

APPLICATION / REQUÊTE N° 11130/84

J.O.K. GERLACH v/the FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY
J.O.K. GERLACH c/RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE

DECISION of 6 May 1985 on the admissibility of the application
DÉCISION du 6 mai 1985 sur la recevabilité de la requête

Article 7, paragraph 1 of the Convention : *The provision is not violated where the appeal court, on a reasonable interpretation of the law, reclassifies the offence with the result that a heavier sentence is imposed.*

Article 7, paragraphe 1, de la Convention : *Il n'y a pas violation de cette disposition lorsqu'à la suite d'une interprétation raisonnable de la loi, le juge d'appel requalifie l'infraction avec, comme conséquence, une peine plus sévère.*

THE FACTS (Extracts)

(français : voir p. 213)

The applicant, a German citizen born in 1943, is a goldsmith and merchant currently detained in prison in Karlsruhe. He is represented before the Commission by Mr. R.D. Ruppert, a lawyer practising in Karlsruhe.

On 11 October 1982 the applicant was convicted together with six other co-accused by the Mannheim Regional Court *inter alia* of continuous and professional smuggling of gold, and sentenced to altogether five years' imprisonment. In addition, the court ordered the seizure of 33 kilos of gold found in the applicant's possession.

The court held in particular that the applicant had in 31 instances smuggled 687 kilos of gold into Germany. In 47 instances he had bought 1,215.5 kilos of gold which others had smuggled into Germany. The applicant's profit arising from the transactions and the tax evasion amounted to 3 million DM. However, the applicant

had acted in order to save his company rather than out of personal gain. In determining the sentence the court applied *inter alia* S.373(1) of the Taxation Act (Abgabeordnung) which states:

"Whosoever professionally evades import duties (Eingangsabgaben) or professionally imports contraband goods (Bannware) against monopoly regulations, shall be punished with imprisonment ranging from three months to five years."

Both the applicant and the Public Prosecutor's Office appealed against this judgment.

The Federal Court of Justice rejected the applicant's appeal (Revision) on 28 September 1983 without having conducted a public hearing.

In respect of the appeal of the Public Prosecutor's Office, the Federal Court of Justice held a hearing at which the applicant was present. Thereupon, on 28 September 1983 the Federal Court of Justice quashed in a decision which was given publicly the judgment of the Regional Court insofar as it concerned the applicant's sentence (Strafauusspruch).

As regards the competence of the Federal Court of Justice in criminal matters, S.337 of the German Code of Criminal Procedure provides that the court may only examine whether or not a legal norm has been applied correctly. According to S.358(2), if the appeal was lodged in the accused's favour, the court cannot alter the contested judgment to the accused's detriment. According to S.349(2) and (4), the court may conduct the proceedings in writing if it is of the unanimous view that the appeal is unfounded or well-founded.

The Federal Court of Justice concluded in respect of the appeal of the Public Prosecutor's Office that in particular the applicability of S.370(3) which states a more severe punishment than S.373(1), had to be considered in the present case. S.370 concerns tax evasion and determines in para. 1 a punishment of up to five years for the offence of tax evasion. S.370(3) states that "In particularly serious cases the sentence shall be imprisonment ranging from six months to ten years". S.370(3) then gives standard examples (Regelbeispiele) of serious cases, such as tax evasion out of gross self-interest.

The court found that smuggling as in S.373(1) constituted a qualified form of the tax evasion stated in S.370. However, if the conditions of tax evasion were met according to S.370(3), it would be a misinterpretation (sinnwidrig) not to apply the latter provision, and therefore to determine a milder sentence, only because the tax evasion had been undertaken professionally. This could not have been the legislator's intention. Rather, in particularly serious cases the sentence had to be determined on the basis of S.370(3). The court thereby referred to the similar jurisprudence concerning the previous Reich Taxation Act (Reichsabgabeordnung) of 1931/39 and 1968. While the element of professionalism alone would not suffice for the condition of seriousness stated in S.370(3), the circumstances of the present case suggested that it was of a particularly serious nature within the meaning of S.370(3).

Against the decisions of the Federal Court of Justice the applicant filed a constitutional complaint with the Federal Constitutional Court which the latter dismissed on 17 January 1984.

.....

On 31 January 1984, the Mannheim Regional Court passed a new judgment in which it raised the applicant's sentence to altogether six years' imprisonment. The court determined the sentence on the basis of S.370(3) which, in its view, was applicable to the instant offence. The applicant's appeal against this judgment was rejected by the Federal Court of Justice after hearing both parties on 31 August 1984.

.....

THE LAW (Extract)

.....

The applicant complains under Article 7 para. 1 that at the time when he had brought the gold into Germany this offence had been punished according to S.373(1) of the Taxation Act, whereas the Federal Court had in his case for the first time applied S.370(3) to this Act.

The Commission notes that the Federal Constitutional Court rejected this part of the applicant's constitutional complaint as being inadmissible, though the court added that the complaint was in any event also unfounded. An issue arises therefore as to whether the applicant has exhausted all domestic remedies according to the generally recognised rules of international law. The Commission nevertheless leaves this question open since this part of the application is in any event inadmissible for the following reasons:

According to the Commission's case-law, Article 7 para. 1 prohibits retro-active application of the criminal law to the detriment of the accused. It prohibits in particular extension of the criminal law *in malam partem* to facts not reasonably covered by the law creating the offence. However, the certainty of the law is satisfied where it is possible to determine from the relevant statutory provision what act is subject to criminal liability even if such determination derives from the court's interpretation of the provisions concerned (No. 5493/72, Dec. 4.4.74, Yearbook 17, pp. 228, 290, 292).

In the present case, the Commission notes that the Federal Court simply interpreted the law, in this case S.370(3) and S.373(1) of the Taxation Act. The court was clearly aware that the requirements stated in S.370(3) differed from those in S.373(1), and it held that in the present case the requirements of S.370(3) were met. It found support for this interpretation in the similar jurisprudence under the previous Reich Taxation Act. The Commission is of the opinion that when qualifying the facts in question the Federal Court in no way exceeded the limits of a reasonable interpretation.

The Commission does not, therefore, find any appearance of a violation of the rights set out in Article 7 para. 1. It follows that this part of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 27 para. 2 of the Convention.

.....

(TRADUCTION)

EN FAIT (Extraits)

Le requérant, ressortissant allemand né en 1943, est orfèvre et commerçant, actuellement détenu à la prison de Karlsruhe. Il est représenté devant la Commission par Me R.D. Ruppert, avocat à Karlsruhe.

Le 11 octobre 1982, le requérant et six co-accusés furent reconnus coupables par le tribunal régional de Mannheim, du chef notamment de contrebande d'or à caractère continu et professionnel, et condamnés à un total de cinq ans de prison. Le tribunal ordonna en outre la saisie de 33 kg d'or trouvés chez le requérant.

Le tribunal déclara notamment que le requérant avait, en 31 fois, introduit en Allemagne 687 kg d'or de contrebande. A 47 reprises, il avait acheté 1.215,5 kg d'or que d'autres personnes avaient introduits en contrebande en Allemagne. Le bénéfice tiré par le requérant de la fraude fiscale et des transactions ainsi opérées atteignait 3 millions de DM. Cependant, le requérant avait agi pour sauver sa société plutôt que par esprit de lucre personnel. En fixant la peine, le tribunal fit notamment application de l'article 373 par. 1 de la loi fiscale (Abgabeordnung), ainsi libellé :

« Quiconque se soustrait professionnellement aux taxes à l'importation (Eingangsabgaben) ou importe à des fins professionnelles des marchandises de contrebande (Bannware), au mépris de la réglementation sur le monopole, est passible d'une peine d'emprisonnement allant de trois mois à cinq ans. »

Le requérant et le parquet ont formé tous deux un pourvoi en cassation contre ce jugement.

Le 28 septembre 1983, la Cour fédérale de Justice rejeta le pourvoi du requérant (Revision) sans tenir d'audience publique.

S'agissant du pourvoi formé par le parquet, la Cour fédérale de Justice tint une audience à laquelle assista le requérant. Le 28 septembre 1983, par un arrêt prononcé en public, elle cassa le jugement du tribunal régional dans la mesure où il concernait la peine infligée au requérant (Strafaußpruch).

S'agissant de la compétence de la Cour fédérale de Justice en matière pénale, l'article 337 du Code allemand de procédure pénale stipule que la Cour ne peut examiner que le point de savoir si une norme juridique a ou non été appliquée correctement. Selon l'article 358 par. 2, si le pourvoi est formé en faveur de l'accusé, la Cour ne peut pas réformer le jugement attaqué au détriment de l'accusé. Aux termes de l'article 349 par. 2 et 4, la Cour peut conduire la procédure par écrit si elle est à l'unanimité d'avis que le pourvoi est dénué de fondement ou est au contraire bien fondé.

La Cour fédérale de Justice conclut, en ce qui concerne le pourvoi formé par le parquet, qu'il fallait en l'espèce examiner en particulier l'applicabilité de l'article 370 par. 3, qui prévoit une peine plus rigoureuse que l'article 373 par. 1. L'article 370 concerne l'évasion fiscale et prévoit en son alinéa 1 une peine pouvant aller jusqu'à cinq ans pour cette infraction. L'article 370 par. 3 précise que « dans les cas particulièrement graves, la peine sera la prison pour un temps de six mois à dix ans ». L'article 370 par. 3 donne ensuite des exemples types (Regelbeispiele) de cas graves, par exemple l'évasion fiscale dans un intérêt personnel criant.

La Cour estima que la contrebande définie à l'article 373 par. 1 constituait une forme nuancée de l'évasion fiscale réprimée par l'article 370. Cependant, si les conditions de l'évasion fiscale sont réunies au regard de l'article 370 par. 3, ce serait une mauvaise interprétation (sinnwidrig) que de ne pas appliquer cette dernière disposition et donc de fixer une peine plus légère uniquement parce que l'évasion fiscale a été entreprise à l'échelon professionnel. Telle ne peut pas avoir été l'intention du législateur. La Cour estima que, dans les cas particulièrement graves, la peine devait plutôt être fixée sur la base de l'article 370 par. 3. La Cour s'est référée à la jurisprudence analogue issue de la précédente loi fiscale du Reich (Reichsabgabeordnung) de 1931/1939 et de 1968. Si l'élément de professionnalité ne suffit pas à lui seul à constituer la condition de gravité énoncée à l'article 370 par. 3, les circonstances de la présente affaire donnent à penser que l'infraction était de caractère particulièrement grave au sens de l'article 370 par. 3.

Le requérant introduisit contre les arrêts de la Cour fédérale de Justice un recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale, qui le débouta le 17 janvier 1984.

.....

Le 31 janvier 1984, le tribunal régional de Mannheim rendit un nouveau jugement dans lequel il portait la peine du requérant à six ans de prison au total. Il fixa la peine en se fondant sur l'article 370 par. 3 applicable à son avis à l'infraction en

question. Le pourvoi en cassation que le requérant forma contre ce jugement, fut rejeté par la Cour fédérale de Justice après une audience contradictoire tenue le 31 août 1984.

EN DROIT (Extrait)

Le requérant invoque l'article 7 par. 1 et se plaint qu'à l'époque où il avait introduit l'or en Allemagne, cette infraction était punie par l'article 373 par. 1 de la loi fiscale alors que la Cour fédérale a, dans son cas, appliqué pour la première fois l'article 370 par. 3 de cette loi.

La Commission relève que la Cour constitutionnelle fédérale a rejeté cette partie du grief du requérant comme irrecevable, tout en ajoutant que le grief était d'ailleurs dénué de fondement. La question se pose dès lors de savoir si le requérant a épuisé les recours internes selon les principes de droit international généralement reconnus. La Commission ne tranche cependant pas la question puisque cette partie de la requête est de toute manière irrecevable pour les raisons exposées ci-après.

Selon la jurisprudence de la Commission, l'article 7 par. 1 interdit l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé. Il interdit en particulier l'application extensive de la loi pénale « in malam partem » à des faits que ne couvrirait pas raisonnablement la loi qui a créé l'infraction. Toutefois, l'exigence de la sécurité de la loi est satisfaite lorsqu'il est possible de définir, à partir de la disposition légale pertinente, quels actes engagent la responsabilité pénale, même si cette définition est donnée par les tribunaux qui interprètent la disposition en cause (No 5493/72, déc. 4.4.74, Annuaire 17, pp. 229, 291, 292).

En l'espèce, la Commission relève que la Cour fédérale s'est bornée à interpréter la législation, en l'occurrence les articles 370 par. 3 et 373 par. 1 de la loi fiscale. La cour savait parfaitement que les conditions prescrites par le premier article différaient de celles énoncées dans le deuxième et elle a déclaré que celles de l'article 370 par. 3 étaient réunies. Elle voit la justification de cette interprétation dans la jurisprudence analogue tirée de la précédente loi fiscale du Reich. La Commission estime qu'en précisant les faits en question, la Cour fédérale n'a nullement dépassé les limites d'une interprétation raisonnable.

La Commission ne décèle donc aucune apparence de violation des droits protégés par l'article 7 par. 1. Il s'ensuit que la requête est, sur ce point, manifestement mal fondée au sens de l'article 27 par. 2 de la Convention.