



**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES**

**AFRIQUE DU SUD : PHASE 1**

**EXAMEN DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION ET DE LA  
RECOMMANDATION RÉVISÉE DE 1997**

*Ce rapport a été approuvé et adopté par le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales le 20 juin 2008.*

**TRADUCTION NON VÉRIFIÉE**

## AFRIQUE DU SUD

### EXAMEN DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION ET DE LA RECOMMANDATION RÉVISÉE DE 1997

#### A. APPLICATION DE LA CONVENTION

##### Questions formelles

1. L'Afrique du Sud est le troisième pays, après la Slovaquie et l'Estonie<sup>1</sup>, à adhérer à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales adoptée en 1997 (la « Convention<sup>2</sup> »), conformément à l'article 13 de la Convention régissant l'adhésion<sup>3</sup>. En avril 2007, l'Afrique du Sud est devenue participant à part entière du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales (le « Groupe de travail »). Le 19 juin 2007, elle a déposé son instrument d'adhésion. La Convention est entrée en vigueur en Afrique du Sud le 18 août 2007.

##### La Convention et le système juridique sud-africain

2. Depuis 2004, année d'entrée en vigueur de la Loi relative à la prévention et à la répression de la corruption (Loi n° 12 de 2004), l'Afrique du Sud proscrit la corruption d'agents publics étrangers.

3. L'article 231(2) de la Constitution de la République sud-africaine votée en 1996 dispose qu'un accord international n'est contraignant pour la République qu'après avoir été approuvé par une résolution de l'Assemblée nationale et du Conseil national des provinces, sauf s'il s'agit d'un accord visé au paragraphe 3<sup>4</sup>. Le Parlement sud-africain a approuvé la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales en août 2006.

---

<sup>1</sup> La Slovaquie a adhéré à la Convention en 2001 et l'Estonie, en 2004.

<sup>2</sup> L'Afrique du Sud n'est pas membre de l'OCDE. Cinq autres pays non membres ont signé la Convention en 1997 : ce sont l'Argentine, le Brésil, la Bulgarie, le Chili et la République slovaque (cette dernière est devenue membre de l'Organisation en 2000.)

<sup>3</sup> Aux termes de son article 13, la Convention « est ouverte à l'adhésion de tout non-signataire devenu membre de l'OCDE ou participant à part entière du Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales ».

<sup>4</sup> Le paragraphe 3 porte sur les accords internationaux qui n'exigent pas une ratification ou une adhésion. L'article 14 de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dispose que la Convention est soumise à ratification. Il fallait en conséquence que la Convention soit approuvée par le Parlement sud-africain.

4. L'article 233 de la Constitution sud-africaine dispose en outre que « lorsqu'ils interprètent les textes législatifs, les tribunaux font primer une interprétation raisonnable qui est conforme au droit international sur toute autre interprétation contraire au droit international ». Les autorités sud-africaines expliquent que dans l'éventualité où l'infraction de corruption transnationale instituée par la Loi de 2004 relative à la prévention et à la répression de la corruption, ou PCCA (*Prevention and Combating of Corrupt Activities Act 2004*) n'appliquerait pas clairement une norme énoncée dans la Convention de l'OCDE, l'article 233 de la Constitution viendrait la compléter. Il n'existe toutefois aucune jurisprudence permettant d'élargir les éléments imprécis d'une infraction pénale dans le but de respecter les normes fixées par une convention internationale, compte tenu en particulier du principe de « certitude juridique » qui garantit qu'en cas de manque de clarté d'un texte de loi relatif à une infraction pénale, l'interprétation se fait en faveur de l'accusé.

## **1. Article premier : l'infraction de corruption d'agents publics étrangers**

5. L'article 5 de la Loi de 2004 relative à la prévention et à la répression de la corruption (la PCCA) couvre l'infraction de corruption d'agents publics étrangers.

### *Article 5. Infractions de corruption d'agents publics étrangers*

(1) *Est coupable de l'infraction de corruption d'agent public étranger toute personne qui, directement ou indirectement, octroie ou accepte ou offre d'octroyer une gratification à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'une autre personne, afin qu'il agisse personnellement ou influence une autre personne pour qu'elle agisse d'une manière—*

(a) *qui est—*

(i) *illicite, malhonnête, prohibée, incomplète ou partielle ; ou*

(ii) *qu'il utilise abusivement ou vende des informations ou des documents acquis dans l'exercice de pouvoirs, devoirs ou fonctions découlant d'une obligation constitutionnelle, législative, contractuelle ou de toute autre obligation juridique ;*

(b) *qui est—*

(i) *un abus de pouvoir ;*

(ii) *un abus de confiance ; ou*

(iii) *un manquement à une obligation juridique ou à la réglementation ;*

(c) *afin d'obtenir un résultat indu ; ou*

(d) *qu'il influence une autre personne de manière prohibée ou indu pour qu'elle agisse ou s'abstienne d'agir.*

(2) *Sans restreindre la portée générale de l'article 2(4), le verbe « agir », dans le paragraphe (1), recouvre le fait—*

(a) *d'utiliser la position de l'agent public étranger ou du tiers pour influencer les actes ou décisions de l'État étranger ou de l'organisation internationale publique concernés ; ou*

(b) *d'obtenir ou de conserver un contrat, un marché ou un avantage dans les transactions commerciales avec cet État étranger ou cette organisation internationale publique.*

## **1.1 Éléments de l'infraction**

### **1.1.1 toute personne**

6. L'article 5(1) de la PCCA se rapporte aux actes commis par « toute personne ». L'article 2(5) précise que « toute personne comprend une personne du secteur privé ». L'article 1(xx) définit « secteur privé » :

« **secteur privé** » comprend toute personne ou entité, notamment—

- (a) une personne physique ou un groupe de deux ou plusieurs personnes physiques qui exercent une activité ;
  - (b) un syndicat, une agence, une fiducie, un partenariat, un fonds, une association, une organisation ou une institution ;
  - (c) une société constituée ou immatriculée comme telle ;
  - (d) un ensemble de personnes constituées ou non en société ; ou
  - (e) une autre personne morale,
- mais ne comprend pas—
- (a) les agents publics ;
  - (b) les organismes publics ;
  - (c) le pouvoir législatif ou un de ses membres ;
  - (d) le pouvoir judiciaire ou un de ses représentants ; ni
  - (e) l'autorité chargée des poursuites ou un de ses membres ; ».

7. Les autorités sud-africaines expliquent que dans l'article 2(5) de la PCCA, le terme « comprend » inclut des personnes autres que des « personnes du secteur privé », et mentionnent l'article 2 de la Loi d'interprétation de 1957, selon lequel dans un texte de loi, « *personne* » comprend— (a) un conseil territorial, un conseil municipal, un conseil de direction de village ou une autorité similaire ; (b) une société constituée ou immatriculée comme telle en vertu d'un texte de loi ; (c) un ensemble de personnes constituées ou non en société ».

#### 1.1.2 le fait intentionnel

8. L'article 1.1 de la Convention dispose que l'infraction est un « fait intentionnel ». Il n'exige pas une responsabilité « objective » ou « inconditionnelle » pour l'infraction de corruption transnationale<sup>5</sup>. Comme la plupart des textes de loi adoptés par les pays Parties à la Convention, la PCCA ne mentionne pas expressément, dans son article 5, qu'il doit y avoir un élément intentionnel. Il semble en conséquence que l'intention doit résider dans le fait que l'offre, la promesse ou l'octroi d'un avantage à un agent public étranger vise à obtenir un avantage indu.

9. Plusieurs réponses apportées par les autorités sud-africaines au questionnaire de Phase 1, dans d'autres documents ou lors de discussions soulèvent des questions sur la nature exacte de l'intention requise en droit sud-africain. En particulier, il n'est pas indiqué clairement si le prévenu devait savoir que la corruption transnationale constitue une infraction en droit sud-africain. Dans l'affirmative, la mise en œuvre effective de l'infraction de corruption transnationale serait largement subordonnée au degré de sensibilisation à l'incrimination de la corruption transnationale en Afrique du Sud. Par exemple, dans leurs réponses concernant le point 1.1.2, les autorités sud-africaines indiquent :

- « En droit sud-africain, l'auteur doit non seulement avoir agi de manière intentionnelle mais aussi en sachant que son acte était illicite. »
- « La preuve qu'un accusé a commis l'acte prohibé permet de déduire qu'il a agi en connaissance du fait que son acte était illicite<sup>6</sup>. Cette déduction n'est pas recevable s'il est établi que l'accusé

---

<sup>5</sup> La responsabilité « objective » ou « inconditionnelle » entraînerait l'application de l'infraction de corruption transnationale, que l'auteur ait eu ou non l'intention d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international en offrant, promettant ou octroyant un avantage à un agent public étranger.

<sup>6</sup> *S v De Blom* 1977 (3) SA 513 (A) at 532.

ignorait que son acte était contraire à la loi ou (ce qui revient au même) ne savait pas qu'il existait une interdiction législative ou réglementaire à l'encontre de sa conduite. »

- « On peut considérer que l'accusé ignorait qu'un acte était illicite lorsqu'il a agi de bonne foi dans l'ignorance de la loi<sup>7</sup>. L'ignorance de la loi peut tenir au simple fait que l'accusé a reçu un avis erroné sur l'état de la loi<sup>8</sup>. »

10. Dans une autre note qu'elles ont préparée pour clarifier la situation, les autorités sud-africaines concluent principalement que même s'il est nécessaire que l'auteur sache qu'il commet une infraction en droit sud-africain, « lorsque l'auteur de l'infraction exerce des activités dans un domaine réglementé, il lui incombe de se procurer les renseignements voulus sur la réglementation en vigueur. » Les autorités ont affirmé lors de discussions ultérieures qu'une infraction est commise si son auteur sait personnellement que la transaction n'a pas de justification économique.

11. Pour clarifier les modalités d'application de l'élément intentionnel dans la pratique, cette question pourrait faire l'objet d'un suivi lors de la Phase 2.

#### 1.1.3 *d'offrir, de promettre ou d'octroyer*

12. L'article 5(1) de la PCCA dispose qu'une infraction est commise lorsqu'une personne « octroie ou accepte ou offre d'octroyer » une gratification. Son article 2(3)(b) précise :

*Dans la présente loi, octroyer ou accepter ou offrir d'octroyer une gratification comprend le fait de —*

- (i) promettre, prêter, accorder, attribuer ou procurer cette gratification ; ou*
- (ii) accepter de prêter, accorder, attribuer ou procurer cette gratification ; ou*
- (iii) offrir de prêter, accorder, attribuer ou procurer cette gratification.*

13. Cela couvrirait les termes utilisés dans l'article premier de la Convention.

#### 1.1.4 *un avantage indu pécuniaire ou autre*

14. L'infraction de corruption transnationale établie par l'Afrique du Sud se rapporte à « une gratification » L'article 1(ix) de la PCCA définit « gratification », qui comprend :

- (a) de l'argent, en espèces ou non ;*
- (b) un don, un cadeau, un prêt, une commission, une récompense, un titre valable, un bien ou une part dans un bien mobilier ou immobilier, ou tout autre avantage similaire ;*
- (c) le fait d'éviter à quelqu'un une perte, l'engagement de sa responsabilité, une sanction, une confiscation, une punition ou un autre inconvénient ;*
- (d) une fonction, une position, un honneur, un emploi, un contrat de travail ou de services, un accord relatif à l'octroi d'un emploi ou à la prestation de services à quelque titre que ce soit et un logement résidentiel ou de vacances ;*
- (e) le paiement, la remise, l'acquiescement ou la liquidation d'un prêt, d'une obligation ou d'une autre dette, dans son intégralité ou en partie ;*

<sup>7</sup> *Attorney-General, Cape v Bestall* 1988 (3) SA 555 (A) at 567 D-E ; *S v Potwane* 1983 (1) SA 868 (A) AT 871.

<sup>8</sup> *S v Rabson* 1972 (4) SA 574 ; *S v Zemura* 1974 (1) SA 584 (RA) ; *S v Bezuidenhout* 1979 (3) SA 1325 (T) ; *S v Reids Transport (Pty) Ltd* 1982 (4) SA 197 (E) ; *S v Barketts Transport (Pty) Ltd* 1986 (1) SA 706 (C) AT 712 ; *S v Longdistance (Pty) Ltd* 1986 (3) SA 437 (N).

- (f) *le fait de s'abstenir d'exiger une somme d'argent, l'équivalent d'une somme d'argent ou un objet de valeur ;*
- (g) *un service, une faveur ou un avantage, quels qu'ils soient, y compris la protection contre une sanction ou une incapacité prononcée ou redoutée ou contre toute action ou procédure de caractère disciplinaire, civil ou pénal, déjà engagée ou non, ou le fait de s'abstenir d'exercer un droit ou une autorité ou fonction officielle ;*
- (h) *un droit ou un privilège ;*
- (i) *un soutien, un vote, un consentement, une influence ou l'abstention de voter, réels ou prétendus ;*
- (j) *une contrepartie ou un avantage de valeur, que ce soit une remise, une commission, un rabais, une prime, une déduction ou un pourcentage.*

15. Cette définition paraît couvrir une très grande diversité d'avantages.

16. En ce qui concerne l'infraction de corruption en *common law*, le tribunal de grande instance d'Afrique du Sud a estimé, dans l'affaire *S v Deal Enterprises (Pty) Ltd and Others*, que « la différence entre des frais de réception et le versement d'un pot-de-vin tient à l'intention qui préside à ces dépenses et qu'elle doit être établie en tenant compte de l'ensemble des circonstances présentes, notamment de la relation entre l'auteur des dépenses et le bénéficiaire, de leur situation financière et sociale respective et de la nature et de la valeur des frais de réception<sup>9</sup>. »

17. La PCCA ne mentionne pas d'exclusions ou de moyens de défense spécifiques à l'infraction de corruption transnationale. En particulier, la Loi ne prévoit pas d'exception pour les petits paiements de facilitation, ce qui est conforme au Commentaire 9 relatif à la Convention<sup>10</sup>.

#### 1.1.5 *directement ou par des intermédiaires*

18. L'article 5 n'utilise pas le terme « intermédiaires » mais plutôt « *directement ou indirectement* ».

19. Les autorités sud-africaines ont présenté la jurisprudence sur laquelle elles s'appuient pour affirmer que ces termes couvriraient la corruption par des intermédiaires. En 2007, dans sa décision concernant l'affaire *Shaik and Other v. S*, la Cour suprême d'appel a estimé que « la définition des 'produits d'activités illicites' mentionnés dans l'article 1(1) comprend les avantages obtenus « directement ou indirectement », soit, au sens courant, les avantages obtenus indirectement par l'entremise d'une autre personne ou entité<sup>11</sup> ». La Cour constitutionnelle a confirmé cette décision en 2008. Précisons qu'il s'agissait en l'espèce d'une affaire de corruption passive. Les autorités sud-africaines soulignent que le droit sud-africain n'exige pas d'interprétation différente des termes selon qu'il s'agit de l'infraction de corruption active ou de corruption passive. Il conviendra toutefois de veiller à ce qu'une interprétation similaire soit faite dans les affaires de corruption active.

<sup>9</sup> Voir *S v Deal Enterprises (Pty) Ltd and Others* [1978] 3 All SA 483 (W).

<sup>10</sup> Le Commentaire 9 précise :

*Les petits paiements dits de « facilitation » ne constituent pas des paiements « en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu » au sens du paragraphe 1 et, en conséquence, ils ne constituent pas une infraction au sens de cette disposition. De tels paiements, qui sont faits, dans certains pays, pour inciter les agents publics à exécuter leurs fonctions, notamment lorsqu'il s'agit de délivrer une autorisation ou un permis, sont généralement illicites dans le pays étranger concerné. Les autres pays peuvent et devraient s'attaquer à ce phénomène corrosif par des mesures telles que le soutien de programmes de bonne gestion des affaires publiques. Toutefois, l'incrimination par les autres pays ne paraît pas une mesure complémentaire pratique ou efficace.*

<sup>11</sup> *Shaik and Others v S* [2007] 2 All SA 150 (SCA).

1.1.6 à un agent public étranger

20. L'article 1(v) de la PCCA définit ainsi un agent public étranger :

- (a) toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un État étranger ;
- (b) toute personne exécutant des fonctions publiques pour un État étranger, y compris pour un conseil, une commission, une société ou un autre organisme ou autorité exécutant une fonction pour le compte de l'État étranger ; ou
- (c) un fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique ;

21. Cette définition est assez large et paraît couvrir l'ensemble des agents publics exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise ou un organisme publics. La définition couvre les fonctionnaires et agents des organisations internationales publiques. Elle englobe aussi les personnes détenant un mandat législatif, administratif ou judiciaire mais ne précise pas si toutes ces personnes, qu'elles aient été nommées ou élues, seraient couvertes. Les autorités sud-africaines soulignent que la définition concerne « toute personne » et qu'en conséquence il ne serait pas nécessaire de préciser si la personne a été nommée ou élue. Les autorités sont convaincues que dans la pratique, tous les agents publics, qu'ils aient été nommés ou élus, seraient couverts.

1.1.7 à son profit ou au profit d'un tiers

22. L'article 5 n'utilise pas le terme « tiers » mais couvre les gratifications octroyées à un agent public étranger « à son profit ou au profit d'une autre personne ». On a vu<sup>12</sup> que le terme « personne » comprend les personnes physiques comme les personnes morales.

23. Les échanges de vues ont porté sur le fait de savoir si l'article 5 couvrirait les cas où l'avantage est transféré directement à un tiers avec le consentement de l'agent public étranger (ceux, par exemple, où la gratification est reçue directement par un parent de l'agent public étranger, qui ne perçoit ainsi aucune gratification directe.) Les autorités sud-africaines sont convaincues que cette situation serait couverte. Comme les termes « directement ou indirectement » sont également utilisés dans cet article, « le fait que l'avantage a été octroyé directement à un tiers avec l'assentiment de l'agent public étranger signifierait qu'une gratification a été octroyée indirectement à ce dernier<sup>13</sup> ». Il n'existe toutefois pas encore de jurisprudence à cet égard.

1.1.8 pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles

24. L'article 5 de la PCCA ne précise pas si le pot-de-vin doit être versé afin que l'agent « agisse ou s'abstienne d'agir » en relation avec ses fonctions officielles. Toutefois, l'article 2(4) indique que « dans la présente loi, un acte comprend une omission ».

25. La définition énoncée aux paragraphes (a), (b) et (c) de l'article 5(1) évoque les actes de nature « illicite, malhonnête, prohibée, incomplète ou partielle<sup>14</sup> » ; et le fait que l'agent public « utilise abusivement ou vende des informations ou des documents acquis dans l'exercice de pouvoirs, devoirs ou fonctions découlant d'une obligation constitutionnelle, législative, contractuelle ou de toute autre

<sup>12</sup> Voir paragraphes 6 et 7.

<sup>13</sup> Voir les réponses des autorités sud-africaines au questionnaire supplémentaire (ci-après appelé « les réponses supplémentaires »), paragraphe 6.1.

<sup>14</sup> PCCA, art. 5(1)(a)(i).

*obligation juridique*<sup>15</sup> ». L'abus de pouvoir, l'abus de confiance et le manquement à une obligation juridique ou à la réglementation<sup>16</sup> et le fait d'influencer une autre personne de manière prohibée ou induue pour qu'elle agisse ou s'abstienne d'agir<sup>17</sup> sont également compris dans la définition des actes qu'un agent public étranger peut effectuer en contrepartie d'un pot-de-vin. Ces dispositions couvriraient l'utilisation induue de ses fonctions par l'agent public étranger ainsi que les pots-de-vin versés pour qu'un agent public étranger s'acquitte de ses obligations habituelles.

*1.1.9/10 en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu / dans le commerce international*

26. L'article 5(2) apporte d'autres précisions sur la manière dont le verbe « agir » peut être interprété :

*Sans restreindre la portée générale de l'article 2(4), le verbe « agir », dans le paragraphe (1), comprend le fait—*

- (a) d'utiliser la position de l'agent public étranger ou du tiers pour influencer les actes ou décisions de l'État étranger ou de l'organisation internationale publique concernés ;ou*
- (b) d'obtenir ou de conserver un contrat, un marché ou un avantage dans les transactions commerciales avec cet État étranger ou cette organisation internationale publique.*

27. Il semble que cet article limite les actes de l'agent public étranger aux actes exécutés par « l'État étranger ou (...) l'organisation internationale publique concernés [souligné par nous<sup>18</sup>] ou ayant un rapport avec les transactions de « cet État étranger ou de cette organisation internationale publique [souligné par nous<sup>19</sup>.] Il faudra examiner, à mesure que la pratique évoluera, si cette formulation implique que les cas envisagés dans le Commentaire 19 relatif à la Convention<sup>20</sup> ne seraient pas couverts en droit sud-africain.

## **1.2 Complicité**

28. L'article 1.2 de la Convention demande aux Parties de faire en sorte que constitue une infraction pénale « le fait de se rendre complice de la corruption d'un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation ».

29. L'article 21(c) de la PCCA porte sur « la tentative, le complot et le fait d'inciter une personne à commettre une infraction ». Cet article prévoit : « *Est coupable d'une infraction toute personne qui— [...] (c) par assistance, instigation, instruction, ordre, conseil ou persuasion fait en sorte qu'une autre personne commette une infraction à la présente loi.* » L'instigation et l'assistance sont traitées au paragraphe (c). Cette disposition aborde également l'instruction, l'ordre, le conseil et la persuasion visant à inciter une autre personne à commettre une infraction mais ne couvre pas expressément le fait d'autoriser

---

<sup>15</sup> Ibid., art. 5(1)(a)(ii).

<sup>16</sup> Ibid., art. 5(1)(b).

<sup>17</sup> Ibid., art. 5(1)(d).

<sup>18</sup> Ibid., art. 5(2)(a).

<sup>19</sup> Ibid., art. 5(2)(a).

<sup>20</sup> Le Commentaire 19 précise : « Suivant la définition du paragraphe 4.c, 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. »

un acte de corruption. Les autorités sud-africaines expliquent qu'une personne qui autorise ou demande la commission d'une infraction par une autre personne n'est pas considérée comme complice mais comme auteur à part entière ayant commis l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction<sup>21</sup>.

30. Les sanctions applicables aux infractions définies à l'article 21 sont les mêmes que celles qui s'appliquent à l'infraction commise par *assistance, instigation, instruction, ordre, conseil ou persuasion*<sup>22</sup>. Les autorités sud-africaines indiquent toutefois que des circonstances atténuantes peuvent être accordées aux complices<sup>23</sup>.

31. La PCCA punit également la complicité antérieure, concomitante ou postérieure à l'infraction. Son article 20 dispose :

*Est coupable d'infraction toute personne qui, sachant qu'un bien ou une partie d'un bien est compris dans une gratification qui est l'instrument d'une infraction aux dispositions de la Partie 1, 2, 3 ou 4 ou de l'article 21 du présent chapitre (dans la mesure où cette infraction a un rapport avec les infractions déjà mentionnées) octroyée directement ou indirectement, à son profit ou au profit d'une autre personne—*

*(a) mène ou fait en sorte de mener des négociations en rapport avec ce bien ou une partie de ce bien ; ou*

*(b) utilise ce bien ou une partie de ce bien ou fait en sorte qu'il soit utilisé ; détenu ; reçu ; ou dissimulé.*

32. Les infractions au titre de l'article 20 sont punies d'au plus 10 ans d'emprisonnement ou d'une amende (par comparaison, l'infraction de corruption transnationale est passible d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité ou d'une amende<sup>24</sup>).

### **1.3 Tentative et complot**

33. L'article 1.2 de la Convention requiert que la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public étranger constituent une infraction pénale dans la mesure où la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public de cette Partie constituent une telle infraction.

34. On a vu que l'article 21 de la PCCA porte sur « la tentative, le complot et le fait d'inciter une personne à commettre une infraction ».

*Est coupable d'une infraction toute personne qui enfreint les dispositions de la présente Loi —*

*(a) par tentative ;*

*(b) par complot avec une autre personne ; ou*

*(c) par assistance, instigation, instruction, ordre, conseil ou persuasion.*

35. Cet article s'applique à la tentative et au complot en rapport avec l'infraction de corruption nationale aussi bien qu'avec l'infraction de corruption transnationale.

---

<sup>21</sup> Dans l'affaire *R v Koza* 1949 All SA (A) 390, la Cour d'appel a conclu : « Selon un principe élémentaire de droit, une personne qui en charge une autre d'assassiner un tiers est coupable de meurtre si ce tiers est assassiné du fait de l'instruction donnée ». Voir également *S v Nkombani* 1963 (4) SA 877 (A) et *S v Smith* 1984 (1) SA 583 (A).

<sup>22</sup> PCCA, art. 26(2).

<sup>23</sup> Voir les réponses supplémentaires, point 11.2.

<sup>24</sup> PCCA, art. 26(1)(b).

36. En ce qui concerne le paragraphe (a), les autorités sud-africaines expliquent que les tribunaux ont distingué entre deux catégories de tentatives : « (i) l'auteur, qui avait l'intention de commettre une infraction, a fait tout ce qu'il avait prévu de faire mais n'a pas atteint son but par inefficacité ou imprévoyance, parce qu'il a rencontré un obstacle imprévu, ou pour une autre raison ; et (ii) l'auteur n'a pas accompli tous les actes illicites qu'il avait prévu de commettre parce qu'il en a été empêché par l'intervention d'un organisme extérieur<sup>25</sup>. » Dans le deuxième cas, il convient de distinguer entre les simples préparatifs, qui ne sont pas assimilables à une tentative, et la tentative elle-même.

37. On a vu précédemment que la tentative et le complot au sens de l'article 21 sont punis des mêmes sanctions que l'infraction proprement dite, encore que les tribunaux puissent accorder des circonstances atténuantes.

## 2. Article 2 : responsabilité des personnes morales

38. L'article 2 de la Convention dispose que chaque Partie « prend les mesures nécessaires (...) pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger ».

### *Personnes morales dont la responsabilité peut être engagée*

39. En règle générale, le droit sud-africain s'applique aux personnes physiques et aux personnes morales. L'article 2 de la Loi interprétative de 1957 prévoit que dans un texte de loi :

« **personne** » comprend—

- « (a) un conseil territorial, un conseil municipal, un conseil de direction de village ou une autorité similaire ;
- (b) une société constituée ou immatriculée comme telle en vertu d'un texte de loi ;
- (c) un ensemble de personnes constituées ou non en société ».

40. L'article 1(xx) de la PCCA définit les termes « secteur privé » (voir plus haut le point 1.1.1 intitulé « toute personne ».) Ces dispositions semblent couvrir une grande diversité de personnes morales dans le secteur privé. Elles couvrent aussi bien les personnes morales sud-africaines qu'étrangères.

41. En outre, en ce qui concerne la couverture des sociétés d'État ou contrôlées par l'État, les autorités sud-africaines présentent la jurisprudence sur laquelle elles se fondent pour affirmer que ces sociétés peuvent être tenues responsables d'infractions prévues par la loi. En 1992, dans l'affaire *Exparte Minister van Justisie v Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie (SABC)*<sup>26</sup>, la Division d'appel a jugé que la *South African Broadcasting Corporation*, une société contrôlée par l'État, avait commis une infraction par négligence. Cette affaire ne concernait toutefois pas une infraction à la PCCA. Il n'y a pas encore de jurisprudence se rapportant à la responsabilité de sociétés d'État ou contrôlées par l'État dans des affaires de corruption.

### *Mise en jeu de la responsabilité*

42. En droit sud-africain, la responsabilité pénale des personnes morales est subordonnée à la commission d'une infraction par leurs représentants.

---

<sup>25</sup> *R v Schoombie* 1945 AD 54 at 545-6 ; *S v Laurence* 1975 (4) SA 825 (A) ; *S v Du Plessis* 1981 (3) SA 382 (A).

<sup>26</sup> *Exparte Minister van Justisie v Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie (SABC)* 1992 SACR 618 (AD).

43. L'article 332 de la Loi de procédure pénale de 1977 prévoit l'engagement de poursuites contre des sociétés, leurs dirigeants et leurs agents, et des membres d'associations. L'article 332(1) dispose :

*Pour l'établissement de la responsabilité pénale d'une personne morale en cas d'infraction à la loi ou relevant de la common law —*

- (a) *tout acte exécuté, avec ou sans intention particulière, par un dirigeant ou un agent de cette personne morale ou suivant ses instructions, ou avec son autorisation explicite ou implicite ; et*
- (b) *l'omission, avec ou sans intention particulière, d'un acte qui devait être exécuté mais ne l'a pas été, par un dirigeant ou un agent de cette personne morale ou suivant ses instructions, soit dans l'exercice de ses pouvoirs ou l'exécution de ses fonctions en tant que dirigeant ou qu'agent, soit en poursuivant ou en s'employant à poursuivre les intérêts de cette personne morale, est réputé avoir été exécuté (et avec la même intention, le cas échéant) par la personne morale ou, selon le cas, constituer une omission (et avec la même intention, le cas échéant) de ladite personne morale.*

44. L'article 332(10) de la Loi de procédure pénale définit un « dirigeant » comme « toute personne qui contrôle ou dirige cette personne morale ou est membre d'une personne morale ou d'un groupe de personnes morales qui contrôle ou dirige cette personne morale ou, en l'absence d'ensemble ou de groupe de personnes morales, est membre de cette personne morale ». Les autorités sud-africaines expliquent que cette disposition vise à permettre de qualifier ces personnes comme des « dirigeants » même si elles ne sont pas officiellement enregistrées comme tels aux termes de la Loi de 1973 sur les sociétés<sup>27</sup>. Elles ajoutent que l'identité des dirigeants est une question factuelle et doit être établie de la manière habituelle à l'aide d'éléments de preuve<sup>28</sup>.

45. Le terme « agent » utilisé dans l'article 332 n'est pas défini. Il convient de se demander si la définition d'« agent » serait suffisamment large pour déclencher la responsabilité de la personne morale en cas d'actes commis par des employés subalternes. Les autorités sud-africaines affirment que le terme « agent » couvrirait toute personne employée à titre salarié régulier en vertu d'un contrat ou d'autres dispositions<sup>29</sup>. La jurisprudence fournie à l'appui comprend la décision rendue en 1992 par la Division d'appel dans l'affaire *Ex parte Minister van Justisie v Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie (SABC)*, dans laquelle le tribunal a estimé qu'une personne morale peut être responsable des actions et des intentions des « dirigeants, agents et autres personnes [souligné par nous]. Plus récemment, en 2007, la Cour suprême d'appel a estimé, dans l'affaire *Minister of Finance and Others v Gore NO*<sup>30</sup>, que lorsque l'acte frauduleux a été commis en partie seulement au profit du salarié, et s'apparente largement aux fonctions accomplies dans le cadre de son travail habituel, il convient d'examiner si l'employeur est indirectement responsable de la conduite du salarié. La doctrine soutient cette manière de voir et estime qu'« une société est responsable des actes illicites commis par ses salariés dans le cadre de leur travail<sup>31</sup> ». Étant donné que l'infraction de corruption transnationale est entrée en vigueur récemment, il n'y a pas encore de jurisprudence concernant la responsabilité des personnes morales à raison des actes de corruption commis par leurs salariés.

<sup>27</sup> L'article 215 de la Loi de 1973 sur les sociétés prévoit la tenue d'un registre des dirigeants et des cadres.

<sup>28</sup> Voir les réponses supplémentaires, points 2.1.9 et 2.1.10.

<sup>29</sup> Voir les réponses supplémentaires, point 2.1.11.

<sup>30</sup> Voir *Minister of Finance and Others v Gore NO* 2007 (1) SA 111 (SCA), paragraphes 29 et 30 cités dans les réponses supplémentaires, point 14.3.

<sup>31</sup> Voir l'opinion exprimée par le professeur D. J. McQuoid-Mason dans l'ouvrage *Vicarious and Strict Liability*, paragraphe 263, cité dans les réponses supplémentaires, point 13.1.

46. Pour que la responsabilité d'une personne morale soit déclenchée, l'infraction doit avoir été commise soit « dans l'exercice de ses pouvoirs ou l'exécution de ses fonctions en tant que dirigeant ou qu'agent, soit en poursuivant ou en s'employant à poursuivre les intérêts de cette personne morale » [souligné par nous.] Il convient de préciser que ces conditions ne sont pas cumulatives. De ce fait, même si un dirigeant ou un agent outrepassé ses pouvoirs, la responsabilité de la personne morale peut quand même être engagée dans la mesure où le dirigeant ou l'agent agit en poursuivant ou en s'employant à poursuivre les intérêts de la société. En revanche, il n'est pas exigé systématiquement que l'infraction soit commise dans tous les cas au profit de la personne morale.

#### *Poursuites engagées contre des personnes morales*

47. Les autorités sud-africaines indiquent qu'en général, les poursuites visant la personne morale et la personne physique seraient engagées et menées simultanément. Comme le prévoit la Loi d'interprétation, le terme « personne », dans un texte de loi, englobe les personnes morales. En conséquence, les dispositions de la Loi de procédure pénale s'appliquent aux personnes morales.

48. Comme le prévoit l'article 332(2) de la Loi de procédure pénale, le procureur jouit d'une marge de manœuvre pour choisir le dirigeant ou l'agent qui représentera la personne morale. En principe, le choix peut se porter sur n'importe quel dirigeant ou agent, mais dans la pratique, les procureurs prennent en compte d'autres facteurs, par exemple le fait que le dirigeant ou l'agent est également accusé personnellement ou habite non loin du tribunal<sup>32</sup>.

49. Pour tenter des poursuites contre la personne morale, il faut établir la preuve qu'un dirigeant ou un agent a commis une infraction. Les autorités sud-africaines expliquent que cela ne signifie pas qu'il est nécessaire qu'une personne physique soit poursuivie ou condamnée pour engager des poursuites contre la personne morale. Il semble toutefois qu'il faudrait tout au moins identifier l'auteur de l'infraction. À l'heure où les structures des entreprises sont d'une complexité croissante et où la prise de décision est souvent décentralisée, il peut se révéler difficile d'identifier un décideur particulier au sein d'une chaîne de direction qui comporte plusieurs niveaux. D'aucuns craignent que dans certaines affaires, cela n'entrave l'application de la responsabilité des personnes morales à raison d'actes de corruption transnationale. Les autorités sud-africaines affirment que ce n'est pas l'identité réelle du dirigeant ou de l'agent particulier qui doit être établie, et indiquent que l'article 332 de la Loi de procédure pénale se borne à demander d'établir la preuve qu'un acte a été commis par un dirigeant ou un agent. La jurisprudence disponible à ce jour n'apporte toutefois pas de certitude sur ce point. Le Groupe de travail demeure préoccupé par l'obligation de prouver qu'une infraction a été commise par un dirigeant ou un agent pour pouvoir engager des poursuites contre la personne morale. Cette exigence pourrait engendrer certains problèmes liés aux poursuites et à l'établissement de la preuve. Le Groupe de travail estime que cette question nécessitera un suivi lors d'un examen ultérieur.

### **3. Article 3 : sanctions**

50. La Convention demande aux Parties de faire en sorte que la corruption d'un agent public étranger soit passible de sanctions pénales « efficaces, proportionnées et dissuasives », comparables aux sanctions applicables à la corruption des agents publics de la Partie en question. Si, dans le système juridique d'une Partie, la responsabilité pénale n'est pas applicable 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 ». La Convention requiert également que dans le cas des personnes physiques, il soit fait en sorte d'inclure des peines privatives de liberté suffisantes pour permettre une entraide judiciaire efficace et l'extradition. La Convention exige en outre que chaque Partie prenne les mesures nécessaires

---

<sup>32</sup> Voir les réponses supplémentaires, point 2.1.13.

pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un effet comparable soient prévues. Enfin, la Convention demande que chaque Partie envisage l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives.

### **3.1/ 3.2 Principales sanctions pénales pour la corruption d'agents publics nationaux ou étrangers**

51. Les sanctions principales et les sanctions complémentaires établies par la PCCA sont les mêmes, qu'il s'agisse de corruption d'agents publics nationaux ou étrangers.

52. L'article 26(1)(a) de la PCCA prévoit que les infractions de corruption sont punies d'au plus cinq ans d'emprisonnement ou d'une amende par un tribunal de première instance ; d'au plus 18 ans d'emprisonnement ou d'une amende par un tribunal régional ; et d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité ou d'une amende par un tribunal de grande instance. Pour ce qui est du niveau des amendes, le tribunal de grande instance a une compétence illimitée ; le tribunal régional peut imposer une amende d'au plus 360 000 ZAR (28 150 EUR ; 44 425 USD) ; enfin, un tribunal de première instance peut imposer une amende d'au plus 100 000 ZAR (7 820 EUR ; 12 340 USD<sup>33</sup>). L'article 1(1)(b) de la Loi sur l'adaptation des amendes précise que des peines d'emprisonnement et d'amende peuvent être prononcées cumulativement.

53. Il n'y a pas de guide des peines proprement dit mais il existe une vaste jurisprudence qui donne des orientations sur les peines applicables. Par exemple, dans la décision concernant l'affaire *S. v. Zinn* (1969), il est précisé que lors de l'imposition d'une peine, il convient de prendre en compte le condamné, son infraction et les intérêts de la société<sup>34</sup>. En outre, des peines minimales ont été instituées pour les infractions de corruption commises par des personnes physiques (voir paragraphe 65 ci-après.)

54. En ce qui concerne la compétence des tribunaux, les autorités sud-africaines font savoir que même si la PCCA évoque la possible compétence d'un tribunal de première instance, il est prévu dans la Partie 11, paragraphe 1 des Directives à l'intention des procureurs que toutes les infractions à la PCCA doivent être portées devant un tribunal régional<sup>35</sup>. Les autorités sud-africaines expliquent qu'en vertu d'une modification récente de la Loi de 1997 portant modification du Code pénal, un tribunal régional possède les mêmes compétences qu'un tribunal de grande instance pour connaître de certaines infractions graves (y compris la corruption<sup>36</sup>). Du point de vue du niveau des peines, peu importe donc qu'un accusé soit jugé devant un tribunal régional ou un tribunal de grande instance.

55. Pour ce qui est des peines d'emprisonnement encourues par les personnes physiques pour des actes de corruption, la modification apportée en 2004 à l'article 51 de la Loi de 1997 portant modification du Code pénal a relevé les sanctions minimales applicables. Les infractions définies dans les Parties 1 à 4 de la PCCA (y compris l'infraction de corruption transnationale) dont le montant est supérieur à 500 000 ZAR (39 100 EUR ; 61 700 USD), ou à 100 000 ZAR et commises par une personne « agissant dans le cadre de l'exécution ou de la poursuite d'un objectif commun ou d'un complot<sup>37</sup> », sont punies d'au moins

<sup>33</sup> Au 1<sup>er</sup> avril 2008, 1 rand sud-africain (ZAR) = 0.08 EUR = 0.12 USD.

<sup>34</sup> Voir les réponses supplémentaires, point 3.1.4.

<sup>35</sup> Les Directives à l'intention des procureurs sont requises par l'article 179(5)(b) de la Constitution. En vertu de cette disposition, le Directeur national des poursuites publiques est chargé de publier des directives qui doivent être suivies dans le cadre du processus de poursuite. Voir également le point 5.1 en ce qui concerne les règles et principes régissant les enquêtes et poursuites.

<sup>36</sup> Voir les réponses supplémentaires, point 3.1.5.

<sup>37</sup> Loi de 1997 portant modification du Code pénal (Loi n° 105 de 1997), Annexe 2, Partie II.

15 ans d'emprisonnement par un tribunal régional ou de grande instance saisi de l'affaire. On ignore au juste si le « montant » de l'infraction se rapporte au montant de la gratification octroyée ou offerte ou à l'avantage reçu en échange de la gratification. Les autorités sud-africaines estiment qu'étant donné que l'article 5 de la PCCA traite de la corruption active, le « montant » de l'infraction serait, dans ce cas précis, celui de la gratification octroyée ou offerte. Cette sanction minimale peut être supprimée « en présence de circonstances significatives et indiscutables justifiant l'imposition d'une peine moins lourde<sup>38</sup> ».

56. En plus des peines prévues par l'article 26(1), l'article 26(3) permet aux tribunaux d'« *imposer une amende égale à cinq fois la valeur de la gratification à laquelle est liée l'infraction* ». Cette amende peut se cumuler avec une peine d'emprisonnement prononcée en vertu de l'article 26(1)<sup>39</sup>. L'article 1(ix) de la PCCA (qui figure plus haut dans son intégralité au point 1.1.4 portant sur « un avantage indu pécuniaire ou autre ») définit le terme « *gratification* ». Les autorités sud-africaines expliquent que la valeur de la gratification peut être établie uniquement lorsqu'il est possible de lui affecter une valeur pécuniaire (par exemple, lorsque la gratification revêt la forme d'espèces, de marchandises, de biens, etc.) De ce fait, les amendes prévues par l'article 26(3) ne seraient pas applicables si la gratification avait un caractère immatériel (services ; le fait d'éviter une perte ; emploi ; ou autres faveurs ou avantages non matériels).

57. Le niveau des amendes que peuvent prononcer un tribunal régional ou un tribunal de première instance au titre de l'article 26(1) peut sembler assez faible, en particulier dans les affaires où des personnes morales sont en cause. Cet inconvénient est atténué en partie par la modification récente de la Loi de 1997 portant modification du Code pénal, en vertu de laquelle les affaires de corruption transnationale peuvent systématiquement être portées devant un tribunal de grande instance ou un tribunal régional ayant la même compétence qu'un tribunal de première instance. Il subsiste toutefois des questions quant aux amendes qui seront prononcées dans la pratique et au fait qu'un tribunal de grande instance et un tribunal régional pourraient s'estimer tenus de respecter les montants minimums indiqués dans la PCCA. En outre, il ne paraît pas certain que l'imposition d'amendes supplémentaires au titre de l'article 26(3) soit possible. En conséquence, l'existence en Afrique du Sud de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives est contestable, s'agissant en particulier des personnes morales. Il reste à voir quel sera le niveau des sanctions qui seront prononcées dans la pratique, notamment à l'encontre de personnes morales.

### 3.3 *Sanctions et entraide judiciaire*

58. En droit sud-africain, l'entraide judiciaire n'est pas subordonnée au type ou au niveau de sanction mais plutôt au respect d'exigences précises énoncées dans la Loi de 1996 relative à la coopération internationale dans les affaires pénales ou dans un traité particulier signé avec un autre pays.

### 3.4 *Sanctions et extradition*

59. Comme le prévoit la Loi relative à l'extradition adoptée par l'Afrique du Sud en 1962, l'extradition vers des pays avec lesquels cette dernière a signé des accords d'extradition est soumise aux conditions définies dans ces accords<sup>40</sup>.

60. Pour ce qui est des pays avec lesquels l'Afrique du Sud n'a pas signé d'accord d'extradition particulier, la Loi de 1962 relative à l'extradition définit une infraction pouvant donner lieu à extradition

<sup>38</sup> Ibid., art. 51(2)(a) et (3).

<sup>39</sup> Loi de 1991 sur l'adaptation des amendes, art. 1(1)(b).

<sup>40</sup> Loi de 1962 relative à l'extradition, art. 3.

comme étant toute infraction passible d'emprisonnement ou d'une autre peine privative de liberté d'au moins six mois<sup>41</sup>.

### 3.5 *Saisie et confiscation*

61. L'article 3.3 de la Convention exige que chaque Partie prenne les mesures nécessaires pour assurer que « l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un effet comparable soient prévues ».

#### *Saisie*

62. Le Chapitre 2 de la Loi de procédure pénale de 1977 prévoit l'exécution et la délivrance de mandats de perquisition, de saisie, de confiscation et de liquidation des biens liés à une infraction. Son article 20 couvre la saisie de tout objet ayant un lien ou dont il est soupçonné qu'il a un lien avec la commission avérée ou présumée d'une infraction. Cette disposition permettrait de procéder à la saisie du pot-de-vin lorsqu'il se trouve encore en possession du corrupteur, ou du moins sur le territoire sud-africain. Les articles 30 à 34 prévoient la liquidation des objets saisis qui ne sont pas frappés d'une mesure de confiscation par l'État. L'article 35 permet aux tribunaux, en cas de condamnation, d'ordonner leur confiscation s'ils ont servi à la commission de l'infraction.

63. Lorsqu'il est impossible de saisir le pot-de-vin (en général, dans les affaires de corruption transnationale, lorsque le pot-de-vin ne se trouve plus sur le territoire national) et qu'une valeur pécuniaire peut lui être affectée, des sanctions pécuniaires d'un effet comparable sont prévues par l'article 26(3) de la PCCA. Cette disposition permet l'imposition d'une amende égale à cinq fois la valeur de la gratification utilisée pour commettre l'infraction. Cette amende ne peut être prononcée qu'en cas de condamnation pour violation de la PCCA.

64. Les produits d'une infraction (y compris d'une infraction de corruption) peuvent également être saisis avant le procès. La Loi de 1998 relative à la prévention de la criminalité organisée (Partie 3, Chapitre 5) prévoit qu'un tribunal de grande instance, à la demande d'un procureur, peut prononcer une ordonnance de blocage restreignant les droits sur un bien appartenant à un accusé lorsque celui-ci est poursuivi ou sur le point d'être inculpé pour une infraction et qu'une ordonnance de confiscation a été prise contre cet accusé ou qu'il existe des motifs raisonnables de supposer que tel sera le cas<sup>42</sup>. Son article 38 (Partie 2, Chapitre 6) autorise en outre un tribunal de grande instance à prendre une ordonnance de saisie conservatoire visant les instruments et produits d'un crime. Ceux-ci peuvent ultérieurement être confisqués si le tribunal estime, après en avoir évalué la probabilité, que les biens en question sont les produits d'activités illicites<sup>43</sup> (voir également ci-dessous l'examen de la confiscation et la définition des « produits » énoncée par la Loi relative à la prévention de la criminalité organisée.)

#### *Confiscation*

65. La Loi relative à la prévention de la criminalité organisée (Partie 1, Chapitre 5) prévoit la confiscation des avoirs représentant les produits d'activités illicites ou de leur équivalent financier. Son article 1(xv) précise que « les « produits d'activités illicites » s'entendent des biens, services, avantages, bénéfiques ou récompenses retirés, reçus ou conservés, directement ou indirectement, sur le territoire de la

---

<sup>41</sup> Ibid., art. 1.

<sup>42</sup> Loi relative à la prévention de la criminalité organisée, art. 25.

<sup>43</sup> Ibid., art. 50(1).

République ou hors de ce territoire, à tout moment avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi, en rapport avec une activité illicite ou résultant d'une activité illicite menée par une personne, y compris les biens qui les représentent ».

66. L'article 18 de la Loi relative à la prévention de la criminalité organisée dispose que lorsqu'un accusé est reconnu coupable d'une infraction, le tribunal peut, à la demande du procureur, lui ordonner de payer un montant qu'il juge approprié mais ne dépassant pas la valeur des produits de l'infraction. Il convient de souligner que le tribunal doit examiner aussi bien les avantages obtenus du fait des infractions dont le prévenu a été reconnu coupable que ceux qui proviennent « d'une activité criminelle qui, de l'avis du tribunal, est suffisamment rattachée à ces infractions<sup>44</sup> ».

67. L'article 19 de la Loi relative à la prévention de la criminalité organisée précise que la valeur des produits est définie comme « la somme des différentes valeurs que revêtent les biens, services, avantages, bénéfiques ou récompenses reçus ou retirés à tout moment dans le cadre de l'activité illicite ».

68. La Loi relative à la prévention de la criminalité organisée prévoit la confiscation des produits d'infractions qui se trouvent en possession de tiers. Son article 1(xv) dispose que les produits d'activités illicites s'entendent des produits « retirés, reçus ou conservés, directement ou indirectement » [souligné par nous.] De plus, son article 14 prévoit la confiscation « d'un bien détenu par l'accusé » ainsi que d'un « bien détenu par une personne à laquelle l'accusé a remis directement ou indirectement un cadeau entaché de corruption<sup>45</sup> ». Il semble que cela permettrait de confisquer les produits d'infractions qui se trouvent en possession de tierces parties n'ayant pas nécessairement été condamnées, que ce soit des personnes physiques ou des personnes morales. Les autorités sud-africaines expliquent que dans la pratique, ces dispositions ont été utilisées avec succès et que des ordonnances de blocage visant les biens de personnes qui ne seront pas poursuivies sont régulièrement prononcées. La jurisprudence relative aux ordonnances de blocage à l'encontre de personnes morales a été présentée<sup>46</sup>.

69. L'exécution d'une ordonnance de confiscation ou d'une ordonnance de blocage relève de la procédure civile. En conséquence, en cas d'ordonnance de confiscation, ce sont les règles de preuve propres aux procédures civiles (c'est-à-dire « l'équilibre des probabilités ») qui s'appliquent, et non celles, plus rigoureuses, des procédures pénales (« preuve hors de tout doute raisonnable<sup>47</sup> »).

70. Les dispositions concernant la confiscation inscrites dans la Loi relative à la prévention de la criminalité organisée ont dernièrement été mises en application dans l'importante affaire *Shaik and Others*

<sup>44</sup> Ibid., art. 18(1)(c).

<sup>45</sup> L'article 12(1)(i) de cette loi définit un « cadeau entaché de corruption » comme étant « un cadeau—  
 (a) fait par l'accusé au plus sept ans avant la date fixée  
 (b) fait par l'accusé à tout moment si ce cadeau est —  
 (i) un bien reçu par l'accusé en rapport avec une infraction commise par lui-même ou une autre personne ; ou  
 (ii) un bien ou une partie d'un bien qui, directement ou indirectement, constituait alors un bien en possession de l'accusé qu'il avait reçu en rapport avec l'infraction.  
 que ce cadeau ait été fait avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi ;

L'article 16(1) de cette même loi prescrit :

*Un accusé est réputé avoir remis un cadeau s'il a transféré un bien à une autre personne, directement ou indirectement, moyennant une contrepartie qui est sensiblement inférieure à la valeur du cadeau.*

<sup>46</sup> Voir *National Director of Public Prosecutions v Phillips and others* (WLD, 2000), *National Director of Public Prosecutions v Rautenbach and another* [2005] 1 All SA 412 (SCA).

<sup>47</sup> Ibid., art. 13.

*v S* [2007]. La Cour suprême d'appel a entériné l'avis du tribunal de grande instance sur la plupart des points de l'interprétation qu'il a faite des dispositions de la Loi en ce qui concerne la confiscation des produits d'activités illicites, et confirmé (i) que les produits comprennent les avantages reçus directement ou indirectement ; (ii) que les produits comprennent l'ensemble des avantages, bénéfiques ou récompenses, y compris ceux qu'un actionnaire retire de l'enrichissement d'une société à la suite de l'infraction ; et (iii) les mêmes produits peuvent être considérés comme des produits d'activités illicites en possession de chaque intermédiaire et peuvent en conséquence faire l'objet de plusieurs ordonnances de confiscation. Il convient de noter que dans plusieurs décisions récentes, la Cour constitutionnelle sud-africaine a attiré l'attention sur la nécessité d'interpréter en cohérence avec la Constitution un texte comme la Loi relative à la prévention de la criminalité organisée, notamment la clause de l'article 25 se rapportant aux biens<sup>48</sup>. Tout récemment, dans sa décision du 29 mai 2008, la Cour constitutionnelle a cependant insisté sur le fait qu'il importe de démonter les systèmes complexes mis en place pour dissimuler les produits de la corruption. La Cour constitutionnelle a confirmé les décisions des tribunaux de rang inférieur qui, dans l'affaire *Shaik and Others v S* [2007] ont ordonné la confiscation des produits de la criminalité, qui représentaient un montant de 34 millions ZAR (2 734 000 EUR ; 4 230 000 USD).

### 3.6/ 3.7 *Sanctions civiles et administratives complémentaires*

71. Lorsque l'infraction de corruption transnationale constitue également une infraction au titre de l'article 12 (activités de corruption liées à des marchés) ou de l'article 13 (activités de corruption liées à l'acceptation ou au rejet de soumissions) de la PCCA, des sanctions complémentaires peuvent être prononcées contre les personnes physiques et morales concernées.

72. En vertu de l'article 28 de la PCCA, un tribunal peut également ordonner que certaines informations concernant la condamnation d'une personne physique et/ou morale soient consignées dans un registre :

- Personne physique : détails sur la personne condamnée, la condamnation et la sanction et autres ordonnances connexes prises par le tribunal ; en particulier, détails sur les entreprises détenues ou contrôlées par la personne condamnée<sup>49</sup> ;
- Personne morale : détails sur la condamnation et la sanction ; détails sur les entreprises et les associés, dirigeants, administrateurs ou autres personnes exerçant ou susceptible d'exercer un contrôle intégral ou partiel sur les entreprises et qui ont participé à l'infraction de corruption visée, en ont eu connaissance ou auraient dû en avoir connaissance<sup>50</sup>.

73. L'obligation de consignation au registre imposée par un tribunal s'applique également à toute autre entreprise créée par la suite et détenue pour tout ou partie par la personne ou l'entreprise condamnée<sup>51</sup>. La personne ou l'entreprise qui participe par la suite à un marché avec l'État ou à un appel

---

<sup>48</sup> Voir, par exemple, *Mohunram and Another v National Director of Public Prosecutions and Another (Law Review Project as Amicus Curiae)* (CCT19/06) [2007] ZACC 4 (26 March 2007) et *S v Shaik* (CCT 86/06) [2007] ZACC (2 October 2007). Il convient également de noter que l'article 25 de la Constitution sud-africaine assure la protection contre la dépossession arbitraire des biens.

<sup>49</sup> PCCA, art. 28(1)(a) et (c).

<sup>50</sup> Ibid., art. 28(1)(b).

<sup>51</sup> Ibid., art. 28(1)(d).

d'offres public doit mentionner le fait qu'elle figure au registre et fournir des détails sur sa condamnation et la sanction qui a été prononcée à son encontre<sup>52</sup>.

74. Comme le prévoit l'article 28(3), le tribunal peut également ordonner que l'inscription au registre s'accompagne de la dénonciation d'un éventuel contrat en cours d'exécution avec le Trésor public<sup>53</sup>. Ce dernier doit dans ce cas décider si la dénonciation du contrat est acceptable pour l'État en prenant en compte des considérations comme le fait que la passation d'un marché avec une autre personne ou entreprise soit possible ou faisable ; et l'étendue et la durée de l'accord ; il peut également obtenir des dommages intérêts de la personne ou entreprise condamnée<sup>54</sup>. Il incombe également au Trésor public de déterminer la période, qui doit obligatoirement être comprise entre cinq et dix ans, pendant laquelle la personne ou l'entreprise sera sous le coup d'une interdiction de marchés publics<sup>55</sup>. Ces restrictions peuvent être imposées seulement lorsqu'un jugement définitif a été rendu par un tribunal (et que tous les recours ont été épuisés).

#### 4. Article 4 : Compétence

##### 4.1 Compétence territoriale

75. 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 relatif à la Convention précise qu'il faudrait faire en sorte qu'un « large rattachement matériel à l'acte de corruption ne soit pas exigé ».

76. Ni la PCCA ni la Loi de procédure pénale ne contiennent de dispositions relatives à l'application de la compétence territoriale en Afrique du Sud. En conséquence, on ignore au juste quel serait le type de rattachement territorial exigé pour permettre à l'Afrique du Sud d'exercer sa compétence territoriale. Par exemple, serait-il considéré comme suffisant que le seul élément de l'infraction de corruption intervenu en Afrique du Sud soit un appel téléphonique ou un message électronique concernant le paiement du pot-de-*vin* ? Les autorités sud-africaines estiment que ces cas seraient couverts étant donné qu'ils équivalraient à « *offrir d'octroyer une gratification* ». Il faudra disposer de plus amples informations et d'une jurisprudence plus étendue pour savoir dans quelle mesure une infraction doit avoir été commise « en tout ou partie sur son territoire » pour que l'Afrique du Sud puisse exercer sa compétence territoriale.

77. Par ailleurs, l'article 35(2) de la PCCA prévoit une forme de compétence territoriale pour les infractions commises par des personnes non couvertes par l'article 35(1) (c'est-à-dire les personnes qui ne sont pas des ressortissants sud-africains. Voir ci-après l'examen de la compétence fondée sur la nationalité.) L'article 35(2) dispose :

*tout acte présumé constituer une infraction à la présente loi [...] indépendamment du fait qu'il constitue ou non une infraction sur le territoire où il est commis, est également présumé avoir été commis sur le territoire de la République si —*

<sup>52</sup> Ibid., art. 28(6).

<sup>53</sup> Le Trésor public sud-africain coordonne les affaires financières et fiscales intergouvernementales ; contrôle la mise en œuvre du budget annuel ; et veille à la gestion efficace des recettes, des dépenses et de l'actif-passif des ministères, des entités publiques et des institutions créés en vertu de la Constitution. Il est chargé de la gestion des finances publiques, notamment de la passation des marchés avec le secteur privé.

<sup>54</sup> PCCA, art. 28(3)(a)(i) et (c).

<sup>55</sup> Ibid., art. 28(3)(a)(ii) et (iii).

- (a) *cet acte affecte ou vise à affecter un organisme public, une entreprise ou une personne implantée sur le territoire de la République ;*
- (b) *la personne se trouve en Afrique du Sud ; et*
- (c) *la personne est pour une raison ou une autre non extradée par l'Afrique du Sud, ou n'est pas visée par une demande d'extradition.*

78. Les dispositions de la PCCA ne précisent pas dans quelle mesure l'acte de corruption doit avoir « affecté » l'entreprise ou la personne. On ignore au juste si ces dispositions couvriraient les actes de corruption commis intégralement à l'étranger mais dont les avantages ont été perçus par une personne en Afrique du Sud. Les autorités sud-africaines sont d'avis que cela dépendrait des circonstances particulières de l'espèce. Elles ajoutent qu'il serait possible de s'en remettre à l'article 233 de la Constitution pour tenir compte de l'exigence relative au fait intentionnel inscrite dans la Convention de l'OCDE sur la corruption (voir plus haut paragraphe 4.)

#### **4.2 Compétence fondée sur la nationalité**

79. 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 ».

80. L'article 35(1) de la PCCA établit la compétence extraterritoriale des tribunaux sud-africains à l'égard des infractions relevant de cette loi, « *que l'acte constitue ou non une infraction dans le territoire où il est commis [...] si la personne inculpée—*

- (a) *est un citoyen de la République ;*
- (b) *est habituellement un résident de la République ;*
- (c) *a été appréhendée sur le territoire de la République ou dans ses eaux territoriales ou à bord d'un navire ou aéronef immatriculé ou devant être immatriculé sur le territoire de la République au moment où l'infraction a été commise ;*
- (d) *est une société constituée ou immatriculée comme telle conformément à la loi sur le territoire de la République ; ou*
- (e) *un ensemble de personnes constitué ou non en société sur le territoire de la République.*

Il semble que cet article étende la compétence fondée sur la nationalité aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

81. De manière générale, les dispositions énoncées dans les articles 35(1) et 35(2) semblent attribuer aux tribunaux sud-africains une assez large compétence fondée sur la nationalité à l'égard des infractions de corruption transnationale (ainsi que des autres infractions de corruption nationale).

#### **4.3 Procédures de consultation**

82. L'article 4.3 de la Convention exige que lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la Convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites.

83. Il semble que les autorités sud-africaines n'aient pas encore arrêté de procédures particulières de consultation avec d'autres Parties à la Convention au sujet de l'infraction de corruption transnationale lorsque l'Afrique du Sud et un autre pays Partie à la Convention ont concurremment compétence pour connaître d'une infraction de corruption transnationale.

#### **4.4 Examen du fondement de la compétence**

84. Comme la législation relative à la compétence fondée sur la nationalité n'est entrée en vigueur qu'en 2004, les autorités sud-africaines estiment qu'il faudra davantage de temps et une jurisprudence plus étoffée pour évaluer l'efficacité du fondement actuel de la compétence en matière de lutte contre la corruption transnationale.

#### **5. Article 5 : Mise en œuvre**

85. L'article 5 de la Convention demande que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger soient « soumises aux règles et principes applicables de chaque Partie ». Il requiert également que chaque Partie garantisse que les enquêtes et poursuites « ne seront pas influencées par 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 ».

##### **5.1 Règles et principes régissant les enquêtes et les poursuites**

86. En Afrique du Sud, les règles et principes régissant les enquêtes et les poursuites relatives à l'infraction de corruption transnationale sont principalement énoncés dans (i) la Loi relative à la prévention et à la répression de la corruption (PCCA) ; (ii) la Loi de procédure pénale ; (iii) La Loi de 1998 relative à l'Autorité nationale des poursuites. Il se peut également que la Loi de 1996 relative aux services d'enquête spéciaux et aux tribunaux spéciaux s'applique dans certains cas. Les lignes directrices en matière de poursuites sont contenues dans les Directives à l'intention des procureurs.

##### *Enquête*

87. Comme l'ont expliqué les autorités sud-africaines, les enquêtes de police sur des infractions de corruption transnationale peuvent être ouvertes (i) lorsque l'affaire est officiellement signalée au Service de police d'Afrique du Sud par dépôt d'une plainte au pénal ; ou (ii) lorsque l'infraction est signalée au Service de police conformément à l'article 34 de la PCCA, qui fait expressément obligation à « toute personne détenant une position d'autorité » de signaler l'infraction. Les autorités sud-africaines indiquent que le Service de police peut ouvrir une enquête d'office (c'est-à-dire de sa propre initiative, par exemple sur la base de comptes rendus détaillés des médias.) Dans certains cas, le Service de police peut déposer plainte en fonction des informations reçues et des demandes d'enquête. La seule condition nécessaire à l'ouverture d'une enquête est l'existence d'un soupçon raisonnable.

88. La population peut également signaler des soupçons de corruption grâce à la ligne téléphonique directe mise en place pour lutter contre la corruption, qu'administre la Commission du service public. En fonction des informations reçues, un rapport est transmis au Service de police pour qu'une enquête soit menée. La ligne directe sert aussi bien au signalement des infractions de corruption nationale que des infractions de corruption transnationale.

89. Il convient de souligner que la corruption, et notamment la corruption transnationale, figure parmi les quatre priorités stratégiques du Service de police d'Afrique du Sud pour 2005-2010. L'unité du Service de police qui est chargée des enquêtes sur les infractions, y compris l'infraction de corruption transnationale, est la Division des enquêtes.

90. En outre, selon certaines dispositions de la PCCA, le Directeur national des poursuites publiques peut demander l'ouverture d'enquêtes sur des biens liés à des actes de corruption. Aux termes des articles 22 et 23 de la Loi, ce dernier peut charger un procureur d'ouvrir une enquête sur des biens utilisés pour commettre ou aider à commettre une infraction de corruption ou sur des biens qui pourraient être les

produits d'une infraction de corruption<sup>56</sup>. Une enquête peut également être effectuée lorsque le Directeur national des poursuites publiques peut démontrer que le train de vie d'une personne ne concorde pas avec ses revenus ou avoirs connus<sup>57</sup>.

91. La Loi de 1996 relative aux services d'enquête spéciaux et aux tribunaux spéciaux a institué un Service d'enquête spécial qui relève directement du Président de la République sud-africaine. Le Service d'enquête spécial est chargé des enquêtes sur les irrégularités graves et les pratiques anormales qui affectent les institutions publiques, les avoirs de l'État et les deniers publics, de même que sur les comportements susceptibles de nuire gravement à l'intérêt public. Aux termes de l'article 2 de la Loi, le Président peut notamment charger ce service d'enquêter sur des affaires de corruption présumée en rapport avec les activités d'une institution publique ainsi que sur des actes illicites ou irréguliers ayant nui ou susceptibles de nuire à l'intérêt public. Le Service d'enquête spécial a été créé principalement pour traiter les affaires de corruption nationale et ne participera sans doute pas aux enquêtes sur des faits de corruption transnationale. On ignore au juste s'il aurait compétence pour traiter les affaires de corruption transnationale mettant en cause, par exemple, des sociétés détenues ou contrôlées par l'État ou bénéficiant d'une aide publique (par exemple des garanties de crédit à l'exportation). La Loi contient d'autres dispositions précisant les fonctions du Service d'enquête spécial, notamment en ce qui concerne les enquêtes sur ces allégations et l'engagement de procédures civiles devant un tribunal spécial.

### *Poursuites*

#### Autorités chargées des poursuites

92. L'Autorité nationale chargée des poursuites, créée en vertu de l'article 179 de la Constitution et régie par la Loi de 1998 relative à l'Autorité nationale chargée des poursuites, est l'instance centrale chargée des poursuites. Ses fonctions et obligations consistent à engager et mener des procédures pénales pour le compte de l'État et de s'acquitter de l'ensemble des tâches nécessaires associées à ces procédures.

93. Le Directeur national des poursuites publiques, de concert avec le ministre de la Justice et après consultation des directeurs des poursuites publiques, définit les orientations en matière de poursuites. Il publie des directives relatives aux poursuites et peut intervenir lorsque celles-ci ne sont pas respectées ; il examine les décisions de poursuivre ou de ne pas poursuivre, après consultation du directeur des poursuites publiques concerné et en prenant en compte les arguments formulés par certaines personnes inscrites sur une liste, y compris l'accusé et le plaignant<sup>58</sup>. Le Directeur national des poursuites publiques peut également demander d'être tenu informé par un directeur des poursuites publiques du déroulement d'une affaire ou d'un processus de poursuite<sup>59</sup>. Ses pouvoirs, obligations et fonctions sont précisés dans l'article 22 de la Loi de 1998 relative à l'Autorité nationale chargée des poursuites.

#### La Direction des opérations spéciales

94. En ce qui concerne en particulier les affaires de corruption, la Loi relative à l'Autorité nationale chargée des poursuites est notamment mise en œuvre par le biais de la Direction des opérations spéciales (les « Scorpions »). La Direction des opérations spéciales a été instituée par la Loi de 2000 portant modification de la Loi relative à l'Autorité nationale chargée des poursuites et a débuté ses activités en janvier 2001. La Direction est placée sous la responsabilité d'un directeur national adjoint des poursuites

---

<sup>56</sup> PCCA, art. 22.

<sup>57</sup> Ibid., art. 23.

<sup>58</sup> Constitution, art. 179(5).

<sup>59</sup> Loi relative à l'Autorité nationale chargée des poursuites, art. 22(4).

publiques qui relève du Directeur national des poursuites publiques. Selon le préambule de la Loi précitée, la Direction des opérations spéciales a été créée pour « engager efficacement les enquêtes et poursuites concernant des actes criminels ou illicites particulièrement graves commis de manière organisée ou certaines infractions ou actes illicites ».

95. La Direction des opérations spéciales peut entreprendre des enquêtes et des procédures pénales concernant des infractions commises « de manière organisée ». Aux termes de l'article 7(1)(b) de la loi précitée, « la criminalité organisée est le fait de commettre, par participation, intervention ou engagement, de manière planifiée, régulière, continue ou répétée, au moins deux actes criminels ou illicites ». Une infraction de corruption transnationale ne serait pas nécessairement assimilable à une infraction commise de façon organisée. La Direction des opérations spéciales a également compétence pour traiter d'autres infractions ou catégories d'infractions définies par le Président par proclamation au Journal officiel<sup>60</sup>. Au nombre de celles-ci figurent les infractions mentionnées dans le Chapitre 2 de la PCCA, notamment l'infraction de corruption transnationale.

96. À l'heure où ce rapport est présenté, on peut penser que la Direction des opérations spéciales cessera ses activités. En février 2008, l'administration sud-africaine a annoncé au Parlement la dissolution des Scorpions, la suppression progressive de l'unité policière chargée de la criminalité organisée et la création, au sein du Service de police d'Afrique du Sud, de la Direction des enquêtes pénales prioritaires, à laquelle seraient affectés des enquêteurs de la Direction des opérations spéciales et des membres du Service de police chargés de la criminalité organisée et de la criminalité économique. La Direction des enquêtes pénales prioritaires, au sein du Service de police sud-africain, mettra en œuvre un dispositif coordonné et intégré de lutte contre les infractions pénales prioritaires, en particulier la criminalité organisée. La Direction des enquêtes pénales prioritaires aura compétence pour lutter contre les infractions de corruption transnationale. Elle travaillera en étroite coopération avec le Service national des poursuites et le Service des saisies d'actifs. Le 9 mai 2008, le ministre de la Police a annoncé qu'il déposerait un projet de loi devant l'Assemblée nationale afin de donner effet à la décision du gouvernement. Le Groupe de travail se dit vivement préoccupé par cette question et note qu'il effectuera un suivi attentif lors des examens futurs afin de veiller à ce que la mise en œuvre effective de l'infraction de corruption transnationale ne soit pas affectée par le redéploiement des responsabilités relatives à l'application de la loi.

### Principes régissant les poursuites

97. La Loi relative à l'Autorité nationale chargée des poursuites accorde à cette dernière un pouvoir d'appréciation en matière de procédure pénale, s'agissant notamment de l'opportunité des poursuites ou de leur abandon<sup>61</sup>. Différentes dispositions inscrites dans la Constitution et dans la Loi relative à l'Autorité nationale chargée des poursuites traitent des questions générales relatives à l'exercice de la faculté d'appréciation en matière de poursuites. Par exemple, l'article 179(4) de la Constitution prévoit que l'autorité chargée des poursuites s'acquitte de ses fonctions sans crainte, favoritisme ou préjugé et l'article 32(1)(a) de la Loi relative à l'Autorité nationale chargée des poursuites dispose que ses membres « se conduisent de manière impartiale et exercent leurs pouvoirs, obligations et fonctions de bonne foi, sans crainte, favoritisme ou préjugé et conformément à la Constitution et à la Loi seulement ». Les Directives à l'intention des procureurs prescrivent également que « lorsqu'un procureur constate qu'il existe suffisamment de preuves pour laisser entrevoir une possible condamnation, il y a lieu normalement d'engager des poursuites, sauf si cela est contraire à l'intérêt public ». Les facteurs qui doivent être examinés lors de la prise en considération de l'intérêt public sont décrits ci-après dans la section 5.2.

<sup>60</sup> Ibid., art. 7(1)(a)(bb).

<sup>61</sup> Loi relative à l'Autorité nationale chargée des poursuites, art. 20.

98. Les Directives à l'intention des procureurs précisent qu'une fois engagées, les poursuites ne peuvent être abandonnées, sauf pour des « motifs impérieux ». Les autorités sud-africaines font le rapprochement entre ces « motifs impérieux » et les « circonstances importantes et impérieuses » évoquées dans plusieurs textes de loi sud-africains. Dans leurs décisions, les tribunaux ont estimé, par exemple, que des éléments de preuve ne laissant pas entrevoir de perspectives raisonnables de succès peuvent constituer des « circonstances importantes et impérieuses<sup>62</sup> ».

## **5.2 *Considérations d'intérêt économique national, effets possibles sur les relations avec un autre État et identité des personnes physiques ou morales en cause***

99. La législation sud-africaine prévoit que les enquêtes et poursuites ne sont pas influencées par des facteurs liés à l'intérêt économique national, l'effet possible sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales concernées.

100. Les enquêtes peuvent être suspendues par le seul Service de police en l'absence de preuves de l'infraction, la décision définitive revenant à l'Autorité nationale chargée des poursuites. Les considérations énoncées à l'article 5 n'entrent pas en ligne de compte à ce stade.

101. On a vu que les procureurs sud-africains conservent une marge d'appréciation pour décider de l'opportunité des poursuites. Selon les Directives à l'intention des procureurs, l'intérêt public est l'un des principaux facteurs que les procureurs doivent prendre en compte pour décider d'engager ou non des poursuites. À cet égard, les Directives précisent que « lorsqu'ils se demandent s'il est ou non dans l'intérêt public d'engager des poursuites, les procureurs doivent examiner l'ensemble des facteurs pertinents, notamment « la nature et la gravité de l'infraction » ; son « impact économique sur la collectivité ; les menaces qu'elle représente pour la population ou les dommages qu'elle a causés aux biens publics ; et ses incidences sur la tranquillité d'esprit et le sentiment de sécurité de la population » [souligné par nous<sup>63</sup>.] De nombreux autres facteurs doivent être envisagés et les Directives précisent également que « la pertinence de ces facteurs et l'importance qui leur est accordée sont fonction des circonstances de chaque espèce ». Les autorités sud-africaines soulignent que « l'impact économique » de l'infraction fait partie en l'occurrence des éléments à prendre en compte lors de l'examen de la « nature et de la gravité de l'infraction » et qu'il serait considéré comme un facteur aggravant seulement si la corruption a une incidence défavorable sur l'économie du pays. Tel serait sans doute le cas d'une infraction de corruption nationale, qui nuirait manifestement à l'économie sud-africaine, mais il est fort possible qu'une enquête en matière de corruption transnationale entraîne les mêmes effets en mettant à mal la situation économique d'une grande société nationale. En conséquence, la prise en compte de l'« impact économique de l'infraction sur la collectivité » soulève de vives préoccupations quant au fait que le traitement d'une infraction de corruption transnationale en Afrique du Sud puisse être influencé par des considérations d'intérêt économique national, ce qui serait contraire aux prescriptions de l'article 5 de la Convention<sup>64</sup>. Le Groupe de travail juge encourageant le fait que les autorités sud-africaines aient exprimé l'intention d'apporter les clarifications nécessaires.

<sup>62</sup> Pour de plus de plus amples détails sur la jurisprudence correspondante, voir les réponses supplémentaires, point 5.1.18.

<sup>63</sup> Voir les réponses supplémentaires, point 5.2.2.

<sup>64</sup> L'article 5 de la Convention dispose :  
*Les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger [...] ne seront pas influencées par 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.*

## 6. Article 6 : Prescription

102. L'article 6 de la Convention exige que le régime de prescription de l'infraction de corruption d'un agent public étranger ménage « un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites » relatives à cette infraction.

103. L'article 18 de la Loi de procédure pénale prévoit que le droit d'engager des poursuites pour une infraction s'éteint à l'expiration d'une période de 20 ans après la commission de l'infraction<sup>65</sup>.

## 7. Article 7 : Blanchiment de capitaux

104. L'article 7 de la Convention dispose que chaque Partie ayant fait en sorte que la corruption de ses agents publics soit une infraction principale aux fins de l'application de sa législation relative au blanchiment de capitaux prendra la même mesure en cas de corruption d'un agent public étranger, quel que soit le lieu où la corruption s'est produite.

### *L'infraction de blanchiment de capitaux*

105. L'article 4 de la Loi relative à la prévention de la criminalité organisée établit l'infraction de blanchiment de capitaux :

*Commet une infraction toute personne qui sait ou devrait raisonnablement savoir qu'un bien constitue le produit ou une partie du produit d'activités illicites et—*

- (a) conclut un accord, une entente ou une transaction avec une personne en rapport avec ce bien, que cet accord, cette entente ou cette transaction soit juridiquement exécutoire ou non ; ou*
- (b) effectue un autre acte en rapport avec ce bien, seule ou de concert avec une autre personne qui a ou est susceptible d'avoir pour effet—*
  - (i) de dissimuler ou camoufler la nature, l'origine, l'emplacement, la cession ou le déplacement dudit bien, son propriétaire ou la part détenue par une personne dans ce bien ; ou*
  - (ii) d'aider une personne qui a commis ou commet une infraction sur le territoire de la République ou ailleurs—*
    - (aa) à éviter des poursuites ; ou*
    - (bb) à enlever ou diminuer le bien acquis directement ou indirectement par suite de la commission de l'infraction.*

106. Comme l'infraction de blanchiment de capitaux instituée par l'Afrique du Sud couvre l'intégralité des produits d'activités illicites, elle s'applique de la même manière, que l'infraction principale soit une infraction de corruption nationale ou une infraction de corruption transnationale.

107. L'article premier de la Loi relative à la prévention de la criminalité organisée définit les « produits d'activités illicites » comme suit : « biens, services, avantages, bénéfices ou récompenses retirés, reçus ou conservés, directement ou indirectement, sur le territoire de la République ou hors de ce territoire [...] en rapport avec une activité illicite ou résultant d'une activité illicite menée par une personne, y compris les biens qui les représentent ». Par « activité illicite », on entend « toute conduite qui constitue une infraction pénale [...] survenue ou non sur le territoire de la République ». Il semble en conséquence

---

<sup>65</sup> Le délai de prescription de certaines infractions est plus long. Tel est le cas des infractions énumérées dans l'article 18(a) à (g) de la Loi de procédure pénale, notamment la trahison, le génocide et d'autres crimes très graves.

que l'infraction de blanchiment de capitaux instituée par l'Afrique du Sud serait applicable « quel que soit le lieu où l'acte de corruption s'est produit », conformément à l'article 7 de la Convention.

108. Le blanchiment de capitaux est puni d'une amende d'au plus 100 millions ZAR (7 820 000 EUR ; 12 341 000 USD), ou d'au plus 30 ans d'emprisonnement<sup>66</sup>. La responsabilité pénale pour blanchiment de capitaux s'étend aux personnes morales comme aux personnes physiques<sup>67</sup>.

109. La partie du *Rapport annuel 2002-2003 du Groupe d'action financière* consacrée à l'Afrique du Sud indique que l'infraction de blanchiment de capitaux couvre l'auto-blanchiment, de même que le blanchiment des produits d'une infraction commise par une autre personne.

#### *Déclaration de l'infraction de blanchiment de capitaux*

110. La Loi de 2001 relative au Centre de renseignements financiers définit les obligations relatives à la déclaration du blanchiment de capitaux.

111. L'article 21 de la Loi établit l'obligation des « institutions responsables » d'identifier les clients et d'autres personnes concernées. Les institutions responsables, définies dans l'annexe 1 de la Loi relative au Centre de renseignements financiers, comprennent différentes institutions financières ainsi que les avocats et les personnes qui dispensent des services de conseil ou de courtage en placements, y compris les experts-comptables qui fournissent ces services. Les cabinets comptables doivent également tenir un registre de leurs relations d'affaires et de leurs transactions et communiquer au Centre de renseignements financiers, lorsqu'il en fait la demande, des informations sur les clients et les personnes agissant pour leur compte<sup>68</sup>.

112. L'article 28 de la Loi relative au Centre de renseignements financiers dispose que les institutions responsables et les institutions déclarantes déclarent au Centre de renseignements financiers, dans le délai prescrit, les transactions en espèces dépassant la limite autorisée. Selon l'Annexe 3 de la Loi, les institutions déclarantes sont les personnes qui vendent des véhicules automobiles ou effectuent des transactions en rands sud-africains (ZAR).

113. C'est l'article 29 de la Loi relative au Centre de renseignements financiers qui instaure l'obligation de déclarer les transactions suspectes et inhabituelles au Centre de renseignements financiers. Cet article dispose qu'« une personne qui exploite une entreprise ou est responsable, administrateur ou salarié d'une entreprise » déclare au Centre de renseignements financiers le fait qu'elle connaît ou soupçonne l'existence d'une transaction en rapport avec des produits « d'activités illicites » et fournit des détails précis sur cette transaction. L'article 29 interdit également d'informer un client qu'il a fait l'objet d'une déclaration.

114. Le non-respect des obligations de déclaration mentionnées plus haut est puni d'une amende d'au plus 10 millions ZAR (782 000 EUR ; 1 234 000 USD) ou d'au plus 15 ans d'emprisonnement.

---

<sup>66</sup> Loi relative à la prévention de la criminalité organisée, art. 8.

<sup>67</sup> Voir dans la partie consacrée à l'article 2 (personnes morales) l'explication selon laquelle en droit sud-africain, « personne » comprend les personnes physiques et les personnes morales.

<sup>68</sup> Loi relative au Centre de renseignements financiers, art. 22 et 27.

## 8. Article 8 : Normes comptables

115. L'article 8 de la Convention exige que chaque Partie prenne les mesures nécessaires, dans le cadre de ses lois et règlements concernant la tenue des livres et états comptables, la publication d'informations sur les états financiers et les normes de comptabilité et de vérification des comptes, pour interdire aux entreprises soumises à ces lois et règlements l'établissement de comptes hors livres, les opérations hors livres ou insuffisamment identifiées, l'enregistrement de dépenses inexistantes, l'enregistrement d'éléments de passif dont l'objet n'est pas correctement identifié, ainsi que l'utilisation de faux documents, dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler cette corruption. La Convention exige également que chaque Partie prévoie des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de telles omissions ou falsifications.

### 8.1/ 8.2 Dispositions concernant la comptabilité et la vérification des comptes / Entreprises soumises à ces dispositions

#### *Livres et états comptables / Normes de comptabilité*

116. La Loi de 1973 sur les sociétés contient des dispositions sur la tenue des registres comptables. En 2006, la Loi portant modification de la Loi sur les sociétés a introduit des dispositions plus détaillées sur la tenue des registres comptables. En outre, cette loi instituait le Conseil des normes comptables (le Conseil), qui est chargé de définir des normes en matière de communication d'informations financières<sup>69</sup>. La Loi de 2004 relative aux services de valeurs mobilières contient d'autres règles applicables aux sociétés cotées à la JSE (bourse sud-africaine).

117. L'article 284 de la Loi sur les sociétés demande que toutes les sociétés conservent des pièces comptables afin d'assurer la représentation fidèle de leur situation financière et de leur activité. Il exige également des relevés des éléments d'actif et de passif ; un registre des immobilisations ; des écritures suffisamment détaillées correspondant aux entrées et aux sorties quotidiennes d'argent ; une comptabilisation des biens vendus ou achetés ; et des états financiers annuels<sup>70</sup>.

118. En outre, les sociétés faisant appel à l'épargne publique doivent respecter des normes comptables plus rigoureuses définies par le Conseil<sup>71</sup> conformément aux normes comptables internationales IFRS (*International Financial Reporting Standards*) établies par l'IASB (*International Accounting Standards Board*<sup>72</sup>). Les sociétés à responsabilité limitée doivent se conformer aux normes comptables établies par le Conseil à leur intention en consultation avec des représentants de sociétés de cette catégorie<sup>73</sup>.

119. En ce qui concerne les entités du secteur public, la Loi de 1999 relative à la gestion des finances publiques définit les exigences en matière de normes comptables imposées aux institutions des administrations nationales et des provinces et aux entités placées sous leur contrôle, notamment aux nombreuses sociétés d'État ou placées sous le contrôle de l'État. Le Conseil des normes comptables

<sup>69</sup> Voir l'article 53 de la Loi portant modification de la Loi de 1973 sur les sociétés, qui ajoute à cette loi le Chapitre XVB concernant les normes comptables, ainsi que l'article 440P instituant le Conseil des normes comptables.

<sup>70</sup> Loi de 1973 sur les sociétés, art. 284(1).

<sup>71</sup> Ibid., art. 285A(1) introduit par l'article 36 de la Loi portant modification de la Loi sur les sociétés.

<sup>72</sup> Ibid., art. 440S introduit par l'article 53 de la Loi portant modification de la Loi sur les sociétés.

<sup>73</sup> Voir l'article 285A(2) de la Loi de 1973 sur les sociétés introduit par l'article 36 de la Loi portant modification de la Loi sur les sociétés ; et l'article 440S de la Loi de 1973 sur les sociétés introduit par l'article 53 de la Loi portant modification de la Loi sur les sociétés.

institué aux termes du Chapitre XI de la Loi de 1999 relative à la gestion des finances publiques définit les normes comptables IPSAS (*International Public Sector Accounting Standards*) destinées au secteur public en s'inspirant des normes comptables internationales publiées par l'IFAC (*International Federation of Accountants*). Ces normes interdisent les opérations hors livres et l'établissement de comptes hors livres et prévoient des obligations de communication d'informations sur les engagements hors bilan importants.

#### *Dispositions relatives à la vérification externe*

120. Aux termes de l'article 286 de la Loi de 1973 sur les sociétés, les administrateurs de sociétés, toutes catégories confondues, doivent présenter des états financiers annuels donnant une image fidèle de la situation financière et des activités des sociétés. L'article 286(2)(d) prévoit que ces états financiers comprennent un rapport établi par un vérificateur. L'article 300 énumère les obligations du vérificateur en ce qui concerne les états financiers annuels, à savoir : (a) examiner les états financiers annuels ; (b) s'assurer que des pièces comptables appropriées sont conservées ; (f) obtenir tous les renseignements nécessaires pour s'acquitter de ses obligations ; (g) s'assurer que les états financiers de la société reflètent ses pièces comptables ; (i) effectuer au besoin d'autres vérifications des pièces comptables et des procédures d'audit pour s'assurer que les états financiers reflètent fidèlement la situation financière de la société ou de la société et de ses filiales ; enfin, de manière générale (l) se conformer à toute autre obligation applicable aux termes de la Loi de 2005 relative à la profession de vérificateur.

121. D'autres exigences relatives à la conduite des vérifications comptables sont énoncées dans la législation régissant différents secteurs d'activité et sont contraignantes pour l'ensemble des sociétés, qu'elles soient cotées ou non.

122. La Loi sur les sociétés fermées prévoit un autre moyen par lequel une entité peut exercer des activités commerciales (sociétés ne faisant pas appel à l'épargne publique). Ces sociétés ne sont pas tenues de se soumettre à des vérifications externes de leurs comptes mais un comptable (agréé ou non) doit établir un rapport confirmant entre autres que leurs états financiers sont conformes à leurs pièces comptables.

123. La Loi de 1999 relative à la gestion des finances publiques exige que les entités du secteur public réalisent des audits internes, mettent en place un comité d'audit et adoptent d'autres mesures de contrôle interne. Ces entités sont soumises à une vérification externe conduite par le Contrôleur général d'Afrique du Sud, qui a adopté dans leur intégralité les normes d'audit publiées par l'IAASB (*International Auditing and Assurance Standards Board*) de l'IFAC. Chaque norme comporte un volet particulier applicable au secteur public. Les normes de l'IAASB portent sur la responsabilité du vérificateur dans la prise en considération de fraudes lors de la vérification d'états financiers (ISA 240) et la communication d'informations sur les fraudes et l'intégrité des dirigeants (ISA 260). Le mandat du Contrôleur général consiste notamment à rendre compte des cas graves de non-respect de la législation et de l'ensemble des affaires portées à son attention et considérées comme relevant de l'intérêt public. Les rapports sont soumis à un processus de gestion de la qualité mené par le Conseil des comptables et des vérificateurs du secteur public et déposés devant l'assemblée législative (nationale, provinciale ou locale) au titre de la surveillance exercée par la sphère politique et l'opinion publique.

#### *Signalement des infractions*

124. En vertu de la législation sud-africaine relative au blanchiment de capitaux, les vérificateurs doivent respecter certaines obligations de signalement des infractions<sup>74</sup>. Ils ne sont pas tenus de se conformer à des obligations particulières de signalement d'actes présumés de corruption (nationale ou transnationale).

---

<sup>74</sup> Loi de 2001 relative au Centre de renseignements financiers, art. 29.

125. L'article 45 de la Loi de 2005 relative à la profession de vérificateur exige toutefois que les vérificateurs portent à l'attention de l'IRBA (*Independent Regulatory Board for Auditors*) les irrégularités soumises à signalement. À la réception d'un signalement, l'IRBA doit notifier par écrit dans les plus brefs délais l'autorité de tutelle compétente en lui fournissant les précisions voulues sur l'irrégularité<sup>75</sup>. Il semble qu'aucune sanction ne soit prévue à l'encontre des vérificateurs qui ne se conforment pas à leur obligation de signalement aux termes de l'article 45. Les autorités sud-africaines font remarquer que c'est plutôt à l'IRBA qu'il incombe de transmettre les signalements à l'autorité de tutelle compétente.

126. En ce qui concerne l'article premier de la Loi, une « irrégularité soumise à signalement » est un acte ou une omission illicite commis par un dirigeant de la société auditée qui (a) a entraîné ou est susceptible d'entraîner une perte financière importante pour l'entité, ses associés ou ses actionnaires ; (b) a un caractère frauduleux ou est assimilable à un vol ; ou (c) constitue un manquement grave à un devoir de loyauté. On ignore au juste si le paiement d'un pot-de-vin à un agent public étranger correspondrait à la définition d'une « irrégularité soumise à signalement », en particulier si le pot-de-vin n'a pas entraîné de perte pour l'entité mais lui a au contraire permis de réaliser un gain financier, par exemple grâce à l'obtention d'un marché public. Les autorités sud-africaines sont d'avis que la corruption transnationale correspondrait sans doute à la définition d'une irrégularité soumise à signalement étant donné que le versement d'un pot-de-vin équivaudrait à un acte ou à une omission ayant un caractère frauduleux.

### 8.3 Sanctions

127. L'article 284(4) de la Loi de 1973 sur les sociétés prévoit que le fait de ne pas se conformer aux obligations comptables imposées par l'article 284 constitue une infraction imputable à la société de même qu'à son dirigeant ou à son administrateur<sup>76</sup>. Aux termes de l'article 441(d) de la Loi, cette infraction est punie d'une amende et/ou d'au plus deux ans d'emprisonnement.

128. L'article 287 de la Loi de 1973 sur les sociétés érige en infraction le fait pour une société de publier des états financiers ou des circulaires incomplets. Cette infraction est punie d'au plus trois mois d'emprisonnement et/ou d'une amende.

129. L'article 287A de la Loi introduit par l'article 39 de la Loi portant modification de la Loi sur les sociétés concerne les rapports mensongers ou trompeurs. Aux termes de cet article, est coupable d'une infraction une personne qui prend part à la préparation, à l'autorisation, à la publication, à la diffusion ou à la présentation d'un rapport dont elle sait ou devrait savoir qu'il est mensonger ou trompeur. Cette personne encourt une amende et/ou au plus deux ans d'emprisonnement<sup>77</sup>.

130. Lorsqu'il découvre un manquement aux obligations définies par la Loi de 1973 sur les sociétés, le ministère du Commerce et de l'Industrie peut formuler un avis négatif à l'encontre de la société concernée ou de ses administrateurs. Le ministère signale les comportements frauduleux ou négligents à l'Autorité nationale chargée des poursuites, en vue de poursuites éventuelles. Le ministère a compétence pour

<sup>75</sup> Les autorités de tutelle compétentes sont désignées par l'IRBA et peuvent comprendre un service de l'administration nationale ; un agent comptable des registres ; un régulateur ; un organisme ; une autorité ; un centre ; un conseil ; ou une institution similaire. Actuellement, le ministère du Commerce et de l'Industrie ainsi que le Conseil des services financiers font partie des « autorités de tutelle compétentes ».

<sup>76</sup> Aux termes de l'article 284(4)(b) de la Loi de 1973 sur les sociétés, les dirigeants ou les administrateurs qui sont en mesure de prouver qu'ils avaient des motifs raisonnables de croire qu'une personne compétente et fiable était chargée de s'assurer que l'article 284 était respecté peuvent utiliser ce fait comme moyen de défense.

<sup>77</sup> Loi de 1973 sur les sociétés, art. 441(d).

enquêter seulement. Ses activités répressives sont relayées par d'autres instances comme l'Autorité nationale chargée des poursuites et le Service de police sud-africain.

## **9. Article 9 : Entraide judiciaire**

### **9.1 Lois, traités et accords permettant l'entraide judiciaire**

131. L'article 9.1 de la Convention exige que chaque Partie coopère autant qu'elle le peut avec les autres Parties, et leur accorde « une entraide judiciaire prompte et efficace » aux fins des enquêtes et procédures pénales, ainsi qu'aux fins des procédures non pénales relevant de la Convention engagées par une Partie contre des personnes morales.

#### *9.1.1 Questions pénales*

132. Les autorités sud-africaines font savoir qu'elles accordent l'entraide judiciaire dans les affaires pénales sur la base de traités bilatéraux et multilatéraux et suivant le principe de courtoisie internationale.

133. L'Afrique du Sud a signé des traités bilatéraux d'entraide judiciaire avec les pays suivants Parties à la Convention : l'Argentine, le Canada, les États-Unis et la France. En tant que membre du Commonwealth, l'Afrique du Sud adhère également au Mécanisme du Commonwealth pour l'assistance mutuelle en matière criminelle (Plan de Harare), à l'instar des pays suivants Parties à la Convention : l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni<sup>78</sup>.

134. Nonobstant ces traités d'entraide judiciaire bilatéraux et multilatéraux, l'Afrique du Sud a adopté en 1996 la Loi relative à la coopération internationale en matière pénale afin de faciliter l'exécution des demandes d'entraide judiciaire, notamment avec les pays avec lesquels elle n'a pas conclu de traité à cet égard. La Loi vise à faciliter la fourniture de preuves et l'exécution des peines dans les affaires pénales ainsi que la confiscation et le transfert des produits d'actes criminels.

135. Aux termes des articles 2 et 7 de la Loi relative à la coopération internationale en matière pénale, les demandes d'entraide judiciaire doivent être adressées au Directeur général du ministère de la Justice et du Développement constitutionnel. Le Directeur général agit en qualité d'autorité centrale pour les demandes reçues ou adressées par l'Afrique du Sud. Aux termes de l'article 7 de la Loi, le Directeur général doit soumettre les demandes reçues par l'Afrique du Sud au ministre de la Justice, qui les juge recevables si (i) des poursuites ont été engagées devant un tribunal compétent dans l'État requérant ; (ii) il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise dans l'État requérant, ou il faut obtenir la preuve qu'une telle infraction a été commise et fait l'objet d'une enquête dans l'État requérant. Une fois que le ministre a jugé la demande recevable, celle-ci (ou les éléments de preuve ou documents nécessaires pour accorder l'entraide judiciaire) est transmise au magistrat compétent de la région où réside le témoin. La Loi relative à la coopération internationale en matière pénale ne contient pas de dispositions concernant la marge d'appréciation du ministre lorsqu'il s'agit d'examiner une demande d'entraide judiciaire.

136. Les autorités sud-africaines indiquent qu'il existe une tendance croissante à refuser l'entraide au nom de considérations fondamentales liées à la Constitution comme la probabilité que les preuves requises serviront à poursuivre ou torturer la personne contre laquelle elles sont censées être utilisées. Elles ajoutent que le ministre peut par ailleurs être tenu de refuser une demande pour des motifs définis dans les dispositions des traités d'entraide judiciaire bilatéraux ou multilatéraux. Ces dispositions peuvent par

---

<sup>78</sup> L'Afrique du Sud a également négocié des traités avec les pays suivants non Parties à la Convention : l'Algérie, la Chine, l'Égypte, la Hongrie, l'Inde, l'Iran, le Lesotho, la Namibie, le Nigeria et la Zambie.

exemple conduire au refus d'accorder l'entraide judiciaire si la demande concerne un délit politique ; qu'elle risque de représenter une menace pour la sécurité nationale ; et qu'il y a des raisons de croire qu'elle porte sur des poursuites engagées contre une personne pour des raisons liées à sa race, à sa religion, à ses opinions et pour d'autres raisons se rapportant aux droits de l'homme.

137. Les articles 8 à 11 de la Loi relative à la coopération internationale en matière pénale portent sur l'examen des témoignages et la présentation de documents. Le Chapitre 3, sur l'exécution réciproque des peines et les ordonnances de réparation ; et le Chapitre 4, sur la confiscation et le transfert des produits d'une infraction. La Loi ne fixe pas de règle quant aux mesures coercitive et non coercitives qui pourraient ou non être adoptées à la suite d'une demande d'entraide judiciaire. On trouve des dispositions relatives aux mesures coercitives ou non qui peuvent être prises dans le cadre de l'exécution des demandes d'entraide judiciaire (enquêtes qui doivent être diligentées, documents et déclarations écrite sous serment) dans la Loi de 1995 sur les services de police, la Loi de procédure pénale de 1977 (déclarations qui doivent être obtenues, citations à comparaître, perquisition et saisie) et la Loi de 1998 relative à la prévention de la criminalité organisée (mesures contraignantes en rapport avec la confiscation ou la saisie des biens obtenus à la suite d'un acte criminel).

138. Compte tenu de la définition de « personne » énoncée dans la Loi d'interprétation de 1957, qui couvre les personnes physiques et les personnes morales constituées ou non en société, il est présumé que les dispositions de la Loi relative à la coopération internationale en matière pénale s'appliquent tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

#### *9.1.2 Questions non pénales*

139. L'Afrique du Sud ne peut accorder l'entraide judiciaire demandée au titre de la responsabilité administrative (et non pénale). L'Afrique du Sud peut accorder l'entraide judiciaire dans son cadre juridique seulement et le seul texte de loi aux termes desquels l'entraide peut être accordée est la Loi de 1996 relative à la coopération internationale en matière pénale.

140. Cela signifie notamment que l'Afrique du Sud ne serait pas en mesure d'accorder l'entraide judiciaire à des pays étrangers dans le cadre de poursuites administratives visant des personnes morales.

### **9.2 Double incrimination**

141. Aux termes de l'article 9.2 de la Convention, lorsqu'une Partie subordonne l'entraide judiciaire à une double incrimination, celle-ci est réputée exister si l'infraction pour laquelle l'entraide est demandée relève de la Convention.

142. Les autorités sud-africaines affirment que la double incrimination n'est habituellement pas une condition préalable à l'entraide judiciaire. La Loi de 1996 relative à la coopération internationale en matière pénale ne contient pas de disposition concernant l'obligation de double incrimination et de manière générale, il en va de même des traités bilatéraux conclus par l'Afrique du Sud. Cependant, aux termes de l'accord de Harare, l'entraide judiciaire peut être refusée au motif de l'absence de double incrimination.

### **9.3 Secret bancaire**

143. Aux termes de l'article 9.3 de la Convention, une Partie ne peut refuser d'accorder l'entraide judiciaire en invoquant le secret bancaire.

144. Les autorités sud-africaines déclarent qu'elles ne pourraient refuser d'accorder l'entraide judiciaire à raison d'affaires pénales en invoquant le secret bancaire. Elles expliquent que ni la Loi de 1996 relative à la coopération internationale en matière pénale ni les traités bilatéraux qu'elle a conclus ne

prévoient la possibilité de refuser l'entraide judiciaire en invoquant le secret bancaire. Il faut toutefois souligner que la loi précitée n'indique pas précisément les mesures coercitives qui pourraient ou non être prises dans le cadre de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire.

## 10. Article 10 : Extradition

### 10.1/ 10.2 Extradition relative à l'infraction de corruption d'un agent public étranger / fondement juridique de l'extradition

145. L'article 10.1 de la Convention demande aux Parties de faire de la corruption d'un agent public étranger une infraction pouvant donner lieu à une extradition en vertu de leur droit et des conventions d'extradition existant entre celles-ci. L'Article 10.2 dispose que lorsqu'une Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'une convention d'extradition reçoit une demande d'extradition de la part d'une autre Partie avec laquelle elle n'a pas de convention d'extradition, elle « peut considérer la présente Convention comme base juridique pour l'extradition en ce qui concerne l'infraction de corruption d'un agent public étranger ».

146. Aux termes de la Loi de 1962 relative à l'extradition, l'Afrique du Sud peut extradier des personnes accusées ou reconnues coupables d'une « infraction pouvant donner lieu à extradition », qu'il y ait ou non convention d'extradition, sous réserve que certains critères soient réunis. Aux termes de l'article premier de la Loi, les « infractions pouvant donner lieu à extradition » sont les infractions punies d'au moins six mois d'emprisonnement et comprennent en conséquence l'infraction de corruption transnationale en Afrique du Sud. La Loi relative à l'extradition prévoit également que le Président peut signer, modifier ou révoquer des conventions d'extradition conclues avec un État étranger concernant des « infractions pouvant donner lieu à extradition ou des infractions précisées dans ces conventions<sup>79</sup> », ou « désigner un État étranger pour les besoins de l'exécution de l'article 3(3)<sup>80</sup> ».

147. En vertu de l'article 3 de la Loi relative à l'extradition, qui porte sur les « *personnes pouvant être extradées* » :

- (1) *Une personne accusée d'avoir commis une infraction visée par une convention d'extradition sur le territoire d'un État étranger partie à cette convention ou condamnée pour cette infraction peut, sous réserve des dispositions de la présente loi, être extradée vers cet État conformément aux dispositions de cette convention et ce, que l'infraction ait été commise avant ou après la date de prise d'effet de la présente loi ou avant ou après l'entrée en vigueur de la convention, et qu'un tribunal de la République ait ou non compétence pour juger cette personne à raison de cette infraction.*
- (2) *Une personne accusée d'une infraction pouvant donner lieu à extradition commise sur le territoire d'un État étranger non partie à une convention d'extradition ou condamnée pour avoir commis cette infraction peut être extradée vers cet État étranger si le Président a consenti par écrit à cette extradition.*
- (3) *Une personne accusée d'une infraction pouvant donner lieu à extradition commise sur le territoire d'un État désigné ou condamnée pour avoir commis cette infraction peut être extradée vers cet État désigné, que l'infraction ait été commise avant ou après que cet État*

<sup>79</sup> L'Afrique du Sud a conclu des conventions d'extradition avec l'Algérie, l'Australie, le Botswana, le Canada, la Chine, l'Égypte, les États-Unis, Israël, le Lesotho, le Malawi, le Nigeria, et le Swaziland. Elle a négocié des traités qui ne sont toutefois pas encore signés avec l'Argentine ; Hong Kong, Chine ; la Hongrie ; la Namibie et la Zambie.

<sup>80</sup> Loi de 1962 relative à l'extradition, article 2(1).

*ait été désigné et qu'un tribunal de la République ait ou non compétence pour la juger à raison de cette infraction.*

148. Qu'une convention d'extradition soit ou non en place, il est toujours exigé que l'infraction au titre de laquelle l'extradition est demandée ait été « commise sur le territoire » [souligné par nous] de l'État étranger requérant. On peut donc craindre que l'Afrique du Sud ne puisse pas accorder l'extradition pour une infraction qui a été commise sur son territoire ou hors du territoire de l'État requérant (c'est-à-dire là où cet État exerce une compétence fondée sur la nationalité.) Étant donné que la corruption d'agents publics étrangers est davantage susceptible d'être commise à l'étranger, le fait de restreindre la possibilité d'extradition aux infractions commises sur le territoire de l'État requérant constitue un obstacle considérable à l'application, par des États étrangers, de la compétence fondée sur la nationalité. Dans les cas où l'infraction a été commise sur son territoire, quand bien même l'Afrique du Sud souhaiterait exercer sa compétence, il se peut que l'État requérant soit mieux placé pour exercer des poursuites, par exemple parce des éléments de preuve lui sont accessibles, notamment des témoignages et des documents financiers. Au moment où ce rapport est présenté, les autorités sud-africaines indiquent que la Loi de 1962 relative à l'extradition est en cours de remaniement et que l'exigence que l'infraction soit commise sur le territoire de l'État requérant sera retirée du projet de loi sur l'extradition.

149. Les articles 4 à 12 de la Loi relative à l'extradition définissent les différentes étapes présidant au traitement des demandes d'extradition. Selon ces dispositions, une fois qu'un magistrat a été notifié par le ministre de la Justice d'une demande concernant l'extradition d'une personne vers un État étranger, une enquête est ouverte dans les plus brefs délais en vue de remettre la personne concernée à l'État requérant. Lorsque le magistrat conclut à « l'existence d'éléments de preuve suffisants pour justifier l'engagement de poursuites au titre de l'infraction » dans l'État requérant, il prend une ordonnance pour que cette personne soit incarcérée jusqu'à ce que le ministre de la Justice décide de la remettre ou non à l'État requérant. Le ministre peut refuser l'extradition pour différentes raisons, notamment lorsque des procédures sont déjà engagées contre cette personne ou que cette personne purge ou est sur le point de purger une peine de prison en Afrique du Sud ; lorsqu'il redoute que la demande d'extradition ne soit pas faite de bonne foi ou que la personne en cause soit poursuivie, punie ou lésée en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques<sup>81</sup>.

### **10.3 Extradition de ressortissants**

150. L'article 10.3 de la Convention prévoit que chaque Partie prend les mesures nécessaires pour faire en sorte soit de pouvoir extraditer ses ressortissants, soit de pouvoir les poursuivre à raison de l'infraction de corruption d'un agent public étranger. Une Partie qui refuse une demande d'extradition d'une personne pour corruption d'un agent public étranger au seul motif que cette personne est son ressortissant doit soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

151. Les autorités sud-africaines indiquent qu'elles n'interdisent pas l'extradition de leurs ressortissants et ce, aussi bien dans la Loi relative à l'extradition que dans les conventions d'extradition signées avec les États désignés.

### **10.4 Double incrimination**

152. Aux termes de l'article 10.4 de la Convention, lorsqu'une Partie subordonne l'extradition à l'existence d'une double incrimination, cette condition est réputée remplie lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée relève de la Convention.

---

<sup>81</sup> Loi de 1962 relative à l'extradition, article 11.

153. On l'a vu, l'article premier de la Loi relative à l'extradition est conforme au principe de double incrimination dans la mesure où il exige qu'il y ait infraction aux termes du droit sud-africain et du droit étranger et que cette infraction soit passible d'au moins six mois d'emprisonnement. Si les dispositions de l'article premier sont remplies, l'exigence de double incrimination serait réputée respectée. Étant donné que la corruption transnationale est punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement devant un tribunal de district, d'au moins 18 ans devant un tribunal régional et de l'emprisonnement à perpétuité devant un tribunal de grande instance, la corruption transnationale peut être considérée comme une infraction pouvant donner lieu à extradition aux termes de la Loi précitée.

154. Les autorités sud-africaines indiquent que les traités d'extradition conclus avec l'Australie, le Canada et les États-Unis tiennent compte également du principe de double incrimination.

#### **11. Article 11 : Autorités responsables**

155. L'article 11 de la Convention demande que chaque Partie notifie au Secrétaire général de l'OCDE une autorité ou des autorités, chargées de l'envoi et de la réception des demandes de consultation, d'entraide judiciaire et d'extradition, qui joueront le rôle d'interlocuteur.

156. Le Directeur général du ministère de la Justice et du Développement constitutionnel est l'autorité responsable désignée conformément à l'article 11.

### **B. MISE EN ŒUVRE DE LA RECOMMANDATION**

#### **3. Déductibilité fiscale**

157. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, la Loi de 1962 relative à l'impôt sur le revenu a été modifiée de manière que la non-déductibilité des pots-de-vin soit expressément prévue. Aux termes de l'article 23(o) de la Loi, aucune déduction ne peut être accordée au titre de dépenses dans les cas suivants—

- (i) *« lorsque le paiement de ces dépenses ou l'accord ou l'offre concernant ce paiement constitue un acte visé par le Chapitre 2 de la Loi de 2004 relative à la prévention et à la répression de la corruption (Loi n° 12 de 2004) ; ou*
  - (ii) *ces dépenses constituent une amende ou une sanction imposées à la suite d'une opération illicite menée dans sur le territoire de la République. »*
- [souligné par nous.]

158. L'infraction de corruption transnationale et les infractions connexes comme les actes de corruption en rapport avec des marchés et l'acceptation et le rejet de soumissions relèvent du Chapitre 2 de la PCCA. Les autorités sud-africaines soulignent que les termes « paiement de ces dépenses » doivent être interprétés le plus largement possible étant donné que cette disposition se rapporte clairement à un « acte visé par le Chapitre 2 de la PCCA ». Le Chapitre 2 traite les infractions au titre des opérations de corruption, notamment l'infraction de corruption transnationale (article 5) et mentionne le fait d'octroyer une « gratification ». Le terme « gratification » est défini au sens large et comprend les pots-de-vin sous forme de services ou d'autres avantages immatériels. Les autorités sud-africaines reconnaissent toutefois que lorsque le pot-de-vin prend la forme d'un service ou d'un autre avantage immatériel, il peut se révéler plus difficile de l'évaluer avec précision et/ou de refuser sa déduction.

159. Les autorités sud-africaines indiquent qu'il n'est pas nécessaire qu'une condamnation ait été prononcée pour que soit refusée une déduction au titre d'un pot-de-vin versé à un agent public étranger, étant donné que la disposition mentionne seulement le refus d'autoriser une déduction en rapport avec des opérations particulières, notamment le paiement de pots-de-vin. Il n'est pas demandé qu'une condamnation pénale ait été prononcée pour corruption, mais simplement que soit refusée une déduction au titre des dépenses liées à ces opérations. Cependant, en raison de la règle générale applicable en droit sud-africain selon laquelle « le fardeau de la preuve incombe à l'accusation », il appartient à l'État de prouver qu'un paiement constitue une infraction à la PCCA et n'est de ce fait pas déductible.

160. En ce qui concerne la coopération et la communication entre l'administration fiscale et les autorités répressives, la législation fiscale sud-africaine contient des dispositions générales relatives à la préservation de la confidentialité qui interdisent à l'administration fiscale sud-africaine (South African Revenue Service) de divulguer à des tiers des informations sur les affaires des contribuables. Des exceptions spécifiques permettent toutefois la divulgation de certaines informations au Service de la police ou au Directeur national des poursuites publiques, sous réserve qu'un juge prononce une ordonnance autorisant la divulgation. Seules peuvent être communiquées les informations susceptibles d'apporter la preuve d'une infraction grave punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement ou qui peuvent être utiles à l'enquête sur cette infraction ou aux poursuites auxquelles elle peut donner lieu. L'administration fiscale pourrait fournir ces informations sur la base d'une ordonnance prononcée par un tribunal dans le cadre d'une enquête sur une infraction de corruption transnationale<sup>82</sup>.

161. En outre, certains textes législatifs permettent d'outrepasser l'obligation de confidentialité imposée à l'administration fiscale par la législation sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une ordonnance d'un tribunal. C'est ce que prévoit notamment l'article 71 de la Loi relative à la lutte contre la criminalité organisée<sup>83</sup>. Les autorités sud-africaines expliquent qu'en conséquence, s'il est demandé à l'administration fiscale de fournir des informations dans le but de procéder à la confiscation ou au blocage de certains biens en vertu de la Loi relative à la lutte contre la criminalité organisée, dans des affaires concernant des actes illicites de corruption transnationale, les éléments de preuve pourraient également être utilisés pour engager des poursuites à raison de l'infraction de corruption transnationale.

162. En ce qui concerne l'échange de renseignements fiscaux au niveau international, l'administration fiscale sud-africaine peut échanger des renseignements avec une autorité fiscale étrangère seulement si la convention fiscale conclue avec le pays étranger concerné contient un article relatif à l'échange de renseignements. Les autorités sud-africaines indiquent que même s'il peut y avoir des écarts par rapport à l'article consacré à l'échange de renseignements du Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune établi par l'OCDE, la plupart des conventions fiscales en reprennent la formulation.

---

<sup>82</sup> La corruption transnationale emporte au plus cinq ans d'emprisonnement devant un tribunal de première instance, 18 ans devant un tribunal régional et l'emprisonnement à perpétuité devant un tribunal de grande instance.

<sup>83</sup> D'autres textes de loi prévoient la possibilité d'outrepasser l'obligation de confidentialité imposée par la législation au Service du revenu : ce sont la Loi de 1992 relative aux stupéfiants et au trafic de stupéfiants et la Loi de 2001 relative au Centre de renseignements financiers.

## ÉVALUATION DE L'AFRIQUE DU SUD

### Remarques générales

163. Le Groupe de travail se félicite du niveau élevé de coopération et d'ouverture démontré par les autorités sud-africaines au cours du processus d'examen. Il apprécie également le fait que l'Afrique du Sud ait maintenu un contact régulier avec le Secrétariat au cours de la préparation des réponses au questionnaire de Phase 1 afin que l'examen puisse être effectué à partir d'informations complètes et pertinentes.

164. L'article 5 de la Loi relative à la prévention et à la répression de la corruption (la PCCA) érige en infraction pénale la corruption d'agents publics étrangers. Le Groupe de travail est d'avis que dans l'ensemble, la législation sud-africaine est conforme aux normes de la Convention, sous réserve des questions soulevées ci-après. De plus, certains aspects de la législation sud-africaine mériteraient de faire l'objet d'un suivi au cours du processus d'évaluation de Phase 2.

### Questions spécifiques

#### 1. L'infraction de corruption active d'agents publics étrangers

##### Exigence relative au fait intentionnel

165. L'infraction de corruption transnationale instaurée par la PCCA ne fait pas expressément référence à un élément intentionnel. Il semble en conséquence que l'intention doit résider dans le fait que l'offre, la promesse ou l'octroi d'un avantage à un agent public étranger vise à obtenir un avantage indu. Cependant, plusieurs réponses apportées par les autorités sud-africaines au questionnaire de Phase 1, dans d'autres documents ou lors de discussions, soulèvent des questions sur la nature exacte de l'intention requise en droit sud-africain. Cette question fera en conséquence l'objet d'un suivi lors de la Phase 2.

#### 2. Responsabilité des personnes morales

##### Identification d'une personne physique pour pouvoir engager des poursuites contre une personne morale

166. En droit sud-africain, l'engagement de poursuites contre une personne morale exige de prouver qu'un « dirigeant » ou un « agent » a commis une infraction. Les autorités sud-africaines estiment qu'il ne serait pas nécessaire de déterminer qu'un dirigeant ou un agent en particulier a commis l'acte pour déclencher la responsabilité d'une personne morale, mais qu'il suffirait de montrer qu'un dirigeant ou un agent l'a fait. Toutefois, faute de jurisprudence et compte tenu des difficultés pratiques que pose l'identification de la conduite d'une personne dans une structure d'entreprise complexe et décentralisée, le Groupe de travail estime qu'il conviendra d'exercer un suivi de cette question au cours de la Phase 2.

#### 3. Sanctions

167. L'article 3.1 de la Convention demande que la corruption d'un agent public étranger soit passible de sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives ; l'article 3.2 énonce des exigences similaires

en ce qui concerne les personnes morales. L'article 3.3 demande que l'instrument et les produits de l'infraction puissent faire l'objet d'une confiscation.

168. Le Groupe de travail juge encourageantes les mesures prises par l'Afrique du Sud dans les Directives à l'intention des procureurs et les modifications récentes de la Loi de 1997 portant modification du Code pénal afin de garantir que la corruption transnationale soit toujours jugée devant les tribunaux les plus importants, avec la possibilité d'infliger des amendes d'un montant illimité. Il se félicite également des décisions récentes du Tribunal constitutionnel qui confirme les amendes et les lourdes peines de confiscation prononcées à l'encontre de personnes morales. Néanmoins, le Groupe de travail se demande si le fait que des sanctions plus faibles soient prévues dans la PCCA pour les affaires relevant de la compétence de tribunaux inférieurs [amende maximale de 360 000 ZAR (28 150 EUR ou 44 425 USD) dans le cas d'un tribunal régional et de 100 000 ZAR (7 820 EUR ou 12 340 USD) dans celui d'un tribunal de première instance] pourrait avoir une influence sur les sanctions prononcées par les tribunaux sud-africains dans les affaires de corruption transnationale, surtout lorsque des personnes morales sont impliquées. Le Groupe de travail s'inquiète du risque que, si tel était le cas, les sanctions à l'encontre de personnes morales ne soient pas suffisamment efficaces, proportionnées et dissuasives. Il estime que cette question mérite d'être à nouveau examinée durant la Phase 2 et à mesure que la jurisprudence s'étoffera.

#### **4. Compétence**

169. Les articles 4.1 et 4.2 de la Convention prévoient l'application de la compétence territoriale et de la compétence fondée sur la nationalité aux infractions de corruption transnationale. L'article 35(1) de la PCCA est tout à fait clair sur l'application de la compétence fondée sur la nationalité. Toutefois, ce texte de loi ne mentionne pas explicitement les critères utilisés pour établir la compétence territoriale, et aucune jurisprudence n'a été présentée à ce sujet. Le Groupe de travail préconise donc que la question de la compétence territoriale fasse l'objet d'un examen et de discussions supplémentaires lors de l'évaluation de Phase 2 de l'Afrique du Sud. Toutefois, il reconnaît que les dispositions relatives à la compétence fondée sur la nationalité sont solidement établies dans la législation sud-africaine.

#### **5. Mise en œuvre**

##### **(i) Autorité répressive spéciale ayant des responsabilités précises en matière d'infractions pénales graves, notamment de corruption transnationale**

170. Au moment où ce rapport a été présenté, l'Afrique du Sud avait décidé le démantèlement de la Direction des opérations spéciales qui était chargée des enquêtes et des poursuites en cas d'infraction pénale ou de conduite illégale, y compris, dans certaines circonstances, de corruption transnationale. La nouvelle Direction des enquêtes pénales prioritaires viendrait la remplacer. Les autorités sud-africaines expliquent que cette modification du cadre institutionnel s'inscrit dans le processus de refonte du système de justice pénale et améliorera la coordination des activités. Le Groupe de travail exprime de sérieuses réserves à cet égard, et reviendra sur cet aspect lors de l'évaluation de Phase 2, afin de s'assurer que cette réorganisation des responsabilités en matière de répression est sans effet sur la mise en œuvre effective de l'infraction de corruption.

##### **(ii) Prise en compte de l'impact économique de l'infraction**

171. Les Directives à l'intention des procureurs disposent que dès lors que l'« intérêt public » intervient dans les décisions d'engager des poursuites, l'« impact économique de l'infraction sur la collectivité » doit être pris en compte. Les autorités sud-africaines soutiennent que ce critère n'est qu'un facteur parmi d'autres, et ne constituerait tout au plus qu'un facteur aggravant. Or, l'article 5 de la Convention interdit de prendre en compte ce facteur dans les enquêtes et poursuites relatives aux affaires

de corruption transnationale et les Directives à l'intention des procureurs n'indiquent pas explicitement qu'il serait considéré uniquement comme une circonstance aggravante. Le Groupe de travail juge encourageant le fait que les autorités sud-africaines aient annoncé leur intention d'apporter les clarifications nécessaires et les engage à le faire dans les meilleurs délais.

## **6. Extradition**

172. La législation sud-africaine relative à l'extradition ainsi que les conventions d'extradition auxquelles l'Afrique du Sud est partie exigent systématiquement que l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée ait été commise « dans le cadre des compétences » du pays requérant (c'est-à-dire de sa compétence territoriale). Par conséquent, le Groupe de travail craint que l'Afrique du Sud ne soit pas en mesure, dans le régime actuel, de procéder à une extradition en cas d'infraction de corruption transnationale lorsque le pays requérant exerce sa compétence fondée sur la nationalité (l'infraction a été commise en dehors du territoire du pays requérant), ce qui se produit habituellement pour ce genre d'infraction.

173. Le Groupe de travail salue les déclarations faites par l'Afrique du Sud selon lesquelles un projet de loi relatif à l'extradition supprimera cette obligation, et l'encourage à adopter rapidement ces modifications législatives