



DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS

BRÉSIL: PHASE 1

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

Ce rapport a été approuvé et adopté par le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales le 31 août 2004.

BRÉSIL

ÉVALUATION DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION ET DE LA RECOMMANDATION DE 1997

A. MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION

Questions formelles

Le Brésil a signé la Convention le 17 décembre 1997 et a déposé son instrument de ratification le 24 août 2000, conformément au Décret-loi n°125 du 15 juin 2000. Le Brésil a promulgué sa loi de transposition de la Convention sous la forme de la Loi n° 10,467 du 11 juin 2002, qui a modifié le Code pénal et la Loi n° 9,613 du 3 mars 1998 et qui est entrée en vigueur le 11 juin 2002.

La Convention dans son ensemble

La corruption active d'un agent public brésilien constitue une infraction pénale aux termes de l'article 317 du Code pénal brésilien. L'article 333 du Code pénal criminalise l'acceptation d'un pot-de-vin par un agent public brésilien. Ces deux infractions de corruption active et passive sont antérieures à la Convention. Parmi les autres textes législatifs pertinents en matière de corruption d'agents publics nationaux, on retiendra la Loi n°9,034 du 3 mai 1995 relative aux organisations criminelles et la Loi n°9,613 du 3 mars 1998 relative au blanchiment de capitaux et à la dissimulation d'actifs. Afin de satisfaire aux exigences de la Convention, le Brésil a criminalisé les actes de corruption d'agents publics étrangers en promulguant sa loi de transposition (Loi n°10,467 du 11 juin 2002), qui a introduit dans la Section XI du Code pénal, le Chapitre II-A, intitulé « Crimes commis par des particuliers à l'encontre d'une administration publique étrangère » qui prévoit l'infraction de *Corruption active dans une transaction commerciale internationale* et la définition d'un « agent public étranger ». En outre, cette loi a modifié l'article 1 de la Loi n°9,613 de 1998 afin d'inclure la nouvelle infraction de corruption d'agents publics étrangers dans les infractions principales de blanchiment de capitaux. Par ailleurs, le Brésil s'appuie sur les textes législatifs existants pour la mise en œuvre d'autres prescriptions de la Convention.

Les autorités brésiliennes indiquent qu'au 23 octobre 2000 (date correspondant pour le Brésil à l'entrée en vigueur de la Convention au plan international¹), la Convention est aussi entrée en vigueur au Brésil à titre de « loi ordinaire ». Après l'adoption de l'instrument de ratification par le Congrès national (Décret-loi 125/2000), la Convention a été formellement promulguée et transposée en droit interne par le Décret n°3,678, du 30 novembre 2000, qui prévoit que la Convention « doit être mise en œuvre et respectée en conformité intégrale avec son contenu ».

L'article 5, paragraphe XXXIX de la Constitution brésilienne prescrit qu'il « n'y a pas de crime en l'absence de loi préalable qui le définit pas plus qu'il n'y a de sanction sans qu'elle soit préalablement imposée par la loi ». En conséquence, en dépit du fait que la Convention dans son ensemble a force de loi ordinaire au Brésil, l'article 1 de la Convention n'est pas immédiatement exécutoire et il a fallu promulguer

¹. Voir article 15.2 de la Convention.

une nouvelle infraction pénale. De ce fait, on ne peut pas s'appuyer sur l'article 1 lorsque le droit pénal interne est contradictoire avec cet article ou présente des lacunes quant aux éléments énoncés dans la Convention. Même si les tribunaux ne sont pas tenus d'interpréter la loi de transposition selon les termes de l'article 1 lorsque les éléments de l'infraction figurant dans la loi de transposition ne sont pas clairement définis, la Convention est, de l'avis des autorités brésiliennes, « une importante source » d'interprétation et ses commentaires « doivent être pris en compte ».

Les autres articles de la Convention sont directement applicables sans nécessiter de loi de transposition dans la mesure où ils n'imposent pas la création d'une infraction pénale.

Environ un an et huit mois se sont écoulés entre l'entrée en vigueur de la Convention au Brésil (23 octobre 2000) et celle de la loi de transposition (11 juin 2002) au Brésil. Pour ce qui est de savoir si la Convention a produit un quelconque effet juridique concret au Brésil, en matière d'octroi d'une entraide judiciaire ou de l'extradition pour un acte de corruption d'agents publics étrangers commis durant cette période, les autorités brésiliennes indiquent que l'obligation de double qualification pénale fait l'objet d'une interprétation large et qu'elle serait satisfaite dès lors que l'acte commis constitue une infraction aux termes de la loi du pays requérant, puisque l'infraction de corruption d'un agent public national existait déjà dans le droit brésilien.

En ce qui concerne le poids juridique accordé à la jurisprudence dans le système brésilien, les autorités brésiliennes ont expliqué que, même si ce système relève de la tradition romano-germanique fondée sur le droit écrit, les décisions des tribunaux, bien que n'étant pas contraignantes pour les autres tribunaux, ont joué un rôle essentiel dans la formation et l'évolution des concepts juridiques. Leur influence dépend de la compétence et du statut du tribunal concerné.

1. ARTICLE 1 : L'INFRACTION DE CORRUPTION D'AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS

Description générale de l'infraction

Conséquemment à la Loi n°10,467, la Section XI du Code pénal (Décret-loi n°2,848 du 7 décembre 1940) contient désormais les articles 337-B à 337-D qui apparaissent sous forme d'un Chapitre II-A « Crimes commis par des particuliers à l'encontre d'une administration publique étrangère ». L'article 337-B dispose :

Corruption active dans une transaction commerciale internationale

Article 337-B : Le fait de promettre, d'offrir ou d'octroyer, directement ou indirectement un avantage indu à un agent public étranger ou à un tiers afin qu'il ou elle effectue, s'abstienne d'effectuer ou retarde tout acte officiel relatif à une transaction commerciale internationale.[]

Sanction - Privation de liberté pour une durée de 1 (un) an à 8 (huit) ans, plus une amende.

Paragraphe unique : La sanction est alourdie de 1/3 (un tiers) si, en raison de l'avantage ou de la promesse, l'agent public étranger retarde ou s'abstient d'effectuer ou effectue l'acte officiel en manquant aux devoirs de sa fonction.

L'article 337-D prévoit la définition du terme « agent public étranger » (voir au point 1.1.6)².

² Une troisième disposition, l'article 337-C, a introduit l'infraction de trafic d'influence « passif » dans le cadre d'une transaction commerciale internationale.

La Partie générale du Code pénal brésilien énonce des règles de caractérisation ou de définition d'une infraction et prévoit les arguments de défense ou les exclusions qui sont généralement applicables. Ces arguments de défense et d'exclusion peuvent être invoqués dans les affaires de corruption d'agent public étranger. La menace de perte ou de préjudice réel (donc pas uniquement un dommage économique), la coercition ou l'intimidation exercées pour obtenir un pot-de-vin sont autant d'éléments concourant à exclure la commission de l'infraction de corruption active d'un agent public étranger. En revanche, le simple fait de solliciter ou de demander un pot-de-vin ne suffit pas à exclure la commission de l'infraction.

1.1 Éléments constitutifs de l'infraction

1.1.1 toute personne

Les autorités brésiliennes considèrent l'article 337-B comme une infraction pénale commune qui peut être commise par toute personne. Elles précisent qu'en absence d'indication spécifique sur la catégorie de personnes susceptibles de commettre une infraction, il est convenu que le sujet peut être n'importe quel personne. C'est une caractéristique du Chapitre II-A de la Section XI du Code pénal qui énumère les infractions pénales commises par des personnes physiques à l'encontre d'une administration publique étrangère.

1.1.2 intentionnellement

L'article 337-B n'énonce pas expressément l'élément intentionnel de l'infraction. Selon les autorités brésiliennes, « l'intention délictueuse » est présumée être requise dans les infractions pénales lorsque aucune autre forme de *mens rea* n'est précisée. L'intention est constituée par déduction aux termes du droit brésilien et il n'y a pas lieu de la rendre explicite. Dans le Code pénal brésilien, l'intention est constituée lorsque la personne souhaite le résultat ou lorsqu'elle assume le risque d'aboutir à ce résultat, ce qui de toute évidence accorde un traitement analogue à la fois à l'intention (*dolus*) et à l'imprudence ou la négligence (*dolus eventualis*).

1.1.3 offrir, promettre ou octroyer

L'article 337-B prévoit expressément ces trois éléments prescrits par l'article 1 de la Convention.

1.1.4 tout avantage indu, pécuniaire ou autre

L'article 337-B évoque « un avantage indu ». Les autorités brésiliennes confirment que cela couvre des avantages de nature matérielle, comme de l'argent ou des biens, et d'autres avantages d'ordre moral ou sexuel, par exemple. Elles précisent que la définition pénale des infractions de corruption passive et active, la jurisprudence et la doctrine brésiliennes considèrent qu'un « avantage indu » représente tout avantage en soi. Le Brésil cite la doctrine pour montrer que « l'idée essentielle en l'occurrence est celle de récompense ... récompense que l'agent public reçoit ou accepte comme prix de sa corruption ». Il cite une affaire de corruption nationale dans laquelle le prêt d'une voiture a été considéré comme un avantage indu.³ En conséquence, il semble que tous les avantages pécuniaires ou non, matériels ou immatériels, soient couverts par ce terme.

³ Tribunaux de l'État du Rio Grande do Sul, Rapporteur Luis Felipe Magalhaes, in *Jurisprudence of the Law Courts of the State of Rio Grande do Sul*, vol. 2, tome 11, p. 189.

Les autorités brésiliennes indiquent que « si l'avantage n'est pas prévu par la loi, en d'autres termes, si l'agent public n'est pas habilité à en bénéficier, cet avantage sera considéré comme indu ». En conséquence, il apparaît qu'à travers l'interprétation du terme « indu » l'infraction met en œuvre le commentaire 8 qui précise que « l'infraction n'est pas constituée lorsque l'avantage est permis ou requis par la loi ou la réglementation écrites du pays de l'agent public étranger, y compris la jurisprudence ». Le Brésil a expliqué que la loi du pays de l'agent public sera prise en compte pour déterminer si l'avantage est indu. Pour le cas où l'avantage n'est pas expressément permis ou requis par la loi du pays (de l'agent public étranger), mais n'est pas non plus interdit, le Brésil a expliqué que, si les autres éléments constitutifs de l'infraction pénale sont réunis, les tribunaux considéreraient probablement qu'il s'agit d'un avantage indu.

Le Brésil a en outre expliqué que, dès lors que l'élément subjectif (l'intention de corrompre) et l'élément objectif (l'avantage) sont réunis, l'infraction s'applique indépendamment de la valeur de l'avantage, de ses résultats, de la perception de la coutume locale, de la tolérance de tels paiements par les autorités locales ou de la nécessité alléguée du paiement pour obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu. Dans la pratique, le Brésil fait cependant une exception à cette règle pour les petits cadeaux de « courtoisie », parce qu'il n'y a pas d'intention de corrompre dans l'octroi ou l'acceptation de tels cadeaux.

1.1.5 directement ou par des intermédiaires

L'article 337-B prévoit que l'infraction peut être commise « directement ou indirectement ». Même si cette terminologie s'écarte de celle de la Convention, les autorités brésiliennes ont expliqué que « indirectement » couvre la corruption par un intermédiaire. Elles confirment qu'aux termes de l'article 29 du Code pénal, le mandant et l'intermédiaire seront chacun responsables à raison de leur implication respective. Elles précisent que le corrupteur reste pénalement responsable, indépendamment du fait que l'intermédiaire ait connaissance ou non de l'intention du corrupteur. De même, le mandant sera responsable s'il ou elle donne instruction à l'intermédiaire de corrompre un agent public étranger, tout en laissant à l'intermédiaire le choix de l'agent public à corrompre.

1.1.6 à un agent public étranger

La définition d'un « agent public étranger » aux fins de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers au Brésil est contenue dans l'article 337-D, qui dispose :

Est réputée être un agent public étranger, aux fins du droit pénal, toute personne qui, même à titre temporaire ou non rémunéré, occupe un emploi, un poste ou une fonction publique dans des organismes d'État ou des représentations diplomatiques d'un pays étranger.

Paragraphe unique. Toute personne qui occupe un emploi, un poste ou une fonction dans une organisation ou une entreprise directement ou indirectement contrôlée par les pouvoirs publics d'un pays étranger ou dans une organisation internationale publique est réputée être assimilable à un agent public étranger.

Les autorités brésiliennes expliquent que cette définition s'inspire de la définition classique figurant à l'article 327 du Code pénal de ce qu'est un agent public brésilien et qui prévoit :

Aux fins du droit pénal, est réputée être un agent public toute personne qui, même à titre temporaire ou non rémunéré, occupe un emploi, un poste ou une fonction public.

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

Les autorités brésiliennes indiquent que la définition d'un « agent public » figurant dans l'article 327 a fait l'objet au Brésil d'une interprétation très large par les tribunaux et la doctrine, pour couvrir toute personne qui exerce, quelles qu'en soient les modalités, une fonction publique. Elles précisent en outre que la définition de l'article 327 couvre toutes les sphères de l'activité de l'État, y compris les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, notamment le Président de la République, les membres du Congrès fédéral et de la Cour suprême fédérale, et elles citent des autorités universitaires de premier plan à l'appui de leurs affirmations.⁴ De plus, elles évoquent certains éléments de jurisprudence sur l'interprétation de l'article 327, qui disposent qu'un « agent public » aux termes de cet article couvre un témoin convoqué à titre d'expert ou un conseiller municipal.⁵

Les autorités brésiliennes indiquent que la définition de l'article 337-D, qui correspond en grande partie à celle de l'article 327, est fonctionnelle et suffisamment large pour couvrir tous les agents qui fournissent des services à l'État, y compris les magistrats, les représentants du Parquet, les membres du Congrès, les sénateurs et les salariés occupant des emplois de haut niveau dans l'administration publique. Elles soulignent qu'en outre, le paragraphe unique de l'article 337-D couvre expressément toute personne qui occupe une fonction dans une entreprise ou une organisation contrôlée par l'État ou dans une organisation internationale publique, et que cela doit comprendre l'exercice d'une fonction « pour ou pour le compte d'une telle entité. De l'avis des autorités brésiliennes, les entreprises se trouvant de fait sous le contrôle de l'État doivent être prises en compte dans la signification de « indirectement ». En conséquence, elles estiment que la définition de l'article 337-D est suffisamment large pour englober toutes les situations prévues par la Convention.

Toutefois, le fait que les deux définitions (articles 327 et 337-D) ne sont pas identiques ouvre la voie à la possibilité pour les tribunaux d'exclure certaines catégories d'agents publics étrangers en dépit de la jurisprudence existant sur l'article 327. Plus précisément, on ne sait pas si une personne exerçant une fonction publique pour un organisme public étranger, comme le prévoient l'article 1 paragraphe 4.a de la Convention et le Commentaire 13, est couverte. Cette question se pose non seulement en raison de l'absence de référence expresse à ce cas dans l'article 337-D, mais aussi parce qu'il n'existe pas de définition dans l'article 337-D qui corresponde à celle du paragraphe 1 de l'article 327, qui semble couvrir certains « organismes publics » nationaux.

La définition de l'article 337-D utilise l'expression « organismes d'État » pour une personne occupant un emploi ou une fonction public et l'expression « pays étranger » pour une personne détenant un emploi ou une fonction dans une organisation ou une entreprise contrôlée par les « pouvoirs publics ». Les autorités brésiliennes ont expliqué « qu'il n'y avait pas de différence de fond entre les deux dispositions » et que le terme « État » couvre « toute la structure des pouvoirs publics, quel qu'en soit le niveau ou la subdivision. »

4. Voir *Direito Penal* (Saraiva, 20th ed., 1995, v.4, p.206) par E. Magalhaes Noronha, et *The Code pénal and its Interpretation in Jurisprudence* (Vol 1, tomo II: Parte Especial. 6^e édition, revue et augmentée – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997) par FRANCO, Alberto Silva *et al.*

5. Voir, par exemple, Cour suprême fédérale – RHC – Rap. Décio Miranda – Revista dos Tribunais 556/397 et Revista do Law Courts 100/135, ainsi que Cour pénale d'appel de São Paulo – AC - Rap. Ercílio Sampaio – Revista do Tribunal 580/359.

Aucune définition n'est donnée pour les termes « fonction publique », « pouvoirs publics », « organismes d'État », « pays étranger » et « organisation internationale publique ». Toutefois, la Convention a force de loi au Brésil, à la fois en tant que partie intégrante du droit et que source d'interprétation et les autorités brésiliennes ont expliqué que les tribunaux utiliseraient la Convention ou les Commentaires comme instruments d'interprétation pour déterminer le champ d'application de ces termes. Selon les autorités brésiliennes, l'exposé des motifs qui accompagnait la promulgation de l'article 377-B à 377-D précisait explicitement que l'objet de cette modification du Code pénal consistait à transposer la Convention.

1.1.7 pour cet agent ou pour un tiers

L'infraction prévue à l'article 337-B dispose expressément que l'avantage n'est pas uniquement destiné à l'agent public, mais peut aussi l'être à un tiers. Selon les autorités brésiliennes, il n'y a pas de raison pour que ce tiers ne puisse pas être une personne morale. Comme l'infraction porte sur une simple conduite, pouvant être consommée que le pot-de-vin parvienne ou non à l'agent public étranger, elles expliquent que cela couvre les situations dans lesquelles le pot-de-vin est transmis directement à un tiers, ou est destiné à l'être, par le corrupteur, sans que l'agent public étranger reçoive matériellement le pot-de-vin, et que cela vaut indépendamment de la relation entre l'agent public étranger et le tiers.

1.1.8/1.1.10 pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de ses fonctions/dans les transactions commerciales internationales

L'article 337-B s'applique à l'acte d'octroyer, etc. un pot-de-vin à un agent public étranger « afin qu'il effectue, s'abstienne d'effectuer ou retarde un acte officiel relatif à une transaction commerciale internationale ». Les autorités brésiliennes indiquent que pour que l'infraction soit commise, il suffit que l'acte essentiel d'offrir, de promettre ou d'octroyer soit réalisé indépendamment de la question de savoir si l'agent public étranger a agi, etc. en contrepartie du pot-de-vin. Aux termes du paragraphe unique de l'article 337-B, l'infraction est aggravée si l'agent public étranger agit, etc. en manquant aux devoirs de sa fonction, par suite du pot-de-vin. Selon les autorités brésiliennes, le tribunal déterminerait probablement l'existence d'un manquement aux devoirs par référence au droit du pays de l'agent public étranger.

L'infraction requiert qu'un pot-de-vin soit octroyé, etc. à l'agent public étranger afin d'obtenir « un acte officiel relatif à une transaction commerciale internationale ». Cette formulation semble exiger que « l'acte officiel » lui-même soit lié à une transaction commerciale internationale. Une telle prescription pourrait restreindre sensiblement la portée de l'infraction au point qu'elle ne serait pas conforme à la Convention. La formulation exclurait un pot-de-vin destiné à obtenir un acte d'un agent public étranger sans aucune implication internationale et sans lien avec des transactions commerciales, mais qui affecterait : les intérêts du corrupteur dans la réalisation de transactions commerciales internationales ou sa capacité à effectuer de telles transactions. Les autorités brésiliennes ont indiqué que cette formule n'avait pas été rédigée dans l'intention de limiter le champ d'application de l'infraction et qu'elles ne pensent pas qu'elle puisse être interprétée d'une telle façon. Elles précisent que, par exemple, des actes officiels comme l'octroi de concessions ou de permis d'exercer dans le pays de l'agent public, l'octroi d'un traitement fiscal favorable dans ce pays ou la délivrance d'une autorisation d'entrée dans le pays serait considérée comme relevant du champ de l'infraction. Il reste à voir si les tribunaux font une interprétation large ou restrictive de cette formulation.

Cela étant, il n'y a pas de formule équivalant à la dernière section de l'article 1 : à savoir que l'avantage indu recherché doit s'inscrire dans le cadre « des transactions commerciales internationales ». En conséquence, il semblerait que l'article 337-B n'impose pas que cette condition soit satisfaite.

Toutefois, lorsque l'acte attendu d'un agent public a trait à une transaction commerciale internationale, l'avantage recherché va, dans la plupart des cas concrets, s'inscrire dans le cadre de transactions commerciales internationales.

En outre, comme l'énoncé de l'infraction utilise l'expression « tout acte officiel », on peut se demander si l'infraction est suffisamment large pour couvrir le cas où le fait d'agir ou de s'abstenir d'agir que le corrupteur entend obtenir ne relève pas de la compétence reconnue à l'agent public, mais lui soit lié, comme le prescrit l'article 1er paragraphe 4.c de la Convention. Les autorités brésiliennes ont expliqué à cet égard que l'infraction sera commise si l'acte « comporte une relation quelconque, même indirecte, avec les fonctions de l'agent public » et qu'il n'y aura pas de moyen de défense consistant à dire que l'acte ne relevait pas de la compétence de l'agent public.

De même, dans le cas d'un pot-de-vin octroyé à un haut représentant de l'administration publique afin qu'il use de sa fonction – même en outrepassant sa compétence – pour qu'un autre agent public attribue un marché au corrupteur (Commentaire 19), le Brésil explique, sur la base des écrits de Magalhaes Noronha⁶, que le corrupteur et l'agent public « influant » seraient probablement considérés comme conjointement contrevenants, ou encore que le dossier serait traité comme une affaire de trafic d'influence aux termes de l'article 337-C. En outre, il apparaît que le mot « effectue » soit suffisamment large pour couvrir tous les actes quel qu'en soit le niveau, y compris ceux qui n'impliquent pas de décision de l'agent public, comme tenir oralement des propos favorables au corrupteur lors d'une réunion.

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

L'article 337-B du Code pénal brésilien ne dispose pas expressément qu'un pot-de-vin doit être promis ou octroyé en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou d'obtenir ou de conserver un avantage indu. Cela tendrait à indiquer que l'infraction est constituée indépendamment du type d'avantage recherché, mais les autorités brésiliennes soulignent néanmoins que l'intention délictueuse spécifique découle de l'acte officiel qui, conformément à la définition de l'infraction à l'article 337-B, est associé à une transaction commerciale internationale.

Il est aussi vrai que, conformément au Commentaire 4, l'infraction serait constituée même si le corrupteur était celui ayant fait l'offre la mieux-disante ou celui qui aurait pu se voir attribuer le marché en bonne et due forme, parce que, comme l'expliquent les autorités brésiliennes, la question de savoir « si l'objectif du corrupteur aurait ou non été réalisé en l'absence de l'acte de corruption » n'est pas pertinente en droit brésilien.

En outre, il n'y a pas de référence expresse dans la loi aux petits paiements de facilitation (commentaire 9), et il n'y a aucune exception en droit brésilien pour de tels paiements, car, comme l'a expliqué le Brésil, même si la somme est faible, dans les infractions pénales à l'encontre de l'administration publique, « l'atteinte à la moralité, à la crédibilité et à l'efficacité des services publics demeure ».⁷

⁶ *Criminal Law*, vol. 4, 1995, page 315.

⁷ Tribunal fédéral de la 4^e Région, Rapporteur Fabio Bittencourt da Rosa, in *Rivista dos Tribunais* 769, page 729.

1.2 Complicité

L'article 1.2 de la Convention impose aux Parties 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 ».

Les autorités brésiliennes expliquent que l'article 29 du Code pénal brésilien établit la responsabilité de complicité, y compris pour l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Selon cet article :

Les sanctions prescrites pour l'infraction pénale s'appliquent aussi à toute personne qui, d'une quelconque façon, conspire à l'infraction pénale, dès lors que la personne concernée est jugée coupable.

Paragraphe 1. Si la participation a été d'un degré moindre, la sanction peut être réduite d'un sixième à un tiers.

Paragraphe 2. Si l'une quelconque des parties conspirant à l'infraction entendait ne prendre part qu'à une infraction pénale moins grave, la sanction correspondante lui sera appliquée ; la sanction sera alourdie à concurrence de la moitié dans le cas où les conséquences plus graves étaient prévisibles..

Selon les autorités brésiliennes, conformément à la jurisprudence et doctrine locales, l'interprétation qui a été donnée de l'expression « qui, d'une quelconque façon, conspire à l'infraction pénale » couvre trois types essentiels de participation criminelle. Il s'agit de « la détermination » (définie comme le fait d'inciter intentionnellement une autre personne à commettre une infraction pénale), de « l'instigation » (définie comme le fait d'encourager, de motiver ou de pousser quelqu'un à mettre en œuvre une décision qui a déjà été prise de commettre une infraction) et « la complicité » (définie comme l'apport d'une aide matérielle ou morale ou d'un encouragement pour commettre l'infraction).

Il semble que « la détermination » « l'instigation » et la « complicité » couvrent la notion d'instigation et d'assistance au sens de l'article 1.2 de la Convention. Toutefois, aucune de ces trois notions ne semble à première vue correspondre exactement à la notion « d'autorisation » prévue à l'article 1paragraphe 2 de la Convention. Les autorités brésiliennes expliquent que le mot « autorisation » ne serait utilisé dans la tradition juridique brésilienne que pour signifier le fait de conférer une autorité à quelqu'un en vue d'effectuer un acte qui est légal. La notion couverte par la Convention (à savoir le fait de donner instruction de commettre l'infraction pénale lorsque la personne donnant cette instruction peut avoir ou non la maîtrise de sa commission) correspond, selon les autorités brésiliennes, à une forme de co-participation couverte par la notion de « détermination ».

Selon les autorités brésiliennes, tous ceux qui contribuent à la réalisation d'une infraction pénale commettent la même infraction pénale, même si c'est de façon atténuée, selon l'importance de l'acte. Le Brésil explique en outre que l'article 62 du Code pénal prévoit l'application de sanctions plus lourdes en ce qui concerne un contrevenant qui, entre autres, favorise ou organise la coopération à l'acte criminel, contraint ou incite autrui à la commission de l'acte criminel ou prend part à l'acte criminel en échange d'un paiement ou contre la promesse d'une récompense. Les autorités brésiliennes indiquent que ces circonstances aggravantes pourraient s'appliquer tant aux complices qu'aux contrevenants principaux.

En outre, les autorités brésiliennes se réfèrent à l'article 286 du Code pénal intitulé « incitation publique à la commission d'une infraction pénale », mais expliquent que cette disposition ne concerne que les cas d'incitation abstraite et publique et qu'elle n'est en principe pas pertinente pour l'infraction pénale de corruption.

1.3 Tentative et complot

L'article 1 paragraphe 2 de la Convention prévoit que la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public étranger doivent constituer une infraction pénale dans la mesure où la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public de cette Partie constituent une telle infraction.

Tentative

Les tentatives sont régies par l'article 14, section II du Code pénal, qui s'applique à toutes les infractions pénales, y compris l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Aux termes de cette disposition, il y a tentative lorsque « la réalisation de l'infraction a commencé, mais ne s'est pas poursuivie pour des circonstances étrangères aux souhaits du contrevenant ». Les autorités brésiliennes expliquent que la simple intention ou préparation n'est pas suffisante, mais que les actes commis en exécution d'une infraction intentionnelle qui ne sont pas consommés constituent une tentative. Sauf disposition contraire, la sanction est la même que pour l'infraction pénale qui devait avoir été commise, réduite entre un tiers et deux tiers.

Dans la mesure où la disposition s'applique à une infraction qui n'est pas consommée en raison de « circonstances étrangères aux souhaits du contrevenant », lorsque le contrevenant interrompt *volontairement* la réalisation de l'infraction avant qu'elle ne soit achevée, la tentative ne sera pas constituée. Au lieu de cela, aux termes de l'article 15 du Code pénal, le contrevenant devra uniquement « rendre compte des actes déjà commis ».

Lorsque le pot-de-vin est offert, mais que l'agent public étranger n'est pas au fait de l'offre, il s'agit d'une tentative. La connaissance par l'agent public de l'offre ou de la promesse est essentielle, de l'avis des autorités brésiliennes, pour que l'infraction ainsi définie soit consommée. Il n'est cependant pas nécessaire que l'agent public étranger accepte le pot-de-vin pour que l'infraction soit consommée, puisque l'infraction porte sur une simple conduite et qu'elle sera commise même si le pot-de-vin est refusé.

Complot

Il semble que le droit brésilien n'attribue pas la qualification pénale à la notion de complot au sens de l'article 1 paragraphe 2 de la Convention (à savoir en tant qu'infraction distincte de l'infraction pénale qui fait l'objet d'un accord).

Toutefois, l'article 288 du Code pénal prévoit une sanction de trois à six ans de prison lorsque « plus de trois personnes s'associent ensemble dans un gang ou une bande, aux fins de commettre une infraction pénale ». Cette association correspond à ce que le droit brésilien entend par « complot ».

2. ARTICLE 2. RESPONSABILITÉ 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

Au Brésil, il n'y a pas de responsabilité pénale des personnes morales pour l'infraction de corruption d'un agent public étranger.

Dans la théorie juridique brésilienne, une société ou une entreprise est une entité artificielle qui n'existe qu'en vertu de la loi et des limites qu'elle impose. Elle n'a, en principe, pas la capacité de se voir attribuer une responsabilité pénale. Toutefois, une exception limitée est prévue par l'article 225, paragraphe 3 de la Constitution de 1998, qui dispose que des sanctions pénales et administratives peuvent être imposées à des personnes morales pour des conduites portant atteinte à l'environnement. La Loi n°9615 de 1998 (Crimes contre l'environnement) prévoit la responsabilité pénale des personnes morales. Toutefois, aucune sanction pénale n'a jamais été imposée à une société et, de l'avis des autorités brésiennes, la théorie juridique qui sous-tend cette exception reste controversée.

Une disposition constitutionnelle différente qui pourrait, en théorie, ouvrir la voie à la responsabilité pénale des personnes morales dans certaines circonstances particulières, réside dans l'article 173.V, paragraphe 5, qui dispose :

La loi, sans préjudice de la responsabilité individuelle des responsables de la société, établit la responsabilité de cette dernière, la rendant ainsi passible des sanctions appropriées à sa nature, en ce qui concerne les actes commis à l'encontre de l'ordre économique et financier et contre l'économie populaire.

Comme l'objet de la Convention est de combattre la corruption dans les transactions commerciales internationales qui « affecte la bonne gestion des affaires publiques et le développement économique et fausse les conditions internationales de concurrence », la question se pose de savoir si le Brésil ne pourrait pas se prévaloir de l'exception couvrant « les actes commis à l'encontre de l'ordre économique et financier et contre l'économie populaire » pour promulguer une loi attribuant la responsabilité pénale aux personnes morales lorsqu'elles se livrent à des actes de corruption d'agents publics étrangers.

Des lois ont été promulguées conformément à l'article 173.V, paragraphe 5 de la Constitution, notamment la Loi n°8,137 de 1990 traitant des crimes à l'encontre du système fiscal et économique et des relations avec les consommateurs, dont le texte admet que les structures sociétaires ne sauraient être utilisées par des personnes physiques en tant que vecteurs d'actes criminels. Néanmoins, toutes les tentatives d'introduction de la responsabilité pénale des structures sociétaires dans les premiers projets qui ont précédé cette loi ont été rejetées. Les autorités brésiennes ont expliqué que la possibilité d'introduire la responsabilité pénale des sociétés en s'appuyant sur cette exception constitutionnelle continue de faire l'objet d'intenses débats académiques et qu'il est peu probable qu'une telle loi soit promulguée dans un avenir proche.

2.2 Responsabilité non pénale

Il n'y a pas de responsabilité non pénale des personnes morales au Brésil, en ce qui concerne l'infraction de corruption d'agents publics étrangers et les infractions pénales en général.

Toutefois, les entreprises au Brésil peuvent être soumises à d'importantes formes de responsabilité administrative. À cet égard, les autorités brésiennes évoquent les sanctions administratives prévues par la Loi n°8,666 du 21 juin 1993. Cette loi permet l'imposition de sanctions à une société pour certains types de conduite relatifs aux adjudications publiques, y compris une condamnation pour fraude fiscale, pour la commission d'actes illégaux de nature à faire obstruction à l'objectif d'un appel d'offres et s'il est démontré que l'entreprise n'est pas éligible à la conclusion d'un contrat avec l'administration en raison de

la commission d'actes illégaux dont il est établi qu'elle en a profité. De l'avis des autorités brésiliennes, les infractions de corruption d'agent public étranger relèveraient de cette définition. Les sanctions comprennent la suspension ou l'exclusion de l'ensemble des appels d'offres ou marchés avec l'administration publique. Compte tenu du poids des marchés publics dans l'économie, il s'agit, de l'avis du Brésil, d'une sanction très dissuasive.

Aux termes de la Loi n°6,385 du 7 décembre 1976, la Commission des valeurs mobilières (CVM) a été mise en place pour réglementer les sociétés faisant appel à l'épargne publique. Selon son Chapitre 1, article 4.IV.b, la CVM a le devoir de protéger les détenteurs de valeurs mobilières et les investisseurs du marché vis-à-vis des actes illégaux de dirigeants et actionnaires de contrôle de sociétés cotées. L'article 9 habilite la CVM à procéder à des examens et des enquêtes sur des « actes illégaux », au moyen de procédures administratives, et à appliquer les sanctions prévues à l'article 11. Il s'agit d'une amende maximale égale à trois fois le montant de l'avantage économique acquis, et il est possible de majorer l'amende jusqu'à trois fois son montant en cas de récidive. Les autorités brésiliennes n'ont pas cité d'exemple de cas dans lesquels cette loi a été invoquée vis-à-vis d'un « acte illégal » consistant à corrompre un agent public, national ou étranger.

Il existe une autre disposition administrative qui pourrait s'appliquer directement aux infractions de corruption d'agents publics étrangers : elle est prévue par la Loi n°8,884 du 11 juin 1994, sur la protection de l'ordre économique. Selon son article 15, cette loi s'applique « aux personnes physiques, aux sociétés faisant appel ou non à l'épargne, qu'elles soient établies *de facto* ou *de jure*... ». Aux termes de l'article 20.1, le fait de « limiter, fausser la concurrence ou la libre entreprise, ou de leur porter atteinte » contrevient à l'ordre économique. L'article 21 énumère des exemples d'actes qui seront réputés, « entre autres », contrevir à l'ordre économique. Cette liste comprend des actes anticoncurrentiels comme les prix imposés ou la vente de biens à perte. La corruption n'est pas spécifiquement mentionnée. Cette liste n'a pas été modifiée depuis l'adoption de la loi.

Toutefois, les autorités brésiliennes expliquent que cette loi a toujours fait l'objet d'une interprétation large, étant conçue pour protéger la concurrence internationale (et non nationale) et la jurisprudence a examiné les facteurs internationaux lors de la définition des marchés. Elles affirment que la corruption d'un agent public étranger est considérée comme relevant de la catégorie d'actes qui, par définition, faussent la concurrence internationale – comme l'indique le Préambule de la Convention – et qu'elle entre donc clairement dans le champ d'application de la loi, même s'il n'y a pas encore eu d'affaires pour le confirmer.

Les sanctions dont sont passibles les sociétés reconnues coupables d'avoir commis une contravention sont énoncées à l'article 23.I. La sanction de base est une amende d'un à trente pour cent du résultat brut avant impôts de la société pour l'exercice précédent, mais elle ne doit en aucun cas être inférieure au montant de l'avantage illicite. Les amendes imposées peuvent être doublées en cas de récidive. En outre, l'article 24.II permet, lorsque la gravité des faits ou l'intérêt public le nécessite, de prononcer une exclusion de tous les financements ou appels d'offres publics pour une durée de cinq ans ou plus.

Les autorités brésiliennes indiquent que la responsabilité civile existe aussi, notamment en ce qui concerne les entreprises publiques et qu'elle se traduit par le paiement de dommages-intérêts au plaignant obtenant gain de cause.

En l'état actuel des textes au Brésil, la couverture apportée par les formes de responsabilité administrative ou civile des personnes morales applicable aux actes de corruption d'agents publics étrangers paraît dans l'ensemble suffisante pour satisfaire aux prescriptions des articles 2 et 3 de la Convention, à condition que les mesures correctrices applicables le soient effectivement aux affaires de

corruption d'agents publics étrangers. La question de savoir si les sanctions applicables s'avèrent efficaces, proportionnées et dissuasives reste à vérifier avec l'évolution de la pratique.

3. ARTICLE 3 : SANCTIONS

La Convention demande aux Parties de mettre en place des « sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives » comparables à celles qui s'applique aux propres 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, cette Partie fait en sorte que les personnes morales soient passibles « de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires ». La Convention prescrit en outre que dans le cas d'une personne physique, les sanctions pénales prévoient « des peines privatives de liberté » suffisantes pour permettre une entraide judiciaire et l'extradition. De plus, la Convention demande à chaque Partie de prendre les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires « d'un effet comparable » soient prévues. Enfin, la Convention demande à chaque Partie d'envisager l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives.

3.1/3.2 Sanctions pénales pour corruption d'agents publics nationaux et étrangers

Les sanctions prévues par la loi brésilienne en ce qui concerne les personnes physiques sont les mêmes pour la corruption d'agents publics étrangers que pour la corruption d'agents publics nationaux. L'article 333 (corruption active d'agent public national) et l'article 337-B du Code pénal (corruption active d'agent public étranger) prévoient, en termes identiques, une peine privative de liberté de un à huit ans, plus une amende. L'amende se cumule à l'emprisonnement et ne constitue pas une peine de substitution.⁸

Pour les deux infractions, aux termes de l'article 333, paragraphe unique, et de l'article 337-B, paragraphe unique, respectivement, la sanction est alourdie du tiers si l'agent public manque aux devoirs de sa fonction en raison de l'avantage ou de la promesse. Cet alourdissement de la sanction s'applique à la **fois** à la durée de la peine de prison et à l'amende., et elle est fondée sur la sanction effective prononcée par le juge dans un cas donné.

La loi brésilienne énonce les critères de calcul des amendes. Aux termes de l'article 49 du Code pénal, l'amende consiste en un certain nombre de « jours-amende », qui ne peut pas être inférieur à 10 ni dépasser 360. En ce qui concerne la méthode de calcul, l'article 49 prévoit :

Paragraphe 1 – Le montant du jour-amende sera fixé par le juge, mais ne saurait être inférieur à un trentième du montant le plus élevé du salaire mensuel minimum en vigueur au moment de la commission de l'infraction pénale, ni être supérieur à 5 (cinq) fois ledit salaire.⁹

Paragraphe 2 – Le montant de l'amende sera revu au moment de son recouvrement, à l'aide d'indices de correction monétaires.

⁸ Aux termes de l'article 60, paragraphe 2 du Code pénal, les peines maximales d'emprisonnement de six mois peuvent être remplacées par une amende.

⁹ Le salaire minimum en vigueur au Brésil est de BRL 240 (reals brésiliens) et il est révisé au moins une fois par an.

Le calcul des amendes est régi par l'article 68 du Code pénal, qui prévoit trois étapes. La première consiste à déterminer la sanction de base, à partir des facteurs juridiques concernant l'infraction. Le nombre de jours-amende est ensuite augmenté ou réduit (entre le minimum et le maximum) pour tenir compte des éventuelles circonstances atténuantes ou aggravantes. Des facteurs subjectifs comme le degré de culpabilité ou les antécédents du contrevenant peuvent aussi être pris en considération. Dans la troisième étape, le juge doit tenir compte du salaire et des revenus de la personne condamnée, à l'inclusion de ses biens et de ses capitaux, au moment de la commission de l'infraction. Aux termes de l'article 60, paragraphe 1 du Code pénal, le juge a le pouvoir discrétionnaire de multiplier l'amende à concurrence de trois fois, s'il considère qu'en raison de la situation financière du prévenu, l'application de la sanction maximale serait sinon inefficace. Ainsi, ce pouvoir discrétionnaire peut être exercé même si l'amende a déjà été relevée d'un tiers pour circonstances aggravantes.

Selon les autorités brésiliennes, ce dispositif laisse une latitude considérable au juge qui doit motiver les sanctions individuelles qu'il impose. La jurisprudence indique que « lors de la fixation de la sanction, le juge doit observer les critères juridiques recommandés par la doctrine, de façon à ajuster la sanction en fonction de son objectif social et de l'adapter au contrevenant et à l'affaire particulière ».¹⁰

Même si aucune autre infraction de corruption nationale active n'est citée par les autorités brésiliennes, il existe plusieurs infractions au Brésil qui concernent la corruption passive. Il s'agit notamment du détournement de fonds publics (article 316 du Code pénal), passible d'une peine de deux à huit ans de prison et d'une amende, de la corruption passive (article 317), passible d'une peine de un à huit ans de prison et d'une amende, ainsi que de diverses infractions d'enrichissement sans cause par un agent public aux termes de l'article 9 de la Loi n°8,429 de 1992, qui donnent lieu à l'application de sanctions administratives.

Des informations fournies par les autorités brésiliennes indiquent que les sanctions dont sont passibles d'autres crimes économiques, comme le vol, la fraude ou l'extorsion de fonds, s'inscrivent dans une fourchette globalement comparable aux sanctions applicables à la corruption d'agent public étranger. L'infraction de base de vol prévue par l'article 155 du Code pénal est passible d'une peine de un à quatre ans de prison et d'une amende, bien que cette sanction puisse être alourdie pour certaines circonstances aggravantes. L'extorsion de fonds avec violence ou menace grave est passible aux termes de l'article 158, d'une peine de quatre à dix ans de prison et d'une amende. Le fait d'obtenir un avantage indu par la fraude est passible aux termes de l'article 171, d'une peine de un à cinq ans de prison plus une amende.

Comme on l'a vu précédemment, il n'existe pas de sanction pénale applicable aux personnes morales pour corruption d'agent public étranger.

3.3 Sanctions et entraide judiciaire

Le Brésil n'impose pas de durée précise d'emprisonnement aux termes de la loi du Brésil ou de l'État requérant pour accorder l'entraide judiciaire dans le cadre des conventions bilatérales ou multilatérales existantes dans ce domaine.

¹⁰ Tribunaux de l'État du Mato Grosso, Rapporteur Shelma Lombardi de Kato, in *Revista dos Tribunais* 612, p. 353.

3.4 Sanctions et extradition

En vertu de l'article 77, section IV de la Loi n°6,815/80, en matière d'extradition, peut donner lieu à extradition une infraction passible, selon le droit brésilien, d'une peine de prison de plus d'un an. L'infraction de corruption d'agents publics étrangers prévue à l'article 337-B du Code pénal répond à ce critère minimal.

3.5 Sanctions non pénales applicables aux personnes morales

Comme on l'a vu précédemment (voir 2.2), il existe en droit brésilien certaines sanctions administratives qui sont applicables à la corruption d'agents publics étrangers *per se*, ainsi que d'autres sanctions administratives et civiles susceptibles d'être appliquées de façon indirecte.

3.6 Saisie et confiscation

Confiscation

La confiscation est une sanction prévue par le droit brésilien. L'article 91 du Code pénal dispose :

« Les effets de la sentence sont les suivants :

I – l'obligation de réparer le dommage causé par l'infraction pénale devient certaine ;

II – la perte au profit du gouvernement fédéral, sous réserve des droits de la partie lésée ou d'un tiers de bonne foi

- a) des instruments de l'infraction pénale, à condition qu'ils se composent de choses dont la fabrication, la vente, l'utilisation, le port ou la détention constitue un acte illégal*
- b) du produit de l'infraction pénale ou de tout bien ou de toute valeur représentant un gain du contrevenant tiré de la commission de l'infraction pénale. »*

L'expression « la perte au profit du gouvernement fédéral » semble être synonyme de confiscation et donc, la section II prévoit la confiscation des instruments et des produits de l'infraction pénale. Elle prévoit que la « perte » (confiscation) est un « effet de la sentence », qui est imposée au contrevenant condamné et elle n'indique pas expressément qu'elle peut être imposée à un tiers en vue de le priver de la possession des instruments ou des produits. Les autorités brésiliennes ont expliqué qu'en vertu de l'article 91.II, paragraphe a) ou b), la confiscation peut être imposée à un tiers qui possède les instruments ou les produits d'une infraction si cette personne est complice ou co-auteur de l'infraction. Il ressort de la doctrine que « la confiscation peut être appliquée à quelque chose qui appartient à quelqu'un qui a pris part à l'infraction pénale ». ¹¹ Elle ne peut pas être imposée à quelqu'un qui est un « tiers de bonne foi ». De même, elle ne peut, apparemment, pas s'appliquer à des actifs qui sont entre les mains d'une « partie lésée » ou qui pourraient être revendiqués par une partie lésée à titre de réparation de dommages civils (puisque le contrevenant est tenu de réparer le dommage).

Il est également possible, selon les autorités brésiliennes, de confisquer un produit ou un instrument de l'infraction pénale par application de l'article 91 du Code pénal auprès d'une personne morale dont il

¹¹ Jose Frederico Marques, *Tratado de Direito Pena*, vol. 4, p. 300.

est établi qu'elle a profité de l'acte criminel pour lequel une personne physique a été condamnée. Cela implique un recours au civil par les autorités en tant que partie lésée, mais les conclusions du tribunal dans le volet pénal de l'affaire seront déterminantes aux fins de ce recours civil. Il doit être établi que la personne morale n'a pas agi de bonne foi, mais a profité de la commission de l'infraction pénale (par exemple, en tant qu'employeur de la personne condamnée). Les autorités brésiliennes ont affirmé qu'il était courant de recourir à ce processus dans les affaires de corruption.

La section II.a) prévoit la confiscation des instruments. Toutefois, elle ne permet pas la confiscation d'un pot-de-vin dans un contexte de corruption active (à savoir la confiscation d'un pot-de-vin encore entre les mains du corrupteur), dans la mesure où « la fabrication, la vente, l'utilisation, le port ou la détention » de fonds qui n'ont pas encore été affectés à une utilisation illégale en tant que pot-de-vin ne constitue pas un acte illégal. L'utilisation potentielle des fonds dans la commission d'une infraction n'est pas suffisante.

La section II.b) prévoit la confiscation du (i) « produit de l'infraction pénale » et (ii) de « tout bien ou de toute valeur représentant un gain du contrevenant tiré de la commission de l'infraction pénale ». Les autorités brésiliennes expliquent que le « produit » d'une infraction pénale est une chose obtenue directement par suite de l'acte criminel ou au moyen de l'activité ultérieure créée par l'infraction pénale ou encore acquise par suite de la vente d'un bien volé. Elles ont précisé que, dans le cas de la corruption d'agents publics étrangers, on pourrait interpréter ces dispositions dans un sens couvrant quelque chose obtenu par suite de l'acte de l'agent public étranger effectué en contrepartie de l'offre, de la promesse ou de l'octroi.

Le terme « produit » couvre tout ce qui est acquis directement par suite de l'acte criminel ou les fonds obtenus de la disposition d'une chose volée et également ce qui peut être un actif ou un titre quelconque ayant une valeur pécuniaire.

En ce qui concerne la confiscation prévue ci-dessus au point (ii), les autorités brésiliennes indiquent que l'expression « tout bien ou toute valeur » couvre tous les biens, y compris les biens mobiliers ou immobiliers ou titres, ainsi que tout les actifs ou valeurs de nature économique constituant l'avantage perçu par le contrevenant en commettant l'acte criminel. On ne sait cependant toujours pas comment se ferait la quantification dans le cas où l'avantage obtenu ne revêt pas une forme monétaire ou corporelle.

Le processus d'obtention d'une confiscation est énoncé dans l'article 122 du Code de procédure pénale qui prévoit que :

Sans préjudice des dispositions des articles 120 et 133¹², lorsque la période de 90 jours suivant la sentence définitive et sans appel s'est écoulée, le juge décidera, si nécessaire, de la perte au profit du gouvernement fédéral, des choses appréhendées (article 74, II, a et b du Code pénal), et ordonnera que ces choses soient vendues aux enchères publiques.

Cette disposition est applicable à la confiscation prévue par les articles 91 II.a) et b), puisqu'il s'agit de la nouvelle numérotation, à la suite des modifications apportées à la Partie générale du Code pénal en 1984, des dispositions correspondant aux anciens articles 74 II a) et b).

L'article 122 du Code de procédure pénale prescrit que le juge décide de la confiscation « si nécessaire ». Les autorités brésiliennes ont expliqué que cela ne signifie pas que la confiscation est discrétionnaire : dans tous les cas où il y a un actif à confisquer, le juge doit ordonner la confiscation

¹² L'article 120 prévoit qu'un ordre de restitution soit pris au profit d'une partie lésée et l'article 133 permet de prendre un ordre de vente aux enchères des actifs sur le produit de laquelle la créance d'une partie lésée peut être satisfaite.

conformément à l'article 122. Selon les autorités brésiliennes, un juge peut ordonner la confiscation à tout moment à l'issue d'un délai de 90 jours à compter du prononcé définitif et sans appel du jugement, sous réserve que la confiscation intervienne « dans un délai raisonnable ».

Les autorités brésiliennes ont confirmé qu'il n'existe pas d'autre sanction pécuniaire d'un effet comparable qui pourrait s'appliquer dans les cas où la confiscation n'est pas possible.

En outre, les autorités brésiliennes expliquent que la confiscation aux termes de l'article 91 du Code pénal est possible « même si la sanction prévue est prescrite, en d'autres termes, si la sanction est prescrite avant que la peine privative de liberté ne soit exécutée ». Cela fait référence au délai de prescription de l'exécution du jugement. La confiscation n'est possible que si une sanction a été prononcée, mais il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une peine de prison.

Saisie avant jugement

Les autorités brésiliennes ont expliqué qu'il était possible aux termes de l'article 125 du Code de procédure pénale de prendre des mesures provisoires, y compris la saisie avant jugement d'actifs, mais uniquement aux fins de conservation et de préservation d'éléments de preuve. Elles expliquent en outre qu'aux termes de l'article 126, la saisie peut être ordonnée par un juge à tout moment durant la procédure pénale à condition qu'il y ait une indication claire de l'origine illicite des biens concernés. Elle ne peut pas être utilisée après la condamnation pour garantir le versement d'une amende ou à des fins de confiscation.

3.7/3.8 Sanctions complémentaires civiles ou administratives

En vertu de la Loi n°8,666 du 21 juin 1993 qui régit les marchés publics, des sanctions comprenant la suspension ou l'exclusion de l'ensemble des appels d'offres ou marchés avec l'administration publique **sont** applicables (voir plus haut point 2.2) en ce qui concerne aussi bien les personnes physiques que morales.

Aux termes de l'article 92.I du Code pénal, « la déchéance d'un poste, d'une fonction publique ou d'un mandat » peut s'appliquer aux personnes physiques condamnées, mais uniquement si elle est spécifiquement ordonnée par le tribunal, lorsqu'une peine de prison d'un an ou plus est prononcée dans des affaires d'infractions d'abus de pouvoir ou de manquements aux devoirs vis-à-vis de l'administration publique, lorsqu'une peine de prison de quatre ans ou plus est imposée.

De plus, les jugements pénaux définitifs et sans appel ont des effets sur des sphères non pénales. Conformément à l'article 63 du Code de procédure pénale et à l'article 584.II du Code de procédure pénale, un jugement pénal peut ordonner des réparations civiles en faveur d'une partie lésée. Cela va constituer une base valide pour son exécution par le biais d'un procès civil, une fois que le jugement devient définitif et sans appel.

4. ARTICLE 4 : COMPÉTENCE

4.1 Compétence territoriale

L'article 4.1 de la Convention demande à chaque Partie de « prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise

en tout ou partie sur son territoire ». Le Commentaire 25 précise « qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption » n'est pas exigé.

Le droit pénal brésilien s'applique aux infractions – notamment la corruption d'agents publics étrangers – commises sur son territoire, parce que le Code pénal adopte le principe de territorialité. L'article 5 du Code pénal prévoit :

Le droit brésilien s'applique sans préjudice des conventions, traités et règles prévues par le droit international, aux infractions pénales commises sur le territoire brésilien.

Selon les explications données par les autorités brésiliennes, le concept de territoire couvre non seulement les terres situées à l'intérieur des frontières du Brésil, mais aussi, par extension, les aéronefs et navires de l'État et ceux qui sont placés au service du gouvernement brésilien, où qu'ils se trouvent, ainsi que les navires et aéronefs appartenant à des intérêts privés lorsqu'ils sont en haute mer ou dans l'espace aérien international. Le droit pénal brésilien s'applique aussi aux infractions commises sur des navires ou dans des aéronefs étrangers lorsqu'ils se trouvent en territoire brésilien.

Le lieu où l'infraction est commise est déterminé conformément à l'article 6 du Code pénal :

L'infraction pénale est réputée être intervenue au lieu où l'acte ou l'omission est intervenu, en tout ou partie, ainsi qu'au lieu où le résultat s'est produit ou devait se produire.

Pour que la compétence soit exercée, les autorités brésiliennes expliquent qu'il suffit que l'infraction ait « touché » le territoire brésilien et qu'à cet effet faut simplement qu'une partie de la conduite criminelle ait eu lieu sur le territoire brésilien ou que le résultat se soit produit sur ledit territoire.

Les autorités brésiliennes ne donnent pas d'exemples tirés de la jurisprudence pour illustrer la matérialité que doit revêtir un tel lien « partiel » pour que la compétence s'exerce dans une affaire de corruption. Elles ont néanmoins confirmé qu'un appel téléphonique, une télécopie ou un courrier électronique en provenance du Brésil suffirait pour établir la compétence sur une infraction de corruption d'agents publics étrangers dont la majeure partie est intervenue ailleurs. L'utilisation de ces moyens au Brésil pour commettre un crime qui est consommé à l'étranger suffit à fonder la compétence territoriale parce qu'une partie de l'acte aura été commise au Brésil.

4.2 Compétence en fonction de la nationalité/compétence extraterritoriale

Le Code pénal brésilien prévoit la compétence extraterritoriale, y compris la compétence en fonction de la nationalité dans un large éventail de cas. L'article 7 dresse une liste comportant un certain nombre d'infractions pénales pour lesquelles les tribunaux brésiliens sont compétents, même si ces infractions sont commises à l'étranger.¹³ Il s'agit notamment des infractions pénales commises par des Brésiliens aux termes de la section II.b). En conséquence, le Brésil exerce sa compétence sur ses ressortissants qui commettent hors frontières l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Toutefois, l'expression « commises par des Brésiliens » ne couvre pas les résidents permanents au Brésil, qui, contrairement aux ressortissants brésiliens, sont soumis à extradition.

¹³ L'article 7, clause II paragraphe 3 dispose que le droit brésilien s'applique aux infractions pénales commises par des étrangers à l'encontre de Brésiliens à l'étranger, sous réserve de certaines conditions, mais cela ne semble pas pertinent pour l'infraction de corruption étrangère.

Les conditions pour établir la compétence en fonction de la nationalité sont énoncées à l'article 7, section II, paragraphe 2, qui prévoit :

Dans les cas énoncés dans la section II, l'application du droit brésilien dépend de l'existence concurrente des conditions suivantes :

- a) le contrevenant entre sur le territoire brésilien ;*
- b) l'acte est aussi passible de sanctions dans le pays où il a été commis ;*
- c) l'infraction pénale figure parmi celles pour lesquelles le droit brésilien autorise l'extradition ;*
- d) le contrevenant n'a pas été jugé, ni inculqué à l'étranger ou n'y a pas purgé la peine ;*
- e) le contrevenant n'a pas été gracié à l'étranger ou, pour toute autre raison, la peine n'a pas été radiée par application du droit le plus favorable.*

Les autorités brésiennes ont expliqué que les modalités d'entrée du contrevenant au Brésil, que ce soit volontairement ou par le biais d'une extradition, ne sont pas pertinentes aux fins de l'alinéa a).

Le paragraphe 2.b) prévoit l'obligation que l'acte soit « passible de sanctions » dans le pays où il a été commis. Selon le Commentaire 26 de la Convention, « la condition de double incrimination 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 autorités brésiennes ont confirmé que, par exemple, la corruption d'un agent public étranger commise dans le pays dudit agent par un ressortissant brésilien, en contravention avec les lois de ce pays contre la corruption nationale, suffirait. De même, si un ressortissant brésilien corrompt un agent public étranger du pays A alors qu'il se trouve dans le pays B, l'obligation sera satisfaite dès lors que l'acte constitue une infraction d'un type quelconque passible de sanctions dans le pays B, mais pas autrement.

En dehors de la question de la double qualification pénale, l'expression « passible de sanctions » tel qu'elle est utilisée au paragraphe 2.b) emporte la prise en compte de considérations de fond comme l'existence de moyens de défense, ainsi que de facteurs procéduraux comme savoir si le délai de prescription (pour engager les poursuites) est parvenu à expiration. Le paragraphe 2 e) exclut les cas dans lesquels une grâce a été accordée dans le pays où l'acte a été commis, ou dans lesquels la condamnation a été « radiée » (par exemple, parce que le délai de prescription pour l'exécution du jugement est parvenu à expiration). Les autorités brésiennes ont expliqué que ces prescriptions découlent de l'article 5, section XL de la Constitution, qui énonce le principe de non-rétroactivité du droit pénal, sauf au bénéfice de la défense, et de l'application du droit le plus favorable à la défense.

Le paragraphe 2.c) impose l'obligation que l'infraction puisse donner lieu à extradition aux termes du droit brésilien. Les autorités brésiennes ont confirmé que l'infraction de corruption d'agent public étranger peut donner lieu à extradition (voir plus loin 10.1/10.2).

Il n'y a aucune autre condition préalable formelle à l'exercice de la compétence en fonction de la nationalité, comme le consentement ou l'autorisation du ministre de la Justice.

4.3 Procédures de consultation

L'article 4 paragraphe 3 de la Convention dispose que lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites.

Selon les autorités brésiliennes, il n'existe aucune disposition traitant expressément des procédures de consultation. Toutefois, les autorités brésiliennes ont expliqué que le traitement de ces cas dépendrait de la question de savoir s'il existe une convention bilatérale ou multilatérale d'entraide judiciaire et d'extradition. Des consultations sont possibles dans le cadre de ces conventions. Le Brésil fait aussi appel à un système de consultation et de coopération directes avec les administrations centrales respectives de certains États. Le Brésil a confirmé qu'il n'y a pas d'obstacle juridique à des consultations avec toutes les parties à la Convention que ce soit aux termes d'un accord, dans le cadre de consultations directes, ou encore par la voie diplomatique.

4.4 Examen des fondements de la compétence

Le Brésil pense que son régime de compétence est efficace, puisqu'il prévoit à la fois la compétence territoriale pour les infractions commises ne serait-ce que partiellement sur le territoire brésilien et sur celles qui produisent ou étaient destinées à produire des résultats sur ledit territoire, ainsi que la compétence sur les ressortissants brésiliens commettant des infractions à l'étranger.

5. ARTICLE 5. MISE EN ŒUVRE

L'article 5 de la Convention dispose que les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger sont « soumises aux règles et principes applicables de chaque Partie ». Il prescrit en outre que chaque partie s'assure que lesdites enquêtes et poursuites « ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause ».

5.1 Règles et principes concernant les enquêtes et poursuites

Il n'y a pas de règles ou de principes spéciaux régissant les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'agent public étranger. Ces enquêtes et poursuites sont engagées, suspendues ou closes conformément aux règles générales prévues par le Code de procédure pénale.

Selon *Criminal Justice System—Brazil* de Pedro Scuro Neto¹⁴, c'est à la police qu'il revient d'ordonner et d'entreprendre l'enquête, le tri des affaires devant donner lieu à des poursuites ou à leur abandon, ainsi que la notification au prévenu des charges ; c'est le ministère public qui reçoit alors le dossier et décide s'il doit le traiter plus avant ou le renvoyer à la police pour un supplément d'enquête. Les autorités brésiliennes ont expliqué que l'enquête de police est une procédure administrative, à caractère informatif.

Le Brésil indique qu'aux termes du Code de procédure pénale, les poursuites pénales comportent deux phases: « une phase préparatoire » au cours de laquelle la police mène les investigations et une « phase procédurale » faisant intervenir le procureur, l'accusé et le tribunal. L'acte qui a pour effet de faire passer le dossier de la phase « préparatoire » à la phase « procédurale » est la réception par le tribunal du mémoire initial de plainte ou « accusation » dans lequel le ministère public notifie l'inculpation. Cette étape est prévue par l'article 24 pour les crimes impliquant une action publique, notion qui couvre l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. « L'accusation » doit contenir un exposé détaillé des faits et conduites du prévenu qui déterminent l'infraction dont il est accusé.

¹⁴

Ces renseignements sont tirés du site web suivant :
<http://www.conjunturacriminal.com.br/biblioteca/Brazil%20-%20Criminal%20Justice%20System.htm>

L'article 24 fait également référence à la nécessité d'une requête du ministère de la Justice ou de la victime avant qu'une accusation puisse être formulée. Les autorités brésiliennes ont expliqué que cette disposition n'était pas applicable à la corruption d'agents publics étrangers, mais uniquement à des catégories limitées d'infractions pénales dans lesquelles les poursuites sont conditionnées à la représentation des intérêts de la victime.

Au Brésil, la police et le ministère public sont par principe tenus d'intervenir dans une affaire pénale. Aux termes de l'article 5, l'enquête de police est lancée *ex officio* ou à la demande des autorités judiciaires, du ministère public ou de la victime (ou de son représentant autorisé) pour les « infractions pénales passibles de poursuites publiques » (ce qui couvre l'infraction de corruption d'agents publics étrangers). Aux termes de la phrase 3 de l'article 5, toute personne peut informer la police qu'elle a connaissance d'une infraction pénale passible de poursuites publiques et la police, après avoir vérifié la source de l'information, ordonne l'ouverture de l'enquête. L'article 17 dispose que la police ne peut pas ordonner la clôture d'une enquête.

De plus, l'article 42 semble énoncer le principe de l'obligation de poursuivre.

Les autorités brésiliennes indiquent que la clôture des poursuites pénales ne peut intervenir que lors du dépôt d'une requête à cet effet auprès d'un juge. Elles précisent que seul le ministère public peut demander à un juge de mettre fin à une enquête de police : le ministère public est l'instance responsable du dossier pénal et par là-même il doit vérifier s'il y a suffisamment d'éléments. Selon l'article 28, si le juge estime que les motifs de la demande de clôture de l'affaire ne sont pas fondés, il transmet le dossier à l'Avocat général qui va alors présenter une « accusation » (ou désigner un autre procureur du ministère public à cet effet) ou encore accepter la demande d'abandon de la procédure. Le juge est lié par la décision de l'Avocat général.

Aux termes de l'article 43, une « accusation » (*denúncia*) ou une « plainte » (*queixa*) est rejetée si les faits ne constituent manifestement pas une infraction pénale (paragraphe I), lorsque l'infraction ne peut donner lieu à des sanctions en raison de l'arrivée à expiration du délai de prescription ou pour toute autre raison (paragraphe II), ou encore lorsque l'accusation ou la plainte a été déposée par une autorité non compétente ou en l'absence des conditions prescrites par la loi pour la conduite de la procédure pénale (paragraphe III)¹⁵. Il semble ressortir des explications données par les autorités brésiliennes que « les conditions prescrites par la loi » font référence à des questions comme la légitimité et l'intérêt des poursuites, la présentation d'une « cause juste » (des éléments de preuve suffisants quant aux faits et à la personne, une éventuelle obligation de double qualification pénale ainsi que la présence d'un juge compétent).

Les autorités brésiliennes expliquent que les facteurs énumérés à l'article 43 régiraient aussi dans la pratique les décisions tendant à demander la clôture d'une enquête et la décision de l'Avocat général vis-à-vis d'une telle demande. Une demande de classement d'une enquête au nom de considérations d'intérêt public serait, selon elles, inadaptées et, compte tenu de la disposition de l'article 93 XI de la Constitution selon laquelle toute décision juridique ou administrative doit être dûment motivée, le classement ou la suspension arbitraire de dossiers n'est guère probable.

¹⁵ Toutefois, conformément au paragraphe unique du même article, le renvoi de l'affaire prévu au paragraphe III n'empêche pas les poursuites pénales dans l'affaire lorsqu'elles sont engagées par l'autorité compétente ou lorsque les conditions sont réunies.

Aux termes de l'article 366, la procédure est suspendue lorsque le prévenu dûment assigné à comparution ne se présente pas et ne désigne pas d'avocat pour le représenter.¹⁶

Une décision concernant le classement d'une enquête de police ne peut être sujette, de l'avis des autorités brésiliennes, à appel, mais si des éléments nouveaux se font jour, l'enquête doit être réactivée. Et le ministère public doit déclencher une procédure pénale si des éléments nouveaux sont effectivement produits.

L'article 29 du Code de procédure pénale prévoit une procédure aux termes de laquelle, dans une affaire pénale dans laquelle le procureur n'a ni proposé de classer le dossier, ni formulé un acte d'accusation dans le délai fixé, une victime peut déclencher une affaire vis-à-vis de laquelle le ministère public continue d'avoir certaines obligations.

Selon *Criminal Justice System—Brazil*, la loi ne prévoit pas de négociation de la peine, mais dans les grandes juridictions, il y a eu un règlement avant jugement découlant d'une négociation entre le procureur et le conseil de la défense qui accepte de plaider coupable en échange d'une peine réduite, sans intervention d'un juge. Cette pratique n'a pas été confirmée par les autorités brésiliennes. Elles expliquent en effet que la réduction ou l'annulation de la sanction est prévue, dans certaines circonstances précises par les lois relatives au blanchiment de capitaux, à la criminalité organisée ainsi qu'à la protection des témoins et victimes, mais que ces dispositions ne seraient pas applicables à la corruption d'agents publics étrangers.

Le droit brésilien autorise aussi la suspension conditionnelle (également désignée sous le terme de « probation procédurale ») des affaires dans lesquelles la sanction minimale ne dépasse pas un an, ce qui pourrait, au moins en principe, s'appliquer à la corruption d'agents publics étrangers. Lorsque le prévenu n'a pas été condamné pour un quelconque autre crime et qu'il remplit certaines autres conditions, le ministère public peut demander au tribunal de suspendre l'affaire pendant deux à quatre ans, sous conditions laissées à l'appréciation du tribunal. Aux termes de l'article 89, paragraphe 1, de la Loi n°9,099 de 1995, les conditions juridiques d'une telle suspension sont essentiellement que le prévenu répare le dommage lorsque c'est possible, qu'il lui soit interdit de fréquenter certains lieux et de s'absenter du district du crime sans autorisation du tribunal et qu'il se présente tous les mois en personne devant le tribunal. En cas de manquement à ces conditions, le tribunal doit révoquer la suspension et l'affaire est renvoyée devant le ministère public afin qu'il reprenne l'affaire pénale. Les tribunaux ont interprété de façon restrictive la condition de la peine minimale de façon à exclure de l'application de la suspension les affaires dans lesquelles les charges cumulées emportent une peine supérieure.

5.2 Considérations d'intérêt économique national

Les autorités brésiliennes précisent que le droit pénal brésilien ne retient pas les intérêts politiques ou économiques parmi les motifs de ne pas engager les poursuites. Elles indiquent que les autorités chargées des poursuites sont totalement indépendantes et que seules les règles juridiques sont pertinentes pour leur décision. Les autres facteurs énumérés dans l'article 5 comme l'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause ne pourraient pas être des considérations pertinentes dans l'enquête et les poursuites concernant des affaires de corruption d'agents publics étrangers.

¹⁶ Aux termes de l'article 366, il semble que le délai de prescription soit également interrompu lors de la suspension de la procédure.

6. ARTICLE 6 : PRESCRIPTION

L'article 6 de la Convention dispose que le régime de prescription de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers devra prévoir un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites relatives à cette infraction.

Au Brésil, le délai de prescription est de douze ans dans le cas de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Il en va de même de la corruption nationale. Aux termes de l'article 109 du Code pénal, la prescription est déterminée par la durée de la peine de prison prévue pour l'infraction pénale concernée : plus la peine est longue, plus le délai de prescription est long. Dans le cas d'infractions pénales passibles d'une peine maximale qui ne soit pas inférieure à quatre ans sans être supérieure à huit ans de prison, le délai de prescription prévu par l'article 109, section III, est de douze ans. La corruption d'agents publics étrangers entre dans cette catégorie d'infractions.

L'article 111 prévoit que le délai de prescription commence à courir « à compter du jour où le crime a été commis ». Les autorités brésiliennes ont confirmé que dans le cas de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, il commence à courir à partir du moment où l'offre, la promesse ou l'octroi intervient. En cas de tentative, il commence à courir « à compter du jour où l'activité criminelle a cessé. ».

L'article 116, section I, prévoit que le délai de prescription ne court pas tant qu'une « *quelconque question dépendant de la reconnaissance de l'existence du crime, dans une autre affaire n'a pas été réglée* ». Les autorités brésiliennes expliquent cette disposition en référence à des problèmes fondamentaux qui doivent être réglés dans le cadre d'une procédure judiciaire différente avant qu'il soit clairement établi qu'un crime a été commis (par exemple, la validité d'un mariage en cas de bigamie). Cette disposition ne s'applique pas aux affaires de corruption d'agents publics étrangers.

Aux termes de la section II, le délai de prescription ne court pas pendant que le prévenu purge une peine à l'étranger.

Dans le cas où une personne est dûment appelée à comparaître pour répondre d'une accusation pénale et que celle-ci ne se présente pas et ne désigne pas d'avocat, l'article 366 du Code pénal prévoit que la procédure est suspendue. Le délai de prescription est aussi suspendu durant la suspension de la procédure.

Le délai de prescription est interrompu dans certaines circonstances. L'article 117 du Code pénal dispose :

Le délai de prescription est interrompu :

- I – à réception de l'accusation ou de la plainte ;*
- II – par l'inculpation ;*
- III – par la décision confirmant l'inculpation ;*
- IV – par un verdict de culpabilité pouvant faire l'objet d'un appel ;*
- V – par le commencement ou la poursuite de l'exécution de la peine ;*
- VI – par un acte de récidive.*

Paragraphe 1 – Hormis dans les cas prévus aux sections V et VI du présent article, l'interruption du délai de prescription produit ses effets à l'égard de toutes les personnes ayant perpétré le crime. En cas de crimes liés qui font l'objet de la même action, l'interruption du délai de prescription de l'un de ces crimes s'applique à tous les autres.

Paragraphe 2 – Lorsque la prescription a été interrompue, en dehors du cas prévu à la section V du présent article, le délai intégral de prescription recommence à courir à compter du jour de l’interruption.

Contrairement à d’autres articles, cette partie de l’article 117 ne distingue pas expressément si chaque section s’applique aux délais de prescription en matière de poursuites (à savoir avant que la peine définitive et sans appel ait été prononcée) ou en matière d’exécution d’une peine (à savoir après que la peine définitive et sans appel a été prononcée). Toutefois, les autorités brésiliennes ont confirmé que les sections I à IV sont applicables aux délais de prescription pour les poursuites, et que les sections V et VI interrompent la prescription en ce qui concerne l’exécution de la peine.

Aux termes du paragraphe 2, un nouveau délai de prescription débute après chaque interruption (hormis au titre de la section V) et donc, pour une infraction de corruption d’agents publics étrangers, un nouveau délai de 12 ans commence à courir à compter de la date de « l’accusation » ou de « l’inculpation ».

Les autorités brésiliennes évoquent aussi la possibilité de « modifier » le délai de prescription « en fonction de la peine concrètement fixée par le juge ». Il s’agit là des délais de prescription dits rétroactifs par lesquels, conformément à l’article 110 du Code pénal, le délai de prescription pour l’exécution de la peine est déterminé par la durée de la peine effectivement prononcée.

Il n’y a pas de délai obligatoire en ce qui concerne la conduite des enquêtes et des poursuites.

7. ARTICLE 7 : BLANCHIMENT DE CAPITAUX

L’article 7 de la Convention prévoit que si une Partie a fait en sorte que la corruption de ses agents publics soit une infraction principale aux fins d’application de sa législation relative au blanchiment de capitaux, elle devra également prendre les mêmes mesures en ce qui concerne les cas de corruption d’agents publics étrangers, quel que soit le lieu où la corruption s’est produite.

Les infractions de blanchiment de capitaux

La corruption d’un agent public national et celle d’un agent public étranger constituent des infractions principales aux fins de la législation brésilienne relative au blanchiment de capitaux en vertu de la Loi n°9,613 du 3 mars 1998, amendée par la Loi n°10,467 de 2002. L’article 1 définit les infractions de blanchiment de capitaux de la façon suivante :

Masquer ou dissimuler la nature, l’origine, l’emplacement, la disposition, le déplacement ou la propriété véritable d’actifs, de droits ou d’objets de valeur qui proviennent, directement ou indirectement, des crimes suivants :

.....
V – à l’encontre de l’administration publique, y compris les demandes directes ou indirectes, pour son propre compte ou celui d’autrui, d’avantages à titre de condition ou de prix pour le fait d’effectuer ou de s’abstenir d’effectuer un acte administratif quelconque ;

.....
VIII – commis par une personne physique à l’encontre d’une administration publique étrangère (articles. 337-B, 337-C et 337-D du Décret-loi n°2,848, du 7 décembre 1940 – Code pénal).

En outre, les paragraphes 1 et 2 du même article disposent :

Paragraphe 1 La même sanction s'applique à toute personne qui, pour masquer ou dissimuler l'utilisation des actifs, droits et objets de valeur provenant des crimes énoncés dans cet article :

I. les convertit en actifs licites ;

II. acquiert, reçoit, échange, fait commerce, donne ou reçoit en garantie, conserve, entrepose, déplace ou transfert de tels actifs, droits ou objets de valeur ;

III. importe ou exporte des biens à un prix qui ne correspond pas à la valeur véritable ;

Paragraphe 2 La même sanction s'applique à toute personne qui :

I. par une activité économique ou financière, fait usage de quelconques actifs, droits ou objets de valeur dont il ou elle sait qu'ils proviennent des crimes évoqués dans cet article ;

.....

La corruption d'un agent public national constitue un « crime à l'encontre de l'administration publique » et l'infraction de corruption d'agent public étranger prévue à l'article 337-B du Code pénal relève du chapitre des « crimes commis par des personnes physiques à l'encontre d'une administration publique étrangère ». De même, les infractions définies aux paragraphes 1 et 2 font référence à des « crimes énoncés dans cet article ; or, les infractions de corruption d'agents publics, tant national qu'étranger, sont reconnues comme des infractions principales au titre de toutes les infractions de blanchiment de capitaux définies à l'article 1 de la Loi n°9,613 de 1998.

Les autorités brésiliennes ont expliqué qu'il n'y a pas de raison de principe pour qu'une infraction de corruption d'agents publics étrangers pour laquelle seule une personne morale a été poursuivie, condamnée, etc. dans une autre juridiction (à savoir une juridiction qui admet la responsabilité pénale des personnes morales) ne soit pas reconnue comme une infraction principale au titre du blanchiment de capitaux conformément à l'article 1, même s'il n'y a pas de cas concret permettant d'étayer ce point.

L'expression « actifs, droits et objets de valeur » revêt une large portée et doit, selon les autorités brésiliennes, être interprétée de façon à couvrir tous les types d'actifs ayant une valeur pécuniaire, qu'ils soient matériels ou immatériels.

Comme chaque infraction fait référence au blanchiment d'actifs, etc. « résultant de » ou « provenant de » l'infraction principale, il semblerait que lorsque l'infraction principale est la corruption d'agents publics étrangers (en l'occurrence, la corruption active), le blanchiment du produit d'un pot-de-vin (le produit) serait couvert. En ce qui concerne le pot-de-vin lui-même (à savoir l'instrument), il devrait tout de même être couvert, de l'avis des autorités brésiliennes, dans la mesure où il constituerait le produit d'une infraction concomitante de corruption passive.

La formulation des infractions de blanchiment de capitaux tendrait à montrer qu'elles couvrent à la fois le blanchiment du produit provenant ou découlant d'une infraction principale commise par le blanchisseur (à savoir « l'auto-blanchiment ») ou par un tiers.

Les infractions du texte principal et du paragraphe 1 ne font pas référence à l'état d'esprit du contrevenant, alors que le paragraphe 2, section I exige que le contrevenant « sache » que les actifs, etc. proviennent du « crime évoqué dans cet article ». Selon les autorités brésiliennes, l'état d'esprit prescrit en ce qui concerne le paragraphe 2.I (le fait de « savoir ») fait partie de la définition intrinsèque de l'infraction elle-même. Il ne couvre pas les cas dans lesquels le contrevenant pensait simplement ou avait fait preuve d'une ignorance volontaire mais ne savait pas que les actifs, etc. provenaient de l'infraction principale. La norme est la même que celle qui s'applique à la réception délictueuse, pour laquelle de la jurisprudence existe. Dans l'une de ces affaires, « il est nécessaire que le contrevenant soit au fait de l'origine criminelle

de la chose acquise ; il ne suffit pas qu'il ait des doutes sur cette origine ». ¹⁷ La « connaissance » ne doit pas être le fait de savoir quelle est l'infraction principale spécifique (en l'occurrence la corruption d'agents publics étrangers), mais qu'elle puisse être l'une quelconque des infractions principales énumérées. L'état d'esprit prescrit pour d'autres infractions de blanchiment de capitaux visées par l'article 1 est, selon les autorités brésiliennes, le même.

Aux termes de l'article 2, les poursuites judiciaires ou les condamnations pour les infractions de blanchiment de capitaux ne dépendent pas des poursuites judiciaires ou des condamnations pour l'infraction principale, même si ces crimes ont été commis à l'étranger. Aux termes du paragraphe 1 du même article, bien que l'accusation doive comporter des indices suffisants prouvant l'existence de l'infraction principale, les actes de blanchiment de capitaux visés par l'article 1 sont passibles de sanctions même lorsque la personne ayant commis l'infraction principale est inconnue et exonérée des sanctions. Les autorités brésiliennes ont confirmé qu'une condamnation au titre de l'infraction principale n'est pas nécessaire pour accuser quelqu'un d'une infraction de blanchiment de capitaux.

L'article 2 prévoit l'engagement de poursuites pour les infractions « même lorsqu'elles ont été commises dans un autre pays ». Les autorités brésiliennes ont précisé ne pas avoir connaissance d'affaires dans lesquelles une quelconque distinction a été faite en fonction du lieu où l'infraction principale a été perpétrée ou du critère de double qualification pénale.

Les infractions visées par l'article 1 sont passibles d'une peine de prison de trois à dix ans et d'une amende. Une tentative de commettre l'infraction est sanctionnée conformément à la règle générale prévue à l'article 14 du Code pénal (paragraphe 3).

Aux termes du paragraphe 4, la peine est augmentée d'un à deux tiers lorsque l'infraction principale figure parmi les infractions énumérées dans les sections I à VI et que le « crime se conforme à un schéma constant » ou est commis par une organisation criminelle. Comme l'infraction pénale de corruption nationale figure dans la section V et la corruption d'agents publics étrangers dans la section VIII, cet alourdissement des sanctions est applicable lorsque l'infraction principale relève de la corruption nationale, mais non lorsqu'elle relève de la corruption d'agents publics étrangers. Les autorités brésiliennes ont expliqué que, d'après les statistiques disponibles, les infractions relevant des sections I à VI paraissent intervenir fréquemment et présentent un schéma constant qui nécessitait l'imposition de sanctions supplémentaires dans le cadre d'une politique générale de dissuasion. Il reste la possibilité pour les autorités d'introduire les mêmes sanctions supplémentaires pour la corruption d'agents publics étrangers dès que des statistiques plus détaillées sur l'occurrence de l'infraction seront disponibles, mais pour le moment, l'expérience actuelle n'est pas suffisante pour étayer une telle décision.

Aux termes du paragraphe 5, la peine peut être réduite d'un ou deux tiers (ou peut revêtir des formes moins lourdes¹⁸), lorsque le contrevenant, incluant le complice, coopère volontairement avec les autorités compétentes en fournissant des informations qui aboutissent à la détection d'un crime et à l'identification de son auteur ou de participants, ou encore à la découverte d'actifs, etc. qui font l'objet de l'infraction.

La Loi n°9,613/98 prévoit en outre la saisie et la confiscation avant jugement d'actifs, de droits et d'objets de valeur (articles 4 et 7). En outre, les actifs, etc. résultant d'infractions principales commises à l'étranger peuvent être saisis, à la demande d'une autorité étrangère compétente, sur la base d'un traité ou d'une convention à cet effet ou moyennant réciprocité (article 8).

¹⁷ Tribunaux de l'État du Mato Grosso, Rapporteur Rui Garcia Dias, in *Rivista dos Tribunais* 619, page 347.

¹⁸ Ces autres formes moins lourdes comprennent la substitution d'une peine au profit de la restriction de l'exercice de certains droits.

Obligations de déclaration

La Loi n°9,613/98 énonce un ensemble d'exigences relatives à l'identification des clients, la conservation de pièces et la déclaration d'opérations suspectes ou importantes et énumère les catégories d'institutions auxquelles s'appliquent ces règles. Cette loi met aussi en place sous l'égide du ministère des Finances, le *Conselho de Controle de Atividades Financeiras* (COAF – Conseil de surveillance des activités financières), cellule de renseignements financiers chargée de veiller au respect de ces obligations par les entités qui ne relèvent pas déjà de l'autorité d'un autre organisme de réglementation.

L'article 9 énumère les catégories d'institutions soumises à ces obligations, y compris les obligations de déclaration. Il s'agit des entités se livrant, à titre d'activité principale ou secondaire, au courtage et au placement de fonds, à l'achat et la vente de devises et d'or financier, des sociétés et courtiers d'assurance, des prestataires de pensions, des administrateurs de cartes de crédit et de crédits à la consommation, d'administrateurs de cartes électroniques ou magnétiques autorisant le transfert de fonds, des sociétés se livrant à des activités de crédit-bail et d'affacturage; des administrateurs de loteries, des agents immobiliers et des négociants en bijouterie, pierres précieuses et métaux précieux, objets d'art et antiquités. La liste ne comprend pas les professions qui jouent certains rôles dans des activités financières réalisées par de telles entités, comme les avocats, les comptables et les conseillers fiscaux.

L'article 10 oblige les entités prévues à l'article 9 à identifier leurs clients et à conserver les pièces relatives aux transactions que prescrivent les autorités compétentes pendant une durée minimale de cinq ans.

L'article 11 énonce les obligations de déclaration des transactions suspectes, etc. Selon cet article, les entités prévues à l'article 9 doivent accorder une attention plus particulière aux transactions susceptibles de représenter des « indices sérieux » d'infraction pénale prévue à l'article 1 ou susceptibles d'être liées à une telle infraction, et elles doivent informer les « autorités compétentes » sur la transaction (y compris une proposition de transaction). Les entités déclarantes sont aussi tenues de déclarer les transactions importantes prévues par la loi à « l'autorité compétente ». Aux termes du paragraphe 3, « l'autorité compétente » qui reçoit ces déclarations est l'autorité de régulation compétente ou le COAF en ce qui concerne les entités qui ne relèvent pas d'une autorité de régulation en particulier.

L'article 12 prévoit l'imposition de sanctions administratives applicables aux personnes morales et à leurs dirigeants pour non-respect de ces obligations, l'application de ces sanctions revenant aux « autorités compétentes ». Il peut s'agir : d'un avertissement, d'une amende [de 1 % jusqu'à deux fois le montant de la transaction, jusqu'à 200 % des profits tirés (ou présumés avoir été obtenus) de la transaction ou jusqu'à BRL 200 000¹⁹], d'un retrait temporaire de l'habilitation à occuper un poste de direction de personnes morales soumises aux obligations de déclaration ou de l'annulation de l'autorisation d'opérer.

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'informations sur les états financiers et les normes de comptabilité et de vérification des comptes, pour interdire aux entreprises soumises à ces lois et règlements l'établissement de comptes hors livres, les opérations hors livres ou insuffisamment identifiées, l'enregistrement de dépenses inexistantes, l'enregistrement d'éléments de passif dont l'objet n'est pas correctement identifié, ainsi que l'utilisation de faux documents, dans le but de corrompre un agent public

¹⁹ En mars 2003, 1 réal brésilien valait USD 0,29 ou EUR 0,27. En conséquence, BRL 200 000 représentent approximativement USD 58 000 ou EUR 54 000.

étranger ou de dissimuler cette corruption. La Convention prescrit en outre que chaque Partie prévoit des sanctions civiles, administratives ou pénales efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de telles omissions ou falsifications.

8.1.1/8.2.1/8.3.1 Livres et états comptables/Normes comptables

Il existe deux cadres comptables au Brésil, l'un pour les sociétés et l'autre pour la profession comptable. La Loi n°6,404 sur les sociétés s'applique à toutes les sociétés indépendamment du fait que leurs actions soient négociées ou non sur le marché libre. Les sociétés cotées sont aussi soumises aux règles de la Commission des valeurs mobilières. Les autres sociétés sont couvertes par la Loi n°10,406 de 2002 (Code civil, Livre II, Titre III, Chapitres III et IV, articles 1,177 à 1,195). La profession comptable est régie par les règles de son organisme professionnel, le Conselho Federal de Contabilidade (CFC – Conseil fédéral de la comptabilité), ces règles étant contraignantes pour les comptables, mais pas pour les sociétés.

En ce qui concerne la tenue des livres et états comptables, l'article 177 de la Loi n°6,404 impose aux sociétés de tenir une comptabilité permanente, conforme au droit commercial et aux « principes comptables généralement acceptés ». L'article 1,179 du Code civil impose aux entreprises et sociétés de maintenir un système comptable uniforme. L'article 1,180 prévoit l'obligation de tenir un journal quotidien. Dans sa Résolution n°563 du 28 octobre 1983, le CFC a approuvé la Norme comptable brésilienne T2 qui impose le maintien d'un système uniforme de comptabilisation des opérations administratives et commerciales sur la base d'un journal et d'un grand livre, par des moyens manuels, automatiques ou électroniques.

Le Brésil a confirmé que ces dispositions ne prévoient pas d'interdiction expresse de l'établissement de comptes hors livres ou des activités mentionnées à l'article 8 de la Convention. Toutefois, les autorités brésiliennes mentionnent la Loi n° 7.492/86, qui prévoit une peine de prison et une amende pour toute personne qui « maintient ou transfère des ressources ou des valeurs en marge des obligations légales en matière de comptabilité : Sanction – Peine d'emprisonnement de 1 (un) à 5 (cinq) ans, et une amende [Art. 11]. » Les autorités brésiliennes mentionnent également les articles 153 et 154 de la Loi sur les sociétés qui prévoient certaines normes de conduite pour les directeurs, sans pour autant prévoir d'interdictions spécifique. L'article 158 de la même loi prévoit que les directeurs sont civilement responsables de toute perte qu'ils provoquent en agissant dans le cadre de leurs prérogatives, mais dans une intention délictueuse, ou en agissant de façon illégale.

Le Brésil évoque plusieurs autres lois susceptibles de répondre au problème de l'interdiction des comptes hors livres.

Aux termes de l'article 1 de la Loi n°4,729/1965, les falsifications dans l'intention d'échapper au paiement de l'impôt ou de frauder le Trésor, en introduisant des éléments inexacts ou en omettant d'inscrire des revenus ou des transactions dans les documents ou livres prescrits par le droit fiscal, en fournissant ou en établissant des documents faux, en modifiant ou en accroissant les charges ou en modifiant les factures ou autres documents relatifs à des transactions commerciales, etc., constituent une infraction de fraude fiscale passible d'une peine privative de liberté de 6 mois à 2 ans et d'une amende de deux à cinq fois le montant de l'impôt. Aux termes de l'article 1 de la Loi n°8,137 de 1990, le fait d'échapper à l'impôt ou à d'autres paiements sociaux ou connexes, en omettant de fournir des renseignements, en procédant à une déclaration fautive aux autorités du Trésor, en introduisant des éléments inexacts ou en omettant des transactions de toute nature dans les documents et livres requis par le droit fiscal, en falsifiant ou modifiant une facture ou d'autres documents relatifs à des transactions imposables ou en préparant, diffusant, fournissant, publiant ou utilisant des documents faux ou inexacts, etc. constitue une infraction fiscale passible d'une peine privative de liberté de 2 à 5 ans et d'une amende.

Ces interdictions et sanctions sont limitées aux falsifications à des fins fiscales. Les sanctions pénales prévues par la Loi n°4.728/65 et la Loi n°8.137 de 1990 s'appliquent à toutes les personnes physiques.

Aux termes de l'article 72 de la Loi n°4.728/1965, les sociétés soumises à la réglementation des marchés financiers ont l'interdiction d'enregistrer, d'établir, etc. des documents de l'entreprise (par exemple, des documents représentatifs d'actions) sans l'autorisation écrite et signée des représentants juridiques concernés. Selon le Brésil, un manquement à cette disposition est passible d'une peine privative de liberté de 1 à 4 ans. Toutefois, son application est limitée aux sociétés cotées faisant appel aux marchés financiers et aux sociétés faisant partie du système de distribution et d'intermédiation des valeurs mobilières ; de plus, ces dispositions ne traitent pas directement de l'interdiction des comptes hors livres.

L'article 188 du Décret-loi n°7.661/45 prescrit aux « débiteurs » de ne pas donner une représentation fautive de leurs informations financières. Par exemple, il interdit de donner une représentation fautive du capital social en vue d'obtenir des prêts plus importants, des charges liées aux emprunts et des pertes, de fausser de façon importante des écritures comptables, de modifier des écritures comptables existantes, d'omettre dans les écritures comptables des sommes qui auraient dû être enregistrées ou d'indiquer des sommes fausses ou différentes de celles qui auraient dû être inscrites et de détruire, d'annuler ou de supprimer des livres comptables obligatoires. Les manquements à ces dispositions sont passibles d'une peine privative de liberté de 1 à 4 ans. Cela étant, l'application de ce Décret-loi est réservée aux seuls cas de faillite.

En outre, certaines dispositions du Code pénal s'appliquent à la production ou la création de faux documents de référence ou de documents annexes. Aux termes de l'article 297, la falsification de tout ou partie d'un « document public » ou l'altération d'un « document public authentique » est passible d'une peine privative de liberté de 2 à 6 ans et d'une amende. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 297, certains documents, notamment les « pièces comptables », sont réputés être équivalents à un « document public ». L'article 298 prévoit des peines privatives de liberté de 1 à 5 ans pour de tels actes en ce qui concerne un « document privé ». De plus, l'article 299 sanctionne l'omission dans un « document public ou privé » de toute déclaration qui aurait dû être faite ou le fait de porter ou de faire en sorte de porter dans un tel document une déclaration fautive ou différente de ce qui aurait dû y figurer, en vue de contrevenir à la loi ou d'altérer la vérité quant à un « fait juridiquement important ». Les sanctions sont une peine privative de liberté de 1 à 5 ans et une amende, en ce qui concerne un « document public » et une peine privative de liberté de 1 à 3 ans et une amende, en ce qui concerne un « document privé ». En outre, l'article 304 s'applique à l'utilisation de tout document falsifié ou altéré évoquée dans ces articles. Les sanctions sont équivalentes à celles applicables à la falsification ou l'altération qui sont prévues dans les articles correspondants. Les autorités brésiliennes indiquent que ces dispositions s'appliquent aux activités de tous les types d'entreprises, mais seules les personnes physiques sont soumises aux sanctions pénales (voir à ce propos au point 2.1 « Responsabilité pénale »).

En ce qui concerne les comptables, l'article 24 de la Résolution du CFC n°825, du 30 juin 1998, qualifie de contravention aux normes professionnelles le fait de « ne pas respecter un des Principes comptables généralement acceptés et une des Normes comptables brésiliennes », ainsi que « d'effectuer, dans l'exercice de son activité professionnelle, tout acte défini par la loi comme une infraction pénale ou une contravention ». Les sanctions vont d'une amende à la suspension, voire la radiation du registre professionnel.

8.1.2/8.2.2/8.3.2 Vérification et vérificateurs des comptes

La Loi n°6,385 du 7 décembre 1976, qui régit le marché des valeurs mobilières, prévoit dans son article 26 que les comptes des sociétés cotées, ainsi que d'autres sociétés faisant partie du système de distribution et d'intermédiation des valeurs mobilières et placées sous la tutelle de la CVM, soient vérifiés. Les vérifications ne peuvent être effectuées que par des cabinets d'audit ou des vérificateurs indépendants enregistrés auprès de la CVM. Ces vérificateurs sont soumis aux règles de la CVM et du CFC, ainsi que de l'Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (IBRACON – Institut des vérificateurs indépendants du Brésil), concernant la conduite professionnelle.

Selon les autorités brésiliennes, la rotation des vérificateurs est une obligation contraignante, car elles sont convaincues que la fourniture de services de vérification comptable au même client pendant longtemps risque de porter préjudice à la qualité de la vérification ou à l'indépendance des vérificateurs. L'article 31 de l'Instruction normative n°308 de la CVM, en date du 14 mai 1999, interdit la fourniture de services au même client pendant plus de cinq années consécutives et impose un intervalle de trois ans avant d'être de nouveau recruté. Cette règle n'est applicable qu'aux vérificateurs externes indépendants dans le cas des sociétés cotées et d'autres organisations sous le contrôle de la CVM. L'Instruction normative de la CVM a force de loi sur le marché des valeurs mobilières. Les autorités brésiliennes indiquent que la Banque centrale du Brésil adopte la même procédure pour les institutions financières.

Aux termes de l'article 11 de la Loi n°6,385/1976, la CVM peut imposer des sanctions aux vérificateurs et aux cabinets d'audit, notamment des avertissements, des amendes, une suspension ou une suppression de l'agrément ou de l'enregistrement, lorsqu'ils agissent en contravention avec la Loi n°6,385/1976, la Loi sur les sociétés ou d'autres textes législatifs ou réglementaires pertinents, ce qui, selon les autorités brésiliennes, couvre les cas dans lesquels ils agissent en contravention avec des normes législatives ou réglementaires relatives au marché des valeurs mobilières, effectuent une vérification incompétente ou frauduleuse, falsifient des informations ou retiennent des informations qui devraient être divulguées.

Les règles relatives à l'indépendance des vérificateurs des comptes, approuvées par le CFC dans sa Résolution n°821/97, interdisent à un vérificateur de vérifier les comptes d'une entité s'il a, s'agissant de cette entité ou de sociétés apparentées, de filiales, de la société mère ou de composantes du même groupe économique, une relation de consanguinité étroite avec un administrateur ou un actionnaire, une récente relation de travail, un intérêt financier direct ou indirect, ou s'il détient une quelconque autre fonction ou position qui donne lieu à un conflit d'intérêts. Les autorités brésiliennes ont expliqué que, par ailleurs, un vérificateur ne peut pas acheter ou détenir des actions de l'entité vérifiée. L'Instruction n°308/99 de la CVM interdit la prestation par un vérificateur de certains services de conseil aux sociétés clientes dont il assure la vérification. Les organisations sous la tutelle de la CVM sont tenues, aux termes des Instructions n°381 et 386, de divulguer les commissions payées au titre de services ne relevant pas de la vérification des comptes et la part qu'elles représentent dans les commissions versées au même vérificateur pour des services de vérification des comptes.

Selon les autorités brésiliennes, un vérificateur indépendant doit s'efforcer de mettre au jour les éventuelles fraudes et erreurs susceptibles d'affecter sensiblement les états financiers de la société vérifiée, et il est tenu d'en donner communication aux administrateurs ainsi que de proposer des mesures correctrices. Ce critère semble correspondre à celui de l'importance relative. Pour le reste, il n'y a pas d'obligation expresse pour un vérificateur de déclarer des soupçons à l'égard d'une activité criminelle aux autorités chargées des enquêtes et des poursuites.

Pour les organisations enregistrées auprès de la CVM, l'opinion du vérificateur indépendant doit être publiée en même temps que les états financiers aux termes de l'article 133 de la Loi n°6,404 et de l'Instruction (modifiée) n°202/93 de la CVM.

9. ARTICLE 9 : ENTRAIDE JUDICIAIRE

L'article 9.1 de la Convention demande que chaque Partie accorde, autant que le permettent ses lois et ses instruments internationaux pertinents, « une entraide judiciaire prompte et efficace » aux fins des enquêtes et des procédures pénales engagées ainsi qu'aux fins des procédures non pénales engagées contre des personnes morales, relevant de la présente Convention.

Outre les dispositions de l'article 9.1 de la Convention, il existe deux dispositions supplémentaires concernant les affaires pénales. Aux termes de l'article 9.2, 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 Convention. De plus, l'article 9.3 prévoit qu'une Partie ne peut refuser d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale dans le cadre de la présente convention en invoquant le secret bancaire.

9.1 Lois, traités et accords permettant l'entraide judiciaire

9.1.1 Affaires pénales

De façon générale, la capacité d'accorder une entraide judiciaire aux termes du droit brésilien dépend de l'existence d'une convention bilatérale ou multilatérale d'entraide judiciaire avec le pays concerné. Le Brésil a 27 accords bilatéraux, dont certains sont encore en cours de négociation.

Les autorités brésiliennes indiquent que le ministère de la Justice prépare actuellement un projet de loi sur la question de l'entraide judiciaire qui devrait permettre au Brésil d'accorder l'entraide judiciaire à un pays avec lequel le Brésil n'a pas conclu de convention d'entraide judiciaire, uniquement sur la base de la réciprocité.

Les autorités brésiliennes ont expliqué que l'article 9 de la Convention est en soi exécutoire au Brésil parce qu'il ne nécessite pas la promulgation d'une loi pénale pour lui donner effet. En conséquence, la Convention elle-même apporte une base suffisante pour l'octroi de l'entraide judiciaire, moyennant réciprocité. L'existence d'une convention bilatérale ou multilatérale avec une autre Partie facilite la procédure, tout en étant sans conséquence quant au contenu de la demande d'entraide.

Le Brésil est partie à un certain nombre de conventions multilatérales d'entraide judiciaire et il a conclu des conventions bilatérales sur la coopération juridique internationale avec l'Argentine, la Belgique, l'Espagne, les États-Unis, la France, l'Italie, le Japon et le Portugal. Des conventions bilatérales d'entraide judiciaire sont en cours de négociation avec l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Bulgarie, le Canada, l'Espagne, la Grèce, la Hongrie, le Luxembourg, la Nouvelle-Zélande, la Pologne, le Royaume-Uni et la Suisse.

Les conventions d'entraide judiciaire du Brésil couvrent normalement la collecte et la production de preuves, y compris les dépositions de suspects ou témoins, les expertises ainsi que l'examen de personnes, de biens et de lieux, la production de documents, états comptables et biens, la localisation et l'identification de personnes et de biens, les mesures préventives comme les perquisitions et saisies de biens ainsi que le transfert de biens confisqués.

9.1.2 Affaires non pénales

Pour ce qui est de savoir si l'entraide judiciaire est possible, avec ou sans accord formel, dans le cas d'une procédure non pénale à l'encontre d'une personne morale comme les types de procédure administrative décrites précédemment en lien avec les articles 2 et 3 de la Convention, les autorités brésiliennes expliquent que, dans la pratique, dans la plupart des affaires, il y a normalement une personne physique impliquée à l'encontre de laquelle une accusation peut être portée au pénal, mais il n'y a aucune raison de ne pas également accorder l'entraide dans le cas de poursuites civiles. Néanmoins, à l'heure actuelle, aucune indication claire n'existe quant aux bases sur lesquelles le Brésil pourrait chercher des éléments de preuve se trouvant à l'étranger en lien avec sa propre procédure administrative à l'encontre d'une personne morale impliquée dans une affaire de corruption d'agents publics étrangers.

9.2 Double incrimination

Le caractère obligatoire ou non de la double incrimination dépend de la formulation de l'accord concerné : certains accords conclus par le Brésil ne l'imposent pas alors qu'il s'agit d'une condition expresse dans d'autres.²⁰

Les autorités brésiliennes ont expliqué que l'obligation de double incrimination a été interprétée de façon large, lorsqu'elle est prévue, et qu'elle est satisfaite même si l'infraction est définie différemment, comme une infraction de corruption nationale. Elles citent la jurisprudence qui indique que le facteur commun nécessaire réside dans le fait « d'offrir ou d'octroyer à un agent public un avantage indu pour exercer ses fonctions ». ²¹ En conséquence, il n'est pas nécessaire que la corruption d'agents publics étrangers ait constitué une infraction en droit brésilien ou dans le droit de l'autre pays (ou que la Convention ait été en vigueur) au moment où elle a été commise.

9.3 Secret bancaire

Le Brésil indique qu'il ne serait pas possible pour le Brésil de refuser d'apporter une entraide judiciaire en matière pénale dans le cadre de la Convention en invoquant le secret bancaire.

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

Des exceptions à cette règle sont cependant permises aussi bien par la jurisprudence que par des dispositions du même texte. Les autorités brésiliennes expliquent que la levée de la confidentialité des opérations bancaires dépend d'autorisations légales et ne peut être décrétée que lorsqu'il existe des éléments fondés permettant de soupçonner la commission éventuelle d'infractions pénales. Sauf disposition contraire expressément prévue par les textes, cela suppose la décision d'un juge au cas par cas.

²⁰ Les autorités brésiliennes citent, à titre d'exemple d'accord imposant la double qualification pénale, la Convention bilatérale d'entraide judiciaire en matière pénale conclue avec la France. Les accords en vigueur avec les États-Unis, l'Italie et les pays du MERCOSUR n'imposent pas cette condition.

²¹ Cour suprême fédérale. Rapporteur Francisco Rezek, in *Diario de Justicia da Uniao* du 5 décembre 1997, pages 63,903-63,904).

La Loi complémentaire n°105/2001 prévoit, dans son article 1, que les institutions financières doivent maintenir la confidentialité relative aux opérations et services. Deux types d'exceptions sont prévus à cette règle. Le premier concerne la catégorie de divulgations qui, aux termes de l'article 1, paragraphe 3 « ne constituent pas des manquements à l'obligation de confidentialité ». Ces cas ne nécessitent pas de décision d'un tribunal pour autoriser la divulgation, mais il n'y a aucune indication quant au niveau de compétence requis pour prendre la décision de divulgation. Ces situations sont notamment, aux termes de la section IV, « la communication aux autorités compétentes de la commission d'actes criminels ou administratifs illégaux, ce qui recouvre la communication d'informations sur des opérations impliquant des fonds provenant de tout acte criminel ». Les autorités brésiliennes ont confirmé que cette exception permet à un agent de l'institution financière de communiquer des informations ayant trait à toute infraction pénale, y compris la corruption d'agents publics étrangers, si lesdites informations portent sur « des opérations impliquant des fonds provenant de tout acte criminel ».

Le second type d'exception à la règle générale est décrit dans l'article 1, paragraphe 4. Il prévoit que « la levée de la confidentialité peut être décidée, si nécessaire pour établir l'existence de tout acte illégal, à n'importe quel stade de l'enquête ou de l'affaire, en particulier dans le cas des crimes suivants:.....VI. – à l'encontre de l'administration publique... »

De toute évidence, cette disposition couvre les cas dans lesquels le crime ayant donné lieu à la demande d'entraide judiciaire était la corruption d'un agent public national, qui constitue un crime à l'encontre de l'administration publique. Même si la corruption d'agents publics étrangers peut constituer un « acte illégal », il n'y a pas de mention expresse de la notion de crime à l'encontre de l'administration publique étrangère dans l'énumération des infractions visées. Toutefois, les autorités brésiliennes ont expliqué que cette liste était illustrative et non pas exhaustive et qu'une ordonnance de levée du secret bancaire pourrait être accordée dans le cas de la corruption d'un agent public étranger.

La Cour suprême fédérale a en outre décidé, dans le contexte de la concurrence, que « le régime juridique constitutionnel... autorise la levée de la confidentialité des opérations bancaires au moyen d'une autorisation légale préalable, lorsque la nécessité de cette mesure est justifiée aux fins d'une enquête pénale ou de l'établissement des faits dans une procédure pénale. La levée de la confidentialité des opérations bancaires n'est pas illégale lorsqu'elle est dûment décidée par l'autorité légale compétente, en étant motivée par la nécessité d'établir l'origine des fonds proposés à titre de pot-de-vin dans le cadre de l'infraction de corruption active ».²²

En tout état de cause, les autorités brésiliennes expliquent qu'une ordonnance de levée du secret bancaire suppose de démontrer « un intérêt public pertinent » et « l'existence d'un fait établissant, en principe au moins, l'existence d'un crime ». Les autorités brésiliennes expliquent que, dans le cadre de l'entraide judiciaire, cela supposerait que l'État requérant démontre qu'il existe des raisons motivées de lever le secret bancaire. Dans l'une des affaires citées, il est indiqué qu'il « n'y a aucun moyen de prétendre que la levée de la confidentialité des opérations bancaires décidée par une autorité légale compétente est arbitraire et illégale, s'il y a suffisamment d'indices de l'occurrence supposée d'un crime devant donner lieu à une action pénale publique qui fait l'objet d'une enquête par des services de police compétents ».²³ [] Selon les autorités brésiliennes, les demandes de levée du secret bancaire sont traitées de la même façon que les autres demandes d'entraide judiciaire. De telles demandes nécessitent généralement une autorisation légale, comme cela serait le cas aux fins du droit national, en raison du droit à la protection de la vie privée inscrit dans la Constitution. Le Brésil a confirmé que ses dispositions

²² ROMS 10097/DF Rapporteur du District fédéral, Vicente Leal, ministre, 6^e Cour, DJ: mai 15, 2000, page 00202

²³ Cour suprême fédérale, Rapporteur Felix Fischer, in *Diario de Justica da Uniao* du 14 octobre 2002, page 240.

législatives relatives au secret bancaire ne restreignaient en aucune façon la capacité du Brésil d'accorder une entraide judiciaire à d'autres Parties à la Convention.

Il ressort de la formulation du texte qu'une ordonnance judiciaire de levée du secret bancaire ne serait pas accordée en lien avec une procédure non pénale à l'encontre d'une personne morale. Selon les autorités brésiliennes, il faudrait à tout le moins une procédure d'enquête pour justifier la levée du secret bancaire.

10. ARTICLE 10: EXTRADITION

10.1/10.2 Extradition pour corruption d'un agent public étranger/Fondements juridiques de l'extradition

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

Le Brésil précise que l'infraction de corruption d'agent public étranger est une infraction pour laquelle l'extradition peut être accordée, dans le cadre du droit et des traités d'extradition brésiliens avec d'autres Parties à la Convention. Le fondement juridique de l'extradition au Brésil ainsi que les situations dans lesquelles elle peut être accordée sont prévus par la Loi n°6,815 du 19 août 1980. L'article 76 énonce la règle générale qui dispose que l'extradition peut être accordée lorsque l'État requérant fonde sa requête sur un traité²⁴, ou lorsqu'il promet la réciprocité au Brésil. En outre, en l'absence de traité, le Brésil confirme qu'il considérerait la Convention comme le fondement juridique de l'extradition concernant l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, sous réserve de la condition de réciprocité de traitement.

L'article 77 prévoit les conditions de l'extradition. Aux termes de cet article, l'extradition n'est pas accordée lorsque :

- Le sujet est brésilien, sauf s'il a acquis la nationalité par naturalisation après la commission de l'infraction pénale donnant lieu à la demande (section I) ;
- Le motif de la requête n'est pas considéré comme un crime au Brésil ou dans l'État requérant (double incrimination) (section II) ;
- Le Brésil est habilité, conformément à son droit interne, à juger l'infraction pénale imputée à la personne devant être extradée (section III). Cette section s'applique, de l'avis des autorités brésiliennes, lorsque le Brésil a compétence, que ce soit sur une base territoriale ou en fonction de la nationalité, sur la personne dont l'extradition est demandée. Si le cas relève de l'exception prévue dans cette section et que l'extradition est refusée, il est obligatoire d'exercer cette compétence pour enquêter et engager des poursuites au Brésil. Dans la pratique, comme l'expliquent les autorités brésiliennes, tous ces cas sont transmis au ministère de la Justice et au ministère public qui doivent prendre les mesures qu'il convient.

²⁴ Les parties avec lesquelles le Brésil a conclu une convention bilatérale d'extradition sont les suivants : Argentine, Australie, Belgique, Chili, Espagne, États-Unis, Italie, Mexique, Portugal, Royaume-Uni et Suisse.

- Le droit brésilien impose une peine privative de liberté d'un an au plus (section IV). En ce qui concerne cette disposition, la corruption d'agents publics étrangers est passible d'une peine de prison d'un à huit ans au Brésil et n'est donc pas exclue de l'extradition ;
- La personne à extraditer est sur le point d'être jugée ou a déjà été déclarée coupable ou non coupable au Brésil pour la même infraction pénale que celle sur laquelle est fondée la demande (section V);
- L'infraction pénale n'est plus passible de sanctions aux termes du régime de prescription prévu par le droit brésilien ou par celui de l'État requérant (section VI) ;
- L'infraction pénale est « politique » (section VII). Aux termes des paragraphes 1 et 2 du même article, ce motif de rejet de la demande, aux fins de laquelle la Cour suprême fédérale statue seule quant à la nature de l'infraction, n'empêche normalement pas l'extradition lorsque l'infraction constitue principalement un manquement au droit pénal commun ou lorsque l'infraction pénale commune liée à l'infraction politique, constitue le fait principal. Les autorités brésiliennes ont confirmé que la corruption d'agents publics étrangers ne serait pas caractérisée comme « politique » lorsque, par exemple, le pot-de-vin a été versé pour des motifs politiques ou était destiné à être versé à titre de contribution à un parti politique du pays requérant ; le critère est de savoir si l'élément criminel est prépondérant ; et
- La personne à extraditer n'est pas soumise à un jugement dans l'État requérant par un « tribunal d'exception » (section VIII). Un « tribunal d'exception » est un tribunal *ad hoc* spécialement créé pour juger l'infraction visée.

Les autorités brésiliennes évoquent en outre les conditions prévues par la même loi et le Règlement interne de la Cour suprême fédérale pour que l'extradition soit accordée : il doit y avoir une condamnation pénale ou un mandat d'arrêt délivré par un juge, un tribunal ou une autorité ayant la compétence nécessaire dans l'État requérant et il doit y avoir un engagement formel de l'État requérant (i) d'entreprendre les poursuites pénales, en tenant compte de la durée de la « privation de liberté » (à savoir l'arrestation/détention aux fins de la procédure d'extradition) écoulée au Brésil par suite de l'extradition (ii) de commuer la peine de mort en peine d'emprisonnement (hormis dans les cas où le droit brésilien permet son application) et (iii) de ne pas réaliser ou accorder une ré-extradition. Ces conditions s'appliquent à tous les cas de demandes d'extradition.

Pour ce qui est de savoir si les dispositions relatives aux motifs de refus, comme celles de l'article 77, prévaudraient en cas d'incompatibilité avec une disposition d'un traité d'extradition du Brésil, le traité, une fois ratifié, aura en soi force de loi ordinaire. La réponse dépendra donc de la date la plus récente parmi les instruments en question : *lex posterioris derogat priori*.

Selon les autorités brésiliennes, le processus d'extradition se déroule en trois phases. La première est administrative et commence à réception de la demande par le pouvoir exécutif. La deuxième est judiciaire, la Cour suprême fédérale traitant et jugeant la demande d'extradition en vérifiant notamment sa légalité et les règles permettant de savoir dans quelle mesure l'exécutif est autorisé à accorder l'extradition s'il décide de le faire (la Cour ne peut pas statuer sur la question de savoir s'il faut ou non accorder l'extradition, car c'est la prérogative de l'exécutif). Lors de la dernière phase, si l'extradition est accordée, les autorités administratives mettent en œuvre la décision. Durant la phase judiciaire, la personne devant être extradée peut introduire un recours pour *habeas corpus* ou former un appel demandant des précisions sur l'extradition.

10.3/10.4 Extradition de ressortissants

La Constitution fédérale brésilienne (article 5, section LI) interdit expressément l'extradition de ressortissants brésiliens, qu'ils soient nés au Brésil ou naturalisés, sauf, dans le cas d'un citoyen naturalisé, lorsque l'infraction a été commise avant la date de naturalisation ou lorsque sa participation à des actes illégaux de trafic de stupéfiants peut être démontrée, indépendamment de la date de l'infraction. En conséquence, comme on l'a indiqué précédemment, aux termes de la section I de l'article 77 de la Loi n°6,815/80, l'extradition de ressortissants brésiliens pour corruption d'agents publics étrangers ne sera pas accordée sauf si la personne a acquis la nationalité brésilienne après la commission de l'infraction.

Les autorités brésiennes ont expliqué qu'il existe une obligation légale de procéder à une enquête et à des poursuites au Brésil en cas de refus d'une demande d'extradition au seul motif de la nationalité du prévenu (voir plus haut).

10.5 Double incrimination

Comme on l'a vu précédemment (voir 10.1/10.2), l'extradition suppose l'existence d'une double qualification pénale (Article 77, section II, de la Loi n°6,815/80). Le Brésil explique qu'il est en effet essentiel que les faits imputés à la personne à extraditer soient considérés comme relevant d'une infraction pénale aussi bien en droit brésilien que dans le système juridique de l'État requérant. Le Brésil confirme que l'article 1 de la Convention est suffisant pour satisfaire à cette condition et qu'il constitue une base pour accorder l'extradition à un État qui est Partie à la Convention. La condition de double incrimination exige que l'acte allégué de corruption d'agents publics étrangers constitue une infraction pénale – mais pas nécessairement une infraction de corruption d'agents publics étrangers – au moment où il a été commis.

11. ARTICLE 11. AUTORITÉS RESPONSABLES

L'article 11 de la Convention requiert que les Parties notifient 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 concertation, d'entraide judiciaire et d'extradition.

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

B. MISE EN ŒUVRE DE LA RECOMMANDATION RÉVISÉE

3. Déductibilité fiscale

Les autorités brésiennes affirment que la législation fiscale brésilienne n'accepte pas la déductibilité de toute dépense illégale. Il n'y a pas d'interdiction expresse de la déductibilité des versements illégaux : le droit brésilien traite cet aspect comme une question de principe général. Les autorités brésiennes ont expliqué qu'il y a une instruction fédérale indiquant que les dépenses illégales ne sont pas déductibles et que cette instruction prévaut sur toute disposition au niveau d'un État.

Aux termes de l'article 29 du Règlement relatif à l'impôt sur le revenu, une société peut déduire des dépenses si elles sont nécessaires et associées à l'activité de la société. Le paragraphe 1 de ce règlement dispose que les « dépenses réglées ou encourues pour la réalisation de transactions exigées par l'activité de la société sont réputées nécessaires ». L'article 249 énumère certaines catégories de dépenses qui ne sont

pas déductibles, notamment les « dépenses liées à des cadeaux » (paragraphe unique, section VIII). Les paiements (telles que des commissions) qui seraient par ailleurs déductibles, mais qui ne sont pas motivés, ou dont le bénéficiaire n'est pas identifié, ne peuvent pas être déduits (article 304). Les autorités brésiliennes ont expliqué que les sociétés sont tenues de remplir leur déclaration fiscale par voie électronique et de conserver les documents correspondants. Elles ont indiqué que la pratique des inspecteurs des impôts consiste à vérifier et comparer le niveau des commissions déduites dans les différents secteurs d'activité, ainsi qu'à étudier toute tendance ou tout paiement inhabituel qui dépasse le niveau normal pour le secteur correspondant. Toutefois, des questions subsistent quant à la manière dont un inspecteur des impôts pourrait, en pratique, mettre en évidence un pot-de-vin versé à un agent public étranger lorsque ce versement a été dissimulé sous forme d'une commission légitime au profit d'un bénéficiaire désigné et justifié par des pièces apparemment légitimes.

Les autorités brésiliennes ont expliqué que l'administration fiscale peut fournir des renseignements aux autorités chargées de l'enquête ou des poursuites en ce qui concerne des soupçons d'activités criminelles, mais uniquement à la demande des organismes légalement habilités et dans le respect de procédures destinées à préserver la confidentialité des informations.

ÉVALUATION DU BRÉSIL

Observations générales

Le Groupe de travail se félicite du grand esprit de coopération dont a fait preuve le Brésil tout au long du processus d'examen et plus particulièrement du sérieux et du caractère complet des réponses et des documents fournis par les autorités brésiliennes.

Le Brésil a transposé la Convention dans son droit interne par le Décret n°3,678 du 30 novembre 2000. Par la Loi 10,467 du 11 juin 2002, il a modifié son Code pénal pour établir, dans ses articles 337-B à 337-D, l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Le Groupe de travail considère que la législation du Brésil est généralement conforme à la Convention, sous réserve des points présentés ci-après. Le Groupe de travail appelle instamment le Brésil à prendre les mesures recommandées ci-après.

Points spécifiques

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

1.1 Éléments de l'infraction

Un certain nombre de questions ont été soulevées dans le projet de rapport concernant différents éléments de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers. Les autorités brésiliennes ont répondu aux préoccupations des examinateurs par les explications fournies dans leurs commentaires écrits et lors des réunions préparatoires.

1.2 Définition de l'agent public étranger

Selon les autorités brésiliennes, la définition de l'agent public étranger de l'article 337-D du Code pénal, fondée sur la formule « un emploi, un poste ou une fonction publique dans des organismes d'État », doit être interprétée conformément à l'interprétation donnée de la définition de l'agent public national de l'article 327. Certaines différences ont été notées dans la formulation des deux dispositions, ce qui fait craindre que l'article 337-D puisse être plus restrictif. Toutefois, le Brésil a déclaré que dans la pratique, une interprétation très générale avait été attribuée à l'article 327, et que, dans ces conditions, il est convaincu que l'article 337-D sera interprété dans un sens large. Le Brésil a en outre expliqué qu'en cas de doute, l'article 337-D serait interprété par référence à la Convention qui, en droit brésilien, constitue une aide à l'interprétation et a le statut de loi ordinaire.

Le Groupe de travail prend note de l'explication du Brésil fondée sur la pratique et de ses assurances que la définition serait interprétée conformément à la Convention et il propose d'examiner la pratique sur cette question lors de la Phase 2.

2. Responsabilité des personnes morales ; sanctions

Il n'y a pas de concept de responsabilité pénale des personnes morales au Brésil, à une récente exception spécifique et limitée, pour les crimes contre l'environnement. Le Groupe de travail prend note de l'explication du Brésil selon laquelle la Loi 8,884 (Protection de l'ordre économique) impose une

responsabilité administrative aux personnes morales et que la corruption, y compris la corruption transnationale, même si elle n'est pas nommément désignée, est comprise dans les interdictions générales prévues par la loi. Néanmoins, le Groupe de travail recommande au Brésil de modifier la Loi 8,884 pour désigner spécifiquement la corruption comme un acte interdit. En outre, le Groupe de travail propose de revoir l'application de cette loi lors de la Phase 2.

Les sanctions prévues par cette loi sont de 1 % à 30 % du chiffre d'affaires de la société au cours du dernier exercice, mais elles ne peuvent en aucun cas être inférieures à l'avantage illicite ; une autre sanction est l'exclusion des marchés publics. En outre, le Brésil a expliqué que des amendes à concurrence de trois fois l'avantage illicite et, dans certains cas, des amendes punitives allant jusqu'à neuf fois l'avantage retiré de l'acte illicite peuvent être imposées à l'encontre d'une personne morale aux termes de la Loi 6,385 portant réglementation du marché monétaire. De plus, la Loi 8,666 de 1993 prévoit l'exclusion de l'ensemble des marchés publics pour les personnes morales dont il a été établi qu'elles avaient été le bénéficiaire d'un acte criminel.

Le Brésil a aussi attiré l'attention sur la possibilité d'invoquer la responsabilité civile des personnes morales en cas de dommages. Aux termes de l'article 91 du Code pénal, il est aussi possible d'imposer des mesures de confiscation à une personne morale dont il a été établi qu'elle a bénéficié d'un acte criminel pour lequel une personne physique a été condamnée.

En l'absence de jurisprudence quant à l'application de ces sanctions administratives dans des affaires de corruption nationale, le Groupe de travail propose de procéder au suivi de cette question lors de la Phase 2 afin de déterminer si les sanctions existant au Brésil sont efficaces, proportionnées et dissuasives.

3. Entraide judiciaire

Le Brésil a conclu des conventions bilatérales d'entraide judiciaire avec huit Parties à la Convention et en négocie avec treize autres. Le Brésil explique que, comme l'article 9 de la Convention est directement applicable, la Convention constitue d'ores et déjà une base suffisante pour accorder l'entraide judiciaire. Le Groupe de travail a pris note de l'invitation lancée par le Brésil aux autres Parties à la Convention en vue de négocier de tels traités afin de faciliter et simplifier l'octroi d'une entraide judiciaire dans des affaires de corruption d'agents publics étrangers. Le Groupe de travail procédera au suivi de la question lors de la Phase 2 afin de voir si le Brésil est en mesure, dans la pratique, d'obtenir l'entraide judiciaire pour recueillir des preuves se trouvant à l'étranger, ce qui est nécessaire dans le cadre d'une procédure administrative brésilienne à l'encontre d'une personne morale.

4. Comptabilité

Le Brésil est doté de règles et de normes comptables prévues par son Code civil, par les règles de la Commission des valeurs mobilières et par le code des impôts, tous ces textes traitant de questions de comptabilité. Le système législatif et réglementaire brésilien (y compris les Codes civil et pénal) en ce qui concerne 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, est suffisant pour interdire la réalisation de comptes falsifiés ou frauduleux, pour imposer des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives relativement à de telles omissions et falsifications et pour satisfaire ainsi aux prescriptions de la Convention.

5. Déductibilité fiscale

Le Brésil a prévu une interdiction générale de la déductibilité fiscale en ce qui concerne les paiements illégaux, bien que sa réglementation ne prévoie pas de refus explicite de la déductibilité. Certaines

catégories de dépenses sont expressément considérées comme déductibles. Le Brésil a expliqué que son administration fiscale examine les demandes de déductibilité de dépenses censées relever des catégories autorisées. Le Groupe de travail craint cependant que des pots-de-vin puissent être déduits s'ils sont dissimulés sous forme de dépenses commerciales légitimes et exprime certaines incertitudes suant à la manière de déterminer, en pratique, si une dépense donnée est légitime ou s'il s'agit d'un pot-de-vin. Le Groupe de travail propose donc de procéder, lors de la Phase 2, à un suivi de l'application de ces règles.