



## **AFRIQUE DU SUD : PHASE 2**

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

Ce rapport a été approuvé et adopté par le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales le 17 juin 2010. Il a été mis à jour le 13 juillet 2010 afin de refléter les informations nouvelles diffusées dans le cadre de l'Étude économique de l'OCDE : Afrique du Sud, Volume 2010/11.

**TRADUCTION NON VÉRIFIÉE**

## TABLE DES MATIÈRES

SYNTHÈSE.....	4
INTRODUCTION.....	6
1. Mission sur place.....	6
2. Observations générales.....	7
a. Contexte économique et relations commerciales internationales.....	7
b. Systèmes politique et juridique.....	8
c. Mise en œuvre de la Convention et de la Recommandation.....	10
3. Aperçu des tendances et des mesures récentes en matière de corruption.....	10
a. Corruption.....	10
b. Affaires de corruption d'agents publics étrangers.....	11
4. Organisation du rapport.....	11
A. CORRUPTION TRANSNATIONALE : PRÉVENTION, DÉTECTION ET SENSIBILISATION.....	12
1. Efforts généraux de sensibilisation.....	12
a. Initiatives du gouvernement.....	12
b. Initiatives du secteur privé.....	14
2. Sources générales de signalement et de déclaration des actes de corruption transnationale.....	16
a. Signalement d'infractions pénales.....	16
b. Protection des dénonciateurs.....	17
3. Détection et signalement dans le secteur public.....	19
a. Procédures générales de signalement.....	19
b. Représentations diplomatiques à l'étranger.....	20
c. Crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public.....	21
d. Aide publique au développement.....	23
4. Administration fiscale.....	24
a. Non-déductibilité des pots-de-vin.....	24
b. Sensibilisation, détection et signalement par les autorités fiscales.....	25
5. Détection par le biais de la comptabilité et de la vérification des comptes.....	28
a. Efforts de sensibilisation.....	28
b. Normes de comptabilité et de vérification comptable.....	28
c. Contrôles internes, codes de conduite d'entreprise et comités d'audit.....	30
d. Vérification externe.....	32
e. Obligation de signalement des infractions de corruption transnationale.....	33
6. Détection par le biais des systèmes de lutte contre le blanchiment de capitaux.....	35
a. Déclaration d'opérations suspectes.....	36
b. Ressources, sensibilisation et formation.....	37
c. Échange de renseignements.....	37
B. ENQUÊTE, POURSUITE ET SANCTION DE LA CORRUPTION TRANSNATIONALE.....	38
1. Enquête et poursuite.....	38

a.	Autorités répressives : structure et indépendance .....	38
b.	Conduite des enquêtes.....	45
c.	Principes régissant les poursuites.....	49
d.	Compétence.....	56
e.	Prescription .....	60
f.	Entraide judiciaire et extradition .....	60
2.	L'infraction de corruption transnationale .....	63
a.	Introduction.....	63
b.	Éléments de l'infraction.....	64
3.	Responsabilité des personnes morales.....	66
a.	Fondement juridique de la responsabilité des personnes morales en Afrique du Sud .....	66
b.	Poursuite des personnes morales en pratique.....	70
c.	Sanctions applicables aux personnes morales .....	72
4.	Règlement des affaires de corruption transnationale et sanctions .....	74
a.	Sanctions pénales .....	74
b.	Confiscation .....	76
c.	Autres sanctions civiles et administratives.....	77
5.	L'infraction de fraude comptable .....	79
6.	L'infraction de blanchiment de capitaux .....	80
a.	L'infraction .....	80
b.	Les sanctions .....	81
C.	RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL ET SUIVI .....	83
1.	Recommandations.....	83
2.	Suivi par le Groupe de travail.....	87
	ANNEXE 1 LISTE DES PARTICIPANTS À LA MISSION SUR PLACE.....	88
	ANNEXE 2 LISTE DES ACRONYMES.....	90

## SYNTHÈSE

1. Le Rapport de Phase 2 sur l'Afrique du Sud rédigé par le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption évalue la mise en œuvre par l'Afrique du Sud de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et les instruments connexes et formule des recommandations. Les mesures en vigueur pour lutter contre la corruption en Afrique du Sud font l'objet d'une vaste publicité et de multiples rapports, mais des efforts supplémentaires s'imposent pour accroître la sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale dans les secteurs tant public que privé, comme le souligne le rapport.

2. Au moment de la rédaction du présent rapport, aucune poursuite n'avait été engagée pour corruption transnationale en Afrique du Sud : le Groupe de travail pense qu'il serait possible de remédier à cette situation pour peu que ce pays adopte une approche plus volontariste en matière d'enquêtes et de poursuites relatives à ce type d'infractions. À cet égard, le Groupe de travail a recommandé à l'Afrique du Sud de former des enquêteurs et des procureurs spécialisés afin qu'ils traitent ces affaires de manière plus efficace, et d'accroître ses efforts en matière de formation et d'affectation de ressources, ainsi que d'améliorer la coordination entre la police et le ministère public dans ce domaine. L'Afrique du Sud devrait également renforcer les garanties mises en place pour empêcher que les décisions du ministère public puissent être affectées par des considérations énumérées à l'article 5 de la Convention.

3. Concernant la responsabilité des personnes morales, le Groupe de travail a noté que, en dépit d'une législation déjà ancienne établissant la responsabilité des entreprises, les mises en accusation d'entreprises ou l'engagement de poursuites à leur encontre au titre d'infractions économiques intentionnelles semblent rares. Le Groupe a recommandé d'attirer l'attention des procureurs et des enquêteurs sur l'importance d'un engagement effectif de la responsabilité des personnes morales pour des actes de corruption transnationale. Le Groupe a également indiqué qu'il comptait suivre la question de la capacité de l'Afrique du Sud à poursuivre en pratique des entreprises pour des actes de corruption transnationale commis par des intermédiaires à l'étranger, y compris des personnes morales liées comme des filiales. Concernant les sanctions, le Groupe de travail a recommandé à l'Afrique du Sud de sensibiliser davantage les procureurs et les juges à tout l'éventail des peines applicables, y compris l'exclusion ou la radiation, aux personnes morales pour corruption transnationale, quel que soit le niveau de la juridiction saisie en vertu de la Loi relative à la prévention et à la répression de la corruption (PRECCA).

4. Le Groupe de travail a également souligné les aspects positifs de l'action engagée par l'Afrique du Sud pour combattre la corruption transnationale. Le cadre législatif de lutte contre cette corruption et les infractions connexes est généralement d'un bon niveau. Les dispositions adoptées dans le cadre de la PRECCA semblent couvrir tous les éléments de l'infraction de corruption transnationale telle qu'elle est définie dans la Convention. De plus, le Groupe de travail estime que l'article 34 de la PRECCA, lequel impose l'obligation de signaler les actes suspects de corruption transnationale à toute une série de personnes, pourrait constituer un outil utile dans la découverte de nouveaux cas. De même, le cadre législatif et les efforts incessants des autorités, ainsi que la coopération étroite mise en œuvre avec les autorités de réglementation de manière à peaufiner le système de signalement des soupçons de blanchiment de capitaux, constituent une bonne base pour détecter les cas de blanchiment de capitaux liés à la corruption transnationale.

5. Le rapport et ses recommandations reflètent les conclusions d'experts de Slovénie et des États-Unis et ont été adoptés par le Groupe de travail de l'OCDE. Dans un délai d'un an à compter de son approbation par le Groupe, l'Afrique du Sud présentera un rapport oral sur la mise en œuvre des recommandations et, dans un délai de deux ans, elle remettra un rapport écrit. Le présent rapport se fonde sur les lois, règlements et autres documents communiqués par l'Afrique du Sud, ainsi que sur des informations obtenues par l'équipe d'examen pendant sa mission sur place de cinq jours effectuée — à Pretoria et à Johannesburg — en février 2010, au cours de laquelle elle a rencontré des représentants de l'administration sud-africaine, du secteur privé, de la société civile et des médias.

## INTRODUCTION

6. Le présent rapport de Phase 2 mesure l'observation par l'Afrique du Sud de la législation mettant en œuvre la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (« la Convention »)<sup>1</sup>, évalue son application sur le terrain et vérifie le respect par l'Afrique du Sud de la Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (« la Recommandation »)<sup>2</sup>. Il reflète les réponses écrites des autorités sud-africaines aux questionnaires général et supplémentaire de Phase 2, les entretiens réalisés avec des experts au cours de la mission sur place en Afrique du Sud en février 2010 et l'examen de la législation pertinente ainsi que des analyses indépendantes menées par les examinateurs principaux et le Secrétariat.

### 1. Mission sur place

7. La mission sur place de Phase 2 en Afrique du Sud a été menée par une équipe d'examen du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales (« le Groupe de travail ») du 15 au 19 février 2010 à Pretoria et Johannesburg.

8. L'équipe d'examen était composée d'examineurs principaux de Slovénie<sup>3</sup> et des États-Unis<sup>4</sup>, ainsi que de représentants du Secrétariat de l'OCDE<sup>5</sup>. Pendant la mission sur place, des rencontres ont été organisées avec des agents du gouvernement sud-africain, ainsi qu'avec des représentants de la société civile, d'associations professionnelles, d'entreprises, des professions juridiques, de l'appareil judiciaire et

---

<sup>1</sup> Le texte de la Convention et des instruments connexes peut être consulté [ici](#).

<sup>2</sup> Le rapport de Phase 1 sur l'Afrique du Sud a été adopté par le Groupe de travail sur la corruption le 20 juin 2008. L'objet de l'examen de Phase 1 est de déterminer si les lois d'une Partie respectent les normes juridiques fixées par la Convention. Les questions soulevées par le Groupe au cours de la Phase 1 ont été suivies dans le cadre de l'examen de Phase 2.

<sup>3</sup> La Slovénie était représentée par : M. Gorazd ŠALAMON, vice-président du groupe « Conflit d'intérêts » de la Commission pour la prévention de la corruption, et de M<sup>me</sup> Antonija SETNIČAR MUBI, conseillère principale, section des vérifications fiscales et des échanges internationaux d'informations, Service des échanges internationaux d'informations, ministère des Finances.

<sup>4</sup> Les États-Unis étaient représentés par : M. Charles E. DUROSS, directeur adjoint, section des fraudes, Service criminel, ministère de la Justice ; M. John KELLEY, économiste spécialisé dans la finance internationale, Bureau des affaires monétaires, ministère des Affaires étrangères ; M<sup>me</sup> Cheryl SCARBORO, directrice de l'unité spécialisée dans l'étude des pratiques étrangères de corruption, Service de la répression, Securities and Exchange Commission ; et M<sup>me</sup> Kathryn NICKERSON, conseillère principale, Bureau du conseiller en chef pour le commerce international, ministère du Commerce.

<sup>5</sup> Le Secrétariat de l'OCDE était représenté par : M<sup>me</sup> France CHAIN, coordinatrice de l'évaluation de Phase 2 de l'Afrique du Sud, analyste juridique principale, Division de lutte contre la corruption ; M<sup>me</sup> Sandrine HANNEDOUACHE-LERIC, analyste juridique principale, Division de lutte contre la corruption, et M<sup>me</sup> Melissa KHEMANI, analyste anticorruption/experte juridique, Division de lutte contre la corruption.

du Parlement<sup>6</sup>. L'équipe d'examen a apprécié le grand esprit de coopération dont ont fait preuve les autorités sud-africaines à tous les stades du processus de Phase 2, y compris sous l'angle des réponses détaillées aux questionnaires écrits, de la communication des textes de loi et autres documents pertinents, ainsi que de l'organisation et de la planification de la mission sur place qui s'est très bien déroulée. Enfin, l'équipe d'examen remercie tous les participants rencontrés au cours de la mission pour la coopération et l'esprit d'ouverture dont ils ont fait preuve au cours des discussions.

## 2. Observations générales

### a. Contexte économique et relations commerciales internationales

9. L'économie sud-africaine est l'une des plus importantes et des plus prospères du continent africain. Le gouvernement démocratiquement élu en 1994 a hérité d'une économie ravagée par de longues années de luttes internes et de sanctions internationales. Dans ce contexte, les résultats économiques obtenus depuis 1994 sont impressionnants. En particulier, les gouvernements s'étant succédé au cours de cette période ont fait preuve d'une grande prudence et se sont abstenus de recourir au populisme économique pour relancer la croissance à court terme. Ils sont ainsi parvenus à stabiliser les finances publiques, à abaisser le taux d'inflation, à attirer des capitaux étrangers de plus en plus importants et, après une période initiale d'inertie, à améliorer la croissance économique<sup>7</sup>. Depuis 2004, la croissance économique de l'Afrique du Sud augmente rapidement et a connu un taux de croissance moyen du PIB de près de 5 % par an jusqu'en 2007. La croissance est retombée à 3.7 % en 2008 et le PIB réel à 1.8 % en 2009. L'activité économique a pâti de fortes pénuries d'énergie, d'un ralentissement de la consommation domestique et de l'aggravation de la récession. La croissance a repris et devrait atteindre 3.3 % en 2010, notamment en raison de l'effet stimulant de la Coupe du monde de football<sup>8</sup>.

10. Propriétaire de plus de 50 % des réserves d'or prouvées et plus gros producteur et principal exportateur de métaux précieux tels que le platine et le chrome, l'Afrique du Sud s'appuie largement sur ses ressources naturelles abondantes : l'industrie minière et ses entreprises (privées pour la plupart) représentent actuellement 9.7 % du PIB national. Le secteur de la construction est actuellement en plein essor en raison de projets d'infrastructures battant leur plein dans le domaine du transport et de l'électricité, ainsi que de projets liés à l'accueil de la Coupe du monde de football de 2010 : il a connu une croissance de 9.3 % en 2008 après avoir connu une croissance de 14.3 % en 2007 et devrait continuer sur sa lancée dans les années qui viennent. Le secteur tertiaire — au sein duquel les services financiers ainsi que le commerce de gros et de détail se taillent la part du lion — représente presque 66 % de la valeur ajoutée brute. Le taux de croissance de ce secteur, après avoir atteint 6 % en 2007, est retombé à 4.7 % pendant les trois premiers trimestres 2008, puis à 1.1 % en 2009. Quant à l'agriculture, sa contribution à la valeur ajoutée brute en 2009 s'est élevée à 3 %.

11. Dans le domaine du commerce international, l'Afrique du Sud entretient désormais de solides relations commerciales au monde entier. Les principales exportations incluent les matières premières susmentionnées et notamment l'or, le chrome, le platine et le palladium. Contrairement à la plupart des autres pays du continent africain qui sont dépendants sur le plan agricole, l'Afrique du Sud dispose d'un secteur agroalimentaire bien développé dont la production représente plus de 50 % des exportations du pays<sup>9</sup>. Les principaux partenaires commerciaux de l'Afrique du Sud incluent les États-Unis, l'Union

<sup>6</sup> La liste des organismes dont les représentants se sont entretenus avec l'équipe d'examen figure à l'annexe 1 au présent rapport.

<sup>7</sup> Études économiques de l'OCDE : Afrique du Sud, Volume 2008/15 – juillet 2008, p. 9.

<sup>8</sup> Voir Études économiques de l'OCDE : Afrique du Sud, Volume 2010/11.

<sup>9</sup> OMC Country Profile : South Africa.

européenne et la Chine. Les principaux destinataires des exportations sud-africaines sont le Japon (11.1 %), les États-Unis (11.1 %), l'Allemagne (8 %), le Royaume-Uni (6.8 %), la Chine (6 %), et les Pays-Bas (5.2 %). Concernant les importations, elles proviennent principalement d'Allemagne (11.2 %), de Chine (11 %), des États-Unis (7.8 %), d'Arabie Saoudite (6.2 %) et du Japon (5.5 %)<sup>10</sup>. Depuis peu, une part importante et croissante des transactions est réalisée avec d'autres pays subsahariens : une tendance correspondant aux efforts actuels en matière d'intégration économique régionale et de diversification des partenaires commerciaux avec une préférence pour les nations africaines moins développées<sup>11</sup>.

#### **b. Systèmes politique et juridique**

12. Après de longues années d'apartheid, le pays est devenu une démocratie totalement multiraciale dès l'adoption de la Constitution provisoire de 1993 et les élections générales d'avril 1994. L'Assemblée constituante (Parlement) a approuvé une version révisée de la Constitution sud-africaine, laquelle est entrée en vigueur en février 1997. La Constitution prévoit un gouvernement central fort dirigé par un président (actuellement M. Jacob Zuma élu en 2009) — à la fois chef de l'État et chef du gouvernement — qui peut briguer au maximum deux mandats de cinq ans. Le Parlement bicaméral se compose d'une Assemblée nationale comptant 400 membres élus à la représentation proportionnelle et d'un Conseil national des provinces comptant 90 conseillers élus par les neuf législatures provinciales. Les membres des deux chambres sont élus pour cinq ans.

13. La Constitution de 1996 est la loi suprême d'Afrique du Sud et c'est elle qui définit les pouvoirs et compétences respectifs des divers organismes publics. Le Parlement national est l'organe législatif suprême et a précédence sur les législatures provinciales, sauf dans certains domaines mineurs. Il n'est pas rare, cependant, que les gouvernements provinciaux se voient déléguer une certaine autorité et exercent des compétences concurrentes. En définitive, ces initiatives provinciales peuvent être annulées par le Parlement dès lors qu'elles entrent en conflit avec le droit national, ce qui limite le caractère fédéral de la structure gouvernementale sud-africaine<sup>12</sup>.

14. Le système juridique sud-africain est hybride puisqu'il s'inspire à la fois des traditions de la *common law* anglaise, du droit civil romain-néerlandais et du droit coutumier des autochtones africains. Malgré la diversité de ces racines historiques, c'est la *common law* qui domine en matière procédurale et le principe *stare decisis* (consacrant le respect des précédents judiciaires) est fermement ancré. Non seulement les décisions des juridictions supérieures lient les juridictions inférieures, mais la Constitution reconnaît également explicitement une certaine dose d'activisme judiciaire en accordant au juge le « pouvoir inhérent [...] de développer la *common law*. »<sup>13</sup>.

15. Les tribunaux sud-africains jouissent d'une indépendance judiciaire marquée et garantie par la Constitution. Les juges sont nommés par le président sur recommandation d'un Conseil de la magistrature composé de leurs pairs et, une fois nommés, sont assurés de conserver leur poste et leur rémunération<sup>14</sup>. La Constitution sud-africaine identifie quatre instances principales incarnant l'autorité judiciaire supérieure de l'État : la Cour constitutionnelle, la Cour d'appel suprême, les Hautes Cours et les tribunaux de première instance<sup>15</sup>. Les 11 membres de la Cour constitutionnelle se situent au sommet de la hiérarchie judiciaire et

<sup>10</sup> CIA World Factbook : South Africa (coefficient Gini de mesure du degré d'inégalité de la distribution des revenus).

<sup>11</sup> Communauté de développement de l'Afrique australe : « SADC Free Trade Area Brochure ».

<sup>12</sup> Constitution sud-africaine de 1996, article 146.

<sup>13</sup> Constitution sud-africaine de 1996, article 173.

<sup>14</sup> *Ibidem*, articles 174 et 176.

<sup>15</sup> Constitution sud-africaine de 1996, article 166.



peuvent rendre des arrêts définitifs et contraignants concernant toutes les affaires revêtant une importance sous l'angle de la Constitution ; cette Cour est également compétente pour déterminer les affaires entrant dans cette catégorie. La Cour d'appel suprême est la juridiction de dernière instance dans tous les autres cas<sup>16</sup>.

16. À un niveau inférieur dans la structure, on trouve 13 Hautes Cours correspondant aux circonscriptions régionales datant d'avant la Constitution. Ces juridictions sont saisies des affaires importantes relevant du droit civil et pénal et servent également de juridictions d'appel concernant les décisions des tribunaux inférieurs. Les décisions des Hautes Cours peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel suprême (ou la Cour constitutionnelle pour peu que l'objet de la cause revête une importance suffisante sous l'angle de la Constitution).

17. Les tribunaux de première instance constituent la base de la structure et peuvent connaître de la plupart des affaires. Ces juridictions peuvent être formellement réparties en deux catégories distinctes : des tribunaux de première instance de district que l'on trouve dans la plupart des villes et agglomérations sud-africaines et qui sont compétents pour connaître des affaires de droit civil portant sur des sommes peu importantes et sur des affaires de droit pénal portant sur des infractions mineures et des tribunaux de première instance régionaux que l'on trouve dans les grands centres de population et qui desservent une zone géographique plus grande dans laquelle ils sont compétents pour connaître de toute une série d'infractions pénales et peuvent infliger discrétionnairement des sentences plus lourdes.

18. En vertu de la Convention, les tribunaux de première instance régionaux ou les Hautes Cours sont naturellement compétents pour examiner les accusations de corruption relevant du droit pénal, comme les autorités sud-africaines ont déjà eu l'occasion de l'expliquer dans le cadre de la Phase 1. Ce point est important, car il permet de garantir l'imposition d'amendes adéquates, notamment aux personnes morales, dans la mesure où les tribunaux de première instance ne peuvent imposer que des sanctions très limitées (voir la section B.4.a. consacrée aux sanctions pénales). Il a également été indiqué que le directeur national des poursuites publiques envisage de soumettre une proposition prévoyant que toutes les affaires de corruption transnationale soient poursuivies devant les Hautes Cours.

19. De plus, depuis 1999, des tribunaux spécialisés dans la délinquance économique (Specialised Commercial Crime Courts ou SCCC) ont été établis dans six grandes villes du pays<sup>17</sup>. Aucune disposition législative spécifique ne définit le champ d'action et les modalités de fonctionnement de ces tribunaux qui opèrent au niveau des juridictions régionales et peuvent être perçus essentiellement comme un organe institutionnalisé et spécialisé chargé de connaître des délits économiques. Ces affaires ne peuvent leur être déférées que par un groupe de procureurs spécialisés — l'Unité spécialisée dans la délinquance économique (Specialised Commercial Crime Unit ou SCCU) établie par la Loi relative à l'Autorité nationale des poursuites (Loi NPA) —, lequel sélectionne ou identifie les affaires faisant l'objet d'une enquête menée par la section de lutte contre la délinquance économique du Service de police d'Afrique du Sud (SAPS). Les caractéristiques des affaires pouvant être déférées à ces tribunaux ne sont pas claires, mais — en pratique — elles incluent les cas de fraude (à l'exception des fraudes relativement modestes et simples apparemment commises par une seule personne), ainsi que les formes plus graves de vol (par exemple les détournements de fonds). Selon les explications fournies pendant la mission sur place, certaines infractions graves de corruption pourraient être poursuivies par la SCCU, puis déférées à un SCCC. Auparavant, c'est la Direction des opérations spéciales (DSO), également connue sous le nom « les Scorpions » [un organe d'enquête et de poursuite opérant dans le cadre de l'Autorité nationale des poursuites (NPA) et échappant par conséquent à la compétence des SCCC] qui menait les enquêtes et

<sup>16</sup> *Ibidem*, articles 167 et 168.

<sup>17</sup> Pour une description et une analyse détaillées du système des SCCC, voir [Antony Altbeker, \*Justice through Specialisation: The Case of the Specialised Commercial Crime Court\*](#).

engageait les poursuites dans les affaires de fraude et de corruption les plus graves. La DSO a été dissoute et remplacée par la Direction des enquêtes pénales prioritaires (DPCI selon son acronyme anglais, mais également connue sous le nom « les Faucons »), laquelle dépend du SAPS. À l'issue de la mission sur place, l'Afrique du Sud a en outre expliqué que les fonctions de la Section de lutte contre la délinquance économique du SAPS ont été transférées à la DPCI et que les affaires de corruption transnationale sont désormais traitées uniquement par la SCCU. Les affaires de corruption transnationale peuvent donc être poursuivies par la SSCU (qui relève de la NPA) et jugées devant les SCCC (pour plus de détails sur la question de la spécialisation des autorités répressives et des tribunaux, voir respectivement — dans la suite du rapport — les sections B.1.a. et B.4.a.).

### ***c. Mise en œuvre de la Convention et de la Recommandation***

20. L'Afrique du Sud est l'un des sept pays non membres de l'OCDE qui sont parties à la Convention<sup>18</sup>. Elle a déposé son instrument de ratification le 19 juin 2007. Cependant, dès 2004, année d'entrée en vigueur de la Loi relative à la prévention et à la répression de la corruption (Loi n° 12 de 2004), l'Afrique du Sud a proscrit la corruption d'agents publics étrangers.

21. L'article 231(2) de la Constitution de la République sud-africaine votée en 1996 dispose qu'un accord international n'est contraignant pour la République qu'après avoir été approuvé par une résolution de l'Assemblée nationale et du Conseil national des provinces, sauf s'il s'agit d'un accord visé au paragraphe 3<sup>19</sup>. Le Parlement sud-africain a approuvé la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales en août 2006. Selon les autorités sud-africaines, la Constitution autorise les tribunaux à se référer au droit international lorsqu'ils rendent la justice, notamment dans les affaires importantes et autres cas pertinents.

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

## **3. Aperçu des tendances et des mesures récentes en matière de corruption**

### ***a. Corruption***

23. L'Afrique du Sud a connu plusieurs scandales importants de corruption dans des organismes relevant du secteur public ou des provinces et, plus récemment, de graves allégations ont concerné les plus

<sup>18</sup> Au moment de la rédaction du présent rapport, les autres pays non membres de l'OCDE, mais parties à la Convention étaient : l'Argentine, le Brésil, la Bulgarie, l'Estonie, Israël et la Slovaquie.

<sup>19</sup> Le paragraphe 3 mentionne les accords internationaux ne requérant ni ratification ni accession. L'article 14 de la Convention dispose que celle-ci « est soumise à acceptation, approbation ou ratification par les signataires conformément à leur loi ». Pretoria a indiqué que, par conséquent, la Convention doit être approuvée par le Parlement sud-africain.

hautes sphères du gouvernement. Ces scandales ont suscité une publicité, des débats et une agitation politique considérables et se sont notamment soldés par des décisions judiciaires — qui ont fait beaucoup de bruit — rendues dans l'affaire *S. v. Shaik and Others*. Par conséquent, le pays est généralement très sensibilisé à la corruption nationale. L'Afrique du Sud s'est engagée dans des réformes ambitieuses, sous l'angle tant du droit que de la sensibilisation, pour s'attaquer à ce type de corruption. L'adoption de la PRECCA en 2004 a considérablement amélioré la définition des infractions de corruption dans la législation nationale et a généré plusieurs initiatives gouvernementales visant à lutter contre ce fléau.

24. Les questions de corruption nationale contribuent également à fragiliser le statut et la réputation des entreprises sud-africaines à l'étranger. C'est ainsi que l'indice 2006 de corruption des pays exportateurs établi par Transparency International — lequel se base sur une enquête effectuée auprès des cadres dirigeants des pays interrogés pour connaître la propension de leurs entreprises à verser des pots-de-vin à l'étranger — attribuait à l'Afrique du Sud une note de 5.61 sur 10. Cependant, au bout de deux ans seulement, soit en 2008, l'Afrique du Sud a obtenu une note de 7.5 ce qui représente une amélioration notable par rapport aux résultats de 2006. Cette amélioration reflète probablement les efforts déployés par l'Afrique du Sud pour lutter contre la corruption, efforts dans lesquels l'adhésion à la Convention anticorruption représente un élément stratégique important.

**b. *Affaires de corruption d'agents publics étrangers***

25. Au moment de la mission sur place, l'Afrique du Sud n'avait encore enregistré aucune condamnation pour infraction de corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales. Les autorités ont informé l'équipe d'examen que, au moment de la mission, quatre affaires pouvant impliquer des actes de corruption transnationale faisaient l'objet d'une enquête préliminaire. Ces enquêtes avaient été engagées à l'initiative de la direction des enquêtes criminelles prioritaires du SAPS, à la demande de la NPA. Au moment de la rédaction du présent rapport, aucune poursuite n'avait été engagée.

**4. Organisation du rapport**

26. Le présent rapport comprend quatre parties. L'introduction contient des informations de base sur les systèmes économique, juridique et politique de l'Afrique du Sud. La partie A examine la situation de l'Afrique du Sud en matière de lutte contre la corruption transnationale sous l'angle de la prévention, de la détection et de la sensibilisation. La partie B examine des questions liées aux enquêtes, aux poursuites et aux sanctions dont peuvent faire l'objet la corruption transnationale et les infractions connexes. La partie C énonce les recommandations adressées par le Groupe de travail à l'Afrique du Sud et identifie les questions devant faire l'objet d'un suivi.

## A. CORRUPTION TRANSNATIONALE : PRÉVENTION, DÉTECTION ET SENSIBILISATION

### 1. Efforts généraux de sensibilisation

27. L'article III de la Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales<sup>20</sup> recommande que chaque pays membre « prenne des mesures concrètes et significatives en conformité avec ses principes en matière de compétence et ses autres principes juridiques fondamentaux, pour examiner ou examiner plus avant les domaines suivants : i) les initiatives de sensibilisation dans les secteurs public et privé en vue de prévenir et de détecter la corruption transnationale... ».

28. Les agents publics sud-africains ayant participé à la mission sur place paraissent tous globalement avertis de la Convention et de l'attribution de la qualification pénale à la corruption transnationale en vertu de la Loi relative à la prévention et à la répression de la corruption (PRECCA). Cependant, même si le gouvernement sud-africain a adopté une série de mesures visant la sensibilisation à la corruption nationale et à diverses initiatives anticorruption des pouvoirs publics, les initiatives gouvernementales *visant spécifiquement la corruption transnationale* semblent très limitées en comparaison. L'Afrique du Sud a indiqué dans ses réponses au questionnaire de Phase 2 que la corruption d'agents publics étrangers relève d'une « approche intégrée » de la lutte contre la corruption, plutôt que d'un programme séparé. Dans ce domaine, les examinateurs principaux craignent que le gouvernement sud-africain ait très peu fait pour sensibiliser spécifiquement le public et le secteur privé à la prévention et à la détection des actes de corruption transnationale, alors que les initiatives en matière de corruption nationale se sont multipliées.

#### a. Initiatives du gouvernement

29. Le ministère de la Fonction et de l'Administration publiques (DPSA) est l'organe chargé de coordonner la stratégie de lutte contre la corruption de l'Afrique du Sud. La Stratégie anticorruption du service public (« la Stratégie ») a été adoptée en 2002 et privilégie une approche intégrée et intersectorielle. Elle met l'accent sur les neuf points suivants :

1. Examen et consolidation du cadre législatif
2. Renforcement de la capacité des institutions
3. Amélioration des procédures permettant de signaler des agissements répréhensibles, ainsi que protection des dénonciateurs et des témoins
4. Interdiction de corrompre des personnes physiques ou morales
5. Amélioration des principes et des pratiques de gestion
6. Gestion des règles déontologiques
7. Établissement de partenariats avec les parties prenantes
8. Analyse, recherche et politique sociales
9. Sensibilisation, formation et éducation

30. Un programme de formation des fonctionnaires — consacré essentiellement aux dispositions de la PRECCA — a été mis en place aux niveaux national, provincial et local en 2006 de même qu'en 2008, un programme de suivi s'étalant sur cinq ans et couvrant l'ensemble du secteur public. Des programmes de formation axés sur les enquêtes portant sur des actes de corruption et les modalités des investigations

---

<sup>20</sup> Article III de la Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales adoptée le 26 novembre 2009.

financières ont également été mis en place au sein du SAPS (voir également la section B.1.a.i. intitulée « Autorités répressives »). Une circulaire relative à la Convention et à la participation de l'Afrique du Sud au Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales a également été diffusée par le directeur national des poursuites publiques (NDPP) à tous les procureurs, procureurs principaux et responsables des poursuites (DPP). L'article 5.5 de la circulaire encourage chaque DPP à élaborer des programmes de formation et de sensibilisation à la Convention dans son domaine de compétence. À l'issue de la mission sur place, les autorités sud-africaines ont signalé avoir introduit en mai 2010 des programmes de formation visant spécifiquement la corruption transnationale à l'intention de 200 membres du ministère public.

31. Même si les autorités sud-africaines ont consulté les entreprises, les syndicats et les ONG à propos des activités de lutte contre la corruption, ces consultations visant à accroître la sensibilisation à la Convention et à l'infraction de corruption transnationale ont des objectifs très limités. Un Forum national de lutte contre la corruption (NACF) créé en 2001 entend réunir des représentants du secteur public, du secteur privé et de la société civile pour les inciter à partager leurs stratégies respectives en la matière. Le programme de lutte contre la corruption du NACF a été adopté en 2008 et vise notamment : la promotion des droits, obligations, sanctions et protections prévus par la législation anticorruption et la garantie de sa mise en œuvre intégrale ; la promotion des pratiques déontologiques par le biais de programmes de sensibilisation et de formation ; la mise en place de plates-formes propices à un engagement dans la lutte contre la corruption aux niveaux national, provincial et local et la mise en œuvre de programmes intersectoriels de lutte contre la corruption. En collaboration avec les animateurs du NACF, le gouvernement sud-africain convoque annuellement un sommet national anticorruption. La Convention a été examinée lors du troisième sommet du genre qui s'est tenu en 2008. Un certain nombre de campagnes de sensibilisation et de communication visant le grand public ont également été élaborées dans le cadre du NACF, notamment en recourant à la radio, à l'impression et à la diffusion de brochures, affiches, dépliants et autres lignes directrices concernant la législation anticorruption. Les examinateurs principaux ont reçu des copies de ces documents pendant la mission sur place ; la brochure du NACF intitulée « Understanding the PRECCA » mentionne la corruption transnationale et contient des exemples faciles à comprendre d'actes relevant de cette infraction.

32. L'Afrique du Sud a pris des mesures pour accroître la sensibilisation à la corruption transnationale dans le secteur privé. Le DPSA a établi un partenariat avec la Business Unity South Africa (BUSA), une organisation professionnelle sud-africaine, afin d'élaborer un programme de trois ans visant à renforcer les capacités du secteur privé en matière de prévention et de lutte contre la corruption, y compris la corruption d'agents publics étrangers (pour plus de détails, voir plus bas le point b.ii. intitulé « Organisations professionnelles »). Le gouvernement collabore aussi avec l'Institut des vérificateurs internes d'Afrique du Sud, ce qui a permis de présenter les obligations énoncées dans la Convention en matière de vérification des comptes dans le cadre de la septième Conférence commune à cette organisation et à l'Association of Certified Fraud Examiners (ACFE). En dépit de ces initiatives communes au secteur public et à des organisations du secteur privé, les représentants des entreprises sud-africaines ont déclaré, pendant la mission sur place, que même s'ils sont au fait des campagnes générales de lutte contre la corruption menées par le gouvernement, ils n'ont connaissance d'aucune initiative des pouvoirs publics visant spécifiquement à accroître la sensibilisation à la corruption transnationale dans le secteur privé.

33. Au cours de la mission sur place, le DPSA a expressément reconnu que les initiatives du gouvernement visant à accroître la sensibilisation à la corruption transnationale devraient être renforcées. Elle a en outre confirmé que des discussions internes sont en cours concernant la manière de s'en prendre spécifiquement à la corruption transnationale et esquissé les grandes lignes des projets futurs en la matière, y compris : l'élaboration de lignes directrices sur l'application de la Convention au niveau national ; des actions de formation spécifiques dans les secteurs public et privé, y compris dans les PME ; et des campagnes d'éducation et de sensibilisation et de partenariat avec la société civile et le secteur privé. Il

conviendrait de suivre les progrès et la mise en œuvre de ces projets ; par exemple, en vertu de l'article X.C. de la Recommandation de 2009, l'Afrique du Sud pourrait encourager les entreprises à tenir compte d'informations publiquement disponibles et notamment de la nouvelle version des *Conseils sur les pratiques à suivre*.

**b. Initiatives du secteur privé**

*i. Entreprises*

34. Six grandes entreprises sud-africaines — dont des entreprises publiques et des entreprises investissant ou opérant à l'étranger — ont participé à la mission sur place. Si la BUSA — qui compte parmi ses membres des associations regroupant des PME — était représentée, aucune PME n'a assisté à titre indépendant aux sessions de panel.

35. Toutes les entreprises ayant participé à la session de panel du secteur privé ont fait preuve d'une bonne connaissance l'infraction de corruption transnationale telle qu'elle est définie dans la PRECCA, la Convention et la Loi des États-Unis sur les pratiques de corruption à l'étranger (US Foreign Corrupt Practices Act ou FCPA) et d'une sensibilisation certaine à cette infraction. Toutefois, ce niveau de sensibilisation ne reflète pas forcément la situation globale en Afrique du Sud, dans la mesure où les participants au panel ont indiqué que leur pays manque de chefs de file susceptibles de faire entendre l'avis du secteur privé sur les questions liées à la lutte contre la corruption transnationale et qu'il faudrait faire davantage pour éduquer les entreprises dans ce domaine. Les participants à ce panel ont également confié aux examinateurs principaux que le niveau de sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale ou à la Convention est probablement très faible au sein des PME.

36. Le rapport King sur la gouvernance d'entreprise, un document créé par l'Institute of Directors of South Africa, énonce une série complète de lignes directrices basées sur des principes auxquels les entreprises d'Afrique du Sud peuvent choisir d'adhérer. Le troisième rapport King — récemment paru (King III) — traite de tous les aspects de la gouvernance d'entreprise et plus spécialement des questions de fraude et de corruption, lesquelles justifient la mise en place de solides processus de contrôle interne exigeant le signalement de toute irrégularité. Le rapport King III examine également la question « des relations avec les parties prenantes » et encourage les entreprises et leurs administrateurs à entretenir activement des relations positives et durables avec ces parties à tous les niveaux, y compris celui du gouvernement. La corruption passive et la corruption active sont explicitement mentionnées dans l'article 50.3 qui appelle à l'élaboration d'une politique mettant en valeur le rôle de l'entreprise citoyenne et « veillant à ce que ses administrateurs, ses dirigeants et ses employés ne participent à aucune activité pouvant corrompre un fonctionnaire ou compromettre une fonction gouvernementale »<sup>21</sup>.

37. Au cours de la mission sur place, les entreprises ont présenté aux examinateurs principaux un aperçu de leurs codes de conduite respectifs et des politiques internes de déontologie correspondantes, tous documents interdisant expressément la corruption transnationale ou bien mettant en garde contre les actes de corruption passive et active et soulignant l'intérêt de donner le ton à partir du sommet de la hiérarchie. Plusieurs entreprises ont également mis en place des programmes de formation à la lutte contre la corruption à l'intention de leurs salariés ou ont l'intention de le faire. Les participants au panel ont expliqué que leurs entreprises font des affaires en recourant à des intermédiaires et insisté sur les mécanismes de vigilance applicables en cas d'utilisation d'agents ou de recrutement de tiers à des fins commerciales. Un certain nombre d'entreprises participantes sont également membres d'initiatives internationales de lutte contre la corruption et de promotion de la transparence, notamment la World

---

<sup>21</sup> Voir le rapport King III consacré à la gouvernance des entreprises, Institute of Directors South Africa, septembre 2009.

Economic Forum Partnership Against Corruption Initiative (PACI), le Pacte mondial de l'ONU et l'Initiative pour la transparence dans les industries d'extraction (EITI).

38. Toutes les entreprises ayant participé à la mission sur place disposent également de mécanismes de dénonciation, y compris des lignes d'assistance téléphonique, dont certains sont gérés par des tierces parties indépendantes (par exemple des vérificateurs externes). Cependant, la question de l'efficacité pratique de la protection des dénonciateurs a été soulevée par certains participants au panel, lesquels ont fait part de leurs préoccupations. Les encouragements prodigués aux salariés pour qu'ils signalent les violations des codes de conduite pourraient être compromis par l'absence de protection efficace des dénonciateurs (voir plus bas la section 2.b. intitulée « Protection des dénonciateurs »).

39. Comme on l'a vu et comme on le verra plus en détail, aucune entreprise sud-africaine ayant participé à la mission sur place n'a déclaré avoir connaissance d'une initiative gouvernementale visant à accroître la sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale dans le secteur privé ou de poursuites engagées dans le pays pour ce chef d'accusation. Les entreprises concernées ont également indiqué n'avoir aucune expérience de l'interaction avec les ambassades sud-africaines à l'étranger à titre d'assistance lorsqu'elles sont confrontées à des sollicitations directes ou indirectes de corruption par des agents publics étrangers. Certaines entreprises ont indiqué qu'elles ne savaient même pas quel fonctionnaire national ou étranger contacter en cas de sollicitation de pot-de-vin ou bien pour signaler un acte de corruption transnationale. À cet égard, il convient de souligner que la mise en place d'un dispositif permettant d'obtenir une telle assistance et des conseils auprès des représentations diplomatiques sud-africaines à l'étranger, notamment afin d'aider les entreprises d'Afrique du Sud confrontées à des sollicitations, serait extrêmement opportune.

#### *ii. Organisations professionnelles*

40. Les entreprises patronales sud-africaines ont lancé des initiatives de lutte contre la corruption qui ont permis d'accroître dans une certaine mesure la sensibilisation à la corruption transnationale dans le secteur privé. Business Unity South Africa (BUSA) a établi un groupe de travail anticorruption des entreprises qui se réunit régulièrement pour identifier et piloter divers projets de lutte contre ce fléau dans le secteur privé. La BUSA organise également chaque année, en collaboration avec le gouvernement sud-africain, un Forum anticorruption des entreprises (le premier forum de ce type s'est tenu en octobre 2009). Une Charte africaine des pratiques commerciales déontologiques a également été publiée par cette organisation afin de souligner les principes de responsabilité, d'intégrité, de respect et d'équité. Bien que la BUSA soit en fait une fédération d'organisations professionnelles sud-africaines, il a été confirmé pendant la mission sur place que ses initiatives finissent par se répercuter dans la plupart des entreprises du pays.

41. Une étude de 2006 commanditée par la BUSA (dans le cadre de son programme de lutte contre la criminalité en Afrique du Sud) et par l'Agence allemande d'aide au développement international (GTZ), se concentre sur la corruption dans le secteur privé en Afrique du Sud. Elle a mis en évidence la nécessité d'accroître la sensibilisation à la lutte contre la corruption dans le secteur des PME et a provoqué la publication par la BUSA d'un « Guide de lutte contre la corruption à l'intention des PME d'Afrique du Sud » et d'un « Guide d'information sur la lutte contre la corruption à l'intention des étrangers investissant en Afrique du Sud et des entreprises locales » qui mentionnent l'infraction de corruption transnationale et la Convention. À cet égard, un groupe de participants aux panels organisés pendant la mission sur place ont souligné le défi que représente la sensibilisation du secteur des PME à la corruption transnationale et la nécessité de mettre en place des programmes de formation correspondants. Les ressources dont disposent les PME étant limitées, d'aucuns ont fait remarquer que ce secteur risque d'avoir du mal à résister à la corruption.

42. Comme on l'a vu, le DPSA collabore avec la BUSA pour élaborer un programme de trois ans visant à accroître les capacités du secteur privé en matière de prévention et de répression de la corruption, y compris la corruption d'agents publics étrangers. L'Afrique du Sud a indiqué, dans ses réponses au questionnaire de Phase 2, que le but de cette collaboration est d'établir et de mettre en œuvre des programmes de formation et de communication adéquats dans le secteur privé, en visant plus spécialement le secteur financier, le secteur bancaire, la planification financière, la vérification des comptes et les PME. Il conviendrait de suivre les progrès de cette collaboration.

### *Commentaire*

*Les examinateurs principaux, tout en se félicitant des diverses initiatives lancées par le gouvernement sud-africain en matière de lutte contre la corruption, demeurent gravement préoccupés par l'absence d'initiative de sensibilisation et de formation visant spécifiquement l'infraction de corruption transnationale et la Convention. Les examinateurs principaux encouragent vivement l'Afrique du Sud à élaborer et à mettre en œuvre des programmes continus de sensibilisation et de formation visant à la fois les secteurs public et privé et portant plus spécialement sur les questions suivantes :*

*(a) Les agents publics, notamment ceux qui travaillent dans les ambassades/représentations en contact avec des entreprises sud-africaines opérant à l'étranger. Les intéressés devraient être complètement familiarisés avec les dispositions de la législation sud-africaine établissant l'infraction de corruption transnationale, y compris sous l'angle de l'application extraterritoriale de ladite infraction, de manière à pouvoir détecter et signaler les cas de corruption transnationale dont ils pourraient avoir connaissance dans le cadre de leur travail et de prêter assistance aux entreprises sud-africaines.*

*(b) Des mécanismes spécifiques permettant de contacter les autorités à la fois sur le territoire national et à l'étranger — pour savoir comment réagir à une sollicitation ou pour signaler un acte de corruption — devraient être mis en place.*

*(c) Le secteur privé, notamment les grandes entreprises et les PME sud-africaines opérant à l'étranger, si besoin est en collaboration avec les associations professionnelles compétentes.*

*Les examinateurs principaux se félicitent des initiatives adoptées dans le secteur privé, notamment par les associations professionnelles, en vue d'accroître la sensibilisation à la corruption transnationale. Ils encouragent la poursuite de ces activités, notamment celles qui ciblent les grandes entreprises et les PME opérant dans des secteurs ou dans des régions géographiques à haut risque.*

## **2. Sources générales de signalement et de déclaration des actes de corruption transnationale**

### **a. Signalement d'infractions pénales**

43. Les citoyens sud-africains disposent de plusieurs mécanismes pour signaler des infractions pénales, y compris des actes de corruption transnationale. Les signalements visant les infractions de corruption transnationale peuvent être adressés directement aux autorités répressives. La ligne d'assistance téléphonique anticorruption (NACH) — gérée par la Commission de la fonction publique (PSC) — constitue également un moyen permettant au public de signaler de manière anonyme des actes de corruption commis par des services ou organismes officiels ou bien par des entités publiques. Les dénonciateurs peuvent téléphoner à un numéro vert ou envoyer gratuitement un SMS, un courrier ou une télécopie dans les 11 langues officielles du pays. Pendant la mission sur place, la PSC a insisté sur le système de gestion des cas de la NACH qui permet de consigner les retours d'information et de renseigner



sur les suites réservées aux signalements. Un mécanisme de suivi a également été mis en place et la PSC a le pouvoir de citer des organismes officiels à comparaître lorsque ceux-ci ne communiquent pas une information sur les suites réservées aux signalements. Cependant, ce mécanisme ne vise pas les déclarations d'actes de corruption transnationale, même si les responsables sud-africains ont affirmé pendant la mission sur place qu'ils ne manqueraient pas de transmettre toute information de ce type aux autorités compétentes. Dans ses réponses au questionnaire de Phase 2 et au questionnaire supplémentaire, telles qu'elles ont été confirmées pendant la mission sur place, l'Afrique du Sud note qu'entre l'introduction de la NACH en septembre 2004 et mars 2008, 4 202 affaires d'allégations de corruption ont été transmises en tout aux services nationaux et provinciaux, ainsi qu'aux organismes et entités publics. Le type le plus courant d'allégations concerne les fraudes et les actes de corruption nationaux (781 déclarations pendant la période examinée). Selon les autorités sud-africaines, les procédures disciplinaires ont permis de mener des enquêtes couronnées de succès et de recouvrer 86 millions ZAR (8.6 millions EUR ; 11.2 millions USD)<sup>22</sup>.

44. Le grand public peut également signaler n'importe quelle infraction pénale en appelant la ligne d'assistance téléphonique « Halte au crime » du SAPS ou en envoyant un courriel. Selon les autorités sud-africaines, les déclarations visant des actes de corruption faites par l'intermédiaire de cette ligne sont transmises à la DPCI ou aux services d'enquête. Au moment de l'évaluation, aucune allégation de corruption transnationale n'avait été formulée par l'intermédiaire de la NACH ou de la ligne d'assistance téléphonique « Halte au crime ».

45. Il convient également de noter que, en vertu de l'article 34 de la PRECCA, certains membres du secteur public ou privé ont le devoir de signaler les transactions entachées de corruption au SAPS. Comme indiqué plus en détail dans la section B.3.a. du présent rapport, cette obligation incombe à certaines personnes investies d'une autorité qui, en cas de manquement, sont considérées comme coupables d'une infraction.

#### ***b. Protection des dénonciateurs***

46. La Loi de 2000 sur les dénonciations faisant l'objet d'une protection (Loi n° 26 de 2000 ou PDA selon son acronyme anglais) confère une protection aux dénonciateurs, qu'ils appartiennent au secteur public ou privé. Elle définit des procédures permettant aux salariés des secteurs public et privé de communiquer des informations visant les comportements illégaux ou illicites d'un employeur ou d'un salarié de cet employeur. La loi interdit à un employeur de faire subir « un préjudice professionnel » à l'un de ses salariés pour avoir communiqué des informations dans le cadre d'une procédure prévoyant la protection du dénonciateur.

47. La PDA définit la « communication » comme incluant « toute information relative à la conduite d'un employeur ou d'un salarié de celui-ci communiquée par un autre salarié ayant des raisons de croire que les renseignements concernés démontrent ou tendent à démontrer [...] qu'une infraction pénale a été commise, est en train d'être commise ou va probablement être commise »<sup>23</sup>. La définition inclut également les informations démontrant ou tendant à démontrer qu'une telle conduite « a été, est ou va probablement être délibérément occultée »<sup>24</sup>. La communication d'informations visant l'acte de corruption transnationale — c'est-à-dire la commission d'une infraction pénale — est donc couverte par la PDA. Cet instrument protège les dénonciateurs contre « un préjudice professionnel » pouvant notamment revêtir la forme d'une action disciplinaire, d'un licenciement, d'une suspension, d'une rétrogradation, d'un harcèlement, de

<sup>22</sup> Au 1<sup>er</sup> mars 2010, le taux de change s'établissait à : 1 ZAR = 0.13 USD = 0.10 EUR.

<sup>23</sup> Loi sur les communications protégées (Loi n° 26 de 2000), article 1.(i).

<sup>24</sup> *Ibidem*, article 1.(i)(g).

manceuvres d'intimidation, d'un transfert non désiré, du refus d'accorder un transfert ou une promotion ou de la menace d'une telle action<sup>25</sup>. La loi définit « le salarié » comme toute personne « travaillant pour un tiers ou pour l'État et recevant, ou ayant le droit de recevoir, une rémunération ; ainsi que toute autre personne qui, de quelque manière que ce soit, contribue aux activités professionnelles d'un employeur »<sup>26</sup>. Cependant, les contractants indépendants sont explicitement exclus de la définition du « salarié ».

48. Les entreprises ayant participé à la mission sur place ont toutes introduit des mesures spécifiques visant à encourager la dénonciation, notamment grâce à la mise en place de lignes d'assistance téléphonique internes souvent supervisées par une tierce partie. Ces entreprises étant toutes des sociétés sud-africaines importantes, il n'a pas été possible d'étudier les mesures d'encouragement à la dénonciation adoptées par les PME pendant la mission sur place. La société civile contribue, elle aussi, activement à promouvoir la dénonciation et à établir des mécanismes de protection des dénonciateurs. Un représentant de la société civile a ainsi expliqué, pendant la mission sur place, que des efforts ont été déployés — en collaboration avec le NACF — en vue d'accroître la sensibilisation à la question de la protection des dénonciateurs grâce à la diffusion d'un matériel adéquat, y compris des brochures expliquant les modalités de la mise en œuvre de la PDA, lesquelles ont été distribuées à des entreprises. À cet égard, il a été signalé que 25 % environ des entreprises cotées à la bourse de Johannesburg ont adopté une politique de protection des dénonciateurs. Comme indiqué plus haut, l'amélioration des procédures permettant de signaler des agissements répréhensibles et la protection des dénonciateurs constitue une composante de la Stratégie anticorruption du service public. Par conséquent, un certain nombre d'organismes publics ont également mis en place des mesures favorisant la dénonciation et sont disposés à orienter les salariés vers des lignes d'assistance téléphonique internes. Cependant, le représentant du Parlement rencontré pendant la mission sur place a reconnu que la campagne publique visant à faire connaître la PDA et à promouvoir son application pourrait être améliorée.

49. Bon nombre de participants à la mission sur place ont également exprimé leur préoccupation relative à l'efficacité pratique de la PDA. En particulier, les représentants du secteur privé ont relevé que la protection accordée par ce texte de loi ne s'étend pas aux vérificateurs aux comptes, qui sont considérés comme des sous-traitants indépendants et ne sont donc pas englobés dans la définition du « salarié ». Cette préoccupation a également été soulevée au cours du panel avec les organisations professionnelles. Des représentants de la société civile ont, eux aussi, fait remarquer que les solutions prévues par la PDA sont limitées et que, en pratique, les dénonciateurs ont souvent du mal à retrouver un emploi et à pouvoir se faire assister par un avocat. À l'issue de la mission sur place, les autorités sud-africaines ont également communiqué aux examinateurs principaux des exemples de cas de victimisation des dénonciateurs.

50. La question de l'élargissement de la portée de la PDA aux sous-traitants indépendants a été étudiée par la Commission sud-africaine pour la réforme de la loi, laquelle a rendu un rapport recommandant le renforcement des dispositions de cet instrument<sup>27</sup>. Un représentant de la société civile a également mentionné, pendant la mission, une proposition d'amendement à la Loi de 2008 sur les sociétés (supposé entrer en vigueur en juillet 2010) qui devrait accroître la protection accordée aux dénonciateurs du secteur privé et s'appliquer à un éventail plus large de personnes non salariées. À l'issue de la mission sur place, les autorités sud-africaines ont en outre expliqué que l'article 159(4) de la Loi sur la protection des dénonciateurs a été inséré, après consultation de la Commission parlementaire du commerce et de l'industrie, d'organisations de la société civile et de la Commission sud-africaine pour la réforme de la loi.

<sup>25</sup> *Ibidem*, article 1.(vi).

<sup>26</sup> *Ibidem*, article 1.(iii).

<sup>27</sup> Le rapport de la Commission des lois n'est pas publiquement disponible et a été porté à l'attention des examinateurs principaux par un représentant de la société civile pendant la mission sur place.

## Commentaire

*Les examinateurs principaux se félicitent de l'adoption d'une législation protégeant les dénonciateurs. Cependant, ils sont préoccupés par la question de l'efficacité pratique de ce texte de loi et incitent les autorités sud-africaines à accroître leurs activités de sensibilisation à l'intention du grand public et du secteur privé afin d'encourager les signalements et de veiller à la mise en œuvre de moyens adéquats de protection. Les examinateurs principaux recommandent également d'envisager l'élargissement de la portée de la protection des dénonciateurs, de manière à englober des personnes telles que les contractants indépendants et les vérificateurs aux comptes.*

### 3. Détection et signalement dans le secteur public

#### a. Procédures générales de signalement

51. Le Règlement de 2001 sur le service public énonce l'obligation pour chaque salarié du secteur public, dans le cadre de ses fonctions officielles, de signaler aux autorités compétentes tout acte de fraude, de corruption, de népotisme, de mauvaise gestion ou autre agissement constituant une infraction ou portant atteinte à l'intérêt public<sup>28</sup>. Cette obligation de signalement s'applique à l'ensemble des salariés de la fonction publique, qu'ils jouissent d'un contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée ou qu'ils travaillent en sous-traitance. Chaque salarié de la fonction publique doit signaler les actes relevant de ce type de conduite à son supérieur hiérarchique ou directement au procureur<sup>29</sup>. Cette obligation de déclaration ne s'applique pas aux salariés des entreprises publiques. Pendant la mission sur place, la Commission de la fonction publique (PSC) a confirmé que toute personne manquant à cette obligation serait accusée de faute professionnelle.

52. De plus, l'article 34 de la PRECCA impose l'obligation à certaines personnes de signaler les opérations entachées de corruption au SAPS. En cas de manquement à ladite obligation, l'intéressé est coupable d'une infraction. Cette obligation de signalement — qui s'applique à certains salariés du secteur public, mais aussi du secteur privé — est un élément de la législation sud-africaine de lutte contre la corruption dont il convient de se féliciter. Elle s'applique à toute personne investie d'une autorité, y compris celles qui ont été nommées par intérim ou à titre provisoire. L'article 34(4) définit dans les grandes lignes les personnes en position d'autorité comme incluant :

- le directeur général ou le chef (ou un responsable équivalent) d'un service national ou provincial ;
- un responsable municipal ou tout agent relevant de la haute direction d'un organisme public ;
- tout chef, recteur ou administrateur d'une institution du secteur tertiaire ;
- le directeur, le secrétaire ou l'administrateur délégué au sens conféré à ces mots dans la Loi de 1973 sur les sociétés, y compris les membres d'une société fermée au sens de la Loi de 1984 sur les sociétés fermées ;
- le directeur d'une banque ou d'une institution financière ;
- tout associé d'une société en nom collectif ;
- toute personne nommée au poste de directeur général ou à un poste équivalent dans une institution ou une organisation quelconque — notamment une agence, une autorité, un conseil, une commission, un comité, une société, un département, une entité, une institution financière,

<sup>28</sup> Voir l'article 4.4.10 du *Vade-mecum* du Code de conduite à l'intention de la fonction publique (publié par la Commission sud-africaine de la fonction publique).

<sup>29</sup> *Ibidem*, article 4.3.4.

une fondation, un fonds, un institut ou un service — que celle-ci ait été établie en vertu d'une loi, d'un contrat ou par tout autre moyen ;

- toute autre personne responsable de la gestion globale et du contrôle des activités commerciales d'un employeur.

53. Par conséquent, l'obligation de signalement énoncée dans la PRECCA s'applique également aux entreprises publiques et aux organismes de crédit à l'exportation, comme la Société sud-africaine d'assurance des crédits à l'exportation (Export Credit Insurance Corporation of South Africa ou ECIC). Alors que, comme on l'a vu, cette obligation s'applique également à certaines personnes dans le secteur privé, une partie des entreprises ayant participé à la mission sur place ont déclaré ne pas avoir connaissance de ce mécanisme de signalement.

54. À l'époque de la mission sur place, les autorités sud-africaines n'avaient pas connaissance du moindre signalement en vertu de ces dispositions et portant sur des soupçons de versement de pots-de-vin à des agents publics étrangers par un ressortissant sud-africain ou bien l'acceptation par des agents publics sud-africains de la promesse, l'offre ou l'octroi d'un pot-de-vin par une personne morale ou physique étrangère. Pendant la mission sur place, la Commission de la fonction publique a reconnu qu'on pourrait faire davantage pour promouvoir les signalements dans le secteur public.

#### *Commentaire*

*Les examinateurs principaux se félicitent de l'adoption par l'Afrique du Sud d'une obligation générale de signalement des infractions de corruption, notamment en vertu de la PRECCA, qui, à juste titre, s'applique à certaines personnes relevant du secteur public, mais aussi du secteur privé. Ils recommandent aux autorités sud-africaines de rappeler régulièrement aux intéressés leur obligation de signaler les soupçons de corruption transnationale qu'ils peuvent être amenés à concevoir dans le cadre de leur travail, ainsi que de se doter des moyens d'encourager et de faciliter ce signalement.*

#### *b. Représentations diplomatiques à l'étranger*

55. Les représentations diplomatiques à l'étranger jouent un rôle important dans la sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale lorsque des entreprises sollicitent leur avis au moment d'envisager une opération d'investissement ou d'exportation à l'étranger. Ces représentations peuvent également jouer un rôle important en soutenant les entreprises confrontées à des sollicitations de pot-de-vin émanant d'agents publics étrangers, comme indiqué à l'annexe I, section A de la nouvelle Recommandation de 2009.

56. L'Afrique du Sud a indiqué dans ses réponses au questionnaire de Phase 2 que ces autorités n'ont pas mis en place de mesures visant à accorder une assistance aux entreprises confrontées à une sollicitation directe ou indirecte par un agent public étranger. Ce constat a été confirmé pendant la mission sur place par des responsables du Service des relations et de la coopération internationales (ministère des Relations et de la Coopération internationales ou DIRCO), lesquels ont confirmé l'absence de tout cadre formel visant à assurer des prestations de ce type. À l'issue de la mission sur place, les autorités sud-africaines ont expliqué en outre que les missions diplomatiques sud-africaines à l'étranger entrent régulièrement en contact avec les entreprises sud-africaines pour promouvoir la bonne gouvernance et pour veiller à ce que leurs pratiques dans le pays étranger soient conformes aux conventions internationales. Elles ont également déclaré que ces entreprises peuvent signaler aux missions diplomatiques toute situation de corruption portées à leur connaissance et qu'elles élaborent actuellement un code des bonnes pratiques commerciales applicable à l'ensemble des entreprises sud-africaines opérant à l'étranger. Cependant, les entreprises sud-africaines ayant participé aux sessions du panel consacré au secteur privé pendant la mission sur place ne

semblent pas avoir connaissance d'initiatives lancées par des ambassades sud-africaines. Elles ont indiqué ne pas avoir l'habitude d'interagir avec les ambassades sud-africaines à l'étranger dans ce domaine et déclaré souhaiter pouvoir obtenir une assistance et des conseils utiles de ce type par le personnel diplomatique.

57. Les responsables du DIRCO ont en outre confirmé pendant la mission sur place l'absence d'une pratique établie de signalement des actes ou des soupçons de corruption transnationale aux autorités compétentes par le personnel des représentations diplomatiques sud-africaines. Il convient de noter, cependant, que les membres de ce personnel, en leur qualité de fonctionnaires, sont tenus par l'obligation générale de signaler les infractions de corruption en vertu du Règlement de 2001 sur la fonction publique. Certains fonctionnaires sont également astreints à l'obligation de signaler les transactions entachées de corruption en vertu de l'article 34 de la PRECCA. Concernant les signalements, l'Afrique du Sud a également mentionné la Stratégie et politique de prévention des fraudes : une politique élaborée par le DIRCO en vue de guider ses agents concernant la conduite à adopter en cas de découverte d'actes relevant de la corruption ou de la fraude en Afrique du Sud ou à l'étranger. Cependant, ce document vise uniquement les allégations d'irrégularités impliquant des agents publics et des salariés ou des entités travaillant pour ou avec ce ministère, ou bien des consultants, des fournisseurs et autres prestataires auxquels celui-ci a recours. Les actes de corruption commis par des entreprises sud-africaines et dont le personnel du DIRCO pourrait avoir connaissance ne sont pas visés par la stratégie et la politique de prévention des fraudes du DIRCO.

#### *Commentaire*

*Compte tenu du rôle important que les représentations diplomatiques à l'étranger pourraient jouer en conseillant les entreprises sud-africaines et en détectant des actes de corruption transnationale, les examinateurs principaux sont très préoccupés par l'absence de sensibilisation et de formation du personnel de ces représentations concernant l'infraction de corruption transnationale. Ils encouragent par conséquent les autorités sud-africaines à :*

*(a) sensibiliser davantage le personnel diplomatique — et plus particulièrement celui servant dans des régions géographiques sensibles — à l'infraction de corruption transnationale, notamment au moyen d'instructions, de bulletins, de séminaires ou de sessions de formation ;*

*(b) veiller à ce que les représentations diplomatiques à l'étranger établissent et entretiennent des contacts avec les entreprises sud-africaines opérant à l'extérieur des frontières et : i) diffusent des informations sur les risques de corruption dans le pays concerné et les conséquences juridiques de la commission d'un acte de corruption transnationale en droit sud-africain ; ii) encouragent les entreprises et les hommes d'affaires sud-africains à signaler leurs soupçons de commission d'un acte de corruption transnationale aux autorités compétentes ;*

*(c) établir des procédures et donner des consignes par écrit indiquant au personnel des représentations diplomatiques la marche à suivre pour signaler les soupçons ou les indices de corruption transnationale qu'ils pourraient déceler dans l'exercice de leurs fonctions aux autorités répressives compétentes.*

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

58. La Société sud-africaine d'assurance des crédits à l'exportation (ECIC) est l'organisme sud-africain de crédit à l'exportation. Il s'agit d'une société autonome dont le gouvernement est le seul

actionnaire. Sa vocation principale est d'accorder des crédits à l'exportation à moyen et à long terme, ainsi que des assurances-investissement. Les principaux pays où elle est engagée incluent le Mozambique, l'Iran, la République démocratique du Congo, la Turquie et la Zambie<sup>30</sup>. L'ECIC applique actuellement un programme d'un montant de 30 milliards ZAR (3 milliards EUR ; 3.9 milliards USD) qui prévoit que 61 % des engagements concernent des exportations vers des pays africains et 46 % des projets de construction de mines. Les membres du personnel de l'ECIC ne sont pas considérés comme des agents publics.

59. N'étant pas membre du Groupe de travail de l'OCDE sur les crédits et garanties de crédit à l'exportation (CGE)<sup>31</sup>, l'Afrique du Sud n'est pas tenue de rendre compte à cet organisme de la manière dont elle respecte la Recommandation sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, y compris les mesures de diffusion d'informations sur l'infraction de corruption transnationale ainsi que de détection et de sanction des demandeurs participant ou ayant participé à des actes de corruption transnationale. Au moment de la présente évaluation, aucune mesure formelle n'avait été adoptée par l'Afrique du Sud pour adhérer à la nouvelle Recommandation de 2006 de l'OCDE sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public conformément aux exigences de l'article 3 de cet instrument, lequel invite « les Parties à la Convention anticorruption qui ne sont pas Membres de l'OCDE à adhérer à la présente Recommandation »<sup>32</sup>.

*i. Efforts de sensibilisation*

60. L'ECIC a décidé de sensibiliser son personnel à la question générale de la corruption, principalement dans le cadre de ses activités de communication de type « tuyaux ». Ces activités se concentrent surtout sur les questions de corruption et de transparence internes, même si elles effleurent parfois le problème de la corruption transnationale comme cela a été le cas dans le cadre d'un programme d'intégration organisé en août 2007 sur le thème de la prévention et de la détection des fraudes.

61. Concernant les demandeurs, l'ECIC dispose d'une clause anticorruption en vertu de laquelle la partie assurée est tenue de s'engager formellement à s'abstenir de se livrer à des pratiques de corruption. La définition du terme « pratiques de corruption » dans la politique d'assurance et l'engagement type que l'exportateur doit souscrire correspond à la définition générale énoncée dans la PRECCA. Même si cette définition est suffisamment large, sous l'angle juridique, pour englober les actes de corruption d'agents publics étrangers, l'ECIC ferait peut-être bien de consacrer davantage d'efforts à la sensibilisation à l'existence d'une infraction de corruption transnationale et aux conséquences juridiques de celle-ci, notamment en raison du contexte géographique dans lequel cet organisme et ses clients opèrent.

*ii. Détection et obligation de signaler les actes de corruption transnationale*

62. Les agents de l'ECIC n'étant pas des fonctionnaires, ils ne sont pas tenus par les obligations énoncées dans le Règlement de la fonction publique (2001). Cependant, l'article 34 de la PRECCA impose l'obligation aux « personnes investies d'une autorité » dans cet organisme de signaler les soupçons d'infraction de corruption (y compris de corruption transnationale) aux policiers [voir plus haut la section (a) consacrée aux procédures générales de signalement]. De plus, le personnel de l'ECIC est astreint aux obligations de signalement des actes de blanchiment de capitaux en vertu de la Loi de 2001 sur le centre de renseignements financiers.

---

<sup>30</sup> Voir la présentation consacrée à l'ECIC sur le site du ministère du Commerce et de l'Industrie à l'adresse : [www.thedti.gov.za/parliamentary/ECICStartplan.pdf](http://www.thedti.gov.za/parliamentary/ECICStartplan.pdf).

<sup>31</sup> Mais a assisté à plusieurs réunions de ce groupe en qualité d'observateur ad hoc.

<sup>32</sup> Voir la Recommandation de 2006 du Conseil de l'OCDE sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public.

63. L'ECIC a attiré l'attention de son personnel sur les obligations de signalement par le biais de son Code de déontologie et de conduite à l'usage des sociétés, ainsi que de son Plan de prévention et de détection des fraudes. Tip-Offs Anonymous — un service d'assistance téléphonique externalisé et confidentiel, censé prêter assistance aux dénonciateurs — permet à ce personnel, ainsi qu'aux demandeurs et aux parties extérieures en général, de signaler des soupçons de fraude ou de corruption. L'ECIC dans ce domaine a opté pour l'approche très holistique qu'elle applique déjà à ses actions de sensibilisation et de formation : elle aborde la question du signalement des actes de corruption de manière globale, sans s'attaquer spécifiquement à la question de la corruption transnationale. Comme on l'a vu, le personnel de l'ECIC étant le plus susceptible, parmi tous les agents des divers organismes publics sud-africains, de concevoir des soupçons d'actes de corruption transnationale commis par des entreprises opérant à l'étranger, il conviendrait d'attirer davantage son attention sur les particularités de la corruption transnationale et sur l'obligation de signaler les soupçons d'actes relevant de cette infraction.

#### *Commentaire*

*Les examinateurs principaux se félicitent des initiatives prises par l'ECIC pour sensibiliser son personnel et les demandeurs aux questions de corruption. Cependant, ils notent que l'accent est mis sur la corruption en général et sont préoccupés par le fait que la corruption transnationale n'est peut-être pas traitée spécifiquement comme elle le mérite. Compte tenu de l'importance du rôle que joue l'ECIC dans son interaction avec les entreprises sud-africaines exportatrices — à la fois sous l'angle de la sensibilisation et sous celui du signalement des soupçons de corruption transnationale —, les examinateurs principaux recommandent aux autorités sud-africaines :*

*(a) d'adhérer à la Recommandation de 2006 du Conseil de l'OCDE sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, comme les y invite l'article 3 de cet instrument ;*

*(b) de sensibiliser son personnel et les personnes sollicitant un crédit à l'exportation à l'infraction de corruption transnationale ;*

*(c) de veiller à ce que le personnel de l'ECIC reçoive une formation adéquate concernant les procédures de vigilance visant à détecter les actes de corruption transnationale et soit pleinement conscient de son obligation de signaler les cas de corruption transnationale dont il pourrait avoir connaissance dans le cadre de son travail ;*

*(d) d'envisager d'insérer une clause mentionnant explicitement l'infraction de corruption transnationale et ses conséquences juridiques en droit sud-africain dans les contrats de l'ECIC.*

#### *d. Aide publique au développement*

64. L'Afrique du Sud est un bénéficiaire net de l'aide publique internationale au développement même si, comme n'ont pas manqué de le faire remarquer les autorités sud-africaines, elle ne dépend en aucune manière de cette source de revenus. Malgré son statut de bénéficiaire de l'aide étrangère, l'Afrique du Sud accorde parfois sa propre aide à d'autres pays. Le gouvernement sud-africain privilégie ses voisins africains et accorde l'essentiel (environ 70 %) de son aide à des États membres de la Communauté pour le développement de l'Afrique australe (SADC). L'aide au développement sud-africaine vise en priorité l'amélioration générale de la gouvernance et des objectifs locaux comme la prévention, la résolution et la réparation des conflits.

65. Le Fonds pour la renaissance et la coopération internationale africaines (« le Fonds ») a été établi par la loi du même nom adoptée en 2000 sous le contrôle du Service de la coopération et des relations internationales [ministère sud-africain des Relations et de la Coopération internationales ou (DIRCO)]. Entre 2006 et 2009, quelque 353 040 millions ZAR ont été alloués au financement de projets concernant uniquement l’Afrique (45 895 millions USD ; 35 304 millions EUR)<sup>33</sup>. Généralement, l’aide fournie n’est pas formellement liée, même si la plupart des projets de développement dépendent de la main-d’œuvre qualifiée et de la technologie du pays<sup>34</sup>.

66. Selon que le personnel employé par le Fonds est composé ou non de fonctionnaires, il peut être soumis aux obligations générales de signalement énoncées dans le Règlement sur la fonction publique (2001). De plus, l’article 34 de la PRECCA impose l’obligation aux « personnes investies d’une autorité » au sein du Fonds de signaler les soupçons d’infraction de corruption (y compris de corruption transnationale) aux policiers [voir plus haut la section (a) consacrée aux procédures générales de signalement].

67. Les examinateurs principaux n’ayant pas eu la possibilité de rencontrer des représentants du Fonds pendant la mission sur place, les informations relatives à son fonctionnement ont été communiquées par les autorités sud-africaines par la suite. Il ressort de ces informations que le Fonds n’a pas mis en place de mécanisme de sensibilisation systématique aux questions de corruption transnationale, ni rappelé au personnel son obligation de signaler les soupçons d’actes de corruption transnationale conçus dans le cadre de son travail. Nul ne sait non plus avec certitude si des clauses de lutte contre la corruption figurent dans les contrats financés par l’APD et gérés par le Fonds.

#### *Commentaire*

*Les examinateurs principaux recommandent aux autorités sud-africaines d’entreprendre sans tarder des actions de sensibilisation, à la fois en interne au sein du Fonds pour la renaissance et la coopération internationale africaines et concernant les contractants potentiels, afin d’informer les intéressés et d’empêcher que ses contrats financés par l’APD ne donnent lieu à des pratiques de corruption transnationale.*

*Outre l’insertion de clauses anticorruption dans les contrats financés par l’APD, les examinateurs principaux recommandent à l’Afrique du Sud : de mettre en place des moyens efficaces de détection des cas de corruption transnationale par des contractants, d’établir les procédures à suivre par le personnel du Fonds pour signaler des informations crédibles faisant état d’actes de corruption transnationale qu’ils sont susceptibles de découvrir dans le cadre de l’exercice de leur devoir, ainsi que d’encourager et de faciliter ce type de signalement.*

#### **4. Administration fiscale**

##### **a. Non-déductibilité des pots-de-vin**

68. Concernant la non-déductibilité des pots-de-vin, la Loi de 1962 relative à l’impôt sur le revenu a été modifiée en 2006 de manière à inclure un nouvel article 23(o), lequel prévoit l’interdiction de déduire les dépenses supportées :

---

<sup>33</sup> Voir les rapports annuels pour [2006-07](#), [2007-08](#) et [2008-09](#).

<sup>34</sup> Voir le rapport du Centre de recherches pour le développement international : [www.idrc.ca/uploads/user-S/12441470591Executive\\_Summaries.pdf](http://www.idrc.ca/uploads/user-S/12441470591Executive_Summaries.pdf).



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

69. Le chapitre 2 de la PRECCA porte sur les infractions relatives à des actes de corruption, y compris l'infraction de corruption transnationale (article 5) et mentionne les « gratifications » : un terme défini de manière large et englobant les pots-de-vin revêtant la forme de services ou autres avantages intangibles. Par conséquent, la législation fiscale sud-africaine interdit explicitement la déduction des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales, comme l'exige la Recommandation de 2009 du Conseil sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales<sup>35</sup>. L'article 82 de la Loi relative à l'impôt sur le revenu prévoit que la charge de la preuve du versement effectif d'une somme pouvant faire l'objet d'une déduction incombe à la personne désirant bénéficier de cette déduction.

**b. Sensibilisation, détection et signalement par les autorités fiscales**

*i. Sensibilisation et détection*

70. L'administration fiscale sud-africaine (South African Revenue Service ou SARS) prévoit que les inspecteurs des impôts suivent chaque année une formation pour se tenir informés de l'évolution de la fiscalité. Des sessions spécifiques de cette formation ont été consacrées à l'introduction du nouvel article 23(o). Les représentants de la SARS interrogés au cours de la mission sur place ont précisé qu'ils avaient été invités à prêter spécifiquement attention à la question des pots-de-vin versés à l'étranger. En fait, ces participants au panel étaient parfaitement au courant de l'interdiction de déduire les pots-de-vin et de la modification correspondante de la législation fiscale sud-africaine en 2006.

71. Par contre, l'Afrique du Sud n'a adopté aucune mesure spécifique pour attirer l'attention du secteur privé sur la non-déductibilité des pots-de-vin. Des représentants de la SARS ont indiqué que le rapport explicatif du Projet de Loi de 2005 relatif à l'impôt sur le revenu — lequel a introduit la non-déductibilité des pots-de-vin — a été rendu public à l'époque de l'adoption de ce texte de loi. Plus généralement, les informations relatives à la législation en vigueur et autres sujets connexes sont accessibles sur les divers sites Web du gouvernement — y compris ceux du Trésor, de la SARS et des systèmes d'information et de communication du gouvernement — et sont également publiées au Journal officiel. De plus, toutes les modifications sont, elles aussi, affichées sur le site Web. Les représentants de la SARS ont indiqué que la profession comptable s'intéresse probablement elle aussi à la question. Les membres de cette profession interrogés pendant la mission sur place n'ont pas fait état, cependant, de la moindre initiative en ce sens. Néanmoins, les représentants de grandes entreprises interrogés pendant la mission sur place, ainsi que de cabinets d'audit et de la profession comptable, semblaient très au fait de la non-déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers. Concernant les PME, compte tenu du faible niveau perçu de sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale [voir plus haut la section (1) consacrée à la sensibilisation], une action spécifique de la SARS semble nécessaire pour avertir ces entreprises que la corruption transnationale étant illégale, les pots-de-vin versés dans le cadre de ces pratiques ne sont pas fiscalement déductibles.

<sup>35</sup> Le texte de la Recommandation de 2009 du Conseil de l'OCDE sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales peut être consulté à l'adresse suivante : [www.oecd.org/dataoecd/45/48/43823383.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/45/48/43823383.pdf) .

72. Dans le contexte de leur complément de formation annuel, les vérificateurs aux comptes ont également été informés de la manière d'identifier des montants irréguliers ou suspects pouvant constituer un pot-de-vin. Au moment de la rédaction du présent rapport, le Manuel de l'OCDE de sensibilisation à la corruption à l'intention des contrôleurs des impôts n'avait pas été diffusé, même si les agents de la SARS ont reconnu que ces tâches relèvent de leurs compétences. Pour détecter les paiements suspects, la SARS a recours à des outils informatiques d'analyse des livres et des écritures des entreprises, ainsi qu'à des moteurs de calcul de risque. Au sein de la SARS, l'Unité centrale chargée des grosses entreprises est responsable du contrôle des sociétés sud-africaines dont le chiffre d'affaires dépasse 250 millions ZAR et dispose d'un service s'occupant spécifiquement des transactions commerciales internationales. De plus, l'Unité de renseignements financiers de la SARS reçoit les déclarations d'opérations suspectes (DOS) transmises par le Centre de renseignements financiers : la cellule de renseignements financiers sud-africaine chargée de gérer les signalements d'actes de blanchiment de capitaux.

ii. *Échange de renseignements avec les autorités répressives sud-africaines*

73. L'article 4 de la Loi de 1962 relative à l'impôt sur le revenu énonce des règles générales en matière de préservation du secret. Cependant, les dispositions de l'article 4(1B) peuvent être écartées sur ordonnance judiciaire ou sur décision rendue par un magistrat unique en référé à la demande du directeur de la police nationale. Seules peuvent être communiquées les informations susceptibles d'apporter la preuve d'une infraction grave punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement (ce qui est le cas de la corruption transnationale)<sup>36</sup>.

74. De plus, l'article 34 de la PRECCA impose aux personnes investies d'une autorité (y compris celles qui travaillent dans un organisme officiel) l'obligation de signaler au SAPS les soupçons d'infractions de corruption transnationale [voir plus haut la section (a) consacrée aux procédures générales de signalement). Les agents des impôts interrogés pendant la mission sur place ont indiqué que, lorsque le montant concerné dépasse 100 000 ZAR, ils sont en mesure de signaler les faits directement à la police, mais que, dans le cas contraire, ils doivent se munir d'une ordonnance judiciaire conformément à l'article 4(1B) de la Loi relative à l'impôt sur le revenu. Cette interprétation de l'obligation de signalement énoncée dans la PRECCA par les autorités fiscales est plus stricte que l'obligation elle-même, laquelle exige simplement le signalement des infractions de corruption (ou des soupçons de commission d'infraction) définies dans la PRECCA. En tout cas, les représentants de la SARS n'ont en fait pas connaissance de signalements transmis concernant une infraction aux termes de la PRECCA.

75. Enfin, l'article 71 de la Loi relative à la prévention de la criminalité organisée (POCA) prévoit la possibilité de déroger à l'obligation légale de respect du secret imposée à la SARS, sans qu'il soit

---

<sup>36</sup> En vertu de l'article 4(1B), les dispositions relatives au secret de l'article 4 ne revêtent pas un caractère absolu et peuvent être écartées sur ordonnance judiciaire ou sur décision rendue par un magistrat en référé à la demande du directeur de la police nationale lorsque celui-ci estime que la divulgation des informations concernées est susceptible :

- d'apporter la preuve qu'une infraction, autre qu'une infraction au sens de la Loi relative à l'impôt sur le revenu ou de toute autre loi administrée par le directeur de la police nationale ou bien une infraction ayant motivé le dépôt d'une plainte par celui-ci a été ou risque d'être commise ;
- lorsque ces informations peuvent se révéler utiles à l'enquête ou aux poursuites engagées au titre de l'infraction concernée et que cette dernière peut être qualifiée de grave, dans la mesure où elle est passible d'une peine d'emprisonnement de plus de cinq ans ;
- d'apporter la preuve d'un risque imminent et grave pour la sûreté publique ou l'environnement et lorsque l'intérêt public associé à la divulgation de l'information l'emporte sur le préjudice que la divulgation risque de causer au contribuable.

nécessaire d'obtenir une ordonnance d'un tribunal<sup>37</sup>. Les autorités sud-africaines expliquent qu'en conséquence, s'il est demandé à la SARS de fournir des informations en vue de la confiscation ou du blocage de certains biens en vertu de la POCA, dans des affaires concernant des actes illicites de corruption transnationale, les éléments de preuve pourraient également servir à engager des poursuites à raison de l'infraction de corruption transnationale. L'article 73 de la POCA autorise également le partage d'informations avec la SARS, concernant les infractions définies dans ce texte de loi, ainsi que les infractions énumérées dans son annexe 1 lesquelles incluent la corruption transnationale.

76. Concernant toutes les autres enquêtes, l'article 205 de la Loi de 1977 sur la procédure pénale de 1977 s'applique. Il prévoit qu'un juge peut, à la demande du procureur, exiger la comparution de toute personne en mesure de fournir des documents ou des informations pertinentes relatives à une infraction alléguée. Les autorités sud-africaines expliquent que rien n'empêche d'invoquer cette disposition générale pour accéder à des informations fiscales. Les policiers et le procureur sud-africains interrogés au cours de la mission sur place ont par ailleurs signalé qu'ils ne rencontrent généralement aucune difficulté pour se procurer des informations fiscales auprès de la SARS dans le cadre d'une enquête criminelle.

### iii. *Échange international de renseignements*

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

### *Commentaire*

***Concernant la sensibilisation et la formation au sein de la SARS, les examinateurs principaux recommandent à l'Afrique du Sud de rappeler au personnel de cette administration son obligation de signaler tout soupçon d'infraction de corruption transnationale — quel que soit le montant impliqué — au SAPS, ainsi que d'encourager et de faciliter cette pratique. De plus, l'Afrique du Sud est invitée à envisager la diffusion du Manuel de sensibilisation à la corruption à l'intention des contrôleurs des impôts, afin d'attirer l'attention de ces agents sur l'importance de la détection de la corruption transnationale et des moyens permettant d'identifier cette pratique dans le cadre d'un contrôle fiscal.***

***Concernant la sensibilisation du secteur privé, les examinateurs principaux recommandent aux autorités sud-africaines de prendre des mesures pour alerter les entreprises du pays, en particulier les PME, sur le fait que la corruption d'agents publics étrangers est illégale et que les pots-de-vin versés dans le cadre de cette pratique ne sont pas fiscalement déductibles.***

<sup>37</sup> Parmi les autres textes de loi permettant de déroger à l'obligation de secret imposée à l'administration fiscale sud-africaine figurent la Loi de 1992 relative aux stupéfiants et au trafic de stupéfiants et la Loi de 2001 relative au Centre de renseignements financiers.

## 5. Détection par le biais de la comptabilité et de la vérification des comptes

### a. Efforts de sensibilisation

78. À l'époque de la mission sur place, les principaux organes responsables de la réglementation des professions de comptable et de vérificateur aux comptes en Afrique du Sud — à savoir, l'IRBA (Independent Regulatory Board for Auditors), le SAICA (South African Institute of Chartered Accountants) et la Commission des sociétés et de la propriété intellectuelle (CIPRO), un organisme rattaché au ministère du Commerce et de l'Industrie (DTI)<sup>38</sup> — n'avaient pas encore produit de matériel didactique, de bulletins ou d'autres documents visant spécifiquement la corruption transnationale et n'avaient pas non plus affiché d'informations de ce type sur leurs sites Web respectifs. Les professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes ne déploient aucun effort particulier de sensibilisation à l'infraction de corruption transnationale et à leur rôle dans la lutte contre cette forme de criminalité. Cependant, des représentants de la profession de vérification des comptes ont indiqué que des vérificateurs avaient été obligés de signer des attestations certifiant qu'ils connaissaient la législation en vigueur relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux, sans être pour autant astreints à la même formalité concernant l'infraction de corruption (nationale ou transnationale).

79. Les professionnels de la comptabilité et de la vérification des comptes rencontrés pendant la mission sur place ont néanmoins fait preuve d'une bonne connaissance de l'infraction de corruption transnationale telle qu'elle est définie dans la PRECCA. Des représentants de l'IRBA ont expliqué que leur institut, en coopération avec le SAICA, examine de près tous les nouveaux textes de loi visant la comptabilité et la vérification des comptes et informe ses membres en cas de nécessité. Ils ont indiqué que le programme de formation, y compris « des sessions de vigilance », portera cette année sur les principaux nouveaux textes de loi (en particulier la Loi de 2008 sur les sociétés telle qu'elle est décrite plus haut et qu'elle devrait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2010) et pourrait inclure des modules portant spécifiquement sur la corruption transnationale. Cette question mériterait de faire l'objet d'un suivi.

### b. Normes de comptabilité et de vérification comptable

80. La Convention et la Recommandation de 2009 soulignent toutes deux l'importance des systèmes de comptabilité dans la lutte contre la corruption transnationale. En particulier, l'article 8 de la Convention exige 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 — chaque Partie interdise l'établissement de comptes hors livres, les opérations hors livres ou l'utilisation de faux documents dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler cette corruption. En Afrique du Sud, la Loi de 1973 sur les sociétés contient des dispositions sur la tenue des comptes. En 2006, admettant la nécessité d'une réforme (appelée notamment de ses vœux par la Banque mondiale dans son évaluation de 2003 des « pratiques observées en Afrique du Sud en matière de comptabilité et de vérification des comptes »<sup>39</sup>), les autorités sud-africaines ont engagé un processus de

<sup>38</sup> Une nouvelle Commission des sociétés et de la propriété intellectuelle (« la Commission ») a été créée par la Loi de 2008 sur les sociétés (article 185), mais n'avait toujours pas été établie au moment de la rédaction du présent rapport. « La Commission doit promouvoir la fiabilité des états financiers en veillant notamment : a) à surveiller le degré de conformité et les manquements éventuels aux normes d'informations financières ; et b) en faisant des recommandations au Conseil pour qu'il modifie ses normes afin d'accroître la fiabilité et la conformité des états financiers. » (article 187 de la Loi de 2008 sur les sociétés).

<sup>39</sup> Dans son évaluation, la Banque mondiale notait que « ... le fait que les normes comptables ne s'appuient sur aucune disposition légale soulève des problèmes. Les mécanismes mis en place pour veiller au respect des normes de comptabilité et de vérification des comptes semblent fragiles. Le risque existe de voir des manipulations comptables, de fausses déclarations et des violations de règles bien établies passer inaperçues. ».

révision de la Loi sur les sociétés. La première étape de cette réforme a pris fin avec l'adoption de la Loi portant modification de la Loi sur les sociétés (CLAA) entrée en vigueur le 14 décembre 2007 et a notamment introduit des dispositions plus détaillées concernant la tenue des livres. En outre, cette loi a établi un Conseil des normes comptables financières (« le Conseil ») chargé de définir des normes en matière de communication d'informations financières<sup>40</sup>. Pendant la mission sur place, les participants au panel ont indiqué que ce Conseil n'avait toujours pas été mis sur pied et que, selon la nouvelle Loi sur les sociétés, il devrait être établi en juillet 2010.

81. La Loi de 2004 relative aux services de valeurs mobilières contient d'autres règles applicables aux sociétés cotées à la bourse sud-africaine. Une nouvelle Loi de 2008 sur les sociétés (Loi n° 71 de 2008) a été promulguée par le président le 9 avril 2009 et devrait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2010. Cette loi vise à réviser la loi en vigueur (laquelle remonte à 1973) et notamment à combler certaines lacunes juridiques identifiées dans un rapport de 2007 de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED).

82. Selon les autorités sud-africaines, l'article 284 de la Loi de 2008 sur les sociétés exige que toutes les sociétés conservent des pièces comptables afin d'assurer la représentation fidèle de leur situation financière et de leur activité. Il exige également des états des éléments d'actif et de passif ; un registre des immobilisations ; des écritures suffisamment détaillées correspondant aux entrées et aux sorties quotidiennes d'argent ; une comptabilisation des biens vendus ou achetés ; et des états financiers annuels<sup>41</sup>. En outre, les sociétés d'intérêt public et les sociétés faisant appel à l'épargne publique<sup>42</sup> doivent respecter des normes comptables plus rigoureuses<sup>43</sup> : la transposition sud-africaine des normes GAAP publiée par le Conseil conformément aux Normes comptables IFRS du Conseil international des normes comptables (IASB)<sup>44</sup>. Ces sociétés ont notamment l'obligation de produire des comptes consolidés couvrant leurs filiales.

83. Les entreprises publiques enregistrées comme des sociétés en vertu de la Loi de 1973 et celles qui seront enregistrées en vertu de la Loi de 2008 devront se conformer à des dispositions plus strictes en matière de gouvernement d'entreprise et de gouvernance financière. De plus, la Loi de 1999 relative à la gestion des finances publiques (PFMA) exige que les entités du secteur public réalisent des vérifications internes de leurs comptes, mettent en place un comité d'audit et adoptent d'autres mesures de contrôle interne. Le Conseil des normes comptables (ASB) institué en vertu du chapitre XI de la Loi de 1999 relative à la gestion des finances publiques définit les normes comptables destinées au secteur public en se basant sur les Normes comptables internationales pour le secteur public (IPSAS) publiées par l'IFAC (Fédération internationale des comptables). Les entreprises publiques sont également censées se conformer aux normes IFRS comme l'ont souligné les vérificateurs aux comptes rencontrés pendant la mission sur place et, en cas de conflit avec l'une quelconque des obligations énoncées dans la PFMA, c'est cette dernière qui prévaut. Les participants au panel ont indiqué, notamment, que les entreprises publiques ne sont pas soumises à l'obligation de publier des états financiers indiquant leurs engagements hors bilan importants. Cependant, à l'issue de la mission sur place, l'Afrique du Sud a signalé que les entreprises

<sup>40</sup> Voir l'article 53 de la Loi portant modification de la Loi de 1973 sur les sociétés qui ajoute au texte un chapitre XVB concernant les normes comptables, ainsi que l'article 440P instituant le Conseil des normes comptables.

<sup>41</sup> Loi de 1973 sur les sociétés, art. 284(1).

<sup>42</sup> Une société est considérée comme faisant appel à l'épargne publique dès lors que ses statuts prévoient un transfert illimité de ses actions au public.

<sup>43</sup> *Ibidem*, art. 285A(1) introduit par l'article 36 de la Loi portant modification de la Loi sur les sociétés.

<sup>44</sup> *Ibidem*, art. 440S introduit par l'article 53 de la Loi portant modification de la Loi sur les sociétés.

publiques sont tenues, en vertu de la PFMA<sup>45</sup>, de préparer des états financiers conformes aux GAAP ou aux GRAP<sup>46</sup> et ont souligné que ces normes exigent une déclaration des engagements hors bilan.

84. Les sociétés à responsabilité limitée doivent se conformer aux normes comptables établies par le Conseil à leur intention en consultation avec des représentants de sociétés de cette catégorie<sup>47</sup>. Les sociétés plus petites non cotées sont soumises à un ensemble simplifié et autonome de principes comptables (« IFRS pour les entités de petite et moyenne taille ») publié par l'IASB en juillet 2009. Une société faisant appel à l'épargne publique, mais n'ayant pas émis d'actions destinées au public et/ou ne détenant pas d'avoirs à titre fiduciaire pour le compte d'un groupe important de personnes extérieures à titre d'activité principale peut appliquer les IFRS aux PME. La même société pourra également choisir d'appliquer intégralement la transposition sud-africaine des normes GAAP ou IFRS. Comme l'ont confirmé les représentants des organes de réglementation et les professionnels rencontrés pendant la mission sur place, les normes applicables interdisent les opérations hors livres et l'établissement de comptes hors livres et prévoient des obligations de communication d'informations sur les engagements hors bilan importants. À cet égard, les examinateurs principaux ont relevé que, selon les représentants de la profession, les nouvelles normes comptables sont conformes aux normes internationales en vigueur.

85. À l'époque de la mission sur place, le SAICA était sur le point de publier un nouvel ensemble de normes comptables destiné aux micro-entreprises et dénommé South African Generally Accepted Accounting Principles for non Public Entities (South African GAAP for NPEs) [Principes sud-africains généralement acceptés en matière de comptabilité des entités non publiques] visant à simplifier le cadre comptable constitué par les IFRS pour PME jugées trop lourdes pour les petites entités. Cette initiative a été présentée à la presse par un responsable du SAICA comme un document extrêmement innovant identifié par la Fédération internationale des comptables comme potentiellement utile dans les économies en développement. Compte tenu du rôle que les micro-entreprises peuvent jouer en tant qu'intermédiaires dans le contexte de la corruption transnationale et du potentiel de diffusion de ces nouvelles normes dans la région, les examinateurs principaux estiment qu'il conviendrait de suivre la question de leur conformité aux exigences énoncées dans la Convention et dans la Recommandation de 2009.

### ***c. Contrôles internes, codes de conduite d'entreprise et comités d'audit***

86. La Recommandation de 2009 demande aux membres du Groupe de travail d'encourager la mise au point et l'adoption de systèmes de contrôle interne adéquats et de règles de conduite par les sociétés (notamment en s'inspirant de son annexe II intitulée « Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité »). Un système de contrôle interne efficace peut améliorer la qualité des états financiers et contribuer à réduire les risques financiers, opérationnels et de non-conformité. En tant que tel, il peut accroître la capacité des sociétés à détecter et empêcher, au niveau interne, des fraudes pouvant être liées à des actes de corruption transnationale. La Recommandation de

<sup>45</sup> PFMA, article 55(2)(b)(ii) : « le rapport annuel et les états financiers [...] doivent [...] (b) inclure une description (i) de toutes les pertes matérielles consécutives à une conduite criminelle et de toutes les dépenses irrégulières, inutiles et disproportionnées ayant eu lieu pendant l'exercice ; (ii) toute mesure pénale ou disciplinaire adoptée en réaction à ces pertes ou bien à ces dépenses irrégulières, inutiles et disproportionnées. ».

<sup>46</sup> GRAP est l'acronyme de Generally Recognised Accounting Practice et désigne une pratique comptable conforme matériellement aux normes publiées par l'ASB (Accounting Standards Board).

<sup>47</sup> Voir l'article 285A(2) de la Loi de 1973 sur les sociétés introduit par l'article 36 de la CLAA (Loi portant modification de la Loi sur les sociétés) ; et l'article 440S de la Loi de 1973 sur les sociétés introduit par l'article 53 de cette même CLAA.

2009 demande également aux membres du Groupe de travail d'encourager la création par les sociétés d'organes de contrôle indépendants des dirigeants, tels qu'un comité d'audit rendant compte au conseil d'administration ou au conseil de surveillance. À cet égard, une stratégie interne de prévention de la corruption pourrait bénéficier de la présence d'un organe de contrôle interne doté d'un mandat précis et de pouvoirs adéquats.

87. Selon les comptables et les vérificateurs aux comptes ainsi que des entreprises ayant participé à la mission sur place, un nombre croissant d'entreprises sud-africaines (pour la plupart de grosses entreprises) adoptent leur propre code de conduite. Comme indiqué plus haut dans la section B.1.b., le code de conduite et les politiques internes de déontologie correspondantes présentés par les participants au panel incluent l'interdiction formelle de la corruption transnationale ou une mise en garde contre les actes de corruption passive et active. Cependant, les mêmes participants indiquent également que les efforts de sensibilisation déployés par ces grosses sociétés ne reflètent pas forcément la situation générale en Afrique du Sud, notamment en ce qui concerne les PME.

88. Les participants au panel ont également expliqué que toutes leurs entreprises ont recours à des intermédiaires dans le cadre de leurs activités commerciales et indiqué avoir mis en place des mécanismes de vigilance visant à assurer le respect de leurs contrôles et de leurs politiques internes de déontologie par des agents et autres sous-contractants.

89. La Loi de 1973 sur les sociétés, telle qu'elle a été modifiée par la CLAA prévoit que « pour chaque exercice financier au cours duquel une société pourra être considérée comme faisant appel à l'épargne publique, son conseil d'administration nommera un comité d'audit pour l'exercice suivant » [article 269A(1)]. La Loi de 2008 sur les sociétés — qui devrait entrer en vigueur en juillet 2010 — précise que l'obligation de nommer un comité d'audit s'applique à toute « société publique, entreprise publique ou autre société ayant volontairement choisi de se doter d'un comité d'audit ». La même loi inclut des dispositions relatives à l'indépendance de ces comités. En vertu du chapitre 3, « Responsabilisation et transparence accrues », la loi énonce également un certain nombre de dispositions relatives au contrôle interne, lesquelles sont obligatoires pour les « entreprises publiques et les sociétés anonymes contrôlées par l'État » et peuvent être appliquées volontairement par les sociétés privées. Les examinateurs principaux n'ont connaissance d'aucune autre disposition détaillée exigeant d'entreprises n'appartenant pas à l'État de se doter d'un système de contrôle interne, même lorsque ces entreprises sont cotées.

90. Concernant les entreprises appartenant à l'État, la Loi de 1999 relative à la gestion des finances publiques exige que les entités du secteur public procèdent à des vérifications internes des comptes, mettent en place un comité d'audit et adoptent d'autres mesures de contrôle interne. Les autorités sud-africaines indiquent<sup>48</sup> que les articles 38(1)(a)(i) et 51(1)(a)(i) de la PFMA exigent des services comptables de l'entreprise publique qu'ils mettent en place et entretiennent des systèmes efficaces et transparents de gestion des finances et des risques et de contrôle interne, notamment afin d'empêcher et de détecter les transactions frauduleuses. En vertu du Règlement du Trésor 27.1.10 (b), le comité d'audit doit évaluer l'efficacité des contrôles internes dans le rapport annuel de l'entité concernée. Les articles 38 et 51 de la PFMA exigent également des responsables des services comptables des entités publiques qu'ils mettent en place des systèmes de vérification interne des comptes sous le contrôle et la direction d'un comité d'audit. La PFMA impose aussi à chaque entité publique, y compris les entreprises appartenant à l'État, de procéder à une vérification interne des comptes sous la supervision du comité d'audit de manière à aider l'entité à garantir, notamment, l'existence de systèmes de contrôle effectifs et efficaces conformes à ses exigences. Le Trésor public a élaboré des cadres de vérification interne des comptes et de gestion des risques énonçant une série standard de lignes directrices à l'intention du secteur public. Les autorités sud-africaines soulignent que ces cadres ont été élaborés en tenant compte des meilleures pratiques comptables

<sup>48</sup> Voir la réponse au questionnaire général, paragraphe 160.

internationales en matière de vérification interne des comptes et que les responsables de cette tâche et de la gestion des risques dans le secteur public bénéficient d'une formation intensive en la matière.

*d. Vérification externe*

91. La Recommandation 2009 contient une série de recommandations — relatives aux obligations en matière comptable, aux vérifications externes indépendantes et aux contrôles internes des sociétés — dont la mise en œuvre est importante pour l'efficacité d'ensemble de la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales.

*i. Normes de vérification des comptes*

92. Aux termes de l'article 286 de la Loi de 1973 sur les sociétés, les administrateurs de sociétés, toutes catégories confondues, doivent présenter des états financiers annuels donnant une image fidèle de la situation financière et des activités des sociétés. L'article 286(2)(d) prévoit que ces états financiers comprennent un rapport établi par un vérificateur. L'article 300 énonce les devoirs du vérificateur aux comptes concernant les états financiers annuels. Ces devoirs incluent les tâches suivantes : (a) examiner les états financiers annuels ; (b) s'assurer que les pièces comptables appropriées sont conservées ; (f) obtenir tous les renseignements nécessaires pour s'acquitter de ses obligations ; (g) s'assurer que les états financiers de la société reflètent les pièces comptables ; (i) effectuer au besoin d'autres vérifications des pièces comptables et des procédures d'audit pour s'assurer que les états financiers reflètent fidèlement la situation financière de la société ou de la société et de ses filiales ; enfin, de manière générale (l) se conformer à toute autre obligation applicable en vertu de la Loi de 2005 relative à la profession de vérificateur aux comptes (APA). Cependant, à l'issue de la mission sur place, les autorités sud-africaines ont confirmé que ces devoirs n'englobent pas l'obligation pour le vérificateur aux comptes de tester ou d'évaluer les contrôles internes. En Afrique du Sud, aucune disposition ne prévoit l'obligation d'évaluer les contrôles internes comme c'est le cas, par exemple, aux États-Unis en vertu du Sarbanes Oxley Act. L'Afrique du Sud a adopté les Normes d'audit internationales (ISA) publiées par l'International Auditing and Assurance Standard Board (IAASB) de la Fédération internationale des comptables (IFAC) le 1<sup>er</sup> janvier 2005. En vertu de ces ISA, le vérificateur n'est pas tenu d'évaluer les contrôles internes. D'autres exigences relatives à la conduite des vérifications comptables sont énoncées dans les textes législatifs régissant différents secteurs d'activité et sont contraignantes pour l'ensemble des sociétés, qu'elles soient cotées ou non. La Loi sur les sociétés ne faisant pas appel à l'épargne publique prévoit un autre moyen par lequel une entité peut exercer des activités commerciales. Ces sociétés ne sont pas tenues de se soumettre à des vérifications externes de leurs comptes, mais un comptable (agréé ou non) doit établir un rapport confirmant entre autres que leurs états financiers sont conformes à leurs pièces comptables.

93. Les représentants de la vérification comptable rencontrés pendant la mission sur place ont attiré l'attention des examinateurs principaux sur un troisième type d'examen des états financiers des sociétés. Ils ont mentionné une proposition de nouveau règlement d'application de la Loi de 2008 sur les sociétés : le Règlement de 2010 sur les sociétés, projet faisant l'objet d'un appel à commentaires, 18 décembre 2009. Ce nouveau règlement mettra probablement fin à l'obligation légale de vérification des comptes pour les entités sans mission d'intérêt public. Il semble que des règles moins strictes (que celles prévues par les normes standards de vérification des comptes) s'appliqueraient à ces examens et que les qualifications des personnes autorisées à procéder à une vérification seraient également revues à la baisse, alors qu'en vertu de la législation en vigueur seuls des vérificateurs aux comptes agréés peuvent s'acquitter de cette tâche. Selon les représentants de la vérification comptable, cette initiative pourrait porter atteinte à la qualité de l'évaluation des contrôles internes effectuée par un vérificateur externe, en fonction du type et de la proportion des entreprises sans mission d'intérêt public qui seront autorisés à simplement recruter une personne chargée de procéder à un examen au lieu de se soumettre à une véritable vérification des



comptes. Les autorités sud-africaines, par contre, ont souligné que l'introduction de ces examens ne nuirait pas à la responsabilisation financière ou à la gouvernance des entreprises et que les normes applicables aux examens contribueront même à améliorer la responsabilité financière par rapport à la situation antérieure à l'adoption de la réforme. Au moment de la rédaction du présent rapport, le processus de consultation était en cours afin de déterminer la taille minimale ou les critères qui permettront de délimiter le champ d'application du Règlement sur les sociétés.

94. La PFMA de 1999 exige des entités du secteur public qu'elles effectuent des vérifications internes des comptes, mettent en place un comité d'audit et adoptent d'autres mesures de contrôle interne. Ces entités sont soumises à une vérification externe conduite par le Contrôleur général d'Afrique du Sud lequel a adopté, dans leur intégralité, les normes d'audit publiées par le Conseil des normes internationales d'audit et d'assurance (IAASB) de la Fédération internationale des comptables (IFA). Chaque norme comporte un volet particulier applicable au secteur public. Les normes de l'IAASB prévoient la prise en considération des fraudes lors de la vérification d'états financiers (ISA 240) et la communication d'informations sur les fraudes et l'intégrité des dirigeants (ISA 260). Le mandat du Contrôleur général consiste notamment à rendre compte des cas graves de non-respect de la législation et de l'ensemble des affaires portées à son attention et considérées comme relevant de l'intérêt public. Les rapports sont soumis à un contrôle de qualité mené par le Conseil des comptables et des vérificateurs du secteur public et déposés devant l'assemblée législative (nationale, provinciale ou locale) au titre de la surveillance exercée par la sphère politique et l'opinion publique. Au 30 avril 2010, la proportion des sociétés enregistrées (publiques, privées et à but non lucratif) vérifiées par le Contrôleur général était de 0.03 % (79 sur 249 996). Comme on l'a vu, seules les entreprises publiques font l'objet d'une vérification externe par le Contrôleur général.

## *ii. Indépendance*

95. Concernant l'indépendance, l'article 286, modifié par la CLAA en 2006, prévoit que le vérificateur aux comptes doit être nommé et changé au bout d'un certain temps, par exemple cinq ans dans le cas des sociétés d'intérêt public. Les autorités sud-africaines mentionnent également l'APA qui réglemente la conduite des vérificateurs dans le cadre de la vérification des comptes d'une société ; par exemple « quels sont les services qui peuvent faire l'objet d'une vérification et ceux au sujet desquels le vérificateur ne peut pas formuler d'avis ». Le Code de conduite professionnelle, publié par l'IRBA prévoit qu'« un praticien devrait être libre — et perçu comme tel — de toute influence, intérêt, relation directe ou indirecte, de nature à être considéré, quel que soit par ailleurs son effet réel, comme incompatible avec les principes d'intégrité, d'objectivité et d'indépendance » (article 6). Le Code énumère en outre de manière relativement détaillée des situations « dans lesquelles, en raison du manque réel ou apparent d'indépendance, un observateur raisonnable pourrait mettre en doute l'indépendance du praticien » (article 7). Ces normes et lignes directrices sont perçues comme efficaces par les praticiens rencontrés au cours de la mission sur place.

## *e. Obligation de signalement des infractions de corruption transnationale*

96. Si les vérificateurs aux comptes sont tenus à certaines obligations de signalement en vertu de la législation relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux<sup>49</sup>, ils ne sont pas tenus de se conformer à des obligations particulières de signalement d'actes présumés de corruption (nationale ou transnationale). Les vérificateurs rencontrés au cours de la mission sur place ont mentionné certaines normes internationales d'audit (International Standards of Auditing ou ISA), ISA 240 et ISA 250, relatives aux responsabilités du vérificateur respectivement en matière de fraude et de contrôle du respect des lois et règlements. Ils ont signalé qu'ils utilisent ces normes pour déterminer ce qui pourrait constituer un indice d'irrégularité

<sup>49</sup> Loi de 2001 relative au Centre de renseignements financiers, art. 29.

éventuelle. Cependant, ces normes n'exigent pas des vérificateurs qu'ils rendent compte aux autorités de tutelle et aux autorités répressives sauf si le droit interne en dispose autrement.

97. Malgré l'absence d'obligation spécifique de signaler les soupçons d'actes de corruption dans la législation sud-africaine, les vérificateurs sont tenus de porter « les irrégularités soumises à signalement » à l'attention de l'IRBA (Independent Regulatory Board for Auditors) en vertu de l'article 45 de l'APA. En ce qui concerne l'article premier de cette loi, une « irrégularité soumise à signalement » est un acte ou une omission illicite commis par un dirigeant de la société vérifiée qui (a) a entraîné ou est susceptible d'entraîner une perte financière importante pour l'entité, ses associés ou ses actionnaires ; (b) revêt un caractère frauduleux ou est assimilable à un vol ; ou (c) constitue un manquement grave à un devoir de loyauté ». Selon les vérificateurs rencontrés au cours de la mission sur place, un pot-de-vin versé à un agent étranger relèverait probablement de l'alinéa (b) de la définition d'une « irrégularité soumise à signalement ». Les participants au panel ont précisé que le montant de l'irrégularité ne devrait pas être forcément déterminant et qu'il serait hors de propos de savoir, par exemple, si l'irrégularité a procuré un avantage financier par le biais de l'obtention d'un marché public.

98. Pendant la mission sur place, des représentants de la vérification comptable ont expliqué qu'après avoir envoyé un rapport écrit à l'IRBA, un vérificateur dispose de trois jours pour notifier les membres du directoire de l'entité vérifiée et de trente jours pour discuter du rapport avec lui et d'envoyer un autre rapport à l'IRBA pour indiquer si l'irrégularité « se poursuit ». L'IRBA doit, aussitôt que possible après réception de ce second rapport, communiquer par écrit à l'autorité de tutelle compétente les détails de l'irrégularité soumise à signalement<sup>50</sup>. Les participants au panel ont également indiqué que, depuis avril 2006, environ 550 irrégularités ont été signalées à l'IRBA dont la plupart avaient été commises dans des PME et que, dans la moitié des cas, la société avait pris des mesures correctrices avant que l'IRBA n'ait le temps de notifier l'instance de tutelle approprié (c'est-à-dire l'administration fiscale sud-africaine ou SARS). À l'issue de la mission sur place, les autorités sud-africaines ont précisé qu'une bonne proportion des signalements d'irrégularité est transmise à la DTI, car la plupart des sociétés concernées relèvent de la juridiction de cet organisme. Ils ont par ailleurs expliqué que cet état de choses explique pourquoi l'IRBA voit la suppression des obligations de vérification des comptes (telles qu'elles sont décrites ci-dessus) d'un mauvais œil concernant certaines sociétés, car « seuls des vérificateurs aux comptes peuvent signaler ces irrégularités ». Toutefois, les participants au panel n'avaient pas connaissance d'exemples de poursuites engagées au titre d'infractions comme la fraude, le détournement de fonds ou le vol à la suite de la déclaration d'une opération suspecte par un vérificateur auprès de la direction de la société, d'un organisme de contrôle des sociétés ou des autorités compétentes.

99. En vertu de l'article 52 de l'APA, les vérificateurs aux comptes peuvent se voir infliger une amende<sup>51</sup> ou une peine d'emprisonnement pouvant atteindre 10 ans pour manquement à leurs obligations de signalement telles qu'elles sont énoncées à l'article 45. Toutefois, les participants au panel ont souligné que les vérificateurs aux comptes ne bénéficient d'aucune protection contre les poursuites judiciaires qui pourraient être intentées contre eux pour avoir envoyé un rapport de ce type. Les représentants de la profession et des instances de tutelle ayant collaboré avec la mission sur place ont signalé qu'il appartient en fait plutôt à l'IRBA de faire suivre le rapport à l'autorité de tutelle appropriée. Les examinateurs principaux se félicitent des efforts déployés par les organes de réglementation sud-africains pour mettre en

<sup>50</sup> Les autorités de tutelle compétentes sont définies dans la Loi sur la vérification comptable comme « tout organisme, registre, régulateur, agence, autorité, centre, conseil ou organisme officiel national analogue établi, nommé, imposé ou chargé d'assurer le respect d'une législation, réglementation, licence, règle, ligne directrice, avis ou instrument analogue délivré en vertu ou conformément à une loi ou un règlement, jugé approprié par le Conseil concernant l'entité. ».

<sup>51</sup> Dont le montant est calculé en vertu de la Loi sur l'administration de la justice et peut atteindre 10 millions ZAR.

place un tel système de signalement. Cependant, ils estiment que le délai de 30 jours séparant le premier du second rapport — et qui doit être épuisé pour que l'IRBA puisse s'acquitter de son obligation de « notifier l'instance de tutelle appropriée » — ne semble pas convenir au signalement d'une infraction comme la corruption, laquelle peut nécessiter une action rapide en vue de préserver les preuves. Ils sont également préoccupés par l'absence de protection des vérificateurs contre des poursuites judiciaires éventuelles.

### *Commentaire*

*Les examinateurs principaux se félicitent des efforts déployés par l'Afrique du Sud depuis 2003 en vue de modifier la Loi sur les sociétés et d'aligner ses normes comptables sur les normes internationales en vigueur. Cependant, ils recommandent de suivre la question de la mise en œuvre des nouvelles dispositions de la Loi de 2008 sur les sociétés après son entrée en vigueur en juillet 2010.*

*Ils recommandent également aux autorités sud-africaines :*

*a) d'envisager d'accroître le rôle des organisations et des associations professionnelles dans la promotion du renforcement du contrôle interne au sein des PME au cas où le nouveau règlement d'application de la Loi de 2008 sur les sociétés mettrait fin à l'obligation légale de vérification des comptes pesant sur les entités sans mission d'intérêt public ;*

*b) d'encourager les sociétés sud-africaines à : (i) mettre au point et adopter des programmes ou mesures de contrôle interne, de déontologie et de conformité adéquats en vue de prévenir et de détecter la corruption transnationale, en tenant compte du Guide de bonnes pratiques figurant à l'annexe II de la Recommandation de 2009 ; et (ii) à faire des déclarations dans leurs rapports annuels ou à rendre publics de toute autre manière leurs programmes ou mesures de contrôle interne, de déontologie et de conformité, y compris ceux contribuant à prévenir et détecter la corruption [Recommandation de 2009, article X.C. et annexe II] ;*

*c) d'envisager d'étendre (i) à d'autres sociétés, y compris toutes les sociétés cotées, les exigences en vigueur en matière d'établissement et de maintien de systèmes de contrôle interne ; et (ii) aux sociétés non cotées, si besoin est, l'obligation de se doter d'organes de surveillance (par exemple des comités d'audit) au sein de l'entreprise [Recommandation de 2009, article X.C.] ; et*

*d) en consultation avec les associations professionnelles compétentes : (i) de prendre des mesures pour encourager la détection et le signalement des soupçons de corruption d'agents publics étrangers par des comptables et des vérificateurs internes et externes, notamment en diffusant des lignes directrices et en dispensant une formation à l'usage de ces praticiens, ainsi qu'en sensibilisant les directoires et conseils de surveillance des entreprises à ces problèmes ; et (iii) de veiller à ce que les vérificateurs signalant — de bonne foi et sur des indices raisonnables — les soupçons d'actes de corruption transnationale aux autorités répressives ou aux autorités de tutelle soient protégés contre des poursuites judiciaires.*

## **6. Détection par le biais des systèmes de lutte contre le blanchiment de capitaux**

100. Un système efficace conçu pour détecter et prévenir les actes de blanchiment de capitaux peut également permettre la découverte d'infractions sous-jacentes comme la corruption transnationale. En Afrique du Sud, le blanchiment de capitaux a été érigé en infraction pénale par la Loi de 1998 relative à la prévention de la criminalité organisée (POCA) (voir plus bas la section B.6. consacrée à l'infraction de blanchiment de capitaux et à son application, laquelle se conclut par un constat de conformité de l'Afrique du Sud à l'article 7 de la Convention anticorruption). De plus, la Loi de 2001 sur le Centre de

renseignements financiers (FICA) a établi cet organe (« le Centre ») en tant que cellule de renseignements financiers dépendant du ministère des Finances.

101. L'Afrique du Sud est membre du Groupe d'action financière (GAFI) ainsi que du Groupe anti-blanchiment en Afrique orientale et australe (GABAOA). En février 2009, le GAFI a adopté son *Rapport d'évaluation mutuelle sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en Afrique du Sud*, lequel décrit en détail les systèmes de lutte antiblanchiment de ce pays<sup>52</sup>.

**a. Déclaration d'opérations suspectes**

102. C'est l'article 29 de la FICA — formulé dans des termes très généraux — qui instaure l'obligation de déclarer les opérations suspectes et inhabituelles au Centre. Cet article dispose qu'« une personne qui exploite une entreprise ou est responsable, administrateur ou salarié d'une entreprise » doit signaler au Centre de renseignements financiers le fait qu'elle connaît ou soupçonne l'existence d'une opération en rapport avec des produits « d'activités illicites » et fournir des détails précis sur celle-ci. L'article 29(3) de la même loi interdit par ailleurs d'informer un client qu'il a fait l'objet d'une déclaration.

103. Le régime sud-africain de déclaration d'opérations suspectes est également très général sous l'angle des situations qu'il convient de signaler. L'article 29(1) de la FICA prévoit la notification au Centre des éléments suivants : l'entreprise concernée a reçu ou est sur le point de recevoir le produit d'activités illégales ; il y a eu une opération ou une série d'opérations auxquelles l'entreprise est partie et ayant facilité ou pouvant avoir facilité le transfert des produits d'activités illégales ou d'activités n'ayant pas d'objectif commercial ou licite apparent ; l'entreprise sert ou a servi d'une manière ou d'une autre au blanchiment de capitaux. L'article 29 ne fixe aucun seuil au-delà duquel la déclaration d'opération suspecte (DOS) est superflue ; par conséquent, une DOS doit être envoyée quel que soit le montant concerné. Le rapport annuel 2008-09 du Centre indique qu'environ 23 000 DOS ont été reçues pendant la période examinée dont 80 % émanaient du secteur bancaire<sup>53</sup>.

104. Les « institutions responsables » sont soumises à des obligations supplémentaires. En vertu de l'annexe 1 de la FICA, ces institutions comprennent différentes institutions financières ainsi que les avocats et les personnes qui dispensent des services de conseil ou de courtage en placements, y compris les experts-comptables fournissant ce type de services. L'article 21 de la Loi énonce l'obligation pour les « institutions responsables » d'identifier leurs clients. Les cabinets comptables doivent également tenir un registre de leurs relations d'affaires et de leurs transactions et communiquer au Centre des informations sur les clients et les personnes agissant pour leur compte<sup>54</sup>. L'article 28 de la FICA dispose que les institutions responsables et les institutions déclarantes<sup>55</sup> signalent au Centre les opérations en espèces dépassant la limite autorisée.

105. Le GAFI a identifié certaines lacunes dans le système sud-africain de surveillance des transactions. En particulier, son rapport 2009 relève l'absence dans la FICA de dispositions exigeant spécifiquement des institutions financières qu'elles prêtent une attention particulière aux transactions revêtant une complexité, une taille ou un profil particuliers, ainsi qu'aux relations d'affaires et aux

<sup>52</sup> Voir le *Rapport d'évaluation mutuelle du GAFI de 2009 sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en Afrique du Sud*.

<sup>53</sup> Voir le *Rapport annuel 2008-09* du Centre de renseignements financiers, p. 32.

<sup>54</sup> FICA, art. 22 et 27.

<sup>55</sup> Selon l'annexe 3 de la Loi, les institutions déclarantes sont les personnes qui vendent des véhicules automobiles ou effectuent des transactions en rands sud-africains (ZAR).

transactions avec des personnes ayant la nationalité ou originaires de pays qui n'appliquent pas ou appliquent insuffisamment les Recommandations du GAFI.

106. Le manquement à l'une quelconque des obligations de signalement énoncées dans la FICA est passible d'une amende ne dépassant pas 10 millions ZAR (1 million EUR ; 1.3 million USD) ou une peine d'emprisonnement n'excédant pas 15 ans. Des sanctions pour violation de cette loi ont été appliquées dans une seule affaire (*S. v. Maddock*). Les autorités de tutelle des institutions déclarantes — comme le Registre des banques ou le Conseil des services financiers — peuvent infliger des sanctions administratives, mais ces sanctions ne sont pas directement applicables à des faits de blanchiment et ne peuvent généralement être imposées que si les manquements au regard de la législation antiblanchiment constituent des pratiques commerciales douteuses, posent des problèmes de sécurité et de bien-fondé ou traduisent une inobservation des critères d'honorabilité et de compétence. Par conséquent, le rapport d'évaluation mutuelle 2009 du GAFI faisait état de préoccupations concernant le caractère insuffisamment efficace et proportionné des sanctions actuellement disponibles en cas de manquement aux obligations de signalement relevant de la lutte contre le blanchiment de capitaux. La Loi portant modification de la Loi sur le centre de renseignements financiers — adoptée en 2009 et qui, selon le Centre, devrait entrer en vigueur à la mi-2010 — est censée pallier ces lacunes<sup>56</sup>.

#### **b. Ressources, sensibilisation et formation**

107. Selon le Rapport d'évaluation mutuelle 2009 du GAFI, le Centre est une CRF dotée d'une structure, d'un financement et d'un personnel adéquats. Membre du Groupe Egmont des cellules de renseignements financiers depuis 2003, il a accès à toute une gamme d'informations financières, administratives et policières de nature à renforcer sa capacité d'analyse des DOS.

108. Sous l'angle de la formation interne, chaque membre du personnel du Centre reçoit chaque année un budget de formation censé lui permettre d'acquérir de nouvelles compétences ou de renforcer ses compétences existantes. Il peut notamment suivre des cours dispensés par le Justice College. La question de la corruption transnationale fait partie de la formation en tant que composante d'un programme plus large de lutte contre la corruption.

109. Le Centre déploie également des efforts pour mieux communiquer avec les institutions déclarantes. En 2009, il a mis sur pied un service tactique de recherche et de typologie chargé d'étudier certaines thématiques débattues sur la place publique ou certaines infractions prédominantes auxquelles sont confrontées les autorités répressives. Deux typologies ont été mises en évidence concernant, respectivement, les mouvements possibles des produits du crime et les actes de blanchiment de capitaux commis dans le cadre d'un usage abusif de produits d'assurance<sup>57</sup>. La question de la corruption transnationale (ou même la question de la corruption en générale) en tant qu'infraction sous-jacente au blanchiment des capitaux n'a fait l'objet d'aucune communication spécifique aux institutions déclarantes. En particulier, les représentants du Centre ont souligné que le nombre d'affaires de corruption enregistré à ce jour en Afrique du Sud n'est pas suffisant pour bâtir une typologie.

#### **c. Échange de renseignements**

110. Le Centre envoie régulièrement des retours d'informations à ses institutions déclarantes. À cette fin, il a mis en place un mécanisme de liaison dans le cadre duquel les services Contrôle de la conformité et prévention et Supervision et analyse rencontrent régulièrement les principales institutions concernées pour échanger avec elles des informations et des idées concernant les questions de blanchiment de capitaux.

<sup>56</sup> Voir le rapport du GAFI, paras. 639 à 646.

<sup>57</sup> Voir le rapport annuel 2008-09 du Centre de renseignements financiers, p. 36.

Pour répondre aux préoccupations exprimées par le GAFI, le Centre communique désormais, pendant ces réunions, des retours d'informations aseptisés concernant les déclarations reçues et les suites qui leur ont été réservées, des études de cas banalisées dans le but d'identifier des indices de blanchiment et le mode opératoire choisi, ainsi que des retours d'informations sur des affaires dans lesquelles les DOS ont facilité l'enquête criminelle<sup>58</sup>.

111. Concernant l'interaction avec les autorités répressives sud-africaines, au cours de la période 2008-09 le Centre a transmis 1 221 déclarations analysées aux autorités répressives ainsi qu'à d'autres organes de surveillance ou à des homologues étrangers<sup>59</sup>. Le point de contact du Centre au sein du SAPS est l'Unité spécialisée dans la délinquance économique (SCCU). Les représentants du Centre interrogés pendant la mission sur place se sont déclarés également satisfaits des retours d'informations de la police en général. Comme on l'a vu et comme on le verra (section B.6. consacrée à l'infraction de blanchiment de capitaux), le nombre d'enquêtes pour infractions de blanchiment de capitaux demeure cependant relativement faible : 64 enquêtes seulement ont été menées et 16 condamnations prononcées.

### *Commentaire*

*Les examinateurs principaux recommandent à l'Afrique du Sud de veiller à ce que le personnel des institutions et des professions tenues d'envoyer des DOS, de leurs autorités de surveillance, ainsi que du Centre de renseignements financiers lui-même, reçoive des lignes directrices et une formation appropriées concernant l'identification et le signalement d'informations susceptibles d'être liées à la corruption transnationale.*

## **B. ENQUÊTE, POURSUITE ET SANCTION DE LA CORRUPTION TRANSNATIONALE**

### **1. Enquête et poursuite**

#### *a. Autorités répressives : structure et indépendance*

##### *i. Service de police sud-africain (SAPS)*

112. Le Service de police sud-africain (SAPS) est le principal organisme chargé des enquêtes criminelles, y compris les enquêtes portant sur la corruption d'agents publics étrangers. Les autorités répressives d'Afrique du Sud ont récemment fait l'objet d'une restructuration, à la suite du démantèlement de la Direction des opérations spéciales (DSO) et de l'établissement de la Direction des enquêtes pénales prioritaires (DPCI) au sein du SAPS. La DSO, établie en 2000, était responsable à la fois des enquêtes et des poursuites de certaines infractions pénales et elle jouissait de compétences partagées concernant les infractions énumérées au chapitre 2 de la PRECCA, y compris la corruption transnationale. Cependant, la Loi de 1998 sur l'Autorité nationale des poursuites (Loi n° 32 de 1998, « la Loi NPA ») a subi en 2008 des modifications ayant notamment entraîné le démantèlement de la DSO. Parallèlement, la Loi de 1995 sur le service de police d'Afrique du Sud (« Loi SAPS ») a été modifiée en vue d'établir la DPCI. Par conséquent, les pouvoirs en matière d'enquête détenus antérieurement par la DSO — laquelle relevait de la

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 34.

NPA — ont été transférés à la DPCI qui relève du SAPS et ne compte aucun procureur dans ses rangs. En vertu de l'article 17F(4) de la Loi portant modification de la loi relative au SAPS (Loi SAPS modifiée), le Directeur national des poursuites publiques (NDPP) doit veiller à ce que les procureurs spécialisés puissent aider les membres de la DPCI dans leurs enquêtes et coopérer avec eux. Les autorités sud-africaines confirment que ce mécanisme a été mis en place et que chaque bureau du ministère public dispose de procureurs spécialisés.

113. Un mémorandum du gouvernement relatif aux objectifs de la modification de la Loi SAPS énonce plusieurs raisons pour justifier le démantèlement de la DSO et l'établissement de la DPCI. Une commission d'enquête a d'ailleurs été formellement nommée afin d'étudier certains problèmes tels que le manque de coordination entre la DSO et le SAPS, l'absence de supervision de la DSO et les opérations menées par la DSO en dehors de son mandat<sup>60</sup>. Le mémorandum insiste également sur la nécessité de s'attaquer à la criminalité organisée de manière plus globale<sup>61</sup>. Pendant la mission sur place, les autorités sud-africaines ont aussi expliqué que l'établissement de la DPCI et le démantèlement de la DSO résultent de la controverse entourant la seconde, depuis sa création, sous l'angle du niveau de participation des procureurs aux enquêtes et du manque d'objectivité des procureurs dirigeant ces enquêtes. Le gouvernement a donc pris la décision politique de transférer — de la NPA au SAPS — cette section du ministère public spécialisée dans les enquêtes.

114. La structure de la DPCI s'établit comme suit<sup>62</sup> :

- le Directeur, choisi parmi les directeurs adjoints de la police, est nommé par le ministre de la Police avec l'accord du Cabinet ;
- des personnes nommées par le Directeur national de la police sur recommandation du chef de la direction et sur la base de l'expérience, de la formation, des qualifications, des compétences ou du savoir de l'intéressé ;
- des juristes nommés par la nouvelle direction ; et
- des agents de divers services ou institutions gouvernementaux détachés auprès de la nouvelle direction.

115. L'article 17B de la Loi SAPS modifiée reconnaît la nécessité d'établir la DPCI « en vue de mener des actions de prévention et des enquêtes concernant les infractions dont la répression est considérée comme prioritaire, notamment celles relevant de la criminalité organisée, de la grande délinquance économique et des cas graves de corruption ». La fonction de la DPCI est d'enquêter sur les infractions considérées comme prioritaires sur le plan national et identifiées comme telles par son Directeur, ainsi que toute autre infraction aux catégories d'infractions portées occasionnellement à l'attention de l'intéressé par le Directeur national de la police, conformément aux lignes directrices éventuellement communiquées par le Comité ministériel<sup>63</sup>. La Loi SAPS modifiée dresse également une nouvelle liste d'infractions relevant de la compétence de la DPCI, laquelle inclut expressément « toute infraction établie par le chapitre 2 et l'article 34 de la Loi de 2004 relative à la prévention et à la répression de la corruption »<sup>64</sup>. À l'issue de la mission sur place, l'Afrique du Sud a expliqué que les lignes directrices ministérielles n'ont pas pour objet de rendre certaines infractions pénales prioritaires par rapport à d'autres. Selon certains participants au panel représentant la société civile et le secteur privé, les enquêtes consacrées aux infractions de corruption

<sup>60</sup> Mémorandum relatif au Projet de Loi sur les objectifs du service de police d'Afrique du Sud, 2008, para. 1.2.

<sup>61</sup> *Ibidem*, para. 1.4.

<sup>62</sup> Loi SAPS modifiée (Loi n° 57 de 2008), article 17C.

<sup>63</sup> Loi SAPS modifiée (Loi n° 57 de 2008), article 17D.

<sup>64</sup> *Ibidem*, article 16(2).

ne semblent pas constituer une priorité en Afrique du Sud laquelle a tendance à privilégier de ce point de vue les crimes violents. Les autorités sud-africaines ne partagent pas ce point de vue. Le SAPS considère que toute enquête criminelle est importante en soi. Concernant le cœur du sujet, des services spéciaux de la DPCI, — l'Unité spécialisée dans la délinquance économique et l'Unité spécialisée dans la criminalité organisée — ont été précisément établis pour enquêter sur les affaires de corruption. Selon l'Afrique du Sud, cette action englobe les affaires de corruption transnationale. De plus, les autorités sud-africaines mettent en avant le Plan stratégique de la NPA, qui fait figurer « les poursuites spécialisées » parmi les activités prioritaires. Cette nouvelle initiative vise plus particulièrement les crimes commis contre des femmes et des enfants, les crimes environnementaux, la corruption dans la fonction publique nationale, la corruption d'agents publics étrangers, certaines infractions fiscales et les violations du droit de la concurrence.

116. L'article 17B de la Loi SAPS modifiée exige notamment que la DPCI dispose de l'indépendance requise pour s'acquitter de ses fonctions et soit dotée d'un personnel — par le biais de transferts, de nominations ou de détachements d'agents — d'une intégrité irréprochable. Le Directeur de la DPCI rend compte au Directeur national de la police (lui-même nommé par le président). Un comité ministériel — comprenant au moins les ministres de la Sûreté et de la Sécurité, des Finances, de l'Intérieur et du Renseignement, ainsi que de la Justice — supervise le fonctionnement de la direction<sup>65</sup>. L'article 17K de la Loi prévoit également un contrôle parlementaire de la DPCI et du comité. Les agents de la DPCI peuvent porter plainte devant un juge à la retraite, à condition de pouvoir apporter la preuve d'une influence ou d'une ingérence — politique ou autre — abusive dont ils auraient fait l'objet concernant la conduite d'une enquête<sup>66</sup>. Le juge à la retraite doit communiquer les résultats de cette enquête au ministre et rendre compte chaque année au Parlement de la manière dont il s'acquitte de ses fonctions<sup>67</sup>. Les agents des autorités répressives sud-africaines ayant participé à la mission sur place ont déclaré que rien dans la pratique ne saurait justifier des préoccupations sous l'angle de l'autonomie et de l'indépendance de la DPCI et que rien ne les a empêchés de mener des enquêtes sensibles et de procéder à l'arrestation d'hommes politiques.

117. Concernant la formation et les ressources, la DPCI comprend 2 079 agents (sans compter le personnel auxiliaire). Selon les représentants de cette direction rencontrée pendant la mission sur place, chaque agent est en mesure — à tout moment — de prendre en charge une enquête pour corruption transnationale. Cependant, les examinateurs principaux s'interrogent sur cette capacité en pratique, dans la mesure où les enquêtes relatives à des actes de corruption transnationale exigent un ensemble de compétences spécifiques et que la DPCI ne comprend pas d'unité ou de groupe d'enquêteurs spécialisé(e) en la matière. Dans leurs réponses au questionnaire de Phase 2, les autorités sud-africaines ont indiqué que le programme de formation des unités spécialisées du SAPS prévoit des cours en classe dont le contenu varie en fonction des attributions des intéressés. Bien que des programmes de formation aient été mis en place sur la conduite des enquêtes pour corruption, y compris les investigations financières et celles prévues par la PRECCA (et notamment par son article 5), force est de constater l'absence d'autre formation mettant spécifiquement l'accent sur la corruption transnationale et sur les particularités des enquêtes portant sur ce type d'infractions. À l'issue de la mission sur place, les autorités sud-africaines ont indiqué avoir mis en place, en mai 2010, des programmes de formation portant spécifiquement sur la corruption transnationale à l'intention de plus de 200 membres du ministère public. La nécessité d'une formation et de ressources spécialisées dans les enquêtes pour corruption transnationale a été soulignée par une partie des participants au cours de la mission sur place. En particulier, des représentants du secteur privé ont relevé que l'absence de spécialisation de la police concernant cette infraction pourrait être liée à l'absence d'obligation de signalement en vertu de l'article 34 de la PRECCA (voir le paragraphe 47 du

<sup>65</sup> *Ibidem*, article 17I.

<sup>66</sup> *Ibidem*, article 17L.

<sup>67</sup> *Ibidem*, articles 17L (6) et 17L(9).



présent rapport pour plus de détails). Les autorités sud-africaines indiquent que, depuis l'entrée en vigueur de l'article 34 de la PRECCA en juillet 2005, aucun signalement de cas allégué de corruption transnationale n'a été reçu et que tout signalement éventuel de ce type serait dûment évalué et transmis si nécessaire aux fins d'enquête.

118. Dans le rapport de Phase 1, le Groupe de travail s'était déclaré gravement préoccupé par le démantèlement de la DSO et avait indiqué qu'il conviendrait de suivre la question de savoir si l'application efficace de l'infraction de corruption transnationale n'est pas affectée par la nouvelle répartition des responsabilités entre les diverses autorités répressives. Des agents de ces autorités ont informé les examinateurs principaux pendant la mission sur place que la majorité des anciens enquêteurs spécialisés de la DSO (dans une proportion de 77 %) ont opté pour leur transfert dans le SAPS. Selon les réponses de l'Afrique du Sud au questionnaire supplémentaire de Phase 2, toutes les enquêtes relevant de la DSO qui étaient pendantes au moment du démantèlement de cette direction ont été transmises à la DPCI et aucune enquête n'a été abandonnée à la suite du transfert. Cependant, il convient également de noter que le nombre de nouveaux dossiers a sensiblement chuté pendant cette période de transition. Compte tenu du laps de temps assez court écoulé depuis le moment où la DPCI est devenue opérationnelle et du fait que quatre enquêtes préliminaires pour des faits de corruption transnationale ont été ouvertes très récemment, l'effet de cette nouvelle répartition devrait faire l'objet d'une surveillance étroite et d'un suivi. Comme on le verra dans la section V, les examinateurs principaux sont préoccupés par l'interaction entre les enquêteurs et les procureurs et par la question de savoir si les intéressés parviendront à coordonner efficacement leur action dès le début d'une affaire de corruption transnationale. Les autorités sud-africaines, quant à elles, se sont déclarées persuadées que ces deux catégories d'agents s'acquittent efficacement de leurs fonctions respectives et sont parvenues à établir des relations de travail satisfaisantes.

*ii. Inspection générale du renseignement*

119. En vertu de la Loi de 1994 sur le contrôle du renseignement (Loi n° 40 de 1994), l'Inspecteur général des services de renseignement peut également recevoir des plaintes et engager les enquêtes correspondantes, y compris concernant des infractions de corruption définies dans la PRECCA. Il a été confirmé, pendant la mission sur place, que les plaintes reçues par l'Inspecteur général sont normalement transmises directement au SAPS. Le président nomme l'Inspecteur général du renseignement — sur la base d'une proposition de la commission parlementaire compétente (la Commission permanente mixte sur le renseignement) —, mais cette nomination doit être approuvée par l'Assemblée nationale sous la forme d'une résolution votée par au moins deux tiers des députés. L'Inspecteur général rend compte à la commission parlementaire du fonctionnement global de son bureau et lui dresse également un rapport d'activité et d'évaluation de la manière dont il s'acquitte de ses fonctions au moins une fois par an.

*iii. Autorité nationale des poursuites*

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

121. L'article 179(4) de la Constitution sud-africaine prévoit que la NPA s'acquitte de ses fonctions sans « crainte, favoritisme ou préjugé ». L'article 32(1)(a) de la Loi NPA dispose en outre que ses agents « se conduisent de manière impartiale et exercent leurs pouvoirs, obligations et fonctions de bonne foi, sans crainte, favoritisme ou préjugé et conformément à la Constitution et à la loi seulement ». Cette obligation a été explicitée par la jurisprudence, notamment à l'occasion de l'affaire *State v Yengeni*<sup>68</sup> dans

<sup>68</sup> *State v Yengeni* 2001 (1) SACR 405.

laquelle le tribunal a estimé que « la Constitution garantit l'indépendance professionnelle du directeur national des poursuites publiques et de tous les membres du ministère public, dans le but évident de les protéger contre toute ingérence dans leurs fonctions de la part de personnes puissantes, jouissant de relations, riches ou bien introduites dans les milieux politiques [...] l'indépendance du système judiciaire [...] dépend de l'indépendance [...] du Directeur national des poursuites publiques. ».

122. L'article 179(1) de la Constitution prévoit que la NPA est dirigée par un Directeur national des poursuites publiques (NDPP) nommé par le président sans consultation formelle (comme c'est le cas pour les ministres, mais pas pour les juges). La Loi NPA prévoit que le NDPP doit être « une personne honorable et compétente au regard de son expérience, de son souci du travail bien fait et de son intégrité »<sup>69</sup>. Le NDPP, de concert avec le ministre de la Justice et après consultation des responsables des poursuites (DPP), définit les orientations en matière de poursuites. L'article 179 (5) (c-d) prévoit que « le NDPP peut intervenir dans le déroulement des poursuites en cas de non-respect des lignes directrices fixant la politique en la matière » et également « revoir une décision de poursuivre ou de ne pas poursuivre ». L'article 179(6) de la Constitution confère au ministre de la Justice (qui fait partie du Cabinet politique) « la responsabilité en dernier ressort de la NPA ». La question des garanties d'indépendance du ministère public est examinée plus en détail ci-dessous dans la section c.i. relative au pouvoir discrétionnaire d'engager des poursuites.

123. Comme le SAPS, la NPA n'abrite aucune équipe de procureurs chargés spécifiquement des affaires de corruption transnationale, de sorte que certains participants à la mission sur place ont également souligné la nécessité de former des agents spécialisés au sein du ministère public. Une partie d'entre eux pense que cette absence de spécialisation et de formation est l'un des facteurs qui contribuent au faible taux de condamnation enregistré en Afrique du Sud, taux que les représentants du secteur privé et de la société civile estiment à environ 15 %. À l'issue de la mission sur place, les autorités sud-africaines ont indiqué un chiffre très différent et avancé un taux de condamnation — pour l'ensemble des tribunaux de district, de région et des Hautes Cours — de l'ordre de 88.6 % au cours de l'exercice budgétaire 2009-10. Les autorités sud-africaines avancent l'idée que le chiffre de 15 % a peut-être été calculé sur la base de tous les crimes signalés. L'Afrique du Sud a fait remarquer l'existence d'une relation de travail bien établie entre le SAPS et la NPA : enquêteurs et procureurs travaillent en équipe dans le cadre des enquêtes et des poursuites. L'Afrique du Sud a en outre indiqué, à l'issue de la mission sur place, que, concernant la corruption transnationale, les modules de lutte contre la délinquance économique des divers bureaux de la DPP au sein de la NPA ont pour mandat spécifique la gestion des « actes graves de délinquance économique », lesquels incluent généralement les cas de corruption transnationale. Les examinateurs principaux soulignent l'importance de la spécialisation au sein des deux organismes, ainsi que de leur capacité à travailler efficacement ensemble, compte tenu de l'établissement de la DPCI. La complexité des affaires de corruption transnationale, le besoin d'obtenir des preuves auprès d'homologues étrangers et la nécessité de travailler avec les autorités répressives de pays tiers constituent autant de facteurs expliquant l'importance d'une spécialisation dans le but de mener des enquêtes efficaces dans les affaires de corruption transnationale.

124. Au cours des discussions tenues pendant la mission sur place, les participants ont mentionné l'existence d'une Unité spécialisée dans la délinquance économique (SCCU) au sein de la NPA. Après vérification, il s'avère que la SCCU se compose de procureurs spécialisés dans les poursuites relatives aux affaires de délinquance économique graves transmises par les sections commerciales du SAPS. L'unité concentrerait apparemment ses activités sur la criminalité en col blanc, y compris la fraude, le détournement de fonds et les infractions aux lois et règlements visant l'établissement et l'exploitation

---

<sup>69</sup> Loi relative à l'Autorité nationale des poursuites, article 9(1)(b).

d'entreprises commerciales<sup>70</sup>. Le texte du mandat de la SCCU, tel qu'il a été communiqué à l'équipe d'examen à l'issue de la mission sur place, prévoit expressément que les affaires complexes liées à des violations de la PRECCA relèvent de la responsabilité de ce service de la NPA. L'unité traite les affaires qui lui sont confiées selon une approche combinée associant des techniques d'enquête et de poursuite<sup>71</sup>. La poursuite de ces affaires est confiée à des tribunaux spéciaux pour la délinquance économique (SCCC). L'impact de l'établissement d'une unité et de tribunaux spécialisés de ce type est important et explique le taux de condamnation de 94 %<sup>72</sup>. Il a également été fait remarquer que les SCCC permettent d'économiser du temps et des ressources et de renforcer les capacités du système. La plupart des affaires sont communiquées par la section commerciale du SAPS, laquelle, selon les réponses des autorités sud-africaines au questionnaire de Phase 2 et les informations communiquées au cours de la mission sur place, semble faire partie de la DPCI. À l'issue de la mission sur place, les autorités sud-africaines ont indiqué que, pour l'instant, les affaires liées à la corruption d'agents publics étrangers sont attribuées aux SCCC, mais qu'une proposition suggère de poursuivre ces affaires devant les Hautes Cours. Le NDPP examine également une proposition en vertu de laquelle toutes les affaires de corruption transnationale seraient poursuivies devant les Hautes Cours. (Voir également, dans le paragraphe 14 du présent rapport et dans la section 4.a. ci-dessous, l'analyse relative aux SCCC).

125. Concernant l'information, le Justice College d'Afrique du Sud dispense aux procureurs des programmes de formation portant sur les demandes d'entraide judiciaire, la corruption, la fraude, la criminalité organisée et l'extradition. Plus spécialement, cet établissement a organisé six séminaires de cinq jours — visant la corruption et la fraude — en 2009-10 au profit de quelque 240 procureurs, séminaires ayant notamment porté sur l'article 5 de la PRECCA (établissant l'infraction de corruption transnationale) y compris sous l'angle de l'article 332 (relatif à la responsabilité des personnes morales) de la Loi sur la procédure pénale. Comme l'indique la section B.1.a. du présent rapport, le NDPP a également publié une circulaire relative à la Convention et à la participation de l'Afrique du Sud au Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales à l'ensemble des procureurs, procureurs en chef et responsables des poursuites. L'article 5.5 de la circulaire encourage chaque DPP à élaborer des programmes de formation et de sensibilisation à la Convention dans son domaine de compétence. Cependant, les examinateurs principaux se sont vus confirmer pendant la mission sur place qu'aucune formation spécifique à l'infraction de corruption transnationale n'avait été organisée sur la base de cette circulaire. La nécessité d'une formation spécialisée relative aux dispositions de l'infraction de corruption transnationale est particulièrement importante, non seulement en raison de la complexité de ce crime, mais également pour vérifier que les procureurs savent que la PRECCA comporte des exceptions spécifiques aux règles et principes juridiques établis, notamment à propos de l'exercice de la compétence. En mai 2010, l'Afrique du Sud a indiqué qu'elle prenait bonne note de cette situation et que des discussions sont déjà en cours avec le Justice College afin de remédier à cette lacune.

#### iv. *Appareil judiciaire*

126. L'introduction du présent rapport contient un aperçu de la structure judiciaire de l'Afrique du Sud : les juges ayant participé aux discussions pendant la mission sur place n'ignoraient rien de l'infraction de corruption transnationale établie par la PRECCA ; cependant, aucune formation spécifique à cette infraction telle qu'elle est définie dans la PRECCA n'a été mise en place à l'intention des membres de l'appareil judiciaire. Le Justice College dispense une formation aux tribunaux de district et aux tribunaux

<sup>70</sup> Antony Altbeker, « The Specialised Commercial Crime Court » in *Justice Through Specialisation? The Case of the Specialised Commercial Crime Court*, Monographie n° 76, Institute of Security Studies, janvier 2003.

<sup>71</sup> Voir généralement : [www.info.gov.za/aboutgovt/justice/npa.htm#specialisedcomm](http://www.info.gov.za/aboutgovt/justice/npa.htm#specialisedcomm)

<sup>72</sup> Voir : [www.pmg.org.za/files/docs/080521sccu.ppt](http://www.pmg.org.za/files/docs/080521sccu.ppt).

de première instance régionaux et a également dispensé une formation relative à la corruption en tant qu'infraction générale — telle qu'elle est définie dans l'article 3 de la PRECCA — aux membres de certains tribunaux régionaux. La formation des membres de cet appareil peut également revêtir la forme de conférences et d'un enseignement entre pairs au niveau des magistrats. Le Parlement examine actuellement un Projet de loi relatif à l'Institut de formation des juges<sup>73</sup>, lequel envisage une approche plus globale de l'information et de la formation professionnelle des magistrats.

v. *Coordination des autorités répressives*

127. L'article 17F de la Loi SAPS révisée impose expressément une approche multidisciplinaire à la DPCI. À cet égard, le Directeur national de la police peut demander le détachement de membres du personnel d'un autre service ou organisme officiel dès lors que le Directeur de la DPCI en fait la demande. La DPCI peut également être aidée dans l'exercice de ses fonctions par un personnel détaché par les services compétents de l'administration publique, y compris le fisc, le Centre de renseignements financiers et le ministère des Affaires intérieures. L'article 17F prévoit aussi que le NDPP doit veiller à ce que la DPCI puisse recevoir l'assistance et la coopération de procureurs qualifiés dans la conduite de ses enquêtes.

128. La Loi SAPS modifiée prévoit également une coordination entre la DPCI et d'autres autorités répressives au niveau du cabinet et des ministères. Comme on l'a vu, le président a désigné un comité ministériel chargé de superviser le fonctionnement de la DPCI et des autres services et organismes officiels compétents. La Loi prévoit également un Comité opérationnel composé du directeur national de la police, du Directeur de la DPCI, du NDPP, des directeurs généraux des ministères des Finances, de la Justice et du Développement constitutionnel, du Renseignement et des Affaires intérieures, du Directeur de l'administration fiscale, du Directeur du Centre de renseignements financiers et de toute autre personne que ce comité pourrait juger bon de solliciter<sup>74</sup>. Le but du comité opérationnel est de contrôler, surveiller et faciliter le soutien et l'assistance apportés par les services ou organismes gouvernementaux concernés à la DPCI, ainsi que les détachements auprès de cette direction.

129. Après la mission sur place, les autorités sud-africaines ont indiqué qu'un protocole d'accord, conclu entre la DPCI et la NPA, prévoit :

- la nature, la portée et les limites des fonctions plus spécifiques pouvant être correctement assumées dans le cadre de l'aide et de la coopération apportées par des procureurs spécialisés à la DPCI au titre des enquêtes menées par cette direction ;
- les mécanismes concrets mis en place pour faciliter l'exécution de ces fonctions ;
- si, et dans quelles circonstances, les procureurs spécialisés concernés pourraient être amenés à prendre la décision de poursuivre ou non et d'exercer l'action publique.

130. Ce protocole d'accord devrait déboucher sur une pollinisation croisée en matière de formation entre la DPCI et la NPA.

131. Comme ils ont eu l'occasion de le déclarer pendant la mission sur place, les examinateurs principaux sont préoccupés par l'absence de coordination et de supervision visant à garantir une coordination étroite entre le SAPS et la NPA dans leur travail, depuis le stade de l'enquête jusqu'à celui des poursuites, dans les affaires de corruption transnationale. Dans la mesure où, en Afrique du Sud, toutes

<sup>73</sup> Voir le [South African Judicial Education Institute Bill](#).

<sup>74</sup> Loi SAPS, article 17J.

les enquêtes visant des actes éventuels de corruption transnationale en sont encore à un stade très précoce, il reste à voir comment cette coordination fonctionnera en pratique entre le SAPS (chargé d'ouvrir les enquêtes) et la NPA (qui dispose de l'expérience requise en matière de poursuite). Les responsables interrogés pendant la mission sur place ont fait état d'une bonne coopération entre la police et le ministère public, les policiers et les procureurs se consultant mutuellement et travaillant de concert dès les premiers stades de l'enquête. L'exemple d'une relation de travail étroite entre la section économique du SAPS et l'unité de la NPA spécialisée dans la délinquance économique a été fourni à propos des enquêtes et des poursuites relatives aux infractions économiques complexes. Le SAPS a également mentionné le Comité opérationnel, établi en vertu de l'article 17J de la Loi SAPS, lequel réunit notamment des représentants du SAPS et du NDPP, ainsi que du ministère de la Justice et du Développement constitutionnel. La fonction de ce comité, cependant, n'est pas de coordonner la gestion des affaires, mais de « contrôler, surveiller et faciliter le soutien et l'assistance apportés par les services ou organismes gouvernementaux concernés à la DPCI ». Les examinateurs principaux demeurent néanmoins préoccupés par le niveau d'interaction entre les enquêteurs et les procureurs, ainsi que par le besoin d'une supervision et espèrent que la restructuration des autorités répressives n'a pas porté atteinte à la coopération entre les personnels telle qu'elle existait du temps de la DSO. Cette question devrait continuer à faire l'objet d'un suivi.

### **Commentaire**

*Si les examinateurs principaux ont pris note de la restructuration récente des autorités répressives en Afrique du Sud et de la période de transition qui a suivi, ils n'en demeurent pas moins préoccupés par le fait que les ressources existantes en matière d'enquête et de poursuite visant des actes de corruption transnationale, y compris au niveau de la formation, sont insuffisantes pour permettre que de telles infractions soient convenablement détectées, instruites et poursuivies. Par conséquent, ils recommandent aux autorités sud-africaines de veiller à ce que des ressources suffisantes soient dégagées et à ce qu'une formation spécialisée soit dispensée aux autorités répressives compétentes en matière de détection, d'instruction et de poursuite des actes de corruption transnationale.*

*Les examinateurs principaux considèrent que l'existence d'un personnel d'enquête et de poursuite spécialisé est indispensable au succès des poursuites d'actes de corruption transnationale et ils se félicitent de la mise en place d'un cadre législatif visant à promouvoir la coordination entre les autorités répressives. Toutefois, en raison de la complexité de l'infraction de corruption transnationale — ainsi que des structures commerciales juridiques élaborées qui peuvent servir à la commettre — les examinateurs principaux recommandent aux autorités sud-africaines de former des enquêteurs et des procureurs spécialisés. L'Afrique du Sud devrait également veiller à ce que policiers et procureurs travaillent ensemble de manière efficace. Ils considèrent que cette question devrait continuer à faire l'objet d'un suivi.*

### **b. Conduite des enquêtes**

#### *i Engagement de la procédure*

132. Pendant la mission sur place, le SAPS a confirmé que la police pouvait lancer une enquête pour infraction de corruption transnationale : (i) lorsqu'elle est officiellement saisie dans le cadre du dépôt d'une plainte pénale, (ii) lorsque des faits lui sont signalés en vertu de l'article 34 de la PRECCA, ou (iii) sur la base d'un rapport reçu par la Commission de la fonction publique<sup>75</sup>. Dans les cas de figure (ii) et (iii), la

<sup>75</sup> Comme l'indique l'article B.2.a. du présent rapport, la Commission de la fonction publique est chargée de gérer la ligne d'assistance téléphonique nationale anticorruption (NACH) qui permet au public de signaler également des soupçons de corruption, y compris des infractions alléguées de corruption transnationale.

police doit obtenir des preuves avant de pouvoir engager officiellement une procédure pénale. Il est également possible de transmettre des dossiers au SAPS de manière qu'ils fassent l'objet d'une enquête menée par la NPA.

133. Pendant l'analyse de Phase 1, les examinateurs principaux ont également appris que le SAPS peut ouvrir une enquête de sa propre initiative sur la base, par exemple, d'articles de presse étayés<sup>76</sup>. À l'issue de la mission sur place, les examinateurs principaux ont reçu des informations complémentaires sur le bureau chargé, au sein du SAPS, de suivre la presse concernant les allégations de corruption. De ce point de vue, le Bureau de contre-espionnage et le Centre de renseignements sur la délinquance financière et la cybercriminalité — deux structures relevant du Service de renseignements criminels du SAPS — suivent les articles publiés dans la presse afin de recueillir des renseignements contenant des allégations relatives à des infractions et réunissent des informations susceptibles d'étayer ces allégations. Lorsqu'une affaire criminelle ou une infraction pénale est détectée, le dossier est transmis à la DPCI à charge pour elle de compléter l'enquête. Toutefois, jusqu'à présent, les actes allégués de corruption transnationale signalés dans la presse n'ont pas en pratique motivé l'ouverture d'une enquête ; les examinateurs principaux sont préoccupés par le fait que, malgré des débuts d'allégations — accessibles publiquement — concernant des affaires de corruption transnationale, ni le SAPS ni la NPA n'ont pris l'initiative de vérifier ces informations à un stade précoce.

134. Une enquête ne peut être ouverte qu'en présence d'un soupçon raisonnable. Le SAPS ne peut mettre fin à une enquête qu'après avoir consulté le procureur. Selon les autorités sud-africaines, la loi prévoit qu'en présence d'une nouvelle preuve relative à une affaire, celle-ci peut-être encore déférée aux tribunaux. Concernant l'article 6 de la Convention qui exige que le régime de prescription de l'infraction de corruption d'agent public étranger ménage « un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites », l'article 18 de la CPA dispose que le droit d'engager des poursuites pour corruption s'éteint au bout de 20 ans à compter du moment de la commission de l'infraction<sup>77</sup>. Dans ses réponses au questionnaire de Phase 2, l'Afrique du Sud a également mentionné le droit — garanti par la Constitution — d'être jugé dans un délai raisonnable<sup>78</sup>. Les autorités sud-africaines ont donné des détails sur cette question pendant la mission sur place et notamment expliqué que l'évaluation du « délai suffisant » se fonde sur le concept de « caractère raisonnable » et tient compte de la nature, des faits et des circonstances de la cause.

#### Affaires impliquant la corruption d'agents publics étrangers

135. À l'époque de la mission sur place, les autorités sud-africaines ont confirmé l'ouverture de quatre affaires de corruption d'agents publics étrangers lesquelles font actuellement l'objet d'une enquête préliminaire. Deux affaires ont été ouvertes en décembre 2009 et les deux autres en février 2010. Cependant, des articles de presse révélant des détails d'actes de corruption d'agents publics étrangers commis par des entreprises sud-africaines, y compris celles faisant l'objet d'une enquête préliminaire, sont parus dès la mi-2008. De ce point de vue, les examinateurs principaux ont noté que ces enquêtes préliminaires ont été ouvertes au cours du trimestre ayant précédé la mission sur place. Ce constat soulève des préoccupations concernant l'absence d'efforts volontaristes déployés par les autorités sud-africaines pour enquêter sur des affaires de corruption transnationale, compte tenu notamment des circonstances

<sup>76</sup> Afrique du Sud : Phase 1, Examen de l'application de la Convention et de la Recommandation révisée de 1997, approuvé par le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales le 20 juin 2008.

<sup>77</sup> Le délai de prescription de certaines infractions est plus long. Tel est le cas des infractions énumérées dans l'article 18(a) à (g) de la Loi de procédure pénale, notamment la trahison, le génocide et d'autres crimes très graves.

<sup>78</sup> Constitution sud-africaine, article 25(3).

aggravantes des affaires concernées ; les entreprises sud-africaines faisant actuellement l'objet d'une enquête préliminaire opèrent dans des secteurs d'activité sensibles et les allégations concernent des actes qui auraient été commis dans des zones géographiques à haut risque. Au moment de la rédaction du présent rapport, aucune mise en accusation formelle n'avait été formulée.

136. Sur la base des informations qui leur ont été communiquées sur les premières mesures prises dans le cadre des enquêtes préliminaires par les autorités répressives sud-africaines, les examinateurs principaux sont également préoccupés par l'absence de démarche volontariste. Dans certaines affaires, aucune mesure n'a été prise au-delà d'une simple demande d'information à Interpol, sans autres initiatives visant à approfondir l'enquête en attendant la réponse de cet organisme. À propos d'une affaire très importante visant des allégations d'actes de corruption transnationale commis par une entreprise publique sud-africaine opérant en Inde, les autorités sud-africaines ont informé les examinateurs principaux qu'aucune enquête préliminaire n'avait été ouverte en raison d'une procédure civile pendante. Cependant, ils se sont vus confirmer lors de la mission sur place que la règle générale en Afrique du Sud veut qu'aucune enquête pénale ne puisse être interrompue par une procédure civile. De plus, une demande d'entraide judiciaire émanant des autorités indiennes a été reçue dans cette affaire et contient probablement des informations utiles pour les enquêteurs, mais n'a pas été exploitée pour approfondir l'enquête.

137. Les examinateurs principaux sont gravement préoccupés par cette absence de progrès et de démarche volontariste dans les enquêtes portant sur les allégations de corruption transnationale. De plus, le report de l'ouverture de toute forme d'enquête pourrait nuire aux chances de succès de l'instruction et des poursuites, dans la mesure où il est mis à profit par les entreprises concernées pour détruire les preuves. Ce report limite également les chances de pouvoir réunir des éléments de preuve en recourant à des opérations d'infiltration dans les affaires d'infraction continue.

### *Commentaire*

***Malgré les mesures prises récemment par les autorités répressives sud-africaines concernant des allégations relatives à des actes de corruption transnationale commis par des entreprises sud-africaines, les examinateurs principaux demeurent très préoccupés par le manque de progrès dans ce domaine, compte tenu notamment de la disponibilité d'informations concernant les allégations et ils recommandent aux autorités sud-africaines de prendre toutes les mesures requises pour garantir que les allégations de corruption transnationale fassent rapidement l'objet d'une détection, d'une enquête et — si besoin — de poursuites, dans le cadre d'une approche volontariste.***

***Les examinateurs principaux recommandent également à l'Afrique du Sud de suivre et d'évaluer en permanence les performances des autorités répressives concernant les allégations de corruption transnationale et, en particulier, lorsqu'il faut décider s'il convient ou non d'ouvrir ou de clore une enquête, point qui devrait faire l'objet d'un suivi par le Groupe de travail.***

#### *ii. Techniques d'enquête*

##### Techniques d'enquête générales et spéciales

138. La Loi de procédure pénale de 1977 (Loi n° 51 de 1977 ou « CPA ») et l'article 13 de la Loi sur le Service de police d'Afrique du Sud (Loi n° 68 de 1995 ou « Loi SAPS ») énoncent des pouvoirs généraux de perquisition et de saisie qui peuvent être utilisés sur la base d'un mandat délivré par un officier ministériel<sup>79</sup>, tandis que le chapitre 2 de la CPA prévoit les modalités de l'exécution et de la

<sup>79</sup> Loi de procédure pénale (Loi n° 51 de 1977), chapitre 2, articles 20 et 21.

délivrance de mandats de perquisition, de saisie, de confiscation et de liquidation des biens liés à une infraction. Son article 20 couvre la saisie de tout objet « ayant un lien ou dont on peut raisonnablement soupçonner qu'il a un lien pouvant constituer la preuve de la commission avérée ou présumée d'une infraction perpétrée soit sur le territoire de la République soit ailleurs ; ou qui est supposé servir ou dont on peut raisonnablement soupçonner qu'il est supposé servir à commettre une infraction »<sup>80</sup>. Comme l'indique l'analyse de Phase 1 de l'Afrique du Sud, cette disposition peut également être invoquée pour procéder à la saisie du pot-de-vin lorsqu'il se trouve encore en possession du corrupteur, ou du moins sur le territoire sud-africain. La CPA prévoit aussi des exceptions permettant de procéder à une perquisition et à une saisie sans mandat<sup>81</sup>. Les autorités sud-africaines ont déclaré, dans leurs réponses au questionnaire de Phase 2, que l'État dispose des mêmes pouvoirs pour enquêter sur une infraction commise par une personne morale et par une personne physique.

139. Des techniques d'enquête spéciales peuvent également être utilisées en vertu de la CPA, de la Loi de 2002 sur l'interception des communications et la livraison d'informations basées sur des communications (Loi n° 70 de 2002 ou RICA), et de la Loi de 1994 sur les renseignements nationaux stratégiques (Loi n° 29 de 1994 ou NSIA). Les enquêteurs peuvent recourir à des techniques d'enquête spéciale dans le cadre de n'importe quelle enquête (y compris une enquête visant des actes de corruption transnationale), dès lors que les techniques conventionnelles ne peuvent pas aboutir. Ces techniques peuvent notamment englober, en fonction des circonstances de la cause et des activités des auteurs de l'infraction, des opérations de livraison contrôlée ou d'infiltration et une surveillance électronique. Plus spécialement, l'article 252(a) de la CPA prévoit la possibilité de procéder à des opérations d'infiltration ou des opérations clandestines ; la RICA prévoit l'interception de certaines communications, la surveillance de certains signaux et fréquences radio, ainsi que la fourniture de certaines informations basées sur des communications, tandis que la NSIA régit notamment la manière de recueillir des renseignements visant des activités criminelles en recourant à des opérations à découvert et secrètes. Les représentants des autorités répressives sud-africaines ont confirmé, pendant la mission sur place, qu'ils disposaient de la capacité logistique requise pour recourir à ces techniques d'enquête spéciales.

140. L'un des participants à la mission sur place a fait remarquer que l'Afrique du Sud dispose de certaines techniques d'enquête spéciales parmi les plus modernes au monde, mais que la mise en œuvre, la sensibilisation et la formation laissent à désirer. À cet égard, il convient de noter que l'utilisation abusive de ces techniques peut provoquer le dépôt de recours en inconstitutionnalité. Comme des dispositions de la RICA autorisent les ingérences dans le droit à la vie privée tel qu'il est protégé par la Constitution<sup>82</sup>, il convient de s'interroger sur le caractère raisonnable et justifiable de la limitation de ce droit dans une société ouverte et démocratique<sup>83</sup>.

### Secret bancaire

141. Les autorités sud-africaines ont indiqué, dans leurs réponses au questionnaire de Phase 2, que les dispositions relatives aux perquisitions et aux saisies de l'article 20 de la CPA couvrent les informations considérées comme confidentielles à un titre ou à un autre : pièces comptables relatives à une opération, informations relatives à l'identification de clients, livres de comptes, correspondance commerciale et tout autre document relatif à un client et susceptible d'être détenu par une institution financière. Les

<sup>80</sup> *Ibidem*, chapitre 2, article 20 (a), (b), (c).

<sup>81</sup> *Ibidem*, chapitre 2, article 22.

<sup>82</sup> Constitution sud-africaine, article 36.

<sup>83</sup> Les facteurs devant être pris en considération incluent : (a) la nature du droit ; (b) l'importance du but de la limitation ; (c) la nature et l'étendue de la limitation ; (d) la relation entre la limitation et le but et (e) la prise en considération de moyens moins restrictifs de parvenir au même but.



représentants des autorités répressives sud-africaines ont confirmé pendant la mission sur place ne rencontrer aucune difficulté pour accéder aux informations bancaires et financières pertinentes dans le cadre de leurs enquêtes.

### Protection des témoins

142. Les modalités de cette protection sont fixées par la Loi de 1998 sur la protection des témoins (Loi n° 112 de 1998 ou WPA). La WPA n'énumère pas le type d'infractions pouvant justifier la protection d'un témoin, de sorte que ce procédé pourrait être envisagé dans le cadre d'une procédure visant une affaire de corruption transnationale. L'article 7 de la WPA prévoit qu'un témoin « ayant des raisons de croire que sa sécurité ou celle d'un de ses proches est ou pourrait être menacée par une personne, un groupe ou une catégorie de personnes, connue(s) ou non de lui, en raison de sa qualité de témoin » peut adresser une demande de protection aux autorités répressives ou aux autres organismes compétents<sup>84</sup>. La WPA prévoit aussi, entre autres, l'établissement d'un Bureau pour la protection des témoins ; les fonctions, pouvoirs et obligations du directeur de ce Bureau ; la protection temporaire des témoins en attendant la mise en place d'une protection définitive ; le placement des témoins et de leurs proches sous protection, les services liés à la protection des témoins et de leurs proches ; et le service dont peuvent bénéficier les témoins dans le prétoire.

#### *Commentaire*

*Les examinateurs principaux se félicitent du large éventail de mesures d'enquête auquel peuvent recourir les autorités dans le contexte de leurs investigations sur des actes de corruption transnationale. Ils appellent instamment ces autorités à utiliser pleinement ces techniques de manière à enquêter efficacement sur les soupçons de corruption transnationale. À cette fin, ils recommandent à l'Afrique du Sud de veiller à ce que tout le personnel compétent soit conscient de l'existence de ces techniques importantes et formé à leur utilisation adéquate.*

#### *c. Principes régissant les poursuites*

*i. Pouvoir discrétionnaire dont dispose le ministère public pour engager, conduire ou suspendre des procédures sous le contrôle et la direction du NDPP*

143. La Loi relative à l'Autorité nationale chargée des poursuites accorde à cette dernière un pouvoir d'appréciation en matière de procédure pénale, s'agissant notamment de l'opportunité des poursuites ou de leur abandon<sup>85</sup>. Diverses dispositions de la Constitution sud-africaine et de la Loi NPA visent à garantir l'exercice indépendant du pouvoir discrétionnaire d'engager des poursuites<sup>86</sup>. La Loi accorde le pouvoir d'engager, d'exercer et de suspendre des poursuites pénales au Directeur national adjoint des poursuites publiques et à tout responsable des poursuites (DPP) « sous réserve du contrôle et des directives du NDPP » et à tout procureur « dans la mesure où il a été autorisé à ce faire par écrit par le NDPP ». Les procureurs rencontrés pendant la mission sur place ont expliqué qu'en pratique ces décisions sont prises par un responsable des poursuites et le procureur, même si le NDPP est habilité à les revoir.

<sup>84</sup> Loi sur la protection des témoins (Loi n° 112 de 1998), article 7.

<sup>85</sup> Loi NPA, article 20.

<sup>86</sup> Voir par exemple l'article 179(4) de la Constitution et l'article 32(1)(a) de la Loi NPA.

144. Les Directives en matière de politique de poursuite<sup>87</sup>, adressées par le NDPP<sup>88</sup> à tous les procureurs, prescrivent également que « *lorsqu'un procureur constate qu'il existe suffisamment de preuves pour laisser entrevoir une possible condamnation, il y a lieu normalement d'engager des poursuites, sauf si cela est contraire à l'intérêt public* » [souligné par nous]. Les facteurs qui doivent être examinés lors de la prise en considération de l'intérêt public sont décrits ci-après. Selon les procureurs rencontrés sur place, ces directives mettent en œuvre les grandes orientations approuvées par le Parlement en la matière.

145. Les Directives en matière de politique de poursuite précisent qu'une fois engagées, les poursuites ne peuvent être abandonnées que pour des « *motifs impérieux* ». Les autorités sud-africaines font le rapprochement entre ces « *motifs impérieux* » et les « *circonstances importantes et impérieuses* » mentionnées dans plusieurs textes de loi sud-africains. Dans leurs décisions, les tribunaux ont estimé, par exemple, que des éléments de preuve ne laissant pas entrevoir de perspectives raisonnables de succès peuvent constituer des « *circonstances importantes et impérieuses* »<sup>89</sup>. La Loi NPA<sup>90</sup> prévoit que les procureurs peuvent être amenés à justifier leur décision d'engager ou non des poursuites ou bien d'abandonner des poursuites. La même loi érige également en infraction pénale certaines ingérences ou tentatives d'ingérence dans l'exercice de ce pouvoir en toute indépendance<sup>91</sup>.

146. Les procureurs ont également la possibilité de conclure une transaction pénale avec un accusé dans un procès criminel, comme l'indiquent les réponses de l'Afrique du Sud au questionnaire général<sup>92</sup> et l'explique la sous-section qui suit.

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

147. L'article 5 de la Convention prévoit que les enquêtes et poursuites « ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause ».

148. La législation sud-africaine ne dispose pas que les enquêtes et poursuites ne sauraient être influencées par des facteurs liés à l'intérêt économique national, l'effet possible sur les relations avec un pays tiers ou l'identité des personnes physiques ou morales concernées. Cependant, à propos des poursuites, les autorités sud-africaines expliquent que l'intérêt public est l'un des principaux facteurs que les procureurs doivent prendre en compte pour décider d'engager ou non des poursuites, en vertu des Directives en matière de politique de poursuite selon lesquelles « *lorsqu'ils se demandent s'il est ou non dans l'intérêt public d'engager des poursuites, les procureurs doivent examiner l'ensemble des facteurs pertinents, notamment la nature et la gravité de l'infraction, son « impact économique sur la collectivité, les menaces qu'elle représente pour la population ou les dommages qu'elle a causés aux biens publics et ses incidences sur la tranquillité d'esprit et le sentiment de sécurité de la population* » [souligné par nous]<sup>93</sup>. De nombreux autres facteurs doivent être envisagés et les Directives précisent également que « la

<sup>87</sup> La version actuelle a été publiée en 1997. Des Directives en matière de politique de poursuite révisées seraient à l'étude selon les procureurs et les représentants du ministère de la Justice.

<sup>88</sup> En vertu de l'article 21(1) de la Loi NPA.

<sup>89</sup> Pour plus de précisions sur la jurisprudence pertinente, voir la réponse au point 5.1.18 du questionnaire général.

<sup>90</sup> Article 32(1) (b) de la Loi NPA.

<sup>91</sup> Article 41(1) de la Loi NPA.

<sup>92</sup> Voir la réponse au point 5.1 du questionnaire général.

<sup>93</sup> Voir la réponse au point 5.2.2 du questionnaire général.

pertinence de ces facteurs et l'importance qui leur est accordée sont fonction des circonstances de la cause ». Pendant la Phase 1, les autorités sud-africaines avaient souligné que « l'impact économique » de l'infraction fait partie en l'occurrence des éléments à prendre en compte lors de l'examen de la « nature et de la gravité de l'infraction » et qu'il serait considéré comme une circonstance aggravante seulement si la corruption a une incidence défavorable sur l'économie du pays.

149. Comme on l'a vu pendant la Phase 1, tel serait sans doute le cas d'une infraction de corruption nationale qui nuirait manifestement à l'économie sud-africaine, mais il est fort possible qu'une enquête en matière de corruption transnationale entraîne les mêmes effets en mettant à mal la situation économique d'une grande entreprise nationale. La prise en compte de l'« impact économique de l'infraction sur la collectivité » a soulevé de vives préoccupations pendant la Phase 1 : d'aucuns craignaient que le traitement d'une infraction de corruption transnationale en Afrique du Sud puisse être influencé par des considérations d'intérêt économique national, ce qui serait contraire aux prescriptions de l'article 5 de la Convention<sup>94</sup>. Pendant la Phase 1, les autorités sud-africaines avaient indiqué au Groupe de travail leur intention d'apporter les clarifications nécessaires<sup>95</sup>. Une circulaire (jointe aux réponses de l'Afrique du Sud au questionnaire supplémentaire de Phase 2) — approuvée par le NDPP par intérim avant la mission sur place — précise que « le DPP concerné ou son adjoint [...] ne peuvent pas prendre l'impact économique de l'infraction sur la collectivité en considération, à moins que cet impact puisse constituer une circonstance aggravante ». Les examinateurs principaux estiment que la circulaire constitue un premier pas important et se félicitent des informations communiquées par les représentants de la NPA pendant la mission sur place, selon lesquelles une révision des Directives en matière de politique de poursuite est en cours, révision qui précisera notamment que les procureurs ne doivent pas prendre l'impact économique de l'infraction en considération au moment de décider d'engager ou non des poursuites. Les examinateurs principaux estiment qu'il faut apporter cette clarification sans délai, dans la mesure où la circulaire en vigueur n'a pas le même poids juridique que les Directives. Au moment de la rédaction du présent rapport, la NPA a indiqué que la mention de l'impact économique a été supprimée dans le projet de révision des Directives en matière de politique de poursuite, lequel a été soumis à l'aval du ministre.

150. Comme l'a indiqué le Groupe de travail sur la corruption dans des évaluations antérieures de pays parties à la Convention anticorruption, des facteurs politiques et économiques extérieurs peuvent affecter les affaires de corruption transnationale dès lors qu'un procureur n'est pas suffisamment protégé contre les pressions et les influences externes. On notera que les examinateurs n'ont pas eu connaissance, pendant la mission sur place, d'informations faisant état d'ingérence politique indue dans la gestion des affaires de corruption transnationale en Afrique du Sud. La Constitution sud-africaine prévoit expressément que « la législation nationale doit veiller à ce que le ministère public exerce ses fonctions sans crainte, favoritisme ou préjugé ». En vertu de son article 179(1), « le Directeur national des poursuites publiques (NDPP), [...] dirige le ministère public et il est nommé par le président »<sup>96</sup>, sans consultation préalable formelle d'autres organes (comme c'est déjà le cas pour les ministres, mais pas pour les juges). L'article 9 de la Loi NPA énonce les qualifications requises des candidats au poste de NDPP<sup>97</sup>. Le

<sup>94</sup> L'article 5 de la Convention dispose :  
*Les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger [...] ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause.*

<sup>95</sup> Voir le paragraphe 171 du rapport de Phase 1 sur l'Afrique du Sud.

<sup>96</sup> Article 179(1) de la Constitution sud-africaine.

<sup>97</sup> L'article 9 de la Loi NPA prévoit que :

(1) tout candidat à la fonction de Directeur national des poursuites publiques, de Directeur national adjoint des poursuites publiques ou de responsable des poursuites doit :

(a) posséder les qualifications juridiques requises pour pouvoir plaider devant n'importe quel tribunal de la République ;t

président dispose également du pouvoir de démettre le NDPP sans l'autorisation préalable du Parlement<sup>98</sup>. De plus, c'est au ministre de la Justice que revient « la responsabilité en dernier ressort de l'Autorité nationale des poursuites »<sup>99 100</sup>. À propos de la nomination et la révocation du NDPP, l'équipe d'examen a noté que la société civile et les médias ont exprimé des préoccupations en 2007 concernant la révocation du NDPP de l'époque par l'ancien président, apparemment à cause « d'une détérioration irréversible des relations de travail entre le ministre de la Justice et du Développement constitutionnel et le NDPP »<sup>101</sup>. La Commission Ginwala<sup>102</sup>, chargée d'évaluer la capacité du NDPP à remplir son office, avait estimé que l'intéressé était « une personne honorable et compétente ». Néanmoins, cette révocation avait été confirmée par le président, ainsi que par le Parlement, au motif que l'intéressé n'avait pas prêté suffisamment attention aux questions de sécurité nationale. Le NDPP avait contesté cette décision devant les tribunaux et fini par conclure un règlement à l'amiable. L'équipe d'examen a également noté que la nomination du NDPP actuel<sup>103</sup> a soulevé de vives critiques dans les médias, la société civile et l'opposition, au motif notamment que l'intéressé se serait immiscé dans de précédentes décisions de la NPA<sup>104</sup>. Cette nomination fait actuellement l'objet d'un recours devant les tribunaux.

151. En vertu de la Constitution, le NDPP « peut revoir une décision d'engager ou non des poursuites »<sup>105</sup>. Rappelons qu'aucune disposition législative n'impose qu'une telle décision soit motivée. Néanmoins, il semble qu'il soit d'un usage courant pour le NDPP de diffuser des communiqués de presse, au moins dans les affaires majeures. Par exemple, en 2009, il a décidé de retirer toutes les accusations portées contre un très haut fonctionnaire, ainsi que contre l'entreprise de fabrication d'armes qui était son coaccusé, concernant un contrat d'armement ayant fait l'objet d'une large publicité et portant sur un montant de plusieurs milliards de dollars. Dans une déclaration publique, le NDPP a expliqué que les poursuites avaient été abandonnées en raison d'un vice de procédure qui s'était soldé par une violation des garanties constitutionnelles de l'accusé<sup>106</sup>. Une décision du NDPP de mars 2010 d'annuler une ordonnance conservatoire dans le contexte d'une enquête visant un contrat d'armement de plusieurs milliards de dollars a également donné lieu à un communiqué de presse (voir aussi plus bas la section 4.b. consacrée à la confiscation)<sup>107</sup>. En vertu de la Loi pour la promotion de la justice administrative, ces décisions ne peuvent

---

(b) être une personne honorable et compétente au regard de son expérience, de son souci de travail bien fait et de son intégrité ; et

(2) tout candidat à la fonction de Directeur national des poursuites publiques doit posséder la nationalité sud-africaine.

<sup>98</sup> Article 12(6) de la Loi NPA.

<sup>99</sup> Article 179(6) de la Constitution sud-africaine.

<sup>100</sup> Voir également l'arrêt *State v. Yengeni* tel qu'il est mentionné plus haut au paragraphe 116.

<sup>101</sup> Voir par exemple, [BBC News, 28 septembre 2007](#) ; [Politicsweb, 8 octobre 2007](#) ; et [Mail & Guardian, 8 décembre 2008](#).

<sup>102</sup> [Frene Ginwala](#), un ancien président de l'Assemblée nationale, avait été chargé, le 28 septembre 2007, de diriger l'enquête consacrée à la décision de suspendre le NDPP en vertu de l'article 12(6) de la Loi NPA.

<sup>103</sup> Annonce de la nomination du NDPP actuel le 25 novembre 2009.

<sup>104</sup> Voir par exemple le communiqué de presse de novembre 2009 du Centre for Constitutional Rights (F W de Clerck Foundation), le numéro du [Mail & Guardian daté du 26 novembre 2009](#), le numéro du [Times daté du 29 novembre 2009](#) et les émissions de [News 24](#).

<sup>105</sup> Constitution sud-africaine, article 179(5).

<sup>106</sup> Voir la [déclaration du NDPP](#) en date du 6 avril 2009.

<sup>107</sup> Voir la [déclaration du NDPP](#) en date du 19 mars 2010.

faire l'objet d'aucune révision judiciaire<sup>108</sup> même si, comme l'a précisé la Cour constitutionnelle en 2007 dans sa décision *Masethla vs President of South Africa*, il est possible d'introduire un recours en légalité (« le pouvoir de révocation ne peut pas être exercé de mauvaise foi, arbitrairement ou de manière irrationnelle »)<sup>109</sup>. Les autorités sud-africaines ont également informé l'équipe d'examen que le NDPP est soumis aux Directives en matière de politique de poursuite, lesquelles énoncent les facteurs à prendre en considération dans le cadre des poursuites, y compris sous l'angle de l'exercice par l'intéressé de son pouvoir de revoir les décisions de poursuivre ou non. Par conséquent, à supposer que les Directives fassent l'objet d'une clarification précisant que les considérations énoncées à l'article 5 ne peuvent pas être prises en compte, le NDPP serait tenu par le texte. L'équipe d'examen a relevé que les décisions susmentionnées d'abandon des poursuites visant des affaires majeures de corruption nationale ont soulevé des questions de la part de la société civile et des médias, à la fois en Afrique du Sud et à l'étranger, quant à une éventuelle influence politique sur les décisions du ministère public. Ces préoccupations sont abordées dans deux déclarations du NDPP, indiquant, à propos de la décision de 2009, qu'un vice de procédure avait motivé l'abandon des poursuites et, au sujet de la décision de 2010, que la raison de l'abandon résidait dans le caractère insuffisant des preuves d'une conduite criminelle. Et le NDPP d'ajouter : « cette décision ne signifie pas que la NPA ne tiendra pas compte des informations relatives à cette affaire. La décision concerne uniquement la question de l'ordonnance conservatoire. »<sup>110</sup>. Les autorités sud-africaines ont en outre confirmé que cette enquête se poursuit. L'équipe d'examen relève que, au moment de la rédaction du présent rapport, aucun agent public sud-africain n'avait fait l'objet de poursuites au titre de sa participation à ce contrat d'armement, largement commenté par la presse.

152. Les examinateurs principaux ont noté que les universitaires, la société civile et les médias se posent de nombreuses questions sur l'indépendance du ministère public<sup>111</sup>. Interrogé à propos de l'indépendance dont a joui le ministère public dans les instances mentionnées plus haut, un procureur a suggéré — pendant la mission sur place — une solution consistant à substituer des décisions collectives au rôle actuellement dévolu au NDPP. D'autres procureurs ont souligné à plusieurs reprises qu'ils n'étaient soumis à aucune influence politique et jouissaient d'une indépendance suffisante. Les autorités sud-africaines, après la mission sur place, ont réaffirmé leur conviction que leur système prévoit des contrepouvoirs suffisants pour garantir l'indépendance du ministère public.

### iii. Règlement transactionnel des affaires

153. L'Afrique du Sud dispose d'une procédure de transaction pénale en vertu de l'article 105A de la Loi sur la procédure pénale. Cette disposition prévoit qu'« un procureur agissant dans le cadre d'une autorisation écrite délivrée par le NDPP et un accusé assisté par un avocat peuvent, avant que l'accusé ne réponde s'il plaide coupable ou non coupable concernant les accusations portées contre lui, négocier et

<sup>108</sup> La Loi pour la promotion de la justice administrative régit le contrôle de l'action administrative du gouvernement par les tribunaux. Aux termes de l'article 1, « l'action administrative » du gouvernement est soumise au contrôle des tribunaux. L'article 1(ff) exclut de cette définition toute « décision d'engager ou de continuer des poursuites ».

<sup>109</sup> La Cour constitutionnelle a précisé au paragraphe 23 de sa décision *Masethla vs President of South Africa* (CCT 01/2007) : « [23] Cependant, il convient de faire observer que cela ne saurait signifier que la décision du président échappe à tout contrôle judiciaire. La décision du président doit être conforme au principe de légalité. Par conséquent, le pouvoir de révocation ne peut pas être exercé de mauvaise foi, arbitrairement ou de manière irrationnelle. »

<sup>110</sup> Voir le dernier paragraphe de la [Déclaration du NDPP](#) en date du 19 mars 2010.

<sup>111</sup> Voir par exemple Horn, N., « [The Independence of the Prosecutorial Authority of South Africa and Namibia: A Comparative Study](#) », Nico Horn (recteur de la faculté de droit de l'université de Namibie), Windhoek, MacMillan Namibia, 2008.

conclure un accord [...] ». Le ministère public et la défense peuvent parvenir à un règlement en vertu duquel l'accusé plaidera coupable pour une certaine infraction, en contrepartie normalement d'un accord mutuel sur la peine correspondante. Toute transaction pénale doit être approuvée par le tribunal et confirmée par un jugement. Pendant la mission sur place, les procureurs ont indiqué que si, tous les jours, nombre de transactions pénales sont rejetées par les tribunaux — parce que la peine prévue est considérée par le juge comme trop légère ou n'allant pas dans l'intérêt de la justice — d'autres sont acceptées. Une fois rejetée, une transaction pénale ne peut plus être de nouveau proposée sous sa forme initiale et deux cas de figure sont alors envisageables : la peine est revue à la hausse par les parties jusqu'au niveau jugé souhaitable par le président du tribunal ou bien la procédure reprend son cours normal. Par ailleurs, des avocats, des procureurs et des juges ont expliqué qu'ils sont largement en mesure d'examiner ces règlements en référé avant qu'ils ne soient formellement soumis et qu'avec plus de formation et d'expérience, ce type de solution pourrait servir plus efficacement à résoudre des affaires en faisant l'économie d'un procès.

154. L'article 105A(11)(b)(iv) de la Loi CPA prévoit que le NDPP doit s'assurer de l'enregistrement complet de ces règlements et de leur prise en considération dans les statistiques, de manière à pouvoir soumettre ces informations au Parlement au moins une fois par an. Selon les autorités sud-africaines, aucune affaire visant des actes de corruption transnationale ou nationale interdits par la PRECCA n'a été enregistrée. Toutefois, les mêmes autorités ont fourni un exemple de transaction pénale à propos de l'affaire *Shaik*<sup>112</sup> dans laquelle l'État a retiré toutes les accusations portées contre le directeur français d'une entreprise en contrepartie de l'engagement de ce dernier à fournir les informations nécessaires aux poursuites. Le droit sud-africain ne distingue pas entre la transaction pénale et la coopération d'un témoin, dès lors que l'État a choisi de suivre la même procédure avec un accusé coopératif ayant décidé de plaider coupable<sup>113</sup>. Une autre transaction pénale a été conclue en 2003 entre le ministère public et un ancien chef de groupe parlementaire accusé de corruption dans le cadre d'un scandale lié à un marché public portant sur un achat d'armement s'élevant à plusieurs milliards de dollars, lequel a été largement commenté dans la presse<sup>114</sup>. Après la mission sur place, les autorités sud-africaines ont communiqué des statistiques relatives aux transactions pénales négociées en 2009 dans des affaires de corruption. Ces statistiques révèlent que la NPA a conclu des transactions de ce type dans dix affaires de corruption pour des peines de six mois à cinq ans d'emprisonnement<sup>115</sup> et des amendes de 2 000 à 20 000 ZAR. Les autorités ne tiennent pas de statistiques concernant le nombre de condamnations prononcées par des tribunaux dans des affaires de corruption — ce qui aurait permis de replacer ces chiffres en perspective —, mais ont souligné que les autorisations de conclure des transactions pénales ont été délivrées avec parcimonie.

155. Dans ses réponses au questionnaire de Phase 2, l'Afrique du Sud indique que le NDPP envisage de publier de nouvelles Directives en matière de politique de poursuite visant les transactions pénales et

<sup>112</sup> *S v Shaik and Others* 2007(1) SACR 142 D.

<sup>113</sup> Selon les autorités sud-africaines, la transaction pénale est un processus formel qui doit répondre à des conditions énoncées à l'article 105A. L'État peut également recourir à ce processus formel avec un accusé coopératif ayant décidé de plaider coupable. Par conséquent, de ce point de vue, il n'existe pas de différence. À supposer que le processus informel (l'accusé coopératif plaide coupable, invoque la clémence en échange de sa coopération et cet arrangement est confirmé par le procureur) soit suivi, rien ne garantit que les juges/magistrats infligeront effectivement la sentence proposée par le procureur. Lorsque le procureur retire les chefs d'accusation portés contre l'accusé coopératif et utilise l'intéressé comme « témoin de l'article 204 », l'intéressé n'est pas poursuivi si le tribunal le dispense des poursuites en raison de sa déposition franche et honnête.

<sup>114</sup> Voir par exemple l'émission [BBC News World Edition](#) en date du 13 février 2003.

<sup>115</sup> Les autorités sud-africaines indiquent que, dans 33 % des transactions pénales, les sanctions infligées sont des peines de prison fermes et, dans 9 % supplémentaires, des peines avec sursis.

énonce les grandes lignes de cette révision<sup>116</sup>. Elles précisent notamment que « le principe établi — selon lequel un procureur peut discrétionnairement décider d'accepter ou non une transaction pénale concernant le principal chef d'accusation, un chef d'accusation subsidiaire ou un chef d'accusation moins grave dûment établi — s'applique toujours et qu'il faut une autorisation spécifique du NDPP ou du DPP compétent pour procéder ». Les informations communiquées après la mission sur place révèlent que les Directives modifiées en matière de politique de poursuite précisent simplement qu'un directeur du ministère public peut autoriser une transaction pénale dans une affaire de corruption transnationale. Au moment de la rédaction du présent rapport, un projet final avait été soumis pour examen au NDPP.

156. Le directeur/directeur spécial/directeur adjoint du ministère public peut autoriser une transaction pénale et un accord relatif à la peine dès lors que cette dernière est supérieure au minimum prévu. Les autorités sud-africaines n'ont pas fourni d'informations à ce sujet dans les statistiques mentionnées plus haut. Les examinateurs principaux estiment que cette question devra faire l'objet d'un suivi.

### *Commentaire*

*Les examinateurs principaux se félicitent de l'annonce par les autorités sud-africaines de la clarification prochaine des Directives en matière de politique de poursuite et encouragent les autorités sud-africaines à progresser rapidement sur cette voie, tout en veillant à ce que les différentes considérations énoncées à l'article 5 soient respectées dans les affaires de corruption transnationale.*

*L'indépendance du ministère public est protégée par une garantie constitutionnelle explicite confirmée par la jurisprudence. Cependant, les examinateurs principaux notent que le NDPP — nommé par le chef de l'exécutif sans que celui-ci soit tenu de procéder à une consultation formelle — jouit du pouvoir de contrôler la décision de poursuivre ou non dans toutes les affaires. Les examinateurs principaux estiment que l'Afrique du Sud devrait envisager de renforcer les garanties protégeant l'exercice des pouvoirs d'enquête et de poursuite (en particulier en cas d'infraction de corruption transnationale) contre la prise en compte de considérations liées à l'intérêt économique national, à l'effet potentiel sur les relations avec un autre État ou à l'identité des personnes physiques ou morales en cause, conformément à l'interdiction énoncée à l'article 5 de la Convention, y compris en ce qui concerne les décisions prises par le NDPP et d'autres procureurs de la NPA.*

*Les examinateurs principaux recommandent également aux autorités sud-africaines de :*

- (a) prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les allégations de corruption transnationale fassent — rapidement et dans le cadre d'une approche volontariste — l'objet d'une détection, d'une enquête et de poursuites s'il y a lieu ;*
- (b) contrôler et évaluer en permanence les performances des autorités répressives — y compris le SAPS, la NPA, et les autres organismes compétents — en matière de gestion des allégations de corruption transnationale et notamment des décisions de ne pas ouvrir d'enquête (ou d'abandonner des enquêtes) et d'engager des poursuites s'il y a lieu ; et de*
- (c) veiller à ce que : (i) en cas de recours à une transaction pénale, cette procédure soit utilisée comme un mécanisme efficace d'application de l'infraction de corruption transnationale ; et à ce que (ii) le procureur dispose d'une formation et de ressources suffisantes pour améliorer son efficacité.*

<sup>116</sup>

Phase 2, question 6.4.

#### d. Compétence

##### i. Compétence territoriale au titre des infractions commises par des non-ressortissants ou des non-résidents

157. L'article 4(1) de la Convention demande à chaque Partie de « prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire ». Le Commentaire 25 relatif à la Convention précise qu'il faudrait faire en sorte qu'un « large rattachement matériel à l'acte de corruption ne soit pas exigé ».

158. En Afrique du Sud, l'article 35(2) de la PRECCA prévoit une compétence territoriale uniquement pour les infractions commises par des non-ressortissants ou des non-résidents. Cette disposition prévoit que « tout acte présumé constituer une infraction à la présente loi et commis hors de la République, indépendamment du fait qu'il constitue ou non une infraction sur le territoire où il est commis, est également présumé avoir été commis sur le territoire de la République si (a) cet acte affecte ou vise à affecter un organisme public, une entreprise ou une personne implantée sur le territoire de la République ; (b) la personne se trouve en Afrique du Sud ; et (c) la personne est pour une raison ou une autre non extradée par l'Afrique du Sud, ou n'est pas visée par une demande d'extradition. ». Les actes constitutifs d'une infraction en vertu de la PRECCA et commis par un ressortissant ou un résident sont couverts par la compétence fondée sur la nationalité en vertu de l'article 35 (1) de la PRECCA, comme indiqué plus bas.

#### Principes régissant l'application de la compétence territoriale

159. Ni la PRECCA, ni la CPA ne contiennent des dispositions relatives à l'application de la compétence territoriale [souligné par nous]. Cependant, pendant la mission sur place, des participants aux panels ont mentionné la décision *S v Basson* (ci-après « Basson »<sup>117</sup>) rendue par la Cour constitutionnelle comme le principal arrêt servant à interpréter les questions de compétences. À l'issue de la mission sur place, des représentants de la NPA ont également communiqué une analyse écrite [ci-après « la note de la NPA »] soulignant le principe général énoncé dans *Basson*, à savoir que « les tribunaux [sud-africains] refusent d'exercer leurs compétences sur des personnes ayant commis des infractions pénales dans des pays tiers », sauf « exceptions très spécifiques ». La criminalité transnationale fait partie de ces exceptions comme l'indique notamment l'article 35(2) de la PRECCA.

160. Concernant le type de lien territorial nécessaire pour permettre à l'Afrique du Sud d'exercer sa compétence territoriale, il a été expliqué pendant la Phase 1 que, à supposer que le seul élément de l'infraction de corruption intervenu en Afrique du Sud soit un appel téléphonique ou un message électronique concernant le paiement du pot-de-vin, ces cas seraient couverts car ils équivalraient à « offrir d'octroyer une gratification ». Cependant, pendant la mission sur place, des participants aux panels ont mentionné les critères énoncés dans une affaire canadienne *Libman v. the Queen*<sup>118</sup> — que la Cour constitutionnelle sud-africaine a repris à son compte dans *Basson*<sup>119</sup> — à savoir qu'« une part importante de la trame des événements » s'était produite sur le territoire du pays et qu'« un lien réel et important » doit être établi entre l'infraction et le pays concerné. Ces exigences semblent impliquer un lien physique plus important que celui indiqué pendant la Phase 1, ce qui risque de limiter en pratique l'application de la compétence territoriale de l'Afrique du Sud.

<sup>117</sup> Décision de la Cour constitutionnelle *S v. Basson* 2005 (12) BCLR 1192 (CC) [226]

<sup>118</sup> *Libman v. the Queen* [1985] 2 S.C.R. 178

<sup>119</sup> Décision de la Cour constitutionnelle *S v. Basson* 2005 (12) BCLR 1192 (CC) [226]



161. Dans *Basson*, la Cour constitutionnelle<sup>120</sup> a fixé un autre critère d'application de la compétence territoriale : l'exigence de « conséquences préjudiciables sur le territoire de l'État infligeant la punition »<sup>121</sup>. Compte tenu des conséquences potentielles d'un pot-de-vin sur l'obtention de gros contrats par des entreprises sud-africaines, il n'est pas certain que l'infraction de corruption transnationale serait considérée comme de nature à provoquer « des conséquences préjudiciables » en Afrique du Sud. Ce critère général pourrait avoir été repris dans une certaine mesure par l'article 35(2)(a) de la PRECCA, qui dispose que l'acte « affecte ou soit censé affecter un organisme public, une entreprise ou toute autre personne dans la République ». Toutefois, pendant la mission sur place, des participants aux panels ont expliqué que cette clause peut couvrir aussi bien un préjudice qu'un avantage. Le cas de figure dans lequel l'acte de corruption transnationale est commis entièrement à l'étranger mais profite à une personne en Afrique du Sud semblerait donc couvert. En l'absence de jurisprudence, cet aspect de la compétence territoriale devra faire l'objet d'un suivi.

162. Les examinateurs principaux estiment que l'article 35(2) de la PRECCA semble conférer aux tribunaux sud-africains une compétence territoriale assez large, à la fois sur les personnes physiques et morales. Cependant, le fait que cette juridiction territoriale sur des actes commis à l'étranger soit une exception relativement récente<sup>122</sup> dans la tradition juridique sud-africaine et que la décision *Basson*<sup>123</sup> et ses critères assez restrictifs soient régulièrement cités pourrait, selon certains, soulever des questions concernant l'interprétation et l'application en pratique de l'article 35(2) de la PRECCA. Les examinateurs principaux suggèrent de suivre la question à mesure de l'évolution de la jurisprudence, de manière à vérifier que cette compétence peut être invoquée en pratique dans les affaires de corruption transnationale.

#### Actes de préparation ou complicité

163. Une autre question pratique importante sous l'angle de la compétence territoriale vise les actes de préparation ou de complicité dans une infraction commise pour le reste à l'étranger. Même si l'Afrique du Sud jouit d'une compétence fondée sur la nationalité, la compétence territoriale sur les actes de complicité risque de s'avérer cruciale lorsqu'un non-ressortissant ou une entreprise étrangère incite à un acte de corruption depuis l'Afrique du Sud sans participer davantage à la commission de cette infraction. La compétence territoriale serait donc importante par exemple : (i) pour poursuivre le complice non-ressortissant, mais aussi (ii) pour éviter que l'Afrique du Sud soit utilisée par des entreprises ou des citoyens étrangers comme un sanctuaire servant à la préparation ou à la complicité dans un acte de corruption (lui-même commis dans un pays tiers) sans risque de poursuite pour les intéressés. Les autorités sud-africaines ont expliqué que toute personne dont l'acte ou l'omission (en Afrique du Sud) constitue une tentative (à condition que celle-ci puisse être considérée comme un acte consommé et non comme un acte de préparation) ou qui conspire avec d'autres personnes (à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Afrique du Sud) ou incite un tiers ou bien intervient comme complice dans la commission de l'acte de corruption d'un agent étranger peut être condamnée pour tentative, conspiration, incitation ou complicité. Si l'article 35(1) ne semble pas couvrir spécifiquement ce cas de figure, dans la mesure où il vise uniquement les actes « commis hors de la République », l'article 35(4) quant à lui, dispose que : « lorsqu'une personne est

<sup>120</sup> Décision de la Cour constitutionnelle *S v. Basson* (12) BCLR 1192 (CC) [229]

<sup>121</sup> La Cour constitutionnelle a indiqué : « [N]ous approuvons le commentaire formulé par Lord Diplock dans *Treacy v. Director of Public Prosecutions* au para. 195 « [L]es règles du comité international [...] imposent simplement que chaque État souverain s'abstienne de punir des personnes au titre de leur conduite sur le territoire d'un autre État souverain dès lors que cette conduite n'emporte aucune conséquence préjudiciable sur le territoire de l'État infligeant la punition. ».

<sup>122</sup> Selon les autorités sud-africaines, une exception spécifique analogue a également été introduite en 2004 par la législation antiterroriste.

<sup>123</sup> Décision de la Cour constitutionnelle *S v. Basson* 2005 (12) BCLR 1192 (CC)

accusée de conspiration ou d'incitation à la commission d'une infraction ou de complicité après la commission de l'infraction, cette dernière est supposée avoir été commise non seulement à l'endroit où l'acte a été perpétré, mais également à chaque endroit où le conspirateur, l'instigateur ou le complice a agi ou bien, en cas d'omission, aurait dû agir. ». Ces dispositions semblent conférer aux autorités sud-africaines une compétence (à la fois territoriale et nationale) relativement large en cas de tentative, de conspiration ou d'incitation, même si les actes de préparation ne sont pas couverts a priori.

ii. *Compétence fondée sur la nationalité*

164. L'article 4.2 de la Convention dispose que « chaque Partie ayant compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes ». L'article 35(1) de la PRECCA établit la compétence extraterritoriale des tribunaux sud-africains à l'égard des infractions relevant de cette loi, « que l'acte constitue ou non une infraction dans le territoire où il est commis [...] si la personne inculpée : (a) est un citoyen de la République ; (b) est habituellement un résident de la République ; (c) a été appréhendée sur le territoire de la République ou dans ses eaux territoriales ou à bord d'un navire ou aéronef immatriculé ou devant être immatriculé sur le territoire de la République au moment où l'infraction a été commise ; (d) est une société constituée ou immatriculée comme telle conformément à la loi sur le territoire de la République ; ou (e) un ensemble de personnes constitué ou non en société sur le territoire de la République ».

165. La compétence fondée sur la nationalité s'applique à la fois aux ressortissants et aux résidents de l'Afrique du Sud. Le rapport de Phase 1 concluait que, globalement, les dispositions de l'article 35(1) semblent attribuer aux tribunaux sud-africains une assez large compétence fondée sur la nationalité à l'égard des infractions de corruption transnationale (ainsi que des autres infractions de corruption nationale). Aucune condition préalable formelle susceptible de constituer un obstacle à des poursuites efficaces n'a été mentionnée par les participants aux panels sous l'angle de l'exercice de la compétence fondée sur la nationalité. En particulier, alors que la double incrimination a été établie comme condition préalable dans *Basson*<sup>124</sup>, cette restriction est expressément exclue dans l'article 35(1) de la PRECCA. D'un point de vue général, les préoccupations évoquées précédemment quant au fait que la compétence au titre des actes commis à l'étranger est une exception relativement récente dans la tradition juridique sud-africaine, ainsi que les nombreuses références à la décision *Basson*<sup>125</sup> et ses critères relativement restrictifs (notamment en ce qui concerne l'exigence de double incrimination) pourraient également valoir pour la compétence fondée sur la nationalité et soulever des questions d'interprétation et d'application pratique de l'article 35(1) de la PRECCA. Ce point devra faire l'objet d'un suivi à mesure de l'évolution de la pratique.

iii. *Personnes morales et compétence*

166. Faute de pratique suffisante, les autorités sud-africaines et les représentants rencontrés sur place n'ont pas été en mesure de déterminer dans quelles circonstances la compétence territoriale pourrait être appliquée à des personnes morales étrangères ayant commis des actes de corruption transnationale en Afrique du Sud ou sur le territoire de pays tiers (voir l'analyse dans la sous-section suivante).

167. Concernant la compétence fondée sur la nationalité, l'article 35(1) de la PRECCA constitue une base juridique permettant d'assumer que cette compétence s'applique également aux personnes morales. Les procureurs rencontrés pendant la mission sur place semblaient assez convaincus de pouvoir appliquer la compétence fondée sur la nationalité aux personnes morales, malgré l'absence d'exemple corroborant

<sup>124</sup> Décision de la Cour constitutionnelle *S v. Basson* 2005 (12) BCLR 1192 (CC) [237]

<sup>125</sup> Décision de la Cour constitutionnelle *S v. Basson* 2005 (12) BCLR 1192 (CC)

cette analyse au moment de la mission sur place. Pour qu'il en soit ainsi, cependant, ladite personne morale devrait être une société « constituée ou immatriculée comme telle conformément à la loi sur le territoire de la République ».

168. La compétence fondée sur la nationalité concerne tout particulièrement les actes commis par des filiales étrangères et on peut se demander si les autorités sud-africaines peuvent engager des poursuites en Afrique du Sud contre une société mère dont l'une des filiales étrangères a versé un pot-de-vin à un agent public étranger pour lui procurer un avantage direct ou indirect. Cependant, l'étendue de la compétence fondée sur la nationalité que pourront invoquer les autorités sud-africaines sur une société mère — constituée dans le pays — au titre d'actes de corruption commis à l'étranger par un intermédiaire (par exemple une filiale agissante en son nom) devra être déterminée à mesure de l'évolution de la jurisprudence. Le droit matériel relatif aux personnes morales — analysé plus loin dans la sous-section 3.A.i. consacrée à la responsabilité des personnes morales — précise les personnes dont les actes importent sous l'angle de la compétence.

*iv. Procédures de consultation*

169. L'article 4.3 de la Convention exige que, lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la Convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites. Au moment de la Phase 1, les examinateurs avaient relevé que les autorités sud-africaines n'avaient pas encore arrêté de procédures particulières de consultation avec d'autres Parties à la Convention au sujet de l'infraction de corruption transnationale lorsque l'Afrique du Sud et un autre pays Partie à la Convention ont concurrentement compétence pour connaître d'une infraction de corruption transnationale. Il a été confirmé pendant la mission sur place que l'Afrique du Sud compte aborder la question de la coopération sur une base *ad hoc*.

*v. Examen du fondement de la compétence*

170. Comme indiqué lors de la Phase 1, la législation relative à la compétence fondée sur la nationalité n'étant entrée en vigueur qu'en 2004, les autorités sud-africaines estiment qu'il faudra davantage de temps et une jurisprudence plus étoffée, pour évaluer intégralement l'efficacité du fondement actuel de la compétence en matière de lutte contre la corruption transnationale en pratique.

**Commentaire**

***Les examinateurs principaux recommandent que :***

***(a) compte tenu du fait que la compétence sur les actes commis à l'étranger est une exception récente dans la tradition juridique sud-africaine, les autorités sud-africaines prennent des mesures pour veiller à ce que les autorités répressives et l'appareil judiciaire soient sensibilisés à tous les motifs de compétence prévus par l'article 35 de la PRECCA, notamment en ce qui concerne les personnes morales ;***

***(b) le Groupe de travail suive, à mesure de l'évolution de la jurisprudence, l'application de la compétence territoriale et de la compétence fondée sur la nationalité concernant les infractions commises en tout ou partie à l'étranger, de manière à s'assurer que les autorités sud-africaines pourront engager une action contre des personnes morales pour corruption d'agents publics étrangers, que l'acte de corruption ait été commis directement ou par le biais d'un intermédiaire (y compris des personnes morales liées comme des filiales étrangères).***

*e. Prescription*

171. L'article 6 de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption exige un délai de prescription suffisant pour pouvoir enquêter et poursuivre convenablement cette infraction.

172. L'article 18 de la Loi de procédure pénale (CPA) prévoit que le droit d'engager des poursuites pour une infraction s'éteint à l'expiration d'une période de 20 ans après la commission de l'infraction. Bien que la loi n'impose aucune limite de temps aux enquêtes et aux poursuites, les autorités sud-africaines ont signalé que les tribunaux protégeraient le droit de l'accusé de voir son procès « commencer et se terminer dans un délai raisonnable » conformément aux dispositions de l'article 35(3) de la Constitution. Des procureurs sud-africains ont expliqué en outre que les tribunaux ne fixent par une limite de temps absolue à l'enquête, mais tiennent plutôt compte des circonstances de chaque cas. En particulier, en présence de certaines infractions — comme la corruption transnationale — susceptibles de requérir le recours à l'entraide judiciaire, les juges prennent ces particularités en considération.

*f. Entraide judiciaire et extradition*

173. Les articles 9 et 10 de la Convention visent les questions d'entraide judiciaire et d'extradition : deux processus importants dans le contexte des enquêtes et des poursuites pour corruption transnationale.

*i. Entraide judiciaire*

174. L'article 9 de la Convention exige des pays qu'ils accordent une entraide judiciaire prompt et efficace aux autres parties à cet instrument aux fins des enquêtes et des poursuites pour corruption transnationale.

175. Les autorités sud-africaines font savoir qu'elles accordent une entraide judiciaire dans les affaires pénales sur la base de traités bilatéraux ou multilatéraux. De plus, la Loi relative à la coopération internationale dans les affaires pénales (ICCMA) sert de fondement à l'entraide judiciaire, notamment avec les pays avec lesquels l'Afrique du Sud n'a pas conclu de traité à cet égard. Le Directeur général du ministère de la Justice et du Développement constitutionnel est l'autorité centrale pour toutes les questions concernant l'entraide judiciaire et les extraditions.

176. En vertu de l'article 7 de la Loi, qui vise les demandes entrantes, le Directeur général doit vérifier que : (i) des poursuites ont été engagées devant un tribunal compétent dans l'État requérant ; (ii) il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise dans l'État requérant, ou que la preuve demandée est indispensable pour démontrer qu'une telle infraction a été commise et fait l'objet d'une enquête dans l'État requérant<sup>126</sup> ; la demande est ensuite transmise au ministre de la Justice pour aval<sup>127</sup>. L'ICCMA n'inclut pas de dispositions relatives au pouvoir discrétionnaire du ministre concernant la suite à donner à une demande d'entraide. Cette loi ne subordonne pas l'acceptation d'une demande d'entraide à l'existence d'une double incrimination.

177. L'ICCMA ne régleme pas les mesures (coercitives ou non) pouvant être prises en réaction à une demande d'entraide, mais ces détails sont fixés par d'autres textes de loi relatifs aux enquêtes criminelles. L'Afrique du Sud indique que le secret bancaire ne peut jamais servir de motif au rejet d'une demande d'entraide, ni en vertu de l'ICCMA, ni en vertu de traités conclus avec d'autres pays. Cependant, l'article 9(2) de l'ICCMA permet aux témoins de réclamer un privilège auquel ils ont droit en vertu de la législation de l'État requérant. La question se pose de savoir si, lorsque l'État requérant autorise le secret

<sup>126</sup> Article 7(2) de l'ICCMA.

<sup>127</sup> Article 7(3), *ibidem*.

bancaire, un accusé peut revendiquer le privilège de se prévaloir de ce secret dans le cadre du traitement d'une demande d'entraide visant à accéder à des informations bancaires le concernant. Selon les autorités sud-africaines, l'article 205(1) de la CPA — ainsi que l'article 15 de la Loi sur l'interception des communications et la livraison d'informations basées sur des communications — pourraient également être invoqués pour accéder à ce type d'informations afin de répondre à une demande d'entraide. De plus, les autorités sud-africaines n'ont pas souvenir d'un cas de rejet d'une demande de communication de renseignements bancaires.

178. L'article 16 de l'ICCMA prévoit que le ministre peut également refuser l'entraide en matière d'exécution d'une sanction pécuniaire étrangère lorsque la personne condamnée n'aurait pas été extradée en vertu de la législation sud-africaine relative à l'extradition si une demande en ce sens avait été formulée. Cette disposition pourrait créer un vide juridique concernant les affaires de corruption transnationale, compte tenu de l'état actuel de la loi sud-africaine relative à l'extradition, qui exige que l'infraction ayant motivé la demande d'extradition ait été commise dans l'État requérant, même si cette question devrait être traitée de façon adéquate dans le cadre du Projet de loi de 2009 sur l'extradition (voir plus loin la sous-section ii consacrée à l'extradition).

179. Les procureurs interrogés pendant la mission sur place ont indiqué que, sur la base de leur expérience, une fois la demande transmise aux fins d'exécution par l'autorité centrale aux autorités répressives, ces dernières — de même que les tribunaux — n'opposent jamais de refus. Toutes les décisions de non-exécution d'une demande d'entraide judiciaire entrante ont jusqu'à présent été prises par l'autorité centrale.

180. L'Afrique du Sud a indiqué, dans ses réponses au questionnaire de Phase 2, avoir reçu jusqu'à présent deux demandes d'entraide émanant de deux pays différents et concernant des soupçons d'actes de corruption transnationale. Aucune de ces demandes n'avait encore reçu une réponse favorable des autorités sud-africaines au moment de la rédaction du présent rapport. L'Afrique du Sud a indiqué que, dans ces affaires spécifiques, cette réaction s'expliquait par l'insuffisance des informations fournies par l'État requérant, mais que sa politique consiste à traiter rapidement les demandes. Concernant la première, l'autorité centrale a indiqué que les données communiquées n'étaient pas suffisantes et que l'État requérant n'avait pas encore envoyé d'informations complémentaires. Concernant la seconde demande entrante, l'Afrique du Sud a expliqué qu'elle ne pouvait pas pour le moment lui donner suite dans la mesure où un arbitrage commercial est en cours dans l'État requérant, mais que la question a retenu toute l'attention des autorités exécutives au niveau national. L'équipe d'examen n'a pas été convaincue par les explications de l'autorité centrale selon lesquelles des questions analogues étaient soulevées à la fois dans un arbitrage et dans la demande et ils ont fait part de leurs préoccupations de voir qu'un arbitrage privé pourrait affecter l'entraide judiciaire dans une enquête criminelle. Après la mission sur place, les autorités sud-africaines ont informé l'équipe d'examen que, en mai 2010, l'autorité centrale avait fait suite à la demande d'entraide formulée par l'Inde.

181. Concernant les demandes sortantes, l'Afrique du Sud a indiqué que pas une seule demande d'entraide n'a encore été formulée dans le contexte d'une enquête pour corruption transnationale ouverte en Afrique du Sud : les autorités sud-africaines ont expliqué qu'aucune des quatre affaires faisant l'objet d'une enquête préliminaire et visant des soupçons de corruption transnationale n'avait jusqu'à présent provoqué l'envoi d'une demande d'entraide. Les représentants de la police ont indiqué en outre que, concernant deux de ces enquêtes préliminaires, des demandes d'information avaient été envoyées à Interpol (voir plus haut la section b. consacrée aux enquêtes en cours).

ii. *Extradition*

182. L'article 10 de la Convention exige notamment des parties qu'elles considèrent l'infraction de corruption transnationale comme pouvant donner lieu à extradition.

183. La Loi de 1962 relative à l'extradition fixe les modalités de l'extradition en Afrique du Sud : cette procédure est possible au titre d'une infraction de corruption transnationale, que le contrevenant soit ou non un ressortissant sud-africain. En vertu de cette Loi, l'Afrique du Sud peut extraditer des personnes accusées ou reconnues coupables d'une « infraction pouvant donner lieu à extradition », qu'il y ait ou non convention d'extradition, sous réserve que certains critères soient respectés. En vertu de l'article premier de la Loi, les « infractions pouvant donner lieu à extradition » sont les infractions punies d'au moins six mois d'emprisonnement et comprennent en conséquence l'infraction de corruption transnationale (passible d'une peine d'emprisonnement pouvant atteindre cinq ans infligée en première instance). Un nouveau Projet de loi de 2009 sur l'extradition devrait porter ce seuil à 12 mois : une modification qui ne devrait pas influencer sur la possibilité d'extraditer au titre d'une infraction de corruption transnationale. Le projet de loi devrait être soumis au Parlement en 2011 et pourrait entrer en vigueur au deuxième semestre 2011. Les autorités sud-africaines ont cependant indiqué qu'il y avait peu de chances qu'il soit présenté au Parlement dès 2010.

184. Les articles 4 à 12 de la Loi relative à l'extradition définissent les différentes étapes présidant au traitement des demandes d'extradition. En vertu de ces dispositions, tout magistrat recevant une notification du ministre de la Justice faisant état d'une demande d'extradition doit délivrer un mandat d'arrêt à l'encontre de la personne concernée et ouvrir une enquête dans les plus brefs délais en vue de remettre la personne concernée à l'État requérant. Lorsque le magistrat conclut à « l'existence d'éléments de preuve suffisants pour justifier l'engagement de poursuites au titre de l'infraction » dans l'État requérant, il rend une ordonnance pour que cette personne soit incarcérée jusqu'à ce que le ministre de la Justice décide de la remettre ou non à l'État requérant. Le ministre peut refuser l'extradition pour différentes raisons, notamment lorsque des procédures sont déjà engagées contre l'intéressé ou lorsque celui-ci purge ou est sur le point de purger une peine de prison en Afrique du Sud ; lorsqu'il redoute que la demande d'extradition ne soit pas faite de bonne foi ou que la personne en cause soit poursuivie, punie ou lésée en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques<sup>128</sup>.

185. Le rapport de Phase 1 relatif à l'application de la Convention par l'Afrique du Sud identifiait un vide juridique dans la législation relative à l'extradition. En vertu de l'article 3 de la Loi relative à l'extradition, il est toujours exigé que l'infraction au titre de laquelle l'extradition est demandée ait été « commise sur le territoire » de l'État étranger requérant. Par conséquent, l'Afrique du Sud ne serait pas en mesure, dans le système actuel, de répondre favorablement à une demande d'extradition concernant une infraction de corruption transnationale lorsque le pays requérant exerce sa compétence fondée sur la nationalité (c'est-à-dire lorsque l'infraction a été commise hors du territoire de l'État requérant), ce qui est souvent le cas dans ce type d'infractions<sup>129</sup>. Le Projet de loi de 2009 relatif à l'extradition doit remédier à cette situation ; son article 5 prévoit qu'« une personne peut être extradée vers un pays avec lequel l'Afrique du Sud a conclu ou non un accord d'extradition dès lors que l'infraction concernée a été commise dans des circonstances fondant la compétence dudit pays ». Cependant, selon le calendrier prévu pour l'adoption du Projet de loi, celui-ci ne devrait pas entrer en vigueur avant le deuxième semestre 2011<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> Loi de 1962 relative à l'extradition, article 11.

<sup>129</sup> Voir le rapport de Phase 1 : Examen de l'application de la Convention et de la Recommandation révisée de 1997, paras. 145-154 à l'adresse <http://www.oecd.org/dataoecd/13/2/46068052.pdf>.

<sup>130</sup> L'Afrique du Sud a communiqué le calendrier prévu pour l'adoption du Projet de loi sur l'extradition :  
 • le projet devrait être soumis au ministre pour commentaires en juin 2010,

186. Sous l'angle de l'expérience pratique, l'Afrique du Sud explique qu'elle n'a reçu jusqu'à présent aucune demande d'extradition visant une infraction de corruption transnationale et qu'elle n'a pas non plus formulé de demandes de ce type.

### *Commentaire*

*Globalement, les examinateurs principaux apprécient l'approche positive des autorités sud-africaines en matière de traitement des demandes d'entraide judiciaire. Néanmoins, ils sont sérieusement préoccupés par le retard avec lequel il est répondu à ces demandes concernant certaines allégations d'actes de corruption transnationale et recommandent aux autorités sud-africaines de prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'il soit répondu sans délai indu aux demandes de ce type.*

*Concernant les demandes d'entraide judiciaire sortantes, les examinateurs principaux craignent que les autorités sud-africaines n'aient pas recours à cette pratique de manière efficace et volontariste pour réunir et évaluer des preuves d'actes potentiels de corruption impliquant des personnes physiques ou morales sud-africaines à l'étranger. Ils considèrent que les autorités répressives et le ministère public devraient être encouragés, dans le cadre d'un effort renouvelé de sensibilisation et au besoin d'une formation complémentaire des policiers et des procureurs, à adopter une approche plus volontariste en matière de recours aux demandes d'entraide judiciaire et de réaction aux allégations crédibles.*

*Enfin, en ce qui concerne l'extradition, les examinateurs principaux recommandent à l'Afrique du Sud de progresser rapidement sur la voie de l'adoption de son Projet de loi sur l'extradition afin de garantir la possibilité d'extrader au titre d'une infraction de corruption transnationale, quel que soit l'endroit où celle-ci a été commise.*

## **2. L'infraction de corruption transnationale**

### **a. Introduction**

187. Le cœur de la Convention anticorruption est constitué par son article 1 qui définit l'infraction de corruption d'agents publics internationaux dans les transactions commerciales internationales. Les Commentaires 3 à 19 de la Convention contiennent des indications supplémentaires sur cette infraction.

188. Le rapport de Phase 1 sur l'application par l'Afrique du Sud de la Convention et de la Recommandation révisée de 1997 contient un aperçu détaillé des éléments de l'infraction de corruption transnationale, telle qu'elle est définie dans la Loi relative à la prévention et à la répression de la corruption (PRECCA)<sup>131</sup>. Plus spécialement, l'article 5 de la PRECCA couvre l'infraction de corruption d'agents publics étrangers :

- 
- le projet devrait être publié au Journal officiel en vue de recueillir les observations du public en septembre 2010,
  - le projet devrait être soumis au ministre accompagné d'un memorandum du cabinet en décembre 2010,
  - le projet devrait être soumis au cabinet en février 2011.

<sup>131</sup> Voir le rapport de Phase 1 : Examen de l'application de la Convention et de la Recommandation révisée de 1997 à l'adresse <http://www.oecd.org/dataoecd/13/2/46068052.pdf>.

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

- (1) *Est coupable de l'infraction de corruption d'agent public étranger toute personne qui, directement ou indirectement, octroie ou accepte ou offre d'octroyer une gratification à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'une autre personne, afin qu'il agisse personnellement ou influence une autre personne pour qu'elle agisse d'une manière :*
- (a) *qui :*
- (i) *est illicite, malhonnête, prohibée, incomplète ou partielle ; ou*
- (ii) *repose sur l'utilisation abusive ou la vente d'informations ou de documents acquis dans l'exercice de pouvoirs, devoirs ou fonctions découlant d'une obligation constitutionnelle, législative, contractuelle ou de toute autre obligation juridique ;*
- (b) *qui :*
- (i) *constitue un abus de pouvoir ;*
- (ii) *constitue un abus de confiance ; ou*
- (iii) *constitue un manquement à une obligation juridique ou à la réglementation ;*
- (c) *afin d'obtenir un résultat indu ; ou*
- (d) *d'influencer une autre personne de manière prohibée ou indue pour qu'elle agisse ou s'abstienne d'agir.*
- (2) *Sans restreindre la portée générale de l'article 2(4), le verbe « agir », dans le paragraphe (1), recouvre le fait :*
- (a) *d'utiliser la position de l'agent public étranger ou du tiers pour influencer les actes ou décisions de l'État étranger ou de l'organisation internationale publique concernés ; ou*
- (b) *d'obtenir ou de conserver un contrat, un marché ou un avantage dans les transactions commerciales avec cet État étranger ou cette organisation internationale publique.*

189. Cette section du présent rapport de Phase 2 vise uniquement les éléments de l'infraction identifiés dans le rapport de Phase 1 comme méritant une évaluation complémentaire.

**b. Éléments de l'infraction**

*(i) Élément intentionnel*

190. L'intentionnalité est l'élément de l'infraction de corruption transnationale — telle qu'elle est définie dans la législation sud-africaine — qui a suscité le plus de préoccupations pendant la Phase 1 et qui a été spécifiquement identifié dans l'évaluation du Groupe de travail comme méritant un suivi en Phase 2<sup>132</sup>. Les examinateurs principaux se félicitent des assurances qu'ils ont reçues sur ce point des différents participants à la mission sur place.

191. En droit sud-africain, l'infraction de corruption transnationale ne mentionne pas spécifiquement un élément intentionnel. Par conséquent, il convient d'examiner la notion générale d'intentionnalité telle qu'elle est interprétée dans ce pays. Selon les réponses fournies pendant la Phase 1 par les autorités sud-africaines : « le droit sud-africain exige que l'auteur ait non seulement agi intentionnellement, mais également en sachant qu'il commettait un acte illégal »<sup>133</sup>. Le concept d'ignorance de la loi en tant que moyen de défense a été consacré par l'Appellate Division en 1977 dans son arrêt *S. v. De Blom* : « il convient d'accepter le fait que le cliché 'nul n'est censé ignorer la loi' ne repose sur rien et que l'opinion selon laquelle 'l'ignorance de la loi n'est pas une excuse' n'est pas juridiquement applicable à la lumière du concept contemporain d'élément intentionnel intégré dans notre droit ». Dans le contexte sud-africain

<sup>132</sup> Voir le rapport de Phase 1, para. 165.

<sup>133</sup> Voir *ibidem*, para. 9.



(voir plus haut la section A.1. consacrée à la sensibilisation), il est possible notamment que des PME ignorent que la corruption d'un agent public étranger constitue une infraction en droit sud-africain et/ou que cette infraction peut faire l'objet de poursuites devant les tribunaux sud-africains même si l'acte de corruption a été commis intégralement à l'étranger, compte tenu du caractère exceptionnel de la compétence extraterritoriale applicable à cette infraction (voir plus haut la section 1.d.ii. consacrée à la compétence fondée sur la nationalité).

192. Par conséquent, pendant la mission sur place, l'équipe d'examen s'est longuement entretenue avec des représentants du ministère de la Justice, des procureurs, des juges, des hommes d'affaires, des universitaires et des avocats pour savoir si l'ignorance de la législation relative à l'infraction de corruption transnationale pourrait être invoquée comme moyen de défense, de manière à échapper à toute responsabilité dans une affaire de ce type. Certains procureurs ont reconnu que l'accusé pourrait essayer d'invoquer ce moyen de défense, mais ils sont tous intimement convaincus que ce moyen serait rejeté par le tribunal. Les juges ont également confirmé que ce moyen de défense serait considéré comme déficient en tout état de cause et que, plus particulièrement dans les affaires de corruption, il serait rejeté compte tenu de la malhonnêteté implicite inhérente à tout acte de corruption. Ils estiment tout au plus que le moyen pourrait avoir une incidence sur la sanction infligée. Les participants aux panels ont été unanimes pour estimer qu'un tel moyen de défense aurait très peu de chances d'aboutir dans le contexte d'un procès pour corruption transnationale, dans la mesure où les personnes opérant dans un environnement commercial international — même au sein d'une petite entreprise — sont supposées se familiariser avec toutes les règles régissant le commerce international en Afrique du Sud, y compris celles relatives à la corruption transnationale.

(ii) *En vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international*

193. L'article 5(2) de la PRECCA contient des précisions supplémentaires relatives au sens du verbe « agir ». Le rapport de Phase 1 examinait la question de la redondance des précisions énoncées à l'article 5(2) et posait la question de savoir si cette disposition peut limiter les actes de l'agent public étranger aux actes exécutés par « l'État étranger ou [...] l'organisation internationale publique concerné », ou ayant un rapport avec les transactions de « cet État étranger ou de cette organisation internationale publique [souligné par nous]<sup>134</sup>. Cette analyse a fait craindre que les situations envisagées par le Commentaire 19 de la Convention ne soient pas couvertes quand, par exemple, un pot-de-vin est versé à un agent public étranger afin qu'il influence le processus décisionnel dans un autre État ou dans une banque multilatérale de développement<sup>135</sup>.

194. Les autorités sud-africaines ont rappelé que l'utilisation du verbe « recouvre » dans l'article 5(2), vise à introduire des précisions supplémentaires et que ce terme ne saurait être interprété comme limitant l'application de l'article 2(4) de la PRECCA. L'article 2(4), cependant, indique simplement que « dans la présente loi, un acte comprend une omission ». Les autorités sud-africaines considèrent également qu'il est possible de se fonder sur le Commentaire 19 de la Convention pour interpréter cette disposition.

<sup>134</sup> Voir *ibidem* les paras. 26 et 27.

<sup>135</sup> Le Commentaire 19 précise : « Suivant la définition du paragraphe 4.c, un cas de corruption qui a été envisagé est celui où un responsable d'une entreprise corrompt un haut fonctionnaire d'un gouvernement afin que celui-ci use de sa fonction — même en outrepassant sa compétence — pour qu'un autre agent public attribue un marché à cette entreprise. »

## Commentaire

*Concernant la question de l'intention, les examinateurs principaux se félicitent des assurances qui leur ont été données par les différents participants aux panels pendant la mission sur place. Ils recommandent le suivi de cette question à mesure de l'évolution de la jurisprudence.*

*Concernant l'article 5(2) et le fait de savoir si celui-ci pourrait limiter l'infraction de corruption transnationale aux actes commis dans l'État de l'agent public étranger ayant reçu le pot-de-vin, les examinateurs principaux recommandent aussi le suivi de cette question à mesure de l'évolution de la jurisprudence.*

### 3. Responsabilité des personnes morales

#### a. Fondement juridique de la responsabilité des personnes morales en Afrique du Sud

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

##### i. Définition des personnes morales

#### Personnes morales couvertes par la CPA et la PRECCA

196. En règle générale, l'article 2 de la Loi interprétative de 1957 prévoit que le droit africain s'applique aux personnes physiques et morales sur un pied d'égalité<sup>136</sup>. Cela implique que l'article 5(1) de la PRECCA — qui couvre l'infraction de corruption d'agents publics étrangers — s'applique à la fois aux personnes physiques et morales. Toutefois, comme l'ont souligné les procureurs rencontrés pendant la mission sur place, ce texte n'est pas directement applicable aux personnes morales et la disposition permettant d'engager la responsabilité pénale d'une telle personne est l'article 332(1) de la Loi de 1977 sur la procédure pénale (« la CPA ») qui prévoit la poursuite des « sociétés et des membres d'associations »<sup>137</sup>. Ce constat incite à se poser la question de savoir si la combinaison des exigences énoncées respectivement à l'article 332(1) de la CPA et à l'article 5(1) de la PRECCA forme une base adéquate pour la poursuite efficace des personnes morales au titre d'infractions de corruption transnationale.

197. L'article 5(1) mentionne des actes commis par « toute personne » et, comme l'indique l'article 2(5) de la PRECCA, « toute personne comprend une personne du secteur privé ». Cette formulation semble couvrir un large éventail de personnes morales — sud-africaines, mais aussi étrangères — dans le secteur privé. De plus, les autorités sud-africaines ont expliqué que le mot « recouvre » dans l'article 2(5) de la PRECCA prévoit l'inclusion de personnes autres que « des personnes

<sup>136</sup> L'article 2 de la Loi interprétative de 1957 prévoit que dans un texte de loi : le terme « personne » comprend : (a) un conseil territorial, un conseil municipal, un conseil de direction de village ou une autorité similaire ; (b) une société constituée ou immatriculée comme telle en vertu d'un texte de loi ; (c) un ensemble de personnes constituées ou non en société ».

<sup>137</sup> L'article 332(1) dispose : « Pour l'établissement de la responsabilité pénale d'une personne morale en cas d'infraction à la loi ou relevant de la common law : (a) tout acte exécuté, avec ou sans intention particulière, par un dirigeant ou un salarié de cette personne morale ou suivant ses instructions, ou avec son autorisation explicite ou implicite ; et (b) l'omission, avec ou sans intention particulière, d'un acte qui devait être exécuté, mais ne l'a pas été, par un dirigeant ou un salarié de cette personne morale ou suivant ses instructions, soit dans l'exercice de ses pouvoirs ou l'exécution de ses fonctions en tant que dirigeant ou qu'agent, soit en poursuivant ou en s'employant à poursuivre les intérêts de cette personne morale, est réputé avoir été commise (et avec la même intention, le cas échéant) par la personne morale ou, selon le cas, constituer une omission (et avec la même intention, le cas échéant) de ladite personne morale. »

dans le secteur privé ». Pendant la Phase 1, les autorités sud-africaines avaient cité une jurisprudence<sup>138</sup> pour étayer leur thèse selon laquelle les entreprises détenues ou contrôlées par l'État peuvent être tenues responsables d'une infraction aux lois et aux règlements, mais l'arrêt en question ne vise pas les infractions définies par la PRECCA. Aucun cas de jurisprudence couvrant la responsabilité des entreprises appartenant à l'État ou contrôlées par lui — que ce soit au titre d'une infraction de corruption transnationale ou d'une autre infraction intentionnelle — n'avait été communiqué au moment de la rédaction du présent rapport. Il conviendra de suivre la question de l'efficacité des poursuites intentées contre des entreprises détenues ou contrôlées par l'État au titre de l'infraction de corruption transnationale à mesure de l'évolution de la jurisprudence.

#### Responsabilité des sociétés mères au titre des actes de corruption commis par des intermédiaires, y compris des personnes morales liées

198. Le droit sud-africain ne couvre pas la question de la responsabilité des sociétés mères en général et ne prévoit pas non plus spécifiquement la responsabilité de ces sociétés au titre d'actes de corruption commis par des intermédiaires, y compris des personnes morales liées comme des filiales. L'article 5 de la PRECCA utilise le terme « directement ou indirectement » qui a été interprété par la Cour d'appel suprême — dans *Shaik and Others v. S* (ci-après « *Shaik* ») — comme englobant « les avantages obtenus indirectement par le biais d'une autre personne ou entité »<sup>139</sup>. Par conséquent, la situation dans laquelle une filiale étrangère est utilisée par une société mère pour corrompre un agent public étranger pourrait être couverte par cette disposition. Même si l'affaire *Shaik* portait sur l'acceptation passive d'avantages, l'Afrique du Sud a signalé que le droit sud-africain n'exige pas d'interprétation différente des termes selon qu'il s'agit de l'infraction de corruption active ou de corruption passive.

199. Cependant, comme l'ont souligné les procureurs sud-africains, l'article 332(1) de la CPA est le seul texte de loi permettant d'engager la responsabilité pénale d'une société. Les procureurs font remarquer que, selon cette même disposition, il est impossible d'invoquer la responsabilité pénale en Afrique du Sud en l'absence d'une preuve d'un acte commis à l'étranger « par un dirigeant ou un employé de cette personne morale ou suivant ses instructions, ou avec son autorisation explicite ou implicite »<sup>140</sup> [souligné par nous]. Par conséquent, en l'absence d'une instruction ou d'une permission donnée par le directeur ou un agent de la société mère en Afrique du Sud, ladite société ne peut pas être tenue responsable des actes de corruption commis par sa filiale à l'étranger. De plus, les procureurs précisent que le fait que la société mère sud-africaine a donné des consignes ne s'analyse pas nécessairement en la communication d'instructions ou d'une permission par l'un de ses dirigeants ou employés à la filiale au sens de l'article 332 (1) de la CPA<sup>141</sup>.

200. Les examinateurs principaux relèvent qu'il s'agit là d'une question horizontale pouvant affecter nombre de Parties à la Convention. Pour savoir si elle est de nature à constituer un obstacle à la mise en œuvre effective de la responsabilité des personnes morales dans les affaires de corruption transnationale, il conviendra d'assurer le suivi de cette question à mesure de l'évolution de la jurisprudence.

<sup>138</sup> Dans l'affaire *Ex parte Minister van Justisie v. Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie (SABC)* de 1992 SACR 618 (AD), l'Appellate Division [division d'appel] a jugé que la South African Broadcasting Corporation, une société contrôlée par l'État, avait commis une infraction par négligence.

<sup>139</sup> *Shaik and Others v. S* [2007] 2 All SA 150 (SCA). La Cour constitutionnelle a confirmé cette décision en 2008.

<sup>140</sup> Article 332(1)(a) de la CPA

<sup>141</sup> Voir plus haut, dans la section B.1.d., les difficultés potentielles inhérentes à l'établissement de la compétence sur des personnes morales.

ii. *Relation de responsabilité entre la personne morale et une personne physique*

201. L'annexe I à la Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption transnationale dispose dans sa section B : « Les régimes de responsabilité des personnes morales [...] ne devraient pas restreindre la responsabilité aux cas où la ou les personnes physiques ayant commis l'infraction sont poursuivies ou condamnées ». En droit sud-africain, la responsabilité pénale des personnes morales est subordonnée à la commission d'une infraction par leurs représentants. L'article 332 de la CPA prévoit l'engagement de poursuites contre des sociétés, leurs dirigeants et leurs employés, et des membres d'associations.

Possibilité de condamner une personne morale, même lorsque la personne responsable de la corruption n'a pas été condamnée.

202. Comme l'indiquait le rapport de Phase 1, l'engagement de poursuites contre une société enregistrée selon le droit sud-africain suppose la preuve qu'un dirigeant ou un employé de celle-ci a commis une infraction. Les autorités sud-africaines expliquent que cela ne signifie pas qu'il est nécessaire qu'une personne physique soit poursuivie ou condamnée pour engager des poursuites contre la personne morale. Elles soulignent que, dans *Shaik*<sup>142</sup>, les sociétés Kobifin Ltd et Kobitech Ltd, ont été condamnées pour blanchiment de capitaux sans que Shaik ait été personnellement condamné pour les mêmes chefs d'accusation (alors que l'intéressé représentait les sociétés devant la Haute Cour, était l'actionnaire unique ou majoritaire et avait été condamné à titre personnel pour le principal chef d'accusation, celui de corruption). Les autorités sud-africaines ont expliqué qu'il est possible de faire aboutir des poursuites contre une entreprise coupable de corruption et d'autres chefs d'accusation, même lorsque les dirigeants en cause ont pris la fuite ou sont décédés. Elles ont fourni comme exemple la condamnation, dans la même affaire *Shaik*, de la société Thint (Pty) Ltd malgré l'absence de son directeur, Alain Thétard, lequel avait fui en France<sup>143</sup>. Tous les participants interrogés à ce sujet pendant la mission sur place affirment invariablement qu'il est possible de condamner une personne morale, même lorsque l'individu responsable de l'acte de corruption n'a pas été condamné.

Nécessité d'identifier l'individu responsable de l'acte de corruption

203. Plusieurs représentants de la NPA rencontrés pendant la mission sur place déduisent de l'exigence d'un élément intentionnel que, même s'il est possible de condamner une personne morale alors que l'individu responsable de l'acte de corruption ne l'a pas été, ce dernier doit être identifié (pas forcément nommé) et une intention éventuelle (*dolus eventualis*) établie. L'obligation de prouver qu'une infraction a été commise par un dirigeant ou un agent pour pouvoir engager des poursuites contre la personne morale avait été identifiée dans le rapport de Phase 1 comme source potentielle de difficultés sous l'angle des poursuites et des preuves.

204. Pendant la Phase 1, les autorités sud-africaines avaient soutenu une interprétation un peu plus large (selon laquelle ce n'est pas l'identité réelle du dirigeant ou de l'employé spécifique qui doit être établie) et indiqué que l'article 332 de la CPA se borne à demander d'établir la preuve qu'un acte a été commis par un dirigeant ou un employé [souligné par nous]. Plusieurs participants aux panels ont confirmé

<sup>142</sup> *Shaik and Others v. S* 2007(1) SACR 142 D.

<sup>143</sup> Bien que cet exemple ne soit pas en lui-même totalement convaincant dans la mesure où, dans cette affaire, l'État avait retiré toutes les accusations portées contre Alain Thétard le premier jour du procès, en octobre 2004, en vertu d'un engagement en ce sens souscrit par le ministère public en échange d'informations communiquées par l'intéressé.

qu'en cas de découverte d'une opération de pot-de-vin, par exemple par un vérificateur externe, sans qu'une personne physique spécifique puisse être identifiée (s'agissant notamment d'une décision collective ou une décision pouvant être attribuée à un service — comme le service commercial — sans qu'une personne donnée puisse être nommée), il demeure possible de poursuivre la personne morale. Cette interprétation n'est pas corroborée par l'ensemble de la jurisprudence disponible. Les participants aux panels ont systématiquement mentionné les arrêts *Rex v. Josman*<sup>144</sup> [ci-après « *Josman* »] et *Rex v. de Lange*<sup>145</sup> [ci-après « *de Lange* »] dans lesquels la Haute Cour a estimé que la preuve doit être établie que « la société a commis l'acte par le biais de l'agent nommé » [souligné par nous]<sup>146</sup>. Cependant, à l'issue de la mission sur place, l'Afrique du Sud a communiqué le résumé d'une affaire *S v. Pelsner*<sup>147</sup> [ci-après « *Pelsner* »] dans laquelle il a été déclaré que, même si les employés accusés n'avaient pas pu être identifiés par les plaignants (et n'avaient donc pas été reconnus coupables), « cette circonstance n'empêche pas nécessairement la condamnation de l'employeur ».

#### Niveau hiérarchique des personnes dont les actes peuvent engager la responsabilité de la personne morale

205. L'annexe I à la Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption transnationale prévoit, dans sa section B, que le niveau d'autorité de la personne dont la conduite engage la responsabilité de la personne morale devrait être : a) suffisamment souple et refléter la grande diversité des systèmes décisionnels au sein des personnes morales ; ou, b) à supposer qu'il se limite aux plus hautes sphères de la direction, couvrir les affaires dans lesquelles des membres de sa direction autorisent un subordonné à commettre un acte de corruption ou s'abstiennent d'empêcher une telle personne de se livrer à un acte de corruption, notamment en n'exerçant pas de surveillance ou en s'abstenant de mettre en œuvre des contrôles, des règles déontologiques et des programmes ou des mesures de vigilance adéquats.

206. L'article 332(10) de la Loi de procédure pénale définit un « dirigeant » comme « toute personne qui contrôle ou dirige cette personne morale ou est membre d'une personne morale ou d'un groupe de personnes morales qui contrôle ou dirige cette personne morale ou, en l'absence d'ensemble ou de groupe de personnes morales, est membre de cette personne morale. » Les autorités sud-africaines ont expliqué pendant la Phase 1 que cette disposition vise à permettre de qualifier ces personnes de « dirigeants », même si elles ne sont pas officiellement enregistrées comme telles aux termes de la Loi de 1973 sur les sociétés<sup>148</sup>. Le terme anglais « *servant* » utilisé dans l'article 332 n'est pas défini, mais les autorités sud-africaines affirment qu'il couvrirait toute personne employée à titre salarié régulier en vertu d'un contrat ou d'autres dispositions<sup>149</sup>. La jurisprudence fournie à l'appui comprend la décision, rendue en 1992 par l'Appellate Division dans l'affaire *Ex parte Minister van Justisie v. Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie (SABC)*, dans laquelle ce tribunal a estimé qu'une personne morale peut être responsable des actions et des intentions des « dirigeants, employés et autres personnes » [souligné par nous].

207. Dans leurs réponses au questionnaire général de Phase 2, les autorités sud-africaines semblent restreindre l'interprétation indiquée ci-dessus en précisant que le terme « salarié ou dirigeant » englobe tous les niveaux de « la direction » et couvrirait donc des personnes situées toujours à un niveau

<sup>144</sup> *Rex v. Josman*, Haute Cour, (1915, T.P.D. 295).

<sup>145</sup> *Rex v. de Lange*, Haute Cour, (1949, T.P.D.)

<sup>146</sup> Dans *de Lange*, la Haute Cour a relevé que dans *Josman* « la Couronne n'était pas parvenue à prouver que l'infraction avait été commise par l'employé, mais avait prouvé qu'elle avait été commise par quelque autre employé » et avait donc conclu à l'impossibilité de condamner l'employeur.

<sup>147</sup> *S v. Pelsner* 1966 (3) SA 626 (N)

<sup>148</sup> L'article 215 de la Loi de 1973 sur les sociétés prévoit la tenue d'un registre des dirigeants et des cadres.

<sup>149</sup> Voir la réponse au point 2.1.11 du questionnaire général.

relativement élevé dans la hiérarchie, sans exiger que les intéressés soient « l'âme dirigeante » de la société comme c'est le cas dans certains pays de *common law*. Cependant, les procureurs rencontrés pendant la mission sur place ont indiqué que tout acte d'un employé peut engager la responsabilité d'une personne morale, qu'il s'agisse d'un acte positif [voir l'article 332, paragraphe (a), de la CPA qui mentionne « des instructions » ou « une permission » donnée(s) par un directeur ou un employé] ou d'une omission [voir l'article 332, paragraphe (b), de la CPA qui précise « avec ou sans intention particulière »] par exemple une surveillance défaillante. Si cette évolution semble aller dans la bonne direction et couvrir des situations dans lesquelles une personne investie d'une autorité s'abstient sciemment d'empêcher un salarié de commettre l'infraction (ignorance volontaire), les examinateurs principaux estiment — en raison de la mise en œuvre insuffisante en pratique — que ce point devrait faire l'objet d'un suivi à mesure de l'évolution de la jurisprudence.

**b. Poursuite des personnes morales en pratique**

*i. Nécessité d'une personne physique pendant la procédure engagée à l'encontre de la personne morale*

208. Les autorités sud-africaines indiquent qu'en général, les poursuites visant la personne morale et la personne physique seraient engagées et menées simultanément. La procédure judiciaire reflète par conséquent la nécessité d'identifier une personne physique, telle qu'elle est décrite plus haut.

209. Les autorités sud-africaines expliquent en outre que la personne morale doit désigner un représentant chargé de répondre des accusations portées contre elle [souligné par nous]. Comme le prévoit l'article 332(2) de la CPA, le procureur jouit d'une marge de manœuvre pour choisir le dirigeant ou l'agent qui représentera la personne morale même si l'intéressé n'est pas impliqué dans l'infraction. Il a été précisé pendant la mission sur place qu'un avocat ne peut pas représenter la société dans ce cas de figure. En pratique, le représentant peut être un employé de très bas niveau, même si les procureurs prennent en compte d'autres facteurs, par exemple le fait que le dirigeant ou l'employé est également accusé personnellement ou habite non loin du tribunal.

210. Selon les autorités sud-africaines, « la personne parle au nom de la personne morale laquelle ne peut pas parler de sa propre voix ». La personne citée serait assimilée à un délinquant uniquement en sa capacité de représentant, à moins qu'elle ne soit aussi accusée à titre personnel, tandis que la personne morale est l'auteur réel de l'infraction. En dépit des contradictions entre les diverses informations obtenues à ce propos, il a été précisé pendant la mission sur place que cette exigence est purement procédurale et que la personne citée ne sera pas condamnée à titre personnel, à moins qu'elle ne soit l'auteur de l'infraction (la procédure ne provoquera aucune inscription dans le casier judiciaire de l'intéressé).

*ii. Niveau de la preuve : infraction devant être commise dans l'exercice de pouvoirs ou dans l'exécution de fonctions ou bien pour poursuivre les intérêts de la personne morale*

211. Pour que la responsabilité d'une personne morale soit engagée, l'infraction doit avoir été commise soit « dans l'exercice de ses pouvoirs ou l'exécution de ses fonctions en tant que dirigeant ou qu'agent, soit en poursuivant ou en s'employant à poursuivre les intérêts de cette personne morale » [souligné par nous] (article 332(b) de la CPA). Les autorités sud-africaines ont souligné que ces conditions ne sont pas cumulatives et sont vérifiées en fonction des circonstances de la cause. De ce fait, même si un dirigeant ou un employé outrepassé ses pouvoirs, la responsabilité de la personne morale peut quand même être engagée dans la mesure où le dirigeant ou l'employé agit en poursuivant ou en s'employant à poursuivre les intérêts de la société. L'équipe d'examen a essayé de savoir si la formule « en s'employant à poursuivre les intérêts de cette personne morale » peut s'interpréter comme exigeant que la corruption de l'agent public étranger procure un avantage à la personne morale corruptrice, dans la mesure où une telle

approche ne couvrirait pas les cas dans lesquels, par exemple, une personne morale verse un pot-de-vin au nom d'une personne morale à laquelle elle est liée (y compris une filiale, une société holding ou un membre de la même structure industrielle). Les autorités sud-africaines avaient indiqué pendant la Phase 1 qu'il n'est pas exigé systématiquement que l'infraction soit commise dans tous les cas au profit de la personne morale. Compte tenu de l'absence jusqu'à ce jour d'une jurisprudence pertinente, ce point devrait peut-être faire l'objet d'un suivi par le Groupe de travail.

*iii. Exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre et élaboration de critères s'ajoutant à ceux de la loi*

212. Les autorités sud-africaines ont indiqué qu'elles procèdent actuellement à la révision des Directives en matière de politique de poursuite (voir plus haut la sous-section C consacrée aux poursuites). Les examinateurs principaux se félicitent de cet effort, mais estiment indispensable que ce document précise que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre ne doit pas se traduire par la création de critères s'ajoutant à ceux de la loi lesquels — comme « l'impact économique » mentionné dans la version actuelle des Directives — pourrait constituer un obstacle à la mise en œuvre effective de l'article 2 de la Convention (voir également la section B.1.c.ii. consacrée aux principes régissant les poursuites). Ils pensent également que ce document devrait contribuer à sensibiliser le ministère public à l'importance de la mise en accusation à la fois des personnes physiques et morales ayant participé à un acte de corruption, y compris un acte de corruption transnationale.

*iv. Nombre limité des poursuites et des condamnations de personnes morales au titre d'infractions pénales intentionnelles et caractère toujours relativement limité de la jurisprudence*

213. Malgré la possibilité, depuis 1977, d'invoquer la responsabilité pénale des personnes morales au titre d'infractions intentionnelles en vertu de l'article 332 de la CPA<sup>150</sup>, les condamnations ou les poursuites de ce type semblent rares et le seul cas de corruption nationale cité au cours de la Phase 2 a été l'affaire *Shaik* dans laquelle l'infraction commise résultait d'un acte de corruption passive. Même pendant la Phase 1, les autorités ne sont pas parvenues à faire état d'une autre affaire dans laquelle une personne morale aurait été condamnée en Afrique du Sud pour corruption nationale active. À l'issue de la mission sur place, l'Afrique du Sud a indiqué que, selon les sources disponibles, aucune affaire visant spécifiquement l'application de l'article 332 de la CPA n'a été signalée depuis 2000. Une seule (ou peut-être deux) condamnation(s) et un acquittement de personnes morales — prononcés au titre d'infractions relevant de la délinquance économique — ont été repris dans les recueils de jurisprudence pendant la période 1990-2000. Selon les autorités sud-africaines, seul un petit nombre d'affaires serait repris dans les recueils, de sorte que ce constat ne reflète pas nécessairement une application défailante. Cependant, aucune statistique n'est disponible pour étayer cette thèse et pour démontrer le niveau réel d'application. Les examinateurs principaux craignent que, même si l'infraction pénale intentionnelle est établie depuis longtemps par l'article 332(1) de la CPA, cette disposition n'a pas accru le nombre de condamnations de personnes morales en Afrique du Sud.

214. Selon les autorités sud-africaines, aucun principe juridique ne s'opposerait à la poursuite d'entreprises appartenant à l'État ou contrôlées par lui au titre d'infractions pénales sur la base de l'article 332 de la CPA. Néanmoins, les examinateurs principaux relèvent que la responsabilité de ces entreprises n'a pas encore pu être testée dans le domaine de la délinquance économique (voir l'analyse qui précède), ce qui pourrait être préoccupant notamment au regard des secteurs d'activité sensibles dans lesquels les plus grosses de ces entreprises opèrent.

<sup>150</sup> Mais la jurisprudence montre que la responsabilité pénale des personnes morales au titre d'une infraction intentionnelle existait apparemment déjà avant l'entrée en vigueur de cette loi (voir plus haut les arrêts *Josman*, *de Lange* et *Pelser* rendus respectivement en 1915, 1949 et 1966).

215. Interrogés sur les raisons expliquant le faible nombre de poursuites engagées contre des sociétés en vertu de l'article 332 de la CPA, les procureurs ont estimé que cet état de choses n'est pas dû à une absence de formation sur la responsabilité pénale des personnes morales au titre d'infractions intentionnelles en vertu de l'article 332 de la CPA (cette question ayant été traitée à plusieurs reprises par le Justice College, notamment sous l'angle de sa relation avec l'article 5 de la PRECCA). Les autorités sud-africaines estiment plutôt que les procureurs accusent uniquement une société lorsque l'infraction semble avoir été commise « en son nom ou dans son intérêt ». Les autorités sud-africaines expliquent en outre que les procureurs pourraient préférer accuser des personnes physiques parce que, dans nombre d'affaires, la personne morale a été liquidée au moment de la mise en accusation et parce que l'infraction est passible d'une peine d'emprisonnement perçue en Afrique du Sud comme davantage dissuasive aux yeux des corrupteurs potentiels.

216. Les examinateurs principaux relèvent également que les Directives en matière de politique de poursuite en vigueur n'incluent pas de dispositions relatives à l'article 5 de la PRECCA ou à l'utilisation de l'article 332 de la CPA combiné à l'article 5 de la PRECCA. Le ministre de la Justice et du Développement constitutionnel n'a pas non plus donné de consignes sur ce point à la NPA dans le cadre d'un autre texte. Cependant, les autorités sud-africaines estiment que le procureur qui engage des poursuites en vertu de l'article 5 de la PRECCA n'ignore rien de l'application de l'article 332 de la CPA.

217. L'absence de poursuites et de condamnations de personnes morales en Afrique du Sud doit également être replacée dans le contexte plus large du taux de condamnation global enregistré par les tribunaux de ce pays lequel, selon les représentants du secteur privé et de la société civile ayant participé à la mission, serait très faible (voir également la sous-section I a) iii. ci-dessus et la section 4 ci-dessous).

### *c. Sanctions applicables aux personnes morales*

218. La Convention demande aux Parties de faire en sorte que la corruption d'un agent public étranger soit passible de sanctions pénales « efficaces, proportionnées et dissuasives », comparables aux sanctions applicables à la corruption de leurs propres agents. En Afrique du Sud, les peines pénales sont identiques pour la corruption nationale et transnationale et pour les personnes physiques et morales. Comme on le verra dans la section C, le montant des amendes en cas d'infractions de corruption est fixé par l'article 26(1)(a) de la PRECCA : la Haute Cour jouit d'une compétence illimitée ; le tribunal régional peut imposer une amende ne dépassant pas 360 000 ZAR (36 000 EUR ; 46 800 USD), enfin, un tribunal de première instance peut imposer une amende ne dépassant pas 100 000 ZAR (10 000 EUR ; 13 000 USD).

219. Comme on l'a vu pendant la Phase 1, le niveau des amendes qu'un tribunal régional ou un tribunal de première instance a le droit d'infliger au titre de l'article 26(1) peut sembler assez faible, en particulier dans les affaires où des personnes morales sont en cause. Cet inconvénient est atténué en partie par la Loi de 1997 portant modification de la Loi sur la procédure pénale, en vertu de laquelle les affaires de corruption transnationale peuvent systématiquement être portées devant une Haute Cour ou un tribunal régional ayant la même compétence qu'une Haute Cour. La question demeure cependant de savoir quel sera le montant des amendes infligées en pratique et si les préoccupations exprimées par le Groupe de travail pendant la Phase 1 — concernant la possibilité que les tribunaux régionaux se sentent liés par les montants minimums fixés dans la PRECCA — se traduiront dans les faits. En outre, il ne paraît pas certain que l'imposition d'amendes supplémentaires au titre de l'article 26(3) soit possible, notamment en l'absence de consignes relatives à la détermination des peines<sup>151</sup>, comme l'indique le rapport de Phase 1 et l'ont confirmé tous les praticiens pendant la mission sur place.

<sup>151</sup> Malgré une jurisprudence abondante dont on pourrait apparemment tirer des lignes directrices concernant les peines appropriées, comme l'indique le paragraphe 53 du rapport de Phase 1.



220. Aucune sanction n'a jusqu'à présent été infligée dans une affaire de corruption transnationale. Cependant, dans leurs réponses au questionnaire de Phase 2, les autorités sud-africaines ont cité comme exemple des sanctions infligées récemment dans une affaire de corruption (*S v. Shaik and Others*)<sup>152</sup> en vertu de la législation de 1992<sup>153</sup>. Dans cette affaire, les personnes morales accusées ont été reconnues coupables de divers chefs d'accusation relevant de la corruption et de la fraude. L'amende la plus élevée infligée à l'une des personnes morales concernées atteignait 1.4 million ZAR au titre d'un chef d'accusation, plus 500 000 ZAR et 125 000 ZAR respectivement au titre de deux autres chefs, soit un total de 2 025 000 ZAR (202 500 EUR ; 263 250 USD). Des mesures de confiscation ont également été infligées pour un montant total de 34 millions ZAR (3.4 millions EUR ; 4.4 millions USD). Le raisonnement tenu par le tribunal et les peines infligées ont été confirmés en appel par la Cour d'appel suprême et la Cour constitutionnelle<sup>154</sup>. Le niveau de la peine maximale — telle qu'elle a été appliquée à l'une des personnes morales reconnues coupables en instance (et qui est présentée par les autorités sud-africaines comme un exemple de peine très lourde) — ne saurait passer aux yeux des examinateurs principaux pour une sanction efficace, proportionnée et dissuasive concernant une personne morale, même si elle était assortie en l'instance d'une mesure de confiscation. Selon un universitaire rencontré pendant la mission sur place, le niveau des sanctions prévues par la loi est adéquat, mais les juges n'appliquent jamais les amendes maximales, notamment parce qu'ils ont tendance à retenir systématiquement les circonstances atténuantes. Selon les autorités sud-africaines, il n'a encore jamais été envisagé de rédiger des lignes directrices en matière de détermination de la peine de manière à compléter ou à remplacer la jurisprudence abondante telle qu'elle a été analysée pendant la Phase 1 (voir également la note de bas de page ci-dessus).

221. Au moment de la rédaction du présent rapport, aucune information n'était disponible quant au nombre de condamnations et d'acquittements prononcés sur la base de l'article 332 de la CPA dans une affaire d'infraction économique intentionnelle, les peines appliquées et les infractions sous-jacentes. Les autorités sud-africaines ont indiqué que le système informatique élaboré par le ministère de la Justice et la NPA pour enregistrer l'issue des affaires en tenant compte des catégories d'infractions et des peines infligées ne permet pas d'isoler les infractions/peines visant spécifiquement des infractions établies par l'article 332 de la CPA. Elles ont précisé qu'une demande avait été formulée en vue d'ajouter cette fonctionnalité au système en place. Ce point devrait faire l'objet d'un suivi en Phase 3, dans la mesure où il concerne l'infraction de corruption transnationale.

222. La rareté des condamnations ou des poursuites à l'encontre d'entreprises au titre d'infractions économiques intentionnelles et l'absence actuelle d'affaires de corruption transnationale ne permet pas aux examinateurs principaux d'évaluer plus précisément le niveau des amendes infligées en pratique aux personnes morales. Cependant, sur la base des informations disponibles au moment de la rédaction du présent rapport, cela soulève des questions sur les moyens de savoir si les peines appliquées en pratique aux personnes morales sont suffisamment efficaces, proportionnées et dissuasives. Ces préoccupations sont quelque peu atténuées, cependant, par la pratique de la confiscation des instruments et des produits de la corruption et des infractions analogues telles qu'elles sont analysées dans la section 4.

### *Commentaire*

***Les examinateurs principaux estiment que la législation sud-africaine relative à la responsabilité des personnes morales semble autoriser les enquêtes, les poursuites et les sanctions à l'encontre des personnes morales pour corruption transnationale. Ils sont cependant préoccupés : i) par l'incertitude qui demeure quant au niveau de la mise en œuvre***

<sup>152</sup> 2007(1) SACR 142 D.

<sup>153</sup> Voir la réponse au point 6.2 du questionnaire général.

<sup>154</sup> *S v. Shaik and Others* 2007 (1) SACR 247 (SCA) ; *S v. Shaik and Others* 2008 (2) SACR 165 (CC).

*de la responsabilité des personnes morales au titre d'infractions économiques intentionnelles, en dépit du fait que la responsabilité de ces personnes est reconnue depuis fort longtemps en droit sud-africain ; et (ii) par l'approche encore trop peu efficace et volontariste des autorités sud-africaines en matière d'enquêtes et de poursuites à l'encontre de personnes morales au titre de l'infraction de corruption transnationale.*

*Par conséquent, compte tenu du nombre limité d'affaires de corruption et/ou d'affaires connexes de délinquance économique, les examinateurs principaux recommandent à l'Afrique du Sud de prendre des mesures afin que :*

*(a) les policiers et les procureurs soient convenablement formés et prennent conscience de l'importance de l'application efficace de la responsabilité des personnes morales pour actes de corruption transnationale, de manière qu'ils soient mieux outillés et adoptent une attitude plus résolue pour mener des enquêtes et engager des poursuites ainsi que pour réagir en cas d'allégation crédible ;*

*(b) les peines appliquées en pratique soient suffisamment efficaces, proportionnées et dissuasives concernant les personnes morales.*

*De plus, dans la mesure où la jurisprudence pertinente est encore trop limitée pour leur permettre de tirer des conclusions dans ce domaine, les examinateurs principaux recommandent au Groupe de travail de surveiller la manière dont l'infraction de corruption transnationale est appliquée en pratique aux personnes morales à mesure de l'évolution de la jurisprudence, y compris sous l'angle :*

*(a) de la responsabilité des sociétés mères au titre d'actes de corruption commis en recourant à des intermédiaires, y compris des personnes morales liées comme des filiales étrangères,*

*(b) des implications de l'exigence d'une infraction de corruption transnationale commise « en poursuivant ou en s'employant à poursuivre les intérêts » d'une personne morale », et*

*(c) des entreprises appartenant à l'État ou contrôlées par lui.*

#### **4. Règlement des affaires de corruption transnationale et sanctions**

223. L'article 3 de la Convention prévoit l'imposition de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives aux auteurs d'infractions de corruption transnationale. Il prévoit également la confiscation du pot-de-vin et des produits de la corruption d'un agent public étranger.

##### **a. Sanctions pénales**

224. Les peines pénales sont identiques en cas d'actes de corruption nationale et transnationale relevant de l'article 26(1)(a) de la PRECCA : jusqu'à 5 ans d'emprisonnement ou une amende au niveau des tribunaux de première instance, jusqu'à 18 ans d'emprisonnement ou une amende au niveau des tribunaux régionaux et une peine d'emprisonnement à vie ou une amende au niveau des Hautes Cours. Pour ce qui est du niveau des amendes : les Hautes Cours jouissent d'une compétence illimitée ; un tribunal régional peut infliger une amende n'excédant pas 360 000 ZAR (36 000 EUR ; 46 800 USD) ; enfin, un tribunal de première instance peut infliger une amende n'excédant pas 100 000 ZAR (10 000 EUR ; 13 000 USD). L'article 1(1)(b) de la Loi de 1991 sur l'ajustement des amendes prévoit des peines d'emprisonnement assorties d'une amende.

225. La partie 11, paragraphe 1, des Directives en matière de politique de poursuite prévoit que toute infraction aux dispositions de la PRECCA doit faire l'objet de poursuites devant le tribunal régional compétent<sup>155</sup>. De plus, des ajouts récents à la Loi de 1997 portant modification du Code pénal prévoient que les tribunaux régionaux jouissent des mêmes compétences que les Hautes Cours concernant certaines infractions graves dont la corruption.

226. En outre, concernant les peines d'emprisonnement, l'article 51 de la Loi de 1997 portant modification du Code pénal a relevé les sanctions minimales applicables. Concernant les infractions définies par les parties 1 à 4 de la PRECCA (y compris la corruption transnationale), lorsque le montant impliqué est supérieur à 500 000 ZAR (50 000 EUR ou 65 000 USD) ou bien lorsqu'il est supérieur à 100 000 ZAR et que l'infraction a été commise par une personne « agissant dans le cadre de l'exécution ou de la poursuite d'un objectif commun ou d'un complot »<sup>156</sup>, le tribunal régional ou la Haute Cour saisi doit condamner la personne à un minimum de 15 ans d'emprisonnement. Selon les autorités sud-africaines, « le montant impliqué » dans une affaire de corruption équivaut au montant de la gratification offerte ou donnée (et non à la valeur de l'avantage reçu). Cette sanction minimale peut être levée « en présence de circonstances significatives et indiscutables justifiant l'imposition d'une peine moins lourde »<sup>157</sup>. Cette peine a été infligée dans l'affaire *S v. Shaik and Others* en 2007. Au moment de la rédaction du présent rapport, aucune peine n'avait été infligée dans une affaire de corruption transnationale.

227. Pendant la mission sur place, des préoccupations ont été exprimées par plusieurs participants aux panels du secteur privé et de la société civile concernant le faible taux de condamnation du système judiciaire sud-africain. Les chiffres fournis par ces participants indiquent un taux compris entre 6 et 15 % : des chiffres correspondant à ceux avancés dans les rapports annuels du SAPS. À l'issue de la mission sur place, les autorités sud-africaines ont indiqué un chiffre très différent selon lequel le taux de condamnation pour l'ensemble des tribunaux de district, des tribunaux régionaux et des Hautes Cours se serait élevé à 88.6 % pour l'année 2009-10. Ces autorités suggèrent que le chiffre de 15 % a peut-être été calculé sur la base de toutes les infractions signalées. Un fonctionnaire du Trésor public a été cité dans plusieurs articles de presse pour avoir déclaré devant le Parlement : « [...] les criminels savent qu'ils ont peu de chances d'être attrapés. En cas d'arrestation, ils savent qu'ils ont encore moins de chances de finir par comparaître devant un tribunal. Et, à supposer qu'ils comparaissent devant un tribunal, leurs chances sont encore moindres d'être reconnus coupables. »<sup>158</sup>. Concernant plus spécialement l'application de l'infraction de corruption transnationale, les représentants de grandes entreprises sud-africaines ayant participé à la mission sur place ont indiqué que, à leur avis, les entreprises sud-africaines cotées à la NYSE semblent beaucoup plus susceptibles de se voir mises en examen pour corruption transnationale au titre de la Loi des États-Unis sur les pratiques de corruption transnationale (*Foreign Corrupt Practices Act* ou FPCA) qu'au titre de la PRECCA telle qu'elle est appliquée par les autorités répressives sud-africaines.

228. Le taux de condamnation de l'ensemble du système judiciaire pénal d'Afrique du Sud mérite d'être comparé aux taux de condamnation obtenus par les tribunaux spécialisés dans la délinquance économique (SCCC)<sup>159</sup>, lesquels dépassent 90 % (voir également plus haut la section 1.a. consacrée à la

<sup>155</sup> Voir, plus haut, la section 1.c. concernant la nature juridique des Directives en matière de politique de poursuite.

<sup>156</sup> Loi de 1997 portant modification de la Loi sur la procédure pénale (Loi n° 105 de 1997), annexe 2, partie II.

<sup>157</sup> *Ibidem*, article 51(2)(a) et (3).

<sup>158</sup> Voir, par exemple [News 24 \(14 octobre 2009\)](#) et [IT Web business \(14 octobre 2009\)](#).

<sup>159</sup> Voir aussi la description des SCCC au paragraphe 14 de l'introduction au présent rapport, ainsi que la description de l'Unité spécialisée dans la délinquance économique (SCCU) de la NPA dans la section B.1.a.iii. ci-dessus.

spécialisation des autorités répressives). Le premier SCCC a été créé à Pretoria en 1999 et il existe actuellement six tribunaux de ce type en Afrique du Sud<sup>160</sup>. Les avocats et les universitaires interrogés pendant la mission sur place se sont déclarés convaincus que la raison de ce taux de condamnation plus élevé résulte de la spécialisation accrue et de la formation non seulement des membres de ces tribunaux, mais également des agents de l'unité spécialisée dans la délinquance économique (SCCU) de la NPA, ainsi que de la section de lutte contre la délinquance économique du SAPS, lesquels travaillent exclusivement sur les affaires déferées aux SCCC. Cette hypothèse est corroborée par une étude consacrée à la justice spécialisée en Afrique du Sud et notamment aux SCCC, laquelle souligne que : « [...] sous l'angle de l'efficacité et l'efficience, la principale innovation liée aux SCCC n'est pas qu'ils peuvent connaître uniquement d'un certain type d'affaires. La différence tient plutôt à ce que les procureurs et les enquêteurs chargés des affaires déferées à ces tribunaux travaillent de manière plus intégrée. »<sup>161</sup>.

## **b. Confiscation**

229. Comme indiqué en détail dans le rapport de Phase 1, la CPA et la Loi relative à la prévention de la criminalité organisée (POCA) énoncent les règles de la confiscation du pot-de-vin et des produits de la corruption<sup>162</sup>. Le Service des saisies d'actifs (AFU) de la NPA est responsable du gel et de la confiscation des avoirs.

### *(i) Confiscation du pot-de-vin*

230. Concernant la confiscation du pot-de-vin, la CPA énonce les modalités de la saisie et de la confiscation des biens liés à une infraction quelle qu'elle soit. L'article 20 permettrait de procéder à la saisie du pot-de-vin lorsqu'il se trouve encore en possession du corrupteur, ou du moins sur le territoire sud-africain. L'article 35 prévoit la possibilité pour les tribunaux de déclarer les biens saisis confisqués lorsque leur détenteur est reconnu coupable. Lorsque le pot-de-vin ne peut plus être saisi, l'article 26(3) de la POCA autorise l'imposition, en cas de condamnation, d'une amende égale à cinq fois la valeur de la gratification en cause.

### *(ii) Confiscation des produits de corruption*

231. La POCA prévoit également la confiscation des « produits d'activités illicites ». En vertu de son article 1, les « activités illicites » englobent « toute conduite constitutive d'une infraction pénale » et incluent par conséquent les produits découlant de l'infraction de corruption transnationale. La confiscation s'étend non seulement aux avantages découlant des infractions dont l'accusé a été reconnu coupable, mais également aux produits de « toute activité criminelle que le tribunal estime suffisamment liée à ces infractions »<sup>163</sup>.

232. Le chapitre 5 de la POCA énonce les modalités de la confiscation en cas de condamnation. En vertu de l'article 18, la confiscation n'est pas obligatoire, mais peut-être requise par le procureur lorsque l'accusé a été reconnu coupable d'une infraction pénale. Tous les actifs réalisables de l'accusé, y compris ceux obtenus légalement et non entachés de soupçon d'infraction peuvent faire l'objet d'une confiscation. La procédure d'application d'une ordonnance de confiscation revêt un caractère civil. En conséquence, en cas d'ordonnance de confiscation, ce sont les règles de preuve propres aux procédures civiles (c'est-à-dire

<sup>160</sup> Des SCCC ont été établis à Pretoria, Johannesburg, Port Elizabeth, Durban, Cape Town et Bloemfontein.

<sup>161</sup> Voir [Antony Altbeker, \*Justice through Specialisation: The Case of the Specialised Commercial Crime Court\*](#).

<sup>162</sup> Voir le rapport de Phase 1, paras 61 à 70.

<sup>163</sup> Article 18(1) de la POCA.

« la prépondérance des probabilités »), et non celles, plus rigoureuses, propres aux procédures pénales (« au-delà de tout doute raisonnable ») qui s'appliquent<sup>164</sup>.

233. Le chapitre 6 de la POCA prévoit la possibilité de procéder à une confiscation en l'absence de condamnation. Son article 38 autorise une Haute Cour à rendre une ordonnance de saisie conservatoire visant les instruments et produits d'un crime. Ceux-ci peuvent ultérieurement être confisqués si le tribunal estime, après avoir évalué les probabilités, que les biens en question sont les produits d'activités illicites<sup>165</sup>.

(iii) *Gel des avoirs et confiscation en pratique*

234. Comme indiqué plus haut, aucune affaire de corruption transnationale n'a été enregistrée jusqu'à présent et, aucune ordonnance de confiscation n'a été rendue au titre de cette infraction. Les dispositions de la POCA relatives à la confiscation semblent bien fonctionner au vu des statistiques de l'AFU. La NPA a indiqué que, pour l'ensemble des affaires de corruption enregistrées pendant la période 2008-09, six ordonnances de blocage ont été obtenues pour une valeur de 220 millions ZAR (22 millions EUR ; 28.6 millions USD) et trois ordonnances de confiscation exécutées pour une valeur de 76 500 ZAR (7 650 EUR ; 9 950 USD). Plus récemment, en mars 2010, l'AFU a reçu l'ordre du NDPP — lequel dirige la NPA — d'interrompre l'exécution d'une ordonnance conservatoire portant sur un montant avoisinant les 5 millions ZAR en raison de l'insuffisance des preuves d'une conduite criminelle<sup>166</sup>. Cette situation ne suscite pas de préoccupations concernant le fonctionnement général de la POCA *a priori*, mais pourrait soulever des questions sous l'angle du niveau de preuve requis pour que l'AFU puisse appliquer des ordonnances de gel en pratique. Les questions soulevées par cette affaire sont analysées plus haut dans la section 1.c.

235. La POCA a été notamment invoquée dans l'arrêt de principe *S v. Shaik and Others* rendu en 2007 dans une affaire de corruption nationale, lequel a abouti à la confiscation de 34 millions ZAR (3.4 millions EUR ; 4.42 millions USD) plus les intérêts. Les arrêts rendus dans *Shaik* par la Cour d'appel suprême et la Cour constitutionnelle portaient sur des produits du crime étant passés entre plusieurs mains, des produits bruts et une nouvelle répartition des actions. L'Afrique du Sud a indiqué que l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle dans l'affaire *Shaik* est désormais la décision faisant autorité en matière de confiscation, surtout depuis que l'application des principes en l'instance a été jugée constitutionnelle. Cet arrêt est d'ailleurs actuellement appliqué par les tribunaux concernant d'autres procédures de confiscation au titre du chapitre 5.

**c. *Autres sanctions civiles et administratives***

(i) *Inscription au Registre des soumissionnaires défaillants*

236. Lorsque l'infraction de corruption transnationale constitue également une infraction au titre des articles 12 (activités de corruption liées à des marchés) ou 13 (activités de corruption liées à l'acceptation ou au rejet de soumissions) de la PRECCA, le tribunal peut également rendre une ordonnance visant à ce que les détails de la condamnation de la personne physique ou morale soient inscrits au Registre des soumissionnaires défaillants, conformément à la procédure prévue par l'article 28. La personne physique ou morale concernée doit, par la suite, faire état de cette inscription chaque fois qu'elle tente de conclure un accord avec l'État ou de faire une soumission. Le tribunal peut en outre ordonner que cette mesure soit assortie de la résiliation de tout accord en vigueur avec le Trésor public. Il incombe également au Trésor

<sup>164</sup> Article 13, *ibidem*.

<sup>165</sup> Article 50(1), *ibidem*.

<sup>166</sup> Voir les [communiqués de presse officiels du NDPP](#).

public de déterminer la période, obligatoirement comprise entre cinq et dix ans, pendant laquelle la personne ou l'entreprise sera sous le coup d'une interdiction de participation à des marchés publics<sup>167</sup>. Toutefois, au moment de la rédaction du présent rapport, le Registre des soumissionnaires défaillants ne contenait aucune inscription. Les représentants de la NPA interrogés pendant la mission sur place ont évoqué l'hypothèse selon laquelle les procureurs ne seraient peut-être pas suffisamment conscients de la possibilité de requérir une telle peine.

(ii) *Marchés publics*

237. Comme on l'a vu, les personnes physiques et morales désireuses d'obtenir un contrat de marché public sont tenues de déclarer toute inscription éventuelle au Registre des soumissionnaires défaillants, document accessible au public. Cependant, comme signalé précédemment, le Registre demeure jusqu'à présent vide, dans la mesure où aucune affaire pouvant justifier une telle inscription n'a encore été portée devant les tribunaux.

238. Les représentants du Trésor public ont signalé l'existence, outre du Registre, d'une Liste des fournisseurs faisant l'objet d'une interdiction. Cette liste reprend le nom des entreprises dont il s'avère qu'elles mènent des activités frauduleuses, ainsi que de celles qui posent des problèmes de « mauvaises performances ». Un avis enjoint tous les organismes officiels participant à des marchés publics à vérifier cette liste avant d'attribuer un marché par voie d'adjudication. La liste n'est pas accessible au public.

239. Aucune règle spécifique ne vise les modalités de l'inscription d'une entreprise sur la Liste des fournisseurs faisant l'objet d'une interdiction. Les représentants du Trésor public ont estimé qu'une condamnation pour corruption nationale ou transnationale serait suffisante pour justifier cette procédure. Cependant, une telle pratique requerrait un suivi systématique des affaires concernées, ce qui serait sans doute concrètement impossible.

(iii) *Obligation de vigilance et suspension des crédits à l'exportation*

240. Même si les procédures de l'ECIC ne visent pas spécifiquement la corruption transnationale (voir plus haut la section A.3.c. consacrée aux crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public), des contrôles ont été mis en place concernant l'octroi de crédits à l'exportation. En particulier, dans le cadre de l'obligation de vigilance, les modalités de l'obtention du contrat d'exportation sous-jacent sont examinées et, dans le cadre de son Accord relatif à la politique d'assurance et à l'engagement des exportateurs, l'ECIC jouit d'un droit d'accès aux informations relatives aux transactions pour lesquelles des garanties sont accordées.

241. L'ECIC peut également refuser ou retirer son soutien lorsqu'un demandeur a été condamné pour corruption nationale ou transnationale. L'ECIC indique en outre que les décisions rendues par des tribunaux étrangers dans des affaires de corruption impliquant des demandeurs peuvent également être prises en considération dans le cadre du processus normal de vigilance. Un système spécifique de collecte de renseignements est d'ailleurs actuellement testé à cette fin. En pratique, aucun crédit à l'exportation bénéficiant d'un soutien n'a été refusé ou retiré à ce jour au motif de la condamnation du demandeur/bénéficiaire pour corruption.

---

<sup>167</sup> Article 28(3)(a)(ii) et (iii) de la PRECCA.

## Commentaire

*Concernant les sanctions pénales, les examinateurs principaux sont préoccupés par le taux de condamnation apparemment faible qui semble caractériser le système de justice pénale sud-africain dans son ensemble. À cet égard, ils relèvent des divergences entre les taux de condamnation signalés pour les différentes infractions pénales et recommandent aux autorités sud-africaines d'obtenir des statistiques concernant les sanctions infligées pour corruption transnationale, de manière à permettre une évaluation de l'efficacité de ces sanctions. Les examinateurs principaux relèvent aussi que l'approche intégrée adoptée dans le contexte des SCCC a produit d'excellents résultats et recommandent à l'Afrique du Sud d'envisager l'opportunité d'adopter une approche intégrée analogue afin de garantir l'efficacité des enquêtes, des poursuites et des sanctions dans les affaires de corruption transnationale.*

*Concernant la confiscation, les examinateurs principaux estiment que la POCA permet de recourir facilement à des ordonnances de gel et à des mesures de confiscation, qu'une condamnation ait déjà été prononcée ou pas. Ils encouragent les autorités sud-africaines à continuer à faire usage des dispositions relatives à la confiscation énoncées dans la POCA et recommandent de prendre toutes les mesures requises pour garantir que le niveau de preuve requis pour appliquer les ordonnances de gel ne soit pas trop élevé en pratique et pour que les considérations interdites par l'article 5 de la Convention ne soient pas prises en compte dans les affaires de corruption transnationale.*

*Concernant les sanctions supplémentaires, les examinateurs principaux estiment que l'utilisation systématique du Registre des soumissionnaires défaillants prévue par la PRECCA pourrait constituer une sanction très dissuasive pour les personnes physiques ou morales se livrant à la corruption transnationale. Ils recommandent, par conséquent, aux autorités sud-africaines d'attirer l'attention des procureurs et des juges sur l'article 28 de la PRECCA. En outre, ils recommandent de prendre des mesures pour permettre aux autorités chargées d'administrer des fonds publics (attribution de marchés publics, octroi de crédits à l'exportation et aide publique au développement) d'interdire aux personnes physiques et morales dont il est établi qu'elles se livrent à la corruption transnationale de participer à des adjudications publiques ou de bénéficier d'autres avantages publics.*

## 5. L'infraction de fraude comptable

242. Les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers dans le contexte de transactions commerciales internationales peuvent être détectés grâce à l'analyse des anomalies repérées dans les livres et états comptables par les comptables et les vérificateurs aux comptes, comme indiqué plus haut dans la section B.5. En Afrique du Sud, l'article 284(4) de la Loi de 1973 sur les sociétés prévoit que l'inobservation des obligations comptables imposées par l'article 284 constitue une infraction imputable à la société de même qu'à son dirigeant ou à son administrateur<sup>168</sup>. En vertu de l'article 441(d) de la Loi, cette infraction est punie d'une amende et/ou d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas deux ans.

243. De plus, l'article 287 de la Loi de 1973 sur les sociétés érige en infraction le fait pour une société de publier des états financiers ou des circulaires incomplets. Cette infraction est punie d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas trois mois et/ou d'une amende. L'article 287A de la Loi tel qu'il a été

<sup>168</sup>

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

modifié par la Loi de 2006 portant modification de la Loi sur les sociétés (CLAA)<sup>169</sup>, vise les rapports mensongers et trompeurs. Aux termes de cet article, est coupable d'une infraction toute personne qui prend part à la préparation, à l'autorisation, à la publication, à la diffusion ou à la présentation d'un rapport dont elle sait ou devrait savoir qu'il est mensonger ou trompeur. L'intéressé encourt une amende et/ou une peine d'emprisonnement n'excédant pas deux ans<sup>170</sup>.

244. L'article 214 porte sur la falsification frauduleuse des comptes d'une société. Le fait de gêner l'application correcte de la Loi est considéré comme une infraction passible d'une amende et/ou d'une peine d'emprisonnement.

245. Toute violation de la Loi de 1999 sur la gestion des finances publiques (PFMA) — y compris les opérations hors livres et la falsification des livres, comptes et états financiers — est considérée comme une malversation. Les vérificateurs aux comptes et les services compétents des organismes publics doivent veiller à ce que les enquêtes sur ces malversations soient ouvertes dans un délai de 30 jours à compter de leur découverte et qu'une procédure disciplinaire soit engagée. Lorsque la malversation revêt un caractère criminel, l'institution doit notifier l'autorité exécutive (le responsable politique de l'institution), le service compétent du Trésor public et le contrôleur général.

246. Si la Commission des sociétés et de la propriété intellectuelle (CIPRO) — qui relève du ministère du Commerce et de l'Industrie (DTI) — découvre un manquement aux obligations définies par la Loi de 1973 sur les sociétés, elle peut émettre un avis négatif sur la société concernée ou ses administrateurs. Le ministère signale les comportements frauduleux ou négligents à la NPA en vue de poursuites éventuelles. Comme l'ont confirmé des participants aux panels pendant la mission sur place, le ministère a seulement compétence pour enquêter. Ses activités répressives sont relayées par d'autres instances comme la NPA, le SAPS, etc.

247. Si les dispositions de la Loi sur les sociétés, de la CLAA [et de la PFMA] semblent constituer une base appropriée pour punir la violation des interdictions énoncées à l'article 8(1) de la Convention concernant la corruption d'agents publics étrangers ou la dissimulation d'une telle corruption, les participants aux panels rencontrés pendant la mission sur place ont indiqué ne pas avoir connaissance d'une quelconque procédure pénale engagée pour omission comptable ou falsification de livres, comptes et états financiers d'une société malgré le nombre élevé des malversations signalées.

### *Commentaire*

*Les examinateurs principaux recommandent aux autorités sud-africaines de veiller à ce que les infractions de fraude comptable soient sanctionnées de manière efficace, proportionnée et dissuasive.*

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

### **a. L'infraction**

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

---

<sup>169</sup> Loi portant modification de la Loi sur les sociétés, article 39.

<sup>170</sup> Loi de 1973 sur les sociétés, article 441(d).



249. L'article 4 de la Loi relative à la prévention de la criminalité organisée (POCA) établit l'infraction de blanchiment de capitaux en droit sud-africain :

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

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

250. Comme l'infraction de blanchiment de capitaux instituée par l'Afrique du Sud couvre l'intégralité des produits d'activités illicites, elle s'applique de la même manière, que l'infraction principale soit une infraction de corruption nationale ou une infraction de corruption transnationale. En vertu de l'article 1 de la POCA, les activités illicites englobent « toute conduite qui constitue une infraction pénale [...] survenue ou non sur le territoire de la République ». Il semble en conséquence que l'infraction de blanchiment de capitaux instituée par l'Afrique du Sud serait applicable « quel que soit le lieu où l'acte de corruption s'est produit », conformément à l'article 7 de la Convention.

251. Comme l'indique le rapport d'évaluation mutuelle du Groupe d'action financière de 2009 consacré à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en Afrique du Sud (« le Rapport du GAFI »), l'article 4 de la POCA couvre à la fois l'autoblanchiment des produits du crime et le blanchiment des produits d'un tiers<sup>171</sup>.

## **b. Les sanctions**

252. Les peines pour blanchiment de capitaux sont une amende ne dépassant pas 100 millions ZAR (10 millions EUR ; 13 millions USD) ou une peine d'emprisonnement n'excédant pas 30 ans<sup>172</sup>. La responsabilité pénale pour blanchiment de capitaux s'étend aussi bien aux personnes morales que physiques<sup>173</sup>. À titre d'exemple récent, on peut citer l'affaire *S. v. Maddock* de 2008 qui portait sur environ 421 millions ZAR de produits (42.1 millions EUR ; 55.7 millions USD) et dans laquelle une personne physique s'est vue infliger une peine d'emprisonnement de huit ans pour blanchiment de capitaux. Dans l'affaire *S. v. Shaik and Others* de 2006, deux personnes morales ont été reconnues coupables de blanchiment de capitaux et condamnées chacune à une amende de 500 000 ZAR (50 000 EUR ; 65 000 USD).

<sup>171</sup> Voir le paragraphe 86 du Rapport du GAFI ([www.fatf-gafi.org/dataoecd/60/15/42432085.pdf](http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/60/15/42432085.pdf)).

<sup>172</sup> Loi relative à la prévention de la criminalité organisée, article 8.

<sup>173</sup> Voir — dans la partie consacrée à l'article 2 (personnes morales) — l'explication selon laquelle, en droit sud-africain, le terme « personne » recouvre à la fois les personnes physiques et morales.

253. Le Rapport du GAFI de 2009 a conclu à un faible taux d'enquête et de condamnation dans les affaires de blanchiment de capitaux puisque les tribunaux ont examiné 64 affaires seulement d'avril 2003 à mars 2008 et n'ont prononcé que 16 condamnations<sup>174</sup>. Le GAFI a également noté que « l'absence de statistiques plus complètes complique l'évaluation de l'efficacité du régime de lutte contre le blanchiment de capitaux »<sup>175</sup>.

*Commentaire*

*Les examinateurs principaux recommandent aux autorités sud-africaines de tenir des statistiques sur les infractions principales de blanchiment de capitaux — identifiées dans le cadre d'enquêtes, poursuites, condamnations et sanctions — notamment en vue de découvrir d'éventuelles infractions sous-jacentes de corruption transnationale.*

---

<sup>174</sup> Voir les paragraphes 107 et suivants du Rapport du GAFI.

<sup>175</sup> Voir *ibidem*, para. 112.

## C. RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL ET SUIVI

254. Sur la base de ses constatations relatives à la mise en œuvre par l’Afrique du Sud de la Convention et de la Recommandation révisée de 2009, le Groupe de travail : (1) adresse les recommandations suivantes à ce pays et (2) s’engage à procéder au suivi de certaines questions lorsque l’Afrique du Sud aura acquis une expérience pratique suffisante.

### 1. Recommandations

#### *Recommandations visant à assurer la prévention et la détection efficace des affaires de corruption transnationale*

1. Concernant les actions de prévention, sensibilisation et formation, le Groupe de travail recommande à l’Afrique du Sud :
  - a) d’accroître l’information de manière à sensibiliser davantage à l’infraction de corruption transnationale le personnel de l’administration publique et des organismes pouvant jouer un rôle important dans la prévention et la détection des actes de corruption commis par des entreprises sud-africaines opérant à l’étranger, y compris le personnel diplomatique, les contrôleurs des impôts, ainsi que les agents des organismes de promotion du commerce extérieur, d’assurance des crédits à l’exportation et d’aide au développement [Recommandation de 2009, article III(i)] et
  - b) de prendre les mesures complémentaires qui s’imposent — en coopération avec les organisations professionnelles et les autres parties prenantes de la société civile — pour sensibiliser les entreprises, et plus particulièrement les PME opérant à l’étranger, à la législation relative à la corruption transnationale et à la non-déductibilité fiscale des pots-de-vin, ainsi que pour aider ces entreprises dans leurs efforts de prévention de la corruption transnationale [Recommandation de 2009, article III(i)].
2. En ce qui concerne la détection et le signalement des soupçons de corruption transnationale aux autorités compétentes, le Groupe de travail recommande à l’Afrique du Sud :
  - a) d’informer régulièrement les agents publics sud-africains — et plus spécialement ceux travaillant dans les représentations diplomatiques, l’administration fiscale ou un organisme voué à la promotion du commerce extérieur ou à l’assurance de crédits à l’exportation destinés à financer des projets d’aide au développement et dans d’autres agences travaillant avec des entreprises sud-africaines opérant à l’étranger —, ainsi que les salariés compétents du secteur privé, de leur obligation en vertu de la PRECCA de signaler les cas de corruption transnationale, ainsi que d’encourager et de faciliter ce signalement [Recommandation de 2009, articles III(iv) et IX] ; et
  - b) de prendre des mesures pour améliorer et promouvoir les mécanismes de protection des dénonciateurs des secteurs public et privé signalant des soupçons d’actes de corruption transnationale, de manière à encourager les intéressés à agir sans crainte de représailles [Recommandation de 2009, articles III(iv) et IX].

3. En ce qui concerne les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, le Groupe de travail recommande à l'Afrique du Sud de : (i) veiller à ce que les demandeurs soient expressément informés de l'infraction de corruption transnationale et de ses effets juridiques ; (ii) mettre en place des procédures de vigilance pour vérifier que le demandeur ne se livre pas à des actes de corruption ; (iii) adhérer à la Recommandation de 2006 du Conseil de l'OCDE sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public ; et (iv) encourager la Société sud-africaine d'assurance de crédit à l'exportation (ECIC) à tenir compte, dans ses décisions visant à octroyer ou à refuser une assurance, des programmes ou mesures de contrôle interne, de déontologie et de conformité mis en place par les entreprises demandeuses [Recommandation de 2009, articles IX(i) et (ii), X.C(vi), et XII].
4. En ce qui concerne l'aide publique au développement (APD), le Groupe de travail recommande à l'Afrique du Sud : (i) d'inclure une déclaration anticorruption dans son contrat-type pour les projets financés par l'APD ; et (ii) d'encourager le Fonds pour la renaissance et la coopération internationale africaines (ARICF) à tenir compte, dans ses décisions visant la signature de contrats financés par l'APD, des programmes ou mesures de contrôle interne, de déontologie et de conformité mis en place par les entreprises contractantes [Recommandation de 2009, articles III(i), IX(i) et (ii), X.C(vi), et XI].
5. En ce qui concerne la comptabilité et la vérification des comptes, le Groupe de travail recommande à l'Afrique du Sud :
  - a) d'envisager d'accroître opportunément le rôle des organisations patronales et des associations professionnelles dans la promotion du renforcement des contrôles internes au sein des PME, au cas où le nouveau règlement d'application de la Loi de 2008 sur les sociétés éliminerait l'obligation légale de vérification des comptes pesant sur les entités sans mission d'intérêt public [Recommandation de 2009, article X, paras. B et C] ;
  - b) d'encourager les entreprises sud-africaines à : (i) continuer à élaborer et adopter des programmes ou mesures de contrôle interne, de déontologie et de conformité adéquats en vue de prévenir et de détecter la corruption transnationale, en tenant compte du Guide de bonnes pratiques figurant à l'annexe II à la Recommandation de 2009 ; et (ii) faire des déclarations dans leurs rapports annuels ou rendre publics de toute autre manière leurs programmes ou mesures de contrôle interne, de déontologie et de conformité, y compris ceux contribuant à prévenir et à détecter les actes de corruption [Recommandation de 2009, article X.C et annexe II] ;
  - c) d'envisager d'étendre i) à d'autres entreprises, y compris toutes les sociétés cotées, les exigences actuelles en matière d'établissement et de maintien de système de contrôles internes et ii) aux sociétés non cotées, en cas de besoin, l'exigence d'établir des organes de contrôle internes, notamment des comités d'audit [Recommandation de 2009, article X.C.] ; et
  - d) en consultation avec les associations professionnelles compétentes : i) d'encourager la détection et le signalement des soupçons de corruption d'agents publics étrangers par les comptables et les vérificateurs internes et externes, notamment par le biais de lignes directrices et d'une formation spécialisée et aussi grâce à la sensibilisation du directoire et du conseil de surveillance des sociétés ; et (ii) de veiller à ce que les vérificateurs aux comptes signalant de bonne foi et sur la base d'indices raisonnables des soupçons d'actes de corruption étrangère aux autorités répressives ou aux autorités de tutelle soient protégés contre des poursuites judiciaires [Recommandation de 2009, article XB et annexe II].
6. En ce qui concerne le blanchiment de capitaux et la corruption transnationale, de veiller à ce que les institutions et les professions tenues d'envoyer des DOS, leurs autorités de surveillance, ainsi que le

Centre de renseignements financiers lui-même, reçoivent des lignes directrices et une formation appropriée concernant l'identification et le signalement d'informations susceptibles d'être liées à la corruption transnationale [Convention, article 7].

***Recommandations visant à assurer l'efficacité des enquêtes, poursuites et sanctions en cas de corruption transnationale***

7. En ce qui concerne les enquêtes et les poursuites en cas de corruption transnationale et d'infractions connexes, le Groupe de travail recommande à l'Afrique du Sud :
  - a) de veiller à ce que des ressources suffisantes soient affectées et une formation dispensée aux autorités répressives compétentes, y compris le Service de police d'Afrique du Sud, la Direction des enquêtes pénales prioritaires et l'Autorité nationale des poursuites, en vue d'assurer l'efficacité de la détection, des enquêtes et des poursuites des infractions de corruption transnationale [Recommandation de 2009, articles II, III(ii) et V et annexe I, paragraphe D] ;
  - b) de former un corps d'enquêteurs et de procureurs spécialisés chargés d'enquêter plus efficacement dans les affaires de corruption transnationale et d'envisager l'établissement d'un mécanisme visant à faciliter le partage de renseignements et la coordination des poursuites entre les diverses autorités répressives compétentes [Recommandation de 2009, articles II, III(ii) et V et annexe I, paragraphe D] ;
  - c) de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les allégations de corruption transnationale soient rapidement détectées et fassent l'objet d'enquêtes et de poursuites en tant que de besoin, ainsi que pour surveiller et évaluer les performances des organismes d'enquête et de poursuite en la matière de manière continue, notamment sous l'angle des décisions de ne pas ouvrir ou d'abandonner une enquête ou des poursuites [Recommandation de 2009, articles II, III(ii) et V et annexe I, paragraphe D] ;
  - d) d'utiliser pleinement l'arsenal de mesures d'enquête dont disposent les autorités compétentes en Afrique du Sud, y compris les techniques d'enquête spéciales et l'accès aux informations financières, de manière à enquêter efficacement sur les soupçons de corruption transnationale [Recommandation de 2009, articles II, III(ii) et V et annexe I, paragraphe D] ;
  - e) de clarifier rapidement les Directives en matière de politique de poursuite, de manière à s'assurer que l'interdiction de l'article 5 relatives à la prise en compte de certaines considérations dans les affaires de corruption transnationale est respectée [Convention, article 5] ;
  - f) d'envisager de renforcer les garanties protégeant l'exercice des pouvoirs d'enquête et de poursuite, notamment en ce qui concerne l'infraction de corruption transnationale, contre les influences inhérentes aux considérations énumérées à l'article 5 de la Convention, y compris en ce qui concerne les décisions du directeur national des poursuites publiques et des autres procureurs de la NPA ; [Convention, article 5] ; et
  - g) de veiller à ce que : (i) en cas de recours à une transaction pénale, ces dernières s'avèrent efficaces pour mettre en œuvre l'infraction de corruption transnationale ; et à ce que (ii) les procureurs reçoivent une formation et des ressources adéquates afin d'accroître l'efficacité de ce procédé [Convention, article 5, et Recommandation de 2009, articles II, III(ii) et V].
8. En ce qui concerne la compétence en matière d'infraction de corruption transnationale, le Groupe de travail recommande à l'Afrique du Sud de prendre des mesures afin que les autorités répressives et

l'appareil judiciaire prennent conscience de l'ensemble des champs de compétence introduits par l'article 35 de la PRECCA, s'agissant notamment des personnes morales [Convention, articles 2 et 4].

9. En ce qui concerne l'entraide judiciaire et l'extradition, le Groupe de travail recommande à l'Afrique du Sud :
  - a) de prendre toutes les mesures appropriées pour garantir une réponse rapide en cas de demande d'entraide judiciaire relative à une affaire de corruption transnationale et d'encourager les autorités répressives à formuler une demande d'entraide pour obtenir et évaluer des preuves — détenues à l'étranger — d'allégations d'actes de corruption transnationale relevant de la compétence de l'Afrique du Sud [Convention, article 9, et Recommandation de 2009, articles III(ii) et XIII(iii)] ; et
  - b) d'adopter rapidement le Projet de loi sur l'extradition, de manière à garantir la possibilité d'extrader pour des actes de corruption transnationale quel que soit l'endroit où ces actes ont été commis [Convention, article 10].
10. En ce qui concerne la responsabilité des personnes morales pour corruption transnationale, le Groupe de travail recommande à l'Afrique du Sud de prendre des mesures pour s'assurer que :
  - a) les policiers et les procureurs soient convenablement formés et conscients de l'importance de l'engagement effectif de la responsabilité des personnes morales au titre d'actes de corruption transnationale et, à cette fin, soient mieux outillés et adoptent une approche plus volontariste sous l'angle des enquêtes et des poursuites engagées à l'encontre de personnes morales au titre d'infractions de corruption transnationale et des réactions en cas d'allégations crédibles [Convention, article 2, et Recommandation de 2009, articles II, III.(ii), V et IX] ; et que
  - b) les peines appliquées en pratique soient suffisamment efficaces, proportionnées et dissuasives [Convention, articles 2 et 3, et Recommandation de 2009, articles II, III(ii) et V].
11. En ce qui concerne l'infraction connexe de blanchiment de capitaux, le Groupe de travail recommande à l'Afrique du Sud de tenir des statistiques sur les infractions principales du blanchiment de capitaux dans le but d'identifier les affaires dans lesquelles la corruption transnationale constitue l'infraction principale [Convention, article 7].
12. En ce qui concerne les sanctions pour corruption transnationale, le Groupe de travail recommande à l'Afrique du Sud :
  - a) de tenir des statistiques concernant les sanctions infligées pour infractions de corruption transnationale, de manière à permettre une évaluation de l'efficacité de ces sanctions en pratique [Convention, article 3] ;
  - b) de se demander si l'approche intégrée adoptée dans le contexte des tribunaux spécialisés dans la délinquance économique pourrait contribuer à l'efficacité des enquêtes, poursuites et sanctions dans les affaires de corruption transnationale [Convention, article 3, et Recommandation de 2009, articles II, III(ii) et V] ;
  - c) de continuer à tirer tout le parti possible des dispositions relatives à la confiscation énoncées dans la POCA afin de geler le pot-de-vin et les produits de la corruption transnationale et de veiller à ce que le niveau de preuve requis pour appliquer les ordonnances de gel — tel qu'il est prévu dans la même POCA — ne soit pas fixé trop haut en pratique [Convention, article 3, et Recommandation de 2009, articles II, III(ii) et V] ; et

- d) d'attirer l'attention des procureurs et des juges sur l'article 28 de la PRECCA sous l'angle de l'inscription des personnes physiques et morales reconnues coupables d'infractions de corruption transnationale au Registre des soumissionnaires défaillants et sur la résiliation éventuelle des accords en vigueur passés entre les intéressés et le Trésor public [Convention, article 3, et Recommandation de 2009, article XI].

## 2. Suivi par le Groupe de travail

13. Le Groupe de travail procédera au suivi des questions ci-après à mesure de l'évolution de la jurisprudence :

- a) l'effet de la réorganisation institutionnelle des autorités répressives sur les enquêtes et les poursuites en matière de corruption transnationale ;
- b) la question de l'élément intentionnel, de manière à s'assurer que l'ignorance de la législation relative à la corruption transnationale ne puisse pas être invoquée comme moyen de défense dans une affaire de corruption transnationale ;
- c) l'application de l'article 5(2) de la PRECCA, de manière à s'assurer que cette disposition ne limite pas l'infraction de corruption transnationale aux seuls actes commis dans l'État de l'agent public étranger ayant reçu le pot-de-vin ;
- d) les performances des autorités répressives, y compris le SAPS, la NPA et les autres organismes compétents, concernant l'évaluation des allégations de corruption transnationale et notamment les décisions de ne pas lancer ou d'abandonner des enquêtes et, le cas échéant, des poursuites [Convention, article 5, et Recommandation de 2009, articles II, III(ii) et V].
- e) l'application de la compétence territoriale et de la compétence fondée sur la nationalité aux infractions commises totalement ou partiellement à l'étranger, de manière à garantir aux autorités sud-africaines la possibilité d'engager une action à l'encontre de personnes morales pour des faits de corruption d'agents publics étrangers, que cette infraction ait été commise directement ou par le biais d'un intermédiaire (y compris des personnes morales liées comme des filiales étrangères) [Convention, articles 2 et 3, et Recommandation de 2009, articles II, III(ii) et V et annexe I, paragraphes B et C] ;
- f) l'application en pratique de l'infraction de corruption transnationale aux personnes morales, y compris, le cas échéant : (i) la responsabilité des sociétés-mères au titre des actes de corruption commis par des intermédiaires, y compris des personnes morales liées comme des filiales étrangères, (ii) les implications de l'exigence de la commission de l'infraction de corruption transnationale « en poursuivant ou en s'employant à poursuivre les intérêts de [la] personne morale » et (iii) l'application de la responsabilité des personnes morales aux entreprises appartenant à l'État ou contrôlées par lui [Convention, article 2, et Recommandation de 2009, annexe I, paragraphe C] ; et
- g) la mise en œuvre des nouvelles dispositions de la Loi de 2008 sur les sociétés, après son entrée en vigueur en juillet 2010, notamment sous l'angle des efforts déployés par l'Afrique du Sud pour aligner les normes comptables appliquées dans ce pays sur les normes comptables internationales en vigueur [Convention, article 8, Recommandation de 2009, article X].

## ANNEXE 1 LISTE DES PARTICIPANTS À LA MISSION SUR PLACE

### **Ministères et organismes officiels**

- Commission des sociétés et de la propriété intellectuelle (CIPRO)
- Ministère des Relations internationales et de la Coopération
- Ministère de la Justice et du Développement constitutionnel (y compris le Justice College)
- Ministère des Entreprises publiques
- Ministère de la Fonction et de l'Administration publiques (DPSA) (y compris la Direction anticorruption)
- Ministère du Commerce et de l'Industrie
- Centre de renseignements financiers d'Afrique du Sud
- Autorité nationale des poursuites (NPA) [y compris le Service des saisies d'actifs (AFU) et le Bureau du directeur national des poursuites publiques (NDPP)]
- Trésor public
- Bureau du contrôleur général
- Bureau de l'Inspecteur général des services de renseignements
- Service de police d'Afrique du Sud (SAPS) [y compris la Direction des enquêtes pénales prioritaires (DPCI) et l'Unité de protection des témoins (WPU)]
- Commission de la fonction publique (PSC)
- Banque sud-africaine de réserve
- Administration fiscale sud-africaine (SARS)

### **Organismes financés par l'État**

- Armscor
- Export Credit Insurance Corporation of South Africa
- Gauteng Economic Development Agency
- Trade and Investment Kwazulu-Natal
- Trade and Investment Limpopo

### **Appareil judiciaire**

- Un juge d'une Haute Cour
- Un juge en retraite
- Un magistrat de haut rang
- Un magistrat régional

### **Législatif**

- Un parlementaire



## **Secteur privé**

### ***Entreprises privées***

- De Beers
- Denel
- Eskom
- Group Five
- Sasol

### ***Associations professionnelles***

- Business Unity South Africa (BUSA)
- National African Federated Chamber of Commerce and Industry (NAFCOC)
- South African Chamber of Commerce and Industry (SACCI)

### ***Juristes professionnels et universitaires***

- Deux avocats
- Université de Pretoria
- Université de Johannesburg
- UNISA

### ***Comptables et vérificateurs aux comptes***

- Conseil des normes comptables (Accounting Standards Board ou ASB)
- Deloitte
- Ernst & Young
- Independent Regulatory Board for Auditors (IRBA)
- KPMG
- PWC
- South African Institute of Chartered Accountants (SAICA)

### ***Institutions financières***

- Absa Bank
- Association of Savings and Investments of Southern Africa
- Banking Association of South Africa
- First National Bank
- Nedbank
- Office of the Ombud for Financial Service Providers
- South African Banking Risk Information Centre
- South African Insurance Association

## **Société civile**

- Ethics Institute of South Africa
- ECOSOC
- Institute of Security Studies
- Open Democracy Advisory Centre
- SANEF
- SANGOCO

## ANNEXE 2 LISTE DES ACRONYMES

<b>AFU</b>	Service des saisies d'actifs
<b>APA</b>	Loi relative à la profession de vérificateur aux comptes
<b>APD</b>	Aide publique au développement
<b>ASB</b>	Conseil des normes comptables
<b>BUSA</b>	Business Unity South Africa
<b>CDA</b>	Communauté de développement de l'Afrique australe
<b>CGE</b>	Groupe de travail de l'OCDE sur les crédits et garanties de crédit à l'exportation
<b>CIPRO</b>	Commission des sociétés et de la propriété intellectuelle
<b>CLAA</b>	Loi portant modification de la Loi sur les sociétés
<b>CNUCED</b>	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
<b>CPA</b>	Loi sur la procédure pénale
<b>DIRCO</b>	Ministère des Relations et de la Coopération internationales
<b>DOS</b>	Déclaration d'opération suspecte
<b>DPCI</b>	Direction des enquêtes pénales prioritaires (également connue sous le nom « The Hawks » [les Faucons])
<b>DPSA</b>	Ministère de la Fonction et de l'Administration publiques
<b>DSO</b>	Direction des opérations spéciales (également connue sous le nom « The Scorpions »)
<b>DTI</b>	Ministère du Commerce et de l'Industrie
<b>ECIC</b>	Société sud-africaine d'assurance des crédits à l'exportation
<b>EITI</b>	Initiative pour la transparence dans les industries d'extraction
<b>FCPA</b>	Loi des États-Unis sur les pratiques de corruption à l'étranger
<b>FICA</b>	Centre de renseignements financiers
<b>GAAP</b>	Principes comptables généralement admis
<b>GAFI</b>	Groupe d'action financière
<b>GRAP</b>	Pratique comptable généralement reconnue
<b>IAASB</b>	Conseil des normes internationales d'audit et d'assurance
<b>IASB</b>	Conseil international des normes comptables
<b>ICMA</b>	Loi relative à la coopération internationale dans les affaires pénales
<b>IFAC</b>	Fédération internationale des comptables
<b>IFRS</b>	Normes comptables IFRS
<b>INTERPOL</b>	Organisation internationale de police criminelle
<b>IPSAS</b>	Normes comptables internationales du secteur public
<b>IRBA</b>	Independent Regulatory Board for Auditors
<b>ISA</b>	Normes d'audit internationales
<b>NACF</b>	Forum national de lutte contre la corruption
<b>NACH</b>	Ligne d'assistance téléphonique anticorruption
<b>NDPP</b>	Directeur national des poursuites publiques
<b>NPA</b>	Autorité nationale des poursuites
<b>NSIA</b>	Loi sur les renseignements nationaux stratégiques

<b>OCDE</b>	Organisation de coopération et de développement économiques
<b>ONG</b>	Organisation non gouvernementale
<b>PACI</b>	Initiative de partenariat contre la corruption
<b>PDA</b>	Loi sur la communication protégée d'informations
<b>PFMA</b>	Loi relative à la gestion des finances publiques
<b>PME</b>	Petites et moyennes entreprises
<b>POCA</b>	Loi relative à la prévention de la criminalité organisée
<b>PRECCA</b>	Loi relative à la prévention et à la répression de la corruption
<b>PSC</b>	Commission de la fonction publique
<b>RICA</b>	Loi sur l'interception des communications et la livraison d'informations basées sur des communications
<b>SAICA</b>	South African Institute of Chartered Accountants [Institut sud-africain des comptables agréés]
<b>SAPS</b>	Service de police d'Afrique du Sud
<b>SARS</b>	Administration fiscale sud-africaine
<b>SCCC</b>	Tribunaux spécialisés dans la délinquance économique
<b>SCCU</b>	Unité spécialisée dans la délinquance économique
<b>WGB</b>	Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales
<b>WPA</b>	Loi sur la protection des témoins
<b>ZAR</b>	Rand sud-africain