



Rapport explicatif du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption *

Strasbourg, 15.V.2003

Le texte de ce Rapport explicatif ne constitue pas un instrument d'interprétation authentique du texte du Protocole, bien qu'il puisse faciliter la compréhension des dispositions qui y sont contenues. Le Protocole a été ouvert à la signature à Strasbourg, le 15 mai 2003, à l'occasion de la 112e Session du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

Introduction

1. Lors de sa 103e session (novembre 1998), le Comité des Ministres a adopté la Convention pénale sur la corruption, qu'il a décidé d'ouvrir à la signature le 27 janvier 1999, avant d'autoriser la publication de son Rapport explicatif. Cette Convention vise à harmoniser les législations nationales en matière d'incrimination des actes de corruption, à promouvoir l'adoption de mesures complémentaires de droit pénal et à améliorer la coopération internationale dans le domaine de l'instruction et de la poursuite de ces infractions. Selon le texte de la Convention, les Parties contractantes s'engagent à ériger en infraction pénale la corruption active et passive d'agents publics nationaux, étrangers et internationaux, de membres des parlements et assemblées nationales, internationaux et supranationaux, de juges nationaux, étrangers et internationaux. La Convention prévoit également l'incrimination de la corruption active et passive dans le secteur privé, du trafic d'influence et du blanchiment du produit de la corruption. Elle traite en outre des infractions comptables et d'autres questions de fond ou de procédure telles que la compétence, les sanctions et mesures, la responsabilité des personnes morales, la création d'autorités spécialisées, la coopération entre autorités nationales et la protection des témoins. La Convention a par ailleurs introduit une série de règles destinées à concilier le respect des traités ou arrangements en vigueur sur la coopération internationale en matière pénale et la nécessité d'établir un cadre juridique spécifique pour la coopération dans la lutte contre la corruption, notamment lorsque les autres traités ou arrangements ne sont pas applicables. La Convention constitue un document complexe et ambitieux, qui prévoit l'incrimination d'un large éventail d'actes de corruption.

2. Le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO) est chargé du suivi de la mise en œuvre de la Convention.

(*) Le traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne est entré en vigueur le 1er décembre 2009. Par conséquent, à partir de cette date, toute mention de la Communauté économique européenne doit être lue comme l'Union européenne.

3. A la suite de l'adoption par le Comité des Ministres de la Convention pénale sur la corruption, une partie importante des objectifs définis par le Programme d'action contre la corruption (PAC) du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit pénal ont été atteints. Cependant, la Convention n'aborde pas toutes les questions de droit pénal couvertes par le PAC. Il convient en outre de souligner qu'au cours de l'élaboration de cette Convention, le GMC est convenu d'ajourner l'examen de l'incrimination au niveau international d'autres comportements liés à la corruption.

4. En conséquence, le Groupe de travail sur le droit pénal en matière de corruption (GMCP) a débattu, lors de plusieurs réunions, de la nécessité d'ériger en infractions pénales, à l'échelle internationale, d'autres formes de comportements de corruption ou de comportements pouvant être assimilés à la corruption, à savoir :

- prise illégale d'intérêts
- délit d'initié
- concussion
- enrichissement illicite
- corruption de membres d'organisations non gouvernementales
- corruption d'arbitres sportifs
- achat et vente de voix.

5. Le GMCP a également discuté de certains aspects de la procédure pénale et de la coopération internationale susceptibles de faire l'objet de nouvelles normes internationales, tels que :

- la confiscation des produits du crime, qui entraînerait éventuellement le déplacement de la charge de la preuve ;
- l'extension du champ d'application matériel de l'article 13 de la Convention pénale sur la corruption qui érige en infraction pénale le blanchiment du produit des délits de la corruption ;
- l'exécution de décisions judiciaires étrangères de confiscation des produits du crime ;
- des mesures garantissant l'intégrité de l'enquête ;
- la durée des délais de prescription pour les infractions couvertes par la Convention

6. Si les participants ont reconnu l'importance de la plupart de ces questions aux fins de la lutte contre la corruption, la discussion a montré que certaines d'entre elles revêtaient un caractère général et que d'autres pouvaient être traitées par des dispositions de la Convention déjà en vigueur ou par les législations nationales. Le GMCP a jugé préférable d'ajourner l'examen de normes supplémentaires dans ce domaine, examen qui pourrait être entrepris ultérieurement à la lumière des évaluations du GRECO. Le GMCP a donc décidé de suspendre pour le moment les travaux relatifs aux points énumérés plus haut.

7. En revanche, le GMCP est convenu, à l'issue des discussions, de rédiger un Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption prévoyant l'incrimination de la corruption dans le domaine de l'arbitrage. Pour des raisons exposées plus loin, le GMCP a en outre décidé d'étendre le champ d'application du Projet de Protocole aux actes de corruption commis par des jurés ou à leur encontre.

Commentaire

CHAPITRE I – TERMINOLOGIE

Article 1 – Terminologie

8. Seules trois expressions sont définies à l'article 1 : toutes les autres notions sont abordées en temps utile dans le Rapport explicatif ou ont déjà été utilisées dans la Convention pénale sur la corruption.

9. Le terme « arbitre » est employé dans les articles 2 à 4. Le premier paragraphe de l'article 1 définit la notion d'« arbitre » sous deux angles : il renvoie d'une part au droit national des différents Etats – à l'instar de la Convention pénale sur la corruption concernant l'expression « agent public » (voir l'article 1.a de la Convention : « (...) *est interprétée par référence à la définition (...) dans le droit national de l'Etat (...)* ») – et établit d'autre part une définition autonome (contrairement à la Convention) dans la mesure où il énonce une norme minimum communément contraignante. S'agissant du « droit national », il convient de noter – à l'image de ce qui a été fait à l'égard de la Convention pénale sur la corruption – qu'il était aussi dans l'intention des rédacteurs du Protocole de veiller à ce que les Parties contractantes n'assument les obligations prévues par ce texte que dans la mesure où celles-ci seraient compatibles avec leur Constitution et les principes fondamentaux de leur système juridique. Cela signifie notamment qu'aucune disposition de ce Protocole ne doit être interprétée par les Parties au Protocole comme une obligation d'établir un système d'arbitrage (ou de justice non professionnelle) conforme à la définition donnée (ou un système équivalent, et ce bien qu'il ait été souligné, pendant les négociations, que les possibilités d'amélioration de la protection contre la corruption offertes par ce Protocole militaient en faveur de la promotion de programmes introduisant ce type de système) ni même de modifier un système existant en l'adaptant au champ d'application du Protocole.

10. Les Etats Parties à ce Protocole seront toutefois tenus d'adopter des dispositions relatives à la responsabilité pénale dans le domaine de l'arbitrage pour les infractions prévues aux articles 2 à 4 et commises – au moins – par des personnes appelées, en vertu d'un accord d'arbitrage, à rendre une décision légalement contraignante dans un litige qui leur a été soumis par les parties à l'accord.

11. La signification de l'expression « accord d'arbitrage » est énoncée au paragraphe 2 de l'article 1 (à seule fin d'approfondir l'explication de la notion d'arbitre donnée au paragraphe 1, puisque l'expression « accord d'arbitrage » n'est utilisée dans aucun autre passage du Protocole). A l'instar de la définition de l'arbitre, celle de l'accord d'arbitrage s'appuie sur une notion très large : aux fins de ce Protocole, l'expression « accord d'arbitrage » désigne tout accord reconnu par le droit national et par lequel les parties conviennent de soumettre un litige à un arbitre pour décision.

12. Cette vaste notion pourrait en fait transformer ce qui pourrait sembler n'être qu'une « norme minimum » - au sens de « plus petit commun dénominateur » – en une sorte de clause générale. En termes d'incrimination, cela signifierait que l'obligation résultant de ce Protocole serait elle aussi étendue. Le domaine des relations juridiques auxquelles la définition peut être appliquée n'est par exemple nullement restreint. En particulier, il faut souligner que le champ d'application de ce Protocole n'est pas limité à l'arbitrage commercial. En conséquence, la notion d'« accord d'arbitrage » doit être entendue de manière large afin de refléter la réalité et la variété des relations civiles, commerciales ou autres et ne doit pas se limiter à l'expression formelle d'un engagement synallagmatique.

13. Bien que les rédacteurs de ce Protocole aient souhaité préserver autant que possible la souplesse du texte, ils ont jugé utile de donner dans le Rapport explicatif certaines indications sur des aspects caractéristiques de l'arbitrage, et plus particulièrement de l'arbitrage commercial : de l'avis des rédacteurs l'arbitrage commercial est une forme extrajudiciaire de solution de litige pouvant intervenir au cours de l'exécution d'un accord commercial ; les

arbitres sont nommés d'un commun accord par les parties à une transaction et seront liés par la décision arbitrale ; un accord d'arbitrage (soit préliminaire, soit postérieur au litige) doit exister entre les parties ; les arbitres peuvent être choisis par les parties ou faire partie d'un tribunal d'arbitrage ; selon l'accord ou les règles applicables, la décision peut être définitive ou faire l'objet de recours devant les tribunaux ; les arbitres appliquent le droit matériel applicable au litige et sont soumis aux règles procédurales définies préalablement ; les arbitres doivent être indépendants dans l'exercice de leurs fonctions.

14. Certains de ces éléments ont été intégrés au texte du Protocole, tandis que pour d'autres, il a été considéré que leur évocation dans le Rapport explicatif les mettait suffisamment en valeur. Pour résumer sur ce point, l'on peut souligner que l'accord d'arbitrage peut être conclu avant ou après le litige, que les arbitres peuvent agir à titre individuel ou dans le cadre d'un tribunal d'arbitrage et que le fait que les arbitres soient appelés à rendre une décision légalement *contraignante* ne signifierait pas qu'il ne doive exister aucun recours judiciaire contre cette décision.

15. Cette notion potentiellement étendue est cependant, une fois encore, soumise au critère de compatibilité avec le droit national (sur l'arbitrage), puisque les accords d'arbitrage doivent être « reconnus par le droit national ». Par conséquent, une Partie à ce Protocole dont le droit national traiterait uniquement, par exemple, de l'arbitrage commercial (et ne reconnaîtrait donc que les accords d'arbitrage dans le cadre de relations commerciales) ne serait pas tenue d'ériger en infraction pénale la corruption dans d'autres domaines (éventuels) d'arbitrage.

16. Concernant la définition du terme « juré », le paragraphe 3 de l'article 1 renvoie également au droit national des Parties à ce Protocole. Par conséquent, les principes applicables sont les mêmes que ceux cités plus haut à l'égard des arbitres. Cependant, le simple fait que cette disposition énonce quelle catégorie de personnes le terme « juré » doit inclure « en tout état de cause », indépendamment du droit national, établit une norme minimum fixe, véritablement autonome (contrairement à la Convention). En d'autres termes, il est obligatoire d'ériger en infraction pénale la corruption de « personnes non-professionnelles agissant en tant que membres d'un organe collégial chargé de se prononcer, dans le cadre d'un procès pénal, sur la culpabilité d'un accusé », quelles que soient les dispositions prévues par la législation nationale sur les jurés d'un point de vue général. Par conséquent, les Parties à ce Protocole dont le droit national prévoit une définition plus large que celle-ci du terme « juré » (en incluant par exemple des affaires de droit civil) seraient contraintes d'incriminer la corruption des jurés en appliquant cette définition plus générale. A l'inverse, les Parties dont le droit national n'inclurait pas les personnes non-professionnelles au sens du paragraphe 3 de l'article 1 ou ignorerait totalement la notion de jurés devraient adapter leur *droit pénal* en conséquence afin de satisfaire aux obligations découlant de ce Protocole. (Il ne serait bien entendu pas nécessaire de procéder à des ajustements supplémentaires du système juridique s'agissant notamment du recours aux jurés proprement dit.)

17. Concernant les arbitres ou jurés étrangers, le paragraphe 4 de l'article 1 utilise la même technique que la Convention pénale sur la corruption à l'égard des agents publics étrangers (voir l'article 1.c de la Convention). En d'autres termes, la définition de l'arbitre ou du juré dans le droit de l'autre Etat (étranger) n'est pas nécessairement déterminante dans les cas où l'intéressé n'aurait pas eu le statut d'arbitre ou de juré en vertu de la législation de l'Etat qui poursuit. Ce principe découle du paragraphe 4 de l'article 1 selon lequel un Etat peut décider que les infractions de corruption impliquant un arbitre ou un juré étranger ne concernent que les agents dont le statut est compatible avec celui d'arbitre ou de juré dans le droit national de l'Etat qui poursuit.

CHAPITRE II – MESURES A PRENDRE AU NIVEAU NATIONAL

Article 2 – Corruption active d'arbitres nationaux

18. Lors des phases finales de négociations de la Convention s'est posée la question de savoir comment faire face à la corruption éventuelle des arbitres. Il a été convenu qu'il fallait régler la question des arbitres – d'une part, en raison de l'importance de leurs tâches, impliquant bien souvent des décisions ayant des conséquences pécuniaires ou économiques considérables, d'autre part, ce qui n'est pas de moindre importance, en raison de la similarité de leurs tâches avec celles des juges, et enfin, de manière plus générale, pour des raisons d'exhaustivité. Toutefois, les avis quant à savoir si les arbitres étaient déjà couverts ou non par la Convention (et, si tel est le cas, par quel article) étaient partagés : alors que certaines délégations estimaient qu'il était conforme à leur législation nationale de les considérer comme des juges (ce qui les ferait tomber sous le coup des articles 2, 3, 5 et 11 de la Convention) et que d'autres renvoyaient aux articles 7 et 8 de la Convention (corruption dans le secteur privé), d'autres encore estimaient qu'ils n'étaient couverts par aucune des dispositions de la Convention. Il a donc été décidé de reporter les discussions sur cette question après la finalisation de la Convention ; les résultats de ces discussions sont contenus dans le présent Protocole.

19. L'article 2 définit les éléments de la corruption active des arbitres nationaux conformément au texte de l'article 2 de la Convention pénale sur la corruption (« Corruption active d'agents publics nationaux »). Ainsi, les remarques explicatives correspondantes sont également applicables ici. Dans la théorie et la pratique du droit pénal actuel ainsi que dans l'esprit des auteurs du présent Protocole, l'infraction de corruption active est le pendant de la corruption passive - deux actes qui sont cependant considérés comme des infractions distinctes, pouvant donner lieu à des poursuites séparées. Il apparaît que les deux types de corruption sont, en général, les deux faces d'un même phénomène, avec d'un côté la personne qui offre, promet ou donne l'avantage, et de l'autre côté la personne qui accepte l'offre, la promesse ou le don. Toutefois, dans la plupart des cas, le « corrompu » n'est pas accusé d'être complice du « corrupteur », ni le corrupteur du corrompu.

20. La définition fournie à l'article 2 renvoie, par une double référence, aux articles 4, 5 et 6 du présent Protocole. Ces dispositions ne réitèrent pas les éléments de fond mais étendent la criminalisation de la corruption active à d'autres catégories de personnes.

21. Au sens de l'article 2, l'infraction de corruption active correspond nécessairement à un acte intentionnel, et il faut que l'élément intentionnel s'étende à tous les autres éléments de fond constitutifs de l'infraction. L'intention doit être liée à un résultat ultérieur, à savoir un acte que l'arbitre (ou le juré) doit accomplir ou s'abstenir d'accomplir, en fonction de l'intention du corrupteur. Peu importe, cependant, que l'arbitre (le juré) ait effectivement agi ou se soit abstenu d'agir conformément à l'intention du corrupteur.

22. Le corrupteur peut être n'importe qui et agir à n'importe quel titre (homme d'affaires, agent public, personne privée, etc.). Toutefois, si le corrupteur agit pour le compte, ou au nom, d'une entreprise, celle-ci peut également être tenue pour responsable en tant que personne morale (cf. article 8 du présent Protocole et article 18 de la Convention). Cependant, la responsabilité de l'entreprise n'exclut nullement les poursuites pénales contre la personne physique (paragraphe 3 de l'article 18 de la Convention). La personne corrompue doit être un arbitre (ou un juré) tel que défini à l'article 1 ; peu importe, à cet égard, que l'avantage indu bénéficie à l'arbitre (au juré) lui-même ou à quelqu'un d'autre.

23. Les éléments matériels de l'infraction sont le fait de proposer, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, un avantage indu à l'arbitre (au juré), pour lui-même ou pour un tiers. Les trois actions du corrupteur sont légèrement différentes. « Proposer » peut, par exemple, correspondre à des situations où le corrupteur s'engage à donner un avantage indu ultérieurement – en général, une fois seulement que l'acte qu'il a demandé à l'arbitre (au juré) a été accompli – ou lorsque le corrupteur et le corrompu se sont entendus pour que le

corrupteur fournisse l'avantage indu ultérieurement. Le fait d'«offrir» peut correspondre à des situations où le corrupteur manifeste qu'il est décidé à donner l'avantage indu à tout moment. Enfin, le fait de «donner» peut correspondre à des situations où il remet l'avantage indu. L'avantage indu ne doit pas nécessairement être donné à l'arbitre (au juré) lui-même : il peut aussi être donné à un tiers, comme un parent, une organisation à laquelle appartient l'arbitre (le juré) ou un parti politique dont il est membre. Lorsque l'offre, la proposition ou le don est adressé à un tiers, l'arbitre (le juré) doit au moins en avoir eu connaissance à un moment donné. Indépendamment du fait que le destinataire ou le bénéficiaire de l'avantage indu soit l'arbitre (le juré) lui-même ou un tiers, la transaction peut impliquer des intermédiaires.

24. Les avantages indus accordés sont généralement de nature économique, mais peuvent aussi être de caractère non matériel. Ce qui importe, c'est que l'auteur de l'infraction (ou tout autre personne, par exemple un parent) se retrouve dans une meilleure situation qu'il ne l'était avant l'infraction et qu'il n'a pas le droit de bénéficier de l'avantage acquis. Ces avantages indus peuvent revêtir diverses formes : une somme d'argent, des vacances, un prêt, le paiement de frais de nourriture, une affaire traitée dans un délai plus bref, de meilleures perspectives de carrière, etc.

25. La question de savoir ce qui constitue un avantage « indu » sera d'une importance capitale dans l'incorporation du Protocole dans le droit interne. Le terme « indu » aux fins du Protocole – et de la Convention – doit être interprété comme désignant quelque chose que le bénéficiaire n'est pas légalement habilité à accepter ni à recevoir. De même, pour les auteurs du Protocole, l'adjectif « indu » vise à exclure les avantages admis par la loi ou par les règlements administratifs, ainsi que les cadeaux de faible valeur ou les cadeaux socialement acceptables.

26. Les dispositions de certains Etats membres du Conseil de l'Europe en matière de corruption établissent une distinction selon que l'arbitre (le juré), lorsqu'il accomplit l'acte pour lequel on l'a sollicité, outrepassé ou non ses fonctions. Toutefois, un tel élément supplémentaire de « violation du devoir » n'a pas été jugé nécessaire aux fins du présent Protocole. Les auteurs du Protocole ont estimé que l'élément décisif de l'infraction n'était pas de savoir si l'arbitre (le juré) avait ou non le pouvoir d'agir conformément au souhait du corrupteur, mais de savoir si on lui avait effectivement proposé, offert ou donné un pot-de-vin pour obtenir quelque chose de lui dans l'exercice de ses fonctions. Peut-être, d'ailleurs, le corrupteur ignorait-il, lors de son acte, si l'arbitre (le juré) avait ou non le pouvoir de faire ce qu'il lui demandait ; cet élément est sans importance aux fins du présent Protocole. La notion de « violation du devoir » ajoute un élément d'ambiguïté qui rend plus difficile la répression de ce type d'infraction ; il faut en effet prouver que l'on attendait de l'arbitre (du juré) qu'il agisse à l'encontre de son devoir ou qu'il exerce son pouvoir au profit du corrupteur. Par conséquent, les Etats qui requièrent un tel élément supplémentaire pour qu'il y ait corruption devront faire en sorte qu'ils puissent appliquer la définition de la corruption au sens de l'article 2 du présent Protocole (ainsi que de la Convention) sans porter atteinte à son objectif.

Article 3 – Corruption passive d'arbitres nationaux

27. L'article 3 définit la corruption passive des arbitres conformément au texte de la Convention pénale sur la corruption (cf. Article 3 de ladite convention, « Corruption passive d'agents publics nationaux »). Les remarques correspondantes du rapport explicatif à la Convention s'appliquent donc ici aussi. L'infraction de corruption passive étant étroitement liée à celle de corruption active, certains commentaires formulés au sujet de cette dernière, par exemple en ce qui concerne l'élément moral et l'avantage indu, s'appliquent également ici. Les éléments matériels de l'acte de l'auteur de l'infraction incluent le fait de solliciter ou de recevoir un avantage indu ou d'en accepter l'offre ou la promesse.

28. « Solliciter » peut par exemple désigner un acte unilatéral par lequel l'arbitre fait savoir à une tierce personne, explicitement ou implicitement, qu'elle devra « payer » pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte lié à sa fonction. Peu importe que la demande ait été suivie d'effet ou non, celle-ci constituant en soi le corps du délit. De même, il importe peu que l'arbitre ait sollicité un avantage indu pour lui-même ou pour un tiers.

29. « Recevoir » peut, par exemple, désigner le fait que l'arbitre lui-même ou un tiers (conjoint, collègue, organisation, parti politique, etc.) profite effectivement d'un avantage. S'il s'agit d'un tiers, il faut qu'il y ait au moins une forme d'acceptation quelconque de l'arbitre. Là encore, il peut y avoir des intermédiaires : si tel est le cas, le champ de la corruption passive se trouve élargi puisqu'il faut y inclure un acte indirect de l'arbitre ; il s'ensuit nécessairement qu'on doit mettre en évidence le caractère délictueux du comportement de l'arbitre, indépendamment de la bonne foi ou de la mauvaise foi de l'intermédiaire impliqué.

30. S'il y a une demande unilatérale ou un pacte de corruption, il est essentiel que l'acte ou l'absence d'acte de l'arbitre ait lieu après la demande ou la conclusion du pacte, mais il importe peu, dans une telle situation, de savoir à quel moment précis l'avantage indu est effectivement reçu. Ainsi, ne constitue pas une infraction pénale, en vertu du présent Protocole, le fait, pour l'arbitre, de recevoir un avantage a posteriori en l'absence d'offre, de demande ou d'acceptation préalable. En outre, le terme « recevoir » implique qu'on garde l'avantage ou le cadeau en question au moins pendant un certain temps ; ainsi, l'arbitre qui renvoie immédiatement à l'expéditeur un cadeau ou un avantage qu'il n'a pas sollicité ou remet celui-ci aux autorités compétentes, ne commet pas d'infraction au sens de l'article 3. Cette disposition n'est pas applicable non plus à un avantage qui ne serait pas lié à un acte spécifique ultérieur de l'arbitre dans l'exercice de ses fonctions.

Article 4 – Corruption d'arbitres étrangers

31. Cet article oblige les parties au Protocole à criminaliser la corruption active et passive d'arbitres étrangers. Exception faite des personnes corrompues, à savoir les arbitres étrangers, cette infraction est identique quant au fond à celle que définissent les articles 2 et 3. On ne peut que répéter, là encore, les explications fournies dans le commentaire de la Convention sur les motivations qui ont incité à élargir la portée des infractions essentielles en la matière, telles que les mentionne la Convention, aux actes impliquant des agents publics étrangers :

32. « Non seulement la corruption compromet la bonne gestion des affaires publiques et sape la confiance du public en l'équité et l'impartialité des administrations, mais elle peut aussi ... engendrer de graves distorsions de concurrence et mettre en péril le développement économique. Avec la mondialisation des structures économiques et financières et l'intégration des marchés nationaux dans le marché mondial, les décisions sur les mouvements de capitaux ou les investissements qui sont prises dans tel pays peuvent avoir des effets dans tel autre. Les sociétés multinationales et les investisseurs internationaux sont aujourd'hui les acteurs déterminants de l'économie, et ils ne connaissent pas de frontières. Il est de leur intérêt, comme de l'intérêt de l'économie mondiale en général, que les règles de la concurrence demeurent loyales et transparentes. » ⁽¹⁾

33. L'élément décisif pour définir une infraction comme relevant de la corruption d'un arbitre *étranger* n'est pas la nationalité de ce dernier ou des parties en cause, mais le fait que l'arbitre exerce ses fonctions selon le droit national relatif à l'arbitrage d'un Etat autre que l'Etat ayant engagé des poursuites. Il n'y a pas de définition spécifique de l'expression « arbitres étrangers » dans le présent Protocole. Par conséquent, la définition générale donnée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 1 s'applique également aux arbitres étrangers. En outre, le paragraphe 4 de l'article 1 est applicable dans les cas où la définition de l'arbitre dans le droit de l'Etat auteur des poursuites diffère de la définition énoncée dans le droit en vertu duquel l'arbitre exerce ses fonctions.

(1) Cf. paragraphe 47 du Rapport explicatif à la Convention pénale sur la corruption.

34. Après avoir examiné la question de l'arbitrage international, les rédacteurs de ce Protocole ont décidé de ne pas y faire figurer d'article distinct sur la corruption des arbitres internationaux (lequel – d'après certains avant-projets de protocole – aurait couvert les affaires impliquant toute personne qui aurait joué le rôle d'arbitre «dans le cadre des compétences d'une organisation internationale dont la partie est membre»). Ainsi, une affaire de corruption en matière d'arbitrage international dans laquelle il ne pourrait être dit que l'arbitre exerçant ses fonctions relève d'un quelconque droit national (que ce soit – du point de vue de l'Etat auteur des poursuites – le droit interne ou un droit étranger) ne serait pas couverte par le protocole. Il s'agirait principalement, en l'occurrence, d'arbitrage international public. Dans la mesure où elles pourraient avoir une quelconque incidence pratique, les échappatoires potentielles dans ce domaine ont toutefois été considérées comme justifiables, notamment parce que la convention pénale sur la corruption elle-même pourrait être jugée applicable dans certains cas (par exemple, si un arbitre exerçait ses fonctions en qualité d'agent d'une organisation internationale, l'article 9 de la convention pourrait s'appliquer).

Article 5 – Corruption de jurés nationaux

35. Cet article élargit aux jurés la portée des infractions de corruption active et passive définies aux articles 2 et 3 (suivant ainsi les articles 2 et 3 de la convention pénale sur la corruption). La définition du terme «juré» est donnée au paragraphe 3 de l'article 1, qui utilise la technique de la référence au droit national tout en établissant une norme minimale autonome. En dehors de l'interprétation courante du terme «juré», cette norme minimale (autrement dit l'inclusion de personnes agissant en tant que membres d'un organe collégial chargé de se prononcer, dans le cadre d'un procès pénal, sur la culpabilité de l'accusé) indique clairement que les jurés ont un rôle dans l'appareil judiciaire. Les délégations n'ont pas toutes répondu par l'affirmative à la question, abordée au cours des négociations relatives au Protocole, de savoir si les jurés ne seraient pas couverts du fait de ce rôle par la notion de juge/personne exerçant des fonctions judiciaires au sens de l'article 1 alinéas a et b, de la convention pénale sur la corruption – ce qui signifierait qu'ils seraient considérés alors comme des agents publics et que leur corruption relèverait déjà des articles 2 et 3 de la Convention. Bien qu'il soit estimé dans le rapport explicatif de la Convention que la notion de juge au sens de personne exerçant des fonctions judiciaires doit être interprétée aussi largement que possible (l'élément décisif étant le rôle joué par l'intéressé, qui doit avoir un caractère judiciaire, plutôt que son titre officiel), il a paru finalement utile de mentionner explicitement les jurés dans le Protocole. Etant donné, d'une part, l'importance de leur tâche, et, d'autre part, le fait qu'elle est honoraire (non rémunérée), les jurés risquent d'être des cibles de corruption et doivent en être protégés au même titre que des juges professionnels.

36. Exception faite des personnes corrompues, c'est-à-dire les jurés nationaux, l'infraction de corruption est identique quant au fond à celles que définissent les articles 2 et 3.

Article 6 – Corruption de jurés étrangers

37. Cet article criminalise la corruption active et passive de jurés étrangers. Les raisons invoquées et les intérêts juridiques protégés sont les mêmes que ceux exposés au sujet de l'article 5, mais dans un contexte étranger, «au sein d'un tribunal de tout autre Etat». Cette disposition s'inscrit dans l'effort commun des Etats parties pour assurer le respect des institutions judiciaires et démocratiques, indépendamment de leur caractère national ou étranger. Exception faite des personnes corrompues, à savoir les jurés étrangers, cette infraction de corruption est identique quant au fond à celles que définissent les articles 2 et 3. Il n'y a pas de définition spécifique de l'expression «jurés étrangers» dans le protocole. Par conséquent, les définitions générales données au paragraphe 3 de l'article 1 s'appliquent également aux jurés étrangers. En outre, le paragraphe 4 de l'article 1 peut s'appliquer aux cas dans lesquels la définition du terme «juré» dans le droit de l'Etat auteur des poursuites diffère de la définition énoncée dans le droit de l'Etat où le juré exerce ses fonctions.

CHAPITRE III – SUIVI DE LA MISE EN ŒUVRE ET DISPOSITIONS FINALES

Article 7 – Suivi de la mise en œuvre

38. Comme la mise en œuvre de la Convention pénale sur la corruption elle-même (cf. article 24 du texte), celle du Protocole sera suivie par le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO).

39. Le GRECO a été établi sur la base des résolutions (98) 7 et (99) 5 du Conseil de l'Europe. Il a pour but d'améliorer l'efficacité de ses membres dans la lutte contre la corruption en assurant, dans le cadre d'un processus dynamique d'évaluation mutuelle et de pression des pairs (y compris des visites sur les lieux), le suivi du respect par les Etats des vingt Principes directeurs de la lutte contre la corruption, de la Convention pénale sur la corruption, de la Convention civile sur la corruption ainsi que des autres instruments internationaux adoptés par le Conseil de l'Europe en application du programme d'action contre la corruption (tels que le présent protocole).

Article 8 – Relations avec la convention

40. L'article 8 définit comme suit les relations entre le Protocole et la Convention pénale sur la corruption: les Etats parties, tant à la Convention qu'au Protocole, considèrent le dispositif de ce dernier (articles 2 à 6) comme un élément additionnel à la Convention (paragraphe 1). En outre, le paragraphe 2 déclare explicitement que les dispositions de la Convention s'appliquent au Protocole (dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions de ce dernier). Le paragraphe 2 doit être entendu comme rendant les articles 12 à 23 de la Convention applicables au Protocole, de même que le chapitre IV et ceux des éléments du chapitre V qui ne sont pas contenus dans ce Protocole. C'est pourquoi il n'a pas été nécessaire d'y inclure des dispositions traitant de questions comme la juridiction (cf. article 17 de la convention), la responsabilité des personnes morales (cf. article 18 de la Convention), les sanctions et mesures (cf. article 19 de la Convention), ou la coopération internationale (cf. chapitre IV de la Convention).

Article 9 – Déclarations et réserves

41. Pendant les négociations relatives au Protocole, on s'est demandé – compte tenu notamment de sa portée très spécifique et donc relativement étroite – s'il pouvait donner lieu à des déclarations ou réserves. Les rédacteurs sont parvenus à la conclusion qu'il était souhaitable de ne pas stipuler de possibilités supplémentaires (nouvelles) de déclarations ou de réserves, mais de permettre ces dernières uniquement en tant que conséquences de déclarations ou réserves déjà formulées au sujet de la Convention. Par conséquent, le paragraphe 1 prévoit la possibilité d'une déclaration relative aux articles 4 à 6 du Protocole (corruption d'arbitres et jurés étrangers) seulement si la partie contractante intéressée a déjà fait une réserve similaire sur la base de l'article 36 de la Convention (autrement dit une déclaration stipulant que la corruption étrangère ou internationale au sens des articles 5, 9 ou 11 de la Convention sera criminalisée seulement dans la mesure où le fonctionnaire ou le juge agit ou s'abstient d'agir en infraction à ses obligations). De même, la première phrase du paragraphe 2 permet une réserve similaire à celle faite sur la base de l'article 37 paragraphe 1 de la Convention, limitant l'application des infractions de corruption passive pour les arbitres ou jurés étrangers (cf. articles 4 et 6 du Protocole), seulement si la partie concernée a déjà formulé une telle réserve au sujet de la corruption passive d'agents publics étrangers en application de l'article 5 de la Convention. Dans un tel cas, et comme il s'agit de réserves similaires, la réserve faite au Protocole ne serait pas comptabilisée au titre de l'article 37 paragraphe 4 de la Convention (qui limite à cinq le nombre maximum de réserves à la Convention). Selon la deuxième phrase du paragraphe 2, d'autres réserves faites sur la base de l'article 37 de la convention (concernant les articles 12 [trafic d'influence], 17 [juridiction – cf. art. 37 par. 2] et 26 [refus d'une demande d'entraide judiciaire au motif qu'elle porte sur une infraction considérée comme politique - cf. art. 37 par. 3]) s'appliquent également au Protocole. Le paragraphe 3 stipule qu'aucune autre réserve n'est admise.

Articles 10 à 14 – (Signature et entrée en vigueur – Adhésion au Protocole – Application territoriale – Dénonciation – Notification)

42. Les clauses finales ont été rédigées conformément aux grandes lignes de dispositions existantes, notamment celles de la Convention mais aussi d'autres protocoles additionnels du Conseil de l'Europe comme les protocoles additionnels aux conventions européennes d'extraditions (STE n^{os} 86 et 98), d'entraide judiciaire en matière pénale (STE n° 99) et sur le transfèrement des personnes condamnées (STE 167).

43. Etant donné que le Protocole ne peut entrer en vigueur avant la Convention, et qu'un Etat signataire ne peut ratifier le Protocole sans avoir, simultanément ou préalablement, ratifié la Convention, il a été possible d'établir quant au nombre de ratifications nécessaires à l'entrée en vigueur du Protocole un nombre (cinq) nettement plus bas que celui requis pour la Convention proprement dite (quatorze) (article 10 du Protocole).