

BRÉSIL : PHASE 2

RAPPORT SUR L'APPLICATION DE LA CONVENTION SUR LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS DANS LES TRANSACTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES ET DE LA RECOMMANDATION RÉVISÉE DE 1997 SUR LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION DANS LES TRANSACTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES

Ce rapport a été approuvé et adopté par le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales le 7 décembre 2007.

TRADUCTION NON VÉRIFIÉE

TABLE DES MATIÈRES

SYNTHÈSE.....	4
A. INTRODUCTION.....	6
1. Mission sur place.....	6
2. Généralités.....	6
a. Système économique.....	6
b. Régime politique et juridique.....	8
c. Mise en œuvre de la Convention et de la Recommandation révisée.....	8
d. Aperçu de la situation en matière de corruption.....	9
e. Affaires de corruption d'agents publics étrangers.....	10
3. Organisation du rapport.....	11
B. PRÉVENTION, DÉTECTION ET SENSIBILISATION.....	12
1. Efforts généraux de sensibilisation.....	12
a. Initiatives des pouvoirs publics.....	12
b. Initiatives du secteur privé.....	15
2. Signalement des infractions de corruption transnationale et protection des dénonciateurs.....	17
a. Signalement des infractions.....	17
b. Protection des dénonciateurs.....	17
3. Détection et signalement de la corruption transnationale dans le secteur public.....	18
a. Procédures générales de signalement.....	18
b. Représentations diplomatiques à l'étranger.....	19
c. Crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public.....	20
d. Aide publique au développement.....	22
4. L'administration fiscale.....	23
a. Traitement fiscal des pots-de-vin.....	23
b. Détection et échange de renseignements au niveau de l'administration fiscale.....	25
5. Comptabilité et vérification comptable.....	27
a. Efforts de sensibilisation.....	27
b. Normes de comptabilité et de vérification des comptes.....	27
c. Contrôles internes, conseils de surveillance et comités d'audit.....	28
d. Vérification externe.....	29
e. L'obligation de signaler les faits de corruption transnationale.....	31
6. Signalement du blanchiment de capitaux.....	32
a. Déclaration des opérations suspectes.....	32
b. Typologies, principes directeurs, formation et ressources.....	33
c. Surveillance du respect de la loi et sanctions en cas de non-déclaration.....	34
d. Échange de renseignements avec d'autres organismes publics brésiliens.....	34
e. Échange de renseignements au niveau international.....	35
C. ENQUÊTES, POURSUITES ET SANCTIONS.....	36
1. Enquêtes et poursuites.....	36

a.	Autorités répressives	36
b.	Conduite des enquêtes.....	39
c.	Principes régissant les poursuites.....	42
d.	Entraide judiciaire et extradition.....	44
e.	Compétence.....	48
f.	Prescription	50
2.	L'infraction de corruption d'agent public étranger.....	50
a.	Historique.....	50
b.	Éléments constitutifs de l'infraction	51
c.	Défense et exonération de la responsabilité	53
3.	Responsabilité des personnes morales.....	55
a.	Établissement de la responsabilité des personnes morales.....	55
b.	Enquêtes et poursuites relatives à des personnes morales.....	60
4.	Jugement et sanction en cas d'infraction de corruption transnationale	61
a.	Sanctions imposées par les tribunaux	61
b.	Sanctions imposables par des organismes autres que les tribunaux.....	64
5.	L'infraction de blanchiment de capitaux	66
a.	Portée de l'infraction de blanchiment de capitaux et des sanctions applicables	66
b.	Mise en œuvre de l'infraction de blanchiment de capitaux	67
6.	L'infraction de falsification comptable.....	68
D.	RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL ET SUIVI	69
1.	Recommandations.....	70
	Recommandations visant à assurer la prévention et la détection efficaces de la corruption d'agents publics étrangers.....	70
	Recommandations visant à assurer l'efficacité des enquêtes, poursuites et sanctions en matière de corruption transnationale et d'infractions connexes.....	71
2.	Suivi effectué par le Groupe de travail	72

SYNTHÈSE

Le Rapport de Phase 2 sur le Brésil préparé par le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption évalue la mise en œuvre, par le Brésil, de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de ses instruments connexes, et formule des recommandations à cet égard. Bien que la lutte contre la corruption menée au Brésil soit largement médiatisée, les secteurs public et privé sont insuffisamment sensibilisés à l'infraction de corruption transnationale. Le présent rapport recommande que le Brésil s'emploie à sensibiliser l'administration publique et le secteur privé à la corruption transnationale.

Le Brésil n'a pas pris les mesures nécessaires pour établir la responsabilité des personnes morales pour corruption d'agent public étranger. Le Groupe de travail a estimé que le présent régime juridique de responsabilité des personnes morales n'est pas conforme à l'Article 2 de la Convention. Il en résulte qu'au Brésil, les personnes morales ne sont pas passibles de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de corruption transnationale, comme l'exige l'Article 3 de la Convention. Le Groupe de travail recommande que soit comblé sans délai ce vide juridique important et se félicite des initiatives récentes prises par le Brésil à cet égard.

Les autorités répressives brésiliennes ont été particulièrement attentives aux affaires de corruption nationale. Pour ce qui est de la corruption transnationale, les autorités ont indiqué que deux affaires possibles faisaient l'objet d'une enquête préliminaire et que quatre enquêtes liées au programme « Pétrole contre nourriture » des Nations Unies étaient en cours. À ce jour, aucune affaire de corruption transnationale n'a encore été portée devant les tribunaux brésiliens. Le Groupe de travail en a conclu que les autorités répressives doivent adopter une démarche plus volontariste pour détecter ces affaires et conduire les enquêtes et poursuites les concernant. Le rapport recommande au Brésil de veiller à ce que des ressources suffisantes soient affectées aux enquêtes sur la corruption transnationale et à ce que les autorités répressives reçoivent une formation appropriée.

En ce qui concerne la non-déductibilité fiscale des pots-de-vin, le Groupe de travail recommande au Brésil de clarifier l'interdiction de la déductibilité des pots-de-vin en introduisant dans la législation fiscale un refus explicite de la déductibilité des pots-de-vin versés à l'étranger ou en recourant à un autre dispositif approprié, contraignant et mis à la disposition du public. Il recommande également au Brésil d'intensifier ses efforts pour encourager les entreprises à mettre en œuvre des stratégies de prévention et de détection de la corruption transnationale, et notamment à mettre au point des systèmes de contrôle interne plus efficaces.

Le Groupe de travail souligne par ailleurs les aspects positifs des efforts engagés par le Brésil pour lutter contre la corruption transnationale, notamment le recours par les autorités répressives à tout un arsenal de techniques d'enquêtes spéciales pour mettre au jour des infractions économiques complexes et des affaires de corruption. Les travaux menés par les autorités brésiliennes pour affiner le système de déclaration utilisé dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux représentent également une initiative prometteuse et constituent une bonne base pour détecter le blanchiment de capitaux lié à la corruption transnationale. Le Groupe de travail encourage également les efforts déployés au plan législatif pour obliger toutes les grandes entreprises brésiliennes à publier des états financiers consolidés (couvrant les filiales étrangères) et à faire réaliser des vérifications externes indépendantes de leurs comptes.

Le présent rapport et ses recommandations, qui reflètent les conclusions d'experts chiliens et portugais, ont été adoptés par le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption. Dans un délai d'un an à compter de l'approbation du rapport par le Groupe de travail, le Brésil présentera un rapport de suivi oral sur la mise

en œuvre des recommandations ; il remettra un rapport écrit dans un délai de deux ans à compter de l'approbation. Le présent rapport est fondé sur les textes législatifs et réglementaires et autres documents fournis par les autorités brésiliennes, ainsi que sur les informations obtenues par l'équipe d'évaluation pendant la mission sur place de cinq jours qu'elle a effectuée à Brasilia et à São Paulo en mai et juin 2007, au cours de laquelle elle a rencontré des représentants de l'administration publique brésilienne, du secteur privé, de la société civile et des médias.

A. INTRODUCTION

1. Mission sur place

1. La mission sur place effectuée au Brésil dans le cadre de la Phase 2 a été conduite par le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales (le Groupe de travail) du 28 mai au 1^{er} juin 2007 à Brasilia et à São Paulo. La mission sur place, qui a été menée conformément à la procédure adoptée pour la deuxième phase d'autoévaluation et d'évaluation mutuelle de la mise en œuvre de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (la Convention) et de la Recommandation révisée du Conseil sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales de 1997 (la Recommandation révisée), avait pour objectif d'étudier les structures dont est doté le Brésil pour faire appliquer les textes législatifs et réglementaires de transposition de la Convention, d'évaluer leur mise en œuvre pratique, et de vérifier le respect concret par le Brésil de la Recommandation révisée¹.

2. L'équipe d'examen était composée d'examineurs principaux chiliens² et portugais³ ainsi que de représentants du Secrétariat de l'OCDE⁴. Pendant la mission sur place, des réunions ont été organisées en présence de fonctionnaires de l'administration brésilienne (et d'organismes apparentés) et de représentants de la société civile, d'associations professionnelles, des professions juridiques, du pouvoir judiciaire et du Congrès national⁵. L'équipe d'examen a apprécié la coopération de haut niveau des autorités brésiennes à toutes les étapes de l'examen de la Phase 2, et notamment le fait que ces dernières ont apporté des réponses détaillées aux questionnaires écrits, fourni des traductions des textes législatifs et d'autres documents pertinents, et organisé et coordonné la mission sur place, qui s'est déroulée sans heurts. Elle souhaite à cet égard souligner l'excellent travail du personnel du Contrôle général de l'Union (CGU) et du ministère des Relations extérieures. L'équipe d'examen remercie enfin tous les participants rencontrés lors de la mission sur place pour leur coopération et leur franchise pendant les discussions.

2. Généralités

a. Système économique

3. Plus grand pays d'Amérique latine par sa superficie de quelque 8.5 millions km², le Brésil se classe au cinquième rang mondial pour sa population, qui atteint près de 180 millions d'habitants. Du

¹ Le Rapport de la Phase 1 sur le Brésil a été adopté par le Groupe de travail le 31 août 2004. L'examen de la Phase 1 a pour but d'évaluer si la législation d'une Partie est conforme aux principes juridiques fixés par la Convention. Les problèmes soulevés par le Groupe de travail dans le cadre de la Phase 1 ont fait l'objet d'un suivi lors de l'examen de la Phase 2.

² Le Chili était représenté par : Alejandra Quezada, spécialiste du droit international public, Direction des affaires juridiques, ministère des Affaires étrangères ; Mirna Olmos, conseil juridique, ministère de la Justice ; et Alejandra Vallejos, juriste, ministère des Finances.

³ Le Portugal était représenté par : Carla Encanação, conseil juridique, Département des relations internationales, ministère de la Justice, GRIEC ; Mariana Raimundo, Police criminelle, directeur-adjoint de l'École de police criminelle ; et Maria de Fátima da Graça Carvalho, procureur public.

⁴ Le Secrétariat de l'OCDE était représenté par : Brian Pontifex, coordonnateur de la Phase 2, examen du Brésil, juriste principal, Division de lutte contre la corruption, Direction des affaires financières et des entreprises, OCDE ; et France Chain, analyste de politiques, Division de lutte contre la corruption, Direction des affaires financières et des entreprises, OCDE. Sébastien Lanthier, analyste de politiques, Division de lutte contre la corruption, a participé à la mise au point définitive du rapport.

⁵ La liste des institutions participantes figure à l'Annexe 1 du présent rapport.

milieu des années 60 à la fin des années 70, période qui correspond à ce que l'on appelle le « miracle brésilien », le Brésil a connu une croissance exceptionnelle de son PIB, avec des taux de près de 7.5 % en moyenne par année. Entre 1980 et 2005, la croissance annuelle du PIB s'est toutefois ralentie à environ 2.5 % en moyenne⁶. Dans les années 90, une série de réformes économiques a permis d'ouvrir plus largement l'économie aux échanges et à la concurrence. Des mesures ont été prises pour éliminer toutes les barrières non tarifaires et réduire sensiblement les tarifs douaniers. Toujours dans les années 90, des efforts ont également été entrepris pour maîtriser l'inflation galopante qui, à près de 3 000 % en 1990, a pu être ramenée sous la barre des 10 % en 1997. En 2005, le taux d'inflation moyen était de 6.9 %. D'autres réformes importantes ont été engagées, comme l'adoption en 1999 d'un régime de change flottant (du real) et la mise en œuvre de mesures visant à réduire l'ampleur de la dette publique.

4. L'économie brésilienne moderne est vaste et diversifiée et le pays possède des ressources naturelles abondantes, et en particulier d'importantes réserves de pétrole et de gaz et de grands gisements miniers. Huitième producteur mondial d'acier, le Brésil dispose d'un secteur manufacturier développé et spécialisé dans différents domaines, qui produit aussi bien des machines-outils et des voitures que de l'équipement de télécommunications et des avions. En 2004, le Brésil occupait le cinquième rang mondial pour ses exportations agricoles, et notamment de café, de soja, de sucre, d'oranges, de tabac, de cacao, de viande et de volailles. Le secteur des services représente environ 56 % du PIB.

5. Pour ce qui est du commerce extérieur, le Brésil est présent dans plus d'une centaine de pays : en 2006, les échanges commerciaux avec d'autres pays ont atteint le chiffre record de 228.9 milliards USD, les exportations ayant représenté 137.5 milliards USD et les importations, 91.4 milliards USD. Les exportations se répartissent entre les principales catégories suivantes : produits manufacturés (52.5 %) ; produits agricoles (29.6 %) ; et carburants et combustibles et produits miniers (16 %). Ces dernières années, les recettes d'exportation du Brésil ont enregistré une forte augmentation. Les exportations sont principalement dirigées vers l'Union européenne (22.8 %) ; les États-Unis (19.6 %) ; l'Argentine (8.5 %) ; la Chine (5.9 %) et le Mexique (3.5 %). Les marchés d'exportation dont la croissance a été la plus rapide sont situés en Asie, en Afrique, au Moyen-Orient et en Europe orientale ; en 2005, ils ont représenté 27.6 % des exportations⁷. Quant aux importations, elles proviennent principalement de l'Union européenne (23.5 %) ; des États-Unis (17.5 %) ; de l'Argentine (8.6 %) ; de la Chine (7.6 %) ; et du Japon (4.7 %). Les importations sont principalement réparties entre les catégories suivantes : produits manufacturés (70.1 %) ; carburants et combustibles et produits miniers (22.3 %) ; et produits agricoles (6.1 %⁸).

6. L'économie brésilienne se caractérise de longue date par la structure actionnariale très concentrée de bon nombre de ses entreprises, qui sont encore souvent contrôlées directement ou indirectement par certaines familles ou par l'État. À la suite de l'appréciation de la monnaie nationale (le real), en 2004, de nombreuses entreprises brésiliennes ont développé leur présence à l'étranger, l'IDE sortant étant principalement dirigé vers l'Argentine et les États-Unis⁹. En 2004, les sorties d'IDE ont culminé à 9.8 milliards USD mais sont toutefois retombées à 2.5 milliards USD dès 2005¹⁰. La bourse brésilienne (Bovespa) s'est également révélée une importante nouvelle source de financement pour les entreprises brésiliennes. Beaucoup de sociétés cotées sont de grandes exportatrices et certaines sont également inscrites à la bourse de New York. Les flux entrants d'investissement direct étranger se sont pour leur part

⁶ Études économiques de l'OCDE: Brésil, volume 2006/18 – novembre 2006, p. 22.

⁷ The Economist Intelligence Unit, *Country Profile 2006: Brazil*, août 2006, p. 24 et 41.

⁸ Les statistiques sur les exportations datent de 2005. Voir le profil du Brésil établi par l'Organisation mondiale du commerce sur le site suivant : www.wto.org.

⁹ The Economist Intelligence Unit, *Country Profile 2006: Brazil*, août 2006, p. 42.

¹⁰ OCDE, « Tendances et évolution récente de l'investissement direct étranger », *Perspectives d'investissement international*, 2006, p. 25.

élevés à environ 15.1 milliards USD en 2005, ce qui confirme que le Brésil est, hors Asie, l'un des principaux pays émergents en développement qui exercent un attrait sur l'investissement étranger.

b. Régime politique et juridique

7. Le Brésil est une république fédérative formée par l'union indissoluble du District fédéral, de 26 États et de 5 563 communes. La présente Constitution fédérale est entrée en vigueur le 5 octobre 1988. Le président, élu directement, est aussi le chef du gouvernement. Élu pour un mandat de quatre ans renouvelable une seule fois, il a des pouvoirs étendus et est notamment habilité à désigner le cabinet, les autres titulaires de postes clés dans l'administration et les juges de la Cour suprême, sous réserve de l'approbation du Sénat. L'organe investi du pouvoir législatif national au Brésil est le Congrès bicaméral, qui est formé d'une chambre des députés (chambre basse) de 513 membres et d'un Sénat (chambre haute) de 81 membres. Les 26 États ont le pouvoir d'adopter leur propre Constitution et de voter leurs lois ; leur autonomie est cependant limitée par les principes établis dans la Constitution fédérale.

8. Le système juridique brésilien est fondé sur la tradition du droit civil. Les pouvoirs judiciaires sont exercés par la Cour suprême fédérale, la Cour supérieure de justice, les tribunaux fédéraux régionaux et les juges fédéraux. Des tribunaux spécialisés tranchent en outre les différends électoraux, militaires ou liés au travail. Le système des tribunaux comporte à son sommet la Cour suprême fédérale, qui détient une compétence exclusive pour : (i) déclarer inconstitutionnelles les lois fédérales ou celles des États ; (ii) accéder aux demandes d'extradition d'États étrangers ; et (iii) se prononcer sur les décisions rendues en appel par des tribunaux de rang inférieur et susceptibles d'être contraires à la Constitution. La Cour supérieure de justice est chargée de faire respecter la législation fédérale et les traités. Les cinq tribunaux fédéraux régionaux ont compétence en vertu de la Constitution pour examiner les appels des décisions des juges fédéraux, de même que les affaires d'intérêt national et les infractions pénales relevant de traités internationaux. Les juges fédéraux sont notamment compétents pour : connaître de différends entre des États de l'Union ; statuer sur des litiges entre un État étranger ou une organisation internationale et une commune ou un résident brésilien ; et rendre un jugement, au regard de traités ou d'accords internationaux auxquels l'Union est partie, sur les différends qui l'opposent à des États étrangers ou à des organismes internationaux.

9. La Convention de l'OCDE a force de loi ordinaire au Brésil. L'article 1^{er} de la Convention ne peut toutefois pas s'appliquer directement en droit brésilien étant donné que la Constitution brésilienne prescrit qu'il « n'y a pas de crime en l'absence de loi préalable qui le définit, pas plus qu'il n'y a de sanction sans qu'elle soit préalablement imposée par la loi¹¹ ». De ce fait, l'article 1^{er} de la Convention n'était pas directement applicable lors de la ratification de la Convention par le Brésil, ce qui a nécessité la création d'une nouvelle infraction pénale par le Congrès. Même si les tribunaux ne sont pas tenus d'interpréter la loi de transposition selon les termes de l'article 1^{er}, les autorités brésiennes ont indiqué que la Convention est « une importante source » d'interprétation et que ses commentaires « doivent être pris en compte ».

c. Mise en œuvre de la Convention et de la Recommandation révisée

10. Le Brésil est l'un des sept pays non membres de l'OCDE qui sont Parties à la Convention. Il a déposé son instrument de ratification le 24 août 2000. La législation d'application est entrée en vigueur le 11 juin 2002. Elle a introduit des amendements au Code pénal brésilien en vue d'y ajouter l'infraction de corruption transnationale et la définition d'« agent public étranger » ; elle a également modifié la législation relative au blanchiment de capitaux pour que l'infraction de corruption transnationale constitue une infraction principale au titre du blanchiment de capitaux.

¹¹ Article 5, paragraphe XXXIX de la Constitution du Brésil.

11. À la suite des discussions intervenues avec des représentants du ministère de la Justice, des procureurs et des juristes brésiliens, les examinateurs principaux ont conclu que l'infraction de corruption transnationale inscrite dans le Code pénal est dans l'ensemble conforme aux principes énoncés à l'article 1^{er} de la Convention. Cette appréciation devra toutefois faire l'objet d'un examen approfondi de la part du Groupe de travail lorsque les tribunaux brésiliens auront eu l'occasion de mettre en œuvre et d'interpréter l'infraction prévue par le Code pénal. Le présent rapport recense de nombreux autres aspects liés à la mise en œuvre de la Convention et de la Recommandation révisée sur lesquels les autorités brésiliennes devront se pencher attentivement : la faible sensibilisation à la Convention dans le secteur privé, et, en dépit des efforts déployés récemment par l'administration, dans le secteur public ; la volonté et la capacité des autorités répressives de conduire les enquêtes et les poursuites liées à des infractions de corruption transnationale ; les lacunes du régime juridique applicable à la responsabilité des personnes morales en cas d'infraction de corruption transnationale ; l'efficacité de la législation fiscale en vigueur pour ce qui est d'assurer la non-déductibilité fiscale des pots-de-vin ; enfin, le faible nombre d'entreprises brésiliennes tenues par la loi de se soumettre à une vérification externe de leurs comptes. Le présent rapport fait une place importante à ces problèmes.

d. Aperçu de la situation en matière de corruption

12. Le Brésil a été confronté à de nombreux scandales de corruption très médiatisés impliquant des organismes du secteur public et des communes et, plus récemment, de graves allégations de corruption ont été formulées au sujet de l'administration fédérale et du Congrès national. Au niveau national, de nombreuses enquêtes ont été diligentées par le Congrès sur différentes allégations de corruption concernant des législateurs et des partis politiques brésiliens¹². S'ils n'ont pas encore abouti à des condamnations, ces scandales publics ont été largement répercutés dans les médias et ont suscité quantité de débats et de bouleversements politiques. L'opinion brésilienne est par conséquent très sensibilisée au fléau de la corruption nationale. Les examinateurs principaux ont également noté que les autorités répressives et l'administration publique sont bien décidées à éradiquer la corruption dans le secteur public brésilien. Il leur est aussi apparu manifeste que la réputation d'efficacité de la Police fédérale dans la lutte contre la corruption nationale a été renforcée par les succès obtenus récemment dans la détection de nombreuses affaires de corruption très médiatisées et les enquêtes les concernant, en particulier dans le cadre d'un scandale retentissant qui a éclaté pendant la semaine qui précéda la mission sur place.

13. Même si la sensibilisation et la détermination à l'égard de la lutte contre la corruption nationale progressent, elles ne s'étendent pas encore à la corruption transnationale et des efforts plus importants s'imposent encore pour renforcer la sensibilisation à l'égard de l'infraction ainsi que sa détection et sa prévention, et assurer le respect des autres obligations énoncées dans la Convention et la Recommandation révisée. De fait, l'Indice de corruption des pays exportateurs établi en 2006 par Transparency International, qui mesure les perceptions de la propension des entreprises de différents pays à recourir à des pots-de-vin dans le cadre de leurs activités à l'étranger, est très élevé dans le cas des entreprises brésiliennes, puisque le Brésil se classe au 23^e rang sur les 30 pays couverts par l'enquête¹³. En conséquence, au vu de la

¹² Ces allégations ont beaucoup retenu l'attention des médias. Dans une importante affaire, une enquête ordonnée en 2005 par le Congrès concernait des affirmations selon lesquelles un parti politique avait versé des pots-de-vin à certains législateurs pour les inciter à rallier la coalition au pouvoir. En 2006, une autre enquête très médiatisée demandée par le Congrès a porté sur l'affaire « Sanguessugas » relative à des pots-de-vin qu'aurait versés une entreprise à certains législateurs afin qu'ils exercent une influence sur le budget fédéral.

¹³ Lors de l'enquête réalisée en 2006, le Brésil a obtenu une note de 5.65 sur un maximum de 10, ce qui indique que sa propension à recourir à la corruption transnationale est perçue comme très élevée. La note idéale, qui est de 10, signifie que la propension à verser des pots-de-vin est perçue comme inexistante. L'indice de corruption établi par Transparency International est fondé sur les réponses de 11 232 dirigeants d'entreprises répartis dans 125 pays. Les personnes interrogées devaient répondre à des questions sur la propension des entreprises étrangères présentes dans leurs pays respectifs à verser des pots-de-vin ou à effectuer des paiements supplémentaires sans pièces justificatives. Cette enquête a été effectuée sur une base anonyme.

croissance des exportations brésiliennes et du nombre d'opérations commerciales réalisées par des citoyens et des entreprises brésiliens sur des marchés où la corruption est un risque reconnu, il importe encore plus de remédier sans délai aux problèmes de corruption transnationale. Cet enjeu fait l'objet d'une attention particulière dans le présent rapport.

e. Affaires de corruption d'agents publics étrangers

(i) Enquêtes, poursuites et condamnations

14. Lors de la mission sur place, le Brésil n'avait enregistré aucune infraction de corruption d'agents publics étrangers dans des transactions commerciales internationales ayant donné lieu à une condamnation. Les autorités brésiliennes ont informé les examinateurs principaux que deux affaires possibles de corruption transnationale faisaient l'objet d'une enquête préliminaire. Dans le premier cas, une enquête avait été lancée à la suite de la publication, dans un journal étranger, d'allégations de corruption visant une entreprise brésilienne. La Police fédérale a indiqué qu'elle avait contacté les autorités répressives du pays concerné mais elle n'avait pas encore reçu, au moment de la mission sur place, d'informations pouvant justifier l'élargissement ou même la poursuite de l'enquête. Dans le second cas, l'enquête est encore au stade préliminaire et portera sur d'éventuels virements effectués par des intérêts commerciaux brésiliens sur des comptes détenus par des agents publics dans un pays étranger. Les informations ayant donné lieu à l'ouverture de cette enquête ont été obtenues dans le cadre d'une autre enquête pénale.

15. Les examinateurs principaux ont également demandé aux autorités répressives de leur fournir des précisions sur d'autres allégations de corruption transnationale concernant des entreprises brésiliennes et rapportées par les médias. Là encore, la Police fédérale a indiqué qu'elle avait mené des enquêtes préliminaires seulement (et non des enquêtes de police officielles) sur les deux affaires en cause mais que celles-ci avaient été classées sans suite faute de preuve. La Police fédérale a ajouté qu'il n'y avait pas de motifs suffisants pour déclencher une demande d'entraide judiciaire auprès des pays concernés. Enfin, il est ressorti clairement des observations de la Police fédérale et des procureurs du ministère public fédéral présents lors de la mission sur place que ces derniers n'avaient exercé leur prérogative pour demander l'ouverture d'une enquête policière dans aucune des quatre affaires mentionnées ci-dessus.

16. Les examinateurs principaux ont noté avec satisfaction que la Police fédérale avait ouvert une enquête initiale sur toutes les allégations de corruption transnationale portées à son attention. Cependant, le fait que ces enquêtes n'aient pas dépassé le stade préliminaire a suscité des craintes portant notamment sur le fait de savoir : (1) si les autorités répressives demandent une approche plus volontariste et plus approfondie en ce qui concerne l'ouverture d'enquêtes sur d'éventuels faits de corruption transnationale ; et (2) si les ressources de la Police fédérale, de la Police des États et du ministère public fédéral affectées aux enquêtes et à la formation, en matière de corruption transnationale, permettent d'assurer efficacement la détection des infractions de corruption transnationale et la conduite des enquêtes et des poursuites les concernant. Ces questions sont examinées plus loin, et en particulier aux sections C.a et C.b.

(ii) Commission d'enquête indépendante sur le Programme « Pétrole contre nourriture » des Nations Unies

17. La Commission d'enquête indépendante sur le Programme « Pétrole contre nourriture » de l'Organisation des Nations Unies a été mise sur pied en avril 2004 lors de la nomination, par le Secrétaire général de l'Organisation, d'un comité indépendant de haut niveau pour enquêter et faire rapport sur la gestion du Programme « Pétrole contre nourriture » des Nations Unies. Le 27 octobre 2005, la Commission d'enquête indépendante a publié son cinquième et dernier rapport. Ce rapport porte en particulier sur les opérations intervenues entre l'ex-gouvernement iraquien et des entreprises et des personnes physiques auxquelles il a choisi de vendre du pétrole et auprès desquelles il s'est procuré des articles humanitaires. Le

rapport décrit en détail le système complexe et étendu de surtaxes illicites dont aurait bénéficié le gouvernement iraquien en lien avec des contrats pétroliers. Il fait également état du paiement présumé de commissions occultes sous forme de frais de service après-vente et de transport intérieur dans le cadre de contrats portant sur la vente d'articles humanitaires au gouvernement iraquien. Le rapport mentionne des entreprises de nombreux pays, y compris des entreprises brésiliennes, sans pour autant affirmer que toutes les entreprises mentionnées ont participé à des transactions entachées de corruption ou sont impliquées dans de telles transactions. Après la publication du rapport de la Commission d'enquête indépendante, le Secrétaire général des Nations Unies a publié une déclaration dans laquelle il demande aux autorités nationales de prendre les mesures nécessaires pour empêcher que ne se reproduisent les activités présumées des entreprises mentionnées dans le rapport et, le cas échéant, d'intenter des poursuites contre les entreprises relevant de leur compétence. Le rapport de la Commission d'enquête indépendante ne décrit que les activités présumées et ne présuppose pas la manière dont le droit national des pays concernés pourrait leur être appliqué.

18. En ce qui concerne les allégations contenues dans le rapport de la Commission d'enquête indépendante à propos des participations brésiliennes, les examinateurs principaux ont été informés que la Police fédérale les avait étudiées et que les autorités brésiliennes avaient établi un premier contact avec la Commission d'enquête indépendante. Il est toutefois apparu, pendant la mission sur place, que les autorités répressives n'avaient pas encore contacté officiellement les Nations Unies pour obtenir la totalité des informations pertinentes réunies par la Commission d'enquête indépendante. En outre, les autorités chargées des poursuites n'avaient pas cherché activement à ouvrir des enquêtes ni à aider la Police fédérale à mener les siennes. La Police fédérale a néanmoins informé les examinateurs principaux que des enquêtes sont en cours et que de nouvelles démarches officielles seraient bientôt effectuées auprès des Nations Unies. Après la mission sur place, les autorités brésiliennes ont confirmé que quatre affaires (liées au rapport de la Commission d'enquête indépendante) font effectivement l'objet d'une enquête de la Police fédérale sous la supervision du ministère public. Le Groupe de travail a appris par la suite que l'État brésilien a officiellement demandé d'avoir accès aux dossiers et documents de la Commission d'enquête indépendante concernant les quatre entreprises brésiliennes citées dans le rapport. La Commission d'enquête indépendante a présenté un questionnaire et un document comportant des règles d'accès qui, en décembre 2007, étaient en cours d'analyse par les autorités brésiliennes. Les circonstances précises et les détails concernant les affaires faisant l'objet d'une enquête demeurent confidentiels.

3. Organisation du rapport

19. Le présent rapport comprend quatre parties. La Partie A contient des généralités sur les systèmes économique, juridique et politique du Brésil. La Partie B examine la situation de la corruption transnationale au Brésil sous l'angle de la prévention, de la détection et de la sensibilisation. La Partie C approfondit les problèmes liés aux enquêtes, poursuites et sanctions en matière de corruption transnationale et d'infractions connexes. La Partie D formule les recommandations du Groupe de travail et dresse l'inventaire des questions qui nécessiteront un suivi.

B. PRÉVENTION, DÉTECTION ET SENSIBILISATION

1. Efforts généraux de sensibilisation

a. Initiatives des pouvoirs publics

(i) Initiatives prises par les organismes publics

20. Les fonctionnaires brésiliens qui ont participé à la mission sur place semblaient en général connaître la Convention anticorruption de l'OCDE et être au courant de la qualification pénale de l'infraction de corruption transnationale en droit brésilien. Comme plusieurs d'entre eux l'ont expliqué, la coordination des efforts en matière de sensibilisation à la corruption transnationale est assurée par le Contrôle général de l'Union (*Controladoria-Geral da União – CGU*).

21. Le CGU créé par la loi n° 10 683 du 28 mai 2003 est le service central de contrôle interne et de vérification des organismes publics. Plus récemment, en janvier 2006, le Secrétariat pour la prévention de la corruption et l'information stratégique a été désigné comme l'unité du CGU chargée de définir des mesures destinées à favoriser la transparence et à prévenir la corruption et de coordonner les activités particulières liées à la mise en œuvre des conventions internationales sur la lutte contre la corruption, et notamment les instruments de l'OEA, de l'OCDE et de l'ONU. En 2007, le CGU a élaboré un site web consacré expressément à la Convention et aux responsabilités des différentes parties prenantes à cet égard, et notamment celles des fonctionnaires brésiliens, des États fédérés et des communes. Le site web du CGU décrit le rôle des fonctionnaires brésiliens en matière de sensibilisation des secteurs public et privé à la Convention ; de renforcement des mesures administratives destinées à lutter contre la corruption transnationale ; et de prévention et de détection des actes illicites de corruption transnationale. Pour des raisons tenant au système d'administration fédérale en place au Brésil, les États et les communes sont également informés sur ce site web de leurs responsabilités de sensibilisation à la lutte contre la corruption transnationale et de surveillance du respect de la Convention. Le site web souligne à cet égard que les autorités des États et des communes doivent entre autres mieux faire connaître la Convention ; coopérer avec l'administration fédérale afin de mettre en œuvre les principes de la Convention ; et intégrer des thèmes tels que la transparence, l'éthique et la lutte contre la corruption dans les programmes de formation des agents publics des États et des communes¹⁴. En 2007, le CGU a également réalisé un dépliant¹⁵ et une brochure¹⁶ sur la Convention contenant une définition de la corruption transnationale et une liste des conséquences juridiques auxquelles s'exposent les ressortissants brésiliens qui se livrent à cette pratique illicite. Après la mission sur place, le CGU, en coopération avec le ministère de la Planification et l'Union européenne, a organisé un séminaire conjoint Brésil-Europe pour la prévention de la corruption à l'intention des fonctionnaires brésiliens engagés dans la lutte contre la corruption, séminaire auquel ont également participé les fonctionnaires des États et des communes. Les examinateurs principaux ont été informés que la Convention entrait dans le cadre des discussions à l'occasion de ce séminaire.

22. Dans leurs réponses aux questionnaires de la Phase 2 et lors de la mission sur place, les autorités brésiliennes ont mentionné à maintes reprises le fait que la Stratégie nationale de lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux (*Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e a Lavagem de Dinheiro – ENCCLA*) est un instrument de sensibilisation aux problèmes de corruption. Cette stratégie a initialement été mise en place en décembre 2003 dans le but de coordonner les efforts des différents organismes engagés dans l'élaboration de politiques de lutte contre le blanchiment de capitaux. En 2006, la lutte contre

¹⁴ Voir l'article sur la Convention de l'OCDE publié sur le site web du CGU sur le site suivant : www.cgu.gov.br/ocde.

¹⁵ Ce dépliant est publié sur le site suivant : www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/folderConvencaoOCDE.pdf.

¹⁶ Cette brochure est publiée sur le site suivant : www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/Cartilha.pdf.

la corruption est venue s'ajouter aux objectifs qu'elle poursuit. La Stratégie nationale de lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux fédère maintenant 57 organismes, notamment des autorités répressives, du pouvoir judiciaire et des ministères et organismes concernés, et coordonne les initiatives de lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux. Cette stratégie donne notamment lieu à la définition d'objectifs annuels et à la désignation des organismes appropriés chargés de coordonner les initiatives qui permettront d'atteindre ces objectifs. La Stratégie a souvent été citée pour son efficacité dans la mise au point de solutions coordonnées aux problèmes posés par la lutte contre le blanchiment de capitaux et la corruption. Par ailleurs, d'après les réponses du Brésil et les explications fournies par les participants à la mission sur place, la Stratégie nationale de lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux est appuyée par le Programme national de renforcement des moyens d'action et de formation en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux (*Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Lavagem de Dinheiro* – PNLD), qui a été établi pour dispenser des formations aux fonctionnaires et aux autres entités engagées dans la lutte contre le blanchiment de capitaux. Les autorités brésiliennes ont expliqué que depuis 2007, le Programme vise aussi à traiter les problèmes de corruption. Bien que la Stratégie nationale de lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux et le Programme national de renforcement des moyens d'action et de formation en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux paraissent être des initiatives efficaces de sensibilisation et de formation en matière de blanchiment de capitaux et de corruption, force est de constater, en les examinant de près, qu'ils insistent peu ou pas du tout sur la corruption transnationale. Par exemple, aucun des objectifs fixés dans la Stratégie ne concerne la lutte contre la corruption transnationale, que ce soit dans le cadre de la Convention de l'OCDE ou d'autres instruments internationaux de lutte contre la corruption, et le Programme n'a pas encore abordé les problèmes de corruption. En conséquence, les ressources et les efforts coordonnés des organismes concernés et des programmes qu'ils mettent en œuvre gagneraient à être étoffés de manière à intégrer également des thèmes liés à la corruption transnationale. Après la mission sur place, les autorités brésiliennes ont expliqué que bien que la Stratégie nationale de lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux n'ait pas encore élaboré d'objectifs précis en matière de lutte contre la corruption transnationale, elle n'en demeure pas moins un cadre utile pour renforcer les moyens et la coordination des initiatives de lutte contre la corruption sous toutes ses formes. De plus, à l'occasion du remaniement du Programme national de renforcement des moyens d'action et de formation en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, le CGU est en train d'élaborer, pour 2008, de nouveaux cours qui évoqueront la corruption nationale et transnationale ainsi que la Convention.

(ii) *Initiatives destinées au secteur privé*

23. Peu d'activités de sensibilisation ont été menées auprès du secteur privé. Parmi les organismes publics, c'est le Contrôle général de l'Union (CGU) qui a déployé le plus d'efforts pour diffuser des informations sur l'infraction de corruption transnationale, par le biais de son site web et en distribuant un dépliant et une brochure. On a vu que le site web créé par le CGU s'adresse également aux parties prenantes du secteur privé concernées par l'entrée en vigueur de la législation incriminant la corruption transnationale. Sur ce site, le CGU recommande aux entreprises brésiliennes (i) d'adhérer à des codes de pratiques exemplaires ; (ii) d'encourager la mise au point de systèmes de contrôle interne ; (iii) de proposer des séances de formation sur les problèmes de corruption ; (iv) de concevoir des programmes d'intégrité et des codes de conduite pour les salariés ; et (v) de veiller à ce que tous les salariés ainsi que les représentants, agents ou autres entreprises agissant pour leur compte ne se livrent pas à la corruption transnationale¹⁷. Des recommandations sont également adressées aux comptables et aux avocats, en particulier en ce qui concerne les obligations de tenue de livres des entreprises, les sanctions applicables aux infractions de falsification comptable, l'indépendance des vérificateurs des comptes, et, de manière plus générale, la sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale et la diffusion d'informations à

¹⁷ Une liste détaillée des sept recommandations destinées aux entreprises est fournie sur le site web du CGU : <http://www.cgu.gov.br/ocde/obrigacoes/empresarios/index.asp>.

ce sujet. Le CGU a indiqué dans ses réponses aux questions de la Phase 2 qu'en plus d'avoir créé un site web, il a, en liaison avec l'Institut Ethos pour la responsabilité sociale des entreprises¹⁸, soutenu une campagne ayant pour thème « Entreprise propre » ainsi que le Pacte des entreprises pour l'intégrité et contre la corruption. Enfin, de concert avec l'organisation non gouvernementale Transparencia Brasil, il a élaboré une méthode d'évaluation du risque de corruption. D'après les discussions intervenues pendant la mission sur place avec les membres de ces organismes, ces initiatives visaient à remédier aux problèmes de corruption nationale.

24. Le ministère des Relations extérieures, par le biais du portail de son site web BrazilTradeNet, entend offrir le « réseau d'informations sur les échanges commerciaux le plus étendu et le plus complet d'Amérique latine ». BrazilTradeNet propose un vaste éventail de publications, et notamment des études de pays visant à aider les exportateurs et les investisseurs brésiliens dans leurs activités à l'étranger, ainsi que des guides à l'intention des exportateurs. Ces publications mentionnent la législation applicable aux exportateurs, mais non le fait que l'infraction de corruption transnationale est entrée en vigueur au Brésil¹⁹. (Voir également à la section 3(b) ci-dessous les initiatives prises par les représentations diplomatiques à l'étranger pour lutter contre la corruption transnationale.)

25. Le ministère du Développement, de l'Industrie et du Commerce a également conçu un portail spécialisé afin de donner aux entrepreneurs et aux exportateurs brésiliens, selon une présentation claire, simple et directe, des informations de base sur le thème de l'exportation. L'objectif recherché consiste à informer les entrepreneurs et les exportateurs sur les principaux termes utilisés dans ce domaine, ainsi que sur les dispositifs, la législation, les manifestations et les activités susceptibles de les aider à développer de nouveaux marchés à l'étranger. La Convention de l'OCDE figure sur la liste des textes juridiques fournie sur ce site web, qui ne semble toutefois pas donner de détails ou d'exemples concrets concernant les obligations auxquelles doivent se conformer les entreprises brésiliennes qui exercent des activités à l'étranger. Le ministère n'a pas déployé d'autres efforts de sensibilisation ou de formation auprès de ces entreprises.

26. Dans l'ensemble, comme en témoignent les nombreuses initiatives engagées pour empêcher et décourager la corruption nationale, et comme l'ont indiqué plusieurs représentants de la société civile, les priorités de la lutte contre la corruption menée au Brésil sont davantage centrées sur le cadre national que sur le cadre international. Cela tient au fait que le Brésil estime que les problèmes de corruption nationale auxquels il est confronté sont infiniment plus graves que les éventuels pots-de-vin versés à des agents publics étrangers par des entreprises brésiliennes.

27. Il semble que certains efforts aient été faits, notamment par le CGU, pour concevoir des sites web et des publications traitant du problème de la corruption transnationale. Cependant, les autorités brésiliennes, y compris les ministères et les organismes engagés directement auprès des entreprises brésiliennes qui exercent des activités à l'étranger, doivent adopter une démarche plus volontariste, qu'elles doivent coordonner avec les associations professionnelles concernées. Des efforts plus soutenus de diffusion d'informations, à travers l'organisation de séminaires ou de conférences et de séances de formation pratique, permettraient de sensibiliser les entreprises brésiliennes, PME comprises, à l'infraction de corruption transnationale. De fait, malgré l'existence des sites web déjà cités, les représentants d'entreprises interrogés pendant la mission sur place n'avaient eu connaissance d'aucune initiative des pouvoirs publics pour diffuser des informations sur l'infraction de corruption transnationale et ses

¹⁸ L'Institut Ethos se présente comme une organisation non gouvernementale ayant pour mission de mobiliser, sensibiliser et aider les entreprises afin qu'elles se comportent de manière socialement responsable. Il compte 907 membres, parmi lesquels des entreprises à la taille et aux activités différentes, qui génèrent des recettes annuelles représentant quelque 30 % du PIB du Brésil et emploient environ 1.2 million de personnes. Source : www.ethos.org.br.

¹⁹ Voir www.braziltradenet.gov.br.

implications pour les entreprises. Des représentants d'associations professionnelles et des avocats ont affirmé que les PME brésiliennes sont peu sensibilisées à l'infraction de corruption transnationale. Des représentants d'organisations non gouvernementales ont estimé que les pouvoirs publics pourraient assez facilement appuyer des initiatives visant à informer les exportateurs. Selon le ministère du Développement, de l'Industrie et du Commerce, le Brésil comptait, en 2005, environ 17 500 entreprises exportatrices. Sur ce nombre, environ 3 600 grandes entreprises réalisent 89 % de la valeur totale des exportations. Étant donné que 73 % de l'ensemble des exportations sont le fait des entreprises de six États seulement (São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande Sul, Paraná, Rio de Janeiro et Bahia), une approche ciblée des entreprises et associations professionnelles de ces États constituerait un moyen facile et efficace de s'assurer que la majorité des entreprises brésiliennes sont en général sensibilisées à ce problème. Après la mission sur place, le CGU, dans le cadre d'une initiative mise en œuvre avec le ministère du Développement, de l'Industrie et du Commerce, a cherché à identifier les principales entreprises exportatrices afin de les sensibiliser à la Convention.

b. Initiatives du secteur privé

(i) Entreprises

28. Même si la mission sur place au Brésil a attiré dans l'ensemble de nombreux participants, seulement deux grandes entreprises multinationales brésiliennes y ont participé et aucune PME n'était présente au panel consacré aux discussions avec le secteur privé. Il a donc été difficile de se faire une idée précise de la façon dont les entreprises brésiliennes perçoivent et traitent la corruption transnationale.

29. L'examen des codes de conduite des entreprises brésiliennes et des opinions qu'elles ont exprimées laisse toutefois entrevoir comment les entreprises brésiliennes abordent les problèmes de corruption transnationale. Comme c'est le cas dans de nombreux pays parties à la Convention anticorruption, de plus en plus d'entreprises brésiliennes (principalement de grandes entreprises) adoptent un code de conduite. Ces codes ou principes de conduite couvrent différents aspects éthiques, allant des questions sociales aux questions environnementales, ainsi que la conduite des affaires. Il ressort d'une première lecture des codes remis à l'équipe d'examen que la plupart traitent le problème de la corruption dans une déclaration générale mettant l'accent sur l'équité et l'honnêteté des pratiques concurrentielles, et prohibent expressément le fait d'offrir ou de recevoir des présents dépassant une certaine valeur. En outre, plusieurs codes interdisent expressément la corruption d'agents publics. Bien que le champ d'application géographique de ces principes éthiques ne soit pas toujours précisé, la plupart des codes examinés mentionnent en termes généraux qu'ils visent à s'appliquer aux activités internationales et à tous les représentants des entreprises, et notamment à leurs fournisseurs, prestataires de services, clients et associés. Le versement de pots-de-vin par des intermédiaires ou à des tiers n'est pas abordé expressément. En règle générale, les codes de conduite ne traitent pas du comportement des agents, des représentants ou encore des filiales à l'étranger.

30. En dehors du fait que l'adoption de codes d'éthique peut conférer une bonne image, se pose la question de la valeur réelle de ces principes dans les entreprises. Les deux entreprises présentes lors de la mission sur place ont souligné l'intérêt de compléter ces codes par des opérations d'audit et des actions de formation. De fait, l'existence de mécanismes de contrôle (internes et/ou externes) efficaces est habituellement un indice de l'importance accordée au code par une entreprise donnée. La plupart des codes de conduite examinés prévoient qu'un « organe de contrôle » s'occupera de leur mise en œuvre. Cependant, les procédures de mise en œuvre et d'actualisation des codes de conduite sont en général formulées en termes généraux et ne sont pas toujours claires. Les entreprises brésiliennes cotées à la bourse de New York prévoient également la création d'un « comité budgétaire », ou organe autonome jouant le rôle de comité d'audit. Certains codes contiennent également des dispositions concernant la prévention des comportements interdits et précisent qu'en cas de doute, l'« organe de contrôle » approprié doit être

contacté. Cependant, en l'absence de protection adéquate des dénonciateurs, il est peu probable que les salariés signalent des violations du code de conduite (voir à ce sujet la section 2(b) ci-après.)

(ii) *Associations professionnelles*

31. On a vu précédemment que les réponses aux questionnaires de la Phase 2 font état d'actions de sensibilisation engagées par l'Institut Ethos. L'Institut Ethos, avec d'autres organisations internationales et gouvernementales, participe à la campagne « Entreprise propre ». Il a également publié, en juin 2006, un document sur les mécanismes présidant à la mise en œuvre des principes fondamentaux de la responsabilité sociale des entreprises brésiliennes dans lequel sont énoncés les critères de la lutte contre la corruption. Bien que la Convention anticorruption soit mentionnée en tant que texte législatif de référence, et que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales figurent également parmi les documents diffusés, ces deux initiatives s'attachent essentiellement aux problèmes de corruption nationale.

32. Les représentants des associations professionnelles présents lors de la mission sur place ont reconnu que le problème de la corruption transnationale se pose avec de plus en plus d'acuité pour les entreprises brésiliennes du fait de l'augmentation des exportations et des investissements brésiliens à l'étranger, mais ont expliqué que les demandes de formation et de renseignements émanant des entreprises intéressées concernent encore principalement les problèmes de corruption nationale. Ils ont également souligné que la sensibilisation à la corruption transnationale et à son incrimination en droit brésilien varie considérablement selon qu'il s'agit de grandes entreprises ou de PME et ont ajouté que si, dans les grandes entreprises, les salariés des services juridiques et la haute direction sont au fait de l'infraction de corruption transnationale et de ses conséquences juridiques, il n'en va sans doute pas de même pour les autres salariés. Le Brésil a informé les examinateurs principaux que depuis la mission sur place, certaines autres actions de sensibilisation (dans le cadre desquelles la Convention est abordée) avaient été organisées à l'intention du secteur privé. Au nombre de ces activités, mentionnons un séminaire organisé par l'Institut Ethos à São Paulo, auquel ont assisté les membres locaux de la Fédération des industries de l'État de São Paulo (FIESP) ; un séminaire qui s'est tenu sous les auspices de la Fédération des industries de l'État de Rio de Janeiro ; une conférence importante parrainée par la Fédération des industries de l'État de Paraná (FIEP) et le ministère du Développement, de l'Industrie et du Commerce ; et, enfin, une initiative engagée par le Contrôle général de l'Union (CGU) dans le but d'établir des partenariats avec d'autres fédérations industrielles du Brésil.

Commentaire :

Les examinateurs principaux saluent les efforts déployés récemment, en particulier par le Contrôle général de l'Union (CGU), pour améliorer la sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale, notamment au moyen d'un site web et de publications. Ils estiment cependant que des efforts additionnels demeurent nécessaires pour mettre en œuvre des actions de sensibilisation et de prévention dirigées vers les secteurs public et privé.

En ce qui concerne les organismes publics et les institutions apparentées, les examinateurs principaux recommandent que le Brésil maintienne ses efforts de sensibilisation et de formation concernant l'infraction de corruption transnationale, en particulier auprès du personnel qui travaille au contact d'entreprises brésiliennes ayant des activités à l'étranger. Ces organismes et institutions devraient être bien au fait de tous les aspects importants de l'infraction de corruption transnationale en droit brésilien, y compris de son application extraterritoriale, afin d'être en mesure de la détecter et de signaler les cas dont ils pourraient avoir connaissance dans le cadre de leur travail, et de fournir conseils et assistance aux entreprises brésiliennes.

Pour ce qui est de la sensibilisation du secteur privé, les examinateurs principaux recommandent que le Brésil, en coopération avec les associations professionnelles concernées, déploie beaucoup plus d'efforts auprès des entreprises, et notamment des PME. En particulier, compte tenu du rôle important joué par le ministère du Développement, de l'Industrie et du Commerce et le ministère des Affaires étrangères en matière d'appui au commerce extérieur et de prestation de conseils aux entreprises brésiliennes actives sur les marchés étrangers, des mesures adaptées devraient être prises pour améliorer leur capacité à dispenser conseils et assistance aux entreprises en matière de prévention de la corruption transnationale.

2. Signalement des infractions de corruption transnationale et protection des dénonciateurs

a. Signalement des infractions

33. Les citoyens brésiliens peuvent recourir à divers mécanismes et s'adresser à plusieurs organismes pour signaler les infractions pénales dont ils ont connaissance. Selon toute probabilité, les infractions de corruption transnationales seraient signalées directement aux autorités répressives par les simples citoyens et les organismes publics. Les particuliers souhaitant effectuer un signalement peuvent recourir à une ligne téléphonique directe, la *disque-denúncia*, dont les services de police se servent pour recevoir les signalements officiels relatifs à différentes infractions pénales. (Voir également la section C(1)(b)(i), qui traite de l'engagement de poursuites et des sources possibles de détection de la corruption transnationale.)

34. Comme l'expliquent les réponses aux questionnaires de la Phase 2, les faits de corruption survenant dans l'administration fédérale peuvent être portés à la connaissance de plusieurs instances, et notamment la Cour fédérale des comptes, le Contrôle général de l'Union (CGU), la Police fédérale, le ministère public fédéral, le Conseil administratif de défense économique ou l'organisme même où les faits se sont produits, par le biais de son médiateur ou de son conseil de discipline. Cette démarche se fait habituellement par l'Internet, par téléphone ou directement au bureau de l'organisme.

b. Protection des dénonciateurs

35. Comme l'indiquent les réponses aux questionnaires de la Phase 2, et comme cela a été confirmé au cours de la mission sur place, le Brésil ne possède pas, au-delà des protections habituelles apportées par le droit du travail en vigueur, de législation relative à la protection des dénonciateurs qui couvrirait le signalement des cas de corruption transnationale par des ressortissants brésiliens²⁰. Cela pourrait avoir des conséquences défavorables : en effet, pendant la mission sur place, plusieurs représentants des autorités répressives ont confirmé que les salariés peuvent être une source très utile de signalement de pratiques illicites dans les entreprises mais qu'en raison des risques de représailles, ils seraient rarement disposés à signaler ces pratiques tant qu'ils sont salariés de l'entreprise. C'est ce qu'ont également confirmé des représentants d'organisations non gouvernementales, selon lesquels la dénonciation risque peu de s'implanter au Brésil, les éventuels dénonciateurs ne faisant pas confiance à la protection de la législation.

36. Le seul texte qui traite dans une certaine mesure des dénonciateurs est l'article 55 de la Loi n° 8 443 du 16 juillet 1992, aux termes duquel les signalements faits à la Cour fédérale des comptes sont traités confidentiellement jusqu'à ce qu'il soit statué définitivement sur l'affaire. Cet article a toutefois une portée très étroite et couvrirait rarement, sinon jamais, le signalement des infractions de corruption transnationale : il ne s'applique en effet qu'aux signalements adressés à la Cour fédérale des comptes, et non aux autorités répressives, et il ne concerne par ailleurs qu'un nombre restreint d'infractions,

²⁰ À condition que certains autres critères soient remplis, les dénonciateurs qui doivent témoigner à l'occasion de poursuites pénales peuvent bénéficier des mesures de protection des témoins (voir la section C(1)(b)(ii) qui traite des techniques d'enquête.)

notamment celle de fraude à l'encontre de l'État brésilien. Au cours de la mission sur place, un projet de loi a été soumis au Parlement dans le but de protéger toute personne qui signalerait des actes irréguliers ou illicites à la Cour fédérale des comptes. Cependant, il semble que comme la Loi n° 8 443 de 1992, le texte proposé ne couvrirait pas le signalement des cas de corruption transnationale, étant donné qu'il ne concerne que les irrégularités commises par une autorité administrant des fonds publics brésiliens. D'autre part, dans le cadre des discussions relatives à la Stratégie nationale de lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux, les autorités brésiliennes ont indiqué que l'Exécutif est en train de préparer un projet de loi sur la protection des dénonciateurs et que des consultations se sont tenues avec l'administration publique. Les détails de ce projet de loi, et notamment pour ce qui est de la question de savoir s'il couvrira les cas de corruption transnationale, n'ont pas encore été diffusés. Le projet de loi devrait être achevé fin 2007.

Commentaire :

Compte tenu du rôle important que les dénonciateurs peuvent jouer dans la détection et le signalement des cas présumés de corruption transnationale, les examinateurs principaux recommandent au Brésil d'adopter des mesures très complètes pour protéger les dénonciateurs, afin d'encourager les salariés à signaler les affaires présumées corruption transnationale sans crainte de représailles.

3. Détection et signalement de la corruption transnationale dans le secteur public

a. Procédures générales de signalement

37. L'article 116(VI) de la Loi n° 8 112 du 11 décembre 1990 fait obligation aux agents publics d'informer leur hiérarchie des irrégularités dont ils ont connaissance dans l'exécution de leur fonctions. L'article 127 de la Loi décrit l'ensemble des sanctions disciplinaires applicables au non-respect des dispositions de la Loi, et notamment des obligations de signalement. Ces sanctions vont de l'avertissement à la révocation. La clause XIV(m) du décret n° 1 171 du 22 juin 1994 précise en outre que les fonctionnaires de l'exécutif fédéral ont l'obligation d'informer sur-le-champ leur supérieur de tout acte ou fait contraire à l'intérêt public et demande que des mesures adaptées soient prises. Il est en outre rappelé, dans la section du site web du Contrôle général de l'Union (CGU) qui traite de la Convention anticorruption, que les fonctionnaires sont tenus de « détecter et dénoncer les comportements irréguliers afin d'empêcher les transactions illicites et les paiements occultes²¹ ». Il n'y a pas de disposition législative ou autre concernant le signalement direct de ces comportements aux autorités répressives.

38. Les agents publics rencontrés au cours de la mission sur place semblaient être au fait de cette obligation de signalement. Ils ont indiqué que la législation les oblige à informer leurs supérieurs mais qu'ils peuvent, en qualité de citoyens, s'adresser directement aux autorités répressives. Dans la pratique, il semble que la plupart des signalements effectués par les fonctionnaires brésiliens concernent des infractions courantes commises par des homologues, et très rarement, par des particuliers ou des entreprises. Au moment du présent examen, les autorités brésiliennes n'avaient eu connaissance d'aucun signalement effectué par un agent public brésilien concernant des soupçons de paiements de pots-de-vin à l'étranger par un ressortissant brésilien.

²¹ En ce qui concerne les obligations des fonctionnaires dans le cadre de la lutte contre la corruption transnationale, voir le site <http://www.cgu.gov.br/ocde/obrigacoes/funcionariosPublicos/index.asp>.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent que le Brésil rappelle régulièrement aux fonctionnaires leur obligation de signaler les cas présumés de corruption transnationale qu'ils découvrent dans le cadre de leur travail, et encourage et facilite cette démarche.

b. Représentations diplomatiques à l'étranger

(i) Efforts de sensibilisation

39. En ce qui concerne les initiatives engagées pour sensibiliser le personnel des représentations diplomatiques brésiliennes, le ministère des Relations extérieures a mentionné qu'en mai 2007, une circulaire a été adressée à l'ensemble des ambassades et représentations diplomatiques à l'étranger afin de rappeler l'engagement de l'État brésilien à mettre en œuvre la Convention de l'OCDE. La circulaire attire l'attention sur les dispositions de la Convention et explique la tâche du Groupe de travail ainsi que la méthode d'examen, et notamment celle qui a été suivie pour les Phases 1 et 2 du processus d'évaluation du Brésil. Les représentants du ministère des Relations extérieures ont également indiqué qu'à compter du dernier trimestre 2007, les problèmes relevant de la Convention seraient abordés dans le module consacré à l'éthique compris dans les cours de formation dispensés à tous les diplomates.

40. S'agissant de la diffusion dans le secteur privé d'informations sur l'infraction de corruption transnationale et ses conséquences juridiques en droit brésilien, la même circulaire demande à toutes les représentations diplomatiques de prendre les mesures nécessaires pour sensibiliser les entreprises et les citoyens brésiliens relevant de leur compétence à la Convention et les inciter à s'y conformer. Les représentants d'entreprises présents lors de la mission sur place n'étaient pas au courant de cette initiative du ministère, quoique cela s'explique sans doute par le fait que la circulaire venait tout juste d'être diffusée et que l'ensemble des parties concernées, y compris les entités du secteur privé, n'avait pas encore pu en prendre connaissance.

41. Enfin, comme on l'a vu précédemment, le ministère des Relations extérieures a mis en place, à l'intention des exportateurs et des investisseurs brésiliens, un site web très complet, appelé BrazilTradeNet, qui fournit toutes les informations utiles aux entreprises qui souhaitent étendre leurs activités à l'étranger. Les examinateurs principaux ont toutefois constaté, lors de la mission sur place, que les manuels destinés aux exportateurs n'abordent pas la corruption transnationale et son incrimination en droit brésilien et que les guides sur les pays ne mentionnent pas le risque de corruption et les conséquences juridiques que celle-ci entraîne pour les ressortissants brésiliens qui y ont recours dans le cadre d'une transaction commerciale internationale. Les autorités brésiliennes ont expliqué par la suite que le site web BrazilTradeNet contient des informations sur les efforts déployés par les pouvoirs publics pour lutter contre la corruption dans les transactions commerciales internationales et mentionne la Convention à maintes reprises, mais que ces informations sont données sur une page destinée expressément aux entités commerciales. Il a en outre été indiqué que l'absence d'informations explicites sur la lutte contre la corruption dans les guides sur les pays s'explique par la volonté de ne pas ne pas accuser d'autres États de présenter un risque de corruption possible pour les exportateurs.

(ii) Détection et obligation de signalement des faits de corruption transnationale

42. Comme tous les autres fonctionnaires brésiliens, les agents du ministère des Relations extérieures sont soumis aux obligations de signalement énoncées à l'article 116(VI) de la Loi n° 8 112 du 11 décembre 1990, et à la clause XIV(m) du décret n° 1 171 du 22 juin 1994.

43. Les autorités brésiliennes ont confirmé que la circulaire déjà mentionnée (concernant la Convention anticorruption) diffusée par le ministère des Relations extérieures dans toutes les

représentations diplomatiques à l'étranger rappelle au personnel que la loi oblige toute personne à signaler une infraction dont elle a connaissance. Le ministère des Relations extérieures a également inséré, dans son programme de formation à l'intention des diplomates et des fonctionnaires, un article sur la Convention qui fait expressément référence à l'obligation de signalement. La circulaire du ministère des Relations extérieures demande à toutes les ambassades et représentations diplomatiques à l'étranger de diffuser des informations sur la Convention auprès des entreprises et des citoyens brésiliens ayant des activités à l'étranger. À cet égard, les autorités brésiliennes ont indiqué aux examinateurs principaux que le ministère a laissé à l'appréciation de chaque représentation à l'étranger le soin de déterminer la meilleure manière : (1) de sensibiliser les entreprises et les citoyens brésiliens à la Convention ; et (2) d'encourager les entreprises brésiliennes confrontées à des demandes de pots-de-vin ou au comportement irrégulier de concurrents moins scrupuleux à signaler ces infractions à leur ambassade. L'ambassade du Brésil en Guinée-Bissau compte parmi les représentations à l'étranger qui a déjà pris des mesures pour sensibiliser les entreprises brésiliennes à la Convention et, en particulier, à l'application de la législation brésilienne interdisant la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

Commentaire :

Compte tenu du rôle important que les représentations diplomatiques à l'étranger peuvent jouer en intervenant auprès des entreprises brésiliennes exerçant des activités à l'étranger pour les sensibiliser et leur rappeler l'obligation de signaler les soupçons de corruption transnationale, les examinateurs principaux recommandent au Brésil de :

- ***continuer à mener des actions de sensibilisation à tous les aspects importants de l'infraction de corruption transnationale en droit brésilien, par exemple au moyen de circulaires, de lettres d'information, de séminaires et de séances de formation, auprès du personnel affecté à l'étranger, en particulier dans des régions géographiques sensibles ;***
- ***rappeler régulièrement aux représentations diplomatiques à l'étranger leur obligation de signaler les soupçons de corruption transnationale, et encourager et faciliter cette démarche ; et***
- ***veiller à ce que les représentations diplomatiques à l'étranger, dans le cadre de leurs contacts avec des entreprises et des citoyens brésiliens exerçant des activités à l'étranger, (i) diffusent des informations sur les risques de corruption présents dans les pays concernés ainsi que sur les conséquences juridiques de l'infraction de corruption transnationale en droit brésilien, et (ii) encouragent les entreprises et les citoyens brésiliens à signaler les cas présumés de corruption transnationale aux autorités brésiliennes compétentes.***

c. Crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public

(i) Efforts de sensibilisation

44. L'institution brésilienne chargée d'accorder des crédits à l'exportation est la Banque brésilienne de développement (BNDES), qui relève du ministère du Développement, de l'Industrie et du Commerce extérieur. La BNDES a deux lignes de crédit pour financer les exportations : (i) l'une soutient les exportations de biens et de services, et (ii) l'autre appuie l'internationalisation des entreprises. La ligne de crédit affectée aux exportations de biens et de services vise à financer les exportateurs. De 2000 à 2006, les tirages sur les lignes de crédit à l'exportation de la BNDES ont plus que doublé, puisqu'ils sont passés de 3 000 à plus de 6 300 millions USD. La ligne de crédit qui appuie l'internationalisation des entreprises vise à encourager l'insertion et le renforcement des entreprises brésiliennes sur le marché international en soutenant des investissements ou des projets qui seront menés à l'étranger.

45. Le Brésil n'est pas membre du Groupe de travail sur les crédits et garanties de crédit à l'exportation (ECG) de l'OCDE et n'a donc pas été obligé de se conformer à la Déclaration d'action concernant la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, qui prévoit l'adoption de mesures pour diffuser des informations sur l'infraction de corruption transnationale et détecter et sanctionner les demandeurs se livrant à la corruption transnationale. Au moment de l'examen, le Brésil n'avait encore pris aucune mesure officielle pour adhérer à la Recommandation du Conseil sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public adoptée par l'OCDE en 2006, conformément à l'article 3 de ladite recommandation, qui invite « les Parties à la Convention anticorruption qui ne sont pas Membres de l'OCDE à adhérer à la présente Recommandation²² ».

46. Lors de l'examen, la BNDES n'avait pris aucune mesure précise pour sensibiliser le personnel et les demandeurs à la corruption transnationale, aux conséquences juridiques qu'elle entraîne pour les citoyens brésiliens qui y ont recours et à la nécessité de la détecter et de la signaler (voir également la section (ii) ci-dessous, qui traite de la détection et du signalement de la corruption transnationale au sein de la BNDES.) En mai 2007, le directeur général de la Division du commerce extérieur²³ a décidé, conformément à l'instruction n° 02/2007 du 22 mai 2007, de créer au sein de la BNDES un groupe de travail chargé d'« étudier les mesures qui permettraient d'adapter les lignes de crédit servant au financement des exportations de la Banque brésilienne de développement aux dispositions de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales ». Selon les représentants de la BNDES présents lors de la mission sur place, ce groupe de travail devrait entre autres mettre au point, en vue de les soumettre au conseil d'administration de la Banque, des propositions concernant la formation de ses fonctionnaires et la diffusion d'informations sur la Convention aux demandeurs. Après la mission sur place, les autorités brésiliennes ont également indiqué aux examinateurs principaux que la BNDES avait mentionné l'existence de la Convention à ses clients à l'occasion de nombreuses manifestations organisées à l'intention des entreprises exportatrices.

(ii) *Détection et obligation de signalement des faits de corruption transnationale*

47. Comme on l'a vu, le Brésil n'est pas membre du Groupe de travail sur les crédits et garanties de crédit à l'exportation (ECG) et n'a en conséquence pas pris l'engagement, aux termes de la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, d'adopter des mesures pour détecter, signaler et sanctionner les faits de corruption transnationale dans le cadre de l'attribution de crédits à l'exportation.

48. De fait, d'après les réponses au questionnaire de la Phase 2 et comme l'ont confirmé ses représentants lors de la mission sur place, la BNDES n'avait pris aucune mesure précise, au moment où l'examen a été réalisé, pour (i) s'assurer que les demandeurs ou leurs mandataires ne se sont pas livrés ou ne se livreront pas à la corruption transnationale, (ii) dispenser des formations à son personnel pour qu'il soit en mesure de vérifier si les demandeurs se sont livrés à des actes de corruption transnationale ou de détecter éventuellement de tels actes, et (iii) suspendre ou retirer le soutien en cas de soupçon ou de preuve de corruption (voir également la section C(4)(b)(i) ci-après au sujet des sanctions imposées dans le cadre des crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public.) Les représentants de la BNDES ont indiqué que ces questions pourraient être prises en compte par le groupe de travail mis sur pied en mai 2007, qui doit présenter une série de propositions au conseil d'administration de la BNDES (conformément à l'instruction

²² En décembre 2006, la Déclaration d'action est devenue la Recommandation du Conseil sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, qui contient des dispositions plus détaillées visant à décourager la corruption dans les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public.

²³ Les autorités brésiliennes ont expliqué que le directeur général de la Division du crédit à l'exportation de la BNDES, qui est chargé de soumettre les opérations de crédit à l'exportation à l'approbation du conseil d'administration, est habilité à recommander à ce dernier les ajustements nécessaires aux instruments de crédit.

n° 02/2007 du 22 mai 2007). Les examinateurs principaux ont noté favorablement l'information transmise par les autorités brésiliennes (après la mission sur place) selon laquelle la BNDES examine les propositions visant la modification des conditions et des procédures d'attribution des crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public en vue de renforcer les efforts entrepris pour détecter, prévenir et combattre la corruption transnationale.

49. En ce qui concerne les obligations de signalement du personnel de la BNDES, les salariés de la Banque sont généralement relèvent du droit du travail du secteur privé, qui ne prévoit pas d'obligations générales de signalement des faits irréguliers ou illicites. L'article 5.1(f) des Principes directeurs à l'intention du personnel oblige toutefois les salariés à « informer leur supérieur hiérarchique des irrégularités dont ils ont connaissance ». La Résolution n° 773/91 du 25 novembre 1991, plus précise, prévoit l'obligation de signaler les cas d'utilisation illicite des ressources publiques accordées par la Banque brésilienne de développement.

Commentaire :

Les examinateurs principaux se déclarent satisfaits de la mise en place à la BNDES d'un groupe de travail chargé d'adapter les procédures de la Banque aux dispositions de la Convention anticorruption de l'OCDE. À cet égard, les examinateurs principaux recommandent au Brésil de prendre note également des dispositions contenues dans la Recommandation du Conseil sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public adoptée par l'OCDE en 2006, et d'envisager d'y adhérer, comme le prévoit l'article 3 de la Recommandation.

En général, en ce qui concerne la lutte contre la corruption transnationale dans le cadre des crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, les examinateurs principaux recommandent au Brésil de :

- sensibiliser le personnel de la BNDES et les demandeurs de facilités de crédit à l'exportation à l'infraction de corruption transnationale ;*
- veiller à ce que les salariés de la BNDES reçoivent une formation appropriée sur les procédures de vigilance qu'il convient de mettre en œuvre pour détecter la corruption et soient pleinement informés de leur obligation de signaler les cas de corruption transnationale dont ils ont connaissance dans le cadre de leur travail ; et encourager et faciliter cette démarche ;*
- mentionner expressément, dans les contrats conclus par la BNDES, l'infraction de corruption transnationale et ses conséquences juridiques en droit brésilien ; et*
- prendre les mesures appropriées pour s'assurer que les demandeurs de facilités de crédit à l'exportation ou leurs mandataires ne se sont pas livrés et ne se livreront pas à la corruption transnationale.*

d. Aide publique au développement

50. Le Brésil ne fournit pas d'aide publique au développement selon la définition du Comité d'aide au développement de l'OCDE.

51. Depuis le début des années 2000, la BNDES a toutefois financé des projets d'infrastructures dans plusieurs pays d'Amérique latine et d'Afrique et les marchés correspondants ont été attribués à des

entrepreneurs brésiliens. Le cadre financier de ces projets se présente comme suit : les marchés sont payés au moyen de prêts à des conditions commerciales contractés auprès du Brésil par les pays dans lesquels seront menés les projets d'infrastructures. Les entreprises sont payées au Brésil en monnaie brésilienne (real). À réception du paiement, les crédits correspondants sont annulés. De ce fait, le pays étranger n'est pas directement financé et la BNDES intervient en tant qu'intermédiaire financier. De 2004 à 2006, les exportations brésiliennes au titre de projets d'infrastructures à l'étranger ont représenté des tirages sur ligne de crédit de 882 millions USD. Comme l'a confirmé la BNDES, et comme cela est le cas pour toutes les autres opérations de financement des exportations et des investissements à l'étranger menées par cette dernière, il n'y a pas de clauses anticorruption spéciales dans les contrats qu'elle conclut au titre du financement de ces projets d'infrastructures.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent au Brésil d'entreprendre rapidement des actions de sensibilisation tant au sein de la BNDES qu'auprès des entrepreneurs potentiels, afin de fournir des informations sur la corruption transnationale et d'empêcher qu'elle n'entache les contrats relatifs aux projets d'infrastructures conclus par la Banque et les futurs marchés publics financés par l'aide.

Les examinateurs principaux recommandent également que la BNDES, en plus d'intégrer des clauses anticorruption dans les contrats relatifs aux projets de financement d'infrastructures à l'étranger, mette en place des moyens efficaces pour détecter les actes de corruption transnationale commis par les entrepreneurs ; établisse des procédures qui devront être suivies par les salariés pour signaler des informations crédibles concernant des infractions de corruption transnationale dont ils pourraient avoir connaissance dans le cadre de l'exécution de leur mandat ; et encourage et facilite cette démarche.

4. L'administration fiscale

a. Traitement fiscal des pots-de-vin

52. La législation fiscale applicable au Brésil n'interdit pas expressément la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers. L'administration fiscale brésilienne a toutefois fermement soutenu qu'en droit et en pratique, le Brésil interdit la déductibilité des pots-de-vin en toutes circonstances. L'évaluation du Brésil au titre de la Phase 1 indiquait déjà que la non-déductibilité fiscale des pots-de-vin pouvait représenter une source de préoccupation. Comme il l'a fait lors de la Phase 1, le Brésil affirme dans ses réponses aux questions de la Phase 2 que « l'impossibilité de déduire des dépenses associées à la commission d'actes illicites est un fait irréfutable au Brésil ». Les représentants du Secrétariat aux recettes fédérales (*Secretaria de Receita Federal – SRF*) entendus durant la mission sur place étaient convaincus que tout paiement illicite, y compris celui d'un pot-de-vin à l'étranger, ne serait jamais déductible du revenu imposable. Toutefois, aucune règle ne formule expressément cette interdiction.

53. Le Brésil indique que le décret n° 3 000 du 26 mars 1999 est le texte de loi applicable dans ce cas. Ce décret ne mentionne pas que la légalité des dépenses au regard du droit pénal peut constituer un critère de non-déductibilité. L'article 299 (voir annexe 3) contient en revanche une liste des critères qui doivent être remplis pour qu'une dépense puisse être considérée comme une « dépense d'exploitation » fiscalement déductible :

- L'article 299 définit les dépenses d'exploitation comme étant « les dépenses nécessaires pour les activités de l'entreprise et le maintien de la source de production correspondante ». Il y a

donc lieu de craindre que les paiements de pots-de-vin satisfassent ce critère puisque le versement d'un pot-de-vin à un agent public étranger pourrait être considéré comme nécessaire au maintien des activités et des ressources d'une entreprise.

- L'article 299(1) ajoute que ces dépenses doivent être engagées pour « effectuer les transactions ou les opérations nécessaires aux activités de l'entreprise ». Il y a lieu de craindre dans ce cas également que le versement d'un pot-de-vin dans le cadre d'une transaction commerciale internationale soit considéré comme indispensable s'il peut être établi qu'il était nécessaire à la conduite des affaires de l'entreprise.
- L'article 299(2) précise que les dépenses d'exploitation autorisées sont les « dépenses habituelles et ordinaires associées aux transactions, opérations ou activités de l'entreprise ». Bien que ce critère offre une protection contre la déduction des dépenses inhabituelles, on peut craindre que lorsque le versement de pots-de-vin est une caractéristique courante du secteur d'activité de l'entreprise ou du marché étranger sur lequel elle est présente, il constitue une dépense d'exploitation justifiable.

54. Outre le fait que le critère très large énoncé à l'article 299 autorise de prime abord les déductions, aucune limite n'empêche efficacement un contribuable de dissimuler un pot-de-vin versé à un agent public étranger en le faisant passer pour une commission, une gratification ou une prime, dont la déductibilité est très rarement refusée. Selon l'article 304 du décret n° 3 000 (voir annexe 3) concernant les paiements injustifiés ou les paiements à des bénéficiaires non identifiés, « les sommes payées à titre de commission, de prime ou de gratification [...] ne sont pas déductibles de l'impôt sur le revenu lorsque l'opération ou la source du revenu n'est pas indiquée ou lorsque le justificatif de paiement n'indique pas le nom du bénéficiaire du revenu en question ». En conséquence, les seules limites fixées aux termes de l'article 304 en ce qui concerne le fait de dissimuler un pot-de-vin à un agent public étranger en le faisant passer pour une commission, une prime ou une gratification, sont que l'objet desdites commission, prime ou gratification, ainsi que leur bénéficiaire, doivent être indiqués. En l'absence de preuve que l'administration fiscale vérifie systématiquement la légalité des commissions, primes et gratifications versées à des agents et à des intermédiaires pour leur rôle dans les relations d'affaires avec des agents publics étrangers, les limites fixées aux termes de l'article 304 ne paraissent pas appropriées dans la pratique. De plus, il n'apparaît même pas clairement que l'administration fiscale serait habilitée à refuser une telle déduction si elle déterminait qu'un pot-de-vin versé à un agent public étranger a été faussement présenté comme une commission, une prime ou une gratification, compte tenu du vaste éventail des dépenses déductibles de l'impôt prévu aux termes de l'article 304 et en l'absence de disposition refusant expressément la déductibilité de ces pots-de-vin (voire des paiements illicites en général).

55. Enfin, dans ses réponses aux questions de la Phase 2 et lors de la mission sur place, le Brésil a cité des décisions rendues par le Conseil des contribuables à l'appui de sa position. Il convient toutefois de noter que lorsqu'il examine si une dépense peut effectivement être considérée comme déductible de l'impôt sur le revenu, le Conseil des contribuables se fonde sur les critères énumérés dans le décret n° 3 000, et non sur un critère général applicable à la légalité de la dépense au regard du droit pénal.

56. L'administration fiscale brésilienne a soutenu fermement que le régime fiscal autorise uniquement la déduction des dépenses licites et que cette position est bien comprise par les fonctionnaires de l'administration fiscale dans le cadre de l'application de la législation²⁴. Les autorités brésiennes ont expliqué qu'une disposition interdisant expressément la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des

²⁴ Les autorités brésiennes, citant à l'appui l'article 166 II du Code civil, affirment que les actes licites effectués dans un but illicite sont considérés comme nuls et non venus aux fins de la législation et ne peuvent donc faire l'objet d'une déduction fiscale.

agents publics étrangers ou même des paiements effectués en relation avec une activité illicite est en général inutile en vertu du cadre et des principes établis du régime fiscal brésilien. De leur point de vue, il n'existe pas de raison juridique ou pratique de considérer les pots-de-vin comme une dépense déductible de l'impôt sur le revenu. C'est toutefois faire abstraction du principe énoncé à l'article 299 du décret, aux termes duquel les dépenses sont *a priori* déductibles, et du fait que l'administration fiscale doit en conséquence justifier un refus d'accorder une déductibilité fiscale, et non l'inverse. Les autorités brésiliennes affirment enfin que les fonctionnaires de l'administration fiscale qui effectuent des contrôles ne se sont jamais vu dénier le droit de formuler des observations sur des dépenses qui sont clairement illicites (comme des pots-de-vin) et, partant, de refuser la déductibilité fiscale.

57. En ce qui concerne les nombreuses possibilités de déductions prévues par l'article 304 du décret n° 3 000, pour, entre autres, les paiements effectués à titre de commission, de prime et de gratification, l'administration fiscale brésilienne fait valoir que toute dépense liée au paiement d'un pot-de-vin ne pourrait satisfaire les critères d'une « dépense d'exploitation » aux termes de l'article 299 du décret n° 3 000 pour les besoins de la détermination de la déductibilité fiscale des dépenses. De plus, l'administration fiscale affirme que le contribuable qui demande qu'une dépense soit déductible de l'impôt sur le revenu sans identifier le bénéficiaire ou présenter des pièces justificatives à l'appui ne peut déduire cette dépense de son revenu imposable. L'administration fiscale fait remarquer que des dispositifs ont été mis en place pour vérifier la légitimité des paiements de commissions, de primes et de gratifications en fonction de critères de sélection objectifs présidant à la conduite des contrôles et de principes de vérification exigeant qu'un paiement soit étayé par des documents juridiquement recevables.

b. Détection et échange de renseignements au niveau de l'administration fiscale

(i) Sensibilisation et formation

58. Le Secrétariat aux recettes fédérales communique des informations à ses salariés et encourage leur formation. La formation dispensée aux inspecteurs des impôts par l'École d'administration financière du Brésil (ESAF) est bien conçue et aborde de nombreuses questions avec une grande partie du personnel du Secrétariat. Les inspecteurs des impôts bénéficient également, dans le cadre du Programme national de lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux, de renseignements et de cours de formation qui portent toutefois essentiellement sur le blanchiment de capitaux et n'ont jamais abordé la non-déductibilité des pots-de-vin versés à l'étranger ni leur détection dans les déclarations de revenus. Dans les observations qu'elle a formulées après la mission sur place, l'administration fiscale brésilienne a affirmé qu'une formation particulière n'est pas nécessaire étant donné que ses fonctionnaires ont bien compris que les paiements de pots-de-vin à des agents publics étrangers sont illicites (et que la législation n'autorise pas leur déduction.) En ce qui concerne les manuels de fiscalité, l'administration affirme qu'aucune initiative particulière n'est nécessaire étant donné que les procédures généralement applicables à la vérification des dépenses des contribuables continuent de s'appliquer et qu'elles font déjà périodiquement l'objet de cours et de séminaires de formation. Les examinateurs principaux demeurent préoccupés par le fait que le Brésil n'a pas informé expressément ses inspecteurs des impôts (par le biais de principes directeurs, de manuels de fiscalité ou de programmes de formation) de la non-déductibilité des pots-de-vin au Brésil ou de la nécessité de prêter attention aux sorties de fonds assimilables à des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers.

59. Lors de la mission sur place, le Contrôle général de l'Union (CGU) venait de remettre au Service international du Secrétariat aux recettes fédérales le Manuel de sensibilisation à la corruption à l'intention des contrôleurs des impôts rédigé par l'OCDE. Les représentants du Secrétariat aux recettes fédérales présents provenaient toutefois d'un autre service et ignoraient que ce manuel avait été distribué.

(ii) *Échange de renseignements*Échange de renseignements au Brésil

60. L'article 198 du Code des impôts du Brésil impose au Secrétariat aux recettes fédérales une interdiction générale de divulguer des renseignements obtenus pour les besoins de l'établissement de l'impôt. Il ne s'agit toutefois pas d'une règle absolue puisque certains organismes, et notamment les autorités judiciaires (article 198(1)) et le ministère public (article 8(2) de la Loi complémentaire n° 75/93), peuvent demander des renseignements fiscaux dans le cadre de poursuites pénales. Des représentants du ministère public ont indiqué qu'ils n'avaient habituellement pas de difficulté à obtenir des renseignements fiscaux nécessaires aux enquêtes pénales. La communication de renseignements à la police n'est pas envisagée.

61. Les autorités brésiliennes ont indiqué qu'à l'instar de tous les fonctionnaires brésiliens, les représentants de l'administration fiscale sont tenus à une obligation de signalement aux termes de la Loi n° 8 112 du 11 décembre 1990 (voir section B.3.a du présent rapport.) Ils sont en outre soumis à une obligation plus précise en vertu de laquelle ils doivent, dans certains cas, signaler au ministère public les faits qui pourraient correspondre à des infractions pénales à l'encontre de l'ordre fiscal ou de la fonction publique ou qui entraînent une perte pour le Trésor. Il semble que les infractions de corruption transnationale ne satisfieraient pas ce critère et constitueraient rarement, sinon jamais, des infractions à l'encontre de la fonction publique brésilienne, ou concernant des fonds publics.

Échange de renseignements au niveau international

62. Les échanges de renseignements intervenant au niveau international avec d'autres administrations fiscales sont fonction de l'existence d'une convention sur la double imposition et seraient utilisés par les autorités de l'autre partie au traité (y compris les tribunaux et les organes administratifs) concernées par l'établissement ou le recouvrement des impôts couverts par la convention fiscale en question, par les procédures ou les poursuites relatives à ces impôts ou par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts. La communication de renseignements fiscaux à des autorités répressives étrangères devrait pour sa part intervenir dans le cadre de demandes d'entraide judiciaire par lettres rogatoires. Selon la plupart des conventions fiscales, les renseignements fournis à une autorité compétente par sa contrepartie peuvent être utilisés à des fins fiscales seulement et ne peuvent donc pas être communiqués aux autorités répressives afin de lutter contre la corruption. Le commentaire relatif à l'article 26 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE précise que les États contractants peuvent souhaiter « autoriser le partage de renseignements fiscaux par les autorités fiscales avec d'autres organismes chargés de l'application de la loi et autorités judiciaires, sur certaines questions hautement prioritaires (par exemple la lutte contre le blanchiment de capitaux, la corruption, le financement du terrorisme). »

Commentaire

En ce qui concerne le traitement fiscal des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, les examinateurs principaux se déclarent satisfaits des explications détaillées fournies par les autorités brésiliennes sur le fonctionnement de leur régime fiscal. Ils restent toutefois très préoccupés par le fait que la législation fiscale en vigueur n'interdise pas clairement la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers. En outre, la position du Brésil n'est appuyée par aucune mesure de sensibilisation ni par des moyens complémentaires tels que des circulaires ou des manuels de fiscalité. En conséquence, les examinateurs principaux recommandent au Brésil de clarifier sans délai l'interdiction de la déductibilité des pots-de-vin en mentionnant expressément le refus de la déductibilité des paiements de pots-de-

vin à l'étranger dans la législation fiscale, ou par le biais d'un autre dispositif approprié contraignant et appuyé par une campagne d'information.

En ce qui concerne la sensibilisation et la formation, les examinateurs principaux recommandent au Brésil d'informer expressément les inspecteurs des impôts de la non-déductibilité des pots-de-vin et de la nécessité de prêter attention aux sorties de fonds assimilables à des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, et notamment aux commissions, primes et gratifications, en publiant des principes directeurs ou des manuels ou dans le cadre de programmes de formation. À cet égard, les examinateurs principaux saluent l'initiative du Contrôle général de l'Union (CGU), qui a remis au Secrétariat aux recettes fédérales le Manuel de sensibilisation à la corruption à l'intention des contrôleurs des impôts rédigé par l'OCDE, et recommandent qu'il soit diffusé largement auprès des inspecteurs des impôts.

5. Comptabilité et vérification comptable

a. Efforts de sensibilisation

63. Les professionnels brésiliens de la comptabilité et de la vérification des comptes n'ont pas fait d'efforts particuliers de sensibilisation à la corruption transnationale et au rôle des comptables et des vérificateurs dans la lutte contre ce fléau. C'est plutôt le Contrôle général de l'Union (CGU) qui a déployé le plus d'efforts pour diffuser des informations sur l'infraction de corruption transnationale par le biais de son site web et en distribuant son dépliant et sa brochure. Le site web du CGU présente également des informations destinées aux parties prenantes du secteur privé, et notamment des recommandations aux comptables et aux avocats concernant les obligations de tenue de livres des entreprises, les sanctions applicables aux infractions de falsification comptable, l'indépendance des vérificateurs, et, de manière plus générale, la sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale et la diffusion d'informations s'y rapportant. Par ailleurs, les principaux organismes qui régissent les professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes, à savoir le Conseil fédéral de la comptabilité (CFC), l'Institut des vérificateurs indépendants du Brésil (IBRACON) et la Commission des valeurs mobilières (CVM), n'ont pas mis au point de matériel de formation, de circulaires ou d'autres documents qui abordent expressément la question de la corruption transnationale.

b. Normes de comptabilité et de vérification des comptes

64. L'article 8 de la Convention dispose que dans le cadre de ses lois et règlements concernant la tenue de livres et états comptables, la publication d'informations sur les états financiers et les normes de comptabilité et de vérification des comptes, une Partie interdit l'établissement de comptes falsifiés ou frauduleux et la création de documents et d'états financiers dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler cette corruption. Les obligations comptables et de vérification des comptes en vigueur au Brésil concernant la tenue de livres et états comptables et la divulgation des états financiers sont régies par la Loi n° 6 404 de 1976 (Loi sur les sociétés), qui s'applique à toutes les sociétés, par les règlements de la Commission des valeurs mobilières, qui s'appliquent uniquement aux sociétés faisant appel à l'épargne publique et par la Loi n° 10 406 de 2002 (Code civil) qui s'applique de manière générale à toutes les entités commerciales. Enfin, les normes comptables sont publiées par le Conseil fédéral de la comptabilité.

65. Le Code civil prescrit des règles fondamentales concernant la tenue de livres, l'adoption d'un plan comptable et la préparation annuelle de comptes de bilan et de comptes de résultats économiques qui

doivent être observées par toutes les entités commerciales au Brésil²⁵. De même, la Loi n° 6 404 de 1976 (Loi sur les sociétés) impose aux sociétés de tenir une comptabilité permanente, conforme au droit commercial et aux « principes comptables généralement acceptés²⁶ ». La Commission des valeurs mobilières prescrit des règles de communication comptable et financière applicables aux entreprises cotées. En ce qui concerne les normes comptables, le Conseil fédéral de la comptabilité a publié une résolution sur la comptabilité des sociétés brésiliennes qui décrit les normes et formalités auxquelles celles-ci doivent se conformer pour assurer l'exactitude de leur comptabilité²⁷. Bien que les dispositions mentionnées ci-dessus n'interdisent pas expressément l'établissement de comptes hors livres ou d'autres activités mentionnées à l'article 8 de la Convention, les autorités brésiliennes soutiennent que les règles de la législation en place contribuent largement à la lutte contre la corruption et la fraude.

66. L'adoption des normes comptables internationales et l'harmonisation avec les normes en vigueur au Brésil ont tardé à venir. En 2005, le Conseil fédéral de la comptabilité a institué une Commission des règles comptables chargée d'« étudier, préparer et publier des recommandations techniques concernant les règles comptables et de diffuser des informations ». Le but recherché était de mieux faire coïncider les normes de comptabilité et de vérification des comptes brésiliennes et internationales. La lenteur de la réforme dans ce domaine est préoccupante, compte tenu des problèmes graves mentionnés par les représentants des organismes de comptabilité et de vérification des comptes présents lors de la mission sur place. À cet égard, les examinateurs principaux ont été informés que beaucoup de sociétés brésiliennes de premier plan ne sont pas cotées et ne sont donc pas soumises aux règles de comptabilité, de déclaration et de communication financière rigoureuses applicables aux sociétés cotées. Souvent placées sous le contrôle de grandes familles ou de l'État, ces sociétés sont régies, aux dires de nombreux représentants des professionnels de la comptabilité et de la vérification comptable, par des règles générales de transparence, de déclaration et de communication financière inadéquates. Qui plus est, étant donné que la législation brésilienne n'exige pas que les sociétés présentent des comptes consolidés couvrant leurs succursales ou filiales à l'étranger, les professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes ont observé qu'il serait très peu probable qu'un vérificateur soit véritablement en mesure de détecter des irrégularités ou des paiements illicites effectués par une filiale étrangère détenue à 100 %.

67. Les autorités brésiliennes ont indiqué que des dispositifs de mise en œuvre de réformes sont en place, et notamment la Commission des règles comptables, dont le rôle consiste à aligner les règles de comptabilité et de vérification des comptes en vigueur au Brésil sur les normes internationales. Des entités commerciales, y compris la Banque centrale du Brésil, ont aussi décidé de leur propre chef d'adopter les normes comptables internationales. Enfin, de nombreuses sociétés brésiliennes de premier plan sont cotées en bourse aux États-Unis et sont tenues de se conformer aux règles strictes de la *Securities and Exchange Commission* et, entre autres, de publier des états comptables fondés sur les normes comptables généralement admises aux États-Unis (dites normes GAAP).

c. Contrôles internes, conseils de surveillance et comités d'audit

68. La Recommandation révisée demande aux membres du Groupe de travail d'encourager la mise au point et l'adoption de systèmes de contrôle interne adéquats, y compris des règles de conduite. Des systèmes de contrôle efficaces peuvent rehausser la qualité des états financiers et contribuer à réduire les

²⁵ Voir l'article 1 179 du Code civil du Brésil, Loi n° 10 406 de 2002. Les articles 1 180 et 1 184 du Code civil demandent qu'en plus des livres exigés par la loi, les entreprises tiennent un « livre-journal » dans lequel chacune des opérations liées aux activités de la société est enregistrée quotidiennement, de manière claire, le document correspondant devant être identifié soit par une écriture comptable soit par reproduction.

²⁶ Voir l'article 177 de la Loi sur les sociétés n° 6 404 de 1976.

²⁷ Le Conseil fédéral de la Comptabilité a publié la norme NBC T 2.1 sur la comptabilité des sociétés brésiliennes par le biais de la Résolution CFC 563/83.

risques financiers, opérationnels et de non-conformité. De ce fait, ils peuvent améliorer la capacité interne des entreprises à détecter et à prévenir la fraude susceptible d'être liée à la corruption. La Recommandation révisée demande aussi aux membres du Groupe de travail d'encourager la création par les sociétés d'organes de contrôle, indépendants des dirigeants, tels que des comités d'audit rendant compte aux conseils d'administration ou conseils de surveillance. À cet égard, la stratégie de prévention de la corruption d'une entreprise peut bénéficier de la présence d'un organe de contrôle à vocation bien définie et compétent.

69. L'étude des codes de conduite adoptés par les sociétés brésiliennes, de même que les points de vue exprimés par des représentants de différentes sociétés et des professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes présents lors de la mission sur place, révèlent qu'un nombre croissant d'entreprises brésiliennes (principalement des grandes entreprises) adoptent des codes de conduite. Un premier examen des codes de conduite remis aux examinateurs principaux fait apparaître que la plupart abordent le problème de la corruption. De même, plusieurs codes de conduite interdisent expressément la corruption d'agents publics. La plupart des codes précisent en règle générale que ces principes doivent s'appliquer dans le cadre des transactions commerciales internationales et concernent toutes les personnes représentant l'entreprise, y compris les fournisseurs, les prestataires de services, les clients et les associés. L'interdiction de tous les pots-de-vin, y compris les pots-de-vin versés par des intermédiaires ou au profit de tiers, n'est pas énoncée expressément. En général, les codes de conduite ne font pas référence aux pratiques des agents, représentants et filiales à l'étranger.

70. Le cadre dans lequel évoluent les entreprises au Brésil a pour caractéristique non négligeable que beaucoup de grandes entreprises ne sont pas cotées en bourse, possèdent de longue date une structure de participation très concentrée et sont contrôlées par des familles brésiliennes ou l'État. Les examinateurs principaux ont eu la nette impression que la mise en œuvre de normes rigoureuses d'éthique et de programmes de conformité visant à prévenir la corruption ne figure pas actuellement parmi les priorités des dirigeants et conseils de surveillance de bon nombre de ces entreprises. Par ailleurs, la qualité des contrôles internes concernant les activités internationales a suscité des préoccupations. Les professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes rencontrés lors de la mission sur place ont en effet souligné la faiblesse particulière des dispositifs de contrôle des activités des succursales et filiales d'entreprises brésiliennes à l'étranger.

71. L'efficacité des conseils de surveillance et des comités d'audit des entreprises brésiliennes est un autre aspect qui a son importance. La Loi n° 6 404 (Loi sur les sociétés) demande aux sociétés cotées de publier un rapport annuel à l'intention des actionnaires comportant l'opinion d'un « comité financier ». Ce comité exerce une surveillance des comptes, des états financiers et des activités des entreprises brésiliennes et pourrait en principe tenir le rôle d'un comité d'audit²⁸. Cependant, ni le droit brésilien ni les normes comptables applicables au Brésil n'énoncent d'obligation générale d'établir un organe de surveillance ou un comité d'audit. Les représentants des professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes ont informé les examinateurs principaux que cet aspect du gouvernement d'entreprise est encore en cours d'évolution au Brésil.

d. Vérification externe

(i) Entités soumises à des obligations de vérification des comptes

72. La Loi n° 6 385 du 7 décembre 1976, qui régit le marché des valeurs mobilières, exige que les comptes des sociétés cotées et d'autres sociétés placées sous la tutelle de la Commission des valeurs

²⁸ Voir l'article 133 (IV) de la Loi sur les sociétés n° 6 404 de 1976.

mobilières (CVM), soient vérifiés²⁹. Les représentants du secteur de la comptabilité et de la vérification des comptes ont estimé qu'environ 700 sociétés cotées actives au Brésil doivent se soumettre à l'obligation de vérification de leurs comptes, et que cela est également le cas de nombreuses institutions du secteur financier telles que des banques, des sociétés d'assurance et des fonds communs de placement. La part des entreprises qui doivent faire vérifier annuellement leurs états financiers est relativement faible en raison du grand nombre de PME et de micro-entreprises (non cotées) qui existent au Brésil. Le Brésil compte environ cinq millions de PME, qui représentent quelque 98 % de l'ensemble des entreprises du pays. Bien que la plupart de ces entreprises aient une envergure locale et qu'il soit peu probable qu'elles exercent un jour des activités à l'étranger, les représentants des différents secteurs et de la profession comptable qui étaient présents ont fait remarquer que certaines des PME les plus rentables sont de fait entrées sur le marché financier brésilien et ont lancé un premier appel à l'épargne publique afin de s'agrandir et de développer leurs activités (principalement au Brésil, mais aussi à l'étranger pour certaines d'entre elles).

73. Plus préoccupant est le cas des grandes entités commerciales brésiliennes de premier plan et commercialement puissantes mais non cotées, qui sont engagées dans le commerce international mais ne sont pas soumises à des obligations de vérification rigoureuse de leurs comptes en vertu de la législation existante. Selon le ministère du Développement, de l'Industrie et du Commerce, le Brésil comptait en 2005 quelque 17 500 sociétés exportatrices. Sur ce nombre, environ 3 600 étaient de grandes entreprises qui représentaient 89 % de la valeur totale des exportations. Seule une petite proportion de ces entreprises sont tenues par la loi de se soumettre à une vérification externe des comptes. Cela constituait un sujet de préoccupation manifeste pour les professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes. Selon les explications obtenues, la structure de participation des entreprises brésiliennes est très concentrée et un certain nombre de grandes entreprises sont constituées soit par des entreprises commerciales familiales brésiliennes très en vue, soit par des entreprises d'État non cotées. Fait à signaler, un projet de loi soumis au Congrès national vise à amender la Loi n° 6 404 de 1976 (Loi sur les sociétés) pour étendre aux grandes entreprises, y compris à celles qui ne sont pas constituées en société anonyme, l'obligation de préparer et de publier des états financiers, et notamment des comptes consolidés, et de se soumettre à une vérification indépendante des comptes. Le projet de loi s'applique aux grandes entreprises ou aux ensembles d'entreprises d'un même groupe ou faisant l'objet d'un contrôle commun dont les actifs dépassaient 120 millions BRL (64.4 millions USD) ou les recettes annuelles brutes, 150 millions BRL (80.5 millions USD) lors de l'exercice précédent. Cette réforme était largement appuyée par les représentants du secteur de la comptabilité et de la vérification des comptes présents lors de la mission sur place. Les perspectives d'évolution et le calendrier d'adoption de ce projet de loi n'étaient pas bien perceptibles au moment de la mission sur place.

(ii) *Indépendance des vérificateurs et surveillance de la profession*

74. De nombreuses obligations applicables en vertu de la législation et de la réglementation pertinentes visent à assurer l'indépendance des vérificateurs externes au Brésil. À cet égard, les vérifications ne peuvent être effectuées que par des cabinets d'audit ou des vérificateurs indépendants enregistrés auprès de la Commission des valeurs mobilières (CVM). Les vérificateurs sont soumis aux règles de la Commission des valeurs mobilières et du Conseil fédéral de la comptabilité et, en ce qui concerne la déontologie, de l'Institut des vérificateurs indépendants du Brésil. Les règles de la CVM interdisent la prestation de services au même client pendant plus de cinq années consécutives (et exigent qu'un intervalle de trois ans se soit écoulé avant qu'un vérificateur puisse être réembauché³⁰.) Cette interdiction s'applique aux vérificateurs externes indépendants dans le cas des sociétés cotées et d'autres organisations sous le contrôle de la CVM. La Banque centrale du Brésil adopte la même procédure pour les institutions financières. La CVM peut imposer des sanctions aux vérificateurs et aux cabinets d'audit,

²⁹ Voir l'article 26 de la Loi 6 385 du 7 décembre 1976.

³⁰ Article 31 de l'Instruction normative n° 308 de la Commission des valeurs mobilières du 14 mai 1999.

notamment un avertissement, une amende, une suspension ou une suppression de l'agrément ou de l'enregistrement, lorsqu'ils agissent en contravention avec la législation et la réglementation relatives aux valeurs mobilières ou aux sociétés³¹. Les vérificateurs indépendants doivent également se soumettre tous les quatre ans à un contrôle de qualité. Ce contrôle est effectué par un autre vérificateur indépendant qui doit être enregistré auprès de la CVM.

75. Les règles relatives à l'indépendance des vérificateurs des comptes, approuvées par le Conseil fédéral de la comptabilité, interdisent à un vérificateur de vérifier les comptes d'une entité s'il a, eu égard à cette entité ou des sociétés apparentées, des filiales, sa société-mère ou des composantes du même groupe économique, un lien de parenté avec un administrateur ou un actionnaire, une relation professionnelle récente, un intérêt financier direct ou indirect, ou détient une quelconque autre fonction ou position qui engendre un conflit d'intérêts³². Les autorités brésiliennes ont expliqué que les instructions publiées par la Commission des valeurs mobilières interdisent aux vérificateurs de détenir des actions de sociétés clientes ou de leur fournir certains services de conseil³³.

76. L'inspection et la surveillance des professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes sont réalisées par le Conseil fédéral de la comptabilité et les Conseils régionaux de la comptabilité. Les normes d'inspection sont consignées dans un « Manuel d'inspection » et ont deux objectifs principaux : assurer le respect de la législation, des principes et de la réglementation qui régissent la profession comptable ; et encourager la sincérité et le respect des principes éthiques. Les inspecteurs des Conseils régionaux de la comptabilité doivent atteindre des objectifs quotidiens d'inspection dans les cabinets d'experts-comptables, les entreprises en général et les organismes publics, entre autres. Les professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes qui contreviennent à leurs obligations professionnelles sont passibles d'un éventail de sanctions en vertu des différents textes de loi et dispositions applicables : sanctions administratives (avertissement, amende, suspension de l'autorisation d'exercer la profession) ; sanctions civiles (possible engagement de leur responsabilité) ; et sanctions pénales (pour les infractions liées à la dissimulation d'informations et à la présentation d'états financiers falsifiés aux autorités financières, en vertu de la législation fiscale ; ou pour faux, déclarations inexactes et usage de faux, en vertu du Code pénal). De nombreuses affaires mettant en cause des professionnels de la comptabilité ont été portées devant les Conseils régionaux de la comptabilité et d'autres ont été examinées en appel par le Conseil fédéral de la comptabilité. Aucune statistique n'a été fournie sur le nombre de plaintes confirmées et de sanctions imposées.

e. L'obligation de signaler les faits de corruption transnationale

77. En général, le vérificateur indépendant qui découvre des erreurs, une fraude ou des infractions en vérifiant les comptes d'une société n'est pas tenu expressément, en droit brésilien, de signaler aux autorités répressives l'activité criminelle présumée, ce qui comprend les infractions de corruption transnationale ou de blanchiment de capitaux. Le vérificateur a l'obligation d'informer les dirigeants de la société de toutes les irrégularités dont il a connaissance et de proposer des mesures correctives³⁴. Cette démarche n'est toutefois obligatoire que si le vérificateur estime que les faits en cause sont suffisamment importants, à savoir que certains éléments pourraient affecter sensiblement les états financiers de la société concernée. Selon les professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes, lorsqu'un vérificateur constate

³¹ Article 11 de la Loi n° 6 385/1976.

³² Résolution n° 821/97 du Conseil fédéral de la comptabilité.

³³ Instruction n° 308/99 de la Commission des valeurs mobilières.

³⁴ Les autorités brésiliennes ont précisé que cette obligation est énoncée dans la Résolution du Conseil fédéral de la comptabilité n° 770/90, article 11.1.4.2, NBC T11 – normes applicables à la vérification indépendante des états comptables.

que la direction d'une société ne réagit pas de manière appropriée aux informations qu'il a communiquées (concernant des preuves du versement d'un pot-de-vin ou du blanchiment de capitaux), il n'a pas d'autre choix que de démissionner.

Commentaire

Les examinateurs principaux recommandent au Brésil de prendre des mesures pour encourager les sociétés brésiliennes : (i) à concevoir et adopter des systèmes de contrôle interne et des normes de conduite appropriés, en prêtant une attention particulière au contrôle des activités exercées à l'étranger et au respect de la législation incriminant la corruption transnationale ; et (ii) à créer, développer et renforcer des organes de surveillance, par exemple des comités d'audit indépendants de la direction et détenant effectivement le pouvoir et la compétence nécessaires pour s'acquitter de toutes les fonctions qui leur incombent.

Les examinateurs principaux recommandent également que le Brésil, en consultation avec les associations professionnelles concernées : (i) prenne des mesures pour encourager la détection et le signalement, par les comptables et les vérificateurs internes et externes, des cas présumés de corruption d'agents publics étrangers, en particulier en fournissant des principes directeurs et en dispensant de la formation à ces professionnels et en sensibilisant à ces problèmes la direction et les conseils de surveillance des sociétés faisant l'objet d'une vérification des comptes ; (ii) demande aux vérificateurs externes d'informer la direction et, le cas échéant, les organes de surveillance d'une société, de tout indice d'éventuels actes de corruption transnationale commis par un salarié ou un représentant, indépendamment du fait que la corruption présumée affecte sensiblement les états financiers ; (iii) envisage d'exiger que les vérificateurs externes, en cas d'inaction de la société après qu'ils ont dûment divulgué des soupçons de corruption, s'adressent aux autorités répressives compétentes ; et (iv) encourage l'adoption de réformes législatives obligeant toutes les grandes entreprises brésiliennes à se soumettre à une vérification externe des comptes.

6. Signalement du blanchiment de capitaux

78. Un système efficace conçu pour détecter et décourager le blanchiment de capitaux peut permettre de découvrir des infractions principales telles que la corruption transnationale. Au Brésil, le blanchiment de capitaux a été incriminé par la Loi n° 9 613 du 3 mars 1998. Cette loi a également institué la cellule de renseignements financiers du Brésil, à savoir le Conseil de surveillance des activités financières (*Conselho de Controle de Atividades Financeiras* (COAF)), qui relève du ministère des Finances. Les modifications ultérieures apportées en 2002 à la législation antiblanchiment ont étendu à la corruption d'agents publics étrangers l'ensemble des infractions principales au titre du blanchiment de capitaux.

a. Déclaration des opérations suspectes

79. C'est la Loi n° 9 613 qui établit le système de déclaration des opérations suspectes au Brésil. Sont soumises à des obligations de déclaration toutes les banques et grandes institutions financières ainsi qu'une série d'autres entités déclarantes : maisons de courtage, agents immobiliers, sociétés d'assurance, administrateurs de cartes de crédit, et sociétés spécialisées dans le négoce de bijoux et de pierres et métaux précieux. Les représentants du Conseil de surveillance des activités financières (COAF) ont confirmé lors de la mission sur place que les obligations de déclaration ne visent pas encore les professions d'avocat et de comptable mais ont aussi précisé, comme l'ont fait les représentants du Contrôle général de l'Union (CGU), qu'un projet de loi ayant pour but d'étendre les obligations de déclaration à ces deux professions était à l'étude. Toutes les entités déclarantes doivent respecter des règles juridiques strictes concernant

l'identification des clients, la conservation des documents relatifs aux opérations et la déclaration des opérations suspectes ou de gros montant.

80. Le COAF assure la coordination globale des déclarations d'opérations suspectes (DOS). Les entités déclarantes doivent déclarer les opérations qui peuvent représenter un indice sérieux d'infraction (c'est-à-dire d'une infraction couverte par la Loi n° 9 613) ainsi que les opérations en espèces portant sur des sommes dépassant 100 000 BRL (53 682 USD). Toutes les DOS doivent être adressées directement à l'« autorité compétente » dans un délai de 24 heures. À cet égard, certaines entités transmettent leur déclaration directement au COAF, qui est l'une des autorités compétentes désignées ; d'autres contactent directement leur organisme de réglementation ou de surveillance, également considéré comme « autorité compétente » aux termes de la Loi. L'autorité compétente qui reçoit les déclarations des banques et des autres institutions financières, par exemple, est la Banque centrale du Brésil (BACEN). Lorsqu'elle reçoit une DOS, la banque centrale introduit les renseignements transmis dans une base de données à laquelle le COAF a directement accès. Les entités du secteur des valeurs mobilières transmettent leurs DOS à l'autorité de tutelle des valeurs mobilières, la Commission des valeurs mobilières (CVM), qui les communique à son tour au COAF. Les autres autorités compétentes, en particulier la Direction de l'assurance des particuliers (SUSEP), dans le secteur de l'assurance et le Secrétariat des caisses de retraite complémentaire (SPC), dans le secteur des fonds de pension, ont également mis en place des accords permettant au COAF d'avoir accès aux DOS. Pour leur part, les entités déclarantes qui ne relèvent d'aucun organisme de surveillance ou de réglementation particulier (par exemple les agences immobilières et les administrateurs de cartes de crédit) font parvenir leurs DOS directement au COAF.

81. En 2005, le COAF a reçu 29 120 déclarations d'opérations suspectes, qui lui ont été adressées directement ou par d'autres autorités compétentes. Il s'agit d'une augmentation sensible par rapport aux 9 050 DOS reçues l'année précédente (2004). Les déclarations d'opérations suspectes ou d'opérations en espèces faites au COAF ou aux autres autorités compétentes sont examinées par le personnel du COAF et toutes les opérations anormales (c'est-à-dire les opérations qui pourraient être liées à une infraction) sont signalées au ministère public (habituellement le ministère public fédéral ou le ministère public de l'État concerné) ou à la Police fédérale à des fins d'enquête pénale. À cet égard, les représentants du COAF présents lors de la mission sur place ont souligné que ce dernier ne joue pas un rôle officiel dans les enquêtes et qu'il lui incombe plutôt d'analyser les déclarations d'opérations suspectes et les autres données accessibles afin d'identifier les opérations anormales. Le COAF n'a à sa connaissance reçu aucune DOS concernant des faits de blanchiment de capitaux susceptibles d'être liés à la corruption active d'agents publics étrangers.

b. Typologies, principes directeurs, formation et ressources

82. En ce qui concerne l'identification des déclarations d'opérations suspectes, les autorités compétentes des différents secteurs financiers (Banque centrale du Brésil, etc.) ont adopté des principes directeurs qui définissent les obligations de déclaration des opérations suspectes et comprennent une liste des indices qui devraient être signalés. Les représentants du COAF ont indiqué que les typologies sont alignées sur la pratique internationale. Ils ont ajouté que même si, à proprement parler, l'infraction de corruption transnationale ne fait pas directement partie des typologies élaborées, le critère qui a été retenu vise à identifier les opérations anormales et à attirer l'attention sur les opérations qui pourraient être liées à l'une des infractions couvertes par la Loi n° 9 613, y compris l'infraction de corruption transnationale. Dans la pratique, il arrive souvent que les analystes du COAF ne connaissent pas exactement la nature de l'infraction qui a pu être commise, étant donné que les critères de déclaration portent simplement sur l'identification des opérations anormales. Dans ce système, ce sont les autorités répressives qui établissent l'infraction et enquêtent. Cependant, la formation dispensée par le COAF à son personnel comprend une description des infractions principales, et notamment de l'infraction de corruption transnationale.

83. Les banques et les autres institutions financières présentes lors de la mission sur place ont confirmé que conformément à la loi, elles avaient établi des procédures concernant l'identification des clients ainsi que des paramètres et des critères devant servir à la détection des opérations anormales. Les banques ont également précisé qu'elles avaient pris des mesures pour connaître leurs clients afin de pouvoir déterminer, s'agissant des sociétés, la participation, le contrôle et les intérêts en présence et identifier les facteurs de risques que le personnel de la banque devrait surveiller ou connaître. Cette procédure s'est appliquée en particulier aux clients étrangers titulaires de comptes dans des banques brésiliennes. Toutes les banques et institutions financières ont déclaré qu'elles avaient mis en place des programmes de lutte contre le blanchiment de capitaux afin de former le personnel concerné et de veiller au respect des obligations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux. Les représentants des banques ont indiqué que la Convention n'est pas toujours mentionnée expressément dans les programmes de formation mais que la corruption (en tant qu'infraction principale) était souvent abordée de façon plus générale. La Banque centrale du Brésil a en revanche observé que la Convention, et en particulier l'infraction de corruption transnationale, était traitée dans son programme de formation.

84. En ce qui concerne les ressources et la formation des autorités répressives, les autorités brésiliennes ont indiqué qu'elles avaient consacré des efforts importants au développement des capacités et à la spécialisation de la Police fédérale et du ministère public (le ministère public fédéral et le ministère public des États) pour qu'ils puissent procéder plus efficacement aux enquêtes sur le blanchiment de capitaux et les infractions connexes. Ces capacités ont encore été renforcées par la création de tribunaux pénaux fédéraux spécialisés dans le blanchiment de capitaux et la criminalité financière. La corruption transnationale étant une infraction principale au titre du blanchiment de capitaux, ce fait est souligné dans les cours dispensés au personnel de la Police fédérale, aux procureurs et aux juges.

c. Surveillance du respect de la loi et sanctions en cas de non-déclaration

85. Conformément à la Loi n° 9 613, des sanctions administratives peuvent être imposées aux personnes morales et à leurs dirigeants en cas de non-respect des obligations concernant le blanchiment de capitaux prévues par la Loi. Les sanctions administratives, qui sont énumérées à l'article 12, comprennent : l'avertissement ; l'imposition d'une amende pécuniaire, pouvant représenter de 1 à 50 % du montant de l'opération ; le paiement d'une somme pouvant représenter jusqu'à 200 % des profits avérés ou présumés obtenus à la suite de l'opération, ou jusqu'à 200 000 BRL (107 904 USD) ; l'interdiction temporaire, pouvant aller jusqu'à dix ans, d'exercer une fonction de direction au sein de la personne morale ; et le retrait de l'autorisation d'exercer ses activités.

86. Un certain nombre de banques et d'autres institutions financières présentes lors de la mission sur place ont décrit les différents audits internes, externes et réglementaires entrepris chaque année pour veiller à ce que la législation et les procédures relatives au blanchiment de capitaux soient respectées. Le professionnalisme des organes de surveillance et les pouvoirs étendus dont ils disposent en matière d'audits externes ont été unanimement reconnus. Les participants ignoraient si des poursuites ont déjà été engagées par les autorités pour non-respect, par les entités déclarantes (non plus que par leurs dirigeants ou salariés), des obligations en matière de blanchiment.

d. Échange de renseignements avec d'autres organismes publics brésiliens

87. La Loi n° 9 613 exige que le COAF signale aux autorités répressives les éléments de preuve concernant des infractions définies dans la Loi ou toute autre activité illicite. Le COAF doit également coordonner et proposer des dispositifs pouvant faciliter l'échange de renseignements, afin d'améliorer le système de détection et de signalement utilisé dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux. À cet égard, le COAF est habilité à demander aux organismes de l'administration publique de lui communiquer certains détails bancaires et financiers sur les personnes impliquées dans des activités

suspectes³⁵. Les représentants du COAF et des autorités répressives présents lors de la mission sur place étaient en général satisfaits de leurs actions de coopération et d'échange de renseignements. On a vu précédemment qu'en 2005, le COAF a reçu 29 120 déclarations d'opérations suspectes, ce qui témoigne de l'importante quantité d'informations qu'il faut examiner et évaluer chaque année. La Police fédérale et les procureurs du ministère public fédéral ont fait remarquer que toutes les enquêtes découlant de la réception de déclarations d'opérations suspectes peuvent être réalisées par n'importe quelle autorité policière ou autorité chargée des poursuites (au niveau des États ou au niveau fédéral), en fonction de la nature et du lieu de l'opération ainsi que des ressources disponibles. La Police fédérale a mis en place un service centralisé qui reçoit initialement les déclarations d'opérations suspectes transmises par le COAF, tandis que le ministère public est doté, au niveau des États et au niveau fédéral, de procureurs spécialisés dans les affaires de blanchiment de capitaux. Les participants n'ont pas mentionné de problème particulier, malgré le volume considérable d'informations qu'échangent parfois le COAF et les autorités répressives.

88. En 2003, l'adoption de la Stratégie nationale de lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux a créé une plateforme réunissant les autorités répressives, le pouvoir judiciaire et les ministères et organismes compétents afin qu'ils puissent coordonner leurs actions en matière de lutte contre la corruption et le blanchiment. Cette initiative a contribué à améliorer les capacités, la formation et la coordination des efforts consacrés à la lutte contre le blanchiment de capitaux en particulier. Le COAF a noué des liens solides avec les autorités répressives, les organismes publics (y compris l'administration fiscale) et les entités déclarantes (en particulier les banques et les autres grandes institutions financières), qui ont à leur tour appuyé la coopération et l'échange de renseignements. De nombreux représentants des banques brésiliennes ont exprimé une opinion très favorable sur leurs relations avec le COAF et affirmé que les institutions financières entretiennent en général des relations de travail harmonieuses et ouvertes avec ce dernier.

e. Échange de renseignements au niveau international

89. Le Brésil peut fournir une entraide judiciaire concernant le blanchiment de capitaux dans le cadre d'une convention ou sur la base de la réciprocité. Bien que le Brésil n'ait pas institué la responsabilité pénale des personnes morales, les autorités soutiennent qu'il pourrait néanmoins accorder une entraide judiciaire à un pays requérant qui reconnaît la responsabilité pénale des personnes morales. On verra à la section C(1)(d) ci-dessous que cette situation n'a pas encore été examinée au regard du droit. Le COAF échange régulièrement des informations directement avec des cellules de renseignements financiers et d'autres autorités compétentes à l'étranger. En 2005, par exemple, il a répondu à 87 demandes de renseignements reçues de l'étranger, provenant principalement du Portugal, des États-Unis, de la Bolivie, du Pérou, de la Belgique et du Venezuela. Toujours en 2005, le COAF a adressé 464 demandes de renseignements, destinées principalement aux États-Unis, à l'Uruguay, aux îles Caïmanes, aux îles Vierges britanniques et à l'Italie. Au moment de la mission sur place, le COAF n'avait pas échangé de renseignements avec d'autres pays sur des affaires de blanchiment de capitaux liées à l'infraction de corruption transnationale ; par ailleurs, le Service de recouvrement des biens et de la coopération internationale (DRCI), qui est chargé de l'entraide judiciaire, n'avait pas reçu de demandes d'entraide judiciaire concernant une infraction de blanchiment de capitaux liée à une infraction principale de corruption d'agent public étranger.

Commentaire

Le Brésil a consacré des efforts importants au développement continu d'un régime complet de prévention et de détection du blanchiment de capitaux. De ce point de vue, des améliorations pourraient être apportées pour que les entités tenues de déclarer les opérations suspectes, leurs

³⁵ Voir les articles 14 et 15 de la Loi n° 9 613 du 3 mars 1998.

autorités de surveillance et le COAF lui-même reçoivent des directives appropriées et bénéficient d'une formation adéquate (concernant notamment les typologies) en matière d'identification et de déclaration des faits de corruption active et des tentatives de dissimulation des pots-de-vin et des produits de la corruption transnationale. Le Brésil est également encouragé à adopter la législation envisagée prévoyant d'étendre aux membres des professions juridique et comptable les obligations concernant le blanchiment de capitaux de même que les obligations de déclaration.

C. ENQUÊTES, POURSUITES ET SANCTIONS

1. Enquêtes et poursuites

a. Autorités répressives

(i) Compétence des autorités fédérales

90. La structure du système de justice pénale du Brésil est organisée au niveau fédéral et à celui des États. Comme le prévoit l'article 109 de la Constitution du Brésil, les cinq tribunaux fédéraux régionaux sont chargés des affaires dans lesquelles les intérêts de l'administration fédérale ont été lésés ou qui ont des incidences internationales³⁶ et des infractions qui constituent une violation de conventions internationales, comme le terrorisme et les infractions financières et économiques graves, et notamment le blanchiment de capitaux et la corruption transnationale. Le pouvoir judiciaire des États n'intervient que dans les affaires présentant un intérêt considérable dans l'État concerné, par exemple les affaires de corruption au niveau local ou à celui de l'État.

91. En cas de conflit concernant la compétence entre le système judiciaire du niveau fédéral et de celui des États, deux tribunaux supérieurs sont habilités à statuer. Selon l'article 105(I)(d) de la Constitution du Brésil, la Cour supérieure de justice est habilitée à trancher les conflits de compétence entre les tribunaux fédéraux et ceux des États³⁷. Aucune disposition légale ne désigne le tribunal susceptible de trancher les conflits d'attribution entre les autorités chargées des poursuites (ministère public) au niveau fédéral et à celui des États. En conséquence, les décisions sur la compétence, dans ces cas, relèvent de la jurisprudence établie par la Cour suprême fédérale. La Cour suprême fédérale a décidé que compte tenu des dispositions contenues à l'article 102(I)(f) de la Constitution du Brésil³⁸, « il revient à la Cour suprême fédérale de statuer en cas de conflit d'attribution entre le ministère public fédéral et le ministère public de l'État³⁹ ». Enfin, dans les affaires pénales portant sur des infractions relevant à la fois du droit fédéral et du droit d'un État, la jurisprudence de la Cour supérieure de justice a décidé d'attribuer l'entière compétence au système judiciaire fédéral pour se prononcer⁴⁰.

³⁶ Un extrait de l'article 109 de la Constitution du Brésil est reproduit à l'annexe 3 du présent rapport.

³⁷ Un extrait de l'article 105 de la Constitution du Brésil est reproduit à l'annexe 3 du présent rapport.

³⁸ Un extrait de l'article 102 de la Constitution du Brésil est reproduit à l'annexe 3 du présent rapport.

³⁹ Pétition de la Cour suprême fédérale n° 3.528-3, Bahia, 28 septembre 2005.

⁴⁰ Selon la règle 122 de la Cour supérieure de justice, « il revient au niveau fédéral de justice de poursuivre et de juger les infractions relevant des compétences fédérale et des États ».

(ii) *Service de la police fédérale*

92. Aux termes de la Constitution du Brésil et de la Loi n° 10 683 du 28 mai 2003, le Service de la police fédérale (*Departamento de Polícia Federal (DPF)*) est l'organisme de police chargé de la prévention et de la répression, sur l'ensemble du territoire brésilien, des infractions pénales fédérales comme la corruption transnationale⁴¹. Au plan administratif, le Service de la police fédérale est placé sous l'autorité du ministère de la Justice mais dispose d'une pleine autonomie pour mener des enquêtes sur des infractions pénales relevant de sa compétence. Le Service de la Police fédérale compte sept directions. Comme l'ont expliqué les autorités brésiliennes, le Service de lutte contre le crime organisé (DICOR) est chargé des enquêtes sur les infractions de corruption transnationale.

93. En ce qui concerne la formation, l'Académie nationale de police assure celle du personnel de la Police fédérale, auquel elle dispense des cours spécialisés. À cette fin, l'Académie nationale de police a mis au point plusieurs manuels et cours consacrés aux méthodes de travail qui doivent être suivies par les enquêteurs et les agents de la Police fédérale. Certains manuels abordent un large éventail de questions comme le blanchiment de capitaux, la criminalité financière, le vol, etc. et d'autres couvrent expressément les techniques d'enquête, comme la détection des faux documents et la sécurité des renseignements. Les cours font référence à la corruption transnationale en tant qu'infraction principale au regard du blanchiment de capitaux seulement et n'y accordent pas une attention particulière en tant qu'infraction autonome. Les autorités de police ont également bénéficié d'une formation dans le cadre du Programme national de renforcement des moyens d'action et de formation en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux (PNLD), qui aborde la corruption, le recouvrement des biens, les principes directeurs internationaux et la coopération juridique internationale. Cependant, comme on l'a vu, ce programme a principalement porté jusqu'à présent sur le blanchiment de capitaux et n'a fait référence à la corruption transnationale qu'en tant qu'infraction principale au regard du blanchiment de capitaux.

94. En ce qui concerne la formation de la police dans les États, les réponses aux questions de la Phase 2 ne précisaient pas si des cours de formation portant sur la corruption transnationale avaient été dispensés et les représentants de la Police de l'État de São Paulo ne se souvenaient pas si l'infraction de corruption transnationale avait été abordée pendant leur formation. Même s'il est vrai que la Police des États n'aurait pas la compétence nécessaire pour enquêter sur une infraction de corruption transnationale, il importe qu'elle bénéficie tout au moins d'une formation de base sur cette infraction afin de pouvoir l'identifier, la détecter et la signaler aux autorités de la police fédérale.

95. Pour ce qui est du transfert d'une affaire de corruption transnationale de la Police d'un État vers le Service de la police fédérale, les représentants des deux niveaux ont décrit les deux situations possibles :

- L'affaire concerne seulement une infraction de corruption transnationale ou plusieurs infractions fédérales, y compris une infraction de corruption transnationale : dans ce cas, la police de l'État concerné transférerait probablement le dossier au Service de la police fédérale dès lors qu'elle a constaté qu'aucune des infractions en cause ne relève de sa compétence ; ou
- L'affaire concerne une infraction de corruption transnationale et d'autres infractions relevant du droit d'un État : dans ce cas, la police de l'État concerné transférerait les volets relatifs aux infractions fédérales au Service de la police fédérale et les deux enquêtes seraient menées parallèlement par la police de l'État et le Service de la Police fédérale. Trente jours après le début de l'enquête, le dossier serait présenté au tribunal pour être transmis au ministère public (voir la section (b)(i) sur les poursuites), et le tribunal le transférerait alors au pouvoir judiciaire fédéral.

⁴¹ Un extrait de l'article 144(1) de la Constitution du Brésil est reproduit à l'annexe 3 du présent rapport.

(iii) Le ministère public fédéral

96. Les fonctions du ministère public sont décrites aux articles 127 à 130 de la Constitution du Brésil. Le ministère public comprend : (1) le ministère public de l'Union, et notamment le ministère public fédéral, le ministère public du travail, le ministère public militaire et le ministère public du District fédéral et des Territoires et (2) le ministère public des États⁴². Le ministère public fédéral est l'autorité chargée des poursuites ayant compétence en matière d'infractions de corruption transnationale.

97. Le responsable du ministère public fédéral est le Procureur général de la République. Il est nommé par le Président pour un mandat de deux ans (renouvelable) sous réserve de l'accord de la majorité absolue des membres du Sénat fédéral. Il peut être révoqué suivant la même procédure⁴³. L'indépendance du ministère public est assurée par la Constitution par le biais de l'autonomie financière et administrative conférée au Service du ministère public⁴⁴. Les procureurs sont titulaires à vie et bénéficient d'autres conditions d'emploi garanties⁴⁵.

98. Le ministère public fédéral ne comprend pas de services spécialisés affectés aux affaires de corruption transnationale ou, plus généralement, à la criminalité économique et financière, et n'utilise pas de modèles de hiérarchisation des affaires. Comme l'ont expliqué les procureurs présents lors de la mission sur place, cela irait à l'encontre du principe d'obligation de poursuite, en vertu duquel toutes les affaires qui atteignent le stade des poursuites doivent faire l'objet de poursuites et ne peuvent être classées que dans un nombre limité de cas spécifiés (voir la section (c) ci-dessous en ce qui concerne les principes qui régissent les poursuites.) Les autorités brésiliennes ont toutefois indiqué, dans les observations qu'elles ont formulées après la mission sur place, que le ministère public fédéral joue un rôle important dans l'institution des missions d'enquête (qui sont régulièrement mises en place à l'échelle du pays) et qu'il assure la coordination nationale des activités des procureurs fédéraux. À cet égard, il a été indiqué que dans la mesure du possible, des experts seraient utilisés, en particulier dans les affaires d'infractions financières et de blanchiment de capitaux.

99. Pour certains procureurs et certaines organisations non gouvernementales, l'absence de structure interne au sein du ministère public fédéral (et d'ailleurs du ministère public des États) est un problème chronique. Le Procureur général de la République et ses adjoints n'exercent aucun pouvoir sur les procureurs puisque ces derniers jouissent tous d'une entière autonomie. Cette autonomie est manifestement bénéfique dans la mesure où l'indépendance des procureurs s'en trouve garantie, notamment à l'égard des pressions politiques, mais elle contribue également à rendre la planification plus difficile. En conséquence, le ministère public fédéral est tributaire de l'initiative de chaque procureur et la gestion de ses ressources humaines et financières constitue un problème épineux. L'absence de hiérarchie fonctionnelle pourrait être compensée par une structure interne plus efficace qui permettrait d'améliorer la planification et l'organisation des activités du ministère public fédéral, tout en veillant à ce que l'institution soit mieux adaptée à l'évolution d'affaires pénales complexes. Dans les observations qu'elles ont formulées après la mission sur place, les autorités brésiliennes ont souligné que le ministère public fédéral réunit chaque année ses services fonctionnels afin de discuter des thèmes qui demandent à être traités en priorité. Les autorités brésiliennes ont aussi insisté sur le fait que l'évolution du rôle de coordination nationale assumé par le ministère public fédéral a permis d'obtenir de bons résultats dans le cadre de poursuites concernant de nombreuses affaires pénales, à l'échelle du pays.

⁴² Article 128, *ibid.*

⁴³ Article 128(1) et (2), *ibid.*

⁴⁴ Article 127(2), *ibid.*

⁴⁵ Article 128(5)(I), *ibid.*

100. En ce qui concerne la formation, le constat est le même que dans le cas du Service de la police fédérale, puisque l'infraction de corruption transnationale a seulement été abordée en tant qu'infraction principale au titre de l'infraction de blanchiment de capitaux, et uniquement dans le cadre du Programme national de renforcement des moyens d'action et de formation en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux (PNLD). Des cours de formation générale sont dispensés par l'École de formation des procureurs publics fédéraux (ESMPU), qui publie également des « bulletins scientifiques » et des « séries de manuels pratiques ». Au moment où la présente étude a été effectuée, l'École n'avait toutefois pas abordé expressément les problèmes de corruption transnationale.

Commentaire :

Les examinateurs principaux craignent que le Service de la police fédérale, la Police des États et le ministère public fédéral ne disposent pas actuellement des ressources et du niveau de formation nécessaires à l'efficacité de la détection et des enquêtes en cas d'infraction de corruption transnationale. Ils recommandent donc au Brésil de fournir aux autorités répressives concernées les ressources et la formation nécessaires pour assurer cette efficacité.

Compte tenu de la complexité croissante de la criminalité économique et financière, et notamment de la corruption transnationale, et de la structure imbriquée des sociétés susceptibles de s'y livrer, les examinateurs principaux recommandent également au Brésil d'envisager de mettre sur pied des services de poursuite spécialisés (sur le modèle des sections spécialisées du Service de la police fédérale) pour traiter ces types d'infractions, afin d'améliorer l'efficacité des enquêtes et des poursuites.

b. Conduite des enquêtes

(i) Engagement des procédures

101. Au Brésil, la conduite des enquêtes, comme celle des poursuites, est fondée sur le principe de l'obligation d'enquête. Autrement dit, une enquête, une fois ouverte par la police, doit être menée jusqu'à l'étape des poursuites et ne peut être close que sur décision des autorités chargées des poursuites, sous la supervision des tribunaux (voir la section (c) ci-dessous, qui traite des principes qui sous-tendent les procédures applicables aux décisions en matière de poursuites.) En raison du mode de fonctionnement du système brésilien et des nombreux contrôles qui président à la clôture des affaires, la question du critère d'ouverture ou de clôture des enquêtes se pose au stade de l'engagement des procédures par la police.

102. Selon le Code de procédure pénale, les enquêtes de police peuvent être ouvertes (i) d'office par la police, (ii) en cas de flagrant délit (c'est-à-dire lorsque l'auteur est pris sur le fait, au moment où il commet l'infraction) ou lorsqu'il est pris immédiatement après avoir commis l'infraction ou est en possession d'objets ou d'instruments qui permettent de conclure qu'il a commis l'infraction (iii) à la demande d'un juge ou des services du ministère public, ou (iv) à la demande de la victime⁴⁶. Les services du ministère public peuvent également demander aux autorités policières d'ouvrir une enquête aux termes de l'article 129(VIII) de la Constitution du Brésil⁴⁷. Les autorités brésiliennes expliquent qu'aux termes de cet article, les autorités policières sont dans l'obligation légale d'ouvrir une enquête dès lors qu'elles sont informées de la commission d'une infraction par l'une des voies énumérées ci-dessus. La police peut être exemptée de l'obligation d'ouvrir une enquête en l'absence de preuve circonstancielle, quelle qu'elle soit, de l'infraction, ou lorsque le fait signalé ne constitue pas une infraction. La police doit motiver sa décision de

⁴⁶ Article 5(I) et (II) du Code de procédure pénale.

⁴⁷ Un extrait de l'article 129(VIII) de la Constitution du Brésil est reproduit à l'annexe 3 du présent rapport.

ne pas ouvrir une enquête et un recours peut être déposé par la victime auprès du commissaire principal ; il est également possible de demander l'ouverture d'une enquête en s'adressant au ministère public.

103. En se fondant sur les enseignements tirés des affaires de corruption nationale, les représentants du Service de la police fédérale ont indiqué qu'ils prennent souvent connaissance du versement de pots-de-vin à des agents publics dans le cadre d'enquêtes ou de poursuites portant sur une autre affaire, et par le biais de signalements fournis par d'autres organismes publics (par exemple le Contrôle général de l'Union (CGU), l'administration fiscale, la Cour des comptes et le Conseil de surveillance des activités financières (COAF)) ainsi que par des particuliers. Lorsque les organismes publics qui signalent des faits présumés de corruption en sont également les victimes, ils peuvent faire appel des décisions de la police de ne pas ouvrir une enquête. Il est très rare qu'une enquête puisse être déclenchée parce que le corrupteur a été pris en flagrant délit.

104. Les représentants du Service de la police fédérale ont également indiqué qu'en cas d'infraction de corruption transnationale, le signalement pourrait émaner d'autorités étrangères (agents de liaison de services de police internationale, autorités répressives étrangères, ambassades, etc.), des médias, et enfin de salariés congédiés par les sociétés en cause (selon le Service de la police fédérale, les salariés toujours en poste seraient rarement disposés à dénoncer des pratiques illicites en raison des risques de représailles – voir la section B(2)(b) ci-dessus, qui souligne l'absence de protection des dénonciateurs.) En ce qui concerne les victimes et leur rôle dans le déclenchement des enquêtes de police, les autorités brésiliennes estiment qu'en cas de corruption d'agents publics étrangers, la victime serait le pays étranger, par analogie avec la corruption nationale, dans le cadre de laquelle c'est l'administration publique brésilienne qui est considérée comme la victime potentielle. Au vu des affaires de corruption transnationale auxquelles ont été confrontés d'autres pays Parties à la Convention, il semble actuellement très peu probable qu'une enquête sur une affaire de corruption transnationale soit déclenchée par la plainte d'une victime.

105. En conséquence, on pourrait raisonnablement penser que les enquêtes portant sur la corruption transnationale seraient normalement ouvertes soit par la police elle-même, soit à la demande du ministère public. C'est pourquoi la relative absence de volontarisme de ces autorités dans certains cas de corruption transnationale présumée impliquant des entreprises brésiliennes a suscité l'inquiétude des examinateurs principaux. De fait, comme on l'a vu dans l'introduction du présent rapport sur la Phase 2 (voir la section A(2)(e) ci-dessus portant sur les affaires de corruption d'agents publics étrangers), plusieurs allégations graves, et fondées, de corruption transnationale concernant des entreprises brésiliennes ont été mises en évidence dans le rapport de la Commission d'enquête indépendante sur le Programme « Pétrole contre nourriture » des Nations Unies et dans les médias. Jusqu'à présent, la police a seulement ouvert des enquêtes de nature très préliminaire dont aucune (au moment de la rédaction du présent rapport) n'a abouti à l'ouverture d'une enquête formelle. Il est également ressorti très nettement des observations des représentants du Service de la police fédérale et du ministère public fédéral présents lors de la mission sur place que les procureurs n'ont pas exercé leur prérogative pour demander l'ouverture d'enquêtes par la police. Après la mission sur place, les autorités brésiliennes ont informé les examinateurs principaux que la Police fédérale mène actuellement quatre enquêtes sur des affaires liées au rapport de la Commission d'enquête indépendante.

106. Lorsqu'une enquête est ouverte officiellement, la police dispose d'un délai de 30 jours pour la mener, et de 10 jours seulement lorsque le prévenu a été pris en flagrant délit. Lorsque l'affaire présente des écueils particuliers et que le prévenu est absent, la police peut demander au juge de proroger le délai afin de mener l'enquête à son terme⁴⁸. Le nouveau délai que le juge peut accorder pour terminer l'enquête n'est pas précisé dans le Code de procédure pénale. Les représentants du Service de la police fédérale et du ministère public fédéral ont indiqué que ces délais ne posent habituellement pas de problème étant donné

⁴⁸ Article 10 du Code de procédure pénale.

que les juges acceptent en général de les accorder si besoin est. Les autorités ont assuré qu'une demande d'entraide judiciaire en instance ne serait pas assujettie à ces délais. Elles ont également souligné que dans tous les cas, à l'expiration du délai, l'enquête de police est transmise au juge compétent, qui la renvoie au ministère public, et que le procureur chargé du dossier pourra à son tour demander à la police d'engager de nouvelles procédures d'enquête.

(ii) Techniques d'enquête

Techniques d'enquête générales et spéciales

107. Le Code de procédure pénale prévoit des techniques d'enquête générales et spéciales et notamment la conduite de contre-interrogatoires, d'analyses judiciaires, de confrontations, ainsi que de perquisitions et de saisies. En outre, la Loi n° 9 296 du 24 juillet 1996 régit l'interception des télécommunications. Lorsque l'enquête nécessite l'application de pouvoirs d'enquête plus poussés (perquisition, saisie ou interception des télécommunications *etc.*), la législation dispose qu'une demande d'autorisation à cet effet est présentée à un juge, par les autorités policières dans le cadre de leur enquête et/ou par le ministère public. Les représentants de la police entendus lors de la mission sur place ont précisé qu'ils ont régulièrement recours à ces techniques, et notamment à l'interception des télécommunications (téléphone, courrier électronique, *etc.*) dans les affaires de corruption nationale.

108. La Loi n° 9 034 du 3 mai 1995 autorise, en cas d'infractions commises par des organisations criminelles, le recours à d'autres techniques d'enquête telles que les opérations placées sous le contrôle de la police et l'utilisation d'agents infiltrés. Cependant, l'application de ces techniques dans les enquêtes sur des faits de corruption transnationale peut être très restreinte, en particulier lorsque l'infraction a été commise par des entreprises brésiliennes dûment établies sur des marchés étrangers. Les autorités brésiliennes ont souligné que les modifications apportées à la législation en 2001 permettent de recourir à d'autres techniques d'enquête à l'encontre d'un éventail plus vaste d'organisations ou d'associations criminelles, dans le cas par exemple d'enquêtes concernant un groupe d'associés ou de salariés qui utilisent la structure d'une société pour corrompre un agent public étranger.

Secret bancaire

109. L'accès aux renseignements financiers détenus par les banques est autorisé par la Loi n° 9 034 du 3 mai 1995 (voir ci-dessus) en cas d'actes commis par des organisations criminelles. Dans les autres cas, la Loi complémentaire n° 105 du 10 janvier 2001 régit la levée du secret bancaire. L'article 1^{er} de la Loi impose une obligation générale de confidentialité aux institutions financières, mais précise également au paragraphe 4 que la levée de la confidentialité peut être ordonnée « lorsqu'il est nécessaire de vérifier la survenance d'une activité illicite, et ce à toutes les étapes des enquêtes ou des poursuites ». Le paragraphe 4 contient une liste non exhaustive des infractions pouvant justifier la levée du secret bancaire, parmi lesquelles figurent « les infractions pénales à l'encontre de l'administration publique » et, de ce fait, la corruption transnationale⁴⁹. Les représentants du Service de la police fédérale et du ministère public fédéral ont indiqué que dans la pratique, ils n'ont pas de difficulté à faire approuver par les tribunaux les demandes concernant ce type de renseignements ni à obtenir que des banques et institutions financières leur fournissent des renseignements dans le cadre d'enquêtes pénales. (Voir également la section C.1.d du présent rapport, qui traite la question du secret bancaire dans le cadre des demandes d'entraide judiciaire.)

⁴⁹ L'infraction de corruption transnationale est mentionnée au Chapitre IIA, Section XI du Code pénal brésilien intitulé « Infractions pénales à l'encontre de l'administration publique ».

Protection des témoins

110. La protection des témoins est accordée en vertu du Programme fédéral d'aide aux victimes et témoins menacés, qui est régi par la Loi n° 9 807 du 13 juillet 1999. En outre, chaque État doit avoir mis en place son propre programme de protection des témoins. Le Programme fédéral d'aide aux victimes et témoins menacés n'impose pas de restrictions quant aux types d'infractions justifiant la protection et pourrait donc protéger des témoins dans le cadre de poursuites concernant des affaires de corruption transnationale.

111. Selon les représentants de la société civile et des autorités répressives, les programmes de protection des témoins sont principalement utilisés pour protéger les témoins d'infractions imputables au crime organisé. Ces participants ont également souligné les points faibles du système brésilien de protection des témoins, qu'ils attribuent essentiellement à la nouveauté et à l'utilisation peu fréquente dudit système.

Commentaire :

Les examinateurs principaux sont préoccupés par l'absence apparente de volontarisme du Service de la police fédérale et du ministère public fédéral en ce qui concerne l'ouverture d'enquêtes sur d'éventuelles affaires de corruption transnationale. Ils recommandent aux autorités brésiliennes de rappeler à l'un et à l'autre l'utilité de se s'intéresser activement à d'éventuelles sources de détection de la corruption transnationale. Les examinateurs principaux encouragent également les autorités brésiliennes à surveiller et évaluer régulièrement les résultats obtenus par le Service de la police fédérale et le ministère public eu égard aux allégations de corruption transnationale, et notamment les décisions de ne pas ouvrir d'enquête. Ils recommandent que le Groupe de travail effectue un suivi de cet aspect.

En ce qui concerne les délais d'enquête, les examinateurs principaux recommandent que le Groupe de travail effectue un suivi de l'expérience pratique afin d'évaluer s'ils sont suffisants pour la conduite des enquêtes portant sur des infractions de corruption transnationale, et en particulier lorsqu'il est nécessaire d'obtenir des renseignements à l'étranger.

Enfin, les examinateurs principaux constatent avec satisfaction que les autorités chargées des enquêtes relatives à la corruption internationale disposent d'un vaste ensemble de moyens d'enquête. Ils demandent aux autorités répressives d'y recourir pour mener efficacement les enquêtes sur les soupçons de corruption transnationale.

c. Principes régissant les poursuites

112. Une fois l'enquête de police terminée, le dossier est transmis au juge compétent qui le renvoie au ministère public. Le ministère public peut alors décider de demander une enquête complémentaire, de procéder à une mise en examen, ou de demander au juge de classer l'affaire. Lorsque le juge refuse le classement, il renvoie le dossier à la Chambre de coordination et de révision du Service du ministère public fédéral (ou au Procureur général de l'État concerné si la demande provient d'un procureur du ministère public d'un des États).

113. En ce qui concerne les mises en examen, le ministère public doit respecter des délais stricts une fois qu'il a reçu le rapport de police. Un délai est de cinq jours à compter de la réception du rapport de police est prévu lorsque le prévenu est incarcéré et de 15 jours s'il est absent ou a été libéré sous caution. Les représentants du ministère public fédéral ont indiqué que ces délais sont en général suffisants, en particulier parce que l'article 46 du Code de procédure pénale précise que si le dossier doit être renvoyé à

la police pour une enquête complémentaire, le délai court à compter de la date à laquelle le dossier est de nouveau transmis au ministère public par le tribunal.

114. Les victimes peuvent également se joindre à l'action du procureur, conformément à l'article 268 du Code de procédure pénale. On a vu qu'en cas de corruption transnationale, la victime serait le pays étranger, par analogie avec l'infraction de corruption nationale. Le pays étranger a deux moyens d'action à sa disposition en tant que victime : un moyen direct, qui consiste à désigner un représentant brésilien pour se joindre à l'action du procureur ; un moyen indirect, qui consiste à demander la coopération judiciaire. Dans ce dernier cas, le Service du Procureur général du Brésil, en tant que représentant légal de l'État brésilien, est habilité à se joindre aux poursuites. En ce qui concerne les autres victimes, les autorités brésiliennes chargées des poursuites ont fait valoir qu'il était peu probable que des concurrents ayant participé à la transaction commerciale internationale entachée de corruption transnationale puissent être considérés comme des victimes.

115. En ce qui concerne le classement des affaires, étant donné que le système de droit pénal brésilien est fondé sur le principe d'obligation de poursuivre, la décision de cesser les poursuites ne peut être prise de manière discrétionnaire par le procureur public. Pour appuyer le principe d'obligation de poursuivre, le droit brésilien exige qu'une demande de classement soit présentée à un juge, qui peut l'accepter ou la refuser. Comme le précise l'article 43 du Code de procédure pénale, les raisons justifiant une demande de classement sont les suivantes : (i) l'acte ne constitue pas une infraction ; (ii) l'infraction pénale ne peut plus être punie, par exemple parce qu'elle est prescrite (le délai de prescription est 12 ans en cas d'infraction de corruption transnationale), ou pour d'autres raisons ; et (iii) l'illégitimité de la partie est manifeste, ou il manque un élément exigé par la législation pour l'exercice des poursuites pénales. Des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause ne font pas partie des raisons pouvant être invoquées pour clore une affaire⁵⁰, et il n'existe pas de considérations générales d'« intérêt public » que le ministère public puisse prendre en compte pour mettre fin aux poursuites. En outre, toute décision de clore une affaire doit être validée par un juge, ce qui apporte une protection supplémentaire visant à assurer que des considérations indues n'influent pas sur les décisions en matière de poursuites.

116. Comme l'a souligné le Brésil, la légère exception au principe d'obligation de poursuivre concerne la possibilité (sous réserve de certaines conditions) donnée au ministère public, lorsqu'il procède à une mise en examen, de proposer qu'une affaire soit suspendue pendant une période de deux à quatre ans en cas d'infractions passibles d'une peine d'emprisonnement minimum d'un an ou moins. Cela s'appliquerait aux infractions de corruption transnationale, qui sont actuellement passibles d'une sanction comprise entre un et huit ans d'emprisonnement. Toutefois, si le projet de loi n° 7 710 visant à relever les sanctions prévues en cas d'infraction de corruption transnationale est adopté par le Parlement (voir également la section 4 ci-dessous concernant les sanctions), ces sanctions seraient augmentées pour s'établir entre deux et douze ans de prison et il deviendrait donc impossible de suspendre les affaires de corruption transnationale. Le Brésil a indiqué qu'en décembre 2007, le projet de loi a été approuvé par la Commission constitutionnelle et devra être soumis à l'approbation de la Chambre des représentants avant d'être présenté au Sénat.

⁵⁰ En vertu de l'article 5 de la Convention anticorruption, les enquêtes et poursuites en cas de corruption ne sont pas influencées par des considérations de cet ordre.

d. Entraide judiciaire et extradition

(i) Entraide judiciaire

Entraide judiciaire fondée ou non sur un traité

117. Les Parties à la Convention doivent fournir une aide judiciaire prompte et efficace aux autres Parties autant que le permettent leurs lois, traités et accords aux fins des procédures pénales et non pénales relevant de la Convention. En outre, les Parties, afin de pouvoir conduire efficacement des poursuites en matière de corruption transnationale, doivent être en mesure de procéder avec efficacité à la recherche de preuves à l'étranger et à leur utilisation.

118. Le Brésil peut accorder une entraide judiciaire dans le cadre d'une convention applicable ou selon le principe de la réciprocité. Le Brésil a conclu de nombreux traités bilatéraux d'entraide judiciaire en matière pénale, dont cinq avec des Parties à la Convention⁵¹. Dix autres traités bilatéraux, dont quatre avec des Parties à la Convention, doivent être approuvés par le Congrès⁵² et des négociations sont en cours avec 27 autres pays, dont huit sont Parties à la Convention⁵³.

119. Les autorités brésiliennes ont également déclaré que les demandes d'entraide judiciaire peuvent être fondées sur des traités multilatéraux, et notamment la Convention anticorruption de l'OCDE, qui n'a toutefois pas encore été utilisée à cette fin. Les autorités brésiliennes ont accédé à des demandes d'entraide judiciaire liées à l'infraction de blanchiment de capitaux qui est couverte dans certains traités multilatéraux, et notamment la Convention des Nations Unies contre la corruption, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et la Convention interaméricaine contre la corruption. Les autorités brésiliennes n'ont cependant pas précisé si les traités conclus avec les pays requérants étaient des traités bilatéraux ou multilatéraux.

120. En ce qui concerne les demandes d'entraide judiciaire émanant de pays avec lesquels le Brésil n'a pas conclu de traité bilatéral ou multilatéral d'entraide judiciaire, l'assistance est fournie sur la base de la réciprocité, bien qu'aucune législation applicable régissant l'entraide judiciaire n'ait introduit le principe de réciprocité dans le droit. En conséquence, comme le Brésil n'a conclu à ce jour que cinq traités avec des Parties à la Convention et en l'absence d'exemples concrets d'affaires dans le cadre desquelles le Brésil aurait fourni une assistance à des Parties à la Convention de l'OCDE ou à des parties à une autre convention en matière pénale qui n'est pas à proprement parler une convention d'entraide judiciaire, la question de l'efficacité de l'application du principe de réciprocité est un facteur important à prendre en compte pour déterminer si le Brésil applique bien l'article 9 de la Convention.

⁵¹ Le Brésil a conclu des traités bilatéraux d'entraide judiciaire en matière pénale avec les États-Unis d'Amérique, la France, la Colombie, l'Italie, le Pérou, le Portugal, et les États du Mercosur suivants : l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay.

⁵² Pendant la mission sur place, les autorités brésiliennes ont indiqué que le Congrès national avait approuvé des traités bilatéraux d'entraide judiciaire en matière pénale, qui sont présentement en instance de promulgation, avec la Chine, le Liban, et la Suisse. Des traités avec l'Angola, le Canada, Cuba, l'Espagne, le Nigeria, le Royaume-Uni et le Suriname seront soumis à l'examen et à l'approbation du Congrès national. Après la mission sur place, les autorités brésiliennes ont informé les examinateurs principaux que le Congrès national brésilien avait approuvé le traité bilatéral avec Cuba.

⁵³ Au cours de la mission sur place, les autorités brésiliennes ont fait savoir que le Brésil négociait actuellement des traités bilatéraux d'entraide judiciaire en matière pénale avec 27 pays : l'Afrique du Sud ; l'Albanie ; l'Algérie ; l'Allemagne ; l'Australie ; les Bahamas ; la Belgique ; les Émirats arabes unis ; l'Équateur ; l'Égypte ; la Grèce ; Hong-Kong, Chine ; les îles Vierges britanniques ; les îles Caïmanes ; l'Inde ; Israël ; la Lituanie ; le Mexique ; la Moldavie ; le Maroc ; le Nicaragua ; Panama ; la Pologne ; la Roumanie ; la Syrie ; la Thaïlande et la Turquie.

Aspects pratiques de l'entraide judiciaire

121. Le Service de recouvrement des biens et de la coopération internationale (DRCI) du ministère de la Justice est l'autorité centrale chargée, au Brésil, de l'entraide judiciaire en matière pénale et civile. Le Brésil peut accéder à une demande d'entraide judiciaire transmise par lettre rogatoire ou en traitant directement avec l'autorité étrangère requérante, selon la nature de la demande. Toutes les demandes de coopération judiciaire internationale reçues par le Service de recouvrement des biens et de la coopération internationale sont analysées au regard des règles juridiques applicables à la mesure demandée. Les demandes d'entraide judiciaire adressées par lettre rogatoire sont d'abord soumises à la Cour supérieure de justice afin d'obtenir l'autorisation nécessaire à leur exécution (*exequatur*). Lorsque l'autorisation a été accordée, les juges fédéraux ont la compétence nécessaire pour décider, en premier lieu, l'exécution de la lettre rogatoire. Lorsque l'entraide judiciaire peut être octroyée sous forme d'« assistance directe » à l'autorité étrangère, le Service de recouvrement des biens et de la coopération internationale organise l'exécution de la demande en la renvoyant à l'autorité brésilienne concernée ou, lorsque la loi l'exige, en la soumettant à un tribunal afin d'obtenir l'autorisation judiciaire nécessaire (par exemple pour la production de documents ou l'accès à des états financiers).

122. Lors de la mission sur place, les examinateurs principaux n'ont pas été informés de l'existence de problèmes graves concernant la fourniture d'une entraide judiciaire prompt et efficace à des parties requérantes. Les autorités brésiliennes ont indiqué que l'assistance directe accordée sur la base de la réciprocité est en général fournie plus rapidement que dans les cas où les demandes sont présentées en vertu de traités d'entraide judiciaire, qui nécessitent souvent le respect de formalités strictes. Un délai supplémentaire est nécessaire lorsqu'un tribunal doit rendre une ordonnance permettant, par exemple, de lever le secret bancaire. Au cours de la mission sur place, les examinateurs principaux ont soulevé un certain nombre de problèmes particuliers qui pourraient avoir des incidences sur l'exécution des demandes et notamment : l'exigence de double incrimination ; le recours à des pouvoirs d'enquête généraux et à des techniques d'enquête spéciales pour accéder aux demandes ; l'accès aux registres financiers ; et la capacité du Brésil d'accéder à une demande d'assistance d'un autre pays concernant des poursuites pénales ou administratives à l'encontre d'une personne morale, et notamment l'exécution d'ordonnances de confiscation rendues à l'étranger. Ces problèmes sont exposés ci-après.

123. Les autorités brésiliennes ont fait savoir que la condition de double incrimination ne figure que dans un nombre restreint de traités d'entraide judiciaire conclus par le Brésil. De leur point de vue, la Convention constituerait un fondement suffisant à la double incrimination si une autre Partie à la Convention présentait une demande d'entraide judiciaire.

124. Les autorités brésiliennes ont confirmé qu'un éventail de mesures peuvent être prises pour accéder à des demandes d'entraide judiciaire, et notamment : la transmission des actes ; les dépositions de suspects ou témoins ; l'examen de personnes, de biens et de lieux ; la production de documents, états comptables et biens ; et les perquisitions et saisies de biens. Les autorités brésiliennes ont cependant précisé que lorsqu'une demande nécessite l'utilisation de techniques d'enquête spéciales (pouvoirs d'écoutes téléphoniques), la mesure en question doit être mentionnée expressément dans l'accord ou le traité sur lequel se fonde la demande. Le Brésil peut accéder à une demande d'entraide fondée sur la réciprocité à condition que les dispositions du droit tant du Brésil que du pays requérant en matière de recours aux techniques d'enquête spéciales en cause soient respectées.

125. La Convention prévoit qu'une Partie ne refuse pas d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale dans le cadre de la Convention en invoquant le secret bancaire. De ce point de vue, l'exigence de confidentialité des renseignements bancaires, qui est expressément formulée dans la législation, a été

interprétée par la Cour suprême fédérale comme étant garantie par la Constitution fédérale⁵⁴. La législation correspondante prévoit également une exception à la règle de confidentialité « lorsqu'il est nécessaire de vérifier l'existence d'une activité illicite à n'importe quelle étape des enquêtes ou poursuites pénales, et notamment dans le cas » de certaines infractions dont une liste est donnée, au nombre desquelles figurent la corruption nationale et la corruption transnationale, sous l'intitulé général « actes à l'encontre de l'administration publique⁵⁵ ». Quoi qu'il en soit, les représentants de la Police fédérale et du ministère public fédéral ont indiqué que la liste des infractions n'était pas exhaustive et mentionnait seulement des exemples d'infractions pour lesquelles la levée du secret bancaire pourrait être ordonnée. Dans la pratique, l'accès à des documents bancaires aux termes de cette disposition nécessite l'ordonnance du tribunal.

126. Une ordonnance du tribunal peut être obtenue à condition de fournir l'assurance que cela présente « un intérêt public pertinent » et qu'il s'est produit un « fait établissant, en principe au moins, l'existence d'une infraction⁵⁶ ». Les autorités brésiliennes ont expliqué que dans le cadre de l'entraide judiciaire, l'État requérant devrait en conséquence fournir des motifs fondés pour obtenir une ordonnance du tribunal. À cet égard, il suffit en général de présenter un exposé clair des faits, dans lequel doit toutefois être démontré le lien entre la mesure demandée et les activités illicites qui motivent la demande. Pour leur part, les autorités répressives n'ont pas indiqué que l'obtention de renseignements confidentiels auprès des banques, que ce soit pour leurs propres enquêtes au niveau national (dont les autorités brésiliennes ont cité certains exemples) ou en relation avec l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire présentée par un pays étranger, posait des problèmes particuliers. Les représentants des banques présents lors de la mission sur place ont également indiqué qu'ils reçoivent régulièrement des ordonnances judiciaires relatives à la communication de renseignements aux autorités répressives et que ces renseignements étaient fournis promptement et sans que cela soulève des difficultés particulières.

127. Un autre problème important relevé lors de la mission sur place concerne la fourniture d'entraide judiciaire relative à des personnes morales. Bien que le Brésil n'ait pas établi la responsabilité pénale ou administrative des personnes morales pour corruption d'agents publics étrangers, les autorités maintiennent qu'une assistance pourrait être octroyée à un pays requérant qui aurait établi la responsabilité pénale ou administrative des personnes morales. Les autorités ont confirmé que le fait qu'un État requérant ait engagé des poursuites pénales à l'encontre d'une personne morale pour infraction de corruption transnationale, sans qu'aucune personne physique n'ait été identifiée, ne constituerait pas un obstacle à l'exécution de la demande : si la demande satisfait aux exigences requises, le tribunal pourrait rendre une ordonnance autorisant l'accès aux états financiers ou la perquisition et la saisie de documents particuliers détenus par une entreprise implantée au Brésil. Ces assurances n'ont toutefois pas été vérifiées concrètement étant donné que le Brésil n'a encore jamais reçu de telles demandes. De même, aucune indication claire n'existe quant aux bases sur lesquelles le Brésil pourrait chercher des éléments de preuve se trouvant à l'étranger en lien avec sa propre procédure administrative à l'encontre d'une personne morale impliquée dans une affaire de corruption d'agents publics étrangers.

128. L'octroi d'une entraide judiciaire relative à l'exécution d'une ordonnance de confiscation à l'encontre d'une personne morale imposée par un tribunal à l'étranger est subordonné au respect de critères formels particuliers. Les autorités brésiliennes ont indiqué qu'au Brésil, la confiscation nécessite une condamnation pour une infraction pénale et qu'en conséquence, en ce qui concerne l'infraction de corruption transnationale, elle ne peut être obtenue que pour des personnes physiques. Les autorités

⁵⁴ Au Brésil, la confidentialité des opérations bancaires a été considérée par la Cour suprême fédérale comme une garantie constitutionnelle aux termes de l'article 5, sections X et XII de la Constitution fédérale. Les banques et institutions financières sont tenues expressément de respecter la confidentialité des affaires de leurs clients par la Loi complémentaire n° 105 du 10 janvier 2001.

⁵⁵ Voir article 1, paragraphe 4 de la Loi complémentaire n° 105 du 10 janvier 2001.

⁵⁶ Voir la section 9.3 de la Phase 1 du Rapport du Brésil adopté le 31 août 2004, p. 30.

brésiliennes indiquent toutefois que dans le cadre de la coopération internationale, une demande d'entraide judiciaire visant la confiscation des actifs d'une personne morale pourrait être exécutée, à la condition que la demande soit fondée sur une décision judiciaire rendue à l'étranger à l'encontre de la personne morale et que cette décision remplisse certains critères formels (visant à s'assurer que la décision du tribunal étranger est valide, définitive et reconnue par le Brésil⁵⁷). Dans la pratique, on n'a toutefois pas recensé d'affaires confirmant que l'entraide judiciaire peut être accordée dans ce cas.

(ii) *Extradition*

129. L'article 10(1) de la Convention oblige les Parties à faire en sorte que la corruption d'un agent public étranger soit « réputée constituer » une infraction pouvant donner lieu à une extradition en vertu de leur droit et des conventions d'extradition conclues entre elles. Le Brésil a précisé que l'infraction de corruption d'agent public étranger était une infraction pour laquelle l'extradition pouvait être accordée, bien qu'il n'ait encore reçu aucune demande à cette fin. La Loi sur l'extradition dispose que l'extradition peut être accordée sur la base d'une convention, d'un traité ou de la réciprocité⁵⁸. Cependant, conformément à la Convention, en l'absence d'un traité, la Convention peut être considérée comme base juridique pour l'extradition en ce qui concerne l'infraction de corruption transnationale. Le Brésil a cité des éléments de jurisprudence à l'appui de cette affirmation⁵⁹.

130. En ce qui concerne les formalités, le processus d'extradition, au Brésil, se déroule en trois étapes. La première est administrative et commence à réception de la demande par le pouvoir exécutif. La deuxième est judiciaire, la Cour suprême fédérale traitant et jugeant la demande d'extradition en vérifiant notamment sa légalité et les règles permettant de savoir dans quelle mesure l'Exécutif est autorisé à accorder l'extradition. Enfin, l'Exécutif décide d'accorder ou non l'extradition, et si l'extradition est accordée, les autorités administratives la mettent en œuvre⁶⁰. Les autorités brésiliennes ont informé les examinateurs principaux que le processus d'extradition conduit par la Cour suprême fédérale s'étend en moyenne sur neuf mois, mais n'ont pas précisé le délai supplémentaire nécessaire pour que l'Exécutif rende sa décision définitive. En l'absence d'informations sur le délai moyen qui s'écoule entre la réception de la demande d'extradition et la décision de l'Exécutif, les examinateurs principaux ne peuvent être assurés que le processus se déroule sans heurts, compte tenu en particulier des observations d'un juriste qui, lors de la mission sur place, a déclaré que le processus d'extradition en vigueur au Brésil est fastidieux et dépassé. Quoiqu'il en soit, la législation ne fixe aucun délai d'exécution pour les demandes d'extradition. En 2005, le Brésil a présenté huit demandes d'extradition à des pays étrangers ; il a reçu 47 demandes d'extradition d'États étrangers et en a exécuté 27. Pour expliquer la différence entre les demandes reçues (45) et les demandes exécutées (27), les autorités brésiliennes ont fait valoir que dans beaucoup de cas, il se peut que les demandes d'extradition soient accordées l'année qui suit leur réception. Aux examinateurs principaux qui leur demandaient si des « motifs politiques » pourraient justifier le refus d'accéder à une demande d'extradition, par exemple le refus d'extrader un homme politique, les autorités ont répondu que la quasi-totalité des extraditions autorisées par la Cour suprême fédérale sont exécutées. Les autorités n'ont toutefois pas pu écarter formellement le fait qu'une extradition puisse être refusée pour

⁵⁷ Les règles qui doivent être suivies sont énumérées dans l'Acte d'homologation par la Cour supérieure de justice des décisions rendues par des tribunaux étrangers.

⁵⁸ Article 75 de la Loi n° 6 815 du 19 août 1980 sur l'extradition. Le texte original brésilien de cette loi mentionne que l'extradition peut entre autres être accordée sur la base d'une convention, ce que ne fait pas la traduction anglaise.

⁵⁹ Voir les décisions récentes rendues en matière d'extradition, par exemple la décision n° JO78-Min. Gilmar Mendes du 15 octobre 2007 ; voir également la décision n° JO15-Min. Joaquim Barbosa du 21 juin 2007.

⁶⁰ Le responsable de l'Exécutif chargé de la décision est le chef du Service des ressortissants étrangers du ministère de la Justice.

de tels motifs, indiquant que les refus d'extrader pour des motifs politiques sont très rares et relèvent d'une analyse au cas par cas⁶¹.

131. Les conditions justifiant un refus d'extrader sont énumérées à l'article 77 de la Loi n° 6 815 du 19 août 1980. Singulièrement, l'extradition est refusée si la personne était de nationalité brésilienne lorsque l'infraction a été commise. Lorsque l'extradition est refusée au motif que la personne concernée est un ressortissant brésilien, le ministère de la Justice, par le biais du Service des affaires étrangères, informe l'État requérant que la demande d'extradition a été suspendue. Les examinateurs principaux ont été informés qu'il incombe au pays requérant de demander que des poursuites pénales soient engagées par le Brésil à l'encontre de la personne en cause. Cela n'est pas conforme à la Convention. Selon l'article 10(3) de la Convention, une Partie qui (de sa propre initiative) refuse une demande d'extradition pour infraction de corruption transnationale au seul motif que la personne visée est son ressortissant doit soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites. Aux questions réitérées des examinateurs principaux sur ce problème, les autorités brésiliennes ont répondu que dans la pratique, elles ont engagé de nombreuses poursuites à l'encontre de ressortissants brésiliens sans que cela n'ait été suggéré au préalable par l'État ayant requis l'extradition.

Commentaire

En raison des incertitudes persistantes entourant l'exécution des demandes d'entraide judiciaire par le Brésil, les examinateurs principaux recommandent que le Groupe de travail exerce un suivi afin de s'assurer que le Brésil accorde une entraide judiciaire prompt et efficace aux fins des enquêtes sur les infractions relevant de la Convention.

Un suivi est recommandé pour s'assurer que dans la pratique, le Brésil peut exécuter les demandes relatives à des poursuites pénales engagées contre une personne morale, et ce bien qu'il n'ait pas établi la responsabilité pénale des personnes morales. De même, s'agissant du traitement des demandes d'entraide judiciaire, il est recommandé d'effectuer un suivi pour s'assurer que le Brésil pourrait rechercher des éléments de preuve à l'étranger en relation avec des poursuites administratives qu'il aurait lui-même engagées contre une personne morale impliquée dans une affaire de corruption transnationale.

En ce qui concerne l'extradition, les examinateurs principaux recommandent qu'un suivi soit effectué afin de s'assurer que, conformément à l'article 10(3) de la Convention, le Brésil engage des poursuites contre ses ressortissants lorsqu'il a refusé d'accéder à une demande d'extradition. Les examinateurs principaux recommandent également qu'un suivi soit effectué afin de s'assurer que la prise en compte de facteurs politiques n'entrave pas la mise en œuvre effective de l'article 10(1) de la Convention.

e. Compétence

(i) Compétence territoriale

132. L'article 4.1 de la Convention demande à chaque Partie de « prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire ». Le Commentaire 25 précise « qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption » n'est pas exigé. Au Brésil, la compétence territoriale est établie en vertu

⁶¹ Comme ces informations ont été reçues après la mission sur place, les examinateurs principaux n'ont pas pu vérifier si des facteurs similaires seraient pris en compte s'agissant des enquêtes et poursuites en cas de corruption transnationale ou d'octroi d'entraide judiciaire.

de l'article 5 du Code pénal ; l'article 6 du Code pénal dispose : « L'infraction pénale est réputée être commise au lieu où l'acte ou l'omission est intervenu, en tout ou partie, ainsi qu'au lieu où le résultat s'est produit ou devait se produire. » Les autorités brésiliennes ont expliqué que pour que la compétence soit exercée, il suffit que l'infraction ait « touché » le territoire brésilien et qu'à cet effet il faut simplement qu'une partie de la conduite criminelle ait eu lieu sur le territoire brésilien ou que le résultat se soit produit sur ledit territoire. Elles ont également précisé qu'un appel téléphonique, une télécopie ou un courrier électronique en provenance du Brésil suffirait pour établir la compétence sur une infraction de corruption d'agents publics étrangers dont la majeure partie est intervenue ailleurs. L'utilisation de ces moyens au Brésil pour commettre un crime qui est consommé à l'étranger suffit à fonder la compétence territoriale parce qu'une partie de l'acte aura été commise au Brésil. Aucun exemple n'a été fourni à l'appui de ces affirmations.

(ii) *Compétence fondée sur la nationalité*

133. L'article 4(2) de la Convention dispose que chaque Partie ayant compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger « prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger » selon les mêmes principes. Le Code pénal du Brésil prévoit que les « infractions pénales » commises par des « Brésiliens » relèvent du droit brésilien même si elles sont commises à l'étranger⁶². Le concept d'« infraction pénale » couvre l'infraction de corruption transnationale. Le terme « Brésilien » exclut quant à lui les résidents permanents au Brésil, qui, contrairement aux ressortissants brésiliens, sont extradables.

134. Pour que la compétence du Brésil soit établie à l'égard des infractions pénales, y compris de l'infraction de corruption transnationale, commises par ses ressortissants, le Code pénal pose certaines conditions. L'article 7, section (II) (b) du Code, exige que : (i) le contrevenant entre sur le territoire brésilien ; (ii) l'acte soit aussi passible de sanctions dans le pays où il a été commis ; (iii) l'infraction pénale figure parmi celles pour lesquelles le droit brésilien autorise l'extradition ; (iv) le contrevenant n'ait pas été jugé et disculpé à l'étranger ou n'y ait pas purgé la peine ; (v) le contrevenant n'ait pas été gracié à l'étranger ou, pour toute autre raison, la peine n'ait pas été radiée par application du droit le plus favorable. La première condition, à savoir que le contrevenant entre sur le territoire brésilien, pourrait empêcher l'établissement de la compétence territoriale à l'égard de l'auteur de l'infraction de corruption transnationale. Les autorités brésiliennes soutiennent toutefois que le retour au Brésil d'un de leurs ressortissants (le contrevenant), de son propre chef ou à la suite d'une extradition, suffirait pour que soit rempli le critère relatif au retour prescrit par la législation. Aucun exemple n'a été fourni à l'appui de ces affirmations. En ce qui concerne la deuxième condition, qui demande que l'infraction pénale soit aussi passible de sanctions dans le pays où elle a été commise, les autorités brésiliennes ont indiqué que la corruption d'un agent public étranger commise par un ressortissant brésilien, en contravention avec les lois de ce pays contre la corruption nationale, suffirait. En outre, lorsqu'un ressortissant brésilien corrompt un agent public étranger du pays A alors qu'il se trouve dans le pays B, l'obligation sera satisfaite dès lors que l'acte constitue une infraction d'un type quelconque passible de sanctions dans le pays B.

(iii) *Personnes morales et compétence*

135. En vertu du Code civil, une société est considérée comme une société nationale si elle est constitué en vertu du droit brésilien et que ses dirigeants et ses actionnaires de contrôle se trouvent tous au Brésil⁶³. Le Brésil n'a toutefois pas attribué la responsabilité pénale aux personnes morales au titre de la corruption transnationale. Les examinateurs principaux estiment que les règles applicables à la compétence sur les personnes morales devraient être étudiées et adoptées de concert avec l'introduction de réformes

⁶² Article 7, paragraphe II (b), Code pénal.

⁶³ Article 1 126 du Code civil – Loi n° 10 406 du 10 janvier 2002.

visant à assurer l'établissement de la responsabilité fondamentale des personnes morales à l'égard de la corruption transnationale, conformément à la Convention. Dans le cadre de ces réformes, le Brésil devrait faire montre de souplesse dans la détermination de la nationalité d'une personne morale, étant donné que les critères énoncés dans le Code civil excluraient les entreprises non constituées en sociétés au Brésil, même celles dont le siège principal est situé au Brésil (c'est-à-dire si la principale fonction administrative, à savoir le conseil d'administration et la direction, est au Brésil.) Selon les critères en vigueur, seraient également exclues les entreprises dont les principales fonctions de direction et de contrôle sont exercées au Brésil dès lors qu'une quelconque partie de ces fonctions l'est en dehors de ce pays. La responsabilité des personnes morales est abordée à la section C.3.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent que le Groupe de travail effectue un suivi de l'application de la compétence territoriale et de la compétence fondée sur la nationalité pour les infractions commises en tout ou partie à l'étranger.

Les examinateurs principaux recommandent également que les éventuelles réformes portant sur la responsabilité des personnes morales pour l'infraction de corruption d'agent public étranger (voir recommandation suivante) assurent une interprétation large de la nationalité des personnes morales, de manière à ce que les sociétés dont les principales fonctions de direction et de contrôle sont exercées au Brésil soient considérées comme des sociétés brésiliennes, indépendamment du lieu où elles ont été constituées et du fait qu'une partie de cette fonction soit exercée hors du Brésil.

f. Prescription

136. Au Brésil, le délai de prescription est de douze ans dans le cas de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Il en va de même de la corruption nationale. Selon le Code pénal, pour les infractions pénales passibles d'une peine de prison maximale qui ne soit pas inférieure à quatre ans sans être supérieure à huit ans, le délai de prescription prévu par l'article 109, section III du Code pénal, est de douze ans. La corruption d'agents publics étrangers entre dans cette catégorie d'infractions. L'article 111 du Code pénal prévoit que le délai de prescription commence à courir « à compter du jour où le crime a été commis ». L'« interruption » du délai de prescription pour la poursuite de l'infraction de corruption transnationale est régie par l'article 117, sections I à IV : à réception de l'accusation ou de la plainte ; par la mise en accusation ; par la décision confirmant la mise en accusation ; et par un verdict de culpabilité pouvant faire l'objet d'un appel. En vertu du paragraphe 2 de l'article 117, un nouveau délai de prescription débute après chaque interruption.

2. L'infraction de corruption d'agent public étranger

a. Historique

137. En 2002, afin de satisfaire aux exigences de la Convention, le Brésil a promulgué sa loi de transposition de la Convention en introduisant l'infraction de « corruption active dans une transaction commerciale internationale » à l'article 337-B, et la définition d'« agent public étranger », à l'article 337-D du Code pénal brésilien (voir annexe 3). Une autre infraction, le « trafic d'influence dans le cadre d'une transaction commerciale internationale », a également été ajoutée à l'article 337-C du Code pénal. Comme il n'y a pas eu d'affaires de corruption transnationale au Brésil, l'infraction visée à l'article 337-B et la définition d'« agent public étranger » énoncée à l'article 337-D n'ont pas été examinées directement par les tribunaux brésiliens. De même, la portée et l'application de l'infraction de corruption transnationale inscrite dans le Code pénal n'ont pas encore été vérifiées, bien qu'en matière d'interprétation, le Brésil

s'inspire le cas échéant de la jurisprudence relative à l'infraction de corruption nationale⁶⁴. À cet égard, les exemples précis et la doctrine juridique cités par les autorités brésiliennes montrent qu'en matière judiciaire, des éléments importants de l'infraction de corruption ont été pris en compte, et notamment : l'intention ; l'offre ; la promesse ; le versement d'un pot-de-vin ; et le sens et la portée d'un « avantage indu pécuniaire ou autre ». Dans l'examen de la Phase 1 du Brésil, le Groupe de travail a estimé que de manière générale, la législation correspondante du Brésil, et notamment l'article 337-B, respectait largement les règles énoncées dans la Convention. Le Groupe de travail a néanmoins recommandé que la portée de la définition d'« agent public étranger » énoncée dans le Code pénal soit examinée lors de la Phase 2.

b. Éléments constitutifs de l'infraction

(i) Définition d'agent public étranger

138. Le concept d'« agent public étranger » est défini comme suit à l'article 337-D du Code pénal : « Est réputée être un agent public étranger, aux fins du droit pénal, toute personne qui, même à titre temporaire ou non rémunéré, occupe un emploi, un poste ou une fonction publique dans des organismes d'État ou des représentations diplomatiques d'un pays étranger ». En outre, « toute personne qui occupe un emploi, un poste ou une fonction dans une organisation ou une entreprise directement ou indirectement contrôlée par les pouvoirs publics d'un pays étranger ou dans une organisation internationale publique est réputée être assimilable à un agent public étranger. » Les examinateurs principaux considèrent que l'application possible de cette définition est assez large.

139. Il a été expliqué lors de la Phase 1 que la définition énoncée à l'article 337-D était fondée sur la définition d'« agent public » fournie à l'article 337 du Code pénal (applicable à l'infraction de corruption nationale⁶⁵). En citant l'article 327 en tant que point de comparaison, les autorités brésiliennes ont précisé que d'après la jurisprudence, la définition d'« agent public » énoncée à l'article 327 : couvre toutes les sphères d'activités de l'État, y compris les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire ; a fait l'objet d'une interprétation large par les tribunaux, de manière à inclure toute personne qui exerce de quelle que façon que ce soit une fonction publique ; et doit être interprétée eu égard à la nature de la fonction et non à l'existence d'un lien officiel (ou découlant d'un emploi) avec l'administration publique. Les autorités brésiliennes font valoir que la définition énoncée à l'article 337-D (et à l'article 327) couvrirait de ce fait les agents fournissant des services à l'État. Les autorités brésiliennes affirment que la portée et l'interprétation larges de la définition de l'article 327 peuvent s'appliquer, par extension, à la définition d'« agent public étranger » contenue à l'article 337-D. Un autre aspect de la définition d'« agent public étranger » contenue à l'article 337-D du Code pénal est qu'elle couvre expressément toute personne qui occupe une fonction dans une entreprise ou une organisation, ou dans une organisation internationale publique. Les autorités brésiliennes affirment que cela doit comprendre l'exercice d'une fonction « pour ou pour le compte » d'une telle entité.

140. Les différences de formulation entre les deux dispositions (c'est-à-dire entre les articles 327 et 337-D du Code pénal) ont fait craindre au Groupe de travail, lors de l'examen de la Phase 1, que

⁶⁴ Le Code pénal comprend l'infraction de corruption active d'agents publics nationaux (article 333), celle de corruption passive d'agents publics nationaux (article 317), et une définition d'« agent public » (article 327).

⁶⁵ L'article 327 du Code pénal brésilien définit « agent public » comme suit : « Aux fins du droit pénal, est réputée être un agent public toute personne qui, même à titre temporaire ou non rémunéré, occupe un emploi, un poste ou une fonction publique ».

Paragraphe 1 : « Toute personne qui occupe un emploi, un poste ou une fonction dans un organisme parapublic ou qui travaille dans une société de services chargée contractuellement ou autrement d'exercer une quelconque activité relevant normalement de l'administration publique est également réputée être un agent public ».

l'article 337 soit appliqué de manière plus limitée. Au cours de cet examen, la question de savoir si une personne exerçant une fonction publique pour un organisme public étranger serait couverte par la définition d'« agent public étranger » contenue à l'article 337-D du Code pénal a été posée. Le Code pénal ne définit pas des termes fondamentaux tels que « fonction publique », « pouvoirs publics », « organismes d'État », « pays étranger » et « organisation internationale publique ». Un professeur de droit présent lors de la mission sur place a estimé que la définition du Code pénal avait une portée suffisante pour satisfaire aux exigences de la Convention. En outre, les autorités brésiliennes ont réaffirmé que comme la Convention a force de loi au Brésil, les tribunaux utiliseraient la Convention ou les Commentaires comme instruments d'interprétation pour déterminer le champ d'application de ces termes.

(ii) *Corruption par des intermédiaires*

141. Selon l'article 337-B du Code pénal, l'infraction peut être commise « directement ou indirectement », et les autorités brésiliennes font valoir qu'« indirectement » couvre la corruption par un intermédiaire. En outre, les autorités brésiliennes ont donné l'assurance que le corrupteur actif reste pénalement responsable, indépendamment du fait que l'intermédiaire ait connaissance ou non de l'intention du corrupteur. Aucune jurisprudence n'a été fournie à l'appui de cette affirmation. Enfin, on ignore au juste si l'intermédiaire qui ne transmet pas l'offre ou ne remet pas l'avantage serait couvert dans tous les cas aux termes de l'article 337-B.

(iii) *Corruption relative à des actes ne relevant pas des compétences conférées à l'agent public*

142. L'article 1(4)(c) de la Convention dispose qu'« agir ou s'abstenir d'agir dans l'exécution de fonctions officielles » désigne toute utilisation qui est faite de la position officielle de l'agent public, que cette utilisation relève ou non des compétences conférées à cet agent ». Compte tenu du fait que l'article 337-B du Code pénal brésilien s'applique à l'acte de corruption d'un agent public étranger « afin qu'il effectue, s'abstienne d'effectuer ou retarde tout acte officiel relatif à une transaction commerciale internationale », on ne voit pas bien si les actes qui ne relèvent pas des compétences conférées à cet agent sont couverts par cette disposition. Pendant la mission sur place, les examinateurs principaux ont examiné l'exemple fourni au commentaire 19 de la Convention selon lequel « un cas de corruption qui a été envisagé est celui où un responsable d'une entreprise corrompt un haut fonctionnaire d'un gouvernement afin que celui-ci use de sa fonction – même en outrepassant sa compétence – pour qu'un autre agent public attribue un marché à cette entreprise ». Les autorités brésiliennes ont réaffirmé que l'infraction sera commise si l'acte « comporte une relation quelconque, même indirecte, avec les fonctions de l'agent public » et qu'il n'y aura pas de moyen de défense consistant à dire que l'acte ne relevait pas de la compétence de l'agent public. Aucune jurisprudence n'a été fournie à l'appui de cette affirmation.

143. La formulation de l'article du Code pénal concernant l'infraction de corruption transnationale s'écarte de celle de l'article 1^{er} de la Convention en ce qui concerne un autre point important, à savoir qu'en vertu de la Convention, le pot-de-vin est versé dans le but d'obtenir un acte officiel relatif à une transaction commerciale internationale qui permettra au corrupteur d'« obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans les transactions commerciales internationales ». En vertu du Code pénal brésilien, le pot-de-vin doit être versé afin d'obtenir « un acte officiel relatif à une transaction commerciale internationale ». Étant donné que l'acte ou l'omission de l'agent public étranger sont liés à une transaction commerciale internationale plutôt qu'au fait qu'ils facilitent pour le corrupteur l'obtention ou la conservation d'un avantage dans le commerce international, on ignore au juste si certains actes ou omissions seraient couverts. Par exemple, un traitement fiscal favorable ou la levée de droits de douane seraient-ils couverts par le Code pénal⁶⁶ ? Cette question avait été soulevée lors de l'examen de la Phase 1.

⁶⁶ Les autorités brésiliennes ont affirmé que cet exemple est à l'évidence couvert par la disposition du Code pénal.

Les autorités brésiliennes avaient alors affirmé que l'article concernant l'infraction de corruption transnationale n'avait pas été rédigé dans l'intention de limiter le champ d'application de l'infraction.

Commentaire

Les examinateurs principaux ont conclu que l'infraction de corruption transnationale prévue au Code pénal, et notamment l'article 337- B, de même que la définition d'« agent public étranger » contenue à l'article 337-D, sont largement conformes aux normes énoncées dans la Convention. Force est toutefois de reconnaître que la portée et l'application de l'infraction de corruption transnationale énoncée dans le Code pénal n'ont pas encore été entièrement vérifiées devant les tribunaux brésiliens. De même, en raison de l'absence de jurisprudence, les examinateurs principaux recommandent que le Groupe de travail exerce un suivi de la portée et de l'application de l'infraction de corruption transnationale inscrite dans le Code pénal, et notamment pour déterminer si : (1) l'infraction englobe l'acte de corruption commis par un intermédiaire (y compris lorsque l'« offre » ou l'« octroi » du pot-de-vin n'est pas le fait de l'intermédiaire ;) (2) l'infraction couvre toute utilisation de la position officielle de l'agent public, que cette utilisation relève ou non des compétences conférées à cet agent ; (3) l'infraction et la définition d'« agent public étranger » contenues dans le Code pénal s'appliquent à tous les aspects de la notion d'« agent public étranger » telle que la définit la Convention ; et (4) le lien entre l'acte ou l'omission de l'agent public étranger et une transaction commerciale internationale dans le Code pénal limite la portée de l'infraction de corruption transnationale, ce qui serait contraire à l'article 1^{er} de la Convention.

c. Défense et exonération de la responsabilité

(i) Moyens de défense généraux

144. La Partie générale du Code pénal énumère un certain nombre de moyens de défense ou de motifs d'exonération de la responsabilité qui pourraient être invoqués par une personne accusée d'avoir commis une infraction pénale, y compris une infraction de corruption transnationale. Les principaux moyens de défense sont : l'erreur de droit, l'erreur de fait, la nécessité, la légitime défense et la contrainte. Les examinateurs principaux ont cherché à obtenir des clarifications sur la portée, en droit brésilien, de moyens de défense tels que la nécessité et la contrainte. En général, pour invoquer la nécessité, la personne doit avoir commis l'acte criminel pour éviter d'être exposée à un risque potentiel ou avéré. Conformément à la Convention, la défense ne s'applique pas lorsqu'un pot-de-vin est motivé par la nécessité alléguée du paiement pour obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu⁶⁷. La contrainte est par ailleurs un moyen de défense de portée limitée et ne s'applique que lorsque l'acte criminel est commis sous la contrainte irrésistible d'un supérieur hiérarchique ou du fait de l'obéissance stricte à un ordre de ce dernier.

(i) Demandes, intimidation ou coercition émanant d'un agent public

145. En droit pénal brésilien, le corrupteur d'un agent public étranger peut échapper aux sanctions prévues pour l'infraction de corruption active nationale si le pot-de-vin a été payé parce que l'agent public l'a « exigé ». Dans ce cas, c'est l'agent public qui serait passible d'une sanction au titre d'une infraction distincte de concussion aux termes de l'article 316 du Code pénal pour avoir exigé le pot-de-vin⁶⁸. Les examinateurs principaux ont tenté de déterminer si, dans le cadre de transactions commerciales

⁶⁷ Commentaires relatifs à la Convention, paragraphe 7.

⁶⁸ Aux termes de l'article 306 du Code pénal, l'agent public reconnu coupable de concussion est passible d'une peine de prison comprise entre deux et huit ans et d'une amende.

internationales, un corrupteur qui paie un pot-de-vin à la demande d'un agent public étranger pourrait de même bénéficier de l'existence de l'infraction de concussion et éviter ainsi d'être poursuivi pour infraction de corruption transnationale. Au cours de l'examen de la Phase 2, l'infraction de concussion a fait l'objet d'intenses débats auxquels ont pris part de nombreux praticiens du droit, en particulier des procureurs, des avocats de la défense et des spécialistes universitaires. Même si la portée de cette infraction n'a pas fait l'unanimité, la plupart des praticiens du droit ont minimisé sa pertinence ou son application en cas de corruption transnationale. Il a en outre été assuré que la condamnation de l'agent public pour concussion n'exclut pas l'engagement de poursuites contre le corrupteur.

146. Aux dires des procureurs, la disposition relative à la concussion vise essentiellement à punir les agents publics brésiliens qui ont « exigé » un pot-de-vin. Pour nombre d'entre eux, le concept d'« exigence » est interprété non comme une sollicitation ou une simple demande de pot-de-vin mais comme supposant une certaine contrainte ou intimidation exercée par un agent public brésilien afin d'obtenir le pot-de-vin. Cette opinion ne faisait toutefois pas fait l'unanimité parmi les procureurs brésiliens, certains étant d'avis qu'une simple demande peut aussi suffire à déclencher l'infraction de concussion. Tous les procureurs ont cependant assuré les examinateurs qu'une décision d'engager des poursuites contre un agent public étranger pour infraction de concussion n'exclurait pas nécessairement des poursuites contre la personne qui a payé le pot-de-vin (c'est-à-dire le corrupteur actif). La position du droit sur ce point reste incertaine.

147. En ce qui concerne les transactions commerciales internationales, les autorités brésiliennes ont affirmé que l'infraction de concussion ne s'applique pas aux affaires de corruption transnationale. Les examinateurs principaux ont fait remarquer que l'application de la disposition précise concernant la concussion, qui est énoncée à l'article 316, ne se limite pas expressément aux agents publics nationaux. Les procureurs ont néanmoins expliqué que l'infraction de concussion était antérieure à l'adoption de la Convention, qu'elle est inscrite dans le droit pénal depuis plus d'un siècle et qu'elle a toujours visé à préserver l'intégrité de l'administration publique⁶⁹. De ce point de vue, l'infraction relève de la Section XI du Code pénal intitulée « Infractions pénales à l'encontre de l'administration publique » et est inscrite expressément dans le Chapitre X, intitulé « Infractions pénales commises par un agent public à l'encontre de l'administration publique en général ». C'est par ailleurs ce chapitre qui traite des infractions de corruption active et passive d'agents publics brésiliens. Les autorités brésiliennes ont soutenu que le fait que l'infraction de concussion figure dans le chapitre qui porte sur les infractions de corruption nationale est intentionnel et limite la portée de l'infraction de concussion au cadre national.

148. L'infraction de corruption transnationale est abordée dans un autre chapitre du Code pénal, à savoir le chapitre XI, intitulé « Infractions pénales commises par des particuliers à l'encontre d'une administration publique étrangère ». Pour souligner leur point de vue, les autorités brésiliennes ont indiqué que l'application d'une infraction de concussion dans le cadre de transactions commerciales internationales nécessiterait une nouvelle disposition relative à la concussion internationale et qu'aucune disposition de ce type n'a été adoptée. Bref, de nombreux procureurs, spécialistes universitaires et avocats de la défense ont observé que de leur point de vue, l'infraction de concussion ne pouvait être invoquée dans une affaire de corruption transnationale lorsqu'un individu (le corrupteur actif) a payé le pot-de-vin parce que l'agent public étranger l'a exigé. Certains procureurs ont toutefois avancé que selon le droit, même dans les cas où cette infraction pourrait s'appliquer pour engager des poursuites contre un agent public étranger, le corrupteur actif ne serait pas nécessairement exonéré et qu'il serait quand même possible d'engager des

⁶⁹ Les autorités brésiliennes ont indiqué que la disposition relative à la concussion contenue à l'article 316 du Code pénal brésilien a été adoptée par le biais du décret-loi n° 2 848 du 7 décembre 1940. Elle figurait toutefois déjà dans le Code pénal brésilien de 1890.

poursuites au titre de l'infraction de corruption transnationale aux termes de l'article 337-B du Code pénal⁷⁰. Ces questions n'ont pas été traitées par le droit à ce jour.

Commentaire

Les examinateurs principaux ont noté les points de vue exprimés par les procureurs, selon lesquels l'infraction de concussion prévue à l'article 316 du Code pénal ne vise pas à s'appliquer à l'infraction de corruption transnationale et ne pourrait donc pas empêcher que des poursuites soient engagées contre une personne pour infraction de corruption d'agent public étranger. En l'absence de jurisprudence ou de principes directeurs à l'appui de cette opinion, il est recommandé d'effectuer un suivi de l'application de cette disposition.

3. Responsabilité des personnes morales

a. Établissement de la responsabilité des personnes morales

(i) Introduction

149. L'article 2 de la Convention prévoit que chaque Partie « prend les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger ». Bien qu'une Partie puisse adopter sa propre méthode pour mettre en œuvre l'article 2 de la Convention (c'est-à-dire conformément à ses principes juridiques), les Parties sont soumises à deux limites. Premièrement, si, d'après le système juridique d'une Partie, la responsabilité pénale « ne s'applique pas » aux personnes morales, cette Partie n'est pas tenue d'établir la responsabilité pénale des personnes morales pour corruption transnationale⁷¹. Deuxièmement, conformément à l'article 3(1) de la Convention, les personnes morales doivent faire l'objet de « sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives » et, aux termes de l'article 3(2), si, dans le système juridique d'une Partie, la responsabilité pénale ne s'applique pas aux personnes morales, cette Partie fait en sorte que les personnes morales soient passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires.

150. Le Brésil n'a pas établi la responsabilité pénale ou administrative des personnes morales pour infraction de corruption transnationale. Comme on le verra plus loin, bien que quelques textes de loi aient adopté des régimes qui établissent expressément la responsabilité des entreprises pour des infractions précises, aucun ne s'applique à l'infraction de corruption transnationale. Compte tenu du fait que la Convention demande que toutes les Parties établissent directement la responsabilité des personnes morales pour infraction de corruption transnationale, les examinateurs principaux ont conclu que le Brésil, du fait qu'il n'a pas établi cette responsabilité, ne s'est pas conformé à l'article 2 de la Convention. Cette conclusion s'écarte de la position exprimée dans le Rapport de la Phase 1 sur le Brésil⁷². Les examinateurs

⁷⁰ Les autorités ont indiqué que même si cela est peu probable, un agent public étranger pourrait être inculpé pour concussion par les autorités brésiliennes mais seulement si les critères de la compétence extraterritoriale sont satisfaits (c'est-à-dire les critères énumérés à l'article 7 du Code pénal). Les autorités ont toutefois souligné qu'en pareil cas, le fait que des poursuites soient engagées contre un agent public étranger pour concussion n'empêcherait pas que des poursuites soient également engagées contre la personne qui a payé le pot-de-vin pour infraction de corruption transnationale, aux termes de l'article 337-B du Code pénal.

⁷¹ Voir le Commentaire 20 relatif à la Convention.

⁷² Le texte principal du Rapport sur le Brésil indique (page 12) : « En l'état actuel des textes au Brésil, la couverture apportée par les formes de responsabilité administrative ou civile des personnes morales applicable aux actes de corruption d'agents publics étrangers paraît dans l'ensemble suffisante pour satisfaire aux prescriptions des articles 2 et 3 de la Convention, à condition que les mesures correctrices applicables le soient effectivement aux affaires de corruption d'agents publics étrangers. La question de savoir si les sanctions applicables s'avèrent efficaces,

principaux ont revu les conclusions de la Phase 1 après avoir attentivement étudié les textes de loi applicables, les réponses du Brésil aux questionnaires de la Phase 2 et les débats intervenus avec les différents participants à la mission sur place conduite au Brésil. Ils notent par ailleurs qu'une recommandation formulée par le Groupe de travail dans le cadre de la Phase 1 portant sur l'amendement de la Loi n° 8 884 (Protection de l'ordre économique) pour désigner expressément la corruption comme un acte interdit n'a pas été mise en œuvre par le Brésil.

(ii) *Fondement juridique de la responsabilité des personnes morales au Brésil*

151. La conception actuelle du droit brésilien rejette fermement la possibilité d'attribuer la responsabilité pénale aux personnes morales. Cette position est confirmée par les textes de loi et la jurisprudence ainsi que par la majorité des juristes. La législation en vigueur au Brésil est centrée sur la culpabilité d'une personne physique au sein d'une personne morale plutôt que sur celle de la personne morale proprement dite. Cependant, du point de vue des examinateurs principaux, le fait qu'il soit nécessaire de rattacher un individu à une intention délictuelle donnée ne prend pas en compte les structures modernes et complexes de prise de décision des grandes entreprises, qui rendent souvent malaisée l'identification d'un décideur particulier au sein d'une chaîne de direction. Les autorités brésiliennes soutiennent en revanche que selon la théorie du droit brésilien, une personne morale est considérée comme ayant une « existence abstraite, intangible et artificielle » et que pour cette raison, la responsabilité pénale ne peut pas lui être attribuée. De même, il est considéré que la volonté d'une personne morale est déterminée par les personnes physiques qui la dirigent ou l'administrent et qu'en conséquence, seules les personnes physiques peuvent se voir attribuer la responsabilité pénale. Fait notamment exception à cette règle une disposition de la Constitution souvent citée par les responsables brésiliens, qui permet l'imposition de sanctions pénales et administratives aux personnes morales qui causent des dommages à l'environnement⁷³.

152. La base constitutionnelle qui permet l'adoption de textes de loi établissant la responsabilité administrative des personnes morales se trouve à l'article 173, paragraphe 5 de la Constitution fédérale : « La loi, sans préjudice de la responsabilité individuelle des responsables de la société, établit la responsabilité de cette dernière, la rendant ainsi passible des sanctions appropriées à sa nature, en ce qui concerne les actes commis à l'encontre de l'ordre économique et financier et contre l'économie populaire ». Même si l'on peut soutenir qu'un pot-de-vin payé par une société brésilienne à un agent public étranger ne constituerait pas en tant que tel un acte « commis à l'encontre de l'ordre économique et financier et contre l'économie populaire » du Brésil, les autorités affirment catégoriquement que cette disposition constitutionnelle fournit une assise juridique solide pour la mise en œuvre de l'article 2 de la Convention. En particulier, les responsables brésiliens ont souligné que trois lois fondées sur l'article 175, paragraphe 5 de la Constitution fédérale ont établi un éventail de sanctions administratives applicables aux personnes morales. La portée et l'efficacité de ces lois eu égard à l'infraction de corruption transnationale sont examinées ci-après.

proportionnées et dissuasives reste à vérifier avec l'évolution de la pratique. » Les commentaires relatifs à l'évaluation du Brésil précisent (page 38) : « Le Groupe de travail prend note de l'explication du Brésil selon laquelle la Loi n° 8 884 (Protection de l'ordre économique) impose une responsabilité administrative aux personnes morales et que la corruption, y compris la corruption transnationale, même si elle n'est pas nommément désignée, est comprise dans les interdictions générales prévues par la loi. Néanmoins, le Groupe de travail recommande au Brésil de modifier la Loi n° 8 884 pour désigner expressément la corruption comme un acte interdit. En outre, le Groupe de travail propose de revoir l'application de cette loi lors de la Phase 2. »

⁷³ L'article 225, paragraphe 3, de la Constitution du Brésil aborde la question de la responsabilité à l'égard de l'environnement sans établir expressément la responsabilité des personnes morales à proprement parler mais fait simplement référence à l'imposition de sanctions pénales ou administratives. Cette disposition est reproduite à l'annexe 3.

(iii) Lois établissant la responsabilité administrative

153. Il n'y a pas, au Brésil, d'interdiction administrative directe établissant expressément la responsabilité des personnes morales mêlées à des faits de corruption d'agents publics étrangers. Les autorités ont expliqué que les personnes morales impliquées dans la corruption d'agents publics étrangers peuvent être soumises à d'autres formes de responsabilité administrative établie en vertu du droit brésilien, selon les circonstances de l'espèce. Le Brésil cite trois lois pouvant fournir une base pour imposer la responsabilité administrative aux personnes morales impliquées dans une affaire de corruption transnationale : (i) la Loi n° 8 666 du 21 juin 1993 (Loi sur les marchés publics) ; (ii) la Loi n° 6 385 du 7 décembre 1976 (Loi sur les sociétés cotées) ; et (iii) la Loi n° 8 884 du 11 juin 1994 (Loi sur la protection de l'ordre économique). Ces lois sont brièvement examinées ci-après.

Loi n° 8 666 du 21 juin 1993 (Loi sur les marchés publics)

154. La Loi n° 8 666 est entièrement centrée sur la réglementation des marchés publics passés au Brésil au niveau fédéral, à l'échelon des États ou des municipalités et, de ce fait, son application ou sa pertinence dans les affaires de corruption transnationale risque d'être négligeable. Les autorités brésiliennes ont indiqué que l'infraction de corruption d'agent public étranger pourrait correspondre au concept d'« actes illicites » visés par l'article 88 de la Loi. Les sanctions administratives imposées aux personnes morales seraient toutefois applicables uniquement aux « actes illicites » liés aux appels d'offres et marchés publics de travaux et services relevant des pouvoirs de l'administration fédérale, des États, du District fédéral et des municipalités du Brésil⁷⁴. En outre, les sanctions administratives possibles aux termes de la Loi n° 8 666 ne sont pas des sanctions pécuniaires mais s'appliquent plutôt à la participation aux marchés publics et en conséquence, ne peuvent être considérées que comme des « sanctions complémentaires civiles ou administratives » aux termes de l'article 3(2) de la Convention. Les examinateurs principaux ont conclu que l'application et l'objet de cette loi ne permettent pas la conformité à l'article 2 de la Convention.

Loi n° 6 385 du 7 décembre 1976 (Loi sur les sociétés cotées)

155. L'article 4, sous-paragraphe IV(b) de la Loi n° 6 385 dispose que la Commission des valeurs mobilières (CVM) du Brésil s'acquittera des obligations prévues par la loi afin de « protéger les détenteurs de valeurs mobilières et les investisseurs du marché vis-à-vis des actes illégaux des mandataires sociaux et actionnaires de contrôle de sociétés cotées et des gérants de portefeuilles de valeurs mobilières ». Le sous-paragraphe V dispose aussi que la CVM « empêchera toute fraude ou manipulation visant à créer des conditions artificielles d'offre, de demande ou de prix des valeurs mobilières échangées sur le marché ». Pour exécuter ses fonctions, la CVM peut, en vertu de l'article 9 de la Loi, effectuer certaines opérations d'enquête « en cas d'indices d'activités illicites ». La notion d'« activités illicites » pourrait semble-t-il inclure la corruption d'agents publics étrangers, bien que son application dans ces affaires risque d'être limitée. La Loi n° 6 385 a une portée essentiellement nationale étant donné qu'elle vise à protéger les détenteurs de valeurs mobilières brésiliennes et les investisseurs sur le marché brésilien. Cet objectif général n'englobe pas la prévention de la corruption d'agent public étranger dans le cadre des transactions commerciales internationales.

156. De même, aux termes de l'article 9, sous-paragraphe VI de la Loi, les sanctions, et notamment l'amende ou l'avertissement, ne peuvent s'appliquer qu'aux dirigeants, aux membres du comité financier et actionnaires des sociétés cotées, aux intermédiaires et aux autres intervenants sur le marché (et ne s'appliquent donc pas directement à des personnes morales.) En outre, conformément à l'article 9, sous-paragraphe 6.I, elles ne peuvent s'appliquer qu'en cas de « dommages causés à des personnes vivant au

⁷⁴ Voir article 1^{er} de la Loi n° 8 666 du 21 juin 1993.

Brésil, quel que soit l'endroit ou l'incident a eu lieu » ; ou encore, en cas d'« actes ou d'omissions graves intervenus sur le territoire brésilien ». Quoiqu'il en soit, la portée générale de la Loi n° 6 385 ne concerne que les sociétés cotées et ne s'étend pas à d'autres formes courantes de personnes morales créées en vertu du droit brésilien.

Loi n° 8 884 du 11 juin 1994 (Loi sur la protection de l'ordre économique)

157. La Loi n° 8 884 traite expressément du comportement anticoncurrentiel sur le marché brésilien⁷⁵. De ce fait, à l'instar des deux autres lois décrites ci-dessus, cette loi a une portée essentiellement nationale : aux termes de l'article 2, les actes doivent être en tout ou partie exécutés au Brésil ou leurs effets, y être subis. Les effets ne peuvent être « subis » au Brésil que s'ils concernent le marché brésilien. Une société impliquée dans une infraction de corruption transnationale est peu susceptible de participer directement à un acte qui a porté atteinte à l'ordre économique du Brésil. Aux termes de l'article 20.1, le fait de « limiter, fausser la concurrence ou la libre entreprise, ou de leur porter atteinte » contrevient à l'ordre économique. L'article 21 énumère des exemples d'actes qui seront réputés, « entre autres », contrevenir à l'ordre économique : entente illicite sur les prix, et vente à perte. L'infraction de corruption transnationale n'est pas mentionnée explicitement dans la liste. Le Groupe de travail sur la corruption a recommandé dans le cadre de la Phase 1 que le Brésil modifie cette Loi afin qu'elle mentionne expressément la corruption comme étant un acte prohibé. Cette recommandation n'a pas été suivie. Comme l'ont toutefois indiqué les autorités brésiliennes lors de la mission sur place, étant donné que l'objectif de la Loi n° 8 884 est clairement de prohiber le comportement anticoncurrentiel, cette loi n'est sans doute pas le moyen le plus efficace de punir directement la corruption transnationale commise par des personnes morales.

158. L'infraction de corruption d'agent public étranger est indirectement liée aux conditions de la Loi n° 8 884. Au mieux, cette loi pourrait être utilisée pour punir la corruption transnationale lorsque le comportement de la personne morale est directement assimilable à un comportement anticoncurrentiel, à condition que ce comportement entraîne également des effets au Brésil. À cet égard, l'exemple suivant a été fourni : une société corrompt un agent public étranger pour permettre le fonctionnement d'une entente devant être mise sur pied à l'étranger ou pour mettre en œuvre un plan destiné à manipuler un processus d'appel d'offres à l'étranger : dans les deux cas, il semble que la responsabilité aux termes de la Loi n° 8 884 serait établie si les effets interviennent au Brésil. Il est toutefois évident que la corruption transnationale n'est qu'un aspect connexe de l'infraction principale et n'est pas en soi directement punissable aux termes de la Loi⁷⁶.

(iv) Non-conformité aux articles 2 et 3 de la Convention

159. Les examinateurs principaux ont constaté que le Brésil n'a pas mis en œuvre l'article 2 de la Convention. De fait, aucune des trois lois présentées par le Brésil comme ayant un rapport avec la responsabilité de personnes morales en cas de corruption d'agents publics étrangers ne s'applique directement à ce type de corruption. La première (la Loi n° 8 666) concerne les activités liées aux marchés

⁷⁵ Trois organismes publics compétents sont chargés de la mise en œuvre de la loi n° 8 884 : le Secrétariat de surveillance économique du ministère du Trésor (SEAE) ; le Service du droit économique du ministère de la Justice (SDE) ; et le Conseil administratif de la défense économique (CADE). Les enquêtes portant sur le comportement anticoncurrentiel aux termes de la Loi sont menées par le Service du droit économique, dont l'opinion est transmise au Conseil administratif de la défense économique, qui rend une décision définitive.

⁷⁶ Les autorités brésiliennes ont reconnu que le fait de corrompre un agent public étranger concerne indirectement les dispositions de la Loi n° 8 884 de 1994. Dans l'exemple cité – c'est-à-dire lorsqu'une société corrompt un agent public étranger pour permettre le fonctionnement d'une entente créée à l'étranger ou pour mettre en œuvre un plan visant à manipuler un processus d'appel d'offres à l'étranger, il est essentiel que le comportement prohibé entraîne des effets au Brésil. Du point de vue de la répression, les sociétés qui ont formé l'entente seraient poursuivies et l'agent public étranger serait assigné à comparaître devant le Bureau du droit économique du ministère de la Justice afin d'aider ce dernier dans ses investigations.

publics de dimension nationale et ne prévoit pas de sanctions pécuniaires. La deuxième (la Loi n° 6 385) a une portée essentiellement nationale, ne prévoit des amendes que pour les personnes ayant une certaine relation avec la société et ne s'applique qu'aux sociétés cotées. La troisième (la Loi n° 8 884) s'applique expressément au comportement anticoncurrentiel susceptible de s'accompagner indirectement de faits de corruption transnationale mais seulement lorsque ce comportement affecte le marché brésilien. Enfin, le Brésil n'a pas mis en œuvre la recommandation faite par le Groupe de travail dans le cadre de la Phase 1 concernant la modification de cette loi pour qu'elle intègre expressément la corruption transnationale dans la liste des actes réputés constituer une violation de l'ordre économique.

160. L'expérience observée dans différents pays semble indiquer que les sociétés sont souvent des vecteurs du paiement de pots-de-vin et que l'utilisation de structures financières et de techniques comptables complexes pour dissimuler la nature des transactions est chose courante. Dans le cas des grandes entreprises, souvent caractérisées par la complexité de leurs structures complexes, la décentralisation de leurs activités et la multiplicité de leurs niveaux de pouvoirs de décision, les enquêteurs parviennent difficilement à attribuer la responsabilité à une personne en particulier. Ne pas prendre correctement en compte le rôle des personnes morales dans la corruption transnationale pourrait avoir pour conséquence que ces dernières retiendraient trop peu l'attention dans le cadre des efforts de détection et du ciblage de mesures de dissuasion et de prévention. La non-responsabilité pénale des personnes morales peut également constituer un obstacle considérable à la mise en œuvre efficace, par le Brésil, des autres obligations qu'il est tenu de respecter aux termes de la Convention, en particulier en ce qui concerne le blanchiment de capitaux, l'entraide judiciaire et la confiscation.

161. Les examinateurs principaux sont également préoccupés par le fait que différentes formes de personnes morales établies au Brésil ne sont pas adéquatement couvertes par le régime de responsabilité administrative en vigueur. De fait, l'une des lois précitées (la Loi n° 6 385 sur les sociétés cotées) ne s'applique qu'à certaines personnes liées à des sociétés cotées. Ce problème devrait être traité dans les réformes législatives futures. Les professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes ont également indiqué que de nombreuses sociétés brésiliennes de premier plan ne sont pas cotées et sont directement ou indirectement contrôlées par de grandes familles ou l'État. En outre, quelque cinq millions de petites et moyennes entreprises représentant environ 98 % de l'ensemble des entreprises brésiliennes fonctionnent dans le cadre de structures diverses : entreprise individuelle ; société en nom collectif ; société ne faisant pas appel à l'épargne publique ; associations non constituées en société ; et fondations. Pour assurer la conformité à l'article 2 de la Convention, il faudrait que toutes les formes de personnes morales existant au Brésil soient couvertes. Les examinateurs principaux notent également que si le coupable est une filiale à 100 %, l'établissement de la responsabilité de la société-mère en cas de corruption transnationale est peu probable, sinon impossible, en vertu de la législation en vigueur : ce problème devrait également être pris en compte à l'occasion des réformes qui seront éventuellement apportées au régime de responsabilité des entreprises applicable à l'infraction de corruption transnationale.

162. En ce qui concerne l'article 3 de la Convention, les personnes morales, au Brésil, ne sont pas passibles de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour corruption d'agents publics étrangers. On a vu que l'une des lois citées par le Brésil (la Loi n° 8 884 relative au comportement anticoncurrentiel) peut servir à l'application de sanctions administratives importantes aux personnes morales en cas d'infractions particulières, mais que l'infraction de corruption transnationale ne figure toutefois pas parmi ces infractions. Les sanctions applicables aux personnes morales (pour d'autres infractions) sont les suivantes : (1) les personnes morales qui commettent des actes illicites aux termes de la Loi n° 8 666 de 1993 (Loi sur les marchés publics) sont passibles de suspension ou de l'exclusion de l'ensemble des appels d'offres ou marchés avec l'administration publique brésilienne ; et (2) dans les cas de comportement anticoncurrentiel, la sanction de base consiste en une amende comprise entre 1 et 30 % du bénéfice brut avant impôt de la société pour l'exercice précédent, et les amendes peuvent être doublées en cas de récidive. En outre, les autorités peuvent exiger la publication de la sanction prononcée dans un journal et

dans les affaires graves, les sociétés peuvent être exclues de tous les financements ou appels d'offres publics pour une durée de cinq ans ou plus.

163. Les examinateurs principaux reconnaissent que les sanctions prévues par les deux lois précitées sont importantes, même si, dans la plupart des cas, elles ne pourraient pas s'appliquer à des personnes morales ayant corrompu un agent public étranger. D'ici à ce que la législation soit modifiée pour garantir la responsabilité directe des personnes morales en cas d'infraction de corruption transnationale, les examinateurs principaux estiment que l'imposition de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour corruption transnationale ne sera pas possible, ce qui est contraire à l'article 3 de la Convention.

b. Enquêtes et poursuites relatives à des personnes morales

164. Étant donné que le Brésil n'a pas établi directement la responsabilité des personnes morales pour l'infraction de corruption transnationale, ce type d'affaires ne s'est jamais présenté dans la pratique. Les examinateurs principaux demeurent très préoccupés par le fait qu'aux termes de la législation en vigueur, il est peu probable qu'une personne morale fasse l'objet de poursuites pour infraction de corruption transnationale. En outre, dans le cadre du présent système de responsabilité administrative, aucun des organismes de réglementation existants n'est chargé expressément de la détection des affaires de corruption transnationale et des enquêtes et poursuites les concernant. Par exemple, aux termes de la Loi n° 6 385, la Commission des valeurs mobilières (CVM) du Brésil a pour objet principal de protéger les détenteurs de valeurs mobilières et les investisseurs du marché brésilien. On a vu que cet objectif général ne couvre pas la prévention de la corruption d'agent public étranger dans le cadre de transactions commerciales internationales. De même, conformément à la Loi n° 8 884, les enquêtes menées par le Bureau du droit économique du ministère de la Justice concernent principalement le comportement anticoncurrentiel : cet organisme n'est pas directement investi d'un pouvoir ou d'une responsabilité en matière d'enquête concernant des affaires de corruption transnationale impliquant des entreprises brésiliennes. Selon les examinateurs principaux, il serait souhaitable qu'un organisme de réglementation (ou d'un autre type) approprié soit clairement chargé d'enquêter sur les personnes morales impliquées dans la corruption transnationale et de les sanctionner, et qu'un tel organisme puisse coordonner ses activités avec celles de la Police fédérale, des procureurs ou d'autres autorités au besoin. Les examinateurs principaux sont d'avis qu'indépendamment de l'identité de l'organisme auquel incomberont à l'avenir ces responsabilités en matière d'enquête et de sanction dans les affaires de corruption transnationale impliquant des personnes morales, il faudra que le personnel concerné bénéficie d'une formation sur la Convention ; que cet organisme dispose de ressources appropriées ; qu'il ait accès aux compétences nécessaires et puisse avoir recours à toute la panoplie des pouvoirs d'enquête, et notamment aux techniques d'enquête spéciales, afin de lutter efficacement contre la corruption transnationale. Après la mission sur place, les examinateurs principaux ont été informés que le thème de la responsabilité des personnes morales en cas de corruption a également été examiné dans le cadre de la stratégie anticorruption du Brésil, et a été intégré aux principes directeurs de la Stratégie nationale de lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux arrêtée pour 2008. À cet égard, les autorités brésiliennes ont également informé les examinateurs principaux qu'un projet de loi serait présenté devant le Congrès en 2008 en vue d'établir la responsabilité des personnes morales dans les affaires de corruption. Les représentants du Bureau du Contrôle général de l'Union (CGU) ont indiqué que ce dernier analyserait le projet de loi pour s'assurer qu'il est conforme aux principes juridiques de la Convention.

Commentaire

Au 30 décembre 2007, le Brésil n'avait pas pris les mesures nécessaires pour établir la responsabilité des personnes morales pour corruption d'agent public étranger, conformément à ses principes juridiques. En conséquence les examinateurs principaux ont conclu que le régime juridique de responsabilité des personnes morales en vigueur en droit brésilien n'est

pas conforme à l'article 2 de la Convention. Les examinateurs principaux estiment que cela traduit un vide juridique important qui demande à être comblé sans délai.

En ce qui concerne les sanctions, les examinateurs principaux considèrent qu'aux termes de la législation en vigueur, la corruption d'agent public étranger par des personnes morales n'est pas passible, au Brésil, de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives comme le demande l'article 3 de la Convention, et ce, principalement pour les raisons déjà exposées tenant au régime de responsabilité des personnes morales.

Les examinateurs principaux ont toutefois accueilli favorablement les informations fournies par le Brésil, selon lequel le thème de la responsabilité des personnes morales pour corruption avait été formellement intégré dans la Stratégie nationale de lutte contre la corruption et le blanchiment de capitaux de 2008 ; ils se déclarent également satisfaits d'apprendre qu'un projet de loi sera présenté devant le Congrès en vue d'établir la responsabilité des personnes morales dans les affaires de corruption. Les examinateurs principaux recommandent vivement au Brésil de veiller à ce que la responsabilité des personnes morales pour corruption d'agent public étranger soit couverte par le projet de loi (ou par toute législation pertinente adoptée ultérieurement), et à ce que des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives soient prévues. Les examinateurs principaux engagent les autorités brésiliennes à adopter cette nouvelle législation dès que possible.

4. Jugement et sanction en cas d'infraction de corruption transnationale

a. Sanctions imposées par les tribunaux

(i) Sanctions pénales

165. Les peines de prison actuellement prévues en cas de corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales sont comprises entre un et huit ans. Comme le propose toutefois le projet de loi n° 7 710 présenté au Congrès national le 1^{er} janvier 2007, ces peines pourraient être alourdies pour s'établir entre deux et douze ans. Le Brésil a indiqué qu'en décembre 2007, ce projet de loi a été approuvé par le Comité constitutionnel et devait être entériné par la Chambre des représentants pour être ensuite présenté devant le Sénat.

166. Des amendes peuvent également être imposées en sus mais non en remplacement des peines de prison⁷⁷. Les amendes imposées pour corruption transnationale se situent entre 10 et 360 « jours-amendes ». Selon sa définition, un jour-amende s'établit entre le trentième du salaire minimum mensuel le plus élevé en vigueur au moment de l'infraction, et cinq fois ce salaire⁷⁸. Au moment de l'examen du Brésil, le salaire minimum était de 380 BRL (199 USD). Un jour-amende s'établirait donc entre 6.63 USD et 995 USD, les tribunaux prenant exclusivement en compte la situation économique du prévenu. Le jour-amende est ensuite multiplié par un facteur compris entre 10 et 360 en tenant compte d'éléments comme la gravité de l'infraction. L'article 59 du Code pénal décrit les règles générales régissant l'application de la sanction mais aucune traduction anglaise n'en a été fournie. Si l'on se fie aux calculs indiqués ci-dessus, on peut en déduire que les amendes seraient comprises entre un montant minimum de 66.30 USD (soit 10 fois 1/30^e du salaire minimum) et 358 200 USD (soit 360 fois le salaire minimum multiplié par 5).

⁷⁷ Aux termes de l'article 60, paragraphe 2 du Code pénal, les peines maximales d'emprisonnement de six mois peuvent être remplacées par une amende.

⁷⁸ Article 49 du Code pénal.

167. Ces peines (d'emprisonnement et d'amende) peuvent être relevées du tiers lorsque le paiement effectué par le corrupteur à l'étranger visait à obtenir que l'agent public étranger agisse en contravention avec ses fonctions officielles. Dans de pareilles affaires de corruption transnationale aggravée, les peines de prison se situeraient en conséquence entre 16 et 128 mois (10 ans et huit mois) et les amendes, entre 8.84 et 477 600 USD.

168. Certains représentants du ministère public fédéral ont exprimé leur inquiétude devant l'indulgence parfois manifestée par les tribunaux à l'égard de la délinquance en col blanc. Selon eux, il est préoccupant de constater que certains tribunaux de niveau supérieur sont portés à se montrer excessivement protecteurs à l'égard des particuliers et à considérer que les crimes violents sont plus graves que les crimes économiques.

(ii) *Confiscation*

169. La confiscation pénale est mentionnée à l'article 91 du Code pénal comme étant « la perte au profit de l'Union » (ou « perte au profit du gouvernement fédéral »). La confiscation est un « effet de la sentence », qui, comme le Brésil l'a confirmé, fait en sorte que les mesures de confiscation soient contraignantes. En ce qui concerne le processus d'obtention de la confiscation, l'article 122 du Code pénal dispose que le juge prononce la « perte au profit du gouvernement fédéral » 90 jours après la sentence définitive, à condition qu'aucune partie lésée n'ait demandé l'attribution de dommages-intérêts.

Confiscation du pot-de-vin

170. La confiscation du pot-de-vin lui-même serait extrêmement improbable en cas d'infraction de corruption transnationale au Brésil.

171. Selon l'article 91(II)(a) du Code pénal, la confiscation de l'instrument du crime (c'est-à-dire du pot-de-vin) n'est possible que si celui-ci consiste en « choses dont la fabrication, la vente, l'utilisation, le port ou la détention constitue un acte illégal ». Les autorités brésiliennes ont confirmé le point de vue déjà exprimé lors de la Phase 1 selon lequel un pot-de-vin qui serait toujours entre les mains du corrupteur ne pourrait pas être confisqué étant donné qu'il n'aurait pas encore été utilisé à des fins illicites. En cas de corruption nationale, une fois que le pot-de-vin est entre les mains du fonctionnaire corrompu, il pourrait être confisqué à l'agent public condamné pour corruption passive. Il est peu probable que le pot-de-vin puisse être confisqué en cas de corruption transnationale étant donné que selon toute probabilité, l'agent public étranger ne se trouverait pas au Brésil et n'y serait ni jugé ni condamné. En droit brésilien, il n'est pas possible non plus de confisquer une somme d'argent équivalente au pot-de-vin.

Confiscation des produits du pot-de-vin

172. La confiscation des produits directs et indirects de la corruption est un effet contraignant de la condamnation et devrait donc constituer une sanction efficace au Brésil, à condition qu'elle s'applique aux personnes condamnées pénalement pour corruption. Cependant, la confiscation des produits de la corruption qui se trouvent entre les mains de tiers n'agissant pas de bonne foi, et notamment entre les mains de personnes morales, paraît extrêmement improbable en cas de corruption transnationale.

173. L'article 91(II)(b) du Code pénal prévoit la possibilité de confisquer le « produit de l'infraction pénale » ou « de tout bien ou de toute valeur représentant un gain du contrevenant tiré de la commission de l'infraction pénale ». Cela inclurait les produits directs et indirects des paiements de pots-de-vin.

174. On a vu que la confiscation ou « perte au profit de l'Union » est un effet de la condamnation. En conséquence, la confiscation ne peut généralement être obtenue qu'en cas de condamnation pénale préalable prononcée à l'encontre d'une personne en particulier. Cette interprétation a été confirmée par le

Bésil lors de la Phase I, ses représentants ayant indiqué que la « la confiscation peut être imposée à un tiers qui possède les instruments ou les produits d'une infraction si cette personne est complice ou co-auteur de l'infraction ». C'est ce qu'ont aussi confirmé les autorités répressives lors de la mission sur place.

175. Le fait de définir ainsi la confiscation comme un « effet » de la sanction pénale pose un certain problème concernant la confiscation des produits en possession de personnes morales. Comme le système brésilien n'a pas établi la responsabilité pénale des personnes morales (sauf pour les infractions environnementales) la confiscation, en tant qu'effet immédiat de la condamnation pénale aux termes de l'article 91, n'est pas possible. Des poursuites civiles visant à obtenir la confiscation pourraient être engagées mais elles risquent de se révéler peu efficaces en cas de corruption transnationale.

176. De fait, lors de la Phase 1 et à l'occasion de la mission sur place dans le cadre de la Phase 2, les autorités brésiliennes ont indiqué que la confiscation du produit d'une infraction pourrait être imposée contre une personne morale mais que cela « implique un recours au civil par les autorités en tant que partie lésée⁷⁹ ». Les autorités judiciaires et les autorités répressives brésiliennes ont mentionné que cette procédure a donné de bons résultats dans plusieurs affaires de corruption nationale. Comme on l'a vu précédemment, les autorités brésiliennes ont indiqué dans leurs Réponses au titre de la Phase 2 qu'en cas de corruption d'agents publics étrangers, il est entendu que la victime, ou l'objet passif de l'infraction pénale, est le pays étranger. En conséquence, pour obtenir la confiscation en vertu de cette procédure, il faudrait que les autorités étrangères engagent des poursuites au civil en tant que partie lésée, ce qui n'a guère de chances, voire aucune de se produire dans les conditions actuelles.

177. Enfin, en plus d'avoir recours aux procédures de confiscation pénale, il serait possible d'utiliser les dispositions de la législation relative au blanchiment de capitaux (Loi n° 9 613 du 3 mars 1998) pour obtenir la confiscation des actifs en cas de condamnation pour blanchiment de capitaux relevant d'une infraction principale de corruption transnationale. Dans ce cas, le fardeau de la preuve est inversé et les actifs du prévenu sont gelés d'emblée et ne sont libérés que s'il est en mesure de prouver qu'ils proviennent d'activités licites.

(iii) *Autres sanctions administratives civiles ou administratives*

178. Aux termes de l'article 92.I du Code pénal, « la déchéance d'un poste, d'une fonction publique ou d'un mandat » peut s'appliquer aux personnes physiques condamnées. Cette sanction additionnelle n'est pas automatique ; elle doit être imposée expressément par le tribunal, et seulement si une peine de prison d'un an ou plus est infligée. En outre, elle ne doit être imposée que dans des affaires d'infractions, d'abus de pouvoir ou de manquements aux devoirs vis-à-vis de l'administration publique (cela s'appliquerait rarement dans des affaires de corruption transnationale), et, dans toutes les autres affaires, lorsqu'une peine de prison de quatre ans ou plus est imposée⁸⁰. En conséquence, dans le cadre précis des affaires de corruption transnationale, la déchéance d'un poste ne peut viser que les personnes physiques condamnées à une peine de prison de quatre ans et plus.

179. La condamnation pénale peut enfin déclencher des mesures correctrices de nature civile en faveur de la partie lésée. L'article 63 du Code pénal prévoit qu'à la suite d'une condamnation pénale, les victimes peuvent demander réparation des dommages devant un juge civil.

⁷⁹ Voir le rapport de la Phase 1, section 3.6.

⁸⁰ Voir le rapport de la Phase 1.

Commentaire :

Les examinateurs principaux estiment que les dispositions relatives à la confiscation des produits de la corruption ne seront pas applicables, dans les affaires de corruption transnationale, aux produits en possession de tiers (qui ne sont pas de bonne foi.) Ils craignent de ce fait que des sociétés soient utilisées pour mettre à l'abri d'une confiscation les produits de la corruption d'un agent public étranger. Compte tenu du fait que les sanctions pécuniaires sont un élément dissuasif fondamental en matière d'infractions économiques comme la corruption transnationale, ils recommandent au Brésil de prendre l'ensemble des mesures nécessaires pour que les produits de la corruption d'un agent public étranger puissent être confisqués dans tous les cas, y compris lorsqu'ils sont en possession d'un tiers qui n'agit pas de bonne foi et indépendamment du fait que ce tiers soit une personne physique ou une personne morale, ou pour que des sanctions pécuniaires « d'un effet comparable » soient applicables.

En ce qui concerne les personnes morales, les examinateurs principaux estiment que le Brésil n'applique pas des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives aux personnes morales en cas de corruption transnationale comme le demande la Convention, principalement en raison des considérations mentionnées précédemment relativement au régime de responsabilité des personnes morales.

En raison des préoccupations exprimées par certains procureurs devant l'indulgence manifestée par les tribunaux à l'égard de certaines infractions économiques et des difficultés qui risquent de se poser dans le cadre du présent régime de confiscation, les examinateurs principaux craignent que cela n'affecte le caractère efficace, proportionné et dissuasif des sanctions applicables au Brésil en cas d'infraction de corruption transnationale. Étant donné qu'il n'y a jamais eu à ce jour de condamnation pour corruption transnationale, les examinateurs principaux recommandent que le Groupe de travail, dès que l'expérience pratique sera suffisante, surveille le niveau des sanctions et l'application des mesures de confiscation afin de s'assurer ce que les sanctions prononcées par les tribunaux soient efficaces, proportionnées et dissuasives.

b. Sanctions impossibles par des organismes autres que les tribunaux

180. Outre les sanctions pénales, administratives et civiles, et les confiscations qui peuvent être imposées par les tribunaux, des mesures complémentaires peuvent être prises par des organismes publics chargés d'administrer des fonds publics et des subventions afin de punir les actes de corruption transnationale commis par les demandeurs.

(i) Crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public

181. On a vu précédemment (voir section B(2)(c) consacrée à la prévention et à la détection dans le cadre des crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public) que le Brésil n'est pas membre du Groupe de travail de l'OCDE sur les crédits et garanties de crédit à l'exportation. En conséquence, la Banque brésilienne de développement (BNDES), qui est l'organisme de soutien aux crédits à l'exportation du Brésil, n'a pas pris d'engagement aux termes de la Recommandation du Conseil sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, qui vise à sanctionner les demandeurs d'aide se livrant à la corruption transnationale.

182. Au moment où le présent rapport a été rédigé, les contrats relatifs aux garanties de crédit à l'exportation passés par la BNDES ne prévoyaient pas la possibilité de retirer l'aide aux demandeurs qui

ont été ou sont impliqués dans des affaires de corruption transnationale. Il n'existe pas non plus de mesures particulières visant à suspendre le soutien ou à améliorer la vigilance lorsque des soupçons de corruption transnationale pèsent sur des demandeurs. Après la mission sur place, les autorités brésiliennes ont informé les examinateurs principaux que la BNDES étudie des projets visant à modifier les conditions et procédures d'octroi des crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public afin d'intensifier les efforts entrepris pour détecter, prévenir et combattre la corruption transnationale.

(ii) *Aide publique au développement*

183. Comme on l'a vu précédemment, le Brésil ne fournit pas d'aide officielle au développement au sens où la définit le Comité d'aide au développement de l'OCDE. La BNDES finance toutefois, dans plusieurs pays d'Amérique latine et d'Afrique, des projets d'infrastructures dans le cadre desquels des marchés sont attribués à des entrepreneurs brésiliens (voir la section B(2)(c) consacrée à la prévention et à la détection dans le cadre de l'aide officielle au développement, et notamment les explications concernant la structure financière de ces marchés.) Ces marchés ne comportent pas de clauses anticorruption particulières excluant les entreprises qui ont déjà été condamnées pour corruption transnationale ou exigeant tout du moins l'exercice d'une vigilance accrue à leur égard.

(iii) *Marchés publics et privatisation*

Marchés publics

184. La Loi n° 8 666 du 21 juin 1993 permet d'exclure des appels d'offres les personnes morales reconnues coupables de certains types de comportements relativement à des marchés publics. L'article 88 de la Loi prévoit l'exclusion du processus de marchés publics les entreprises qui (i) ont été reconnues coupables de fraude fiscale ; (ii) ont commis des actes illicites afin de contrecarrer les objectifs du processus d'appel d'offres ; et (iii) ont démontré leur inaptitude à passer un marché avec l'administration publique parce qu'elles ont commis des actes illicites. Pour s'assurer que les entreprises qui participent à des appels d'offres dans le cadre de marchés publics respectent ces conditions, il est demandé aux entreprises soumissionnaires de signer un engagement certifiant qu'il ne leur est pas interdit de participer à des appels d'offres ou de passer des marchés avec l'administration publique.

185. Le premier critère, relatif à la fraude fiscale, se passe d'explications. Le deuxième concernerait, en cas de corruption, la corruption d'agents publics brésiliens étant donné qu'il s'appliquerait au processus d'appel d'offres considéré (c'est-à-dire le marché public brésilien). Des questions ont toutefois été soulevées au cours de la mission sur place sur le point de savoir si l'implication passée d'une entreprise participant à un appel d'offres dans une affaire de corruption transnationale entrerait dans la catégorie des actes illicites lui interdisant de participer à une procédure d'appel d'offres dans le cadre d'un marché public au Brésil (définition du critère (iii) mentionné ci-dessus). Comme l'indique la section 3 ci-dessus, la responsabilité des personnes morales pour les actes de corruption transnationale commis au Brésil soulève de graves préoccupations. Si une entreprise ne peut pas être condamnée pour une infraction de corruption transnationale, elle ne sera pas exclue des marchés publics pour s'être livrée à la corruption transnationale. Enfin, même si une entreprise était condamnée pour une infraction de corruption transnationale (au Brésil ou par une juridiction étrangère), il est loin d'être évident, d'après la Loi n° 8 666, que cette infraction constituerait un « acte illicite » pouvant entraîner l'exclusion de cette entreprise d'une procédure d'attribution de marché public.

Privatisation

186. Le Brésil a entrepris en 1992 un vaste programme de privatisation qui a généré des recettes de plus de 100 milliards USD. Le programme de privatisation a d'abord porté sur le secteur manufacturier

puis, dans la deuxième moitié de la décennie, sur celui des services publics. Parmi les entreprises publiques restantes qui sont susceptibles d'être privatisées à l'avenir se trouvent des entreprises du secteur de l'électricité, du secteur pétrolier (notamment *Petrobrás*), et du secteur financier (notamment *Banco do Brasil*). La Banque brésilienne de développement (BNDES) est l'organisme de l'échelon fédéral chargé de superviser chaque privatisation depuis les marchés initiaux relatifs aux consultants jusqu'à l'opération de vente définitive, de donner des avis au Conseil de la privatisation (CND) sur le processus (calendrier, restructuration des sociétés, conditions de la vente), et de mettre en œuvre les décisions de ce dernier. À l'échelon des États, la BNDES apporte des ressources financières aux administrations et fournit une assistance technique liée aux processus de privatisation⁸¹.

187. On a vu précédemment que les procédures mises en place par la BNDES pour la gestion des aides publiques de tous types ne comprennent pas de dispositions anticorruption qui viseraient expressément à prévenir, détecter et punir la corruption transnationale à laquelle se livrent les sociétés participant aux processus d'appels d'offres organisés dans le cadre des privatisations. On a vu toutefois qu'un groupe de travail a été créé en mai 2007 au sein de la Banque brésilienne de développement pour étudier de nouvelles mesures qui pourraient être adoptées pour transposer au Brésil les dispositions contenues dans la Convention de l'OCDE. On peut espérer que les propositions que fera ce groupe de travail à l'administration de la BNDES comprendront également des mesures anticorruption dans le domaine des processus de privatisation.

Commentaire :

Les examinateurs principaux recommandent que les agences chargées d'administrer les fonds publics et les marchés publics, en particulier la BNDES et d'autres agences à l'échelon fédéral et à celui des États chargées des processus d'attribution des marchés publics et de privatisation, prennent dûment en compte les condamnations antérieures pour corruption transnationale dans leurs décisions contractuelles. Ils recommandent également au Brésil de mettre en place des procédures de vigilance pour les cas où des demandeurs ou des clients sont soupçonnés d'avoir eu recours ou de recourir au versement de pots-de-vin à des agents publics étrangers, ces procédures devant s'appliquer avant l'attribution du marché et pendant son exécution et pouvant être assorties de la suspension ou du retrait de l'aide.

Les examinateurs principaux ont noté avec satisfaction l'information qui leur a été transmise par les autorités brésiennes après la mission sur place selon laquelle la BNDES examine des projets visant à modifier les conditions et procédures d'attribution des crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public afin d'intensifier les efforts entrepris pour détecter, prévenir et combattre la corruption transnationale.

5. L'infraction de blanchiment de capitaux

a. Portée de l'infraction de blanchiment de capitaux et des sanctions applicables

188. La corruption d'agent public national et celle d'agent public étranger constituent des infractions principales aux fins de la législation brésilienne relative au blanchiment de capitaux en vertu de la Loi n° 9 613 du 3 mars 1998, modifiée par la Loi n°10 467 de 2002. L'infraction de blanchiment de capitaux, définie à l'article 1^{er} de la Loi n° 9 613, a été décrite dans le rapport relatif à la Phase 1 du Brésil⁸². La sanction prévue en cas de condamnation consiste en une peine de prison comprise entre 3 et 10 ans et en

⁸¹ Voir le site web de la BNDES : <http://www.bndes.gov.br/english/studies.asp>.

⁸² Brésil, Rapport de la Phase 1 adopté le 31 août, p. 24-27.

une amende. En cas de condamnation pour une infraction principale (par exemple pour une infraction de corruption transnationale) et pour blanchiment de capitaux, la peine prononcée pour l'infraction de blanchiment de capitaux est cumulée avec la peine imposée pour l'infraction principale. Parmi les autres sanctions prévues, on retiendra : l'ordonnance de blocage et la confiscation de l'objet ou du produit de l'infraction ; la suspension du droit de détenir un mandat de quelle que nature que ce soit dans la fonction publique, un poste de dirigeant de société ou de dirigeant de toutes les personnes morales mentionnées à l'article 9 de la Loi (entités déclarantes, à savoir les banques, les autres institutions financières, les sociétés de placement de titres, les sociétés d'assurance, etc.). Une peine peut être réduite des deux tiers si son auteur accepte de bonne grâce de coopérer avec les autorités en fournissant des informations qui pourraient conduire à la détection d'une infraction et de l'objet ou du produit de cette infraction.

189. L'infraction de blanchiment de capitaux peut s'appliquer à une situation où l'infraction principale est commise à l'étranger. Dans ce cas, l'infraction principale doit correspondre à l'un des actes énumérés dans la liste des infractions préalables en vertu de la Loi n° 9 613 de 1998. Cette liste inclut les actes commis par un particulier à l'encontre d'une administration publique⁸³. Après la mission sur place, le Brésil a confirmé qu'aucune exigence de double incrimination ne s'applique à l'infraction principale et qu'il n'est pas nécessaire d'établir la compétence à l'égard de l'infraction principale pour que puisse s'exercer la compétence sur l'infraction de blanchiment de capitaux.

190. Au Brésil, une condamnation pour blanchiment de capitaux exige la fourniture d'éléments de preuve suffisants pour démontrer que l'infraction principale a été commise. Lors de la mission sur place, les autorités brésiliennes ont souligné que pour obtenir une condamnation pour infraction de blanchiment de capitaux, il suffit d'apporter la preuve de l'infraction principale et qu'une condamnation pour l'infraction principale n'est pas exigée par le droit⁸⁴. De fait, une condamnation pour blanchiment de capitaux peut être obtenue même lorsque la personne ayant commis l'infraction principale est inconnue ou exonérée des sanctions⁸⁵. Un autre problème important se pose en ce qui concerne les personnes morales : bien que le Brésil n'ait pas établi la responsabilité pénale des personnes morales, les autorités ont indiqué que l'infraction de blanchiment de capitaux peut néanmoins faire l'objet de poursuites lorsque l'infraction principale est commise à l'étranger par une personne morale. Aucune jurisprudence n'a été citée à l'appui de ces affirmations.

191. Les autorités brésiliennes ont informé les examinateurs principaux que le projet de loi n° 209 de 2003 visant à amender les dispositions en vigueur sur le blanchiment de capitaux est actuellement devant le Congrès. S'il est adopté, la nouvelle loi aura pour effet de supprimer la liste des infractions principales énumérées dans la Loi n° 9 613 au titre de l'infraction de blanchiment de capitaux et de la remplacer par une approche globale des infractions faisant en sorte que toute infraction reconnue en droit brésilien puisse être considérée comme infraction principale au titre de l'infraction de blanchiment de capitaux. En outre, le projet de loi propose de relever la peine maximum imposée pour l'infraction de blanchiment de capitaux en la faisant passer de 10 à 18 ans de prison (assortis d'une amende).

b. Mise en œuvre de l'infraction de blanchiment de capitaux

192. La Police fédérale a créé un service spécialisé pour traiter les affaires de blanchiment de capitaux, tandis que le ministère public, tant à l'échelon fédéral qu'à celui des États, dispose de procureurs spécialisés qui s'occupent expressément des affaires de blanchiment de capitaux. Une autre particularité du système juridique brésilien réside dans l'institution de tribunaux spécialisés partout au pays pour connaître

⁸³ Voir article 1 (VII) de la Loi n° 9 613 de 1998.

⁸⁴ Selon l'article 2(II) de la Loi n° 9 613 du 3 mars 1998.

⁸⁵ Voir l'article 2(III) paragraphe 1 de la Loi n° 9 613 du 3 mars 1998.

des affaires de blanchiment de capitaux. D'après les statistiques du Brésil, les investigations menées en 2006 sur des infractions de blanchiment de capitaux ont été nombreuses, puisqu'elles ont porté sur quelque 5 419 affaires. En 2006 également, il y a eu 625 enquêtes, 41 poursuites pénales et 51 condamnations. Il n'y a pas eu à ce jour d'affaires relevant de la législation relative au blanchiment de capitaux et dans lesquelles l'infraction principale était la corruption d'un agent public étranger. Aucune statistique n'a été fournie sur les peines imposées dans la pratique par les tribunaux, et notamment sur les confiscations.

Commentaire

Les examinateurs principaux recommandent que le Groupe de travail exerce un suivi : (1) afin de confirmer qu'il demeure possible d'intenter des poursuites pour infraction de blanchiment de capitaux lorsque l'infraction principale est commise à l'étranger par une personne morale ; (2) afin de déterminer si l'infraction de blanchiment de capitaux peut être mise en œuvre efficacement lorsque l'infraction principale est l'infraction de corruption transnationale et ce, quel que soit le lieu où la corruption est intervenue, y compris s'il s'agit d'un pays étranger qui n'est pas celui de l'agent public étranger et qui n'incrimine pas la corruption transnationale ; et (3) pour vérifier l'application des peines en matière de blanchiment de capitaux, et notamment le niveau des sanctions imposées et la confiscation du produit de l'infraction.

6. L'infraction de falsification comptable

193. Le versement de pots-de-vin à des agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales peut être détecté au moyen de l'analyse, par les comptables et les vérificateurs des comptes, des violations des règles concernant les livres et les registres comptables. Selon les autorités brésiliennes, l'établissement de comptes hors livres, les opérations hors livres ou insuffisamment identifiées, l'enregistrement de dépenses inexistantes, l'inscription d'éléments de passif dont l'objet n'est pas correctement identifié ainsi que l'utilisation de faux documents, toutes pratiques interdites par l'article 8 de la Convention, pourraient constituer des infractions à l'encontre de l'économie, du système d'imposition ou des dispositions particulières du Code pénal.

194. Le Code pénal du Brésil établit les infractions qui s'appliquent à la production ou la création de faux documents de référence ou de documents annexes. Aux termes de l'article 297, la falsification de tout ou partie d'un « document public » ou l'altération d'un « document public authentique » est passible d'une peine de prison de 2 à 6 ans et d'une amende. De ce point de vue, les « pièces comptables » sont réputées être équivalentes à un « document public⁸⁶ ». L'article 298 prévoit des peines privatives de liberté de 1 à 5 ans pour de tels actes en ce qui concerne un « document privé ». De plus, l'article 299 sanctionne l'omission dans un « document public ou privé » de toute déclaration qui aurait dû être faite ou le fait de porter ou de faire en sorte de porter dans un tel document une déclaration fautive ou différente de ce qui aurait dû y figurer, en vue de contrevenir à la loi ou d'altérer la vérité quant à un « fait juridiquement important ». Les sanctions prévues sont une peine de prison de 1 à 5 ans et une amende, en ce qui concerne un « document public » et une peine de prison de 1 à 3 ans et une amende, en ce qui concerne un « document privé ». En outre, l'article 304 s'applique à l'utilisation de tout document falsifié ou altéré évoquée dans ces articles. Les sanctions sont équivalentes à celles applicables à la falsification ou l'altération qui sont prévues dans les articles correspondants. Les autorités brésiliennes ont indiqué que ces dispositions s'appliquent aux activités de tous les types d'entreprises, mais seules les personnes physiques sont soumises aux sanctions pénales. Aucune jurisprudence n'a été fournie en ce qui concerne ces infractions.

⁸⁶ Voir article 297, paragraphe 2 du Code pénal.

195. Une autre disposition citée dans le rapport de la Phase 1 porte sur les infractions commises à l'encontre du système financier national, et en particulier, aux termes de l'article 11 de la Loi n°7 942 de 1986, le fait de conserver ou de déplacer des ressources ou des valeurs sans respecter les règles comptables constitue une infraction passible d'une peine de prison de cinq ans et d'une amende. Aucune jurisprudence n'a été fournie pour illustrer le lien entre cette infraction et le comportement prohibé aux termes de l'article 8 de la Convention.

196. Les autorités brésiliennes évoquent également des dispositions concernant des infractions à l'encontre du système d'imposition en précisant qu'elles constituent une base pour sanctionner les comportements interdits par l'article 8 de la Convention. Aux termes de l'article 1^{er} de la Loi n° 8 137 de 1990, constitue une infraction passible d'une peine de prison de un à cinq ans et d'une amende le fait d'omettre ou de réduire le paiement de l'impôt ou d'autres taxes, en omettant des renseignements, en faisant une fausse déclaration aux autorités financières ; en introduisant des éléments inexacts ou en omettant des opérations de quelque nature que ce soit dans les documents ou livres comptables demandés par la législation fiscale ; en contrefaisant ou en falsifiant des factures ou d'autres documents concernant des transactions imposables ; en préparant, distribuant, fournissant, émettant ou utilisant délibérément des documents faux ou inexacts, etc. De même, la Loi n° 8 137 de 1990 relative aux infractions à l'encontre du système fiscal interdit les falsifications ou omissions visant à réduire une cotisation fiscale ou sociale ou des paiements connexes en introduisant des éléments inexacts ou en omettant d'inscrire des revenus ou des transactions dans les documents ou livres prescrits par le droit fiscal, en fournissant ou en établissant des documents faux, en modifiant ou en accroissant les charges ou en modifiant les factures ou autres documents relatifs à des transactions commerciales, etc. Cette infraction est passible d'une peine d'emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende. Ces interdictions et sanctions sont limitées aux falsifications à des fins fiscales.

197. Le Brésil a affirmé que bien que ces dispositions ne prévoient pas d'interdiction expresse de l'établissement de comptes hors livres (ou des activités mentionnées à l'article 8 de la Convention), le comportement illicite serait efficacement interdit par les textes de loi mentionnés ci-dessus. Aucune jurisprudence particulière n'a été citée pour confirmer ce point. Les autorités ont également souligné le fait que les sociétés sont tenues de se conformer aux règles et réglementations générales portant sur la tenue de documents appropriés, et notamment aux obligations concernant la tenue de livres et les autres normes comptables. La jurisprudence fournie sur cet aspect concernait des infractions liées à l'absence de préparation d'états financiers. Les obligations générales en matière de comptabilité et de déclaration figurent à la section B(5) du présent rapport.

Commentaire

Les examinateurs principaux recommandent qu'un suivi soit effectué pour s'assurer qu'avec l'évolution de la pratique, toutes les activités énumérées à l'article 8.1 de la Convention, et notamment l'établissement de comptes hors livres et l'enregistrement de dépenses inexistantes dans le but de corrompre des agents publics étrangers ou de dissimuler cette corruption, sont effectivement interdites par la législation en vigueur.

D. RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL ET SUIVI

198. En se fondant sur les constatations qu'il a effectuées en ce qui concerne l'application de la Convention et de la Recommandation révisée par le Brésil, le Groupe de travail (i) adresse les

recommandations suivantes au Brésil et (ii) effectuera un suivi concernant certains problèmes lorsque l'expérience pratique acquise sera suffisante.

1. Recommandations

Recommandations visant à assurer la prévention et la détection efficaces de la corruption d'agents publics étrangers

1. En ce qui concerne les activités de prévention, de sensibilisation et de formation visant à favoriser la mise en œuvre de la Convention et des Recommandations révisées, le Groupe de travail recommande au Brésil :

- a) De poursuivre ses efforts de sensibilisation et de formation en matière de corruption transnationale auprès de l'administration publique et en particulier des représentations diplomatiques, des organismes de développement des échanges commerciaux, de crédit à l'exportation et d'aide au développement ainsi que des autres institutions publiques intervenant auprès des entreprises brésiliennes ayant des activités à l'étranger (Recommandation révisée, paragraphe I) ;
- b) D'intensifier considérablement ses efforts déployés en coopération avec des associations professionnelles et d'autres parties prenantes issues de la société civile pour mieux sensibiliser à la corruption transnationale les sociétés menant des activités sur les marchés étrangers, et notamment les petites et moyennes entreprises ; et de conseiller et d'aider les sociétés dans leurs démarches en faveur de la prévention et du signalement de la corruption transnationale (Recommandation révisée, paragraphe I) ; et
- c) En ce qui concerne les crédits à l'exportation, (i) de prendre les mesures nécessaires pour sensibiliser le personnel de la Banque brésilienne de développement (BNDES) à l'infraction de corruption transnationale ; (ii) de s'assurer que les demandeurs de soutien pour des crédits à l'exportation sont expressément sensibilisés à l'infraction de corruption transnationale et à ses conséquences juridiques ; (iii) de mettre en place des procédures de vigilance afin de s'assurer que les demandeurs ne se livrent pas à des actes de corruption ; et (iv) d'envisager d'adhérer à la Recommandation du Conseil sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public formulée en 2006. Une démarche similaire devrait être envisagée dans le cadre des projets d'infrastructures et de marchés publics financés par l'aide administrés par la BNDES (Recommandation révisée, paragraphes I, II.v et VI.iii).

2. En ce qui concerne la détection et le signalement de l'infraction de corruption transnationale et des infractions connexes aux autorités compétentes, le Groupe de travail recommande au Brésil :

- a) D'adopter des mesures poussées pour protéger les dénonciateurs des secteurs public et privé afin d'encourager ces salariés à signaler les affaires présumées de corruption transnationale sans crainte de représailles (Recommandation révisée, paragraphes I et V.C.iv) ;
- b) De rappeler régulièrement aux agents publics brésiliens (en particulier dans les représentations diplomatiques, l'administration fiscale et les organismes de développement des échanges commerciaux, de crédit à l'exportation et d'aide au développement ainsi que dans d'autres institutions publiques intervenant auprès des sociétés brésiliennes ayant des activités à l'étranger) leur obligation de signaler les cas de corruption transnationale ; et d'encourager et faciliter cette démarche (Recommandation révisée, paragraphe I) ;

- c) De prendre d'autres mesures pour encourager les entreprises brésiliennes présentes sur les marchés étrangers (i) à adopter des contrôles internes et des règles de conduite en s'attachant principalement au contrôle des opérations à l'étranger et au respect de la législation incriminant la corruption transnationale ; (ii) à créer des organes de surveillance (par exemple des comités d'audit) efficaces et indépendants de la direction ; et (iii) à faire dans leurs rapports annuels des déclarations concernant les mécanismes de contrôle interne qu'elles ont mis en place pour prévenir et détecter la corruption transnationale (Recommandation révisée, paragraphes I, II.iii et V.C) ;
- d) En ce qui concerne la comptabilité et la vérification des comptes, (i) de travailler de concert avec les professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes pour favoriser la sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale et encourager la détection et le signalement des cas présumés de corruption transnationale ; (ii) de demander à des vérificateurs externes d'informer les dirigeants des sociétés concernées et, le cas échéant, leurs organes de surveillance, de tout indice d'éventuels actes de corruption transnationale ; (iii) d'envisager de demander aux vérificateurs externes de signaler ces soupçons aux autorités répressives compétentes ; et (iv) d'envisager de mettre en œuvre des réformes de la législation pour exiger que toutes les grandes entreprises brésiliennes (cotées ou non) se soumettent à une vérification externe de leurs comptes (Recommandation révisée, paragraphes I, II.iii et V.B) ; et
- e) En ce qui concerne le blanchiment de capitaux et la corruption transnationale, de veiller à ce que les institutions et les professions qui sont tenues de déclarer les opérations suspectes, leurs autorités de tutelle et le Conseil de surveillance des activités financières (COAF) lui-même, reçoivent des directives et une formation appropriées (y compris en matière de typologies) concernant l'identification et la communication des informations qui pourraient être liées à la corruption transnationale ; et d'adopter la législation prévue pour étendre les obligations et règles concernant le signalement de la corruption transnationale, la vigilance et la tenue de livres aux membres des professions juridique et comptable (Convention, article 7 ; Recommandation révisée, paragraphe I).

Recommandations visant à assurer l'efficacité des enquêtes, poursuites et sanctions en matière de corruption transnationale et d'infractions connexes

3. En ce qui concerne les enquêtes et poursuites en cas de corruption transnationale et d'infractions connexes, le Groupe de travail recommande au Brésil :

- a) De s'assurer que les autorités répressives compétentes, et notamment la Police fédérale, la Police des États et le ministère public sont dotés de ressources suffisantes et bénéficient de la formation nécessaire à l'efficacité de la détection et des enquêtes en cas d'infractions de corruption transnationale ; et d'envisager la mise en place de services de procureurs spécialisés afin d'améliorer l'efficacité des enquêtes et poursuites en cas d'infractions économiques et financières complexes, et notamment d'infraction de corruption transnationale (Convention, article 5 ; Recommandation révisée, paragraphes I et II) ;
- b) De prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que toutes les allégations crédibles de corruption transnationale font activement l'objet d'enquêtes et de rappeler à la Police fédérale et au ministère public fédéral la nécessité d'examiner très attentivement l'éventail des éventuelles sources de détection de la corruption transnationale (Convention, article 5 ; Recommandation révisée, paragraphes I et II) ; et

- c) D'encourager les autorités répressives à utiliser pleinement le vaste arsenal de moyens d'investigation à la disposition des autorités brésiliennes chargées des enquêtes, et notamment les techniques d'enquête spéciales et l'accès aux renseignements financiers, afin de mener des enquêtes efficaces en cas de soupçons de corruption transnationale (Convention, article 5 ; Recommandation révisée, paragraphes I et II).

4. S'agissant de la responsabilité des personnes morales, le Groupe de travail prend acte des initiatives récentes du Brésil et lui recommande (i) de prendre rapidement des mesures visant à établir la responsabilité directe des personnes morales pour corruption d'un agent public étranger ; (ii) de mettre en place des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires, et de prévoir la confiscation ; et (iii) de veiller, en ce qui concerne l'établissement de la compétence sur les personnes morales, à ce qu'une interprétation large soit donnée à la nationalité des personnes morales (Convention, articles 2, 3 et 4 ; Recommandation révisée, paragraphe I).

5. En ce qui concerne les sanctions prévues en cas de corruption transnationale, le Groupe de travail recommande au Brésil :

- a) De prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que le produit de la corruption puisse être confisqué dans tous les cas, y compris lorsqu'il se trouve en possession d'un tiers n'agissant pas de bonne foi, et indépendamment du fait que ce tiers est une personne physique ou une personne morale ou que des sanctions monétaires d'un effet comparable soient applicables (Convention, article 3) ; et
- b) De poursuivre ses efforts afin de demander aux organismes chargés de l'administration des fonds publics et des marchés publics (et, notamment, des garanties de crédit à l'exportation, des marchés publics et des processus de privatisation) (i) de prendre dûment en compte dans leurs décisions le fait que des condamnations ont déjà été prononcées pour des infractions de corruption transnationale et (ii) de mettre en place des procédures de vigilance pour que, si des demandeurs ou des clients sont soupçonnés d'avoir été ou d'être impliqués dans le paiement de pots-de-vin à des agents publics étrangers, le soutien soit suspendu ou retiré (Recommandation révisée, paragraphes I, II.v et VI).

6. En ce qui concerne les infractions fiscales connexes, le Groupe de travail recommande au Brésil :

- a) De clarifier l'interdiction de la déductibilité des pots-de-vin en introduisant expressément le refus des paiements de pots-de-vin à des agents publics étrangers dans la législation fiscale ou par le biais d'un autre dispositif approprié contraignant et appuyé par une campagne d'information (Recommandation révisée, paragraphe IV ; Recommandation du Conseil de 1996 sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers) ; et
- b) D'informer expressément les inspecteurs de l'administration fiscale de la non-déductibilité fiscale des pots-de-vin et de la nécessité de surveiller les sorties de fonds assimilables à des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, et notamment les commissions, primes et gratifications, en publiant des principes directeurs ou des manuels et en mettant en place des programmes de formation (Recommandation révisée, paragraphe IV ; Recommandation du Conseil de 1996 sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers).

2. Suivi effectué par le Groupe de travail

7. Le Groupe de travail effectuera un suivi de tous les problèmes soulevés ci-après en fonction de l'évolution de la pratique, dans le but d'évaluer :

- a) Si le délai de prescription prévu pour la réalisation des enquêtes pénales dans les affaires de corruption transnationale est suffisant (Convention, article 6);
- b) Si le Brésil est en mesure de (i) fournir une entraide judiciaire prompte et efficace en matière d'infractions relevant de la Convention ; et (ii) de fournir et obtenir une entraide judiciaire dans les enquêtes concernant des personnes morales ; (Convention, article 9) ;
- c) En ce qui concerne l'extradition, si (i) la décision d'accepter ou de refuser une demande est indûment influencée par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État et l'identité de la personne en cause ; et (ii) si, lorsqu'il refuse une demande d'extradition, le Brésil engage des poursuites contre ses ressortissants (Convention, articles 5 et 10) ;
- d) La manière dont s'exerce la compétence sur les personnes physiques et les personnes morales lorsque l'infraction est commise en tout ou partie à l'étranger (Convention, article 4) ;
- e) Si l'infraction de corruption transnationale contenue dans le Code pénal (i) couvre la corruption par un intermédiaire ; (ii) couvre toute utilisation qui est faite de la position officielle de l'agent public, que cette utilisation relève ou non des compétences conférées à cet agent ; (iii) couvre tous les éléments de la définition d'« agent public étranger » ; et (iv) restreint effectivement la portée de l'infraction de corruption transnationale en liant l'acte ou l'omission de l'agent public étranger à une transaction commerciale internationale, ce qui est contraire à l'article 1^{er} de la Convention ; (Convention, article 1^{er}) ;
- f) S'il est possible de s'en remettre à l'infraction de concussion inscrite à l'article 316 du Code pénal dans les affaires de corruption transnationale et si cette infraction ne risque pas de constituer une base pour empêcher l'engagement de poursuites contre l'auteur d'une infraction de corruption d'agent public étranger (Convention, articles 1^{er} et 5) ;
- g) Si les sanctions imposées par les tribunaux pour infraction de corruption d'agent public étranger, y compris les mesures de confiscation, sont efficaces, proportionnées et dissuasives (Convention, article 3) ;
- h) L'application de l'infraction de blanchiment de capitaux lorsque l'infraction principale est la corruption transnationale, notamment (i) lorsque la corruption transnationale est commise à l'étranger par une personne morale ; (ii) lorsque la corruption transnationale est commise dans un pays qui n'incrimine pas cette infraction principale ; et (iii) les sanctions imposées (Convention, article 7) ; et
- i) L'interdiction efficace, dans le droit brésilien des sociétés, des infractions énumérées à l'article 8.1 de la Convention (Convention, article 8 ; Recommandation révisée, paragraphe V).