



DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES, FISCALES ET DES ENTREPRISES

PORTUGAL

**EXAMEN DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION SUR LA LUTTE CONTRE LA
CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ETRANGERS DANS LES TRANSACTIONS
COMMERCIALES INTERNATIONALES ET DE SA RECOMMANDATION DE 1997
SUR LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION DANS LES TRANSACTIONS
COMMERCIALES INTERNATIONALES**

MAI 2002

DECLASSIFIED

PORTUGAL

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

A. APPLICATION DE LA CONVENTION

Questions formelles

Le Portugal a signé la Convention le 17 décembre 1997 et déposé son instrument de ratification auprès du Secrétaire général de l'OCDE le 23 novembre 2000. La législation d'application a été adoptée le 4 juin 2001 sous le titre de *Loi n° 13/2001 du 4 juin* et est entrée en vigueur le 9 juin 2001.

La Convention dans son ensemble

Le code pénal portugais et la loi n° 34/87 du 16 juillet pénalisent les infractions de corruption passive et de corruption active d'agents publics nationaux. Cependant, ces infractions constituant des infractions contre l'Etat, elles ne concernent que les agents publics de l'État portugais, et il a fallu créer une nouvelle infraction, celle de corruption d'agent public étranger. Afin de satisfaire les exigences de la Convention, le Portugal a adopté la *loi n° 13/2001 du 4 juin*, qui crée l'infraction de « *corruption active avec préjudice porté au commerce international* » par l'ajout de l'article 41-A au décret-loi n° 28/84 du 20 janvier. La loi d'application apporte également les modifications nécessaires concernant le blanchiment de capitaux et la compétence. Les autorités portugaises précisent que les dispositions existantes du code pénal et d'autres lois s'appliquent aux autres normes de la Convention.¹

De plus, le Portugal a modifié le code pénal et la loi n° 34/87 par la loi n° 108/2001², de manière à élargir la définition d'agent public national pour y inclure certains agents publics étrangers, aux fins d'application des infractions de corruption d'un agent public national prévues par ces textes. L'impact de cette loi est discuté au point 3.1/3.2 « Sanctions pénales prévues pour la corruption d'un agent public national ou étranger ».

Le préambule du décret-loi n° 28/84 mentionne que les infractions visées relèvent de la « législation pénale secondaire ». Les autorités portugaises confirment toutefois que le décret-loi a la même valeur juridique que la législation nationale ordinaire et constitue une source de droit suffisante pour l'imposition de sanctions pénales.

L'article 8.2 de la Constitution de la République portugaise précise que « les normes figurant dans les conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées entrent en vigueur dans l'ordre interne après leur publication officielle et restent en vigueur aussi longtemps qu'elles engagent l'État portugais au niveau international ». La Convention a donc été intégrée à l'ordre juridique interne du Portugal dès lors qu'elle a été ratifiée et publiée, le 31 mars 2000. Les autorités portugaises ajoutent que la Convention prime le droit interne. Cependant, d'après l'explication fournie par les autorités portugaises, la Convention n'est pas directement applicable lorsque le droit interne contredit une disposition de la Convention ou a

-
1. Les autorités portugaises indiquent en outre que des procédures visant à modifier les lois sur le blanchiment de capitaux, le secret bancaire et la confiscation sont engagées. Les modifications apportées comporteraient notamment le renversement de la charge de la preuve quant à la provenance licite du patrimoine en cas de condamnation pour plusieurs crimes, dont la corruption, le blanchiment d'argent, etc.
 2. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

une portée plus limitée, mais les tribunaux pourraient s'en servir comme instrument d'interprétation. Les autorités portugaises ajoutent que les tribunaux peuvent se reporter aux commentaires relatifs à la Convention et aux travaux préparatoires de la loi d'application, qui ont valeur interprétative.

Au Portugal, les décisions des tribunaux supérieurs s'imposent par rapport à celles des tribunaux inférieurs, mais la force de chose jugée ne s'applique pas en dehors des cas d'espèce en cause.

Comme il est mentionné ci-dessus au point « Questions formelles », la loi d'application est entrée en vigueur après la ratification de la Convention. Les autorités portugaises indiquent que la Convention ne peut pas être considérée comme une base juridique suffisante aux fins d'engager des enquêtes ou des poursuites ou aux fins d'application de la législation sur le blanchiment des capitaux, pour des actes de corruption d'un agent public étranger commis avant l'entrée en vigueur de la législation d'application, même si la Convention était déjà publiée et entrée en vigueur à ce moment au Portugal. Les autorités portugaises ne croient pas que ce décalage chronologique pose problème dans la pratique.

Le Portugal possède deux « régions autonomes » : les Açores et Madère. Le Portugal indique que la Convention s'applique aux Açores et à Madère et que par conséquent ces deux régions sont soumises aux exigences de la Convention. Les autorités portugaises ajoutent que sont applicables à ces régions toutes les lois, y compris les décrets-lois d'application de la Convention (notamment la législation d'application, le code pénal, le décret-loi n° 28/84, les lois relatives au blanchiment de capitaux et à la levée du secret bancaire, les lois relatives aux normes comptables et d'audit et les lois sur l'entraide judiciaire et l'extradition).

Selon son préambule, le décret-loi n° 28/84 semble avoir pour objectif global de prévenir et de pénaliser les infractions qui portent atteinte à l'économie et à la santé publique nationales. Les autorités portugaises indiquent que le préambule a valeur interprétative sur le décret-loi. La question se pose donc de savoir si les infractions de corruption qui n'affectent pas également le marché intérieur seraient poursuivies. Bien que le préambule du décret-loi n'ait pas été modifié, les autorités portugaises indiquent que l'objectif général du décret-loi ne poserait « plus » problème pour la poursuite des cas de corruption d'agents publics étrangers, dans la mesure où l'article 41-A fait apparaître clairement que l'infraction concerne le « commerce international ».

1. ARTICLE 1. L'INFRACTION DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ETRANGERS

Description générale de l'infraction

L'article 41-A du décret-loi n°28/84, introduit par la législation d'application, dispose que :

« Article 41-A, Corruption active avec préjudice porté au commerce international »

- 1. Quiconque personnellement, ou par personne interposée avec son consentement ou sa ratification, donne ou promet à un fonctionnaire ou à un titulaire d'une charge politique, national ou étranger, ou à un tiers à la connaissance de ceux-ci, un avantage patrimonial ou non patrimonial dans le but d'obtenir ou de conserver un marché, un contrat ou un autre avantage indu dans le commerce international, est puni d'une peine d'emprisonnement de un à huit ans.*
- 2. Aux fins des dispositions du numéro précédent, sont considérés fonctionnaires étrangers, tous ceux qui exercent une fonction publique pour un pays étranger, qu'ils détiennent un mandat, notamment administratif ou judiciaire, pour lequel ils ont été nommés ou élus, ou qu'ils exercent des fonctions pour une entreprise, un organisme public ou une entreprise concessionnaire de services publics, indépendamment du niveau national ou local, et en outre tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale ou supranationale de droit public.*

3. *Aux fins des dispositions du n° 1, sont considérés titulaires de charges politiques étrangères ceux qui sont qualifiés comme tels par la loi de l'État pour lequel ils exercent ces fonctions.*”

L'article 41-A instaure l'infraction de corruption active d'agents publics nationaux et celle de corruption active d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions internationales. Le présent examen ne concerne toutefois que les éléments de l'infraction couverte par la Convention, et les éléments de l'infraction de corruption d'agents nationaux en vertu de l'article 41-A n'y sont par conséquent pas examinés.

L'infraction visée par l'article 41-A est intitulée « *Corruption active avec préjudice porté au commerce international* ». Comme ce titre semble indiquer que l'infraction doit être commise au détriment du commerce international, la question se pose de savoir si ce type d'infraction serait passible de poursuites en l'absence de victime (c'est-à-dire un concurrent). Les autorités portugaises indiquent cependant que ce titre n'ajoute aucune exigence relative aux éléments constitutifs de l'infraction et que l'absence de victime ne constituerait pas un obstacle aux poursuites.

Aux termes de l'article 1 du décret-loi n° 28/84, les infractions visées par le décret-loi, y compris l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, sont soumises au code pénal, au code de procédure pénale et à la législation complémentaire. Par conséquent, les dispositions générales du code pénal et du code de procédure pénale devraient s'appliquer à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers.

Les autorités portugaises indiquent que seuls les causes de non-imputabilité et faits justificatifs prévus par la partie générale du code pénal s'appliquent à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Parmi ceux-là, « l'erreur sur le fait », « l'erreur sur le droit » et « l'état de nécessité » semblent pertinents en ce qui concerne l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Les autorités portugaises confirment que l'invocation de ces moyens ne pourrait pas être retenue, même si le défendeur avance que son avocat l'a conseillé de façon erronée en lui disant que les faits (la corruption d'un agent public étranger) ne constituaient pas une infraction ou même s'il avance qu'il n'avait pas d'autre moyen de garder son commerce.

1.1 Eléments de l'infraction

L'article 41-A du décret-loi n° 28/84 s'applique à « quiconque » donne ou promet de donner un pot-de-vin à un agent public étranger. Les autorités portugaises confirment qu'aucune catégorie de personnes physiques n'est exclue du champ d'application de l'article 41-A.

1.1.2 le fait intentionnel

L'article 41-A ne fait pas expressément référence à l'intention délictueuse de l'infraction. Les autorités portugaises indiquent que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers visée par l'article 41-A est une infraction intentionnelle (« dolosive ») et, par conséquent, exige l'intention d'un résultat « direct » « nécessaire » ou « accidentel » de l'infraction et ne couvre pas la notion de négligence. Elles semblent indiquer que le résultat de la corruption d'agent public étranger serait l'offre, la promesse ou le présent.

1.1.3 d'offrir, de promettre ou d'octroyer

L'article 41-A fait seulement référence à une personne qui « donne » ou « promet » un pot-de-vin et ne couvre pas expressément la personne qui « offre » un pot-de-vin. Les autorités portugaises indiquent que le terme juridique portugais « *der* », traduit par « donner », inclut la notion d'« offrir ». Elles ajoutent que cette interprétation est confirmée par la jurisprudence relative à l'infraction de corruption d'un agent public national prévue au Code pénal.

Les autorités portugaises confirment que l'article 41-A s'applique lorsque le corrupteur promet ou octroie un pot-de-vin à la suite de la sollicitation d'un agent public étranger. Cependant, cette situation pourrait constituer une circonstance atténuante lors de la détermination de la peine.

1.1.4 un avantage indu pécuniaire ou autre

L'article 41-A s'applique au fait de donner, etc. un avantage « patrimonial ou non patrimonial ». Les autorités portugaises confirment que sont couverts tous les types d'avantages pécuniaires et non pécuniaires, matériels et non matériels, réels et personnels.

De même, les autorités portugaises indiquent qu'il faut que l'avantage soit « indu ». Les autorités portugaises expliquent qu'avantage « indu » couvre tous les avantages qui ne peuvent être justifiés par d'autres fins. Elles indiquent qu'un présent d'anniversaire constituerait un pot-de-vin s'il s'avère qu'il est « indu ».

Les autorités portugaises confirment que les facteurs, énumérés au commentaire 7, de la valeur de l'avantage ou de son résultat, l'idée qu'on peut se faire des usages locaux, la tolérance de ces paiements par les autorités locales ou la nécessité alléguée du paiement pour obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu, qui sont, ne seraient pas pris en considération. Cependant, en ce qui concerne la « valeur » de l'avantage, il ne pourrait y avoir pot-de-vin lorsque la valeur de celui-ci est si infime qu'elle ne pourrait en aucun cas influencer les actes de l'agent public.

De plus, les autorités portugaises indiquent que si l'avantage est indu, l'infraction est constituée même si l'avantage est permis ou requis par la loi écrite du pays de l'agent public étranger.

1.1.5 directement ou par des intermédiaires

L'article 41-A s'applique lorsqu'une personne donne, etc. un pot-de-vin à un agent public étranger, « personnellement ou par personne interposée avec son consentement ou sa ratification ». Les termes « consentement » et « ratification » semblent sous-entendre que l'intermédiaire est au courant de l'acte de corruption. Les autorités portugaises indiquent toutefois que les actes de corruption commis par le biais d'un intermédiaire sont couverts, que l'intermédiaire soit ou non au courant de l'intention du corrupteur.

De plus, selon les autorités portugaises, l'exigence du consentement ou de la ratification du corrupteur implique simplement que le corrupteur sache que l'intermédiaire corrompt un agent public étranger pour son compte.

1.1.6 à un agent public étranger

L'article 41-A s'applique aux pots-de-vin donnés, etc. à un (1) « fonctionnaire étranger » ou à un (2) « titulaire d'une charge politique étranger », ainsi qu'à un fonctionnaire national et à un titulaire d'une charge politique national.

« Fonctionnaire étranger »

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 41-A, « fonctionnaire étranger » se définit de la façon suivante :

- toute personne détenant un mandat public, notamment administratif ou judiciaire pour un pays étranger, qu'elle ait été élue ou nommée, du niveau national au niveau local ;
- toute personne exerçant une fonction publique pour une entreprise, un organisme public ou une entreprises concessionnaire de services publics, pour un pays étranger, du niveau national au niveau local ;
- tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale ou supranationale publique.

Par conséquent, les termes « fonctionnaire étranger » ne couvrent pas expressément une personne remplissant un mandat législatif pour un pays étranger. Cependant les autorités portugaises indiquent qu'une personne détenant un mandat législatif étranger tomberait dans le champ d'une personne détenant un mandat public pour un pays étranger et serait donc considérée comme un « fonctionnaire étranger » aussi longtemps qu'elle exerce une fonction pour laquelle elle a été élue ou nommée. Elles expliquent en outre que la référence expresse faite au paragraphe 2 aux personnes détenant un mandat administratif ou judiciaire vise à donner des exemples de personnes détenant un mandat public, et n'exclut pas les autres catégories de personnes exerçant une fonction publique pour un pays étranger, dont les personnes détenant un mandat législatif étranger (« législateur »).

La définition du « fonctionnaire » utilise certains termes qui ne sont pas définis par la loi d'application, comme les termes de « fonction publique », « organisme public », « entreprise concessionnaire de services publics » et « organisation internationale ou supranationale publique ».

De plus, la loi portugaise d'application ne définit pas le terme de « mandat public », ni d'autres termes tels ceux de « pays étranger », « fonction publique », « organisme publique », « entreprise concessionnaire de services publics », et « organisation internationale ou supranationale publique ». Les autorités portugaises estiment toutefois que ces termes sont suffisamment clairs et ne nécessitent pas de définition plus approfondie. Elles indiquent également que toutes les catégories d'agents publics étrangers énumérées à l'article 1.4.a de la Convention et aux commentaires 12 à 18 devraient être couvertes par les termes « fonctionnaire étranger » car les tribunaux portugais devraient se référer à l'article 1.4.a de la Convention et aux commentaires 12 à 18 en tant qu'instruments interprétatifs essentiels de ces termes.

Le Portugal indique enfin que le terme « entreprise » ne comprend pas les entreprises privées mais couvre les entreprises publiques placées sous le contrôle direct et indirect d'un gouvernement étranger, conformément au commentaire 14.

« Titulaire d'une charge politique étranger »

En droit portugais, les personnes détenant un mandat législatif portugais sont considérées comme des « titulaires d'une charge politique ». Cependant, les autorités portugaises indiquent que le Portugal entend faire en sorte que soit couverte une gamme plus large d'agents publics étrangers au moyen des termes « titulaire d'une charge politique étranger » (article 41-A, paragraphe 3). Elles indiquent que, par exemple, un haut responsable d'un parti politique étranger pourrait être couvert par ces termes selon la loi du pays

étranger. Cependant elles indiquent également que les tribunaux pourraient interpréter les termes « titulaire d'une charge politique étranger » de façon à inclure une personne détenant un mandat législatif étranger si une telle personne est considérée comme un titulaire d'une charge politique dans ce pays.

Le paragraphe 3 indique que « sont considérés titulaires de charges politiques étrangères ceux qui sont qualifiés comme tels par la loi de l'État pour lequel ils exercent ces fonctions ». Ainsi la définition du « titulaire d'une charge politique étranger » n'est pas autonome, puisqu'elle fait expressément référence à la loi de l'État pour lequel la personne exerce ces fonctions. Cependant les autorités portugaises estiment que la nature non autonome de la définition prévue au paragraphe 3 ne devrait pas causer de problème puisque toutes les catégories d'agents publics étrangers énumérées dans la Convention et les commentaires devraient être couvertes par le paragraphe 2 (c'est à dire être des « fonctionnaires étrangers »). Il subsiste néanmoins un doute quant au fait que ces dispositions pourraient être interprétées par les tribunaux portugais comme ne couvrant les titulaires d'un mandat législatif étranger que s'ils sont définis comme étant des « titulaires d'une charge politique » par la loi du pays de l'agent public étranger. Les autorités portugaises ne partagent pas ce doute.

1.1.7 à son profit ou au profit d'un tiers

L'article 41-A s'applique au fait de donner, etc. un pot-de-vin à des agents publics étrangers « ou à un tiers, à la connaissance de ceux-ci ». Les autorités portugaises confirment que « à la connaissance de ceux-ci » signifie que lorsque l'avantage est destiné à un tiers, l'agent public étranger doit avoir « connaissance » de ce fait. Cependant, elles déclarent également que cette exigence est requise uniquement pour ce qui est de poursuivre l'agent public concerné, et que donc, pour que le corrupteur soit condamné, il n'est pas requis qu'un agent public étranger soit au courant que le bénéficiaire du pot-de-vin est une tierce personne.

Les autorités portugaises confirment que l'article 41-A couvre le cas où l'avantage revient directement à un tiers. Elles confirment également que la notion de « tiers » englobe les personnes physiques et les personnes morales, indépendamment de la relation qui existe entre le tiers et l'agent public étranger.

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

L'article 41-A ne demande pas expressément la présence de l'intention d'obtenir la commission d'un acte ou d'une omission par l'agent public en contrepartie de la promesse, etc.

Les autorités portugaises indiquent que l'infraction couvre les cas où le corrupteur a l'intention d'inciter l'agent public étranger à commettre aussi bien un acte qu'une omission.

Les autorités portugaises indiquent en outre que l'acte ou l'omission que le corrupteur a l'intention d'inciter l'agent public étranger à commettre peut ou non relever des compétences qui lui sont conférées. Il semble par conséquent que serait couvert, conformément au commentaire 19, le cas où un dirigeant d'entreprise remet un pot-de-vin à un haut fonctionnaire afin qu'il use de ses fonctions – mais en outrepassant ses compétences – pour inciter un autre agent public à attribuer un marché à l'entreprise.

1.1.9 en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu

L'article 41-A demande que le pot-de-vin soit donné, etc., à un agent public étranger « dans le but d'obtenir ou de conserver un marché, un contrat ou un autre avantage indu ». Les autorités portugaises confirment que l'article 41-A s'applique même si l'entreprise a par ailleurs fait l'offre la mieux disante ou

si elle aurait pu se voir attribuer légitimement le marché pour une quelconque autre raison, conformément au Commentaire 4.

Les autorités portugaises confirment qu'il n'y a pas d'exception pour les paiements de facilitation.

1.1.10 dans le commerce international

L'article 41-A s'applique aux pots-de-vin donné, etc. en vue d'obtenir ou conserver un avantage indu, etc., « dans le commerce international ». Les autorités portugaises indiquent que cela couvre la situation où le pot-de-vin est donné, etc., en vue d'obtenir ou conserver une autorisation ou un permis qui permettrait au corrupteur de s'engager dans un marché international ainsi que le consentement d'un allégement fiscal déloyal ou d'un taux de change favorable.

1.2 Complicité

L'article 1.2 de la Convention demande à chaque Partie de prendre les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale le fait de se rendre complice d'un acte de corruption d'un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation.

Selon les dispositions générales du code pénal portugais, la complicité de corruption d'agent public étranger constitue une infraction.

Aux termes de l'article 26, « est punissable comme auteur quiconque exécute le fait, personnellement ou par l'intermédiaire d'autrui, ou prend part directement à son exécution, avec entente ou en conjugaison avec une ou plusieurs autres personnes, et en outre quiconque pousse une autre personne, de façon intentionnel, à pratiquer le fait, à condition qu'il y ait exécution ou début d'exécution. » Aux termes de l'article 27 paragraphe 1, « Est punissable comme complice quiconque, de façon intentionnel et sous une forme quelconque, fournit une aide matérielle ou morale à la pratique par autrui d'un fait intentionnel. ». Les autorités portugaises indiquent que les notions d'« instigation » et d'« autorisation » sont couvertes par l'article 26 (par les termes « pousse une autre personne à pratiquer le fait »).

Aux termes de l'article 27 paragraphe 2, le complice encourt la même peine, quoique « spécialement » atténuée, que celle qui est prévue pour l'auteur de l'infraction proprement dite.

1.3 Tentative et complot

L'article 1.2 de la Convention demande aux Parties de prendre les mesures nécessaires pour que le complot et la tentative en vue de corrompre un agent public étranger constituent une infraction pénale dans la mesure où le complot et la tentative en vue de corrompre un agent public national constituent une telle infraction.

Tentative

Les autorités portugaises indiquent que la tentative de corruption d'agent public étranger est punissable en vertu de l'article 22 du code pénal³. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 22, une tentative est réputée

3. L'article 4 du décret-loi n° 28/84 dispose en outre que la tentative de commission d'une infraction prévue dans le présent texte est toujours punissable.

accomplie lorsqu'une personne « pratique des actes d'exécution d'un crime qu'il a décidé de commettre », mais sans que ledit crime ne soit toutefois consommé. Le paragraphe 2 dispose que :

Constituent des actes d'exécution :

- a) *Ceux qui remplissent les conditions d'un élément constitutif d'une catégorie de crime;*
- b) *Ceux qui sont propres à produire le résultat typique; ou*
- c) *Ceux qui, d'après l'expérience commune et sauf circonstances imprévisibles, sont de nature à faire supposer qu'ils seront suivis d'actes des espèces mentionnées aux alinéas précédents.*

Les autorités portugaises indiquent que les termes « résultat typique » (paragraphe 2.b) couvrent l'acte d'offrir, de promettre ou d'octroyer le pot-de-vin à l'égard des infractions de corruption. Elles ajoutent que les actes qui remplissent la condition énoncée au paragraphe 2.c couvrent tous les « actes d'exécution » qui peuvent intervenir à un moment antérieur aux éléments constitutifs de l'infraction (paragraphe 2.a) ou au « résultat typique » (paragraphe 2.b), ou qui y sont directement liée.

Les autorités portugaises indiquent que les cas où (i) l'agent public étranger refuse une offre ou un présent ou ceux où (ii) il n'a pas connaissance du présent ou de l'offre sont couverts en tant qu'infractions consommées.

La tentative est passible de la même peine que l'infraction consommée. Cependant, en présence de circonstances spécialement atténuantes (par exemple, commise sous la menace), la durée maximale d'emprisonnement est réduite d'un tiers et la durée minimale ramenée à un mois.

Complot

Le complot, au sens du droit anglo-saxon (*conspiracy*), n'est pas punissable en droit portugais.

2. ARTICLE 2. RESPONSABILITE DES PERSONNES MORALES

L'article 2 de la Convention prévoit que chaque Partie « prend les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger ».

2.1 Responsabilité pénale

L'article 3 du décret-loi n° 28/84 établit la responsabilité pénale des personnes morales relativement aux infractions visées dans le décret-loi, y compris l'infraction de corruption d'agent public étranger. Il dispose que :

Article 3 Responsabilité pénale des personnes morales et similaires

- 1. Les personnes morales, les sociétés et les simples associations de fait sont responsables pour les infractions prévues dans le présent texte de loi quand celles-ci sont commises par leurs organes ou par leurs représentants, en leur nom et dans l'intérêt collectif.*
- 2. La responsabilité est exclue quand l'agent a agi contre les ordres ou les instructions expresses de qui de droit.*
- 3. La responsabilité des entités mentionnées au n° 1 n'exclut pas la responsabilité individuelle des agents en cause, le n° 3 de l'article précédent étant applicable avec les adaptations nécessaires."*

2.1.1 Entités juridiques soumises à la responsabilité pénale

Aux termes de l'article 3 paragraphe 1, les entités soumises à la responsabilité pénale sont les « personnes morales, les sociétés et les simples associations de fait ». Les autorités portugaises indiquent que sont couvertes toutes les personnes morales, y compris les entreprises et les sociétés non constituées, que l'entité ait ou non la personnalité juridique. Elles ajoutent que les entreprises détenues ou contrôlées par l'Etat sont couvertes car la loi ne les exclut pas expressément. Toutefois, les autorités portugaises indiquent qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de cas dans lesquels une entreprise détenue ou contrôlée par l'Etat aurait été reconnue responsable d'une infraction prévue au décret-loi⁴.

2.1.2 Mise en œuvre de la responsabilité

Aux termes de l'article 3 paragraphe 1, pour que la responsabilité d'une personne morale soit établie, il faut que l'infraction soit commise (i) par ses « organes » ou ses « représentants », et (ii) en son nom et dans l'« intérêt collectif ». Les autorités portugaises indiquent que d'après la jurisprudence, l'article 3 paragraphe 1 couvre un champ de personnes plus large qu'en droit commercial, et couvre ainsi tout employé, quelle que soit sa fonction au sein de l'entité.

L'identification de la personne physique qui a commis l'infraction (c'est-à-dire l'« organe » ou le « représentant ») est nécessaire pour déclencher la responsabilité de la personne morale. Les autorités portugaises indiquent toutefois que la condamnation préalable de la personne physique n'est pas requise.

Les autorités portugaises indiquent que la condition voulant que l'infraction soit commise « en son nom et dans l'intérêt collectif » serait remplie même si l'infraction n'était commise qu'en partie au profit de la personne morale, ou seulement au profit d'une filiale ou division étrangère de la personne morale.

Toutefois, si l'auteur de l'infraction a agi « contre les ordres ou les instructions expresses de qui de droit », la responsabilité de la personne morale n'est pas engagée (article 3 paragraphe 2). Les autorités portugaises indiquent que « qui de droit » désigne les personnes de l'organe d'administration de l'entité ou des personnes exerçant des pouvoirs de décision ou de contrôle au sein de l'entité.

Les autorités portugaises ajoutent que cet argument de défense ne pourrait pas être invoqué avec succès lorsque : (i) les statuts ou les règlements de la société interdisent expressément la corruption ou les actes illicites ; (ii) « qui de droit » a expressément interdit l'acte de corruption mais a omis de une surveiller l'auteur de l'infraction afin de prévenir sa commission ; ou (iii) « qui de droit » interdit la corruption de façon générale mais a autorisé la transaction de corruption en cause.

Aux termes de l'article 3 paragraphe 3, la responsabilité des personnes morales n'exclut pas la responsabilité individuelle des personnes physiques qui ont commis l'infraction.

Les autorités portugaises confirment en outre que le principe de légalité des poursuites s'applique aux personnes morales.

4. Les autorités portugaises indiquent qu'il existe des cas pour lesquels des personnes morales ont été condamnées à des amendes pour infraction au décret-loi.

3. ARTICLE 3. SANCTIONS

La Convention demande aux Parties d'instituer « des sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives » comparables à celles qui s'appliquent à la corruption des agents publics nationaux de la Partie en question. Si, dans le système juridique d'une partie, la responsabilité pénale n'est pas applicable aux personnes morales, la Convention demande que cette Partie fasse en sorte que les personnes morales « soient passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnée et dissuasives, y compris pécuniaires ». La Convention demande aussi que dans le cas des personnes physiques, les sanctions pénales comprennent une « peine privative de liberté » suffisante pour permettre une entraide judiciaire efficace et l'extradition. De même, la Convention demande à chaque Partie de prendre les mesures nécessaires pour que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un « effet comparable » soient prévues. La Convention demande enfin que chaque Partie envisage l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives.

3.1/3.2 Sanctions pénales prévues pour la corruption d'un agent public national ou étranger

Avant l'introduction de l'article 41-A au décret-loi n° 28/84 pour les besoins de l'application de la Convention, le code pénal et la loi n° 34/87 du 16 juillet prévoyaient déjà plusieurs infractions de corruption d'agents publics nationaux. Comme il a été mentionné précédemment, la nouvelle disposition instaure l'infraction de corruption d'agent public national ou étranger dans le cadre de transactions internationales. Les autorités portugaises confirment qu'en ce qui concerne la corruption d'agent public national, les trois dispositions s'appliquent en cas de concours d'infraction (c'est-à-dire l'article 374 du code pénal, l'article 18 de la loi n° 34/87 et l'article 41-A du décret-loi n° 28/84 modifié).

Sanctions prévues par le code pénal et la loi n° 34/87 du 16 juillet pour la corruption d'agents publics nationaux

Aux termes de l'article 374 du code pénal et de l'article 18 de la loi n° 34/87 du 16 juillet telle que modifiée par la loi n° 108/2001, les sanctions suivantes sont applicables à une personne physique pour corruption active de fonctionnaires de l'Etat portugais⁵ :

1. de 6 mois à 5 ans d'emprisonnement pour corruption de fonctionnaire (y compris une « personne titulaire d'une charge politique ») pour qu'il commette un acte ou une omission illicite ;
2. 6 mois d'emprisonnement maximum ou 60 jours-amendes au maximum pour corruption de fonctionnaire (y compris une « personne titulaire d'une charge politique ») pour qu'il commette un acte ou une omission licites. La partie générale du code pénal prévoit une durée minimale d'emprisonnement de 1 mois (article 41) et un nombre minimal de jours-amende de 10 jours (article 47).
3. de 2 à 8 ans d'emprisonnement pour corruption d'une « personne titulaire d'une charge politique » pour qu'elle commette un acte ou une omission illicite, lorsque le corrupteur est lui-même une « personne titulaire d'une charge politique ».

5. Ces sanctions sont applicables en vertu de l'application miroir à la corruption active des dispositions relatives à la corruption passive (articles 372 et 373 du code pénal et articles 16 et 17 de la loi n° 34/87).

Une peine d'amende ne peut pas être prononcée en sus d'une peine d'emprisonnement.

Les amendes prévues par le code pénal et la loi n° 34/87 sont calculées en fonction du système de jours-amende. En vertu des dispositions générales du code pénal (applicables aux infractions de corruption active d'un agent public national prévues au code pénal et dans la loi n°34/87), le montant d'un jour amende est de 200 à 100.000 escudos⁶. Le montant de l'amende est donc de 2.000 à 6 millions d'escudos en cas d'infraction prévue à l'article 374 du code pénal ou à l'article 18 de la loi n° 34/87 si l'acte/omission est licite (soit environ 10 à 29.940 euros). Le nombre de jours-amende est déterminé selon le degré de culpabilité de l'auteur de l'infraction, les circonstances de l'infraction, etc., et leur montant est déterminé d'après le statut économique de l'auteur de l'infraction (articles 47 et 71 du code pénal).

Le code pénal et la loi n° 34/87 n'établissent pas la responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions de corruption d'agent public national et ne prévoient pas non plus de sanctions pénales.

Sanctions prévues à l'article 41-A du décret-loi n° 28/84 pour corruption d'agents publics nationaux et étrangers

L'article 41-A prévoit des sanctions identiques pour la corruption d'agent public national et celle d'agent public étranger : les personnes physiques sont punissables d'une peine d'emprisonnement de 1 à 8 ans⁷. L'article 5 dispose en outre que la peine d'emprisonnement ne peuvent pas être remplacées par une amende lorsque l'infraction est commise dans certaines circonstances prévues à l'article 6. Il semble par conséquent que pour les personnes physiques, en général, sont prononcées des peines d'emprisonnement pour l'infraction de corruption d'agents publics nationaux ou étrangers prévue à l'article 41-A, mais que les tribunaux peuvent pour remplacer la peine d'emprisonnement par une peine d'amende, hormis les cas énumérés à l'article 6. D'après les dispositions générales du code pénal, le nombre et le montant de ce type d'amende (jours-amende) sont de 10 à 360 jours et de 200 à 100.000 escudos. L'amende sera donc de 2.000 à 36 millions d'escudos (soit environ 10 à 161.640 euros). Une peine d'amende ne peut ne peut être prononcée en sus d'une peine d'emprisonnement.

L'article 6 du décret-loi énonce des principes directeurs en matière de prononcé des peines pour les infractions visées au décret-loi (applicables à l'infraction de corruption d'agents publics nationaux ou étrangers aux termes de l'article 41-A). Aux termes de cet article, les circonstances suivantes feront l'objet d'une « attention particulière » pour la détermination des sanctions :

- l'infraction a permis à son auteur d'obtenir des « profits excessifs » ou a été commise dans ce but (paragraphe g) ;
- le bien ou le service sur lequel porte l'infraction a représenté l'essentiel du chiffre d'affaires brut de l'entreprise au cours de l'année précédente (paragraphe h) ;
- l'auteur de l'infraction a favorisé des intérêts étrangers au détriment de l'économie nationale (paragraphe i).

6. En septembre 2001, 1000 escudos portugais équivalent à 4,42 dollars américains ou 4,49 euros.

7. Les peines d'emprisonnement applicables aux infractions à caractère économique comme le vol, le détournement de fonds et l'extorsion sont comparables à celles qui sont prévues pour l'infraction de corruption d'agent public étranger. Les autorités portugaises indiquent en outre que les sanctions prévues à l'article 41-A du décret-loi sont plus élevées que celles qui s'appliquent aux infractions de corruption d'agents publics nationaux parce que l'infraction visée par le décret-loi porte préjudice non seulement à l'impartialité des décisions de l'Etat mais aussi à divers intérêts, comme l'économie.

La marge d'appréciation dont dispose le tribunal pour remplacer la peine d'emprisonnement par une amende pour l'infraction de corruption d'agent public national et celles d'agent public étranger prévue à l'article 41-A semble être plus étendue que celle dont il dispose pour les infractions de corruption d'agents publics nationaux prévues par le code pénal (c'est-à-dire que la peine d'emprisonnement ne peut être remplacée par une peine d'amende que lorsque l'infraction a pour but d'inciter l'agent public à commettre un acte ou une omission ne constituant pas une violation de ses fonctions.)

En outre, comme une « attention particulière » est accordée lorsque l'économie nationale est affectée, la question se pose de savoir si les sanctions applicables à la corruption d'agents publics étrangers qui n'affecte que les marchés étrangers ou qui est commise par des sociétés portugaises à l'encontre de concurrents étrangers sont suffisamment efficaces, proportionnées et dissuasives. Les autorités portugaises indiquent que les circonstances visées au paragraphe i) ne s'appliquent pas à l'article 41-A, même si la loi n'exclut pas expressément son application à l'infraction de corruption d'agent public étranger. Elles ajoutent que comme l'inexistence des circonstances prévues à l'article 6 ne réduit pas la fourchette des peines (si l'on exclut l'impossibilité de remplacer la peine d'emprisonnement par une peine d'amende), les sanctions applicables aux infractions de corruption d'agents publics étrangers seront suffisamment efficaces, proportionnées et dissuasives.

Aux termes de l'article 7 paragraphe 1 du décret-loi, les sanctions (c'est-à-dire les peines principales) applicables aux personnes morales pour l'infraction de corruption d'agents publics nationaux ou étrangers prévue à l'article 41-A sont : (1) l'« admonestation », (2) l'amende et (3) la dissolution.

Les amendes imposées aux personnes morales sont calculées d'après le système de jours-amende. Aux termes de l'article 7.4, les tribunaux fixent le montant journalier de l'amende entre 1 000 et 1 million d'escudos. Selon les autorités portugaises, le nombre de jours-amende correspond à la durée de l'emprisonnement prévu pour l'infraction, à savoir de 1 à 8 ans (c'est-à-dire de 365 à 2.920 jours) pour ce qui est de l'infraction de corruption d'un agent public national ou étranger prévue à l'article 41-A. Ainsi, l'amende sera de 365.000 à 2,92 milliards d'escudos (soit environ 1639 à 13.110.800 euros).

Le montant journalier de l'amende est déterminé en fonction de la situation économique et financière de la personne morale et le nombre de jours-amende est déterminé d'après des critères tels que le degré de culpabilité de l'auteur de l'infraction et les circonstances de l'infraction. De plus les autorités portugaises indiquent que le tribunal devrait opter pour la sanction d'admonestation selon les principes directeurs de la partie générale du code pénal, si une telle sanction est suffisante pour prévenir la commission d'autres infractions.

Conformément à l'article 7 paragraphe 6, la peine de dissolution ne sera prononcée contre une personne morale que si : (i) les fondateurs de l'entité ont eu l'intention « exclusive ou prédominante » de commettre l'infraction par le biais de l'entité ; ou si (ii) la commission répétée de l'infraction montre que la personne morale ou la société est utilisée à cette effet.

Plusieurs peines pénales accessoires prévues à l'article 8 peuvent également s'appliquer aux personnes physiques et morales, notamment la confiscation, l'interdiction temporaire d'exercer certaines activités ou professions⁸, l'exclusion temporaire des marchés publics, la privation du droit aux subventions

8. Le préambule du décret-loi prévoit que les peines accessoires, y compris l'interdiction d'exercer certaines professions, etc., ne sont « jamais établies en tant qu'effet nécessaire de la peine principale » et concorde par conséquent avec l'article 30 paragraphe 4 de la Constitution, selon lequel aucune peine n'implique, comme effet nécessaire, la perte de droits civils, professionnels ou politiques.

d'organismes publics, la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement et la publicité de la condamnation⁹.

En outre, aux termes des articles 2 paragraphe 3 et 3 paragraphe 3 du décret-loi, les personnes morales sont solidairement responsables en droit civil du paiement des amendes, indemnisations et autres prestations auxquelles seraient condamnées les personnes physiques (c'est-à-dire les auteurs des infractions) pour les infractions commises en leur nom, et vice versa. Les autorités portugaises confirment que cette règle s'applique à toutes les catégories de paiements, notamment aux amendes pénales, à la confiscation et au paiement des dommages civils. De plus, les autorités portugaises confirment que d'après la loi sur la fiscalité des sociétés, les amendes payées par la personne morale pour des infractions commises par des personnes physiques ne sont pas fiscalement déductibles.

Les circonstances aggravantes ou atténuantes qui entraînent l'augmentation ou la réduction des peines sont énumérées dans les dispositions générales du code pénal. Selon ces dispositions, la durée minimale de l'emprisonnement augmente d'un tiers en cas de récidive, et les durées minimale et maximale d'emprisonnement sont respectivement diminuées d'un tiers et à un mois, en cas de circonstances atténuantes spéciales (par exemple, l'infraction a été commise sous une menace grave).

Différence de sanctions entre les modifications introduites par la loi n° 108/2001 et le décret-loi n° 28/84

La loi n° 108/2001 étend la définition interne de fonctionnaire et de personne titulaire d'une charge politique (c'est-à-dire une personne détenant un mandat électif) à certains agents publics étrangers aux fins d'application des infractions de corruption d'agents publics nationaux prévues au code pénal (article 374) et dans la loi n° 34/87 (article 18). Ainsi, est constitutif de ces infractions le fait de corrompre les agents publics étrangers suivants :

- 1) les fonctionnaires de l'Union européenne (personnes exerçant des fonctions législatives, administratives ou judiciaires) ainsi que les agents de l'UE et similaires ;
- 2) Les fonctionnaires nationaux d'autres États membres de l'Union européenne (personnes exerçant des fonctions législatives, administratives ou judiciaires), quand l'infraction a été commise, en tout ou partie, sur le territoire portugais;
- 3) les personnes exerçant des fonctions administratives ou judiciaires au sein d'une quelconque organisation internationale de droit public dont le Portugal est membre quand l'infraction a été commise, en tout ou partie, sur le territoire portugais.

Il apparaît que si des faits remplissent les conditions de l'infraction de corruption d'un agent public étranger et que l'agent public étranger en question est l'un de ceux énumérés ci-dessus, alors les infractions internes de corruption, telles que prévues au code pénal et dans la loi n° 34/87 sont constituées.

Il apparaît ainsi qu'une personne qui corromprait l'un de ces agents publics étrangers pourrait être poursuivie soit pour l'infraction de corruption d'un agent public national aux termes du code pénal ou de la loi n° 34/87 (tels que modifiés par la loi n° 108/2001), soit pour l'infraction de corruption d'un agent public étranger prévue dans le décret-loi n° 28/84. Ainsi qu'il a déjà été mentionné, étant donné que les sanctions prévues en cas d'infraction de corruption d'un agent public étranger sont plus sévères que celles prévues en cas d'infraction de corruption d'un agent public national, cela soulève une question, en cas de chevauchement d'infraction, à savoir que le tribunal pourrait faire application de l'infraction de corruption nationale en faveur de l'accusé, d'où résulterait une différence des sanctions. Cependant, les autorités

9. Lorsque la sanction de publicité de la condamnation est prononcée, les frais de publicité sont à la charge de la personne physique ou morale condamnée.

portugaises confirment que, dans le cas d'infractions se chevauchant, l'article 41-A du décret-loi n° 28/84 prévaudrait sur les autres dispositions, dès lors qu'il serait fait la preuve que l'acte a été commis dans le commerce international, selon le principe qui veut que la loi spéciale déroge au régime général. Les autorités portugaises expliquent que l'article 41-A est considéré comme étant une disposition spéciale concernant les infractions susmentionnées de corruption prévues au Code pénal et à la loi n° 34/87, en ce que l'article 41-A protège non seulement l'impartialité des décisions de l'Etat (comme c'est le cas des infractions prévues au Code pénal et à la loi n° 34/87), mais également d'autres intérêts, comme l'économie.

3.3 Sanctions et entraide judiciaire

En vertu de la loi portugaise, l'entraide judiciaire n'est pas subordonnée à la durée de l'emprisonnement prévue par le droit pénal du Portugal ou de l'Etat requérant. L'entraide judiciaire assortie de mesures coercitives est toutefois subordonnée à la double incrimination (article 147 de la loi n° 144/99 du 31 août).

3.4 Sanctions et extradition

Aux termes de la loi n° 144/99, la demande d'extradition doit être motivée par une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement dont la durée maximale est d'au moins un an en vertu de la législation du Portugal et de l'Etat requérant (article 31 paragraphe 2). De plus, si la demande concerne l'exécution d'une peine, il doit s'agir d'une peine d'emprisonnement d'une durée minimale de quatre mois (article 31 paragraphe 4). Il est possible de réduire l'exigence relative à la durée d'emprisonnement par voie de traité ou de convention (article 31 paragraphe 6).

3.6 Saisie et confiscation de l'instrument et des produits de la corruption

L'article 3 paragraphe 3 de la Convention demande 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 comparables soient prévues. »

Confiscation

En ce qui concerne la confiscation en cas de condamnation¹⁰, les autorités portugaises indiquent que les articles 109, 110 et 111 du code pénal et l'article 9 du décret-loi n° 28/84 sont applicables à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. L'article 9 du décret-loi complète les dispositions du code pénal, l'article 9 paragraphe 1 prévoyant que « la confiscation de biens, à déclarer en vertu des dispositions du présent texte de loi et du code pénal, inclut le profit illicite obtenu par l'auteur de l'infraction ».

L'article 109 concerne la « *confiscation de l'instrument et des produits* ». Aux termes de cet article, les « objets » qui ont servi ou étaient destinés à servir à la commission d'une infraction, ou qui en sont les produits, sont confisqués quand « par leur nature ou les circonstances du cas d'espèce, ils constituent une menace pour la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public, ou présentent un risque sérieux d'être utilisés pour la commission d'autres infractions ». Selon les autorités portugaises, cette disposition est

10. La confiscation en cas de condamnation est ordonnée dans le cadre des poursuites pénales engagées contre l'auteur présumé de l'infraction (c'est-à-dire pendant le procès pénal).

applicable au pot-de-vin et aux produits de la corruption en ce qu'ils constituent une menace à la morale et à l'ordre public.

L'article 111 concerne la « *confiscation d'avantages* ». Aux termes de cet article, les avantages suivants sont confisqués :

- toute récompense donnée ou promise aux agents de l'infraction, pour eux-mêmes ou pour autrui (paragraphe 1);
- les « choses, droits ou avantages » de quelque espèce que ce soit acquis directement par les agents, par le biais d'une infraction, pour eux-mêmes ou pour autrui (paragraphe 2) ;
- les « choses ou droits » obtenus par le biais d'une transaction ou d'un échange faisant intervenir les « choses ou les droits » obtenus directement par le biais d'une infraction (paragraphe 3). Il semble que cela permette la confiscation des avoirs obtenus par l'auteur de l'infraction à la suite de la vente, de la conversion, etc., des produits de l'infraction. Les autorités portugaises indiquent que les autorités compétentes peuvent suivre les « choses », etc., obtenus par le biais de transactions successives dans la mesure où la preuve de leur rapport avec les produits de la corruption est établie. Ainsi, même lorsque certains produits ne peuvent être confisqués parce qu'ils sont en possession d'un tiers de bonne foi, il semble que les avoirs d'une valeur correspondante pourraient être confisqués en vertu de cette disposition en suivant les transactions successives, dans la mesure où l'exigence de l'article 110 est satisfaite (voir ci-dessous).

L'article 9 du décret-loi n° 28/84 dispose que les « profits illicites » obtenus par l'auteur de l'infraction ainsi que les « biens » obtenus au moyen des produits de l'infraction sont inclus dans l'ordonnance de confiscation. Les autorités portugaises expliquent que les « profits illicites » comprennent tous les profits illicites résultant d'un acte illicite. Elles ajoutent qu'en ce qui concerne la corruption d'agents publics étrangers, les profits illicites comprennent les pots-de-vin et les profits résultant de l'obtention ou de la conservation du marché, contrat, etc.

Les autorités portugaises indiquent enfin que les produits obtenus directement par un tiers bénéficiaire peuvent être confisqués (par exemple, les produits obtenus directement par la société à la suite du marché obtenu en échange d'un pot-de-vin remis par l'auteur de l'infraction).

De plus, il semble que les « objets », les « choses, droits ou avantages » ainsi que les « profits illicites » couvrent tous les types d'avoirs pécuniaires, y compris ceux qui ont un caractère immatériel.

L'article 110 du code pénal énumère les circonstances dans lesquelles la confiscation n'intervient pas. Les autorités portugaises confirment que cette règle s'applique à la confiscation en vertu des articles 109 et 111 du code pénal et de l'article 9 du décret-loi. En vertu de l'article 110 paragraphe 1, il n'y a pas lieu à confiscation :

- si, à la date du fait, les « objets » n'appartiennent à aucun des agents ou bénéficiaires ayant pris part à l'infraction ou en ayant eu connaissance ;
- si, au moment de l'infraction, les « objets » appartiennent à aucun des agents ou bénéficiaires ayant pris part à l'infraction ou en ayant eu connaissance, mais qu'au moment de l'ordonnance de confiscation, ils appartiennent à un tiers de bonne foi.

Les autorités portugaises indiquent que la jurisprudence interprète largement la condition de possession « à la date du fait », de manière à couvrir, en ce qui concerne les infractions de corruption, le moment auquel

le corrupteur obtient effectivement les produits résultant de l'acte ou omission de l'agent public étranger, qui intervient après la commission de l'infraction en tant que telle (c'est-à-dire l'octroi, l'offre ou la promesse).

Aux termes de l'article 111 paragraphe 4 (« *confiscation d'avantages* »), si la « récompense, les droits, les objets ou les avantages » ne peuvent être confisqués « en nature », la confiscation est remplacée par le paiement à l'Etat de leur valeur respective. Les autorités portugaises confirment que cela s'applique aux cas où la confiscation en nature est impossible parce que le pot-de-vin et/ou les produits de l'infraction appartiennent ou appartenaient à un tiers de bonne foi, ont été détruits ou ne peuvent être trouvés.

Les autorités portugaises confirment en outre que la confiscation en vertu de ces dispositions est applicable aux personnes morales soupçonnées d'avoir commis une infraction ou d'être les tiers bénéficiaires auxquels l'avantage est destiné, à moins que le moyen de défense prévu à l'article 3 paragraphe 2 ne soit invoqué avec succès (c'est-à-dire le fait que l'agent a agi contre les ordres ou les instructions expresses de qui de droit).

Saisie préalable au procès

Selon les autorités portugaises, les articles 46 et 49 du décret-loi n° 28/84 et l'article 178 du code de procédure pénale s'appliquent à la saisie de l'instrument et des produits de la corruption. Elles ajoutent que les articles 46 et 49 du décret-loi constituant des normes spéciales aux infractions visées par le décret-loi, ils l'emportent donc sur les dispositions de l'article 178 du code de procédure pénale, en cas de contradiction.

Aux termes de l'article 178 du code de procédure pénale, sont saisis : (i) les « objets » qui ont servi ou qui étaient destinés à servir à la commission d'une infraction ou qui en sont le produit, le profit, le prix ou la récompense; (ii) tous les objets qui ont été laissés par l'auteur sur le lieu du crime ; et (iii) tout autre « objet » susceptible de servir de preuve. Les saisies sont autorisées, ordonnées et validées par les autorités judiciaires¹¹.

Il semble qu'en vertu du code de procédure pénale, l'instrument et les produits de la corruption d'agents publics étrangers (dans les cas de corruption active) seraient saisis. Il semble également que la question de la saisie préalable au procès destinée à assurer la confiscation future ou le paiement d'une amende ne soit pas prévue. Cependant, l'article 49 du décret-loi n° 28/84 couvre les saisies conservatoires préventives effectuées dans ce but. Aux termes de l'article 49, s'il existe une « crainte justifiée » que les garanties patrimoniales soient perdues par suite de l'insolvabilité du délinquant ou de la dissimulation de ses « biens », et si l'amende prévisible minimale est de 300 000 escudos, le procureur, dans le cadre de la mise en accusation ou d'une procédure semblable, doit demander la saisie préventive des « biens » appartenant à l'auteur de l'infraction afin d'assurer qu'il acquitte toute obligation pécuniaire éventuelle. La saisie préventive peut aussi être demandée au stade de l'instruction lorsqu'aux conditions justifiant la saisie préventive lors de la mise en accusation, etc., s'ajoutent certaines circonstances inhabituelles¹².

11. Les services de police criminelle peuvent effectuer des saisies au cours des perquisitions, en cas d'urgence, ou si les poursuites risquent d'être retardées, la saisie étant dans ce cas soumise à validation par les autorités judiciaires dans un délai de 72 heures.

12. Sont comprises les circonstances dans lesquelles il y a lieu de croire que pendant la période qui précède l'établissement de la responsabilité, il est très probable que les coordonnées de l'accusé soient inconnues, que l'accusé cesse ses activités, etc.

L'article 46 prévoit de plus que durant la procédure judiciaire les « biens » peuvent être saisis s'ils sont nécessaires à l'enquête ou à l'instruction, afin d'interrompre des activités délictueuses, ou encore s'il apparaît qu'ils seront soumis à confiscation.

En ce qui concerne ces dispositions, les autorités portugaises expliquent que les « biens » couvrent tous les biens meubles et immeubles alors que les « objets » ne couvrent que les biens meubles. Par conséquent, les « objets » ne couvriraient pas les biens immatériels. Cependant, comme la saisie des « biens » est possible en vertu des articles 46 et 49 du décret-loi dans les cas d'infraction de corruption d'agents publics étrangers, l'instrument et les produits de la corruption seraient apparemment couverts, quelle que soit leur nature.

Les autorités portugaises confirment enfin que la saisie conservatoire préventive est applicable aux personnes morales soupçonnées d'avoir commis une infraction.

3.8 Sanctions civiles et administratives

Comme il a été mentionné ci-dessus au point 3.1/3.2, « Sanctions pénales prévues pour la corruption d'un agent public national ou étranger », il existe plusieurs sanctions pénales complémentaires pour l'infraction de corruption d'agent public étranger (par exemple, l'exclusion temporaire des marchés publics).

4. ARTICLE 4. COMPETENCE

4.1 Compétence territoriale

L'article 4 paragraphe 1 de la Convention demande que chaque Partie « prenne 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'« un large rattachement matériel à l'acte de corruption » n'est pas exigé.

Les autorités portugaises confirment que l'article 3 de la loi d'application (*loi n° 13/2001*) s'applique aux infractions de corruption d'agents publics étrangers sans préjudice des dispositions générales du code pénal régissant la compétence.

L'article 4 du code pénal dispose que :

Le code pénal portugais s'applique, sauf indication contraire dans les conventions ou traités internationaux, aux actes commis :

- a) sur le territoire portugais, indépendamment de la nationalité de leur auteur,*
- b) à bord des navires ou aéronefs portugais.*

Aux termes de l'article 7 paragraphe 1, un « acte » est réputé avoir été commis au lieu où : (i) son auteur a agi (ou était supposé agir, dans le cas d'une omission) en tout ou partie, et quelle que soit la forme de participation, ou au lieu où (ii) le « résultat typique » ou le « résultat non inclus dans la catégorie de crime » s'est produit. Les autorités portugaises précisent que le « résultat typique » est l'offre, la promesse et l'octroi d'un pot-de-vin dans le cadre d'infractions de corruption active. Par conséquent, la compétence territoriale est établie par la commission d'une infraction en tout ou partie au Portugal ou à bord d'un navire ou d'un aéronef portugais ou par la survenance de son résultat au Portugal ou à bord d'un navire ou aéronef portugais. Les autorités portugaises confirment que le fait qu'un appel téléphonique, un fax, ou un courrier électronique provient du Portugal suffit.

En outre, l'article 3 de la loi n° 13/2001 prévoit une règle d'établissement de la compétence spécifique aux infractions de corruption d'agents publics étrangers. Cet article établit la compétence sur les ressortissants portugais et les étrangers indépendamment du lieu où l'infraction a été commise lorsque l'auteur présumé de l'infraction est trouvé au Portugal (voir ci-dessous au point 4 paragraphe 2, « Compétence fondée sur la nationalité et autres compétences ».) Cette disposition ne couvre pas les cas de corruption d'agent public étranger commises au Portugal (c'est-à-dire les cas où l'auteur de l'infraction a commis l'infraction de corruption d'agent public étranger au Portugal mais a quitté le pays par la suite et y est introuvable). Ainsi l'article 4 du code pénal a un champ d'application plus large que l'article 3 de la loi d'application en matière de compétence territoriale. Cependant, les autorités portugaises confirment que le principe de territorialité prévu à l'article 4 du code pénal est applicable aux cas de corruption d'agents publics étrangers afin de compléter l'article 3 de la loi 13/2001 sur ce point ; ainsi, que l'auteur de l'infraction puisse ou non être trouvé au Portugal est sans conséquence sur l'établissement de la compétence, du moment que l'infraction a été commise au Portugal.

4.2 Compétence fondée sur la nationalité et autres compétences

L'article 4 paragraphe 2 de la Convention prévoit qu'une Partie compétente pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger « prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes. » Le commentaire 26 relatif à la Convention précise que lorsque les principes d'une Partie comportent la condition de double incrimination, cette condition « doit être réputée satisfaite lorsque l'acte est illicite dans le territoire où il est commis, même s'il a une qualification pénale différente dans ce territoire ».

Les articles 5 et 6 du code pénal contiennent les dispositions relatives à l'établissement de la compétence pour les infractions commises hors du Portugal. Ces conditions varient selon les types d'infraction prévus à l'article 5. Aux termes de cet article, la compétence extraterritoriale est établie sur les infractions énumérées au paragraphe 1.a (c'est-à-dire les infractions ayant un rapport avec le terrorisme). En ce qui a trait aux infractions énumérées au paragraphe 1.b (telles que le rapt, le trafic d'êtres humains, les infractions à caractère sexuel contre les enfants ou le génocide), la compétence est établie si l'auteur de l'infraction est trouvé au Portugal et ne peut être extradé.

Pour les autres infractions, y compris les infractions de corruption en général, la compétence est établie quand l'une des conditions suivantes est satisfaite : (1) l'auteur de l'infraction est un ressortissant portugais ou l'infraction a été commise à l'encontre d'un ressortissant portugais, l'auteur de l'infraction est trouvé au Portugal, la condition de double incrimination est remplie et l'acte constitue une infraction passible d'extradition mais l'extradition ne peut être accordée (paragraphe 1.c) ; (2) l'infraction a été commise à l'encontre d'un ressortissant portugais par un autre ressortissant portugais résidant régulièrement au Portugal lors de la commission de l'infraction et trouvé au Portugal (paragraphe 1.d); ou (3) l'auteur de l'infraction est un ressortissant portugais trouvé au Portugal, l'acte constitue une infraction passible de l'extradition et l'extradition est demandée pour cette personne mais ne peut être accordée (alinéa 1.e).

L'article 3 de la loi d'application (loi n° 13/2001) s'applique à l'infraction de corruption d'agent public étranger (article 41-A du décret-loi n° 28/84 introduit par l'article 1 de la loi n° 13/2001). L'article 3 de la loi d'application dispose que :

Sans préjudice du cadre général qui régit l'application de la loi pénale dans l'espace et des dispositions en matière d'entraide judiciaire internationale, les dispositions de l'article 1 de la présente loi s'appliquent à tous les actes commis par des citoyens portugais ou des étrangers se trouvant au Portugal, indépendamment du lieu où lesdits actes ont été commis.

Les autorités portugaises confirment qu'aux termes de l'article 3, le Portugal peut établir la compétence extraterritoriale sur (1) les ressortissants portugais trouvés au Portugal et (2) sur les ressortissants étrangers trouvés au Portugal. Les autorités portugaises indiquent que la condition voulant que ces personnes soient « trouvées au Portugal » peut être satisfaite lorsque l'auteur présumé de l'infraction est trouvé au Portugal indépendamment du fait qu'il soit résident, qu'il soit interpellé alors qu'il est en transit au Portugal ou qu'il s'y trouve temporairement. Par conséquent, il semble que la compétence extraterritoriale est établie dans des conditions plus restrictives aux termes des alinéas c à e de l'article 5 paragraphe 1 du code pénal, qui s'appliquent à la plupart des infractions, y compris aux infractions de corruption. Les autorités portugaises indiquent que l'article 3 de la loi d'application l'emporte sur l'article 5 du code pénal en ce qui concerne l'infraction de corruption d'un agent public étranger. Les autorités portugaises ajoutent que l'application des règles de compétence devant jouer de la façon la plus large possible en cas de corruption d'agents publics étrangers, l'article 4 du code pénal s'applique, afin de compléter l'article 3 de la loi n°13/2001, et l'article 5 du code pénal ne s'applique pas. Elles ajoutent qu'en droit portugais la compétence extraterritoriale est une règle d'exception par rapport à la règle générale de compétence territoriale.

Aux termes de l'article 6 paragraphe 2 du code pénal, lorsque la compétence territoriale est établie en vertu du code pénal, l'infraction doit faire l'objet d'une sentence conforme à la loi du pays dans lequel elle a été commise, « lorsque cette loi est considérée, dans les faits, plus favorable ». Les autorités portugaises indiquent que cette règle ne s'applique pas en cas d'infraction de corruption d'agents publics étrangers.

Personnes morales

Les autorités portugaises indiquent que s'agissant de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, les règles applicables aux personnes physiques en matière de compétence s'appliquent de la même manière aux personnes morales. Elles ajoutent que la compétence est établie envers les personnes morales si l'une des conditions suivantes est remplie : (i) la compétence peut être établie à l'égard de la personne physique (c'est-à-dire l'auteur présumé de l'infraction qui est un « organe ou représentant » de la personne morale) ou (ii) la personne morale est « trouvée au Portugal ». Selon les autorités portugaises, la condition d'être « trouvée au Portugal » est remplie dès que la personne morale a un lien avec le territoire portugais. Elles indiquent qu'un tel lien existera, par exemple, si la personne morale est enregistrée au Portugal ou possède une succursale au Portugal.

4.3 Procédures de consultation

L'article 4.3 de la Convention prévoit que lorsque plusieurs parties ont compétence à l'égard d'une infraction, 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.

Les procédures de consultation peuvent intervenir à la demande du Ministre de la justice ou du fait d'une demande adressée au Ministre de la Justice, conformément aux dispositions de la loi n° 144/99 du 31 août (Partie III, « Transmission des procédures pénales »). Ainsi, la transmission des procédures vers un Etat étranger est possible à certaines conditions (par exemple, l'auteur de l'infraction est un ressortissant ou un résident de l'Etat étranger).

4.4 Examen du fondement actuel de la compétence

Les autorités portugaises estiment qu'il n'est pas encore possible d'évaluer si le fondement de la compétence est efficace au regard de la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers, car la législation d'application n'est entrée en vigueur que tout récemment.

5. ARTICLE 5. MISE EN ŒUVRE

L'article 5 de la Convention prévoit que les enquêtes et les poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger sont « soumises aux règles et principes applicables de chaque Partie ». Il exige en outre que chaque Partie veille à ce que ces enquêtes et les poursuites ne soient pas « influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre Etat ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause ».

5.1 Règles et principes applicables aux enquêtes et poursuites

Les autorités portugaises indiquent que les règles générales prévues au code pénal et au code de procédure pénale en matière d'ouverture, suspension et classement des enquêtes et poursuites s'appliquent aux infractions de corruption d'agents publics étrangers. Elles ajoutent que les enquêtes et poursuites obéissent aux mêmes règles et procédures tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales.

La procédure pénale portugaise est régie par le principe de la légalité des poursuites.

Aux termes du code de procédure pénale, le ministère public est habilité à effectuer une enquête et à engager des poursuites pour toutes les infractions, y compris celle de corruption d'agent public étranger. Le ministère public donne directement des instructions aux services de police qui l'assistent dans les enquêtes (article 263). Les autorités portugaises indiquent en outre que la police judiciaire peut aussi mener des enquêtes sur les infractions de corruption, y compris celle de corruption d'agent public étranger, sous la supervision du ministère public, « dans des cas particuliers ».

Le ministère public ouvre une enquête de sa propre initiative après notification de l'infraction présumée au moyen d'une « accusation » des services de police ou d'une autre source. Lorsque les services de police ont connaissance d'une infraction, ils sont tenus d'en informer le ministère public, même si l'auteur de l'infraction n'a pas été identifié (articles 241 à 243). Au cours de l'enquête, le ministère public prend les mesures nécessaires pour identifier l'auteur de l'infraction et rassembler des preuves, etc. Certaines mesures coercitives doivent toutefois être prises/autorisées par un juge d'instruction (articles 267 à 269).

Le ministère public engage les poursuites pour autant que l'existence de l'infraction présumée soit prouvée. Les autorités portugaises confirment qu'en ce qui concerne l'infraction de corruption d'agent public étranger, il n'existe pas d'obligation additionnelle, comme le consentement du procureur général ou la plainte d'une victime. Elles ajoutent que le Conseil supérieur du Ministère public, l'organe disciplinaire des autorités chargées des poursuites, n'est pas autorisé à intervenir dans les poursuites.

La décision de ne pas engager de poursuites ne peut pas être faire l'objet d'un recours. Les autorités portugaises expliquent que comme les autorités chargées des poursuites sont tenues d'engager des poursuites dans la mesure où elles détiennent des preuves suffisantes, l'existence de mesures correctives comme les recours n'est pas nécessaire¹³.

L'article 276 prévoit les délais pour la clôture d'une enquête (pour plus de détails, voir ci-dessous au point 6, « délais de prescription aux fins d'enquêtes ».)

13. Cependant, au cas où un procureur déciderait de ne pas poursuivre alors qu'il aurait dû le faire, une procédure disciplinaire peut être engagée contre lui par le Conseil supérieur du Ministère Public. De plus un procureur qui, à tort, n'engage pas de poursuites, est susceptible d'être poursuivi pour déni de justice et prévarication, aux termes du Code pénal.

Les articles 281 à 282 prévoient la suspension des poursuites en cas d'infractions assorties de certaines sanctions. Ces articles ne s'appliquent toutefois pas à l'infraction de corruption d'agent public étranger.

Les autorités portugaises indiquent qu'en ce qui concerne l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, un concurrent peut prendre part à des poursuites pénales en qualité d'intervenant et peut également porter plainte auprès du ministère public, à la suite de quoi le ministère public est tenu d'ouvrir une enquête et d'engager des poursuites. Le concurrent ne peut toutefois pas engager des poursuites de sa propre initiative (c'est-à-dire des poursuites privées).

Aux termes de l'article 161.f de la Constitution, l'Assemblée peut prononcer des amnisties et accorder des pardons généraux. Les autorités portugaises indiquent que ce pouvoir est exercé sur l'initiative du Ministre de la justice. Elles ajoutent que des amnisties/pardons généraux sont rarement prononcés par l'Assemblée.

Les autorités portugaises indiquent qu'en droit portugais, les règlements hors tribunaux n'existent pas dans les cas d'infractions de corruption d'agent public étranger.

5.2 Considérations d'intérêt économique national

Les autorités portugaises indiquent que l'intérêt public, c'est-à-dire celui du Portugal, est toujours pris en compte dans les poursuites pénales. Elles confirment toutefois que conformément au principe de légalité, les enquêtes et les poursuites relatives à des affaires de corruption ne doivent pas être influencées par les considérations énumérées à l'article 5 de la Convention.

6. ARTICLE 6. PRESCRIPTION

L'article 6 de la Convention dispose que tout régime de prescription de l'infraction de corruption d'agent public étranger devra ménager un « délai suffisant pour l'enquête et les poursuites » relatives à cette infraction.

Prescription

Pour l'ensemble les infractions, y compris l'infraction de corruption, le code pénal renferme des dispositions relatives aux délais de prescription, dont la durée est fonction de la sanction prévue pour chaque infraction. Aux termes de l'article 118, le délai de prescription, pour l'infraction de corruption d'agent public étranger, est de 10 ans (ce qui correspond à la sanction prévue pour une infraction d'une durée maximale d'emprisonnement d'au moins de 5 ans et n'excédant pas 10 ans). Les autorités portugaises confirment que ce délai de prescription s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Aux termes de l'article 119, le délai commence à courir à partir du moment où « l'acte est commis »¹⁴. Selon les autorités portugaises, l'infraction de corruption d'agent public étranger est consommée lorsque l'acte d'offrir, de promettre ou d'octroyer un pot-de-vin intervient.

Le délai de prescription est suspendu dans les cas énumérés à l'article 120 paragraphe 1, notamment lorsque la procédure pénale ne peut être légalement ouverte ou poursuivie du fait d'un manque

14. De même, aux termes de l'article 119 paragraphe 4, lorsqu'un « résultat non pris en compte pour un type particulier d'infraction s'applique », le délai de prescription commence à la date où se produit le résultat. Toutefois, le Portugal indique que ces cas ne concernent pas l'infraction de corruption d'agent public étranger.

d'autorisation légale, etc. (alinéa a), lorsque la procédure pénale est en attente d'une notification des poursuites ou d'une « *decisão instrutória* »¹⁵, etc. (alinéa b), lorsque le régime de « contumace » est en vigueur (alinéa c), ou que la décision du tribunal ne peut être notifiée à un accusé qui était absent lors du prononcé de la peine (alinéa d). Toutefois, la suspension aux termes de l'alinéa b (c'est-à-dire la suspension de la procédure pénale en attente d'une décision de poursuites, etc.) ne peut dépasser 3 ans (article 120 paragraphe 2).

Le délai de prescription est interrompu si l'un des cas énumérés à l'article 121 paragraphe 1 se présente, et notamment : lorsque des poursuites ont été engagées contre le justiciable (alinéa a), la notification des poursuites ou de la « *decisão instrutória* » à l'accusé, etc. (alinéa b), ou une déclaration de « contumace »¹⁶ (alinéa c). Un nouveau délai de prescription commence à courir après chaque interruption (article 121 paragraphe 2). Le délai de prescription expire toutefois (article 121 paragraphe 3) lorsqu'à compter de la commission de l'infraction, une durée totale équivalant à une fois et demi celle du délai de prescription prévu s'est écoulée (c'est-à-dire 15 ans pour l'infraction de corruption d'agent public étranger) en plus de la durée de la suspension.

Délais de prescription aux fins d'enquête

En vertu des dispositions des paragraphes 1 et 3 de l'article 276 du Code de procédure pénale, le Ministère public clôture l'enquête, dans les délais maxima de 6 mois s'il existe des personnes mises en examen qui sont en détention ou assignées à résidence, ou de 8 mois dans les autres cas (c'est-à-dire lorsque personne n'est en détention ou assigné à résidence). Aux termes du paragraphe 2, le délai de prescription de 6 mois peut être porté à 8 mois pour certaines infractions, y compris les infractions de corruption. Ces délais sont élargis quand l'affaire se révèle d'une complexité exceptionnelle, du fait entre autres, du nombre important de personnes mises en examen ou de victimes, ou de la nature très organisée de l'infraction, à 10 mois quelle que soit l'infraction, et à 12 mois pour certaines infractions, dont celle de corruption.

Les autorités portugaises indiquent qu'à l'expiration du délai de prescription, le ministère public décide soit de déclencher des poursuites soit de classer l'affaire, suivant qu'il existe ou non suffisamment de preuves pour ouvrir un procès. Elles ajoutent que le ministère public peut procéder à la réouverture de la procédure si de nouvelles preuves de l'infraction présumée sont obtenues.

De plus, les autorités portugaises indiquent que compte tenu de la nature particulièrement complexe des infractions économiques, dont l'infraction de corruption, une enquête préliminaire doit obligatoirement avoir lieu avant même le début de l'enquête. Elles ajoutent que cette phase d'enquête préliminaire se déroule sous le contrôle du ministère public et du juge d'instruction.

7. ARTICLE 7. BLANCHIMENT DE CAPITAUX

L'article 7 de la Convention prévoit que lorsqu'une Partie a 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, elle doit prendre la même mesure en cas de corruption d'un agent public étranger, quel que soit le lieu où la corruption s'est produite.

15. La « *decisão instrutória* » est une décision finale émise par un juge d'instruction à la fin d'une procédure d'enquête facultative, qui peut intervenir après la procédure d'enquête obligatoire (« *inquérito* »). Cette procédure d'enquête facultative vise à réexaminer le cas et à permettre à l'accusé de produire des preuves.

16. Le régime de « contumace » permet, en droit portugais, de juger une affaire en l'absence de l'accusé, bien qu'il ait pour finalité d'amener ledit accusé devant le tribunal lors du jugement.

Infractions de blanchiment de capitaux

Les dispositions applicables au blanchiment de capitaux figurent au décret-loi n° 325/95 du 2 décembre. L'article 2 paragraphe 1 pénalise les actes de blanchiment de capitaux et énumère un certain nombre d'infractions principales, dont la « corruption ». Aux termes de l'article 2 de la loi n° 13/2001 (c'est-à-dire de la législation d'application), l'infraction de corruption d'agent public étranger est qualifiée de crime de « corruption » aux fins de la législation sur le blanchiment des capitaux. Les autorités portugaises indiquent que les infractions de corruption d'agent public national prévues à l'article 374 du code pénal sont également des infractions principales.

L'article 2 paragraphe 1 du décret-loi n° 325/95 dispose que :

Toute personne qui, sachant que certains biens et produits proviennent d'infractions pénales relevant du terrorisme, du trafic d'armes, de l'extorsion, de l'enlèvement, du proxénétisme, de la corruption ou d'une autre infraction prévue au paragraphe 1 de l'article 1 de la loi n° 36/94, du 29 septembre :

- a) directement ou indirectement convertit, transfère ou aide ou facilite la conversion ou le transfert de tout ou partie de ces biens ou produits afin de cacher ou dissimuler leur origine illicite ou d'aider une personne ayant pris part à la commission de l'une de ces infractions à se soustraire aux conséquences juridiques de ses actes, est punissable d'une peine d'emprisonnement de 4 à 12 ans ;*
- b) cache ou dissimule la nature réelle, l'origine, l'emplacement, la disposition, le déplacement ou la propriété de ces biens ou produits ou les droits qui s'y rattachent, est punissable d'une peine d'emprisonnement de 2 à 10 ans ;*
- c) acquiert ou reçoit ces biens ou produits, quel qu'en soit le titre juridique, et les utilise, les détient ou les conserve, est punissable d'une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans.*

L'article 2 paragraphe 1 s'applique à l'acte de convertir, transférer, etc., certains biens et produits provenant d'une infraction principale. Les autorités portugaises indiquent que l'infraction de blanchiment est applicable tant aux instruments qu'aux produits de l'infraction (c'est-à-dire aux pots-de-vin et aux produits dans les cas de corruption active).

Pour que l'infraction soit constituée, la personne en cause devait savoir que les « biens et produits » provenaient d'une infraction. Les autorités portugaises indiquent que la personne doit savoir qu'il s'agit d'une des infractions principales énumérées aux fins de la législation sur le blanchiment des capitaux mais ne doit pas savoir de quelle infraction spécifique il s'agit (c'est-à-dire l'infraction de corruption d'un agent public étranger). Les autorités portugaises confirment de plus qu'il est suffisant que la personne pense que les biens, etc. proviennent d'une telle infraction, sans pour autant le savoir réellement.

Les autorités portugaises confirment que les « biens et produits » couvrent tous les types d'avantages patrimoniaux et non patrimoniaux.

Les autorités portugaises indiquent en outre que l'article 2 paragraphe 1 s'applique aux actes de blanchiment commis par l'auteur de l'infraction principale.

En ce qui a trait à l'alinéa (a) de l'article 2 paragraphe 1, le Portugal explique que le fait d'agir « pour se soustraire aux conséquences juridiques » couvre le fait de se soustraire à la responsabilités pénale, administrative ou civile.

Malgré les sanctions prévues à l'article 2 paragraphe 1, l'article 2 paragraphe 2 prévoit que la sanction applicable à une personne qui a commis une infraction aux termes de l'article 2 paragraphe 1 « est passible de sanctions maximales et minimales compatibles » avec celles de l'une infraction principale. Les autorités

portugaises expliquent que lorsque l'infraction principale est une infraction de corruption d'agent public étranger, la sanction prévue pour l'infraction de blanchiment de capitaux aux termes de l'article 2 paragraphe 1 ne doit pas excéder l'échelle de un à huit ans d'emprisonnement, soit la sanction prévue pour l'infraction de corruption d'agent public étranger. Par conséquent, une sanction d'emprisonnement de un à huit ans est applicable aux actes prévus aux alinéas (a) et (b) de l'article 2.1 et une sanction d'emprisonnement de un à cinq ans est applicable aux actes prévus à l'alinéa (c) de l'article 2.1.

Aux termes de l'article 2 paragraphe 3, les dispositions concernant le blanchiment de capitaux s'appliquent, que l'infraction principale de corruption d'agent public étranger ait lieu au Portugal ou à l'étranger. Les autorités portugaises confirment que la condition de double incrimination n'est pas posée lorsque l'infraction principale est commise à l'étranger. Elles indiquent également que la condamnation préalable pour l'infraction principale n'est pas requise.

Obligations de déclaration pour les institutions financières

Aux termes de l'article 3 du décret-loi n° 325/95, les obligations de déclaration des transactions de blanchiment de capitaux présumées prévues à l'article 10 du décret-loi n° 313/93 du 15 septembre s'appliquent aux « institutions financières ». Les autorités portugaises indiquent que les « institutions financières » sont définies dans le décret-loi n° 298/92 et comprennent les institutions financières bancaires et non bancaires. Le non-respect des obligations de déclaration est punissable des sanctions pécuniaires suivantes : de 1 à 5 millions d'escudos pour les institutions financières ou les membres des institutions financières, et de 5 millions à 2 milliards d'escudos pour les membres des conseils d'administration qui déterminent le pouvoir d'orientation des institutions. Les autorités portugaises précisent que le non-respect des obligations de déclaration par négligence est également punissable.

En outre, aux termes du décret-loi n° 325/95, certaines institutions non financières ayant des activités liées au jeu ou au commerce de biens de valeur élevée ou de biens immobiliers (par exemple, casinos, agents immobiliers) sont tenus d'identifier les personnes qui prennent part aux transactions dépassant un certain montant, de conserver les preuves de leur identification, de signaler les transactions présumées de blanchiment de capitaux aux autorités judiciaires compétentes, etc. Le non-respect des obligations relatives à l'identification, à la tenue des comptes, etc., est punissable d'une sanction pécuniaire (« *coima* ») de 0,5 à 50 millions d'escudos (article 12). Le non-respect des obligations de déclaration des transactions suspectes est punissable d'une sanction pécuniaire (« *coima* ») de 1 à 100 millions d'escudos (article 13). Le non-respect de ces obligations par négligence peut aussi entraîner des sanctions.

8. ARTICLE 8. NORMES COMPTABLES

L'article 8 de la Convention dispose que dans le cadre de ses lois et règlements concernant la tenue de livres et états comptables, la publication d'information sur les états financiers et les normes de comptabilité et de vérification des comptes, chaque Partie interdit l'établissement de documents comptables faux ou frauduleux dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler cette corruption. La Convention dispose en outre que chaque Partie doit prévoir des sanctions civiles, administratives ou pénales efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de telles omissions ou falsifications.

8.1/8.2 Normes de comptabilité et vérification/Entreprises soumises aux normes de comptabilité et de vérification

Normes comptables

Aux termes de l'article 2 paragraphe 1 du décret-loi n° 410/89 du 21 novembre, le Plan comptable officiel, qui renferme les normes comptables, s'applique aux sociétés commerciales nationales et étrangères assujetties à la loi sur les sociétés, aux entreprises individuelles réglementées par le code de commerce, aux établissements individuels à responsabilité limitée, aux entreprises publiques, aux coopératives, et aux autres entités visées par une loi approuvant le Plan comptable officiel. Cependant, aux termes de l'article 2 paragraphe 2 du décret-loi, le Plan comptable officiel ne s'applique pas aux banques, aux sociétés d'assurance et aux autres entités financières soumises à des « plans comptables » spécifiques. Les autorités portugaises confirment que toutes les personnes morales sont soumises au Plan comptable officiel ou à des plans comptables spécifiques.

Les autorités portugaises indiquent que le Plan comptable officiel ainsi que les plans comptables spécifiques aux institutions financières exigent que les informations comptables respectent des critères de pertinence, de fiabilité et de comparabilité. Elles précisent en outre que les informations comptables doivent obéir aux principes de continuité, consistance, spécialisation, coût historique, prudence, substance dans la forme et la matérialité, qui interdisent par conséquent l'établissement de comptes hors-livres, 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. Enfin, le respect des principes de clarté et de rigueur entre les écritures commerciales et les opérations réalisées est également requise.

De même, l'article 29 du code de commerce de 1888 dispose que tous les « commerçants » ont l'obligation de tenir des comptes qui reflètent de manière simple, claire et fidèle leurs opérations commerciales et leur situation financière. Les autorités portugaises précisent que les « commerçants » comprennent toutes les entreprises et sociétés. Aux termes de l'article 30, le nombre et le type de livres de même que leur organisation sont laissés à l'entière discrétion des commerçants pour autant qu'ils sont en conformité avec les éléments qualifiés d'« indispensables » par la loi. Ainsi par exemple, les livres comptables doivent être correctement utilisés et tenus, en mentionnant toutes les transactions réalisées par les « commerçants » et les entreprises, en conformité avec les principes de continuité et d'intégrité. En outre, en vertu du code de commerce, les entreprises commerciales sont tenues de conserver les livres comptables et les justificatifs de paiements pendant dix ans. Aux termes du décret-loi n° 313/93, les institutions financières sont tenues de conserver les documents relatifs aux transactions réalisées pendant 10 ans et ceux relatifs à l'identification des clients pendant 5 ans.

Vérification / Audit

Le décret-loi n° 487/99 du 16 novembre régit les activités des vérificateurs aux comptes. Il exige que les comptes des sociétés soient soumis à des vérifications indépendantes externes. Aux termes de l'article 1 du décret-loi, les commissaires aux comptes officiels sont placés sous la supervision de l'Ordre des commissaires aux comptes officiels du Portugal¹⁷ et se conforment aux directives édictées par l'Ordre, qui respectent elles-mêmes les Normes Internationales d'Audit.

17. l'Ordre des commissaires aux comptes officiels du Portugal est un organisme public dont sont membres les commissaires aux comptes officiels.

Les autorités portugaises indiquent que les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée assujetties à la législation portugaise (c'est-à-dire dont le siège principal et effectif ou statutaire est au Portugal) qui ont dépassé deux des trois paramètres suivants pendant deux années consécutives sont soumises aux obligations de vérification externe¹⁸ : (1) total du bilan de 1,5 millions d'euros ; (2) total des ventes nettes ou des profits de 3 millions d'euros ; (3) 50 travailleurs employés à leur service. De plus, elles indiquent que toutes les sociétés à responsabilité limitée peuvent posséder un organe de surveillance, en conformité avec leurs statuts, et sont soumises à une vérification interne.

Aux termes de l'article 54, les contrats de services d'audit avec des sociétés ne sont pas transférables et sont valables pour une période de quatre ans afin de renforcer l'indépendance des commissaires aux comptes. En outre, aux termes du décret-loi, certaines personnes ne peuvent dispenser des services de vérification en raison de leur lien avec une société (par exemple, les actionnaires, conjoints ou enfants des actionnaires et les membres de la direction ou du conseil d'administration).

Aux termes de l'article 72 du décret-loi, les commissaires aux comptes sont tenus au secret professionnel. Toutefois, selon les autorités portugaises, les obligations de déclaration pour les représentants aux termes de l'article 242 du code de procédure pénale s'applique aux commissaires aux comptes, qui sont par conséquent tenus de signaler au procureur général, par le biais de leur Ordre, tous les faits dont ils ont connaissance dans le cadre de leur travail qui leur font soupçonner la commission d'infractions, y compris celle de corruption d'agent public étranger. Le non-respect de cette obligation constitue une infraction disciplinaire aux termes du décret-loi n° 487/99. Les sanctions applicables pouvant aller de l'avertissement à l'exclusion de l'Ordre.

Selon l'explication fournie par les autorités portugaises, il semble qu'en vertu du Code du Registre du Commerce et des Sociétés et du Code du Marché des Valeurs mobilières, les rapports des commissaires aux comptes sont soumis aux règles de publicité.

8.3 Sanctions

Le Régime Général des Infractions Fiscales (loi n° 15/2001 du 5 juin) prévoit les infractions de falsification des livres comptables, etc. en relation avec des questions fiscales. Aux termes de l'article 103, constituent l'infraction de fraude fiscale, punissable d'un emprisonnement d'un maximum de 3 ans ou d'une amende de 360 jours maximum, la dissimulation et l'altération des faits ou valeurs inscrits dans les livres comptables et la comptabilité en vue d'obtenir des bénéfices fiscaux non dus (et d'un montant supérieur à 7500 euros), etc.. Lorsque existent des circonstances aggravantes (par exemple lorsque le délinquant est un agent public), les peines sont d'un emprisonnement de 1 à 5 ans pour les personnes physiques et une amende de 240 à 1200 jours pour les personnes morales (article 104). Aux termes de l'article 118, le fait intentionnel de falsifier, vicier, dissimuler ou détruire des éléments fiscalement pertinents (sans que ce fait constitue une fraude fiscale) est puni d'une amende allant de 500 à 25000 euros. Enfin, aux termes de l'article 119, les omissions et inexactitudes des livres et documents comptables concernant la situation fiscale d'une personne (mais ne constituant aucune des infractions ci-dessus mentionnées) sont punissables d'une amende allant de 250 à 15000 euros. Les autorités portugaises confirment que ces sanctions sont applicables tant aux personnes physiques que morales.

18. Les autorités portugaises indiquent également que les Établissements Individuels à Responsabilité Limitée doivent soumettre leurs comptes à un commissaire aux comptes officiel en vertu de la loi. Les entreprises admises à la cotation sont en outre soumises à des règles spécifiques et additionnelles en matière d'audit en vertu des dispositions du Code du Marché des Valeurs mobilières.

De même, aux termes de l'article 256 paragraphe 1 du code pénal, est passible d'une peine d'emprisonnement maximale de trois ans ou d'une peine d'amende de 10 à 360 jours-amende toute personne qui, dans le but de causer un dommage à un tiers ou à l'Etat ou pour obtenir pour son compte ou pour autrui un avantage illicite, produit un faux, falsifie un document, imite la signature d'une autre personne pour produire un faux, fait usage de ce faux, etc.

9. ARTICLE 9. ENTRAIDE JUDICIAIRE

L'article 9 paragraphe 1 de la Convention prévoit que chaque Partie accorde, dans toute la mesure du possible, « une entraide judiciaire prompte et efficace » aux fins des enquêtes et des procédures pénales engagées par une Partie pour les infractions relevant de la présente Convention ainsi qu'aux fins des procédures non pénales relevant de la présente Convention engagées par une partie contre des personnes morales.

Outre les dispositions de l'article 9 paragraphe 1 de la Convention, il existe deux autres exigences en matière pénale. Aux termes de l'article 9 paragraphe 2, 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 présente Convention. Et conformément à l'article 9 paragraphe 3, une Partie ne peut refuser d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale en invoquant le secret bancaire.

9.1 Lois, traités et instruments permettant l'entraide judiciaire

9.1.1 Questions pénales

Le Portugal peut accorder une entraide judiciaire en matière pénale conformément aux conventions bilatérales et multilatérales auxquelles il est Partie¹⁹. En l'absence de convention (ou de dispositions correspondantes dans une convention), l'entraide judiciaire peut être accordée aux termes de la loi n° 144/99 du 31 août, qui établit les conditions et les procédures relatives à l'entraide judiciaire et à l'extradition. En principe, l'entraide judiciaire est accordée moyennant réciprocité (article 4). Toutefois, conformément au paragraphe 3 de l'article 4, dans certains cas, l'entraide judiciaire est possible même si la condition de réciprocité n'est pas remplie²⁰.

Les types d'entraide accessibles à l'égard des personnes physiques et des personnes morales comprennent la perquisition et la saisie, l'examen par des experts, la remise des actes de procédure, l'audition de suspects et de témoins, l'obtention de preuves, la transmission de biens ou de documents et la communication d'informations.

19. Le Portugal est Partie à la Convention européenne sur l'entraide mutuelle en matière pénale et à son protocole additionnel, etc. Il a également conclu des conventions bilatérales sur l'entraide judiciaire avec l'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Canada, l'Espagne et le Mexique.

20. Par exemple, lorsque l'entraide est possible parce que la demande « se révèle nécessaire en raison (...) du besoin de lutter contre certaines formes graves de criminalité » (article 4.3, alinéa a). Les autorités portugaises indiquent que cette exception (c'est-à-dire le besoin de lutter contre certaines formes graves de criminalité) peut être pertinente pour une demande d'entraide à l'égard de l'infraction de corruption d'agent public étranger.

Les demandes d'aide sous forme de commission rogatoire peuvent être transmises directement par les autorités judiciaires compétentes à leurs contreparties, auquel cas les juges et/ou le ministère public prennent les décisions et exécutent les commissions rogatoires. D'autres types de demandes sont reçues par le ministère public et transmises avec son opinion au Ministre de la justice, qui décide d'y accéder ou non. Il n'existe pas de recours possible contre la décision d'un tribunal, du ministère public ou du Ministre de la justice de refuser l'entraide.

La demande est refusée pour les raisons prévues aux articles 6 à 8, à savoir :

- La demande vise à poursuivre ou punir une personne en raison de sa race, de sa religion, de son sexe, de sa nationalité, etc. ;
- L'infraction concernée est punissable de la peine de mort, de l'emprisonnement à perpétuité, etc., et aucune assurance n'a été donnée selon laquelle ces sanctions ne seront pas imposées ;
- L'infraction concernée est de nature politique ou une infraction connexe à une infraction politique ou un crime militaire non prévu simultanément dans la loi pénale commune. Les autorités portugaises indiquent que les affaires de corruption d'agents publics étrangers titulaires d'une charge politique ou de corruption d'agents publics étrangers pour des raisons ou des fins politiques (par exemple, contribution à un parti politique) ne semblent pas être considérées comme des infractions politiques ou connexes à une infraction politique;
- Au Portugal ou dans un autre Etat, des poursuites pénales ont été engagées pour le même fait et : la procédure s'est terminée par une décision de non culpabilité, la décision condamnatrice a été exécutée ou encore la procédure pénale est déjà éteinte.
- La condition de réciprocité n'est pas remplie et aucune des conditions extraordinaires prévues à l'article 4 paragraphe 3 n'est satisfaite.

De même, l'entraide est refusée dans certains cas prévus à l'article 152, notamment lorsque : (i) la demande concerne un acte interdit par la loi ou qui est contraire à l'ordre public portugais ou (ii) l'octroi de l'entraide porterait atteinte à la souveraineté ou à la sûreté de l'Etat portugais.

De plus, l'entraide peut être refusée « si l'importance réduite de l'infraction ne la justifie pas » (article 10). Les autorités portugaises confirment que cela est pertinent lorsque l'infraction n'est punissable que d'une amende peu élevée, ce qui n'est pas applicable aux demandes au titre de l'infraction de corruption d'agent public étranger.

9.1.2 Questions non pénales

Les autorités portugaises indiquent qu'il est possible d'octroyer une entraide judiciaire à d'autres Parties aux fins de procédures non pénales engagées contre une personne morale en vue d'établir sa responsabilité ou de lui imposer des sanctions pour corruption d'agent public étranger, en vertu des dispositions de l'article 1 paragraphe 3 de la loi n° 144/99 qui dispose que le présent texte est subsidiairement applicable à la coopération concernant les infractions de nature administrative dont les procédures sont susceptibles de recours judiciaire.

9.2 Double incrimination

En principe, la double incrimination n'est pas exigée pour l'octroi de l'entraide judiciaire. Cependant, conformément à l'article 147 de la loi n° 144/99, lorsque l'entraide judiciaire demandée entraîne le recours à des mesures de coercition, l'entraide est subordonnée à la double incrimination, à moins que ces mesures soient destinées à la preuve d'une cause d'exclusion de culpabilité de la personne contre laquelle la procédure pénale a été engagée. Les autorités portugaises estiment que cette exception ne concerne pas les infractions de corruption d'agent public étranger.

Les autorités portugaises confirment que lorsque la condition de double incrimination est exigée, elle est réputée remplie si l'infraction pour laquelle l'entraide est demandée relève de la Convention. Les autorités portugaises indiquent en outre que la condition de double incrimination doit être remplie au moment de la commission de l'acte de corruption supposé. Elles indiquent toutefois que la condition de double incrimination aux fins d'entraide judiciaire est interprétée largement, de telle sorte qu'elle est réputée remplie même si l'acte de corruption d'un agent public étranger a été commis avant l'entrée en vigueur de la loi d'application, car l'infraction de corruption d'un agent public portugais était, elle, punissable avant cette entrée en vigueur.

9.3 Secret bancaire

Conformément à l'article 5 de la loi n° 36/94 du 29 septembre²¹, le secret professionnel auquel sont tenus les institutions de crédit, les sociétés financières, ainsi que leurs employés, et les personnes qui leur fournissent des services est levé s'il existe des motifs qui portent à croire que les renseignements et les documents en cause offrent « un intérêt pour faire toute la vérité » pendant l'enquête, etc. dans le cadre de certaines infractions, dont l'infraction de corruption d'agent public étranger. Les autorités portugaises confirment que cela couvre les procédures concernant l'octroi d'entraide judiciaire. Au contraire, le secret bancaire ne serait pas levé pour l'octroi d'une entraide judiciaire dans le cadre de procédures non pénales engagées à l'encontre d'une personne morale pour corruption d'agent public étranger. Selon les autorités portugaises, la condition d'un « intérêt pour faire toute la vérité » est remplie lorsque les autorités d'enquêtes compétentes de l'Etat requérant considèrent que les renseignements que l'institution financière est sensée posséder sont nécessaires et pertinents pour l'enquête quant à l'infraction, ses auteurs ou participants.

Le secret bancaire est levé par l'émission d'une autorisation des autorités judiciaires ou l'ordonnance d'un tribunal par lesquelles les établissements de crédit, etc., sont tenus de fournir des renseignements aux autorités judiciaires ou aux services de police pertinents. Les autorités portugaises confirment qu'il n'existe pas d'autre condition. Les autorités portugaises indiquent que le refus des institutions financières, etc., de fournir un renseignement constitue une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans ou d'au moins 60 jours-amende.

Le Portugal indique que le processus de communication des informations bancaires ne diffère pas de celui qui est prévu pour les autres types de demandes d'entraide judiciaire.

21. Cette loi a été amendée par la loi n° 90/99 du 10 juillet, entre-temps modifiée par la loi n° 5/2002 du 11 janvier [article 2 (levée du secret)].

10. ARTICLE 10. EXTRADITION

10.1/10.2 Extradition pour corruption d'agents publics étrangers/Fondement juridique de l'extradition

L'article 10 paragraphe 1 de la Convention oblige les Parties à considérer la corruption d'agent public étranger comme une infraction pouvant donner lieu à extradition en vertu du droit des Parties et des conventions d'extradition entre celles-ci. L'article 10 paragraphe 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 ».

Le Portugal peut accorder l'extradition pour l'infraction de corruption d'agent public étranger sur la base de traités bilatéraux ou multilatéraux²², ou aux termes de la loi n° 144/99. Les autorités portugaises confirment en outre qu'elles estiment que la Convention constitue un fondement juridique pour l'extradition en ce qui concerne l'infraction de corruption d'agent public étranger.

Les demandes d'extradition sont reçues par le ministère public et transmises au Ministre de la justice, et passent par les deux phases suivantes :

1. Lors de la phase administrative, le Ministre de la justice décide ou non d'accéder à la demande d'extradition sur la base de raisons d'ordre politique ou d'opportunité. Selon les autorités portugaises, l'opportunité s'exerce en fonction du champ de coopération prévu par la loi selon lequel l'application de la loi est subordonnée à la protection des intérêts liés à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public et à d'autres intérêts de l'Etat, etc. (article 2). Il n'existe pas de recours contre la décision de refuser l'extradition. Les autorités portugaises indiquent toutefois que lorsque l'extradition est refusée à cette phase, il est fait application du principe *aut dedere aut judicare* (extrader ou juger), et les procédures pénales contre la personne en cause sont engagées au Portugal;
2. Lors de la phase judiciaire, la Cour d'appel (*Tribunal da Relação*) rend la décision finale conformément aux conditions prescrites par la loi. Le procureur et la personne dont l'extradition est demandée peuvent faire appel de cette décision devant la Cour Suprême de Justice.

Comme dans le cas de l'entraide judiciaire, aux termes de l'article 4, la réciprocité est requise pour accorder l'extradition en principe. En outre, comme il est mentionné ci-dessus (voir le point 3.4, « Sanctions et extradition »), l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée doit constituer une infraction pour laquelle la législation du Portugal et de l'Etat requérant prévoient une durée maximale d'emprisonnement d'au moins un an (double incrimination). Si la demande concerne l'exécution d'une peine, la durée minimale de cette peine doit être de quatre mois. L'exigence relative à une durée particulière d'emprisonnement peut être assouplie en vertu de certains traités bilatéraux ou multilatéraux.

22. Le Portugal est Partie à la Convention européenne d'extradition et à ses protocoles additionnels, à la Convention relative à la procédure d'extradition simplifiée entre les Etats membres de l'Union européenne, etc. Le Portugal a également conclu des traités bilatéraux d'extradition avec l'Argentine, l'Australie, le Brésil, les Etats-Unis et le Mexique.

De plus, aux termes de la loi n° 144/99, l'extradition est ou peut être refusée pour les mêmes raisons que l'entraide, dans les cas respectivement prévus aux articles 6 à 8 et à l'article 10, (point 9.1.1, « Questions pénales »). En outre, conformément à l'article 32, l'extradition est refusée lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée a été commise au Portugal²³ ou lorsque la personne en cause a la nationalité portugaise²⁴. Aux termes de l'article 33, lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est commise hors de l'Etat requérant, l'extradition n'est accordée que si : (i) la loi portugaise confère compétence à sa juridiction dans des circonstances analogues ou (ii) l'Etat requérant fait preuve que l'Etat tiers ne réclame pas l'auteur de l'infraction.

10.3/10.4 Extradition de ressortissants

L'article 10 paragraphe 3 de la Convention demande à chaque Partie de faire en sorte soit de pouvoir extraditer ses ressortissants, soit de pouvoir les poursuivre à raison de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Une Partie qui refuse la demande d'extradition d'une personne pour corruption d'agents publics étrangers au seul motif que cette personne est son ressortissant doit soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.

Aux termes de l'article 32 de la loi n°144/99, les ressortissants portugais ne sont pas extradés. Ils peuvent toutefois l'être si un traité ou une convention applicable comporte des dispositions contraires, si l'infraction concernée est en rapport avec le terrorisme ou la criminalité internationale organisée, ou si l'ordre juridique de l'Etat requérant consacre la garantie d'un procès juste et équitable²⁵. Aux termes du paragraphe 5 de l'article 32, lorsque la demande d'extradition est rejetée au seul motif que la personne est un ressortissant portugais, des procédures pénales sont engagées à son encontre (autrement dit, le principe *aut dedere aut judicare* s'applique)²⁶.

10.5 Double incrimination

L'article 10 paragraphe 4 de la Convention dispose que 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 présente Convention.

Comme il est mentionné ci-dessus, l'extradition est subordonnée à la double incrimination. Les autorités portugaises confirment que la condition de double incrimination est réputée remplie lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée relève de la Convention. Les autorités portugaises indiquent en outre que la condition de double incrimination doit être remplie au moment de la commission de l'acte de

23. Cependant, conformément à l'article 3 paragraphe 5, lorsque l'extradition est refusée pour cette seule raison, des poursuites pénales sont engagées au Portugal (voir aussi l'examen de cette question aux points 10.3/10.4, « Extradition de ses ressortissants »).

24. Il existe toutefois des exceptions permettant l'extradition de ressortissants portugais. Voir l'examen de cette question aux points 10.3/10.4, « Extradition de ses ressortissants ».

25. A ces conditions s'ajoute le fait que l'extradition de ressortissants portugais n'a lieu qu'aux fins de poursuite pénale et pourvu que l'Etat requérant assure la remise de la personne extradée au Portugal, pour l'accomplissement de la peine ou mesure à lui appliquer, après révision et confirmation aux termes du droit portugais, à moins que la personne ne s'oppose à la remise moyennant déclaration expresse.

26. De plus, en vertu de la même disposition (article 32.5), des poursuites pénales sont engagées lorsque l'extradition a été refusée pour d'autres raisons, notamment l'éventualité d'une condamnation à la peine de mort dans l'Etat requérant, etc.

corruption supposé. Elles indiquent toutefois que la condition de double incrimination aux fins d'extradition est interprétée largement, de telle sorte qu'elle est réputée remplie même si l'acte de corruption d'un agent public étranger a été commis avant l'entrée en vigueur de la loi d'application, car l'infraction de corruption d'un agent public portugais était, elle, punissable avant cette entrée en vigueur.

11. ARTICLE 11. AUTORITES RESPONSABLES

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

Le Portugal a notifié au Secrétaire général de l'OCDE que l'autorité responsable pour l'envoi et la réception des demandes de consultation, d'entraide judiciaire et d'extradition est le Ministre de la Justice.

B. APPLICATION DE LA RECOMMANDATION REVISEE

3. DEDUCTIBILITE FISCALE

L'article 26 paragraphe 9 du décret-loi n° 127-B/97 du 20 décembre,²⁷ qui contient des dispositions relatives à l'impôt sur le revenu des personnes physiques, dispose que :

Article 26 Revenu tiré du travail d'indépendant : déductions

9 – les dépenses illicites, à savoir les dépenses engagées dans le cadre d'actes dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils ont été commis en violation de la législation pénale portugaise, ne sont pas déductibles, même si elles ont été faites en dehors de son champ territorial d'application.

L'article 23.2, qui contient des dispositions relatives à l'impôt sur le revenu des personnes morales, dispose que :

Article 23 Coûts ou pertes

2 – Les dépenses illicites, à savoir les dépenses engagées dans le cadre d'actes dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils ont été commis en violation de la législation pénale portugaise, ne sont pas admissibles en tant que coûts même si elles ont été faites en dehors de son champ territorial d'application.

Les autorités portugaises indiquent que les pots-de-vin ne sont pas déductibles de l'impôt sur le revenu car le fait de remettre un pot-de-vin constitue une violation de la « législation pénale portugaise ». Les autorités portugaises confirment que les actes commis en « violation de la législation pénale portugaise » couvrent les infractions en vertu du code pénal et d'autres lois pénales secondaires, y compris le décret-loi n° 28/84 qui établit l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Elles confirment que les sommes versées à un agent public étranger au titre de paiements en vue d'obtenir une introduction ou de paiements de facilitation, dans le but évident d'obtenir des marchés, etc., mais qui ne sont pas considérés comme illicites dans le pays de l'agent public étranger, ne sont pas déductibles, car ces paiements constituent une infraction en droit portugais.

27. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998. Auparavant, selon les informations transmises par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE, les déductions au titre des pots-de-vin payés aux agents publics étrangers étaient autorisées à la condition d'être appuyées par des pièces justificatives et s'il était démontré que le pot-de-vin avait contribué directement à la réalisation du revenu.

L'article 26 s'intitule « revenu provenant du travail d'indépendant ». Les autorités portugaises confirment toutefois que l'article 26 paragraphe 9 est pertinent pour le traitement fiscal des revenus de toutes provenances pour toutes les personnes physiques qui ont une profession libérale ou travaillent à leur propre compte. Elles confirment en outre que l'article 23 paragraphe 2 s'applique à toutes les personnes morales.

En ce qui concerne les personnes morales, l'article 23 paragraphe 2 indique seulement que les dépenses engagées en violation de la législation pénale ne « sont pas admissibles en tant que coûts ». Les autorités portugaises confirment que les « dépenses illicites », dont font partie les pots-de-vin, ne peuvent pas être déductibles au titre de quelque autre catégorie de dépenses admissibles.

Les autorités portugaises confirment que la déduction des pots-de-vin est interdite pour une personne morale lorsque son employé a payé un pot-de-vin à un agent public étranger avec les avoirs de la personne morale. Elles confirment en outre que la déduction doit être refusée même lorsque les conditions de l'établissement de la responsabilité pénale de la personne morale ne sont pas satisfaites (par exemple, l'employé n'est pas un organe ou un représentant de l'entité, ou a agi contre les ordres ou instructions formulés expressément par ces derniers). Dans ces cas, toutefois, la personne morale peut engager des poursuites contre l'auteur de l'infraction pour la perte occasionnée.

Les autorités portugaises estiment que la condamnation préalable d'une personne physique ou d'une personne morale n'est pas nécessaire pour que les autorités fiscales refusent la déductibilité fiscale des pots-de-vin. Elles indiquent également qu'il incombe au contribuable de prouver que le paiement constitue une dépense déductible en vertu de la législation portugaise.

Les autorités portugaises indiquent que conformément à l'article 242 du code de procédure pénale, les autorités fiscales sont tenues d'informer les autorités judiciaires des cas d'évasion et de fraude fiscale en rapport avec un acte de corruption. Les autorités portugaises indiquent que le fait de déclarer un pot-de-vin comme dépense en vue d'éviter le paiement d'impôts constitue une fraude fiscale punissable d'une peine d'emprisonnement de 3 ans au plus et d'une amende de 360 jours au plus.

En vertu de la Constitution portugaise, les Açores et Madère possèdent une compétence en matière fiscale, dans les limites de la loi fiscale portugaise. Les autorités portugaises confirment que les articles 23 paragraphe 2 et 26 paragraphe 9 du décret-loi n° 127-B/97 qui interdisent la déductibilité fiscale des pots-de-vin s'appliquent à ces régions.

EVALUATION DU PORTUGAL

Remarques générales

Le Groupe de travail a apprécié le niveau élevé de coopération des autorités portugaises pendant tout le processus d'examen, et se félicite notamment de la franchise de leurs réponses et de la rapidité de communication des traductions et de tous les textes législatifs demandés.

Le Portugal a transposé la Convention dans sa législation nationale en modifiant le décret loi n° 28/84, une législation pénale secondaire incriminant les infractions commises au préjudice de l'économie nationale et de la santé publique, de telle sorte que l'infraction de corruption d'un agent public étranger constitue désormais une infraction pénale. Le Groupe de travail estime que dans l'ensemble les textes de lois portugais, et notamment le texte d'application de la Convention, sont conformes aux normes de la Convention. Cependant, certains aspects de la législation portugaise soulèvent des questions qui mériteraient d'être suivies lors de la Phase 2 de la procédure d'évaluation.

Questions spécifiques

1. la corruption par des intermédiaires

Il est expressément requis par la loi portugaise que lorsqu'un intermédiaire est impliqué il y ait « consentement » ou « ratification » du corrupteur.

Les autorités portugaises indiquent que cette exigence implique simplement que le corrupteur sache que l'intermédiaire corrompt un agent public étranger pour son compte et y donne son consentement ou sa ratification, sans exiger un dol spécifique et sans pour autant que le corrupteur soit au courant des détails des actes de l'intermédiaire, tels que le nom et la fonction de l'agent public étranger ou le montant du pot-de-vin.

Le Groupe de travail prend note des explications fournies par les autorités portugaises et recommande que cette question fasse l'objet d'un suivi au cours de la phase 2 de la procédure d'évaluation.

2. la définition de l'agent public étranger

En ce qui concerne la définition des agents publics étrangers, la législation portugaise opère une distinction entre les « fonctionnaires » et les « personnes titulaires d'une charge politique ». La définition du « fonctionnaire » utilise certains termes qui ne sont pas définis par la loi d'application, comme les termes de « fonction publique », « organisme public », « entreprise concessionnaire de services publics » et « organisation internationale ou supranationale publique ». La définition de « personne titulaire d'une charge politique » n'est pas autonome, en ce que la législation d'application portugaise fait expressément référence à la loi de l'Etat pour lequel la personne exerce ces fonctions.

Les autorités portugaises ont indiqué que s'agissant des termes utilisés dans la définition de fonctionnaire étranger qui ne sont pas eux-mêmes définis, les tribunaux devraient prendre en compte la définition d'un « agent public étranger » figurant dans la Convention et ses commentaires en tant qu'instruments interprétatifs essentiels, afin de déterminer si une personne donnée est un agent public étranger.

De plus, les autorités portugaises ont indiqué qu'aux fins d'application de l'article 41-A du décret loi n° 28/84 un législateur étranger devrait être considéré comme étant un « fonctionnaire » dès lors qu'il détient un mandat pour lequel il a été nommé ou élu (paragraphe 2). Il est cependant possible que dans certains pays le législateur soit considéré comme étant une « personne titulaire d'une charge politique », et dans ce cas il sera couvert par les dispositions du paragraphe 3.

Le Groupe de travail prend note des explications fournies par les autorités portugaises. Il estime néanmoins qu'il existe un risque que ce texte soit interprété par les tribunaux portugais comme ne couvrant que le législateur étranger défini comme titulaire d'une charge politique par la loi de l'Etat de l'agent public étranger. Le Groupe recommande que cette question fasse l'objet d'un suivi au cours de la phase 2 de la procédure d'évaluation afin d'examiner l'application pratique de ces définitions.

3. La responsabilité des personnes morales

Le décret loi n°28/84 établit la responsabilité pénale des personnes morales. Par ailleurs il contient un vaste éventail de sanctions principales et complémentaires.

Le décret-loi n'exclut pas les entreprises détenues ou contrôlées par l'Etat du champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales en cas d'infractions de corruption. Les autorités portugaises ont indiqué que s'il existait déjà des cas dans lesquels des personnes morales avaient été condamnées pour infraction au décret-loi, ces cas n'impliquaient jamais des entreprises détenues ou contrôlées par l'Etat.

Le Groupe de travail convient que la responsabilité des sociétés détenues ou contrôlées par l'Etat en cas d'infraction de corruption d'un agent public étranger est une question horizontale qui devrait faire l'objet d'un suivi au cours de la phase 2 de la procédure d'évaluation.