

Nemo tenetur se ipsum accusare nisi inquiritur a commissione competitionis?



STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

UMFANG UND GRENZEN DER MITWIRKUNGSPFLICHTEN
UND -RECHTE DER PARTEIEN IM KARTELLVERFAHREN

12. JUNI 2015

SIMON ROTH

Schutzbereich von nemo tenetur (1/3)



- Saunders v. United Kingdom (1996)

[A]lthough not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and **the right not to incriminate oneself** are generally recognised international standards which lie **at the heart of the notion of a fair procedure** under Article 6.

The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with **respecting the will of an accused person to remain silent**. [...] [I]t does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused **through the use of compulsory powers** but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, **documents acquired pursuant to a warrant** [...].

Schutzbereich von nemo tenetur (2/3)

- **J.B. v. Switzerland (2001)**

[I]t appears that the authorities were attempting to **compel the applicant to submit documents** which would have provided information as to his income with a view to the assessment of his taxes. [...] [T]he applicant **could not exclude** that, if it transpired from these documents that he had received additional income which had not been taxed, **he might be charged with the offence of tax evasion.**

- **Chambaz v. Switzerland (2012)**

La Cour observe, par ailleurs, que le requérant ne pouvait exclure que toute information relative à des revenus supplémentaires de sources non imposées l'exposait à être accusé d'avoir commis l'infraction de soustraction d'impôt [...] et était **de nature à compromettre sa position dans l'enquête pour soustraction d'impôts.**

Schutzbereich von nemo tenetur (3/3)

- **Saunders v. United Kingdom (1996)**

However, the Government have emphasised, [...] that **nothing said by the applicant** in the course of the interviews **was self-incriminating** and that he had merely given exculpatory answers or answers which, if true, would serve to confirm his defence.

In any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6 (art. 6), the right not to incriminate oneself **cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing** or to remarks which are directly incriminating. [...] It follows that what is **of the essence** in this context **is the use to which evidence obtained under compulsion is put** in the course of the criminal trial.

BVGE 2011/32: Nur «Geständnisverweigerungsrecht»?



Nach der einen Auffassung, der im Ergebnis die Vorinstanz folgt, verfügen die nach Art. 40 KG zur Mitwirkung Verpflichteten über kein absolut geltendes Aussageverweigerungsrecht, sondern nur über eines, **das sich auf Fragen beschränkt, durch die das Unternehmen direkt oder indirekt dazu gezwungen würde, ein «wettbewerbswidriges Verhalten» einzugestehen**; solche Fragen müssten nicht beantwortet werden. Dagegen erstrecke sich die (allenfalls nach Art. 52 und Art. 55 KG) sanktionierbare Auskunftspflicht auf rein tatsächliche Gegebenheiten [...].

→ direkter Widerspruch zu Saunders v. United Kingdom

Rechtfertigung durch öffentliches Interesse (1/3)



- Saunders v. United Kingdom (1996)

[The Court] **does not accept** the Government's argument **that the complexity of corporate fraud and the vital public interest in the investigation of such fraud and the punishment of those responsible could justify such a marked departure** as that which occurred in the present case from one of the basic principles of a fair procedure.

Rechtfertigung durch öffentliches Interesse (2/3)

- **O'Halloran and Francis v. United Kingdom (2007)**
 - Those who choose to keep and drive motor cars can be taken to **have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime** relating to motor vehicles, [...] these responsibilities include the obligation [...] **to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion** [of the traffic violation].
 - A further aspect of the compulsion applied in the present cases is the **limited nature of the inquiry** which the police were authorised to undertake. The information is thus **markedly more restricted** than in previous cases in which applicants have been subjected to statutory powers requiring production of "documents etc. which might be relevant for the assessment of taxes" (J.B v. Switzerland).
 - [T]he penalty for declining to answer is **"moderate and non-custodial"** [= £1000].

Rechtfertigung durch öffentliches Interesse (3/3)

- **Marttinen v. Finland (2009)**
The Court, accordingly, finds that **the concerns for the effective functioning of the debt recovery procedure** relied on by the Finnish Government **cannot justify** a provision which extinguishes the very essence of the applicant's rights to silence and against self-incrimination guaranteed by the Convention.
- **Chambaz v. Switzerland (2012): Öffentliche Interessen nicht mehr erwähnt**

Argumente in BGE 140 II 384

- Nicht jede Mitwirkungspflicht verletzt *nemo tenetur*
- *Nemo tenetur* verunmöglicht die Durchsetzung des Aufsichtsrechts
- Bei juristischen Personen geht der Schutz von *nemo tenetur* weniger weit

Nicht jede Mitwirkungspflicht verletzt *nemo tenetur*

- Dieses Argument stützt sich massgeblich auf *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*.
 - 1. Gegenargument: Die Fälle sind nicht vergleichbar
 - ✦ Mitwirkungspflicht nicht limitiert, vgl. Art. 48 Abs. 3 SBG, wonach die Spielbankenkommission «von den Spielbanken die notwendigen Auskünfte und Unterlagen verlangen» kann, und damit wesentlich näher bei der Mitwirkungspflicht gemäss Art. 130 aBdBSt (*J.B./Chambaz*).
 - ✦ Kein Fall von Bagatellbussen bzw. Bagatellkriminalität
 - ✦ Zusätzlich mit Bezug auf das Kartellrecht: Kein «regulatory regime», dem die Sanktionsbetroffene beigetreten wäre.
 - 2. Gegenargument: *O'Halloran* = Isolierter Fall
 - ✦ Weder in *Martinen* noch *Chambaz* wurden öffentliche Interessen berücksichtigt

Nemo tenetur verunmöglicht die Durchsetzung des Aufsichtsrechts (1/2)



- Dieses Argument setzt fälschlicherweise Aufsichtsrecht mit Strafrecht gleich.
 - Art. 6 Ziff. 1 EMRK und damit *nemo tenetur* nur auf «criminal charge» anwendbar, daher nicht auf:
 - ✦ exekutorische Massnahmen
 - ✦ Entzug einer Konzession bzw. Widerruf einer Bewilligung
 - ✦ Gewinneinziehung, soweit sie dem Nettoprinzip folgt
 - Für die Durchsetzung dieser Massnahmen darf die Mitwirkung des Betroffenen eingefordert werden.
 - Und für die Durchsetzung dieser Mitwirkungspflicht dürfen auch strafrechtliche Sanktionen eingesetzt werden.

Nemo tenetur verunmöglicht die Durchsetzung des Aufsichtsrechts (2/2)



- *Nemo tenetur* verlangt einzig, dass die unter Mitwirkungspflicht erhobenen Beweise in allen als strafrechtlich zu qualifizierenden Verfahren unverwertbar sind.
- *Nemo tenetur* beeinträchtigt damit höchstens den **strafrechtlichen** Gesetzesvollzug. Doch das ist kein «Problem», das es zu eliminieren gilt, sondern gewollte Konsequenz des Grundrechts.
- Jede Verfahrensgarantie kann die Suche nach der materiellen Wahrheit erschweren und tut dies regelmässig auch.

Bei juristischen Personen geht der Schutz von nemo tenetur weniger weit (1/4)



- **1. Gegenargument: Der EGMR hat mit Bezug auf Art. 6 EMRK noch nie zwischen natürlichen und juristischen Personen unterschieden.**

VAN KEMPEN m.w.N.*:

The extensive case law of the European Court **does not seem to include a single case** in which the ECtHR rejected a legal person's fair trial complaint because the claimant was a company or other private juridical entity.

* Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons, Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 14.3, abrufbar unter <http://www.ejcl.org/143/art143-20.pdf>

Bei juristischen Personen geht der Schutz von nemo tenetur weniger weit (2/4)



- **2. Gegenargument: *Nemo tenetur* gründet nicht nur auf der Menschenwürde, sondern auch auf der Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Ziff. 2 EMRK.**

- **Allen v. United Kingdom (2013)**

Article 6 § 2 safeguards "the right to be presumed innocent until proved guilty according to law". Viewed as a **procedural guarantee** in the context of a criminal trial itself, the presumption of innocence imposes requirements in respect of [...] **the privilege against self-incrimination.**

- **Die Unschuldsvermutung geht damit über eine reine Beweislast- und Beweiswürdigungsregel hinaus.**

Bei juristischen Personen geht der Schutz von
nemo tenetur weniger weit (3/4)



- Eine wirksame Unschuldsvermutung setzt die Geltung von *nemo tenetur* voraus, denn ansonsten
 - würde eine Beweisbeibringungspflicht und ein damit verbundener Rechtfertigungsdruck resultieren, welcher der Prämisse der Unschuldsvermutung, dass es Aufgabe des Staates ist, den Beweis der Schuld zu führen, diametral zuwiderläuft.

Bei juristischen Personen geht der Schutz von
nemo tenetur weniger weit (4/4)



- Die Unschuldsvermutung gilt auch für juristische Personen
- BGE 135 II 86:
L'interprétation [...] entre en conflit avec la **présomption d'innocence** garantie par l'art. 6 par. 2 [CEDH] [...] et par l'art. 32 al. 1 Cst., **dont la personne morale peut se prévaloir.**
- In *Synnelius and Edsbergs Taxi AB v. Sweden* (2002) hat der EGMR die Anwendbarkeit der Unschuldsvermutung auf juristische Personen ebenfalls bejaht.

Fazit



Nemo tenetur se ipsum accusare
etsi inquiritur a commissione competitionis