

7.4.3 Il découle de ce qui précède que les faits objets de l'enquête pourraient avoir été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre la population civile au sens de l'art. 264a CP.

7.4.4 S'agissant de l'aspect subjectif de ladite infraction, il est généralement admis que tout criminel contre l'humanité doit avoir agi en connaissance de l'attaque (GARIBIAN, Commentaire romand CP II, 2017, n. 18 ad art. 264a CP). En l'espèce, il ne fait aucun doute que Nezzar était conscient des actes commis sous ses ordres. Il ressort notamment de l'audition du recourant C. que «Nezzar était partout à la fois. Par exemple, lorsqu'il est allé en Allemagne voir H., il lui a demandé d'assassiner deux dirigeants du FIS, ce qui montre bien que c'était lui qui prenait les décisions».

7.5 Comme développé supra (consid. 7.3.4.1 ss.), lorsque des victimes sont décédées des suites de la torture infligée par l'auteur, on ne peut exclure qu'en l'occurrence l'infraction d'assassinat puisse être retenue. Tel est également le cas lorsque ces actes n'ont pas été commis dans notre pays mais qu'une compétence universelle de la Suisse est fondée sur l'art. 6 CP en lien avec la Convention.

Il découle de ce qui précède que compte tenu de la Convention et du fait que les infractions d'assassinat ne sont, comme on vient de le voir, à ce jour toujours pas prescrites et qu'elles se sont inscrites dans un contexte dirigé de manière généralisée également contre la population civile, le MPC aurait dû *in casu* examiner si l'infraction de torture, respectivement d'assassinat, pouvait être reprochée à Nezzar. Il ne l'a pas fait. A ce titre, vu le principe *in dubio pro duriore* prévalant à ce stade de la procédure, rendre une ordonnance de classement est précipité.

TPF 2018 107

16. Auszug aus dem Urteil der Strafkammer in Sachen Bundesanwaltschaft und Eidgenössisches Finanzdepartement gegen A. vom 14. Juni 2018 (SK.2017.22)

Verwaltungsstrafrecht; Beweisverwertbarkeit; «nemo tenetur»-Grundsatz

Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 32 BV, Art. 29 FINMAG

Der «nemo tenetur»-Grundsatz steht einer Verwertung von mittels Mitwirkungspflichten gemäss Art. 29 FINMAG erlangten Informationen im Strafverfahren nicht entgegen (E. 5.8.2.8).

Droit pénal administratif; exploitabilité de la preuve; principe «nemo tenetur»

Art. 6 ch. 1 CEDH, art. 32 Cst., art. 29 LFINMA

Le principe «nemo tenetur» n’empêche pas l’exploitation dans la procédure pénale d’informations obtenues grâce aux obligations de collaborer prévues à l’art. 29 LFINMA (consid. 5.8.2.8).

Diritto penale amministrativo; utilizzabilità di una prova; principio «nemo tenetur»

Art. 6 n. 1 CEDU, art. 32 Cost., art. 29 LFINMA

Il principio «nemo tenetur» non impedisce l’utilizzo nella procedura penale di informazioni ottenute grazie agli obblighi di collaborazione previsti all’art. 29 LFINMA (consid. 5.8.2.8).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. wurde vorgeworfen, er habe als Geschäftsleitungsmitglied der Bank B. AG gegenüber der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) wissentlich falsche Auskünfte im Zusammenhang mit der Herausgabe von Daten an einen Kreditvermittler erteilt.

Der Einzelrichter sprach A. des mehrfachen Erteilens falscher Auskünfte gemäss Art. 45 Abs. 1 FINMAG schuldig.

Aus den Erwägungen:

5.8.2.8 Der Verteidiger beruft sich auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit («nemo tenetur»-Prinzip). Er beantragt, es seien die vom Beschuldigten erbrachten Beweise nicht verwertbar. Der Beschuldigte sei von der FINMA nicht belehrt worden, dass er die Auskünfte hätte verweigern können.

Nach dem verfahrensrechtlichen Grundsatz, der unter anderem aus Art. 32 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgeleitet wird, ist grundsätzlich

niemand gehalten, sich im Hinblick auf eine strafrechtliche Verantwortlichkeit im Verwaltungsstrafverfahren selbst zu belasten, also aktiv zu seiner eigenen Überführung und Verurteilung beizutragen (*nemo tenetur se ipsum accusare*; TRUFFER, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2011, Art. 29 FINMAG N. 20; BGE 142 IV 207 E. 8). Gemäss Art. 29 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) besteht aber im Verwaltungsverfahren der FINMA für Beaufichtigte eine Mitwirkungspflicht. Die Mitwirkungspflicht basiert auf dem Grundgedanken, dass sich die Finanzmarktakteure mit der Übernahme einer bestimmten bewilligungspflichtigen Tätigkeit, welche der Staat aufgrund ihrer besonderen Gefährlichkeit für gewichtige öffentliche Interessen, wie etwa funktionsfähige Finanzmärkte, unter die Aufsicht der FINMA gestellt hat, freiwillig und wissentlich in ein besonderes Rechtsverhältnis zum Staat begeben, von welchem sie auch profitieren. Im Rahmen solcher «Sonderstatus- bzw. Sonderrechtsverhältnisse» dürfen Grundrechte stärker eingeschränkt werden als im gewöhnlichen Hoheitsverhältnis zwischen Staat und Bürgern, und zwar in dem Masse, wie es die Natur des finanzmarktaufsichtsrechtlichen Sonderstatusverhältnisses verlangt (MACULA, Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG – zulässige Grenze strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit?, recht 2016, S. 30 ff., 44). Mit Blick auf die Finanzmarktaufsicht steht dahinter der Gedanke, dass die FINMA ihre präventiven Aufgaben in Kenntnis aller relevanten Umstände wahrnehmen können muss, um die Gefährlichkeit solcher Tätigkeiten zum Schutz öffentlicher Interessen effizient auf ein vertretbares Minimum zu reduzieren. Das ist naturgemäss ohne Informationen aus erster Hand nicht möglich. Deshalb werden die Mitwirkungspflichten zugunsten der FINMA von Lehre und Rechtsprechung weit ausgelegt (MACULA, a.a.O., S. 44 m.w.H.). Mit der Unterstellung unter das besondere Rechtsverhältnis haben sich die Finanzmarktakteure der entsprechenden Spezialgesetzgebung von Art. 29 FINMAG inklusive ihrer besonderen Auskunfts- und Herausgabepflichten unterworfen. Gemäss Bundesgericht kann sich auch eine juristische Person grundsätzlich auf das strafprozessuale Verbot des Selbstbelastungszwangs berufen (BGE 142 IV 207 E. 8.3.3). Der «*nemo tenetur*»-Grundsatz ist jedoch in dem Sinne restriktiv zu handhaben, dass der aufsichtsrechtliche und strafprozessuale Zugriff auf Unterlagen, welche das beschuldigte Unternehmen aufgrund verwaltungsrechtlicher (insbesondere wie Banken konzessionsrechtlicher) Gesetzesvorschriften erstellen, aufbewahren und dokumentieren muss, nicht unterlaufen werden darf (BGE 142 IV 207 E. 8.3.3, 8.18.3; 140 II 384 E. 3.3.4 S. 392 f. m.H.). Gerade im Rahmen von Finanzdelikten stehen die

Strafverfolgungsbehörden regelmässig vor schier unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten (WYSS, Marktaufsicht in der Schweiz – eine Bestandesaufnahme, SZW 2011, S. 560 ff., 567 und 570; MACULA, a.a.O., S. 44); dies umso mehr, wenn die Informationen aus dem Verwaltungsverfahren einem Beweisverwertungsverbot unterstünden, weshalb ein Beweisverwertungsverbot im Strafprozess hinsichtlich der mittels finanzmarktrechtlicher Mitwirkungspflichten gemäss Art. 29 FINMAG erlangten Informationen die Strafverfolgung in diesen Fällen faktisch verunmöglichen würde (MACULA, a.a.O., S. 44 f.). Art. 29 Abs. 1 FINMAG ist somit Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, dass Erkenntnisse aus Verwaltungsverfahren mit Konnex zum Verwaltungsstrafverfahren in dieses einzubeziehen sind.

Ob die von der FINMA eingereichten Unterlagen im Verwaltungsstrafverfahren verwertet werden dürfen, ist aber insbesondere mit Blick auf die Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu entscheiden. Nach der Praxis des EGMR und des Bundesgerichts gilt das Selbstbelastungsprivileg von Art. 6 EMRK als ungeschriebenes Grundrecht nicht «absolut» (BGE 142 IV 207 E. 8.4). Es verstösst gegen das Gebot der praktischen Konkordanz der Verfassungsinteressen, das Anliegen des Schutzes von Verfahrensrechten zu verabsolutieren und das ebenfalls verfassungsrechtliche Anliegen der Wirksamkeit des materiellen Rechts zu vereiteln. Gerade bei juristischen Personen ist eine differenzierte Abwägung vorzunehmen zwischen ihren grundrechtlich garantierten Verfahrensrechten und dem öffentlichen Interesse an einer effizienten strafprozessualen Wahrheitserforschung. In jedem Einzelfall ist zu entscheiden, ob mit ungehörigem Zwang auf den Beschuldigten eingewirkt wurde oder nicht. Nicht gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK verstossen daher blossе Aufforderungen, in einem Verwaltungs- oder Strafverfahren Dokumente einzureichen, die nicht mit einer Strafdrohung wegen Ungehorsams verbunden sind (BGE 142 IV 207 E. 8.3.2). In einem aufsichtsrechtlichen Verwaltungsverfahren gilt dies insbesondere, wenn für die Editionsadressaten eine verwaltungsgesetzliche Pflicht besteht, entsprechende Dokumente zu erstellen, aufzubewahren und den zuständigen Behörden zur Verfügung zu stellen (BGE 142 IV 207 E. 8.3.2; 140 II 384 E. 3.3.4).

Im Verwaltungsverfahren der FINMA gilt eine solche spezialgesetzliche Mitwirkungspflicht bzw. Auskunfts- und Herausgabepflicht gestützt auf Art. 29 Abs. 1 FINMAG. In dem bereits mehrfach zitierten BGE 142 IV 207 beschränkte sich die FINMA auf die aufsichtsrechtliche Einholung einer Auskunft bei einer Bank nach Art. 29 Abs. 1 FINMAG. Die

Aufforderung war nicht strafbewehrt bzw. die FINMA hat für den Fall der Auskunftsverweigerung keine Strafe angedroht (BGE 142 IV 207 E. 8.11). Das Bundesgericht verneinte daher ein absolutes Beweisverwertungsverbot (BGE 142 IV 207 E. 8.18.1). Das Bundesgericht schloss, dass bei strafrechtlich beschuldigten juristischen Personen, insbesondere bei Banken, welche den Gesetzesvorschriften des Geldwäschereigesetzes unterliegen, das Selbstbelastungsprivileg im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK restriktiv anzuwenden ist (BGE 142 IV 207 E. 8.18.3).

Nach dem Gesagten steht fest, dass die Auskünfte des Beschuldigten und die Akten des Enforcementverfahrens verwertbar sind. Die FINMA als Aufsichtsbehörde verlangte vom Beschuldigten gestützt auf Art. 29 FINMAG die Erteilung von Auskünften und drohte in den Auskunftersuchen vom 19. November 2013 und 14. Februar 2014 mit keinerlei Zwangsmitteln. Nach dem Gesagten würde aber nur dies zu einer strafprozessualen Unverwertbarkeit der falschen Auskünfte führen (BGE 142 IV 207 E. 8.3.1 f., E. 8.11). Der Beschuldigte hätte sich persönlich durch eine umfassende und den Tatsachen entsprechende Auskunftserteilung gegenüber der FINMA keiner strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt. Aus alledem folgt ein Vorrang der finanzmarktrechtlichen Mitwirkungspflicht gemäss Art. 29 Abs. 1 FINMAG gegenüber der Selbstbelastungsfreiheit. Die Erteilung der mehrfachen falschen Auskünfte ist nicht durch das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung gerechtfertigt. Der Einwand ist daher unbegründet.

TPF 2018 111

17. Extrait de la décision de la Cour des plaintes dans la cause A. contre Ministère public de la Confédération du 2 août 2018 (BB.2018.37)

Garantie de l'anonymat de la partie plaignante

Art. 149 al. 1, 178 let. a CPP

Conditions pour octroyer la garantie de l'anonymat à la partie plaignante (consid. 2.1). Dans le cas concret, il n'y a pas lieu de craindre un danger sérieux pour la vie ou l'intégrité corporelle au sens de l'art. 149 CPP (consid. 2.2).
Zusicherung der Anonymität der Privatklägerschaft

Art. 149 Abs. 1, 178 lit. a StPO

Voraussetzungen der Zusicherung der Anonymität zu Gunsten der Privatklägerschaft (E. 2.1). Im konkreten Fall besteht kein Grund zur