovrebbero essere censiti, catalogati e protocollati «*in the same way that they would be logged during traditional litigation*<sup>27</sup>».

<sup>26</sup> LARRY GAYDOS, *Gathering and Organizing Relevant Documents: An Essential Task in Any Investigation*, in *Investigations Text*, nota 6/99, 103.

<sup>27</sup> AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *op. cit.*, 92.

Dopo la raccolta dei documenti rilevanti, dovrebbe essere, al più presto, messa a punto una *policy* per la conservazione e l'archiviazione dei documenti. Essa dovrebbe disciplinare anche *«the segregation of relevant backup electronic media, which in some cases may necessitate counsel's taking physical possession of backup tapes»*<sup>28</sup>.

Al pari di un contenzioso tradizionale, durante l'indagine occorre, infine, essere particolarmente cauti nell'evitare una sovra – o sotto – produzione documentale. La sovrapproduzione di dati, innescata anche dalle capacità di portata dei *media* elettronici, può, infatti, determinare un notevole incremento dei costi senza, per converso, offrire ulteriori documenti pertinenti. La sovrapproduzione o produzione incontrollata di dati può, inoltre, incidere ancor più negativamente in sede di rinuncia ai privilegi, laddove i documenti vengano presentati nel loro supporto applicativo nativo senza aver cura di espungere i metadati o di mantenere gli allegati in rapporto con le relative *e-mail*. Viceversa, *«under-production and spoliation during the discovery process may result in sanctions ranging from adverse inference instructions»*<sup>29</sup>, *«to default judgments because of counsel's insufficient actions»*<sup>30</sup> *«to monetary fines»*<sup>31</sup>.

### **3.2. La selezione e la valutazione dei documenti dovrebbero essere intraprese quanto prima anche con l'assistenza di specialisti**

La raccolta dei documenti viene solitamente operata da un consulente esterno o interno di fiducia dell'impresa. Il riesame dei documenti e l'intervista ai testimoni vengono, invece, abitualmente condotti dallo *special counsel*. Nell'ambito del processo investigativo, il complesso dei documenti rilevanti, siano essi in formato cartaceo o elettronico, deve essere individuato e inventariato al più presto, anche prima che venga conferito l'incarico allo *special counsel*. Ciò garantirà che tutte le informazioni disponibili vengano preservate. Ciò consentirà, inoltre, di disporre di una piattaforma fattuale adeguata per poter, poi, identificare i testimoni pertinenti e per poter, di conseguenza, dirigere le interviste in modo efficiente ed efficace.

I consulenti e i tecnici informatici interni possono dimostrarsi particolarmente utili nel riconoscere i processi e le risorse documentali e nel coordinare la fase di raccolta dei documenti. Perciò ciascuno dovrebbe svolgere un ruolo importante nella gestione dell'elaborazione, della selezione e della conservazione dei documenti, inclusi quelli elettronici.

Nondimeno, una volta istituito l'*independent committee* e incaricato lo *special counsel*, dovrebbe competere a quest'ultimo l'esame di tutti i documenti, anche ricorrendo all'assistenza di specialisti nel recupero e nell'archiviazione dei documenti cartacei ed elettronici. Il coinvolgimento, da parte dello *special counsel*, di professionalità interne dovrebbe essere consentito nella sola eventualità in cui *«the Company has a sufficiently sophisticated staff that is trained in issues that may become*

<sup>28</sup> U.S. DIST. CT. FOR THE DIST. OF MD., *Suggested protocol for discovery of electronically stored information*, 2-3, 2007, in <http://www.mdd.uscourts.gov/news/news/ESIProtocol.pdf>.

<sup>29</sup> *Seroquel Prods. Liab. Litig.*, 244 F.R.D. 650, 665, in *M.D. Fla.*, 2007.

<sup>30</sup> *METRO OPERA ASSOC., Inc. v. Local 100, Hotel Employees & Rest. Employees Int'l Union*, 212 F.R.D. 178, 222, in *S.D.N.Y.*, 2003.

<sup>31</sup> *BANC OF AM. SEC. LLC, Exchange Act Release No. 49, 386, 82, SEC Docket, 1264, 2004*, in <http://www.sec.gov/litigation/admin/34-49386.htm>.

*critical in a subsequent litigation (i.e., chain of custody) or in a government investigation (i.e., the preservation of metadata)*<sup>32</sup>.

### **3.3. Un questionario per i dipendenti**

In alcuni casi, l'invio di un questionario a determinati dipendenti può rivelarsi un mezzo efficace per ottenere informazioni preliminari e di base, come l'identità delle persone «chiave» da intervistare. Se viene utilizzato, il questionario deve essere contrassegnato come «*privileged*» e «*attorney-client communication*» e deve essere trasmesso unitamente a una lettera, a firma del *senior management*, che inviti i dipendenti a collaborare e raccomandi loro di mantenere riservatezza sul questionario e sulle risposte date. Inoltre, la lettera di trasmissione dovrebbe rilevare la possibilità che le informazioni raccolte possano essere fornite a terze parti, come la «*SEC*» o le parti di un contenzioso civile.

### **3.4. L'obiettività dello special counsel nell'intervista ai testimoni**

Dopo aver analizzato i documenti rilevanti, lo *special counsel* dovrebbe individuare i testimoni pertinenti e procedere, quindi, con la loro intervista. Infatti, «*interviews are a vital part of most internal corporate investigations. Your interviews of Company personnel will undoubtedly form the backbone of your internal investigation into the allegations against the President and CFO. Counsel can only learn so much through document review, and it is most often through interviews that counsel can begin to understand the events, decisions, policies, and actions that are the subject of the investigation*<sup>33</sup>. Di più, «*documents are the bare bones, but employee interviews are the heart and soul of an internal investigation. Documents, accounting ledgers, and other corporate records are important, but words and numbers come to life through the stories related by real people. Talking with those who have knowledge of key developments facilitates understanding of what happened and why better than any other investigative tool*<sup>34</sup>».

Al momento dell'assunzione dell'incarico, lo *special counsel* dovrebbe essere cosciente del fatto che, nel caso in cui dovesse risultare controversa la dichiarazione resa da un testimone nel corso della sua intervista, potrebbe essere chiamato a rendere testimonianza nell'ambito del relativo processo penale o civile. Inoltre, nel caso in cui l'ambito dell'indagine interna non possa essere preventivamente delimitato in modo rigoroso, può essere opportuno che lo *special counsel* avvii la fase delle interviste prima che tutti i documenti rilevanti vengano inventariati.

Ciò premesso, per ottenere risposte spontanee e per garantire la neutralità dell'indagine, occorre, anzitutto, prestare particolare attenzione nella selezione dei soggetti autorizzati a prendere parte a ciascuna intervista. Ci si interroga, in sostanza, se alle interviste ai dipendenti sia, o meno, opportuno che assista il legale interno. L'intervento del legale interno durante le interviste rischia fatalmente di pregiudicare

<sup>32</sup> AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *op. cit.*, 93.

<sup>33</sup> FERRARA-ASHTON-TUTTLE, *op. cit.*, 92.

<sup>34</sup> DUGGIN, *op. cit.*, 864.

la capacità dei dipendenti di rispondere con franchezza e di ingenerare nei dipendenti l'erronea convinzione di essere rappresentati personalmente dal legale interno. Ciò può, altresì, indurre gli *external auditors* o le agenzie di regolamentazione a presumere, ancorché inconsciamente, che il legale interno sia esso stesso un potenziale trasgressore e che, in quanto tale, sia inappropriato che assista alle interviste. È, pertanto, indicato, perlomeno, soppesare accuratamente la questione con l'*independent committee* prima che il legale interno prenda posto al tavolo delle interviste.

In alcuni casi, potrebbe, inoltre, rendersi necessario per l'ente meditare sull'opportunità che i dipendenti, che saranno sottoposti a un'intervista che potrebbe far emergere profili, effettivi o eventuali, di incompatibilità tra i loro interessi e quelli della persona giuridica, siano assistiti da un proprio legale di fiducia. Non è, tuttavia, indispensabile, anche in correlazione con lo statuto della società, che l'azienda si determini in tal senso prima che la predetta incompatibilità si renda manifesta o che il dipendente presenti motivata richiesta di essere patrocinato da un legale di fiducia. Ancorché l'impresa non dovrebbe declinare tale richiesta di consulenza, al dipendente interessato dovrebbe, comunque, essere rammentato che una mancata tempestiva collaborazione – ivi inclusa l'omessa partecipazione a tutte le interviste programmate dallo *special counsel* – potrebbe tradursi in conseguenze negative per il rapporto di lavoro, quali il licenziamento. Lo *special counsel* dovrebbe, infatti, allertarsi al verificarsi di una ben determinata situazione che normalmente si concreta in modo endemico nell'ambito di un'indagine. Spesso accade che il dipendente sottoposto a intervista chieda, prima che l'intervista abbia inizio o durante la stessa, se è consigliabile che si consulti con un legale di fiducia e se l'ente sosterrà le spese di quest'ultimo nel caso in cui decidesse di conferirgli mandato. In tale circostanza, si raccomanda allo *special counsel* «to remind the witness that he does not represent her and that if she wishes to speak to counsel, the Special Counsel would be willing to adjourn the interview for a reasonable time to allow such consultation»<sup>35</sup>. In previsione dei predetti eventi contingenti, lo *special counsel* dovrebbe, in avvio d'incarico, informarsi presso l'*independent committee* sui margini di anticipazione o di rimborso delle spese legali che la persona giuridica è intenzionata a concedere e rispetto a quali categorie di amministratori, di dirigenti e di dipendenti.

L'*independent committee* dovrebbe anche decidere in che misura lo *special counsel* potrà mettere a disposizione dei dipendenti i documenti pertinenti per una rilettura degli stessi prima – e in vista della conduzione – dell'intervista. In difetto di circostanze eccezionali – quali il fondato timore che il dipendente possa tentare di manomettere i documenti o di invalidare l'indagine o l'impossibilità di recuperare e di consultare la documentazione a causa della sua eccessiva voluminosità –, lo *special counsel* non dovrebbe, di regola, intervistare i testimoni prima che questi ultimi abbiano avuto modo di rivedere i documenti rilevanti. È, infatti, censurato lo *special*

---

<sup>35</sup> MERRILL, *Internal Investigations*, in *Securities Litigation: Planning & Strategies*, 100-101 suggerisce: «the answer should typically include a statement that the decision whether to retain counsel is up to the employee and (if true, as is likely early in an investigation) that the interviewer may not have enough facts to make a judgment». TURK, *The Interview Process*, in *Internal Corporate Investigations*, 103 offre il seguente consiglio: «the interviewer must repeat that he or she is representing the company and cannot provide the employee with any legal advice. The employee should be instructed to direct all such questions to the company's general counsel. These points should be discussed until the employee has a clear understanding of them. If the interview is memorialized, the memorandum should state that the interviewer repeated the warnings and the employee understood them».

*counsel* che cerchi di intervistare il testimone «*who has not been given an adequate opportunity to refresh his recollection as to prior events by reviewing key hard or electronic documents*» o che ceda «*to pressure from prosecutors or regulators to attempt to do so, in an effort to trap a witness into a misstatement, which would otherwise not occur if the witness were properly refreshed with all relevant documents and electronic communications*<sup>36</sup>». In accordo con le predette osservazioni, prima di intervistare gli amministratori e i dipendenti lo *special counsel* dovrebbe, ove ciò sia praticabile, informare i testimoni e i loro eventuali avvocati sui temi che saranno trattati durante l'intervista e accordare loro la possibilità di avere copia dei documenti pertinenti, sia cartacei sia elettronici<sup>37</sup>.

Ciò premesso, all'inizio dell'intervista, oltre a fornire una panoramica dell'oggetto dell'indagine e dello scopo dell'intervista, lo *special counsel* dovrebbe chiarire che «(1) *Special Counsel represents the Company (or the Independent Committee, as the case may be)*<sup>38</sup>; «(2) *Special Counsel is not the employee's lawyer and does not represent the employee's interests separate from those of its own client*<sup>39</sup>; «(3) *the conversation is*

<sup>36</sup> *United States v. Kumar*, 2006, U.S. Dist., LEXIS 96141 (in E.D.N.Y 2006);

<sup>37</sup> TATE, *Lawyer Ethics and the Corporate Employee: Is the Employee Owed More Protection Than the Model Rules Provide?*, in *Ind. L. Rev.*, 1990, 1, 3-4 e 6 sottolinea che l'esame dei documenti da parte dei dipendenti sottoposti a intervista può mitigare ulteriori rischi secondari: «*in addition to the tension between sacrifice of constitutional protections and the loss of livelihood, employees may face intra-corporate political land mines, particularly if what the employee says turns out to embarrass the employee or her superiors. A hypothetical may help to illustrate this point. Suppose, for example, that lawyers conducting an internal investigation question a Finance Department employee about questionable aspects of a major transaction. The employee provides information that reveals practices that are embarrassingly sloppy, but not illegal. If the CFO subsequently receives this information as part of counsel's report on investigative findings, even a CFO with the best of intentions may have difficulty treating the employee fairly after the investigation concludes. Thus, whether or not investigating counsel finds any significant problem with the transaction, the employee's relationship with an important and powerful superior is likely to suffer. It is also entirely possible that an unrepresented employee involved in questionable conduct may end up as a corporate scapegoat, particularly if the employee essentially confesses to engaging in some form of misconduct while a more culpable, but more legally sophisticated superior, manages to remain silent. As one commentator points out, lower echelon employees are particularly vulnerable to these kinds of problems.*».

<sup>38</sup> JONAS, *Who Is the Client? The Corporate Lawyer's Dilemma*, in *Hastings L.J.*, 1998, 617 osserva che, «*in the corporate arena, the lawyer lives in an 'Alice in Wonderland' world. The client to whom he owes undivided loyalty, fealty, and allegiance cannot speak to him except through voices that may have interests adverse to his client. He is hired and fired by people who may or may not have interests diametrically opposed to those of his client. And finally, his client is itself an illusion – a fictional 'person' that exists or expires at the whim of its shareholders, whom the lawyer does not represent.*».

<sup>39</sup> LACEY, *Remarks on Employee Interviews*, in *Block & Barton*, 40 suggerisce di rivolgere i seguenti avvertimenti al dipendente sottoposto a un'intervista durante un'indagine interna: «*I am not your lawyer. I represent the corporation. It is the corporation's interests I have been retained to serve. You are entitled to have your own lawyer. If you cannot afford a lawyer, the corporation may or may not pay his fee. You may wish to consult with him before you confer with me. Among other things, you may wish to claim the privilege against self-incrimination. You may wish not to talk to me at all. What you tell me, if it relates to the performance of your duties, and is confidential, will be privileged. The privilege, however, requires explanation. It is not your privilege to claim. It is the corporation's privilege. Thus, not only can I tell, I must tell, others in the corporation what you have told me, if it is necessary to enable me to provide the legal services to the corporation that has retained it has retained me to provide. Moreover, the corporation can waive its privilege and thus, the president, or I, or someone else, can disclose to the authorities what you tell me if the corporation decides to waive its privilege. Also, if I find wrongdoing, I am under certain obligations to report it to the Board of Directors and perhaps the stockholders. Finally, the fact that our conversation is privileged does not mean that what you did or said is protected from disclosure just because you tell me about it. You may be subpoenaed, for example, and required to tell what you did, or said or observed, even though you told me about it. Do you understand?». «*The Admarim warning is rather lengthy, however, and raises additional issues, such as subpoenas. These points may be well outside the context of the pending investigation. Helping an interviewee to understand them may require extensive explanation that could distract both employee and counsel from the principal focus of the interview. Perhaps even more importantly, this kind of warning may not only constrain the flow of information, but, as another commentator points out, 'advising employees that they need not speak with company counsel may conflict with the employees' duty to cooperate, implicit in the employee's duty of loyalty'. Some commentators oppose such admonitions for very practical reasons. The warnings could bring an internal investigation to a grinding halt while employees scramble to find individual counsel, even if they have no need to do so. While fairness is important, if investigating counsel embrace too many self-imposed procedural requirements, they may do a real disservice to their client. If the bar does not better define ethical rules for these situations, there will also be substantial variations in practice that serve neither the client and its employees nor the reputation of the legal profession. This is a real tension that defies easy resolution.*».*

*protected by the attorney-client privilege, but the privilege belongs to the Company; and therefore (4) the Company can choose to waive its privilege and disclose all or part of what the employee has told Special Counsel during the interview to external auditors, the government, regulators, or others», nonché che «it is important that the interviewee not discuss the substance of the interview with anyone<sup>40</sup>». I dipendenti dovrebbero, inoltre, essere istruiti circa i loro diritti e le loro responsabilità nel caso in cui venissero interpellati da autorità di regolamentazione o da pubblici ministeri che chiedessero loro di sottoporsi a un interrogatorio, compresa la facoltà di invocare i diritti costituzionalmente garantiti, senza, con ciò, subire sanzione disciplinare alcuna.*

In ragione dell'atteggiamento assunto dal «DOJ» – «*an employee who lies to private counsel, where she knows that her statements may be shared with a government agency such as the SEC or DOJ conducting its own investigation*» – si raccomanda allo *special counsel* di avvertire i dipendenti, all'inizio dell'intervista, nel caso in cui la società si fosse convinta a rinunciare all'*attorney-client privilege* e alla *work-product protection* – o laddove una simile conclusione fosse prevedibile – e a divulgare il *memorandum* dell'intervista alle autorità governative. Ci si dovrebbe aspettare che il dipendente così avvisato si rivolgerà a un legale di fiducia e lo *special counsel* dovrebbe essere pronto ad accogliere la richiesta di differire l'intervista per consentire al dipendente di nominare un avvocato che lo assista.

Le interviste dovrebbero, dunque, essere annotate in conformità alla dottrina dell'*attorney work-product* e tenendo presente il fine ultimo dell'indagine. In particolare, dopo l'intervista, lo *special counsel* dovrebbe riportare, il prima possibile, in un *memorandum* le parti più importanti del colloquio di ciascun testimone. La pronuncia definitiva sul contenuto del *memorandum* relativo all'intervista di un testimone dovrebbe spettare allo *special counsel*. Nondimeno, per ragioni di correttezza e dacché tali *memoranda* potrebbero essere trasmessi dallo *special counsel* alle agenzie di regolamentazione o ai pubblici ministeri, si suggerisce che lo *special counsel* accordi ai testimoni la possibilità, invero ragionevole, di controllare il contenuto dei *memoranda* e di segnalare, se del caso, eventuali necessità di emendamento, sì che i *memoranda* non riproducano in modo inesatto le dichiarazioni dei testimoni. Lo *special counsel* può – ma non dovrebbe essere costretto a – recepire le richieste di rettifica, in particolare laddove le variazioni raccomandate si pongano in contrasto con il ricordo che lo *special counsel* ha di quanto affermato dal testimone nel corso dell'intervista. Lo *special counsel* dovrebbe anche valutare l'opportunità di far leggere il *memorandum* dell'intervista, di illustrarne il contenuto o di dividerne una bozza con il legale di fiducia del testimone affinché possa riscontrarne la correttezza, senza, però, poterne conservare copia. Ulteriormente, nel caso in cui

---

<sup>40</sup> BLACK, *Internal Corporate Investigations*, 1998, § 1.01, 1-1 offre le seguenti clausole opzionali: «*It is important for you to know that we represent the Audit Committee and not you personally. We will be reporting to the Audit Committee on the information you and others provide to us. Unlike a lawyer representing you personally, we cannot promise to maintain your confidences or to provide you legal advice concerning your personal interests. If you believe you have interests that differ from the Company's interests in this matter, you should consult your own personal lawyer. The Audit Committee expects you to keep the facts and substance of this interview confidential. The Company expects to take the position that this interview and other interviews we are conducting are protected by the attorney-client privilege and constitute attorney work product. These privileges should entitle the Company to withhold the information received from the government or other third parties. On the other hand, the Company may ultimately determine that its interests will be best served by disclosing some or all of the information we receive. You need to understand that the decision whether or not to disclose this information will be made by the Company and that you will not be able to prevent the Company from disclosing the information you provide if it decides to do so.*».

debba essere predisposto un *report* finale, si consiglia allo *special counsel* di condividere, per ragioni di correttezza e di completezza, il proprio convincimento sulle eventuali responsabilità del testimone la cui condotta è sotto esame con il legale di fiducia di quest'ultimo, il quale potrà offrire una diversa interpretazione dei fatti o, comunque, dei chiarimenti. Nuovamente, lo *special counsel* non sarà obbligato a far propria alcuna modifica suggerita.

Infine, la questione della misura in cui, se del caso, il materiale coperto dall'*attorney-client privilege* e dalla *work-product protection* debba essere messo a disposizione degli *independent auditors* dell'azienda nel caso in cui, com'è verosimile, lo stesso verrà da questi ultimi richiesto, è estremamente complessa. Infatti, «*except in jurisdictions that recognize an accountant-client privilege, there is little, if any, authority to support the view that dissemination of privileged information to an independent auditor does not create a waiver of the privilege. With respect to the production to external auditors of Special Counsel's work product prepared in anticipation of litigation, the decisions are inconsistent regarding whether doing so constitutes a waiver*<sup>41</sup>». In un simile contesto, potrebbe dimostrarsi efficace il raggiungimento di un accordo scritto con l'*independent auditor* nel quale si riconosca la riservatezza delle informazioni condivise e si assicuri che le stesse saranno conservate tali, malgrado, «*under current case law, it is doubtful that any written confidentiality agreement with the independent auditor with respect to privileged material could prevent a waiver from being found*<sup>42</sup>».

Da ultimo, si raccomanda al consiglio di amministrazione e all'*independent committee* di ammonire lo *special counsel*, al momento del conferimento dell'incarico, di non condividere informazioni con gli *external auditors* dell'impresa senza l'autorizzazione scritta e pienamente informata sia dell'*independent committee* sia del consiglio di amministrazione dell'ente.

#### 4. L'elaborazione di un *report* dell'indagine interna

Nel corso dell'indagine interna, si suggerisce che lo *special counsel* conservi e tenga costantemente aggiornato un registro dei testimoni e dei documenti esaminati, dei documenti esibiti ai testimoni e delle questioni affrontate. Si raccomanda, inoltre, che l'*independent committee* venga sistematicamente relazionato durante l'indagine. Come visto, in determinate circostanze, tali aggiornamenti, soprattutto quelli che vengono offerti nelle prime fasi dell'indagine, dovrebbero essere effettuati oralmente, potendo le informazioni preliminari raccolte e le prime conclusioni formulate rivelarsi imprecise o incomplete. L'annotazione prematura di tali informazioni o conclusioni potrebbe, infatti, dimostrarsi pregiudizievole per la persona giuridica e per i dipendenti coinvolti. In particolare, «*once the Special Counsel has conveyed early impressions to the Independent Committee (based on preliminary reviews of documents*

---

<sup>41</sup> V. *Ariz. Rev. Stat. Ann.*, 2003, § 32-749; *Colo. Rev. Stat. Ann.*, 2009, § 13-90-107(1)(f)(i); *Fla. Stat. Ann.*, 1995, § 90.5055; *Ga. Code Ann.*, 1997, § 43-3-32; *Idaho Code Ann.*, 2008, § 9-203a; I.R.E., 2008, 515; 225 Ill. *Comp. Stat. Ann.*, 2006, 450/27; *Ind. Code*, 2008, § 25-2.1-14-1; *Kan. Stat. Ann.*, 2007, § 1-401; *La. Code Evid. Ann. Art.*, 2003, 515; *Md. Code Ann., Cls. & Jud. Proc.*, 2008, § 9-110; *Mich. Comp. Laws*, 2005, § 339.732; *Mo. Ann. Rev. Stat.*, 2008, § 326.322; *N.M. Stat. Ann.*, 2009, § 38-6-6; 63 *Pa. Stat. Ann.*, 2009, § 9.11; *Tenn. Code Ann.*, 2008, § 62-1-116.

<sup>42</sup> AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *op. cit.*, 97.

*and early interviews), those impressions may, as a practical matter, prove embarrassing to modify or be impossible to eradicate from the minds of the Independent Committee*<sup>43</sup>.

Una volta conclusa l'indagine, lo *special counsel* deve comunicarne i risultati, le conclusioni e i fondamenti, a seconda dei casi, al consiglio di amministrazione, all'*audit committee* o all'*independent committee*. Una speciale attenzione deve essere, sin da subito, riservata alla scelta della forma che dovrà assumere il *report* finale, scritta o orale, e alle conseguenze che la predisposizione di quest'ultimo potrebbe determinare rispetto all'*attorney-client privilege* e alla *work-product protection*. La forma del *report* e il significato della sua divulgazione dovrebbero, infatti, essere discussi in ragione dell'eventualità che alcune versioni del documento potrebbero finire nelle mani delle autorità governative o degli avvocati dei querelanti, con il conseguente rischio sostanziale dell'attivazione di un contenzioso nei confronti della società, dei suoi funzionari e dei suoi dirigenti. Nel caso in cui ci si risolva per la stesura di un *report* scritto, occorre prestare particolare attenzione nello scegliere se il documento sarà pubblicato sul sito *web* o su un comunicato stampa o sarà trasmesso ai pubblici ministeri, alle agenzie di regolamentazione o agli *independent auditors*. Inoltre, del documento dovrebbe essere creato solo un numero limitato di copie. Infine, il *report* non dovrebbe essere incorporato nel *server* aziendale all'interno di cartelle condivise.

Da ultimo, lo *special counsel* dovrebbe ricordare all'organo dirigente che le conclusioni del *report* rappresentano, in definitiva, non solo quelle dello *special counsel*, bensì anche quelle dell'*independent committee* e che sui membri del consiglio di amministrazione grava la responsabilità fiduciaria di trarre dalle evidenze presentate le proprie conclusioni. Il consiglio di amministrazione non dovrebbe, infatti, semplicemente accettare le conclusioni come rappresentate dallo *special counsel* senza una piena comprensione delle prove a loro sostegno.

## **5. Le external investigations**

### **5.1. Il ruolo dello special counsel nelle indagini condotte dal pubblico ministero e nel contenzioso civile dovrebbe essere limitato**

L'azienda potrebbe essere tentata di servirsi delle attività investigative svolte dallo *special counsel* in connessione con le attività difensive da eseguire nell'ambito del procedimento penale o del contenzioso civile parallelamente instaurati. Tuttavia, «*many experienced General Counsel and practitioners believe that, without the acquiescence of the external auditor as well as key regulators, Special Counsel should not be used as Company defense counsel, lest the independence of the Special Counsel be brought into question, and the legitimacy of the inquiry be compromised in the eyes of external auditors, as well as regulators or prosecutors*». Si raccomanda, quindi, che,

---

<sup>43</sup> AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *op. cit.*, 98.

«*absent such acquiescence, such follow-up inquiries be handled by counsel other than Special Counsel*<sup>44</sup>».

## **5.2. L'impiego delle risultanze dell'indagine interna condotta dallo special counsel dovrebbe essere autorizzato su base individuale**

Le raccolte di documenti e di dati affastellati dallo *special counsel* possono essere utilizzati dai difensori di fiducia dell'impresa e dei dipendenti per ridurre al minimo le spese e per rendere più celere la predisposizione delle rispettive difese. Ciononostante, si raccomanda, prima di utilizzarli, che da tali documenti e dati vengano espunte le evidenze delle riflessioni svolte dallo *special counsel*.

Tra le questioni più complesse e sensibili che deve affrontare il difensore di fiducia dell'ente che ha ereditato il complesso di documenti e i risultati dell'indagine interna si colloca la scelta di mettere, o meno, a disposizione – e, in caso positivo, in che misura – tali risultanze ai difensori dei dipendenti – o *ex* dipendenti – che siano al contempo coinvolti nel processo penale o nel contenzioso civile. Sul punto, ancora una volta si ritiene, «*absent genuine concerns about obstruction of justice, fairness dictates that such materials be made available on an individualized basis to such present or former employees, especially since it is likely that they have also been made available already to the DOJ, the SEC, or other regulators*». Si raccomanda, di conseguenza, che, «*absent genuine concerns of obstruction of justice, the work product of Special Counsel, such as witness interviews, should presumptively be made available, on an individualized basis, to counsel for present or former employees*<sup>45</sup>».

## **6. Conclusioni**

Secondo la dottrina statunitense, il consiglio di amministrazione di una persona giuridica raggiunto da accuse relative a illeciti commessi dalla società o dal suo *management*, nell'adempiere all'obbligo di indagare sulle accuse e di intraprendere iniziative appropriate, avanza in un campo minato di potenziali problemi. I dirigenti devono bilanciare gli effetti che l'indagine interna produce sul morale della popolazione aziendale, sulle prestazioni, sulla percezione che il pubblico e il mercato hanno dell'azienda e sulla scoperta di futuri contenzioni civili. Come se ciò non bastasse, il consiglio di amministrazione deve anche essere pronto ad assumere provvedimenti decisivi nel caso le circostanze lo richiedano. Tutto ciò deve essere fatto a fronte di circostanze e incertezze difficili da governare. Seguendo il severo avvertimento della «SEC» nel rapporto *Cooper Companies*, «*the only certainty is that the board must investigate and must act to protect the interests of shareholders, even if those actions involve the most senior members of management, will cause significant negative publicity, and are likely to expose the company to the threat of civil litigation*».

<sup>44</sup> AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *op. cit.*, 99.

<sup>45</sup> MATHEWS, *Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: The Triton Energy/Indonesia SEC Consent Decree Settlements*, in *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 1998, 328.

