

Le : 03/04/2018

**Cour de cassation**

**chambre criminelle**

**Audience publique du 14 mars 2018**

**N° de pourvoi: 16-82117**

ECLI:FR:CCASS:2018:CR00173

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M. Soulard (président), président**

Me Bouthors, SCP Boutet et Hourdeaux, SCP Piwnica et Molinié, SCP Sevaux et Mathonnet, SCP Spinosi et Sureau, SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur les pourvois formés par :

-

-

-

-

-

-

-

-

--

M. Serge X...,

M. Jean-Paul Y...,

M. Jean-Paul Z...,

M. Marc A...,

M. Jaber GG... ,

M. Bernard HH... ,

M. Patrick B...,

M. Jean-Michel C...

la société Total,

la société Vitol,

contre l'arrêt de la cour d'appel de PARIS, chambre 5-13, en date du 26 février 2016, qui a condamné :

- le premier, pour corruption d'agents publics étrangers, à 75 000 euros d'amende,
  - le deuxième, pour complicité d'abus de biens sociaux, à 100 000 euros d'amende,
  - le troisième, pour corruption d'agents publics étrangers, à 50 000 euros d'amende,
  - le quatrième, pour corruption d'agents publics étrangers, à 20 000 euros d'amende,
  - le cinquième, pour complicité de corruption d'agents publics étrangers, à 15 000 euros d'amende,
  - le sixième, pour complicité de corruption d'agents publics étrangers, à 30 000 euros d'amende,
  - le septième, pour complicité d'abus de biens sociaux, à 30 000 euros d'amende,
  - le huitième, pour complicité d'abus de biens sociaux, à 20 000 euros d'amende,
  - la neuvième, pour corruption d'agents publics étrangers, à 750 000 euros d'amende,
  - la dixième, pour corruption d'agents publics étrangers, à 300 000 euros d'amende,
- et a prononcé une mesure de confiscation ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 17 janvier 2018 où étaient présents : M. Soulard, président, Mme Planchon, rapporteur, Mme de la Lance, MM.

Steinmann, Germain, Larmanjat, Mme Zerbib, MM. d'Huy, Wyon, conseillers de la chambre, Mmes Chauchis, Pichon, M. Ascensi, Mme Fouquet, conseillers référendaires ;

Avocat général : M.Wallon ;

Greffier de chambre : Mme Guichard ;

Sur le rapport de Mme le conseiller PLANCHON, les observations de la société civile professionnelle BOUTET et HOURDEAUX, de la société civile professionnelle SPINOSI et SUREAU, de la société civile professionnelle PIWNICA et MOLINIÉ, de la société civile professionnelle WAQUET, FARGE et HAZAN, de Me BOUTHORS et de la société civile professionnelle SEVAUX et MATHONNET, avocats en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général WALLON ;

Joignant les pourvois en raison de la connexité ;

I - Sur le pourvoi de M. GG... :

Attendu qu'aucun moyen n'est produit ;

II - Sur les autres pourvois ;

Vu les mémoires et les observations complémentaires produits ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure qu'à la suite de l'invasion du Koweït par l'Irak début août 1990, l'Organisation des Nations-Unies (ONU) a instauré, sur le fondement de la résolution n° 661 du Conseil de sécurité du 6 août 1990, un régime de sanctions sous forme d'embargo interdisant, notamment, la mise à disposition du gouvernement irakien de fonds ou de ressources ; qu'en raison des difficultés de la population irakienne, un assouplissement de cet embargo a été adopté le 14 avril 1995 sous la forme de la résolution n° 986 du Conseil de sécurité qui a mis en oeuvre le programme "Pétrole contre nourriture" qui devait faire l'objet d'une révision approfondie à l'issue d'une première période de quatre-vingt dix jours et être renouvelé par phase de six mois, la phase une débutant le 10 décembre 1996 et la phase treize s'étant achevée le 3 juin 2003 ; que les termes de cette résolution ont été repris dans un accord, signé le 20 mai 1996, par le secrétaire général de l'ONU et un représentant de l'Etat irakien ; qu'aux termes de ces deux actes, les Etats étaient autorisés à acquérir auprès de la SOMO, entreprise d'Etat rattachée au ministre du pétrole, après approbation de l'ONU, du pétrole et des produits pétroliers, et à effectuer "des transactions financières et d'autres transactions essentielles s'y rapportant directement", tout règlement devant être intégralement effectué sur un compte séquestre ouvert auprès d'un établissement de la BNP à New-York ; que l'article 18 de la résolution stipule qu'aucune disposition de ladite

résolution ne saurait être interprétée comme portant atteinte à la souveraineté ou à l'intégrité territoriale de l'Irak ; que le prix officiel du cours du pétrole irakien (official sailing price ou OSP), suggéré par le gouvernement irakien et avalisé par l'ONU, était inférieur à celui du marché, la différence étant censée absorber les frais et charges des acquéreurs ; que deux cent quarante huit sociétés ont été agréées par l'ONU, en lien avec la SOMO, dont quinze de droit français parmi lesquelles les sociétés Total International Limited (TIL ou TOTINTER) et Total Oil Trading SA (TOTSA), filiales du groupe Total ;

Attendu qu'à la suite d'une note du service TRACFIN concernant M. Y... et la société Telliac, de droit suisse et mauricien, dont il est le dirigeant, ainsi que la société TIL, dénonçant leurs agissements frauduleux dans le cadre d'acquisitions de produits pétroliers auprès de l'Irak mais aussi de la Communauté des Etats Indépendants (CEI) regroupant douze anciennes républiques de l'URSS, une information a été ouverte le 29 juillet 2002 des chefs d'abus de biens sociaux, complicité et recel ; que la saisine du juge d'instruction a été étendue, notamment, à des faits de corruption active d'agents publics étrangers et de trafic d'influence actif ; que les investigations ont montré tout d'abord que la SOMO, sur instructions des dirigeants irakiens, à l'insu des contrôleurs de l'ONU, a attribué du pétrole irakien, notamment, à des personnes physiques en contrepartie d'une action en faveur du régime irakien et de la levée des sanctions, lesdits allocataires, parmi lesquels figurent MM. X..., Z... et D... F..., agissant sous couvert de sociétés qu'ils ont fait spécialement agréer, pour contracter avec la SOMO puis revendre le pétrole aux grandes compagnies moyennant le versement de rétro-commissions aux différents intermédiaires ; que les investigations ont, par ailleurs, confirmé les résultats de l'enquête conduite par l'instance spécialement créée par l'ONU, montrant qu'entre les phases VIII et XII du programme "Pétrole contre nourriture", les dirigeants irakiens ont exigé, en contrepartie de la poursuite des relations commerciales, dans le cadre des contrats d'acquisition de pétrole, le règlement de commissions occultes, qualifiées de "surcharges", représentant en moyenne 10% de la valeur contractuelle d'origine, soit entre 0,10 et 0,50 USD par baril, lesdites surcharges, réclamées de façon aléatoire, devant être versées sur les comptes ouverts en Jordanie ou au Liban au nom de la SOMO, de ses dirigeants ou encore de fonctionnaires irakiens, ou réglées en liquide dans les ambassades irakiennes à l'étranger, les sommes ainsi recueillies devant en tout état de cause être transférées sur d'autres comptes ou retirées en espèces avant d'être virées sur les comptes de la Banque Centrale Irakienne (CBI) ;

Attendu que la société Total a acquis, à partir de 2000 et jusqu'en 2002, par le biais de la la direction Trading and Shipping (DTS), dirigée par M. HH... jusqu'au 31 décembre 2001, du pétrole "surchargé", de façon indirecte, soit en confiant à la société Betoil le soin de régler les surcharges avec les fonds qu'elle lui versait, soit en réglant directement à la société de trading une somme intégrant le montant des surcharges et la commission due à celle-ci ; que, par ailleurs, depuis 1996, par l'intermédiaire de la DTS, représentée au sein du comité exécutif (Comex), par MM. E... puis HH..., et au sein de laquelle interviennent MM. B... et C..., a été mise en place une procédure, reposant sur l'utilisation des comptes de la société Telliac dirigée par M. Y..., pour faire transiter, dans le cadre des contrats d'acquisition de pétrole, le paiement de surcharges ou de commissions occultes dues, d'une part, aux intermédiaires intervenant auprès des autorités de la CEI, d'autre part, à D... F... qui, commercialisait ses dotations de pétrole ainsi que celles d'autres allocataires attribuées par les dirigeants irakiens ;

Attendu que M. Z..., dirigeant de la SARL IBEX Energie France, agréée dans un premier temps par l'ONU, a conclu directement trois contrats d'allocations de barils de pétrole, respectivement les 27 janvier 1999, 4 mars 2001 et 11 juillet 2001, les deux derniers ayant fait l'objet d'un paiement de surcharges sur des comptes au Liban et en Jordanie pour un montant total de 1 633 143,07 euros, réglé par la société Windmill Trade Limited, également dirigée par M. Z... ;

Attendu que M. X..., diplomate de carrière et administrateur de la société Total en 1992 et 1993, dirigeant de la société SB Consultant, a été mandaté par la société Vitol Ltd afin d'assurer la coordination de ses activités mondiales dans le domaine du pétrole brut et des lubrifiants ; que cette société étant parvenue, grâce à l'intervention du prévenu, à obtenir l'agrément de l'ONU et de la SOMO, M. X... et la société Vitol Ltd ont pu ainsi commercialiser à huit reprises les dotations pétrolières dont le premier a bénéficié, deux de ces contrats ayant fait l'objet de surcharges pour une somme totale de 786 205 USD qui a été payée par la société Vitol Ltd sur les indications données par M. X... concernant notamment les coordonnées du compte bancaire destinataire des fonds ;

Attendu que M. A..., journaliste et spécialiste de l'Irak, a bénéficié d'une allocation de barils par l'intermédiaire de la société Tanker Oil & Gas, créée spécialement à cette fin, ce contrat ayant donné lieu au paiement d'une surcharge d'un montant total de 449 178 USD, réglée par M. A... sur un compte de la Jordan Bank ;

Attendu que le 28 juillet 2011, le juge d'instruction a ordonné le renvoi, notamment, de la société Total des chefs de corruption d'agents publics étrangers, complicité de trafic d'influence actif et de recel de ce délit, de M. B... du chef de complicité d'abus de biens sociaux, de M. C... du chef de complicité d'abus de biens sociaux et complicité de corruption active d'agents publics étrangers, de M. HH... des chefs de complicité d'abus de biens sociaux et de corruption active d'agents publics étrangers, de M. Y... de complicité d'abus de biens sociaux, de MM. X... et A... des chef de trafic d'influence actif et de corruption active d'agents publics étrangers, de M. Z... du chef de corruption active d'agents publics étrangers, et de la société Vitol Ltd du chef de corruption active d'agents publics étrangers ; que, par jugement du 8 juillet 2013, le tribunal a renvoyé l'ensemble des prévenus des fins de la poursuite ; que le procureur de la République a interjeté appel de cette décision ;

En cet état ;

Sur le premier moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour M. X..., pris de la violation des articles 113-2 et 435-3 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour d'appel a rejeté l'exception d'incompétence des juridictions françaises ;

"aux motifs que M. Serge X... comme Vitol LTD sont poursuivis en application du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal, dont les éléments constitutifs sont la sollicitation ou

l'accord de corruption, les versements de dons ou avantages (le paiement), l'acte espéré de l'agents publics étrangers qui a été accompli ou aurait du être accompli (la contrepartie) ; qu'en l'espèce, il est reproché à M. X... et Vitol LTD d'avoir en co action cédé aux sollicitations d'agents publics irakiens, sollicitations visant à obtenir le paiement de compléments de prix ou surcharges versées en dehors du circuit de commercialisation de pétrole irakien en vigueur à cette époque en contrepartie de l'attribution à M. X... d'allocations personnelles de pétrole (special request) achetées par celui-ci et financées par celle-ci ; qu'en application de l'article 113-2 du code pénal si l'un de ces faits a été commis en France, il sera loisible à la juridiction française de retenir sa compétence ; qu'il ressort de l'enquête que l'infraction, caractérisée par le versement de surcharges de 786 205 \$, liées à l'exécution de trois cargaisons de pétrole, s'inscrit dans une relation d'affaires nouée dès avril 1998 entre Vitol LTD et le cabinet SB consultant de M. X... ; que c'est dans ce cadre que les surcharges corruptives ont été réglées par Vitol LTD via la société Peakville Ltd, société sise aux BVI et mise à disposition de Vitol Ltd, ce que son dirigeant lui-même qualifie de « ses paiements discrets » et que M. X... recevait ses commissions de Vitol LTD sur ces contrats de commercialisation ; que les versements ont été décidés en coaction avec M. X... qui assurait le lien avec les irakiens, qui transmettait à la Vitol LTD leurs demandes, qui connaissait l'existence du circuit financier via Peakville et percevait, déduction faite des surcharges, sa marge sur les acquisitions faites par la Vitol LTD ; qu'il est capital de relever que M. X... ne se comporte pas au cours de ces opérations comme un simple tiers par rapport à la Vitol LTD, dès lors qu'il se présente, lors des démarches effectuées pour obtenir des barils pour la Vitol LTD sous couvert d'une carte « VITOL France », qui certes est une simple « enseigne », mais a pour unique objet, ainsi qu'il l'a admis, de permettre à la Vitol LTD d'obtenir des contrats, qu'elle n'aurait pas obtenu sans cela, dans la mesure où, quoique de droit suisse, elle était dans le cadre du programme « OFF » perçue anglo saxonne ; que par ailleurs il ressort de l'enquête comme des déclarations de M. X... à l'audience qu'il co signait, en accord avec la Vitol LTD, les contrats, faute de quoi aucun n'aurait été débloqué au profit de la Vitol LTD pour la raison sus indiquée ; que s'agissant de M. X... il est constant qu'il était domicilié à Paris, que la société SB Consultant avait son siège à son domicile, que le compte bancaire personnel de M. X... était ouvert dans les livres de l'agence de Paris de la banque français transatlantique, compte sur lequel il recevait sa marge ; qu'en outre, il ressort de l'enquête que c'est de Paris que M. X... passait avec la Vitol LTD ses communications téléphoniques relayant les demandes irakiennes ainsi que l'établissent les documents placés sous scellés 194 et 259 qui attestent des relations entretenues entre M. X... et la Vitol LTD, concernant très particulièrement les modalités de paiement de surcharges ; que ces éléments établissent que M. X... avait son centre d'intérêt économique et financier à Paris ; que s'agissant des faits qualifiables sous la prévention de corruption d'agents publics étrangers chacune des parties a arrêté en parfaite connaissance de cause du contournement frauduleux du dispositif onusien par le paiement de surcharges corruptives une coopération fructueuse pour chacune d'elles : dans ce schéma la personne physique et la personne morale sont, sans connexité, indissociables l'une de l'autre, en ce que sans M. X... il ne saurait y avoir de livraison de pétrole et sans Vitol LTD de financement de ces opérations ; que dès lors qu'il y a eu concertation à Paris, où M. X..., avait le centre de ses intérêts économiques et financiers (bureau, domicile, comptes bancaires), l'un des éléments constitutifs de l'infraction a été commis sur le territoire national et il y a lieu confirmant, par motifs propres, la décision déferée, de retenir la compétence de la juridiction française, à raison de la localisation à Paris de l'une des parties, M. X..., et de la co- organisation de la corruption depuis Paris, où cette personne avait le centre de ses intérêts économiques et financiers ;

"1°) alors que, pour que l'infraction soit réputée commise sur le territoire de la République, il faut que l'un de ses faits constitutifs se soit réalisé sur ce territoire ; qu'en justifiant la compétence territoriale du juge français au regard du fait que le demandeur avait « son centre d'intérêt économique et financier à Paris », lorsque cette notion fiscale n'est pas de nature à entraîner l'application de la loi française, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

"2°) alors que la seule concertation préalable à la réalisation de l'infraction, serait-elle avérée, ne permet pas de retenir l'existence d'un « fait constitutif » du délit au sens de l'article 113-2 alinéa 2 du code pénal ; qu'en retenant que « dès lors qu'il y a eu concertation à Paris, où M. X..., avait le centre de ses intérêts économiques et financiers (bureau, domicile, comptes bancaires), l'un des éléments constitutifs de l'infraction a été commis sur le territoire national », lorsqu'il est acquis que ni la sollicitation, ni le paiement, ni la contrepartie exigées par l'incrimination de corruption d'agents publics étrangers n'ont eu lieu en France, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

"3°) alors que la cour d'appel ne pouvait se fonder, sans s'expliquer davantage, sur le versement à M. X... d'une prétendue « marge » sur son compte ouvert à Paris, lorsque les versements en cause correspondaient à la rémunération due au titre de son contrat de consultant, étrangère aux éléments constitutifs de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers" ;

Sur le premier moyen, proposé par la SCP Piwnica et Molinié pour la société Vitol Ltd, pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 113-2 et 435-3 du code pénal, préliminaire, 382, 388, 591, 93 et 689 du code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a rejeté l'exception d'incompétence et l'exception tirée du principe ne bis in idem, a déclaré la société Vitol coupable de corruption d'agents publics étrangers et l'a condamnée à la peine de 300 000 euros d'amende ;

"aux motifs qu'il est reproché à M. X... et Vitol Ltd d'avoir en co-action cédé aux sollicitations d'agents publics irakiens, sollicitations visant à obtenir le paiement de compléments de prix ou surcharges versées en dehors du circuit de commercialisation de pétrole irakien en vigueur à cette époque en contrepartie de l'attribution à M. X... d'allocations personnelles de pétrole (spécial request) achetées par celui-ci et financées par celle-ci ; qu'en application de l'article 113-2 du code pénal si l'un de ces faits a été commis en France, il sera loisible à la juridiction française de retenir sa compétence ; qu'il ressort de l'enquête que l'infraction, caractérisée par le versement des surcharges de 786 205 \$, liées à l'exécution de trois cargaisons de pétrole, s'inscrit dans une relation d'affaires nouée dès avril 1998 entre Vitol Ltd et le cabinet SB consultant de M. X... ; que c'est dans ce cadre que les surcharges corruptives ont été réglées par Vitol Ltd via la société Peakville Ltd, société sise aux BVI et mise à disposition de Vitol Ltd, ce que son dirigeant lui-même qualifie de "ses paiements discrets" et que M. X... recevait ses commissions de Vitol Ltd sur ces contrats de commercialisation ; que les versements ont été décidés en coaction avec M. X... qui assurait le lien avec les irakiens, qui transmettait à la Vitol Ltd leurs demandes, qui connaissait l'existence du circuit financier via Peakville

et percevait, déduction faite des surcharges, sa marge sur les acquisitions faites par la Vitol Ltd ; qu'il est capital de relever que M. X... ne se comporte pas au cours de ces opérations comme un simple tiers par rapport à la Vitol Ltd, dès lors qu'il se présente, lors des démarches effectuées pour obtenir des barils pour la Vitol Ltd sous couvert d'une carte "Vitol France" qui certes est une simple "enseigne", mais a pour unique objet, ainsi qu'il l'a admis de permettre à la Vitol Ltd d'obtenir des contrats, qu'elle n'aurait pas obtenus sans cela, dans la mesure où, quoique de droit suisse, elle était, dans le cadre du programme "OFF", perçue anglo saxonne ; que par ailleurs, il ressort de l'enquête comme des déclarations de M. X... à l'audience qu'il cosignait, en accord avec la Vitol Ltd, les contrats, faute de quoi aucun n'aurait été débloqué au profit de la Vitol Ltd pour la raison sus indiquée ; que s'agissant de M. X... il est constant qu'il était domicilié à Paris , que sa société SB Consultant avait son siège à son domicile, que le compte bancaire personnel de M. X... était ouvert dans les livres de l'agence de Paris de la banque française transatlantique, compte sur lequel il recevait sa marge ; qu'en outre il ressort de l'enquête que c'est de Paris que M. X... passait avec la Vitol Ltd ses communications téléphoniques relayant les demandes irakiennes ainsi que l'établissent les documents placés sous scellés 194 et 259 qui attestent des relations entretenues entre M. X... et la Vitol Ltd, concernant très particulièrement les modalités de paiement de surcharges ; que ces éléments établissent que M. X... avait son centre d'intérêt économique et financier à Paris ; que s'agissant des faits qualifiables sous la prévention de corruption d'agent publics étrangers chacune des parties a arrêté en parfaite connaissance de cause du contournement frauduleux du dispositif onusien par le paiement de surcharges corruptives une coopération fructueuse pour chacune d'elles ; que dans ce schéma la personne physique et la personne morale sont, sans connexité, indissociable l'une de l'autre en ce que sans M. X... il ne saurait y avoir de livraison de pétrole et sans la Vitol Ltd de financement de ces opérations. Dès lors qu'il y a eu concertation à Paris, où M. X..., avait le centre de ses intérêts économiques et financiers (bureau, domicile, comptes bancaires), l'un des éléments constitutifs de l'infraction a été commis sur le territoire national et il y a lieu confirmant, pour motifs propres, la décision déferée, de retenir la compétence de la juridiction française, à raison de la localisation à Paris de l'une des parties, M. X..., et de la co organisation de la corruption depuis Paris, où cette personne avait le centre de ses intérêts économiques et financiers ;

"1°) alors que la loi pénale française n'est applicable à une infraction commise par une personne de nationalité étrangère à l'encontre d'une victime de nationalité étrangère que lorsque cette infraction ou l'un de ses faits constitutifs est commis sur le territoire de la République ; que l'existence d'infractions commises par d'autres personnes dont certains éléments auraient été commis en France n'a pas pour effet de rendre la loi pénale française applicable aux infractions commises à l'étranger par une personne de nationalité étrangère à l'égard d'une victime étrangère ; que la société Vitol, de droit suisse, ne possédant pas d'établissement en France, est poursuivie pour avoir cédé aux sollicitations d'agents publics irakiens ; qu'en déduisant la compétence des juridictions françaises de la commission d'une autre infraction par une autre personne, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

"2°) alors que la compétence des juridictions françaises pour une infraction commise à l'étranger peut être établie en raison d'un lien d'indivisibilité entre l'infraction commise à l'étranger et l'infraction commise en France ; qu'un tel lien impose que soit caractérisé un fait de dépendance réciproque entre les infractions et susceptible de qualification pénale ou de caractériser un fait constitutif de l'infraction ; que la cour d'appel a estimé le juge

français compétent en ce que la société Vitol serait indissociablement liée à M. X... en raison d'une relation d'affaires conclue en avril 1998 tandis qu'aucun des faits pour lesquels la société Vitol est poursuivie ne prévoit la conclusion d'un contrat avec M. X... en 1998, et qu'un tel fait n'est pas susceptible de qualification pénale ; que dès lors la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

"3°) alors que de même le fait que M. X... avait le centre de ses intérêts économiques et financiers à Paris, élément sans lien avec la caractérisation d'un lien d'indivisibilité entre les infractions ni avec un fait constitutif de l'infraction, ne permet pas davantage de justifier la compétence des juridictions françaises" ;

Les moyens étant réunis ;

Attendu que, pour écarter le moyen de nullité pris de l'incompétence des juridictions françaises du chef du délit de corruption d'agents publics étrangers, l'arrêt énonce que M. X..., agissant en co-action avec la société Vitol Ltd et assurant le lien avec les irakiens, étant domicilié à Paris, tout comme sa société SB Consultant, et disposant d'un compte ouvert dans les livres d'une agence parisienne de la Banque française transatlantique sur lequel ont été virées les sommes correspondant à ses marges, avait son centre d'intérêt économique et financier à Paris d'où il a organisé, avec la société Vitol Ltd, la commercialisation des dotations pétrolières dont il était le bénéficiaire ainsi que le règlement des surcharges dues à ce titre ; que les juges ajoutent que chacune des parties a arrêté en parfaite connaissance de cause le contournement du dispositif onusien interdisant les surcharges et que, dans ce schéma, M. X... et la société Vitol Ltd sont indissociables l'un de l'autre, en ce que, sans le premier il n'y aurait pas eu de livraisons de pétrole, et sans la seconde, il n'y aurait pas eu de financement de ces opérations ;

Attendu qu'en statuant ainsi, et dès lors que les juridictions françaises sont compétentes pour connaître du délit de corruption d'agents publics étrangers lorsque celui-ci a été décidé et organisé sur le territoire national où a également été versé le montant de la rémunération due à ce titre, la cour d'appel a justifié sa décision ;

D'où il suit que les moyens, dont celui proposé pour la société Vitol Ltd, pris en sa deuxième branche, est inopérant, ne peuvent qu'être écartés ;

Sur le moyen unique de cassation, proposé par Me Didier Bouthors pour M. A..., pris de la violation des articles 6 de la Convention des droits de l'homme, 113-6, 113-8, 433-2, 435-3 du code pénal, 202, 382 al. 3, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que l'arrêt infirmatif attaqué a condamné le requérant du chef de corruption d'agents publics étrangers et a prononcé à son encontre une amende de 20 000 euros ;

"aux motifs que, sur les éléments constitutifs de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, le second alinéa de l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction résultant de

la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics dans les transactions commerciales internationales, traité signé le 1er décembre 1997, dispose « pour l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international » ; qu'est puni des mêmes peines « le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa » ; qu'il est constant que les opérations visées à la présente espèce d'achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d'un Etat étranger s'analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre jusqu'au 20 mars 2003 date de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les Etats Unis ; que leur contexte et notamment les trois résolutions de l'ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu'outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d'accord entre le secrétariat général de Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l'objet était, selon son intitulé, d'assurer la mise en oeuvre par l'Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d'organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre ; qu'il sera revenu sur ce texte dans le cadre de l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal ; que les conseils des prévenus font principalement plaider que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers n'est pas constituée pour des motifs de droit articulés autour du fait que :

. les surcharges n'ont pas été obtenues « sans droit » et que le juge français n'est pas compétent pour juger que des paiements exigés par l'Etat irakien l'ont été « sans droit » dès lors que le Protocole n'a pas été transposé en droit interne irakien ;

. la résolution 986 n'a jamais été introduite en droit interne irakien et la pratique des surcharges n'était pas prohibée en Irak,

. l'Etat irakien en ayant décidé souverainement et en ayant été le seul bénéficiaire : cette décision ayant été prise en Conseil des ministres irakien par l'Etat pour financier certaines de ses dépenses,

. l'organisation des flux d'argent était contrôlée par le régime irakien et la Somo ; que certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir "cédé", terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neufs prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit à une personne visée à l'alinéa précédent c'est à dire "une personne dépositaire de l'autorité chargée d'une mission de service public, ou investie

d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique" ne fait pas davantage difficulté dès lors qu'il ressort du dossier que la Somo (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargés d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal doit avoir : "sollicité", s'agissant de cette action il est constant que les agents de la Somo sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; "sans droit", à cet égard il convient d'abord d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme "sans droit" est inséré après le verbe "sollicite" suffit à établir que cette locution s'applique au solliciteur, soit en l'espèce aux agents de la Somo ; qu'il convient donc de rechercher si comme le soutiennent les conseils de la plupart des prévenus de ce chef ces agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la Somo agissaient en toute "liberté" en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissaient selon des instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 20 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire général de l'ONU et le gouverneur de l'Irak, au terme d'après négociations de treize mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme "Implementation" inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que dès lors qu'il a été ainsi adopté, avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et qu'il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents irakiens se trouvaient "sans droit", il sera répondu qu'à cette date soit en 1996, il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution 986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne, lequel programme ne prévoyait pas, et même interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'"à tout moment", ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitante à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassora était subordonné au

paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; les surcharges liées à des contrats déterminés en font partie intégrante et en conséquence le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est la personal request ; que “directement ou indirectement”, ne pose pas davantage question ; que « des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques », ce point n’appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n’est l’objet d’aucune contestation étant observé que l’avantage est ici la surcharge ; que la condition relative à “l’enrichissement” : l’article 1, § 1, de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l’incrimination française de corruption active d’agents publics étrangers ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l’enrichissement personnel du corrompu ; qu’il doit être d’abord rappelé que c’est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l’expression “pour son compte ou pour autrui “ ; que par ailleurs sous l’empire des textes antérieurs à 2007, que le fait que l’avantage ou le don profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale, l’enrichissement n’était pas exigé ; quant au terme “quelconque” il est de longue date retenu que l’avantage ne profite pas au corrompu, c’est à dire en l’absence d’enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais comme le signifie sa place au L IV du code pénal un manquement à la probité ; que si les surcharges n’ont certes pas enrichi les agents de la Somo, dès lors qu’elles ont finalement crédité les comptes de la BCI les prévenus soutiennent qu’elles s’analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l’Etat irakien, ce qui ne saurait s’analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent doit également être écarté parce que comme il a été déjà dit la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu’au plan international la convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence ; qu’en aucun cas elle ne pose donc l’enrichissement personnel comme élément condition de l’infraction de corruption ; bien au contraire elle retient que l’avantage indu, qui-peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d’un autre ; que cette analyse doit être retenue fût-ce si le bénéficiaire final est l’Etat Irakien ; qu’en effet cette hypothèse n’est pas écartée par la convention OCDE, à l’aune de laquelle doit être interprété l’article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu’en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d’un document coté D. 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la BCI une somme représentant 1 milliard de \$, qu’il régnait en Irak une confusion entre l’Etat et son président ; qu’en outre aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fût-ce subjectivement et un seul instant, pu analyser les surcharges en des taxes, dès lors qu’il n’existait aucun texte écrit les fondant, en l’absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu’il sera noté en outre que comme l’a maintes fois rappelé le conseil de la société Total, et comme cela est corroboré par les tableaux versés au dossier les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons ; qu’en outre ces “taxes” empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versés non pas sur des comptes de l’Etat irakien ni même de la Somo, mais sur des comptes ouverts hors de l’Irak sous des noms de personnes physiques, en passant par des sociétés écrans ; qu’à eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu’il n’était nullement question de s’acquitter d’un impôt mais de s’inscrire dans un schéma corrupteur ; que « pour accomplir ou s’abstenir d’accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d’obtenir ou conserver un

marché ou un autre avantage indu dans le commerce international », il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse, comme l'avaient d'ailleurs relevé des membres de la DTS de Total ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et ils ne seront, sauf exception, pas repris lors de l'examen de la situation de chaque prévenu. » ; qu'il « est reproché à M. Marc A... d'avoir, à Paris et sur le territoire national, à compter d'octobre 2000, courant 2001 et depuis temps non couvert par la prescription, cédé aux sollicitations d'agents publics irakiens, personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une de mission de service public ou investies d'un mandat électif dans un État étranger, sollicitant sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elles-mêmes ou pour autrui, afin d'obtenir qu'elles accomplissent où s'abstiennent d'accomplir un acte de leur fonction, de leur mission ou de leur mandat, ou facilité par leur fonction, leur mission leur mandat, en l'espèce en acceptant et en organisant la rétrocession, en violation des dispositions des résolutions 661 et 986 de l'ONU, au bénéfice des dirigeants irakiens, sur des comptes ouverts à l'étranger au nom de fonctionnaires irakiens, d'une partie du produit des ventes de la société Tanker Oil & Gas d'allocations de barils octroyées par la Somo, organisation irakienne d'État pour la commercialisation du pétrole, pour obtenir des autorités irakiennes l'attribution de nouvelles allocations de barils de pétrole ; qu'un seul contrat est en cause le M/09/64 portant sur 2 millions de barils acquis via Tanker Oil and Gas ,1e sous-jacent étant Taurus qui était l'acquéreur final ; que l'allocation à l'origine de ce contrat est une « spécial request » attribuée à M. Marc A... en personne, la société agréée pour l'obtention de l'accord de l'ONU était Tanker Oil and Gas, dont il a reconnu détenir 25% du capital et être gérant de fait ; qu'il ne conteste pas avoir eu connaissance de l'existence de surcharges "comme tout le monde" avant même la signature du contrat, signé fin décembre 2001 ; que ces surcharges de 449 178 \$ ont été versées sur des comptes ouverts à la Jordan bank au profit de MM. Ibrahim H... et I... al J... M... agents de la Somo en trois fois en 2001 (19 février, 19 juillet, 30 juillet) ; que le rapport de la commission indépendante permettait de retrouver des justificatifs de versements sur les comptes de responsables, de la Somo à la demande de M. Marc A... ; que M. Marc A... a relaté, ce qui est confirmé par d'autres protagonistes du dossier, journaliste et écrivain en matière économique, qu'il avait en 1999 rencontré un homme d'affaires L... qui lui avait raconté que I... G... avait octroyé au général N... des champs de pétrole pour son rôle dans la guerre Iran / Irak ; que l'idée d'exploiter ces champs intéressait M. A... qui contactait M. K... JJ... dont il avait

un temps couvert le procès et une réunion à 4 dans le bureau de M. L... s'était tenue au terme de laquelle avait été créée Tanker Oil Gas à parts égales à 4 ; s'en était suivi un voyage en Irak (le premier pour lui alors que les autres connaissent déjà l'Irak) à l'occasion duquel avait eu lieu une rencontre avec le président de la North Oil Company et M. I... al J... M... de la Somo, qui débouchait sur une étude de faisabilité qui concluait qu'il était possible de tirer 300 000 M de barils par champs ; qu'était alors signé un accord de joint-venture portant sur 60% à NOC 40% Tank Oil Gas ; qu'aux termes d'une vingtaine de voyages il s'avérait que ces projets étaient dépourvus de pertinence ; que selon M. A..., c'est dans ce contexte que M. Ali M... lui proposait 2MB pour compenser cet échec mais aussi pour qu'il amène des gens connus comme étant favorables au régime" allocation qu'il avait un mois pour réaliser ; qu'il ajoutait que en sachant comment commercialiser cette allocation M. JJ... lui avait présenté un trader du nom de EE..., qui avait suggéré d'ouvrir un compte en Jordanie au nom de A... et de domicilier dans les locaux de la TOG à Paris, EE... ayant été rémunéré pour sa mission de conseil par la TOG sur un compte d'une société gérée par EE... seul ; que M. A... a toujours admis avoir eu

connaissance des surcharges et de l'existence de rétrocessions à payer par l'allocataire sur un compte en Jordanie, ajoutant "pour moi c'est le trésor de guerre de I... G..." ; qu'à l'audience devant la cour M. A... confirme avoir souhaité faire des affaires avec MM. L... et N... en vue d'exploiter des champs de pétrole situés en Irak et y faire participer à M. JJ... ; qu'il confirme avoir créé la société Tanker Oil & Gas et avoir rencontré, lors d'un voyage en Irak, le président de la Somo ainsi que M. Tarek O... ; que M. A... confirme avoir signé le contrat M09/64 pour 2 millions de barils de pétrole et reçu une allocation et versé le montant des surcharges sur un compte à la Jordan Bank en trois fois selon lui à Mme KK... de la Somo ; qu'il avoue connaître le principe des surcharges et ajoute qu'il aurait été difficile pour lui de l'ignorer eu égard à la fréquence de ses voyages et à sa qualité de journaliste ; qu'il affirme avoir fait du trading dans l'unique but de poursuivre ses relations avec l'Irak et de ne pas être décrédibilisé vis-à-vis de M. Tarek O... ; que M. A... nuance avoir affirmé que lesdits fonds servaient à alimenter le « trésor de guerre de I... G... », personne ne sachant véritablement à quoi servait cet argent, certains pensant qu'il était utilisé pour rémunérer les fonctionnaires non payés ; que sur ce, il en résulte de ces éléments que d'une part M. A... avant d'accepter son allocation et de signer son contrat connaissait le système des surcharges et d'autre part qu'il a mis en place depuis Paris, en concours avec J L Michel, le dispositif de corruption en faisant ouvrir un compte à son nom en Jordanie ; que ce paiement de surcharges en toute connaissance de cause pour obtenir le maintien d'allocation caractérise le délit de corruption d'agents publics étrangers à son encontre, lequel a été mis en place depuis Paris, ce qui permet de retenir la compétence de la juridiction française ;

"1°) alors qu'en vertu de l'article 113-8 du code de procédure pénale, la compétence des juridictions françaises pour connaître d'un délit de corruption d'agent étranger n'est possible à la requête du ministère public qu'en présence d'une plainte de la victime ou de ses ayants droits ou encore d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis ; que manque de base légale l'arrêt portant condamnation du requérant pour un délit situé à l'étranger sans constater ni s'assurer que la poursuite exercée par le parquet français ait été précédée d'une plainte de la partie civile ou d'une dénonciation officielle de l'autorité du pays du lieu de commission de l'infraction ;

"2°) alors qu'en l'état de la relaxe définitive du prévenu pour les faits de trafic d'influence qui, seuls, présentaient un rattachement avec la France, les faits poursuivis au titre de la corruption de fonctionnaire étranger pour des faits localisés en Irak et en Jordanie n'entraient pas dans la compétence des juridictions françaises en l'absence de connexité subsistante entre le trafic d'influence et la corruption ; que la cour n'a pas répondu au moyen dont elle était saisie sur le défaut de connexité de nature à priver la juridiction française de sa compétence pour statuer sur le chef de corruption" ;

Attendu que, pour déclarer les juridictions françaises compétentes pour juger les faits de corruption d'agents publics étrangers reprochés à M. A..., gérant de fait de la société Tanker Oil and Gas, l'arrêt énonce que cette dernière, qui a bénéficié des allocations de pétrole dont la vente ultérieure a donné lieu à des surcharges, a son siège social sur le territoire français lequel a servi à domicilier en France le compte ouvert en Jordanie destiné à faire transiter les commissions occultes ;

Attendu qu'en prononçant ainsi, et dès lors qu'une infraction est réputée commise sur le

territoire de la République lorsqu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire, la cour d'appel, qui a répondu aux chefs péremptoires des conclusions, a justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen, devenu inopérant en sa première branche, ne peut qu'être écarté ;

Sur le deuxième moyen proposé par la SCP Piwnica et Molinié pour la société Vitol LTD, pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 4 du protocole 7 à cette convention, 14, § 7, du pacte international relatif aux droits civils et politiques, 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 décembre 2007, 54 de la Convention de Schengen du 14 juin 1990, 4 de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transaction commerciales internationales du 21 novembre 1997, 113-9 et 435-3 du code pénal, préliminaire, 6, 591, 593, 689 et 692 du code de procédure pénale, du principe ne bis in idem, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a rejeté l'exception d'incompétence et l'exception tirée du principe ne bis in idem, a déclaré la société Vitol coupable de corruption d'agents publics étrangers et l'a condamnée à la peine de 300 000 euros d'amende ;

"aux motifs que certes l'application transnationale de la règle non bis in idem trouve application en application de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE ; que cette règle s'applique uniquement dans les relations transnationales européennes ; que s'agissant des relations transnationales hors UE le droit pénal français ne reconnaît l'application transnationale de la règle que lorsque l'action de la justice française se fonde sur la compétence extra territoriale en application des articles 113-9 du code pénal et 692 du code de procédure pénale ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; que, s'agissant de l'article 14 7° du pacte qui pose que nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et la procédure de chaque pays, il est constant qu'il a été ratifié et signé par la France, si bien que comme l'ont justement relevé les premiers juges, il a une valeur supérieure à celle de la loi française et une portée générale en application de l'article 55 de la Constitution ; que si le libellé de l'article 14 7° du pacte est très proche de l'article 50 de la Charte il convient de s'interroger sur le fait de savoir s'il suffit à lui conférer une dimension transnationale, alors même qu'au regard de la date de son adoption, il ne soumet pas l'application de la règle à la condition que l'Etat poursuivant les faits en second fonde son action sur une application extra territoriale de la loi pénale et n'assortit la règle d'aucune condition liée à la mise en oeuvre transnationale ; qu'à cet égard il convient de relever que le comité des Nations Unis en 1987 a rappelé que l'article 14 7° du pacte ne prohibait les doubles poursuites que dans le cas des personnes jugées dans un Etat donné ; que pour autant alors que le risque de procédures multiples s'accroît, il est légitime que la protection des justiciables s'insère dans la même logique et c'est à bon droit que les premiers juges ont inscrit leur décision dans le cadre de l'application de l'article 14 7° du pacte y ajoutant que l'article 6 du code de procédure pénale relatif à l'extinction de l'action publique par la chose jugée, ne distingue pas selon que la chose jugée serait une chose jugée française ou étrangère ; qu'il est constant qu'en l'espèce, il ressort de la lecture du "plea agreement" du 20 novembre 2007 et du jugement rendu le 20

novembre 2007 par la Cour suprême de l'État de New-York que la société Vitol a été condamnée définitivement par une juridiction pénale américaine ; que la décision américaine vise des faits de "vol aggravé" ; qu'il s'en déduit que ce faisant le juge américain sanctionne la violation de l'embargo sous le seul angle d'une violation économique ; que l'infraction de corruption active introduite en droit français poursuit un objectif radicalement distinct, énoncé dès la rédaction de la convention OCDE, à savoir la garantie de l'intégrité des opérateurs économiques dans un contexte mondial très concurrentiel, ce afin de préserver la loyauté des échanges, d'assainir les marchés ; que c'est dans ce cadre qu'il y a lieu de considérer que l'Etat français, contrairement à ce que soutient la Vitol LTD dans le cadre des accords internationaux signés par la France, Etat souverain comme le souligne le ministère public, conserve le droit de juger les agents économiques qui transgressent les règles ci-dessus rappelées et notamment celle de la probité dans le cadre des échanges internationaux, dès lors que la décision de la cour de NYC et l'infraction soumise à la cour, à la supposer établie, sanctionnent des intérêts différents il y a lieu d'infirmer la décision déferée en ce qu'elle a retenu le principe non bis in idem ;

"1°) alors que le principe de l'interdiction d'une double condamnation pour les mêmes faits s'oppose à ce qu'une juridiction pénale prononce une condamnation à l'encontre d'un prévenu pour des

faits pour lesquels il a fait l'objet d'une précédente décision ; que ce principe s'applique pour tous faits identiques quelle que soit leur qualification juridique ; qu'il fait obstacle à ce que la société Vitol qui a déjà fait l'objet d'une décision définitive par les juridictions répressives

américaines pour les mêmes faits d'avoir payé environ 780 000 dollars de surcharges, demandées par des officiels irakiens et versés sur un compte contrôlé par le gouvernement irakien, puisse être à nouveau poursuivie pour ces faits ; qu'ayant constaté l'identité des faits, la cour d'appel qui a cependant rejeté l'exception tirée de l'application de ce principe, a méconnu les dispositions susvisées et le principe ne bis in idem ;

"2°) alors que des faits ne peuvent être analysés en des faits distincts qu'à la condition que les infractions diffèrent dans leurs éléments essentiels ; que lorsque les faits relèvent de la méconnaissance des mêmes textes protégeant nécessairement le même intérêt, les faits ne peuvent s'analyser en des faits distincts ; que la société Vitol a été poursuivie par les juridictions répressives américaines pour avoir payé des surcharges sur des achats de pétrole, réclamés par des officiels irakiens pour un montant approximatif de 780 000 dollars sur des comptes contrôlés par le gouvernement irakien en méconnaissant des résolutions de l'ONU relatif au programme Pétrole contre Nourriture ; qu'il résulte également des faits visés à la prévention que la société Vitol est poursuivie en France pour avoir payé des surcharges à la demande des agents publics irakiens sur des comptes contrôlés par des dirigeants irakiens « en violation des dispositions des résolutions 661 et 986 de l'ONU » pour un montant de 780 000 dollars ; qu'ayant ainsi basé les éléments de la prévention sur les mêmes faits et la même violation des résolutions de l'ONU, la cour d'appel ne pouvait pas estimer que seraient cependant sanctionnés des intérêts différents ;

"3°) alors que la contradiction de motifs équivaut à son absence ; qu'ayant énoncé que le

juge américain sanctionnait la violation de l'embargo sous le seul angle économique et que le juge français sanctionnait la violation de l'embargo afin de garantir l'intégrité des opérateurs économiques, la cour d'appel ne pouvait, sans se contredire, en déduire que les intérêts protégés étaient différents" ;

Attendu que, pour écarter l'exception de nullité prise de l'application de la règle ne bis in idem tirée de l'existence d'une précédente condamnation prononcée pour un même fait par une juridiction américaine, l'arrêt énonce notamment que, d'une part, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux s'applique uniquement dans les relations transnationales européennes, d'autre part, la cour d'appel s'étant déclarée compétente sur le fondement de l'article 113-2 du code pénal, les dispositions des articles 692 du code de procédure pénale et 113-9 du code pénal ne sont pas applicables en l'espèce et doivent être écartées ;

Attendu qu'en l'état de ces seuls motifs, et dès lors que les dispositions des articles 4 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme et 14-7 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui font obstacle à des doubles poursuites pour des faits uniques, ne trouvent à s'appliquer que dans le cas où les deux procédures ont été engagées sur le territoire du même Etat, la cour d'appel a justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le premier moyen de cassation, proposé par la SCP Waquet-Farge-Hazan pour M. HH... , pris de la violation des articles 500, 509, 515 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

"en ce que la cour d'appel, rejetant l'exception de nullité et s'estimant saisie des faits de corruption d'agents publics étrangers à l'égard de M. Bernard HH... , l'en a déclaré coupable ;

"aux motifs que la cour a rappelé le principe selon lequel elle était saisie d'une part par l'ordonnance de renvoi et d'autre part par l'acte d'appel, qu'il lui revenait d'interpréter, et que les deux premières parties de l'acte d'appel contenant pour l'une la mention « et autres.. » et pour l'autre la mention de quatre séries de faits suivie de (

) avaient pour unique objet par une reprise classique, quoique fragmentaire de la liste de prévenus et d'infraction, d'identifier le jugement dont appel ; qu'au regard des désistements exprès dont il a été pris acte à l'audience, il y a lieu de rejeter les conclusions tendant à la nullité de l'acte d'appel la cour restant saisie dans les limites ci-dessus rappelées ;

"alors que l'affaire est dévolue à la cour d'appel dans la limite fixée par l'acte d'appel et par la qualité de l'appelant ; que le recours principal ou incident du ministère public, qui est sans effet sur les intérêts civils, ne saisit la juridiction de l'intégralité de l'action publique que dans la mesure où il ne contient pas d'indications contraires expressément formulées

dans la déclaration d'appel ; que l'acte d'appel, qui n'était pas général mais comportait des restrictions limitant la saisine quant aux faits, n'a pas saisi la cour des faits pour lesquels M. HH... avait été relaxé ; que la cour d'appel, dont les motifs sont en contradiction avec cet acte de la procédure, a méconnu l'étendue de sa saisine" ;

Attendu qu'il résulte des mentions de l'acte d'appel du ministère public et de l'arrêt attaqué, que le procureur de la République a régulièrement interjeté appel des dispositions du jugement relaxant M. HH... des chefs de complicité de corruption d'agents publics étrangers et de complicité d'abus de biens sociaux et, qu'à l'audience, il s'est désisté de son appel concernant ce dernier chef ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Sur le premier moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour la société Total SA, pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4, 435-3 ancien du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour d'appel a retenu le délit de corruption d'agents publics étrangers ;

"aux motifs que dans la mesure où les avocats des prévenus poursuivis de ce chef concluent essentiellement en droit et soutiennent que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis à la date des faits, il sera d'abord répondu à leurs moyens avant d'examiner l'implication personnelle de chacun des mis en cause ; que sur les éléments constitutifs de l'infraction, le second alinéa de l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction résultant de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics dans les transactions commerciales internationales, traité signé à Paris le 1er décembre 1997, dispose :

« Pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa » ; qu'il est constant que les opérations visées à la présente espèce d'achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d'un Etat étranger s'analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre 2000 et jusqu'au 20 mars 2003 date de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les

Etats-Unis ; que leur contexte et notamment les trois résolutions de l'ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu'outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d'accord entre le secrétariat général de Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l'objet était, selon son intitulé, d'assurer la mise en oeuvre par l'Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d'organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre ; qu'il sera revenu sur ce texte dans le cadre de l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal ; que les avocats des prévenus font principalement plaider que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers n'est pas constituée pour des motifs de droit articulés autour du fait que :

\*les surcharges n'ont pas été obtenues « sans droit » et que le juge français n'est pas compétent pour juger que des paiements exigés par l'Etat irakien l'ont été « sans droit » dès lors que le Protocole n'a pas été transposé en droit interne irakien,

\*la résolution 986 n'a jamais été introduite en droit interne irakien et la pratique des surcharges n'était pas prohibée en Irak,

\*l'Etat irakien en ayant décidé souverainement et en ayant été le seul bénéficiaire : cette décision ayant été prise en Conseil des ministres irakiens par l'Etat pour financer certaines de ses dépenses, \*l'organisation des flux d'argent était contrôlée par le régime irakien et la SOMO ; que certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir « cédé », terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neufs prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit une personne visée à l'alinéa précédent c'est-à-dire « une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique » ne fait pas davantage difficulté dès lors qu'il ressort du dossier que la SOMO (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargées d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal doit avoir : « sollicité », s'agissant de cette action il est constant que les agents de la Somo sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; que « sans droit » ; qu'à cet égard il convient d'abord d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme « sans droit » est inséré après le verbe « sollicite » suffit à établir que cette locution s'applique au solliciteur, soit en l'espèce aux agents de la Somo ; qu'il convient donc de

rechercher si comme le soutiennent les avocats de la plupart des prévenus de ce chef ces agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la SOMO agissaient en toute « liberté » en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissant selon des

instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 29 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire général de l'ONU et le gouverneur de l'Irak, au terme d'après négociations de 13 mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme « Implementation » inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que dès lors qu'il a été ainsi adopté, avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents irakiens se trouvaient "sans droit", il sera répondu qu'à cette date soit en 1996, il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution 986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne, lequel programme ne prévoyait pas, et même interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'"à tout moment", ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitante à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassera était subordonné au paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; que les surcharges liées à des contrats déterminés en font partie intégrante et en conséquence le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est la personnel request "directement ou indirectement, ne pose pas davantage question des offres, des promesses, des dons, des présents ou "des avantages quelconques" ce point n'appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n'est l'objet d'aucune contestation étant observé que l'avantage est ici la surcharge ; que la condition relative à "l'enrichissement" : l'article H 1 de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l'incrimination française de corruption active d'agents publics étrangers ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l'enrichissement personnel du corrompu ; qu'il doit être d'abord rappelé que c'est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l'expression "pour son compte ou pour autrui " ; que par ailleurs sous l'empire des textes antérieurs à 2007, le fait que l'avantage le don profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale, l'enrichissement n'était pas exigé ; que quant au terme "quelconque" il est de longue date retenu que l'avantage ne profite pas au corrompu, c'est à dire en l'absence d'enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais comme le signifie sa place au L IV du code pénal un manquement à la probité ; que si les surcharges n'ont certes pas enrichi les agents de la Somo, dès lors

qu'elles ont finalement crédité les comptes de la BCI les prévenus soutiennent qu'elles s'analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l'Etat irakien, ce qui ne saurait s'analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent doit également être écarté parce que comme il a été déjà dit la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu'au plan international la Convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence ; qu'en aucun cas elle ne pose donc l'enrichissement personnel comme élément condition de l'infraction de corruption ; que bien au contraire elle retient que l'avantage indu, qui peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d'un autre ; que cette analyse doit être retenue fut-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien ; qu'en effet cette hypothèse n'est pas écartée par la convention OCDE, à l'aune de laquelle doit être interprété l'article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu'en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d'un document coté D 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la BCI une somme représentant 1 milliard de \$, qu'il régnait en Irak une confusion entre l'Etat et son président ; qu'en outre aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fut ce subjectivement et un seul instant, pu analyser les surcharges en des taxes, dès lors qu'il n'existait aucun texte écrit les fondant, en l'absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu'il sera noté en outre que comme l'a maintes fois rappelé l'avocat de la société TOTAL, et comme cela est corroboré par les tableaux versés au dossier les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons ; qu'en outre ces "taxes" empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versés non pas sur des comptes de l'Etat irakien ni même de la Somo, mais sur des comptes ouverts hors de l'Irak sous des noms de personnes physiques, en passant tardes sociétés écrans ; qu'à eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu'il n'était nullement question de s'acquitter d'un impôt mais de s'inscrire dans un schéma corrupteur ; que pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat tel vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse comme l'avaient d'ailleurs relevé des membres de la DTS de TOTAL ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et ils ne seront, sauf exception, pas repris lors de l'examen de la situation de chaque prévenu ;

"1°) alors que la loi pénale est d'interprétation stricte ; que l'article 435-3 du code pénal réprime la corruption d'une personne chargée d'une mission de service public dans un Etat étranger, c'est-à-dire le détournement, par un agent, du pouvoir qui lui a été délégué par l'Etat afin de satisfaire des intérêts privés ; que c'est à tort que la cour d'appel a retenu l'existence du délit, dès lors qu'il est acquis que les agents de la Somo, entreprise pétrolière d'Etat en Irak, sollicitaient les surtaxes pour le compte de l'Etat irakien lui-même et selon un système établi par ce dernier, de sorte qu'ils agissaient en représentation de l'Etat dans le strict cadre de leur mission de service public ;

"2°) alors que l'article 435-3 du code pénal vise le fait de céder à un agents publics étrangers qui sollicite des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir

d'accomplir un acte de sa mission ; que si ces avantages peuvent bénéficier à un tiers, ce tiers ne saurait s'entendre de l'Etat étranger pour le compte duquel l'agent exerce sa mission ; qu'en retenant que l'avantage indu « peut être au profit d'un autre [

] fut-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien », la cour d'appel a violé la loi ;

"3°) alors qu'en se bornant à une référence abstraite aux agents de la Somo, entreprise pétrolière d'Etat, sans jamais identifier le ou les agent(s) public(s) étranger(s) auteur(s) des sollicitations auxquelles Total S.A. aurait cédé, et lorsqu'il est acquis que cette dernière n'a jamais été en relation avec des agents publics irakiens, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

"4°) alors que l'agents publics étrangers doit accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; qu'en se bornant à indiquer, s'agissant de cette condition essentielle de l'infraction, qu'« il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse » la cour d'appel n'a pas caractérisé avec une précision suffisante l'action ou l'abstention de l'agent étranger, et privé sa décision de base légale ;

"5°) alors que dans sa rédaction en vigueur à l'époque de la prévention, la loi exigeait que la personne ait cédé à une sollicitation dans le but d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ; qu'en se contentant d'affirmer péremptoirement qu'« il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse », sans démontrer en quoi les faits avaient pour finalité de rompre la libre concurrence sur le marché international, la cour d'appel n'a pas caractérisé le dol spécial" ;

Sur le deuxième moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour la société Total SA, pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4, 435-3 ancien du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour d'appel a retenu le délit de corruption d'agents publics étrangers ;

"aux motifs que dans la mesure où les avocats des prévenus poursuivis de ce chef concluent essentiellement en droit et soutiennent que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis à la date des faits, il sera d'abord répondu à leurs moyens avant d'examiner l'implication personnelle de chacun des mis en cause ; que sur les éléments constitutifs de l'infraction, le second alinéa de l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction résultant de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics dans les transactions commerciales internationales, traité signé à Paris le 1er décembre 1997, dispose :

« Pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait

de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa » ; qu'il est constant que les opérations visées à la présente espèce d'achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d'un Etat étranger s'analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre 2000 et jusqu'au 20 mars 2003 date de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les Etats-Unis ; que leur contexte et notamment les trois résolutions de l'ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu'outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d'accord entre le secrétariat général de Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l'objet était, selon son intitulé, d'assurer la mise en oeuvre par l'Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d'organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre ; qu'il sera revenu sur ce texte dans le cadre de l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal ; que les avocats des prévenus font principalement plaider que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers n'est pas constituée pour des motifs de droit articulés autour du fait que :

\*les surcharges n'ont pas été obtenues « sans droit » et que le juge français n'est pas compétent pour juger que des paiements exigés par l'Etat irakien l'ont été « sans droit » dès lors que le Protocole n'a pas été transposé en droit interne irakien,

\*la résolution 986 n'a jamais été introduite en droit interne irakien et la pratique des surcharges n'était pas prohibée en Irak,

\*l'Etat irakien en ayant décidé souverainement et en ayant été le seul bénéficiaire : cette décision ayant été prise en Conseil des ministres irakiens par l'Etat pour financer certaines de ses dépenses, \*l'organisation des flux d'argent était contrôlée par le régime irakien et la SOMO ; que certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir « cédé », terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neuf prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit une personne visée à l'alinéa précédent c'est-à-dire « une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique » ne fait pas davantage difficulté dès lors qu'il ressort du dossier que la SOMO (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargés d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal doit avoir : « sollicité », s'agissant de cette action il est

constant que les agents de la Somo sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; que « sans droit » ; qu'à cet égard il convient d'abord d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme « sans droit » est inséré après le verbe « sollicite » suffit à établir que cette locution s'applique au solliciteur, soit en l'espèce aux agents de la Somo ; qu'il convient donc de rechercher si comme le soutiennent les avocats de la plupart des prévenus de ce chef ces agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la SOMO agissaient en toute « liberté » en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissant selon des instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 29 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire général de l'ONU et le gouverneur de l'Irak, au terme d'après négociations de 13 mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme « Implementation » inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que dès lors qu'il a été ainsi adopté, avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents irakiens se trouvaient "sans droit", il sera répondu qu'à cette date soit en 1996, il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution 986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne, lequel programme ne prévoyait pas, et même Interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'"à tout moment", ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitant à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassera était subordonné au paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; que les surcharges liées à des contrats déterminés en font partie intégrante et en conséquence le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est la personnel request "directement ou indirectement, ne pose pas davantage question des offres, des promesses, des dons, des présents ou "des avantages quelconques" ce point n'appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n'est l'objet d'aucune contestation étant observé que l'avantage est ici la surcharge ; que la

condition relative à "l'enrichissement" : l'article H 1 de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l'incrimination française de corruption active d'agents publics étrangers ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l'enrichissement personnel du corrompu ; qu'il doit être d'abord rappelé que c'est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l'expression "pour son compte ou pour autrui" ; que par ailleurs sous l'empire des textes antérieurs à 2007, le fait que l'avantage le don profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale, l'enrichissement n'était pas exigé ; que quant au terme "quelconque" il est de longue date retenu que l'avantage ne profite pas au corrompu, c'est à dire en l'absence d'enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais comme le signifie sa place au L IV du code pénal un manquement à la probité ; que si les surcharges n'ont certes pas enrichi les agents Il... , dès lors qu'elles ont finalement crédité les comptes de la BCI les prévenus soutiennent qu'elles s'analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l'Etat irakien, ce qui ne saurait s'analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent doit également être écarté parce que comme il a été déjà dit la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu'au plan international la Convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence ; qu'en aucun cas elle ne pose donc l'enrichissement personnel comme élément condition de l'infraction de corruption ; que bien au contraire elle retient que l'avantage indu, qui peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d'un autre ; que cette analyse doit être retenue fut-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien ; qu'en effet cette hypothèse n'est pas écartée par la convention OCDE, à l'aune de laquelle doit être interprété l'article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu'en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d'un document coté D 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la BCI une somme représentant 1 milliard de \$, qu'il régnait en Irak une confusion entre l'Etat et son président ; qu'en outre aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fut ce subjectivement et un seul instant, pu analyser les surcharges en des taxes, dès lors qu'il n'existait aucun texte écrit les fondant, en l'absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu'il sera noté en outre que comme l'a maintes fois rappelé l'avocat de la société TOTAL, et comme cela est corroboré par les tableaux versés au dossier les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons ; qu'en outre ces "taxes" empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versés non pas sur des comptes de l'Etat irakien ni même de la Somo, mais sur des comptes ouverts hors de l'Irak sous des noms de personnes physiques, en passant tardes sociétés écrans ; qu'à eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu'il n'était nullement question de s'acquitter d'un impôt mais de s'inscrire dans un schéma corrupteur ; que pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat tel vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse comme l'avaient d'ailleurs relevé des membres de la DTS de TOTAL ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et ils ne seront, sauf exception, pas repris lors de l'examen de la situation de chaque prévenu ;

"1°) alors qu'aux termes de l'article 435-3, alinéa 2, du code pénal, les offres, promesses, dons, présents ou avantages doivent être sollicités « sans droit » de la part de l'agents publics étrangers ; que la Convention OCDE précise que « l'infraction n'est pas constituée lorsque l'avantage est permis ou requis par la loi ou la réglementation écrites du pays de l'agents publics étrangers, y compris la jurisprudence » ; qu'en l'espèce, il est acquis que les agents de la Somo agissaient en vertu de règles établies par l'Etat, ce que la cour d'appel a implicitement admis en énonçant qu'« il ne saurait être raisonnablement soutenu [

] que les agents de la Somo agissaient en toute « liberté » en l'absence de toute règle » ; que le fait que cette sollicitation ait lieu en application d'une directive publique et non d'une initiative privée exclut nécessairement la caractérisation de cet élément de l'infraction ; qu'en retenant néanmoins l'existence du délit à l'encontre de la demanderesse, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ;

"2°) alors que le juge français qui apprécie la caractérisation du délit de corruption d'agents publics étrangers, ne saurait, sans porter atteinte au principe de la souveraineté des Etats, procéder à un quelconque contrôle de conformité des normes émanant de l'Etat auquel appartient l'agent ; qu'en procédant en l'espèce à un contrôle du droit irakien au regard d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies pour écarter la règle interne prévoyant la perception de surcharges par la Somo pour le compte de l'Etat irakien, la cour d'appel a méconnu les limites de son office ;

"3°) alors que la cour d'appel ne pouvait déduire de la seule signature, entre un représentant diplomatique irakien et le secrétariat des Nations Unies, d'un Mémoire d'accord relatif à la mise en oeuvre de la résolution 986 du Conseil de sécurité des Nations Unies, l'intégration de cette norme dans le droit irakien et sa supériorité sur les règles internes ;

"4°) alors que le juge pénal français n'est pas fondé à apprécier la capacité institutionnelle de l'Etat étranger à transposer dans son système juridique une résolution de l'ONU ; que la cour d'appel ne pouvait, en réponse à l'argumentation de la défenderesse qui soulignait l'absence de transposition de cet accord international en droit interne irakien, estimer qu'« il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée » ;

"5°) alors que le Mémoire d'accord du 20 mai 1996 conclu entre le Secrétariat général de l'ONU et un représentant diplomatique de l'Etat irakien constituait explicitement « une mesure de caractère exceptionnel et provisoire » destinée à rester en vigueur jusqu'à l'expiration d'un délai de quatre-vingt-jours ; que n'étant plus en vigueur au moment des faits, la cour d'appel ne pouvait s'appuyer sur cet acte pour considérer que les sollicitations étaient « sans droit » au regard des normes internationales" ;

Sur le troisième moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour la

société Total SA, pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4, 435-3 ancien du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

”en ce que la cour d'appel a retenu le délit de corruption d'agents publics étrangers ;

”aux motifs que dans la mesure où les avocats des prévenus poursuivis de ce chef concluent essentiellement en droit et soutiennent que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis à la date des faits, il sera d'abord répondu à leurs moyens avant d'examiner l'implication personnelle de chacun des mis en cause ; que sur les éléments constitutifs de l'infraction, le second alinéa de l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction résultant de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics dans les transactions commerciales internationales, traité signé à Paris le 1er décembre 1997, dispose :

« Pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa » ; qu'il est constant que les opérations visées à la présente espèce d'achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d'un Etat étranger s'analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre 2000 et jusqu'au 20 mars 2003 date de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les Etats-Unis ; que leur contexte et notamment les trois résolutions de l'ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu'outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d'accord entre le secrétariat général de Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l'objet était, selon son intitulé, d'assurer la mise en oeuvre par l'Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d'organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre ; qu'il sera revenu sur ce texte dans le cadre de l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal ; que les avocats des prévenus font principalement plaider que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers n'est pas constituée pour des motifs de droit articulés autour du fait que :

\*les surcharges n'ont pas été obtenues « sans droit » et que le juge français n'est pas compétent pour juger que des paiements exigés par l'Etat irakien l'ont été « sans droit » dès lors que le Protocole n'a pas été transposé en droit interne irakien,

\*la résolution 986 n'a jamais été introduite en droit interne irakien et la pratique des surcharges n'était pas prohibée en Irak,

\*l'Etat irakien en ayant décidé souverainement et en ayant été le seul bénéficiaire : cette décision ayant été prise en Conseil des ministres irakiens par l'Etat pour financer certaines de ses dépenses, \*l'organisation des flux d'argent était contrôlée par le régime irakien et la SOMO ; que certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir « cédé », terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neufs prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit une personne visée à l'alinéa précédent c'est-à-dire « une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique » ne fait pas davantage difficulté dès lors qu'il ressort du dossier que la SOMO (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargés d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal doit avoir : « sollicité », s'agissant de cette action il est constant que les agents de la Somo sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; que « sans droit » ; qu'à cet égard il convient d'abord d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme « sans droit » est inséré après le verbe « sollicite » suffit à établir que cette locution s'applique au solliciteur, soit en l'espèce aux agents de la Somo ; qu'il convient donc de rechercher si comme le soutiennent les avocats de la plupart des prévenus de ce chef ces agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la SOMO agissaient en toute « liberté » en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissant selon des instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 29 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire général de l'ONU et le gouverneur de l'Irak, au terme d'après négociations de 13 mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme « Implementation » inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que dès lors qu'il a été ainsi adopté, avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents irakiens se trouvaient « sans droit », il sera répondu qu'à cette date soit en 1996, il n'y avait

en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par I... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution 986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne, lequel programme ne prévoyait pas, et même Interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'"à tout moment", ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitant à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassera était subordonné au paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; que les surcharges liées à des contrats déterminés en font partie intégrante et en conséquence le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est la personnel request "directement ou indirectement, ne pose pas davantage question des offres, des promesses, des dons, des présents ou "des avantages quelconques" ce point n'appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n'est l'objet d'aucune contestation étant observé que l'avantage est ici la surcharge ; que la condition relative à "l'enrichissement" : l'article H 1 de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l'incrimination française de corruption active d'agents publics étrangers ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l'enrichissement personnel du corrompu ; qu'il doit être d'abord rappelé que c'est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l'expression "pour son compte ou pour autrui " ; que par ailleurs sous l'empire des textes antérieurs à 2007, le fait que l'avantage le don profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale, l'enrichissement n'était pas exigé ; que quant au terme "quelconque" il est de longue date retenu que l'avantage ne profite pas au corrompu, c'est à dire en l'absence d'enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais comme le signifie sa place au L IV du code pénal un manquement à la probité ; que si les surcharges n'ont certes pas enrichi les agents de la Somo, dès lors qu'elles ont finalement crédité les comptes de la BCI les prévenus soutiennent qu'elles s'analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l'Etat irakien, ce qui ne saurait s'analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent doit également être écarté parce que comme il a été déjà dit la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu'au plan international la Convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence ; qu'en aucun cas elle ne pose donc l'enrichissement personnel comme élément condition de l'infraction de corruption ; que bien au contraire elle retient que l'avantage indu, qui peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d'un autre ; que cette analyse doit être retenue fut-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien ; qu'en effet cette hypothèse n'est pas écartée par la convention OCDE, à l'aune de laquelle doit être interprété l'article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu'en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d'un document coté D 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la BCI une somme représentant 1 milliard de \$, qu'il régnait en Irak une confusion entre l'Etat et son président ; qu'en outre aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fut ce

subjectivement et un seul instant, pu analyser les surcharges en des taxes, dès lors qu'il n'existait aucun texte écrit les fondant, en l'absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu'il sera noté en outre que comme l'a maintes fois rappelé l'avocat de la société TOTAL, et comme cela est corroboré par les tableaux versés au dossier les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons ; qu'en outre ces "taxes" empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versés non pas sur des comptes de l'Etat Irakien ni même de la Somo, mais sur des comptes ouverts hors de l'Irak sous des noms de personnes physiques, en passant tardes sociétés écrans ; qu'à eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu'il n'était nullement question de s'acquitter d'un impôt mais de s'inscrire dans un schéma corrupteur ; que pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat tel vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse comme l'avaient d'ailleurs relevé des membres de la DTS de TOTAL ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et ils ne seront, sauf exception, pas repris lors de l'examen de la situation de chaque prévenu ;

"alors qu'en vertu du principe de légalité tel qu'il est protégé par l'article 7 de la Convention européenne, une personne ne peut être déclarée coupable d'une infraction que sur la base d'un texte qui, combiné avec la jurisprudence interprétative dont il s'accompagnait à l'époque de la commission présumée des faits, remplissait les conditions qualitatives d'accessibilité et de prévisibilité ; qu'en l'espèce, à l'époque des faits visés à la prévention, aucun élément ne permettait pour Total S.A., ses filiales ou ses conseils d'anticiper l'applicabilité de l'article 435-3 du code pénal au versement de sommes réclamées par un Etat étranger à l'occasion de certaines transactions internationales ; que c'est en violation du principe conventionnel précité que la cour d'appel est entrée en voie de condamnation" ;

Sur le deuxième moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour M. X..., pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4, 435-3 ancien du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour d'appel a retenu le délit de corruption d'agents publics étrangers ;

"aux motifs que dans la mesure où les avocats des prévenus poursuivis de ce chef concluent essentiellement en droit et soutiennent que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis à la date des faits, il sera d'abord répondu à leurs moyens avant d'examiner l'implication personnelle de chacun des mis en cause ; que sur les éléments constitutifs de l'infraction, le second alinéa de l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction résultant de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics dans les transactions commerciales internationales, traité signé à Paris le 1er décembre 1997, dispose :

« Pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17

décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa » ; qu'il est constant que les opérations visées à la présente espèce d'achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d'un Etat étranger s'analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre 2000 et jusqu'au 20 mars 2003 date de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les Etats-Unis ; que leur contexte et notamment les trois résolutions de l'ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu'outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d'accord entre le secrétariat général de Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l'objet était, selon son intitulé, d'assurer la mise en oeuvre par l'Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d'organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre ; qu'il sera revenu sur ce texte dans le cadre de l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal ; que les avocats des prévenus font principalement plaider que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers n'est pas constituée pour des motifs de droit articulés autour du fait que :

\*les surcharges n'ont pas été obtenues « sans droit » et que le juge français n'est pas compétent pour juger que des paiements exigés par l'Etat irakien l'ont été « sans droit » dès lors que le Protocole n'a pas été transposé en droit interne irakien,

\*la résolution 986 n'a jamais été introduite en droit interne irakien et la pratique des surcharges n'était pas prohibée en Irak,

\*l'Etat irakien en ayant décidé souverainement et en ayant été le seul bénéficiaire : cette décision ayant été prise en Conseil des ministres irakiens par l'Etat pour financer certaines de ses dépenses, \*l'organisation des flux d'argent était contrôlée par le régime irakien et la SOMO ; que certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir « cédé », terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neuf prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit une personne visée à l'alinéa précédent c'est-à-dire « une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique » ne fait pas davantage difficulté dès lors qu'il ressort du dossier que la SOMO (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargés d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de

l'article 435-3 du code pénal doit avoir : « sollicité », s'agissant de cette action il est constant que les agents de la Somo sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; que « sans droit » ; qu'à cet égard il convient d'abord d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme « sans droit » est inséré après le verbe « sollicite » suffit à établir que cette locution s'applique au solliciteur, soit en l'espèce aux agents de la Somo; qu'il convient donc de rechercher si comme le soutiennent les avocats de la plupart des prévenus de ce chef ces agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la SOMO agissaient en toute « liberté » en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissant selon des instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 29 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire général de l'ONU et le gouverneur de l'Irak, au terme d'âpres négociations de 13 mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme « Implementation » inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que dès lors qu'il a été ainsi adopté, avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents irakiens se trouvaient "sans droit", il sera répondu qu'à cette date soit en 1996, il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution 986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne, lequel programme ne prévoyait pas, et même Interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'"à tout moment", ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitant à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassera était subordonné au paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; que les surcharges liées à des contrats déterminés en font partie intégrante et en conséquence le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est la personnel request "directement ou indirectement, ne pose pas davantage question des offres, des promesses, des dons, des présents ou "des avantages quelconques" ce point n'appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n'est

l'objet d'aucune contestation étant observé que l'avantage est ici la surcharge ; que la condition relative à "l'enrichissement" : l'article H 1 de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l'incrimination française de corruption active d'agents publics étrangers ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l'enrichissement personnel du corrompu ; qu'il doit être d'abord rappelé que c'est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l'expression "pour son compte ou pour autrui" ; que par ailleurs sous l'empire des textes antérieurs à 2007, le fait que l'avantage le don profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale, l'enrichissement n'était pas exigé ; que quant au terme "quelconque" il est de longue date retenu que l'avantage ne profite pas au corrompu, c'est à dire en l'absence d'enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais comme le signifie sa place au L IV du code pénal un manquement à la probité ; que si les surcharges n'ont certes pas enrichi les agents de la Somo, dès lors qu'elles ont finalement crédité les comptes de la BCI les prévenus soutiennent qu'elles s'analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l'Etat irakien, ce qui ne saurait s'analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent doit également être écarté parce que comme il a été déjà dit la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu'au plan international la Convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence ; qu'en aucun cas elle ne pose donc l'enrichissement personnel comme élément condition de l'infraction de corruption ; que bien au contraire elle retient que l'avantage indu, qui peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d'un autre ; que cette analyse doit être retenue fut-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien ; qu'en effet cette hypothèse n'est pas écartée par la convention OCDE, à l'aune de laquelle doit être interprété l'article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu'en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d'un document coté D 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la BCI une somme représentant 1 milliard de \$, qu'il régnait en Irak une confusion entre l'Etat et son président ; qu'en outre aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fut ce subjectivement et un seul instant, pu analyser les surcharges en des taxes, dès lors qu'il n'existait aucun texte écrit les fondant, en l'absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu'il sera noté en outre que comme l'a maintes fois rappelé l'avocat de la société TOTAL, et comme cela est corroboré par les tableaux versés au dossier les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons ; qu'en outre ces "taxes" empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versés non pas sur des comptes de l'Etat irakien ni même de la Somo, mais sur des comptes ouverts hors de l'Irak sous des noms de personnes physiques, en passant tardes sociétés écrans ; qu'à eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu'il n'était nullement question de s'acquitter d'un impôt mais de s'inscrire dans un schéma corrupteur ; que pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat tel vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse comme l'avaient d'ailleurs relevé des membres de la DTS de TOTAL ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et ils ne seront, sauf exception, pas repris lors de l'examen de la situation de chaque prévenu ;

"1°) alors que la loi pénale est d'interprétation stricte ; que l'article 435-3 du code pénal réprime la corruption d'une personne chargée d'une mission de service public dans un Etat étranger, c'est-à-dire le détournement, par un agent, du pouvoir qui lui a été délégué par l'Etat afin de satisfaire des intérêts privés ; que c'est à tort que la cour d'appel a retenu l'existence du délit, dès lors qu'il est acquis que les agents de la Somo, entreprise pétrolière d'Etat en Irak, sollicitaient les surtaxes pour le compte de l'Etat irakien lui-même et selon un système établi par ce dernier, de sorte qu'ils agissaient en représentation de l'Etat dans le strict cadre de leur mission de service public ;

"2°) alors que l'article 435-3 du code pénal vise le fait de céder à un agents publics étrangers qui sollicite des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa mission ; que si ces avantages peuvent bénéficier à un tiers, ce tiers ne saurait s'entendre de l'Etat étranger pour le compte duquel l'agent exerce sa mission ; qu'en retenant que l'avantage indu « peut être au profit d'un autre [

] fut-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien », la cour d'appel a violé la loi ;

"3°) alors que l'agents publics étrangers doit accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; qu'en se bornant à indiquer, s'agissant de cette condition essentielle de l'infraction, qu'« il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse », la cour d'appel n'a pas caractérisé avec une précision suffisante l'action ou l'abstention de l'agent étranger, et privé sa décision de base légale" ;

Sur le troisième moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour M. X..., pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4, 435-3 ancien du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour d'appel a retenu le délit de corruption d'agents publics étrangers ;

"aux motifs que dans la mesure où les avocats des prévenus poursuivis de ce chef concluent essentiellement en droit et soutiennent que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis à la date des faits, il sera d'abord répondu à leurs moyens avant d'examiner l'implication personnelle de chacun des mis en cause ; que sur les éléments constitutifs de l'infraction, le second alinéa de l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction résultant de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics dans les transactions commerciales internationales, traité signé à Paris le 1er décembre 1997, dispose :

« Pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou

investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa » ; qu'il est constant que les opérations visées à la présente espèce d'achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d'un Etat étranger s'analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre 2000 et jusqu'au 20 mars 2003 date de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les Etats-Unis ; que leur contexte et notamment les trois résolutions de l'ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu'outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d'accord entre le secrétariat général de Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l'objet était, selon son intitulé, d'assurer la mise en oeuvre par l'Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d'organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre ; qu'il sera revenu sur ce texte dans le cadre de l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal ; que les avocats des prévenus font principalement plaider que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers n'est pas constituée pour des motifs de droit articulés autour du fait que :

\*les surcharges n'ont pas été obtenues « sans droit » et que le juge français n'est pas compétent pour juger que des paiements exigés par l'Etat irakien l'ont été « sans droit » dès lors que le Protocole n'a pas été transposé en droit interne irakien,

\*la résolution 986 n'a jamais été introduite en droit interne irakien et la pratique des surcharges n'était pas prohibée en Irak,

\*l'Etat irakien en ayant décidé souverainement et en ayant été le seul bénéficiaire : cette décision ayant été prise en Conseil des ministres irakiens par l'Etat pour financer certaines de ses dépenses, \*l'organisation des flux d'argent était contrôlée par le régime irakien et la SOMO ; que certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir « cédé », terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neufs prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit une personne visée à l'alinéa précédent c'est-à-dire « une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique » ne fait pas davantage difficulté dès lors qu'il ressort du dossier que la SOMO (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargés d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal doit avoir : « sollicité », s'agissant de cette action il est constant que les agents de la Somo sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; que « sans droit » ; qu'à cet égard il convient d'abord

d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme « sans droit » est inséré après le verbe « sollicite » suffit à établir que cette locution s'applique au solliciteur, soit en l'espèce aux agents de la Somo ; qu'il convient donc de rechercher si comme le soutiennent les avocats de la plupart des prévenus de ce chef ces agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la SOMO agissaient en toute « liberté » en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissant selon des instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 29 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire général de l'ONU et le gouverneur de l'Irak, au terme d'après négociations de 13 mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme « Implementation » inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que dès lors qu'il a été ainsi adopté, avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents irakiens se trouvaient "sans droit", il sera répondu qu'à cette date soit en 1996, il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution 986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne, lequel programme ne prévoyait pas, et même Interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'"à tout moment", ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitant à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassera était subordonné au paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; que les surcharges liées à des contrats déterminés en font partie intégrante et en conséquence le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est la personnel request "directement ou indirectement, ne pose pas davantage question des offres, des promesses, des dons, des présents ou "des avantages quelconques" ce point n'appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n'est l'objet d'aucune contestation étant observé que l'avantage est ici la surcharge ; que la condition relative à "l'enrichissement" : l'article H 1 de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l'incrimination française de

corruption active d'agents publics étrangers ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l'enrichissement personnel du corrompu ; qu'il doit être d'abord rappelé que c'est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l'expression "pour son compte ou pour autrui " ; que par ailleurs sous l'empire des textes antérieurs à 2007, le fait que l'avantage le don profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale, l'enrichissement n'était pas exigé ; que quant au terme "quelconque" il est de longue date retenu que l'avantage ne profite pas au corrompu, c'est à dire en l'absence d'enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais comme le signifie sa place au L IV du code pénal un manquement à la probité ; que si les surcharges n'ont certes pas enrichi les agents de la Somo, dès lors qu'elles ont finalement crédité les comptes de la BCI les prévenus soutiennent qu'elles s'analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l'Etat irakien, ce qui ne saurait s'analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent doit également être écarté parce que comme il a été déjà dit la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu'au plan international la Convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence ; qu'en aucun cas elle ne pose donc l'enrichissement personnel comme élément condition de l'infraction de corruption ; que bien au contraire elle retient que l'avantage indu, qui peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d'un autre ; que cette analyse doit être retenue fut-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien ; qu'en effet cette hypothèse n'est pas écartée par la convention OCDE, à l'aune de laquelle doit être interprété l'article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu'en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d'un document coté D 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la BCI une somme représentant 1 milliard de \$, qu'il régnait en Irak une confusion entre l'Etat et son président ; qu'en outre aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fut ce subjectivement et un seul instant, pu analyser les surcharges en des taxes, dès lors qu'il n'existait aucun texte écrit les fondant, en l'absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu'il sera noté en outre que comme l'a maintes fois rappelé l'avocat de la société TOTAL, et comme cela est corroboré par les tableaux versés au dossier les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons ; qu'en outre ces "taxes" empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versés non pas sur des comptes de l'Etat irakien ni même de la Somo, mais sur des comptes ouverts hors de l'Irak sous des noms de personnes physiques, en passant par des sociétés écrans ; qu'à eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu'il n'était nullement question de s'acquitter d'un impôt mais de s'inscrire dans un schéma corrupteur ; que pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat tel vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse comme l'avaient d'ailleurs relevé des membres de la DTS de TOTAL ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et ils ne seront, sauf exception, pas repris lors de l'examen de la situation de chaque prévenu ;

"1°) alors qu'aux termes de l'article 435-3, alinéa 2, du code pénal, les offres, promesses, dons, présents ou avantages doivent être sollicités « sans droit » de la part de l'agents

publics étrangers ; que la Convention OCDE précise que « l'infraction n'est pas constituée lorsque l'avantage est permis ou requis par la loi ou la réglementation écrites du pays de l'agents publics étrangers, y compris la jurisprudence » ; qu'en l'espèce, il est acquis que les agents de la SOMO agissaient en vertu de règles établies par l'Etat, ce que la Cour d'appel a implicitement admis en énonçant qu'« il ne saurait être raisonnablement soutenu [

] que les agents de la SOMO agissaient en toute « liberté » en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit » ; que le fait que cette sollicitation ait lieu en application d'une directive publique et non d'une initiative privée exclut nécessairement la caractérisation de cet élément de l'infraction ; qu'en retenant néanmoins l'existence du délit à l'encontre du demandeur, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ;

"2°) alors que le juge français qui apprécie la caractérisation du délit de corruption d'agents publics étrangers, ne saurait, sans porter atteinte au principe de la souveraineté, procéder à un quelconque contrôle de conformité des normes émanant de l'Etat auquel appartient l'agent ; qu'en procédant en l'espèce à un contrôle du droit irakien au regard d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, la cour d'appel a méconnu les limites de son office ;

"3°) alors que la cour d'appel ne pouvait déduire de la seule signature, par le gouvernement irakien, d'un Protocole d'accord relatif à la mise en oeuvre de la résolution 986 du Conseil de sécurité des Nations Unies, l'intégration de cette norme dans le droit irakien et sa supériorité sur les règles internes ;

"4°) alors que le juge pénal français n'est pas fondé à apprécier la capacité institutionnelle de l'Etat étranger à transposer dans son système juridique une décision internationale ; que la cour d'appel ne pouvait, en réponse à l'argumentation de l'exposant qui soulignait l'absence de transposition de cet accord international en droit interne irakien, estimer qu'« il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée » ;

"5°) alors que le Memorandum du 20 mai 1996 conclu entre le Secrétaire général de l'ONU et le gouverneur d'Irak constituait explicitement « une mesure de caractère exceptionnel et provisoire » destinée à rester en vigueur jusqu'à l'expiration d'un délai de quatre-vingt-jours ; que n'étant plus en vigueur au moment des faits, la cour d'appel ne pouvait s'appuyer sur cet acte pour considérer que les sollicitations étaient « sans droit » au regard des normes internationales" ;

Sur le quatrième moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Bureau pour M. X..., pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4, 435-3 ancien du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

”en ce que la cour d’appel a retenu le délit de corruption d’agents publics étrangers ;

”aux motifs que dans la mesure où les avocats des prévenus poursuivis de ce chef concluent essentiellement en droit et soutiennent que les éléments constitutifs de l’infraction ne sont pas réunis à la date des faits, il sera d’abord répondu à leurs moyens avant d’examiner l’implication personnelle de chacun des mis en cause ; que sur les éléments constitutifs de l’infraction, le second alinéa de l’article 435-3 du code pénal dans sa rédaction résultant de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la Convention sur la lutte contre la corruption d’agents publics dans les transactions commerciales internationales, traité signé à Paris le 1er décembre 1997, dispose :

« Pour l’application de la convention sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d’emprisonnement et de 1 000 000 F d’amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d’une personne dépositaire de l’autorité publique, chargée d’une mission de service public, ou investie d’un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d’une organisation internationale publique, qu’elle accomplisse ou s’abstienne d’accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d’obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l’alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s’abstenir d’accomplir un acte visé audit alinéa » ; qu’il est constant que les opérations visées à la présente espèce d’achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d’un Etat étranger s’analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre 2000 et jusqu’au 20 mars 2003 date de l’invasion de l’Irak par la coalition menée par les Etats-Unis ; que leur contexte et notamment les trois résolutions de l’ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu’outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d’accord entre le secrétariat général de Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l’objet était, selon son intitulé, d’assurer la mise en oeuvre par l’Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d’organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre ; qu’il sera revenu sur ce texte dans le cadre de l’analyse des éléments constitutifs de l’infraction visée à l’alinéa 2 de l’article 435-3 du code pénal ; que les avocats des prévenus font principalement plaider que l’infraction de corruption d’agents publics étrangers n’est pas constituée pour des motifs de droit articulés autour du fait que :

\*les surcharges n’ont pas été obtenues « sans droit » et que le juge français n’est pas compétent pour juger que des paiements exigés par l’Etat irakien l’ont été « sans droit » dès lors que le Protocole n’a pas été transposé en droit interne irakien,

\*la résolution 986 n’a jamais été introduite en droit interne irakien et la pratique des surcharges n’était pas prohibée en Irak,

\*l’Etat irakien en ayant décidé souverainement et en ayant été le seul bénéficiaire : cette décision ayant été prise en Conseil des ministres irakiens par l’Etat pour financer certaines

de ses dépenses, \*l'organisation des flux d'argent était contrôlée par le régime irakien et la SOMO ; que certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir « cédé », terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neufs prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit une personne visée à l'alinéa précédent c'est-à-dire « une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique » ne fait pas davantage difficulté dès lors qu'il ressort du dossier que la SOMO (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargés d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal doit avoir : « sollicité », s'agissant de cette action il est constant que les agents de la Somo sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; que « sans droit » ; qu'à cet égard il convient d'abord d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme « sans droit » est inséré après le verbe « sollicite » suffit à établir que cette locution s'applique au solliciteur, soit en l'espèce aux agents de la Somo ; qu'il convient donc de rechercher si comme le soutiennent les avocats de la plupart des prévenus de ce chef ces agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la SOMO agissaient en toute « liberté » en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissant selon des instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 29 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire général de l'ONU et le gouverneur de l'Irak, au terme d'après négociations de 13 mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme « Implementation » inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que dès lors qu'il a été ainsi adopté, avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents irakiens se trouvaient « sans droit », il sera répondu qu'à cette date soit en 1996, il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution

986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne, lequel programme ne prévoyait pas, et même Interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'"à tout moment", ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitant à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassera était subordonné au paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; que les surcharges liées à des contrats déterminés en font partie intégrante et en conséquence le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est la personnel request "directement ou indirectement, ne pose pas davantage question des offres, des promesses, des dons, des présents ou "des avantages quelconques" ce point n'appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n'est l'objet d'aucune contestation étant observé que l'avantage est ici la surcharge ; que la condition relative à "l'enrichissement" : l'article H 1 de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l'incrimination française de corruption active d'agents publics étrangers ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l'enrichissement personnel du corrompu ; qu'il doit être d'abord rappelé que c'est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l'expression "pour son compte ou pour autrui " ; que par ailleurs sous l'empire des textes antérieurs à 2007, le fait que l'avantage le don profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale, l'enrichissement n'était pas exigé ; que quant au terme "quelconque" il est de longue date retenu que l'avantage ne profite pas au corrompu, c'est à dire en l'absence d'enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais comme le signifie sa place au L IV du code pénal un manquement à la probité ; que si les surcharges n'ont certes pas enrichi les agents de la Somo, dès lors qu'elles ont finalement crédité les comptes de la BCI les prévenus soutiennent qu'elles s'analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l'Etat irakien, ce qui ne saurait s'analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent doit également être écarté parce que comme il a été déjà dit la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu'au plan international la Convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence ; qu'en aucun cas elle ne pose donc l'enrichissement personnel comme élément condition de l'infraction de corruption ; que bien au contraire elle retient que l'avantage indu, qui peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d'un autre ; que cette analyse doit être retenue fut-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien ; qu'en effet cette hypothèse n'est pas écartée par la Convention OCDE, à l'aune de laquelle doit être interprété l'article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu'en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d'un document coté D 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la BCI une somme représentant 1 milliard de \$, qu'il régnait en Irak une confusion entre l'Etat et son président ; qu'en outre aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fut ce subjectivement et un seul instant, pu analyser les surcharges en des taxes, dès lors qu'il n'existait aucun texte écrit les fondant, en l'absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu'il sera noté en outre que comme l'a maintes fois rappelé l'avocat de la société TOTAL, et comme cela est

corroboré par les tableaux versés au dossier les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons ; qu'en outre ces "taxes" empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versés non pas sur des comptes de l'Etat Irakien ni même de la Somo, mais sur des comptes ouverts hors de l'Irak sous des noms de personnes physiques, en passant par des sociétés écrans ; qu'à eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu'il n'était nullement question de s'acquitter d'un impôt mais de s'inscrire dans un schéma corrupteur ; que pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat tel vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse comme l'avaient d'ailleurs relevé des membres de la DTS de TOTAL ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et ils ne seront, sauf exception, pas repris lors de l'examen de la situation de chaque prévenu ;

"alors qu'en vertu du principe de légalité tel qu'il est protégé par l'article 7 de la Convention européenne, une personne ne peut être déclarée coupable d'une infraction que sur la base d'un texte qui, combiné avec la jurisprudence interprétative dont il s'accompagnait à l'époque de la commission présumée des faits, remplissait les conditions qualitatives d'accessibilité et de prévisibilité ; qu'en l'espèce, à l'époque des faits visés à la prévention, aucun élément ne permettait pour Total S.A., ses filiales ou ses conseils d'anticiper l'applicabilité de l'article 435-3 du code pénal au versement de sommes réclamées par un Etat étranger à l'occasion de certaines transactions internationales ; que c'est en violation du principe conventionnel précité que la cour d'appel est entrée en voie de condamnation" ;

Sur le deuxième moyen de cassation, proposé par la SCP Waquet, Farge et Hazan pour M. HH... , pris de la violation des articles 111-3, 111-4, 121-3, 435-3, dans sa rédaction issue de la loi du 30 juin 2000 du code pénal et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a déclaré M. Bernard HH... coupable de complicité de corruption d'agents publics étrangers pour les faits commis entre octobre 2000 et décembre 2001 ;

"aux motifs qu'il est constant que les opérations visées à la présente espèce d'achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d'un Etat étranger s'analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre 2000 et jusqu'au 20 mars 2003 date de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les Etats-Unis ; que leur contexte et notamment les trois résolutions de l'ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu'outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d'accord entre le secrétariat général des Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l'objet était, selon son intitulé, d'assurer « la mise en oeuvre par l'Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d'organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre. Il sera revenu sur ce texte dans le cadre de

l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal ; que les avocats des prévenus font principalement plaider que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers n'est pas constituée pour des motifs de droit articulés autour du fait que :

\* les surcharges n'ont pas été obtenues «sans droit» et que le juge français n'est pas compétent pour juger que des paiements exigés par l'Etat Irakien l'ont été « sans droit» dès lors que le Protocole n'a pas été transposé en droit interne irakien,

\* la résolution 986 n'a jamais été introduite en droit interne irakien et la pratique des surcharges n'était pas prohibée en Irak,

\* l'Etat Irakien en ayant décidé souverainement et en ayant été le seul bénéficiaire : cette décision ayant été prise en Conseil des ministres irakien par l'Etat pour financer certaines de ses dépenses

\* l'organisation des flux d'argent était contrôlée par le régime irakien et la SOMO Certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir "cédé", terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neufs prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit une personne visée à l'alinéa précédent c'est-à-dire « une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique » ne fait pas davantage difficulté dès lors qu'il ressort du dossier que la SOMO (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargés d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole Irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal doit avoir : « sollicité » : s'agissant de cette action il est constant que les agents de la SOMO sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges, calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; « sans droit » : à cet égard il convient d'abord d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme « sans droit » est inséré, après le verbe "sollicite", suffit à établir que cette locution s'applique au solliciteur, soit en l'espèce aux agents de la SOMO ; qu'il convient donc de rechercher si comme le soutiennent les avocats de la plupart des prévenus de ce chef, les agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la SOMO agissaient en toute "liberté" en l'absence de toute règle même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que, dès lors, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissaient selon des instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 20 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire de l'ONU et le gouverneur de l'Irak au terme d'après négociations de 13 mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce

protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme "implementation" inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que, dès lors qu'il a été ainsi adopté avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents irakiens se trouvaient "sans droit", il sera répondu qu'à cette date, soit en 1996, il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence, l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution 986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne, lequel programme ne prévoyait pas, et même interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'« à tout moment » : ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitante à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassora était subordonné au paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; que les surcharges liées à des contrats déterminés en font partie intégrante et en conséquence, le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est la personal request ; que « directement ou indirectement » ne pose pas davantage question ; que des offres, des promesses, des dons, des présents ou des « avantages quelconques » : ce point n'appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n'est l'objet d'aucune contestation étant observé que l'avantage est ici la surcharge ; que la condition relative à "l'enrichissement": l'article 1,§1, de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers" dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l'incrimination française de corruption active d'agents publics étrangers ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l'enrichissement personnel du corrompu ; qu'il doit être d'abord rappelé que c'est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l'expression « pour son compte ou pour autrui » ; que, par ailleurs sous l'empire des textes antérieurs à 2007, le fait que l'avantage, le don, profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale l'enrichissement n'était pas exigé ; que quant au terme "quelconque" il est de longue date retenu que l'avantage ne profite pas au corrompu, c'est à dire en l'absence d'enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais, comme le signifie sa place au L IV du code pénal un manquement à la probité ; que si les surcharges n'ont certes pas enrichis les agents de la SOMO, dès lors qu'elles ont finalement crédité les comptes de la BCI, les prévenus soutiennent qu'elles s'analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l'Etat irakien, ce qui ne saurait s'analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent doit également être écarté parce que comme il a été déjà dit, la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu'au plan international la Convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence; en aucun cas elle ne pose donc l'enrichissement personnel comme élément condition de

l'infraction de corruption; bien au contraire elle retient que l'avantage indu, qui peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d'un autre ; que cette analyse doit être retenue fût-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien ; qu'en effet cette hypothèse n'est pas écartée par la Convention OCDE, à l'aune de laquelle doit être interprété l'article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu'en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d'un document coté D 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la Bcl une somme représentant 1 milliard de \$, qu'il régnait en Irak une confusion entre l'Etat et son président ; qu'en outre aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fut ce subjectivement et un seul instant, pu analyser les surcharges en des taxes dès lors qu'il n'existait aucun texte écrit les fondant, en l'absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu'il sera noté en outre que comme l'a maintes fois rappelé le conseil de la société TOTAL, et comme cela est corroboré par les tableaux au dossier, les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons; en outre ces "taxes" empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versées non pas sur des comptes de l'Etat irakien ni même de la SOMO mais sur des comptes ouverts hors de l'Irak, aux noms de personnes physiques, en passant par des sociétés écran. A eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu'il n'était nullement question de s'acquitter d'un impôt mais de s'inscrire dans un schéma corrupteur ; que « pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international » : il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse comme l'avaient d'ailleurs, relevé des membres de la DTS de TOTAL ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis ;

"1°) alors que l'article 435-3, alinéa 2, du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 3 juin 2000, incrimine, « pour l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997 », « le fait de céder à une personne » « dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger » « qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir » « un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international » ; qu'il est acquis aux débats que les surcharges litigieuses ont été sollicitées par des agents de l'entreprise d'Etat Somo, sur instruction et pour le compte de l'Etat irakien, à la suite d'une décision arrêtée par les plus hauts dirigeants Irakiens, agissant non à titre personnel ou privé mais en qualité de représentants de l'Etat, pour alimenter les caisses de l'Etat de ressources dont il avait été privé ; que ce type de sollicitation, imposé par un Etat souverain dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, fut-il contraire à l'embargo dont l'Irak était l'objet, n'entre pas dans les prévisions du texte susvisé ; que la cassation, pour violation de la loi, interviendra sans renvoi ;

"2°) alors que tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier la décision ;

que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; que le rapport Duelfer (chef des inspecteurs du désarmement américain pour l'Irak et conseiller spécial du directeur de la CIA) du 30 septembre 2004, cité par l'arrêt, « indique notamment "G... utilise ses fonds pour freiner l'érosion de sa capacité militaire en contravention avec sanctions du conseil de sécurité".»... En mars 2003, soit deux semaines avant le début des hostilités, une commission est créée pour la répartition des fonds... le 19 mars 50 personnes vident les caisses CBI. Il existe au dossier une lettre de I... G... du 21 mars 2003 au gouverneur de la CBI pour que soient autorisés à retirer « pour les protéger de l'agression militaire » ; qu'« Isam LL... , ancien gouverneur

de la CBI, a notamment indiqué que peu après le début des hostilités, en mars 2003, MM..., un des fils de I... G..., était arrivé à la CBI avec une note signée de son père ordonnant le retrait de presque un milliard de dollars en espèces qui lui furent livrés, dans près de deux cent boîtes » ; que cette autorisation de retrait, qui correspond au document coté D. 3195 visé dans les motifs critiqués, est intervenue concomitamment à l'invasion du pays, le 20 mars 2003, par la coalition menée par les Etats-Unis ; qu'en se fondant sur ce fait unique, postérieur à la prévention et à la cessation du système des surcharges, et manifestement dicté par des circonstances exceptionnelles, étrangères à tout pacte de corruption, la cour d'appel, qui s'est mise en contradiction avec les pièces de la procédure, a statué par un motif inopérant ;

"3°) alors que selon l'article 435-3, alinéa 2, du code pénal, dans sa rédaction antérieure à la loi du 13 novembre 2007, le délit de corruption active d'agents publics étrangers suppose « le fait de céder » à un agent public « qui sollicite » « des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques » ; qu'il est constaté que les surcharges n'ont pas enrichi les agents de la Somo mais sont venues créditer les comptes de la banque centrale irakienne ; qu'en l'absence de tout motif propre à établir qu'un agent de la Somo aurait personnellement profité, fût-ce indirectement, des surcharges versées à l'Etat irakien, le délit n'est pas caractérisé ;

"4°) alors que le délit de corruption active d'agents publics étrangers suppose de céder à un agent public qui sollicite des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à son profit ou au profit d'un tiers, à l'exclusion de l'Etat étranger agissant dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique ; qu'il est établi que les surcharges n'ont pas enrichi les agents de la Somo et sont venues créditer, à la suite d'une décision arrêtée par les plus hauts dirigeants irakiens, agissant non à titre personnel ou privé mais en qualité de représentants de l'Etat, les comptes de la banque centrale irakienne ; qu'en estimant que le délit est constitué même si le seul bénéficiaire de ces surcharges est l'Etat irakien, la cour a violé l'article 435-3 du code pénal, ensemble la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997 et le principe de souveraineté ;

"5°) alors que la condition selon laquelle l'acte sollicité par l'agents publics étrangers doit l'avoir été « sans droit » s'apprécie au regard du droit interne de l'Etat étranger ; qu'en affirmant, pour retenir que « les surcharges étaient obtenues sans droit », que le « protocole d'accord » du 20 mai 1996 conclu entre le secrétariat général des Nations-Unies et le gouvernement irakien avait été intégré dans le droit interne irakien et s'imposait à

toute autre norme contraire s'agissant d'un texte à valeur supra nationale sans se référer à aucune norme du droit irakien propre à en justifier ni répondre au chef péremptoire des conclusions faisant valoir que le « protocole d'accord » du 20 mai 1996 n'avait pu intégrer l'ordre juridique interne faute d'avoir été ratifié par le Conseil du commandement de la Révolution comme l'exige l'article 43 d) de la Constitution provisoire irakienne du 16 juillet 1970 alors en vigueur, la cour a privé sa décision de toute base légale ;

"6°) alors que l'article 435-3, alinéa 2, du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 3 juin 2000 alors applicable, exige qu'il ait été cédé à l'agents publics étrangers « en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international » ; qu'en se bornant à retenir qu' « il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse », sans caractériser une quelconque distorsion de concurrence, la cour s'est déterminée par un motif impropre à caractériser la recherche d'un avantage indu dans le commerce international au sens de l'article 435-3 du code pénal" ;

Sur le troisième moyen, proposé par la SCP Waquet, Farge et Hazan pour M. HH... , pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a déclaré M. Bernard HH... coupable de complicité de corruption d'agent public étranger pour les faits commis entre octobre 2000 et décembre 2001 ;

"aux motifs déjà cités au précédent moyen ;

"alors que le principe de légalité, tel que protégé par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'oppose à ce qu'une personne puisse être déclarée coupable d'une infraction sur la base d'un texte dont l'application aux faits de la cause n'était pas raisonnablement prévisible ; qu'en l'espèce, à l'époque des faits visés à la prévention, aucun élément ne permettait à M. HH... , au besoin en s'entourant de conseils, d'anticiper l'applicabilité de l'article 435-3 du code pénal au versement de sommes réclamées par un Etat étranger à l'occasion de certaines transactions internationales ; que la cour d'appel a violé le principe susvisé" ;

Sur le premier moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour M. Z..., pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4, 435-3 ancien du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour d'appel a retenu le délit de corruption d'agent public étranger ;

"aux motifs que dans la mesure où les avocats des prévenus poursuivis de ce chef concluent essentiellement en droit et soutiennent que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis à la date des faits, il sera d'abord répondu à leurs moyens

avant d'examiner l'implication personnelle de chacun des mis en cause ; que sur les éléments constitutifs de l'infraction, le second alinéa de l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction résultant de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics dans les transactions commerciales internationales, traité signé à Paris le 1er décembre 1997, dispose :

« Pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa » ; qu'il est constant que les opérations visées à la présente espèce d'achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d'un Etat étranger s'analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre 2000 et jusqu'au 20 mars 2003 date de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les Etats-Unis ; que leur contexte et notamment les trois résolutions de l'ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu'outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d'accord entre le secrétariat général de Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l'objet était, selon son intitulé, d'assurer la mise en oeuvre par l'Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d'organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre ; qu'il sera revenu sur ce texte dans le cadre de l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal ; que les avocats des prévenus font principalement plaider que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers n'est pas constituée pour des motifs de droit articulés autour du fait que :

\*les surcharges n'ont pas été obtenues « sans droit » et que le juge français n'est pas compétent pour juger que des paiements exigés par l'Etat irakien l'ont été « sans droit » dès lors que le Protocole n'a pas été transposé en droit interne irakien,

\*la résolution 986 n'a jamais été introduite en droit interne irakien et la pratique des surcharges n'était pas prohibée en Irak,

\*l'Etat irakien en ayant décidé souverainement et en ayant été le seul bénéficiaire : cette décision ayant été prise en Conseil des ministres irakiens par l'Etat pour financer certaines de ses dépenses, \*l'organisation des flux d'argent était contrôlée par le régime irakien et la SOMO ; que certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir « cédé », terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neufs prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la

personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit une personne visée à l'alinéa précédent c'est-à-dire « une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique » ne fait pas davantage difficulté dès lors qu'il ressort du dossier que la SOMO (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargés d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal doit avoir : « sollicité », s'agissant de cette action il est constant que les agents de la Somo sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; que « sans droit » ; qu'à cet égard il convient d'abord d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme « sans droit » est inséré après le verbe « sollicite » suffit à établir que cette locution s'applique au solliciteur, soit en l'espèce aux agents de la Somo ; qu'il convient donc de rechercher si comme le soutiennent les avocats de la plupart des prévenus de ce chef ces agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la SOMO agissaient en toute « liberté » en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissant selon des instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 29 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire général de l'ONU et le gouverneur de l'Irak, au terme d'après négociations de 13 mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme « Implementation » inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que dès lors qu'il a été ainsi adopté, avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents irakiens se trouvaient "sans droit", il sera répondu qu'à cette date soit en 1996, il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution 986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne, lequel programme ne prévoyait pas, et même Interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'"à tout moment", ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que

l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitant à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassera était subordonné au paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; que les surcharges liées à des contrats déterminés en font partie intégrante et en conséquence le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est la personnel request "directement ou indirectement, ne pose pas davantage question des offres, des promesses, des dons, des présents ou "des avantages quelconques" ce point n'appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n'est l'objet d'aucune contestation étant observé que l'avantage est ici la surcharge ; que la condition relative à "l'enrichissement" : l'article H 1 de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l'incrimination française de corruption active d'agent public étranger ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l'enrichissement personnel du corrompu ; qu'il doit être d'abord rappelé que c'est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l'expression "pour son compte ou pour autrui " ; que par ailleurs sous l'empire des textes antérieurs à 2007, le fait que l'avantage le don profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale, l'enrichissement n'était pas exigé ; que quant au terme "quelconque" il est de longue date retenu que l'avantage ne profite pas au corrompu, c'est à dire en l'absence d'enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais comme le signifie sa place au L IV du code pénal un manquement à la probité ; que si les surcharges n'ont certes pas enrichi les agents de la Somo, dès lors qu'elles ont finalement crédité les comptes de la BCI les prévenus soutiennent qu'elles s'analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l'Etat irakien, ce qui ne saurait s'analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent doit également être écarté parce que comme il a été déjà dit la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu'au plan international la Convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence ; qu'en aucun cas elle ne pose donc l'enrichissement personnel comme élément condition de l'infraction de corruption ; que bien au contraire elle retient que l'avantage indu, qui peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d'un autre ; que cette analyse doit être retenue fut-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien ; qu'en effet cette hypothèse n'est pas écartée par la convention OCDE, à l'aune de laquelle doit être interprété l'article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu'en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d'un document coté D 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la BCI une somme représentant 1 milliard de \$, qu'il régnait en Irak une confusion entre l'Etat et son président ; qu'en outre aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fut ce subjectivement et un seul instant, pu analyser les surcharges en des taxes, dès lors qu'il n'existait aucun texte écrit les fondant, en l'absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu'il sera noté en outre que comme l'a maintes fois rappelé l'avocat de la société TOTAL, et comme cela est corroboré par les tableaux versés au dossier les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons ; qu'en outre ces "taxes" empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versés non pas sur des comptes de l'Etat irakien ni même de la Somo, mais sur des comptes ouverts hors de l'Irak sous des noms de personnes physiques, en passant tardes sociétés écrans ; qu'à eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu'il n'était nullement question de

s'acquitter d'un impôt mais de s'inscrire dans un schéma corrupteur ; que pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat tel vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse comme l'avaient d'ailleurs relevé des membres de la DTS de TOTAL ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et ils ne seront, sauf exception, pas repris lors de l'examen de la situation de chaque prévenu ;

"1°) alors que la loi pénale est d'interprétation stricte ; que l'article 435-3 du code pénal réprime la corruption d'une personne chargée d'une mission de service public dans un Etat étranger, c'est-à-dire le détournement, par un agent, du pouvoir qui lui a été délégué par l'Etat afin de satisfaire des intérêts privés ; que c'est à tort que la cour d'appel a retenu l'existence du délit, dès lors qu'il est acquis que les agents de la Somo, entreprise pétrolière d'Etat en Irak, sollicitaient les surtaxes pour le compte de l'Etat irakien lui-même et selon un système établi par ce dernier, de sorte qu'ils agissaient en représentation de l'Etat dans le strict cadre de leur mission de service public ;

"2°) alors que l'article 435-3 du code pénal vise le fait de céder à un agent public étranger qui sollicite des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa mission ; que si ces avantages peuvent bénéficier à un tiers, ce tiers ne saurait s'entendre de l'Etat étranger pour le compte duquel l'agent exerce sa mission ; qu'en retenant que l'avantage indu « peut être au profit d'un autre [

] fut-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien », la cour d'appel a violé la loi ;

"3°) alors que l'agent public étranger doit accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; qu'en se bornant à indiquer, s'agissant de cette condition essentielle de l'infraction, qu'« il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse » la cour d'appel n'a pas caractérisé avec une précision suffisante l'action ou l'abstention de l'agent étranger, et privé sa décision de base légale" ;

Sur le deuxième moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour M. Z..., pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4, 435-3 ancien du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour d'appel a retenu le délit de corruption d'agent public étranger ;

"aux motifs que dans la mesure où les avocats des prévenus poursuivis de ce chef concluent essentiellement en droit et soutiennent que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis à la date des faits, il sera d'abord répondu à leurs moyens avant d'examiner l'implication personnelle de chacun des mis en cause ; que sur les éléments constitutifs de l'infraction, le second alinéa de l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction résultant de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics dans les transactions commerciales

internationales, traité signé à Paris le 1er décembre 1997, dispose :

« Pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa » ; qu'il est constant que les opérations visées à la présente espèce d'achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d'un Etat étranger s'analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre 2000 et jusqu'au 20 mars 2003 date de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les Etats-Unis ; que leur contexte et notamment les trois résolutions de l'ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu'outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d'accord entre le secrétariat général de Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l'objet était, selon son intitulé, d'assurer la mise en oeuvre par l'Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d'organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre ; qu'il sera revenu sur ce texte dans le cadre de l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal ; que les avocats des prévenus font principalement plaider que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers n'est pas constituée pour des motifs de droit articulés autour du fait que :

\*les surcharges n'ont pas été obtenues « sans droit » et que le juge français n'est pas compétent pour juger que des paiements exigés par l'Etat irakien l'ont été « sans droit » dès lors que le Protocole n'a pas été transposé en droit interne irakien,

\*la résolution 986 n'a jamais été introduite en droit interne irakien et la pratique des surcharges n'était pas prohibée en Irak,

\*l'Etat irakien en ayant décidé souverainement et en ayant été le seul bénéficiaire : cette décision ayant été prise en Conseil des ministres irakiens par l'Etat pour financer certaines de ses dépenses, \*l'organisation des flux d'argent était contrôlée par le régime irakien et la SOMO ; que certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir « cédé », terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neufs prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit une personne visée à l'alinéa précédent c'est-à-dire « une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique » ne fait pas davantage difficulté dès

lors qu'il ressort du dossier que la SOMO (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargés d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal doit avoir : « sollicité », s'agissant de cette action il est constant que les agents de la Somo sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; que « sans droit » ; qu'à cet égard il convient d'abord d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme « sans droit » est inséré après le verbe « sollicite » suffit à établir que cette locution s'applique au solliciteur, soit en l'espèce aux agents de la Somo; qu'il convient donc de rechercher si comme le soutiennent les avocats de la plupart des prévenus de ce chef ces agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la SOMO agissaient en toute « liberté » en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissant selon des instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 29 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire général de l'ONU et le gouverneur de l'Irak, au terme d'après négociations de 13 mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme « Implementation » inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que dès lors qu'il a été ainsi adopté, avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents irakiens se trouvaient "sans droit", il sera répondu qu'à cette date soit en 1996, il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution 986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne , lequel programme ne prévoyait pas, et même Interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'"à tout moment", ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitant à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassera était subordonné au paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; que les surcharges liées à des contrats déterminés en

font partie intégrante et en conséquence le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est la personnel request "directement ou indirectement, ne pose pas davantage question des offres, des promesses, des dons, des présents ou "des avantages quelconques" ce point n'appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n'est l'objet d'aucune contestation étant observé que l'avantage est ici la surcharge ; que la condition relative à "l'enrichissement" : l'article H 1 de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l'incrimination française de corruption active d'agent public étranger ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l'enrichissement personnel du corrompu ; qu'il doit être d'abord rappelé que c'est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l'expression "pour son compte ou pour autrui " ; que par ailleurs sous l'empire des textes antérieurs à 2007, le fait que l'avantage le don profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale, l'enrichissement n'était pas exigé ; que quant au terme "quelconque" il est de longue date retenu que l'avantage ne profite pas au corrompu, c'est à dire en l'absence d'enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais comme le signifie sa place au L IV du code pénal un manquement à la probité ; que si les surcharges n'ont certes pas enrichi les agents de la Somo, dès lors qu'elles ont finalement crédité les comptes de la BCI les prévenus soutiennent qu'elles s'analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l'Etat irakien, ce qui ne saurait s'analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent doit également être écarté parce que comme il a été déjà dit la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu'au plan international la Convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence ; qu'en aucun cas elle ne pose donc l'enrichissement personnel comme élément condition de l'infraction de corruption ; que bien au contraire elle retient que l'avantage indu, qui peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d'un autre ; que cette analyse doit être retenue fut-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien ; qu'en effet cette hypothèse n'est pas écartée par la convention OCDE, à l'aune de laquelle doit être interprété l'article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu'en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d'un document coté D 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la BCI une somme représentant 1 milliard de \$, qu'il régnait en Irak une confusion entre l'Etat et son président ; qu'en outre aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fut ce subjectivement et un seul instant, pu analyser les surcharges en des taxes, dès lors qu'il n'existait aucun texte écrit les fondant, en l'absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu'il sera noté en outre que comme l'a maintes fois rappelé l'avocat de la société TOTAL, et comme cela est corroboré par les tableaux versés au dossier les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons ; qu'en outre ces "taxes" empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versés non pas sur des comptes de l'Etat irakien ni même de la Somo, mais sur des comptes ouverts hors de l'Irak sous des noms de personnes physiques, en passant tardes sociétés écrans ; qu'à eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu'il n'était nullement question de s'acquitter d'un impôt mais de s'inscrire dans un schéma corrupteur ; que pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat tel vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, il s'agissait là d'éviter que la source

d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse comme l'avaient d'ailleurs relevé des membres de la DTS de TOTAL ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et ils ne seront, sauf exception, pas repris lors de l'examen de la situation de chaque prévenu ;

"1°) alors qu'aux termes de l'article 435-3, alinéa 2, du code pénal, les offres, promesses, dons, présents ou avantages doivent être sollicités « sans droit » de la part de l'agent public étranger ; que la Convention OCDE précise que « l'infraction n'est pas constituée lorsque l'avantage est permis ou requis par la loi ou la réglementation écrites du pays de l'agent public étranger, y compris la jurisprudence » ; qu'en l'espèce, il est acquis que les agents de la Somo agissaient en vertu de règles établies par l'Etat, ce que la cour d'appel a implicitement admis en énonçant qu'« il ne saurait être raisonnablement soutenu [

] que les agents de la Somo agissaient en toute « liberté » en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit » ; que le fait que cette sollicitation ait lieu en application d'une directive publique et non d'une initiative privée exclut nécessairement la caractérisation de cet élément de l'infraction ; qu'en retenant néanmoins l'existence du délit à l'encontre du demandeur, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ;

"2°) alors que le juge français qui apprécie la caractérisation du délit de corruption d'agent public étranger, ne saurait, sans porter atteinte au principe de la souveraineté, procéder à un quelconque contrôle de conformité des normes émanant de l'Etat auquel appartient l'agent ; qu'en procédant en l'espèce à un contrôle du droit irakien au regard d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, la cour d'appel a méconnu les limites de son office ;

"3°) alors que la cour d'appel ne pouvait déduire de la seule signature, par le gouvernement irakien, d'un Protocole d'accord relatif à la mise en oeuvre de la résolution 986 du Conseil de sécurité des Nations Unies, l'intégration de cette norme dans le droit irakien et sa supériorité sur les règles internes ;

"4°) alors que le juge pénal français n'est pas fondé à apprécier la capacité institutionnelle de l'Etat étranger à transposer dans son système juridique une décision internationale ; que la cour d'appel ne pouvait, en réponse à l'argumentation du demandeur qui soulignait l'absence de transposition de cet accord international en droit interne irakien, estimer qu'« il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par I... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée » ;

"5°) alors que le Memorandum du 20 mai 1996 conclu entre le Secrétaire général de l'ONU et le gouverneur d'Irak constituait explicitement « une mesure de caractère exceptionnel et provisoire » destinée à rester en vigueur jusqu'à l'expiration d'un délai de quatre-vingt-jours ; que n'étant plus en vigueur au moment des faits, la cour d'appel ne pouvait s'appuyer sur cet acte pour considérer que les sollicitations étaient « sans droit » au regard des normes internationale" ;

Sur le troisième moyen, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour M. Z..., pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4, 435-3 ancien du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour d'appel a retenu le délit de corruption d'agent public étranger ;

"aux motifs que dans la mesure où les avocats des prévenus poursuivis de ce chef concluent essentiellement en droit et soutiennent que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis à la date des faits, il sera d'abord répondu à leurs moyens avant d'examiner l'implication personnelle de chacun des mis en cause ; que sur les éléments constitutifs de l'infraction, le second alinéa de l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction résultant de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics dans les transactions commerciales internationales, traité signé à Paris le 1er décembre 1997, dispose :

« Pour l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ». Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa » ; qu'il est constant que les opérations visées à la présente espèce d'achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d'un Etat étranger s'analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre 2000 et jusqu'au 20 mars 2003 date de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les Etats-Unis ; que leur contexte et notamment les trois résolutions de l'ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu'outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d'accord entre le secrétariat général de Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l'objet était, selon son intitulé, d'assurer la mise en oeuvre par l'Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d'organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre ; qu'il sera revenu sur ce texte dans le cadre de l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal ; que les avocats des prévenus font principalement plaider que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers n'est pas constituée pour des motifs de droit articulés autour du fait que :

\*les surcharges n'ont pas été obtenues « sans droit » et que le juge français n'est pas compétent pour juger que des paiements exigés par l'Etat irakien l'ont été « sans droit » dès lors que le Protocole n'a pas été transposé en droit interne irakien,

\*la résolution 986 n'a jamais été introduite en droit interne irakien et la pratique des surcharges n'était pas prohibée en Irak,

\*l'Etat irakien en ayant décidé souverainement et en ayant été le seul bénéficiaire : cette décision ayant été prise en Conseil des ministres irakiens par l'Etat pour financer certaines de ses dépenses, \*l'organisation des flux d'argent était contrôlée par le régime irakien et la SOMO ; que certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir « cédé », terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neuf prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit une personne visée à l'alinéa précédent c'est-à-dire « une personne dépositaire de l'autorité publique chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique » ne fait pas davantage difficulté dès lors qu'il ressort du dossier que la SOMO (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargés d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal doit avoir : « sollicité », s'agissant de cette action il est constant que les agents de la Somo sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; que « sans droit » ; qu'à cet égard il convient d'abord d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme « sans droit » est inséré après le verbe « sollicite » suffit à établir que cette locution s'applique au solliciteur, soit en l'espèce aux agents de la Somo ; qu'il convient donc de rechercher si comme le soutiennent les avocats de la plupart des prévenus de ce chef ces agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la SOMO agissaient en toute « liberté » en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissant selon des instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 29 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire général de l'ONU et le gouverneur de l'Irak, au terme d'après négociations de 13 mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme « Implementation » inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que dès lors qu'il a été ainsi adopté, avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents

irakiens se trouvaient "sans droit", il sera répondu qu'à cette date soit en 1996, il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution 986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne, lequel programme ne prévoyait pas, et même Interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'"à tout moment", ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitant à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassera était subordonné au paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; que les surcharges liées à des contrats déterminés en font partie intégrante et en conséquence le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est la personnel request "directement ou indirectement, ne pose pas davantage question des offres, des promesses, des dons, des présents ou "des avantages quelconques" ce point n'appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n'est l'objet d'aucune contestation étant observé que l'avantage est ici la surcharge ; que la condition relative à "l'enrichissement" : l'article H 1 de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l'incrimination française de corruption active d'agent public étranger ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l'enrichissement personnel du corrompu ; qu'il doit être d'abord rappelé que c'est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l'expression "pour son compte ou pour autrui " ; que par ailleurs sous l'empire des textes antérieurs à 2007, le fait que l'avantage le don profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale, l'enrichissement n'était pas exigé ; que quant au terme "quelconque" il est de longue date retenu que l'avantage ne profite pas au corrompu, c'est à dire en l'absence d'enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais comme le signifie sa place au L IV du code pénal un manquement à la probité ; que si les surcharges n'ont certes pas enrichi les agents de la Somo, dès lors qu'elles ont finalement crédité les comptes de la BCI les prévenus soutiennent qu'elles s'analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l'Etat irakien, ce qui ne saurait s'analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent doit également être écarté parce que comme il a été déjà dit la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu'au plan international la Convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence ; qu'en aucun cas elle ne pose donc l'enrichissement personnel comme élément condition de l'infraction de corruption ; que bien au contraire elle retient que l'avantage indu, qui peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d'un autre ; que cette analyse doit être retenue fut-ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien ; qu'en effet cette hypothèse n'est pas écartée par la convention OCDE, à l'aune de laquelle doit être interprété l'article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu'en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d'un document coté D 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la BCI une somme représentant 1 milliard de \$, qu'il régnait en Irak une confusion entre l'Etat et son président ; qu'en outre aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce

international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fut ce subjectivement et un seul instant, pu analyser les surcharges en des taxes, dès lors qu'il n'existait aucun texte écrit les fondant, en l'absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu'il sera noté en outre que comme l'a maintes fois rappelé l'avocat de la société TOTAL, et comme cela est corroboré par les tableaux versés au dossier les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons ; qu'en outre ces "taxes" empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versés non pas sur des comptes de l'Etat Irakien ni même de la Somo, mais sur des comptes ouverts hors de l'Irak sous des noms de personnes physiques, en passant tardes sociétés écrans ; qu'à eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu'il n'était nullement question de s'acquitter d'un impôt mais de s'inscrire dans un schéma corrupteur ; que pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat tel vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse comme l'avaient d'ailleurs relevé des membres de la DTS de TOTAL ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et ils ne seront, sauf exception, pas repris lors de l'examen de la situation de chaque prévenu ;

"alors qu'en vertu du principe de légalité tel qu'il est protégé par l'article 7 de la Convention européenne, une personne ne peut être déclarée coupable d'une infraction que sur la base d'un texte qui, combiné avec la jurisprudence interprétative dont il s'accompagnait à l'époque de la commission présumée des faits, remplissait les conditions qualitatives d'accessibilité et de prévisibilité ; qu'en l'espèce, à l'époque des faits visés à la prévention, aucun élément ne permettait au demandeur ou ses avocats d'anticiper l'applicabilité de l'article 432-15 du code pénal à la corruption d'un Etat étranger ; que c'est en violation du principe conventionnel précité que la cour d'appel est entrée en voie de condamnation" ;

Sur le troisième moyen de cassation, proposé par la SCP Piwnica et Molinié pour la société Vitol LTD, pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 1er de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transaction commerciales internationales du 21 novembre 1997, 112-1, 121-2, 121-3 et 435-3 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a rejeté l'exception d'incompétence et l'exception tirée du principe ne bis in idem, a déclaré la société Vitol coupable de corruption d'agents publics étrangers et l'a condamnée à la peine de 300 000 euros d'amende ;

"aux motifs que le second alinéa de l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction résultant de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics dans les transactions commerciales internationales, traité signé à Paris le 1er décembre 1997, dispose : "Pour l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les relations commerciales internationales, signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout

moment, directement ou indirectement des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international. Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa." ; qu'il est constant que les opérations visées à la présente espèce d'achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d'un Etat étranger s'analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre 2000 et jusqu'au 20 mars 2003 date de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les Etats Unis ; que leur contexte et notamment les trois résolutions de l'ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu'outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d'accord entre le secrétariat général des Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l'objet était, selon son intitulé, d'assurer la mise en oeuvre par l'Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d'organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre ; qu'il sera revenu sur ce texte dans le cadre de l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal ; que certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir "cédé", terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neufs prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit à une personne visée à l'alinéa précédent c'est à dire "une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique", ne fait pas davantage difficulté dès lors qu'il ressort du dossier que la SOMO (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargés d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal doit avoir : "sollicité", s'agissant de cette action il est constant que les agents de la Somo sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges, calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; "sans droit", à cet égard il convient d'abord d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme "sans droit" est inséré après le verbe "sollicite" suffit à établir que cette locution s'applique au solliciteur, soit en l'espèce aux agents de la Somo ; qu'il convient donc de rechercher si, comme le soutiennent les conseils de la plupart des prévenus de ce chef, ces agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la SOMO agissaient en toute "liberté" en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissaient selon des instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de

l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 20 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire général de l'ONU et le gouverneur de l'Irak, au terme d'après négociations de 13 mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme "Implementation" inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que dès lors qu'il a été ainsi adopté, avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents irakiens se trouvaient "sans droit", il sera répondu qu'à cette date soit en 1996, il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution 986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne, lequel programme ne prévoyait pas, et même interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'"à tout moment", ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitante à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassora était subordonné au paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; que les surcharges liées à des contrats déterminés en font partie intégrante et en conséquence le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est le personnel request ; que "directement ou indirectement", ne pose pas davantage question ; que des offres, des promesses, des dons, des présents ou "des avantages quelconques", ce point n'appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n'est l'objet d'aucune contestation étant observé que l'avantage est ici la surcharge ; que la condition relative à "l'enrichissement" : l'article 1, § 1, de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l'incrimination française de corruption active d'agent public étranger ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l'enrichissement personnel du corrompu ; qu'il doit être d'abord rappelé que c'est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l'expression "pour son compte ou pour autrui" ; que par ailleurs sous l'empire des textes antérieurs à 2007, le fait que l'avantage, le don, profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale, l'enrichissement n'était pas exigé ; que quant au terme "quelconque" il est de longue date retenu que l'avantage ne profite pas au corrompu, c'est à dire en l'absence d'enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais, comme le signifie sa place au L IV du code pénal, un manquement à la probité ; que si les surcharges n'ont certes pas enrichi les agents de la Somo, dès lors qu'elles ont finalement crédité les comptes de la BCI, les prévenus soutiennent qu'elles s'analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l'Etat

irakien, ce qui ne saurait s'analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent, doit également être écarté parce que comme il a déjà été dit, la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu'au plan international, la Convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence ; qu'en aucun cas elle ne pose donc l'enrichissement personnel comme élément condition de l'infraction de corruption ; que bien au contraire elle retient que l'avantage indu, qui peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d'un autre ; que cette analyse doit être retenue fut ce si le bénéficiaire final est l'Etat Irakien ; qu'en effet cette hypothèse n'est pas écartée par la convention OCDE, à l'aune de laquelle doit être interprété l'article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu'en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d'un document coté D 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la BCI une somme représentant 1 milliard de \$, qu'il régnait en Irak une confusion entre l'Etat et son président ; qu'en outre aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fut ce subjectivement et un seul instant pu analyser les surcharges en des taxes, dès lors qu'il n'existait aucun texte écrit les fondant, en l'absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu'il sera noté en outre que comme l'a maintes fois rappelé le conseil de la société TOTAL, et comme cela est corroboré par les tableaux versés au dossier les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons ; qu'en outre ces "taxes" empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versés non pas sur des comptes de l'Etat irakien ni même de la Somo, mais sur des comptes ouverts hors de l'Irak sous des noms de personnes physiques, en passant par des sociétés écrans ; qu'à eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu'il n'était nullement question de s'acquitter d'un impôt mais de s'inscrire dans un schéma corrupteur ; que pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse comme l'avaient d'ailleurs relevé des membres de la DTS de TOTAL ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et ils ne seront, sauf exception, pas repris lors de l'examen de la situation de chaque prévenu ; que concernant la Vitol LTD prise en la personne de P..., son représentant légal, la matérialité des faits est reconnue par le président du groupe à la date des faits lors de son audition en 2006 par le magistrat instructeur ; qu'il convient de remarquer à cet égard que la décision de la cour suprême de l'Etat de New York, intervenue sur reconnaissance préalable de culpabilité est datée de 2007 et que l'engagement de non contestation de culpabilité pris à cette époque devant le juge américain ne suffit pas à lui seul à expliquer la reconnaissance de la matérialité des faits intervenue 19 mois avant devant le juge français ; que le dirigeant de la Vitol LTD reconnaît la matérialité des faits et l'élément intentionnel en l'espèce se confond avec l'élément matériel qui consiste à accepter de répondre à des sollicitations d'un agent public irakien pour qu'il accomplisse un acte de sa fonction, c'est à dire autorise l'enlèvement de cargaison de pétrole faisant l'objet d'une spécial request ; que le débat porte donc sur le fait de savoir si la société Vitol pouvait raisonnablement considérer que les surcharges étalent une "taxe" versée à l'Etat irakien alors qu'elle n'ignorait pas les conditions particulières de versement de ces surcharges et qu'en raison du caractère particulier des versements sur des comptes de personnes physiques hors d'Irak caractérisant leur opacité à l'égard de l'ONU, elle avait pour sa part organisé la

clandestinité de son intervention de payeur en se dissimulant derrière des écrans tels que Peakwille Ltd puis A Awarl ; qu'au-delà des développements effectués supra, cette clandestinité apparaît suffisante pour caractériser l'élément moral de l'infraction, commise en co action avec M. Serge X... co titulaire du secret afférent aux modalités de paiement puisqu'il conservait jusque dans l'intimité de son porte feuille le nom de la société écran ; que pour le reste il y a lieu de renvoyer aux développements effectués sur la caractérisation de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, et son applicabilité à l'espèce ; que s'agissant de l'imputabilité de l'infraction en l'état des déclarations de M. P... il y a lieu de retenir que l'infraction a été commise pour le compte de Vitol LTD par son président M. P... ;

"1°) alors que l'infraction de corruption suppose qu'un agent public d'un Etat étranger sollicite, sans droit, des avantages ; que l'infraction n'est pas constituée lorsque l'avantage est autorisé par l'Etat étranger ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt que le principe de versement d'une surcharge a été arrêté par les autorités irakiennes ; qu'en estimant que les fonctionnaires irakiens, qui se sont conformés aux demandes de leurs dirigeants, auraient cependant agi « sans droit », la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

"2°) alors que le principe du droit international public de la souveraineté nationale et le principe général du droit selon lequel s'applique la loi du for en matière pénale interdisent aux juridictions françaises de connaître de la régularité d'un acte effectué à l'étranger, par les autorités locales, agissant dans la plénitude de leur souveraineté ; que relève d'une telle souveraineté les dispositions prises dans le domaine de la fiscalité ; que la résolution 986 de l'ONU a également affirmé s'inscrire dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Etat irakien ; que la cour d'appel ne pouvait pas s'estimer compétente pour apprécier de la validité d'une surcharge décidée par les dirigeants irakiens agissant dans le cadre de leur souveraineté, et en déduire l'irrégularité de celles-ci ;

"3°) alors que les résolutions de l'ONU ne s'imposent qu'aux Etats et non à leurs ressortissants ; qu'en l'absence d'effet direct desdites résolutions, des dispositions de droit interne doivent expressément prévoir l'interdiction du paiement de surcharges en matière de pétrole irakien ; que la cour d'appel a considéré que les résolutions ont nécessairement été intégrées dans le droit interne irakien qui, en l'absence de représentation parlementaire, ne pouvait pas les intégrer par une loi régulièrement votée ; qu'elle a écarté la possibilité que les surcharges étaient intégrées au droit irakien en ce qu'il « n'existait aucun texte écrit les fondant », tandis qu'en l'absence de représentation parlementaire les surcharges ne pouvaient pas davantage résulter d'une loi régulièrement votée et qu'en outre il est constaté qu'elles ont été régulièrement décidées par les dirigeants irakiens ; que la cour d'appel qui s'est contredite, n'a pas justifié sa décision ;

"4°) alors que l'infraction de corruption prévoit également au titre de ses éléments constitutifs que l'acte a été accompli au profit de l'agent public ou d'une autre personne physique ou morale ; que l'exigence de l'obtention d'un profit, au titre des éléments constitutifs de l'infraction, résulte de la loi du 13 novembre 2007 ; qu'en application du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce, ces dispositions nouvelles plus douces rétroagissent aux faits commis antérieurement ; qu'en estimant cependant cette loi inapplicable, la cour d'appel a méconnu les dispositions susvisées ;

"5°) alors que l'agent public doit avoir agi pour son profit

personnel ou pour le profit d'une autre « personne physique ou morale » et non pour celui de l'Etat ; qu'en estimant cependant que l'Etat irakien

pouvait être une telle personne, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

"6°) alors que la corruption implique l'intention, la prévenue devant savoir qu'elle cède à une demande effectuée sans droit ; que la cour d'appel ne peut pas estimer, tandis que les magistrats du tribunal correctionnel ont pu eux-mêmes considérer que les surcharges avaient pu être légitimement demandées par l'Etat irakien, que les prévenus devaient nécessairement savoir que tel n'était pas le cas ; qu'en l'état de ces énonciations insuffisantes, la cour d'appel n'a pas davantage justifié sa décision" ;

Sur le quatrième moyen de cassation, proposé par la SCP Piwnica et Molinié pour la société Vitol Ltd, pris de la violation des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 1er de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 21 novembre 1997, 111-3, 111-4, 112-1, 121-2, 121-3 et 435-3 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a rejeté l'exception d'incompétence et l'exception tirée du principe ne bis in idem, a déclaré la société Vitol coupable de corruption d'agents publics étrangers et l'a condamnée à la peine de 300 000 euros d'amende ;

"aux motifs que le second alinéa de l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction résultant de la loi du 30 juin 2000 transposant en droit français la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics dans les transactions commerciales internationales, traité signé à Paris le 1er décembre 1997, dispose : "Pour l'application de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les relations commerciales internationales, signée à Paris le 17 décembre 1997, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat ou au sein d'une organisation internationale publique, qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international. Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne visée à l'alinéa précédent qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa." ; qu'il est constant que les opérations visées à la présente espèce d'achat en vue de la revente de cargaisons de pétrole provenant d'un Etat étranger s'analysent en des transactions commerciales internationales ; que sont concernées les opérations conclues postérieurement au premier octobre 2000 et jusqu'au 20 mars 2003 date de l'invasion de l'Irak par la coalition menée par les Etats Unis ; que leur contexte et notamment les trois

résolutions de l'ONU dans le cadre du programme OFF ont été rappelés supra ; qu'outre ces trois résolutions qui cernent le litige en droit international, un quatrième document est intervenu ; que le 20 mai 1996 était conclu un protocole d'accord entre le secrétariat général des Nations Unies et le gouvernement irakien, dont l'objet était, selon son intitulé, d'assurer la mise en oeuvre par l'Irak de la résolution 986 ; que ce protocole avait notamment pour objet d'organiser le plan de distribution de pétrole en Irak des denrées alimentaires et médicaments acquis via les ventes de brut irakien et le fonctionnement du compte séquestre ; qu'il sera revenu sur ce texte dans le cadre de l'analyse des éléments constitutifs de l'infraction visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal ; que certains des éléments constitutifs de l'infraction ne font pas réellement débat dès lors qu'il est acquis que les prévenus sont renvoyés au visa du second alinéa de l'article 435-3 du code pénal en vigueur en 2000 ; que tel est le cas du fait d'avoir "cédé", terme repris dans chacune des préventions et qui correspond à l'attitude qui est reprochée aux neuf prévenus contre lesquels celle-ci est retenue ; que le fait que la personne aux sollicitations de laquelle il a été cédé soit à une personne visée à l'alinéa précédent c'est à dire "une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique", ne fait pas davantage difficulté dès lors qu'il ressort du dossier que la SOMO (State Oil Marketing Organisation) était une entreprise d'Etat comme son nom l'indique, rattachée au ministère du pétrole, et qu'en conséquence ses agents étaient chargés d'une mission de service public, en l'espèce le monopole de la commercialisation du pétrole irakien ; que la personne visée à l'alinéa 2 de l'article 435-3 du code pénal doit avoir : "sollicité", s'agissant de cette action il est constant que les agents de la Somo sollicitaient en plus du prix de vente Osp versé sur le compte séquestre de l'ONU à NYC des surcharges, calculées en cents (\$) par baril dont le montant fluctuait dans le temps ; "sans droit", à cet égard il convient d'abord d'indiquer que la structure même de la phrase dans laquelle le terme "sans droit" est inséré après le verbe "sollicite" suffit à établir que cette locution s'applique au sollicitateur, soit en l'espèce aux agents de la Somo ; qu'il convient donc de rechercher si, comme le soutiennent les conseils de la plupart des prévenus de ce chef, ces agents publics étrangers agissaient sans droit ou conformément au droit, voire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de règle de droit ; qu'il ne saurait être raisonnablement soutenu, ce qui serait contraire à la lecture même du dossier telle qu'elle en est proposée par les prévenus, que les agents de la SOMO agissaient en toute "liberté" en l'absence de toute règle, même si celle-ci n'a pas été matérialisée par un écrit ; que dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si les agents irakiens agissaient selon des instructions conformes au droit irakien ou contraires à celui-ci, ce qui revient à répondre aux conclusions développées par les prévenus sur le fait que les résolutions de l'ONU n'auraient jamais été intégrées en droit irakien ; que c'est à ce stade qu'il convient de revenir sur le protocole signé le 20 mai 1996, soit bien antérieurement aux faits de l'espèce ; que ce protocole a été conclu le 20 mai 1996 entre le secrétaire général de l'ONU et le gouverneur de l'Irak, au terme d'après négociations de 13 mois résultant de l'attachement de l... G... à la souveraineté de l'Irak ; qu'il convient de rappeler que les résolutions adoptées dans le cadre du programme OFF mentionnent systématiquement qu'elles s'inscrivent dans le cadre du respect de la souveraineté de l'Irak ; que ce protocole de plusieurs pages était un protocole d'accord relatif, comme l'indique le terme "Implementation" inséré dans son titre, à la mise en oeuvre de la résolution 986 du conseil de sécurité ; que cet acte n'est pas un acte unilatéral imposé à l'Irak ; qu'il est a contrario un acte bilatéral, négocié et signé par un représentant qualifié de l'Irak et il n'a pas été par la suite dénoncé par l'Irak ; que dès lors qu'il a été ainsi adopté, avec la nécessaire approbation de l... G... sous la tutelle duquel oeuvrait le gouverneur de l'Irak, le protocole a intégré le droit interne irakien et il s'impose à toutes autres normes internes contraires, s'agissant d'un texte à valeur supranationale ; qu'en réponse aux avocats des prévenus

qui font valoir que pour autant le juge français n'a pas qualité pour apprécier si les agents irakiens se trouvaient "sans droit", il sera répondu qu'à cette date soit en 1996, il n'y avait en Irak aucun parlement élu, que le centre du pouvoir était le conseil de commandement de la Révolution, présidé par l... G..., organe qui se substituait à la représentation parlementaire et qu'en conséquence l'intégration de la résolution 986 ne pouvait être le fait d'une loi régulièrement votée ; que les échanges commerciaux internationaux visés à la prévention étaient régis par le programme pétrole contre nourriture issu de la résolution 986 du conseil de sécurité laquelle supplantait le droit irakien et toute décision interne, lequel programme ne prévoyait pas, et même interdisait les surcharges, tout paiement devant passer par le compte séquestre, étant observé de surcroît que ces résolutions avaient été intégrées en droit interne par le protocole de 1996 ; qu'il sera retenu en conséquence que les surcharges étaient obtenues sans droit ; qu'"à tout moment", ce point ne souffre pas de réelle difficulté dans la mesure où il ressort du dossier que l'exigence des surcharges corruptrices était antérieure ou a minima concomitant à l'exécution du contrat, dès lors qu'il est acquis aux débats que l'enlèvement physique des cargaisons à partir du port de Bassora était subordonné au paiement de surcharges pendant les phases y donnant lieu ; que les surcharges liées à des contrats déterminés en font partie intégrante et en conséquence le pacte de corruption est partie du contrat dont le support est le personnel request ; que "directement ou indirectement", ne pose pas davantage question ; que des offres, des promesses, des dons, des présents ou "des avantages quelconques", ce point n'appelle pas de commentaire dans la présente espèce et n'est l'objet d'aucune contestation étant observé que l'avantage est ici la surcharge ; que la condition relative à "l'enrichissement" : l'article 1, § 1, de la Convention OCDE du 21 novembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales dont est inspirée l'incrimination française de corruption active d'agent public étranger ne prévoit pas davantage que la corruption suppose l'enrichissement personnel du corrompu ; qu'il doit être d'abord rappelé que c'est la loi de 2007 qui a intégré dans la définition des délits de corruption l'expression "pour son compte ou pour autrui" ; que par ailleurs sous l'empire des textes antérieurs à 2007, le fait que l'avantage, le don, profite à autrui pouvait servir de base à une condamnation pour corruption nationale, l'enrichissement n'était pas exigé ; que quant au terme "quelconque" il est de longue date retenu que l'avantage ne profite pas au corrompu, c'est à dire en l'absence d'enrichissement, dès lors que le délit vient sanctionner non un enrichissement mais, comme le signifie sa place au L IV du code pénal, un manquement à la probité ; que si les surcharges n'ont certes pas enrichi les agents de la Somo, dès lors qu'elles ont finalement crédité les comptes de la BCI, les prévenus soutiennent qu'elles s'analyseraient en des taxes, en un impôt versé, certes par des voies détournées, à l'Etat irakien, ce qui ne saurait s'analyser en une volonté de commettre un acte de corruption ; que cet argument qui se présente comme une variante du précédent, doit également être écarté parce que comme il a déjà été dit, la corruption réprime un manquement à la probité que ce soit au plan national ou international ; qu'au plan international, la Convention OCDE poursuit clairement un objectif de transparence dans les relations commerciales internationales et des conditions de libre concurrence ; qu'en aucun cas elle ne pose donc l'enrichissement personnel comme élément condition de l'infraction de corruption ; que bien au contraire elle retient que l'avantage indu, qui peut ne pas être pécuniaire, peut être au profit d'un autre ; que cette analyse doit être retenue fut ce si le bénéficiaire final est l'Etat irakien ; qu'en effet cette hypothèse n'est pas écartée par la convention OCDE, à l'aune de laquelle doit être interprété l'article 453-3 du code pénal, au regard duquel elle tient lieu de travaux parlementaires ; qu'en outre il ressort de pièces du dossier, notamment d'un document coté D 3195 par lequel le fils du président est autorisé à retirer des caisses de la BCI une somme représentant 1 milliard de \$, qu'il régnait en Irak une confusion entre l'Etat et son président ; qu'en outre aucun élément du dossier ne

vient étayer la thèse selon laquelle les prévenus, personnes rompues au commerce international de pétrole, pour certains diplomates de carrière, auraient, fut ce subjectivement et un seul instant pu analyser les surcharges en des taxes, dès lors qu'il n'existait aucun texte écrit les fondant, en l'absence de toute caractéristique pouvant les faire analyser comme des taxes en raison notamment de leur caractère éminemment variable à intervalle rapproché selon les phases du programme ; qu'il sera noté en outre que comme l'a maintes fois rappelé le conseil de la société TOTAL, et comme cela est corroboré par les tableaux versés au dossier les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons ; qu'en outre ces "taxes" empruntaient des circuits de règlement clandestins et là encore variables, étaient versés non pas sur des comptes de l'Etat irakien ni même de la Somo, mais sur des comptes ouverts hors de l'Irak sous des noms de personnes physiques, en passant par des sociétés écrans ; qu'à eux seuls ces éléments suffisaient à démontrer qu'il n'était nullement question de s'acquitter d'un impôt mais de s'inscrire dans un schéma corrupteur ; que pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou de son mandat ou facilité par sa mission, sa fonction ou son mandat en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international, il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse comme l'avaient d'ailleurs relevé des membres de la DTS de TOTAL ; qu'au terme de ces développements la cour retient que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et ils ne seront, sauf exception, pas repris lors de l'examen de la situation de chaque prévenu ; que concernant la Vitol LTD prise en la personne de P..., son représentant légal, la matérialité des faits est reconnue par le président du groupe à la date des faits lors de son audition en 2006 par le magistrat instructeur ; qu'il convient de remarquer à cet égard que la décision de la cour suprême de l'Etat de New York, intervenue sur reconnaissance préalable de culpabilité est datée de 2007 et que l'engagement de non contestation de culpabilité pris à cette époque devant le juge américain ne suffit pas à lui seul à expliquer la reconnaissance de la matérialité des faits intervenue 19 mois avant devant le juge français ; que le dirigeant de la Vitol LTD reconnaît la matérialité des faits et l'élément intentionnel en l'espèce se confond avec l'élément matériel qui consiste à accepter de répondre à des sollicitations d'un agent public irakien pour qu'il accomplisse un acte de sa fonction, c'est à dire autorise l'enlèvement de cargaison de pétrole faisant l'objet d'une spécial request ; que le débat porte donc sur le fait de savoir si la société Vitol pouvait raisonnablement considérer que les surcharges étalent une "taxe" versée à l'Etat irakien alors qu'elle n'ignorait pas les conditions particulières de versement de ces surcharges et qu'en raison du caractère particulier des versements sur des comptes de personnes physiques hors d'Irak caractérisant leur opacité à l'égard de l'ONU, elle avait pour sa part organisé la clandestinité de son intervention de payeur en se dissimulant derrière des écrans tels que Peakwille Ltd puis A Awarl ; qu'au-delà des développements effectués supra, cette clandestinité apparaît suffisante pour caractériser l'élément moral de l'infraction, commise en co action avec M. Serge X... co titulaire du secret afférent aux modalités de paiement puisqu'il conservait jusque dans l'intimité de son porte feuille le nom de la société écran ; que pour le reste il y a lieu de renvoyer aux développements effectués sur la caractérisation de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, et son applicabilité à l'espèce ; que s'agissant de l'imputabilité de l'infraction en l'état des déclarations de M. P... il y a lieu de retenir que l'infraction a été commise pour le compte de Vitol LTD par son président M. P... ;

"1°) alors que le principe de légalité s'oppose à ce qu'une personne puisse être déclarée coupable d'une infraction sur la base d'un texte dont l'application aux faits n'était pas raisonnablement prévisible ; qu'à l'époque des faits, aucun élément ne permettait à la

société Vitol de prévoir, par anticipation, que les dispositions de l'article 435-3 du code pénal seraient susceptibles de s'appliquer à la corruption d'un Etat étranger ; que dès lors la cour d'appel a méconnu le principe susvisé et

n'a pas justifié sa décision ;

"2°) alors qu'il résulte des dispositions de l'article 435-3 du code pénal et de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers du 17 décembre 1997, que l'agent public étranger doit accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction et que le prévenu doit avoir cédé dans le but de conserver ou obtenir un marché ou un avantage indu dans le commerce international ; qu'en se bornant à indiquer qu'« il s'agissait là d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse », la cour d'appel s'est déterminée par un motif impropre à caractériser cet élément constitutif de l'infraction" ;

Vu les observations complémentaires déposées par M. Didier Bouthors pour M . A... le 23 septembre 2016, par lesquelles il déclare s'associer aux moyens présentés par les autres demandeurs concernant l'infraction de corruption d'agents publics étrangers ;

Vu les observations complémentaires déposées par la SCP Spinosi et Sureau pour M. B... le 3 octobre 2016, par lesquelles il déclare s'approprier les moyens conformes à son intérêt invoqués par les autres demandeurs ;

Vu les observations complémentaires déposées par la SCP Waquet, Farge et Hazan pour M. HH... le 24 février 2017, par lesquelles il déclare s'associer aux moyens des autres demandeurs concernant l'infraction de corruption d'agents publics étrangers ;

Les moyens étant réunis ;

Attendu que, pour déclarer le délit de corruption d'agents publics étrangers caractérisé en tous ses éléments, l'arrêt énonce que la SOMO, entreprise d'Etat rattachée au ministère du pétrole en Irak, est une personne chargée d'une mission de service public au sens de l'article 435-3 du code pénal, lequel ne requiert pas la démonstration d'un quelconque enrichissement personnel du corrompu, et que le produit des surcharges, dont le paiement permettait d'éviter que la source d'approvisionnement en pétrole irakien ne se tarisse, a bénéficié, après avoir emprunté les circuits de règlement clandestins, à l'Etat irakien, aucune disposition de la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 n'excluant cette situation ; que les juges ajoutent que les échanges commerciaux internationaux de l'Irak étaient, à l'époque des faits, régis par la résolution n° 986 du Conseil de sécurité dont les dispositions interdisaient les surcharges, tout paiement devant impérativement être effectué sur le compte séquestre ; que les juges concluent que les surcharges étaient en conséquence obtenues sans droit ;

Attendu qu'en l'état de ces seules énonciations, d'où il résulte qu'il n'est pas démontré que les commissions occultes, dont le versement était sollicité par les agents de l'Etat irakien,

en marge du marché réglementé par la Résolution n° 986 du 14 avril 1995 du Conseil de sécurité de l'ONU, étaient permises ou requises par la loi ou la réglementation écrites de l'Etat irakien, la cour d'appel a justifié sa décision sans méconnaître l'article 7 de la Convention Européenne des droits de l'homme ;

Qu'en effet, entre dans les prévisions du deuxième alinéa de l'article 435-3 du code pénal dans sa version en vigueur à la date des faits, le fait, pour toute personne physique ou morale, de céder aux sollicitations dépourvues de fondement juridique des agents d'un organisme ayant la qualité de personne chargée d'une mission de service public au sens des mêmes dispositions, relayant une demande de paiement de commissions occultes formulée par les instances représentatives d'un Etat qui en sont les bénéficiaires et à défaut du paiement desquelles toute relation commerciale serait interrompue ;

D'où il suit que les moyens, inopérants en ce qu'ils invoquent la souveraineté de l'Etat irakien, doivent être écartés ;

Sur le quatrième moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour la société Total SA, pris de la violation des articles 6, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4, 12 1-1, 121-2, 121-3, 121-7, 435-3 ancien du code pénal, préliminaire, 388, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour d'appel a déclaré Total S.A. coupable du délit de corruption d'agent public étranger ;

"aux motifs qu'avant d'analyser les infractions reprochées à la SA Total il convient d'en rappeler l'organigramme ainsi que celui de la DTS ; que la SA Total est une société anonyme dont le conseil d'administration était à la date des faits présidé par M. Q... ; que

les travaux du conseil d'administration sont préparés par un comdir (qui assure la coordination des entités) et un Comex instance de direction à laquelle siège le PDG, le vice-président et les directeurs généraux en l'espèce :

\* en 1999 Q... E... XX... (directeur financier)

\* après fusion Q... FF... HH... et XX...)

de 1995 à 2000, la DTS est dirigée par M. B... en « contact » au comex avec M. E... (pas mex) ; que Front office se situe à Londres jusqu'en 2000 divisé en trading du brut et du raffiné (produit) back office se trouve à Paris ; que les collaborateurs de M. B... sont MM. R... (pas de mis en examen car antérieur à la prévention) et C... puis à compter fin 2000 fin 2001 c'est à dire au moment de la fusion avec Elf la DTS est intégrée à la direction générale trading, gaz, électricité dirigée par M. HH... , membre du comex et en même temps pendant un certain temps directeur de la DTS ; que les traders sont transférés à Genève ; qu'en janvier 2002, intervient la séparation de gaz électricité et M. S... devient directeur de la DTS reliée au comex via XX... directeur financier ; qu'il sera la indiqué que les traders traitent 19 000 opérations an et que la prévention qui vise par année 1,5 MB environ porte sur maximum 1% de celles-ci, il est reproché à la SA Total

d'avoir, à Paris et sur le territoire national, entre octobre 2000 et 2002 et depuis temps non couvert par la prescription, cédé aux sollicitations d'agents publics irakiens, personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif dans un État étranger, sollicitant sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elles-mêmes ou pour autrui, afin d'obtenir qu'elles accomplissent ou s'abstiennent d'accomplir un acte de leur fonction, de leur mission ou de leur mandat, ou facilité par leur fonction, leur mission, leur mandat en l'espèce, en finançant, via des intermédiaires, les rétrocessions exigées par les dirigeants irakiens, en contrepartie de la signature des contrats de vente de pétrole brut et de l'octroi de nouveaux contrats ; que sur les faits, il est reproché à la SA Total d'avoir au entre la phase 8 et la phase 12, soit entre octobre 2000 et septembre 2002, payé des surcharges évoluant selon le rapport Volker entre 0,10 et 0,50 dollars le barils soit un montant total de 228 millions de \$ ; que sur cette période TOTAL S.A. va conclure 30 marchés surchargés, étant observé que selon le rapport de la CEI lui-même pour diverses raisons ce sont 99% des marchés qui ne sont pas surchargés ; qu'il sera fait référence pour la liste de ces contrats à la cote D 4817 du dossier d'instruction et indiqué que le montant des surcharges représente pour cette période 40 595 580 \$ ; que la personne morale TOTAL S.A, représentée par M. Peter T... son directeur juridique, lors de l'instruction contestait les faits qui lui sont reprochés ; qu'il indiquait que le système mis en place pour verser des commissions par l'intermédiaire de la société Telliac ne lui paraissait pas illégal même si c'était un "circuit assez opaque qui serait aujourd'hui probablement inacceptable" ; que « C'est certes regrettable qu'on ait créé cette usine à gaz, mais même au coeur de cette usine à gaz je ne vois pas d'activité illégale ; vous avez cité un ou deux passages de l'instruction mais vous n'en avez pas cité d'autres qui montrent d'une part que M. Y... a apporté des affaires lui-même et d'autre part qui expliquent pourquoi Total utilisait ce que les enquêteurs ont qualifié de faux nez ; M. S... oui était notre plus grand spécialiste du trading a parfaitement expliqué les mécanismes du programme oil for food qui auraient pu mettre les policiers sur la véritable explication, celle-ci est que le programme oil for food a alloué des quotas de barils aux différents états, la France, le Japon, la Chine... et si vous vouliez avoir plus que les quotas vous deviez passer par des tiers établis dans d'autres pays. Le programme oil for food réglementait non seulement les Quotas mais aussi le prix du premier marché de la première vente par la Somo à des acheteurs et donc il fallait, en tout cas à l'époque, tenir compte de ce genre de réalité » ; que selon lui, toutes les commissions payées via la société Telliac correspondaient à des commissions payées à des apporteurs d'affaires ; que ces commissions n'étaient pas illégales même si le mécanisme utilisé était extrêmement compliqué ; qu'il ajoutait que la direction de Total ne pouvait pas être au courant du circuit utilisé : "vous avez un système comme dans tous les grands groupes où les organes de la société regardent certaines décisions macroéconomiques des entités, notamment les investissements majeurs supérieures à certains niveaux, puis font faire un contrôle financier des résultats et des écritures des entités, chacune des entités dans un grand groupe comme Total (ça vaut pour d'autres grands groupes) agit avec beaucoup d'autonomie sur le plan opérationnel. Comme on l'a vu dans des affaires plus récentes concernant le secteur financier, les traders sont rémunérés sur un certain nombre de critères notamment le volume des affaires qu'ils apportent ou qu'ils traitent. On peut donc imaginer qu'ils aient mis en place un système leur permettant d'enregistrer des quantités supplémentaires mais en n'en rapportant pas les mécanismes à la hiérarchie ultime notamment les organes de la société. Vous me faites remarquer qu'en l'occurrence le mécanisme impliquait au moins deux entités de Total, TIL et DTS, TIL est une filiale de Total, SA tandis que la DTS est un département. Vous devez savoir que chaque entité d'un grand groupe utilise sur le plan opérationnel des filiales. Nous avons dans le groupe Total 2000 filiales et dans la partie trading il doit y

en avoir une dizaine dont des responsables de la DTS ont la responsabilité opérationnelle » ; qu'il indiquait encore que le système d'allocataires individuels, personnes physiques, n'avait été révélé aux responsables de Total qu'après la fin de la période « Pétrole contre Nourriture » à travers les rapports dans la presse ; que pour les surcharges, les dirigeants de Total avaient connaissance de cette exigence de l'Etat irakien dès le départ ; que toutes les majors dont Total avaient alors cessé d'acquérir du pétrole brut irakien ; que quoiqu'il en soit, le paiement de ces surcharges n'était pas selon lui constitutif de corruption ; qu'il expliquait qu'à partir de la fin 2000 de petites sociétés qui ne disposaient pas de raffinerie avaient des barils ; qu'elles avaient été agréées par leur Etat d'origine et lorsque des traders de Total achetaient à ces sociétés, sur le marché secondaire, ce marché n'était pas réglementé par l'ONU ; que les cargaisons livrées par ces sociétés à Total étaient toutes accompagnées du certificat onusien au premier niveau ; que s'agissant du fait que Total ne souhaitait pas que son nom apparaisse lorsqu'elle payait certaines lettres de crédit pour la société qui contractait avec la SOMO, il disait : « Je pense que vous avez une réponse assez appropriée dans le témoignage de M. S... qui a indiqué pourquoi les traders avaient essayé de cacher de qui provenait le financement : il a expliqué que les traders cachaient de cette manière aux irakiens qui était l'acheteur ultime des cargaisons ; il a précisé aussi que lorsque Total faisait établir des lettres de crédit par la banque, elle vérifiait en même temps auprès des Inspecteurs de l'ONU que la cargaison pour laquelle on établissait ou on faisait établir une lettre de change avait bien un certificat ONU. Les traders essayaient de cacher quelque chose vis à vis des irakiens mais pas vis à vis de l'ONU. C'est pour ça que je persiste à penser et à dire que cette opération est certes une opération opaque mais avec un raisonnement économique compréhensible et deuxièmement pas illégale. » ; que la position officielle de la SA Total était cependant celle d'avoir respecté scrupuleusement dès l'origine l'embargo mis en place par l'ONU en arrêtant ses achats pour les phases 9 à 11 du programme, soit lorsque les surcharges avaient été mises en place ; qu'ainsi M. FF... NN... à l'époque directeur général de l'exploration production et membre du Comex indiquait avoir, dès sa nouvelle politique de la Somo à l'évidence arrêtée par I... G..., indiqué au ministre du pétrole irakien la décision de la SA Total de ne plus enlever de brut dans de telles conditions ; que la seule surcharge affectant un contrat de la phase 8 M / 08/10 n'était d'ailleurs pas acquittée ; que quant à M. HH... , il confirmait avoir reçu un fax de la Somo demandant le paiement de surcharge sur un compte en Jordanie, ce qu'il avait refusé ce qui avait eu pour conséquence que six mois plus tard Total ne pouvait plus s'approvisionner directement à la Somo ; que néanmoins, il apparaissait que Total avait acheté d'importantes quantités de brut irakien auprès de petites sociétés de négoce qui elles-mêmes commercialisaient les allocations attribuées aux personnes dotées de barils en échange de leur action de lobbying pro irakien ; que l'existence de ce recours à un marché parallèle ressortait des investigations menées à partir des activités de M. Jean Y... et du nommé F... ; que deux périodes étaient distinguées ; qu'au cours de la première, deux contrats M/08/99 et M/08/113 datés de septembre 2000 mettaient en évidence un circuit dans le cadre duquel la société Likkart trading se substituait à la société Teillac ; que dans ce schéma Total versait à Likkart une commission de 17 cents par barils, sur laquelle 15 cents étaient reversés à F... qui lui-même versait 463 000 \$ en janvier 2001, soit après la transposition de la Convention OCDE sur le compte de la Frasabank de Beyrouth, alors que peu avant à la réunion de l'OPEP de début septembre 2000 Total avait communiqué sa position anti surcharge ; que dans une deuxième période, postérieure à la transposition en droit français de la convention OCDE les procédés se diversifiaient ; que tous ne seront pas analysés en détail ; qu'ainsi s'agissant du contrat M/11/21 le brut était acheté auprès d'une société agréée avec règlement direct par Total de la lettre de crédit correspondant, au paiement complémentaire intervenant auprès d'une société intermédiaire qui procédait au règlement des surcharges allocataire

PP... contractante

agréée Pitkin intermédiaire Betoil pour l'achat de 1M de barils réglés par Total pour 23M de \$ le 18 juillet 2002, outre un versement à Betoil de 180 453 \$ soit 0,18/baril représentant une surcharge de 60 000 dollars payée le 8 mai ; que dans un autre type de contrat tel que les contrats M/09/29 avec Glencore, M/09/1, 09/04,10/07,10/38 ainsi que le contrat Gunvor M/09/09, l'achat était effectué auprès d'une société agréée, laquelle recevait une prime avec laquelle elle procédait elle-même au règlement des surcharges par virement bancaire ou par dépôt d'espèces sur des comptes ouverts par des personnes physiques au Liban ou en Jordanie ; que dans ce circuit, le règlement de la prime était dissocié de celui du paiement du contrat, dès lors qu'il était obligatoire que l'OSP soit exprimé en euros et que la prime était exprimée en dollar monnaie de compte du trading pétrolier ainsi que l'a précisé à l'audience M. HH... ajoutant que la société Total S.A. connaissait l'OSP et la prime, dont le montant variait de 5 à 50 centimes en tenant compte de la qualité du brut et que les prix des transactions comprenaient l'OSP et X centimes, ainsi que cela fonctionnait s'agissant de l'Irak mais également s'agissant d'autres pays producteurs ; que Total ne saurait donc soutenir que les prix des cargaisons ne permettaient pas à ses filiales de déduire l'existence de surcharges afférentes ; qu'il ressortait des déclarations de déposés de Total que :

- s'agissant de Mme U... opératrice trading elle ne comprenait pas cette distinction ;

- s'agissant de M. S... successeur de M. C... en qualité de directeur pétrole brut au sein de la DTS fin 2000 le directeur de la Somo M. Ali M... avait renouvelé sa demande de surcharges, à laquelle l'opposition de la direction de Total avait été réaffirmée, qu'au début de la phase 9 total avait été informée de la rupture de son approvisionnement, et avait après trois mois de diète découvert que ses concurrents parmi lesquels les big américains s'approvisionnaient en brut irakien auprès de sociétés ayant pignon sur rue ; que Total décidait alors de retourner elle aussi sur le marché en insérant une clause par laquelle son co contractant affirmait n'avoir pas payé de surcharge et qu'il c'était pas l'attributaire de la Somo ; que la SA Total soutient que ses filiales ont pris des précautions en exigeant la signature d'une clause ; que l'insertion de cette clause ne constitue pas une garantie explicite mais s'analyse en une simple clause anti corruption ; qu'en l'espèce, elle démontre a contrario que Total avait connaissance de l'existence des surcharges et se couvrait par l'introduction de cette clause dans les contrats qu'elle signait, sans pour autant l'assortir d'une procédure de contrôle, ce qu'au demeurant M.

HH... admettait ; que par ailleurs, la mise en place de cette clause artificielle, s'accompagnait de la mise en place de société écran et d'un double circuit de financement, l'un officiel lié au paiement du contrat l'autre parallèle du paiement de primes destiné à permettre aux sociétés écrans de payer les surcharges ; que les déclarations du directeur de la société Betoil, fussent-elles à relativiser, corroborent la thèse selon laquelle toutes les sociétés acheteurs finaux avaient connaissance de l'exigence irakienne et le camouflait en le faisant passer pour une commission due à un intermédiaire, même si ce dernier gardait pour lui une part résiduelle ; que le directeur de la société Betoil a par ailleurs indiqué clairement que ces tîmes étaient facturées par lui à TIL sur l'indication de M. Nicolas V..., directeur de la division des achats de brut au MO ; qu'à ce stade, il convient de répondre aux développements effectués par Total dans ses écritures selon lesquels TIL et non SA Total était agréée auprès de la Somo ; qu'en effet il ressort du dossier que TIL, filiale à 100% de SA Total était un simple véhicule juridique utilisé par les dirigeants de Total pour la mise en oeuvre des décisions notamment financières ; qu'à aucun moment du dossier il n'a été démontré ni même allégué que TIL bénéficiait d'une

autonomie décisionnelle ; que bien plus, il a été indiqué que s'agissant de Toisa comme de TIL les opérations comptable» et financières étaient remontées au siège de Total S.A., élément corroboré par les déclarations du dirigeant de Betoil notamment ; que pour le surplus l'avocat de la SA Total reprend les moyens tirés de ce que le paiement des surcharges n'était pas contraire à la loi de l'Etat de l'agent public (« sans droit ») ; que l'Etat irakien est souverain et la cour n'est pas compétente pour statuer sur les mesures gouvernementales d'un État de l'absence d'effet direct des résolutions du conseil de sécurité de l'ONU de ce que l'infraction de corruption d'agent public étranger ne s'applique pas au paiement des surcharges exigé par le gouvernement irakien de l'absence d'acte contraire aux fonctions (« sans droit ») ; que le paiement des surcharges était requis par la loi/réglementation irakienne de l'absence d'enrichissement personnel des agents publics étrangers ; que les surcharges ont bénéficié à la Banque centrale irakienne et ont abondé au budget de l'État irakien de ce que l'embargo est un instrument politique et non juridique alors que l'infraction de corruption vise à protéger l'État et que, §1, de la résolution 986 tempère l'interdiction de verser des surcharges ; qu'il a été déjà répondu supra à ces moyens dans la partie traitant des éléments constitutifs de l'infraction ; que Total a donc choisi après uniquement trois mois d'interruption de rejoindre le marché, en utilisant le marché secondaire dont il était de notoriété qu'il n'échappait pas à la règle des surcharges ; qu'à cet égard il convient de souligner que, contrairement à ce que fait également plaider Total, il ne lui est pas reproché de s'être approvisionnée sur le marché secondaire, mais d'avoir ainsi indirectement payé ces surcharges, l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction à l'époque prévoyant déjà les paiements indirects comme indirects, étant observé que la confusion alléguée par Total entre le calcul des prix opérés dans l'ordonnance de renvoi est sans incidence dès lors qu'est établi le principe même de paiement de surcharges ; que l'article 121-2 du code pénal s'agissant de la responsabilité de la personne morale dispose « les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants » ; que, contrairement à ce que soutient la SA Total un tel revirement de position ne peut avoir été décidé qu'à un niveau élevé de la hiérarchie, s'agissant d'une décision lourde de conséquences dans un climat géopolitique tendu qui devait aboutir, trois mois seulement après le terme de la prévention retenu pour Total, au déclenchement de la seconde guerre d'Irak ; que dans un tel contexte la gestion des approvisionnements de brut irakien, même s'ils ne représentaient pas la totalité des sources d'approvisionnement en pétrole pour cette société, revêtait une importance stratégique déterminante ; qu'en conséquence l'infraction de corruption est imputable à la SA Total ; que certes la doctrine distingue la responsabilité fondée sur une faute individuelle et celle fondée sur une faute organisationnelle et il convient en effet de relever que dans les grandes structures, telles que SA Total la dilution des responsabilités rend mal aisée la recherche d'un ou plusieurs dirigeants, étant observé que les dirigeants ont rarement accompli les faits constitutifs de l'infraction se limitant à les avaliser, voire à donner des accords implicites ; qu'il sera à cet égard relevé que dans le dossier nulle recherche de délégation de pouvoir n'a été effectuée ; qu'en l'espèce M. Q... a toujours indiqué avoir tout ignoré de ce recours au versement de surcharges, le Conseil d'administration de l'époque et lui-même ayant deux préoccupations centrales ; que mener à bien la fusion avec Elf et gérer les suites du drame de l'Erika ; que les membres du Comex ont déclaré que ce point n'avait pas davantage été abordé, celui-ci traitant plutôt de grands engagements financiers ; que tout au plus M. HH... a in fine déclaré à l'audience de la cour «se souvenir avoir parlé de la clause juridique à M. Q..., tout en précisant que ce jour-là ils étaient seuls et non en réunion du conseil d'administration par exemple» ; que l'affirmation de M. Q... selon laquelle tout aurait été traité au niveau de la DTS sans remonter au Comex ou au Conseil d'administration n'est pas crédible alors que le pétrole irakien représente une part importante des approvisionnements de Total , comme adapté aux caractéristiques de

certaines de ces raffineries, sans oublier que Total est née en Irak ; qu'en outre la période était une période de crise politique majeure, comportent des risques de guerre d'invasion, des sanctions internationales fortes ayant privé dans un premier temps les sociétés comme Total de tout approvisionnement irakien, nécessitant la mise en oeuvre d'une stratégie permettant de régler ce conflit sur fond de situation politique perturbée ; que la stratégie adoptée par Total, qui consiste une fois que le robinet irakien est réouvert sous condition, à utiliser parallèlement à la voie légale de l'ONU le marché secondaire en acceptant le dispositif des surcharges, selon des procédés très sophistiqués, est un choix qui relève d'un niveau de décision élevé, notamment à raison des risques pénaux et aussi d'image qu'elle fait courir à l'entreprise ; qu'il est par ailleurs paradoxal de soutenir que la décision de s'opposer au paiement de surcharges dans le cadre des transactions directes avec la Somo aurait été affichée par les dirigeants de Total, et qu'à contrario celle de passer par le second marché, fut-ce en ayant rédigé une clause "Irak", relèverait d'un niveau inférieur ou informel, " des dirigeants de l'une des plus grandes direction de la compagnie", en l'espèce M. B... puis M. HH... , lequel était membre du Comex et siégeait au côté de M. Q..., sans voix délibérative certes, au Conseil d'administration ; qu'il sera souligné également que s'agissant des commissions F... et du volet Teillac, qui revêt une ampleur bien moindre que la décision sus analysée, les préposés de la SA Total entendus sur ce point ont déclaré que "nul doute que M. B..., qui l'a d'ailleurs confirmé, en avait référé à M. E... lequel siégeait au Comex au coté à l'époque de MM. Q..., W... et XX... directeur financier" ; qu'en l'espèce ce choix de 30 paiements corruptifs au cours de la période de la prévention, par leur nature, leur caractère répété et délibéré en période d'embargo relève nécessairement d'une politique commerciale assumée par les dirigeants de Total dans le cadre d'une organisation sophistiquée qui a nécessité une forte implication ; que l'infraction de corruption active d'agents publics étrangers ne peut alors avoir été commise, pour le compte de la société, que par son organe tel qu'il résulte des statuts de la société à l'époque de la société ; qu'il y a lieu de déclarer la SA Total prise en la personne de son organe statutaire à l'époque, coupable de corruption d'agents publics étrangers et de prononcer à son encontre une peine d'amende de 750 000 euros ;

"1°) alors qu'il appartient aux juges du fond de démontrer que les faits poursuivis ont été commis par un organe ou un représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du code pénal ; que la cour d'appel ne pouvait se borner à affirmer, pour imputer la commission de l'infraction à la société demanderesse, que le choix de rejoindre le marché secondaire « ne [pouvait] avoir été décidé qu'à un niveau élevé de la hiérarchie, s'agissant d'une décision lourde de conséquence dans un climat géopolitique tendu [

] » ; qu'en recourant à une simple présomption de fait, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

"2°) alors que la cour d'appel ne pouvait, sans se contredire, à la fois constater que « les traders trait[aient] 19 000 opérations an et que la prévention qui vise par année 1,5 MB environ porte sur maximum 1% de celles-ci » et considérer que « la gestion des approvisionnements de brut irakien, même s'ils ne représentaient pas la totalité des sources d'approvisionnement en pétrole pour cette société, revêtait une importance stratégique déterminante » ;

"3°) alors qu'il appartient aux juges du fond d'identifier l'organe ou le représentant qui aurait commis l'infraction ; qu'en retenant à propos de Total S.A. que « l'infraction de

corruption active d'agents publics étrangers ne peut [

] avoir été commise, pour le compte de la société, que par son organe tel qu'il résulte des statuts de la société à l'époque de la société », la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

"4°) alors qu'il résulte du droit à la présomption d'innocence que la charge de la preuve de l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction pèse sur l'accusation ; que la corruption d'agent public étranger est un délit intentionnel, qui à l'époque de la prévention devait en outre être réalisé « en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international » ; qu'en s'abstenant d'identifier la personne physique ayant pu engager la responsabilité de Total S.A., la cour d'appel a implicitement mais nécessairement manqué de caractériser tant le dol général que le dol spécial du délit, privant ainsi sa décision de base légale et violant le principe précité" ;

Sur le cinquième moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour la société total SA, pris de la violation des articles 112-5, 435-3 ancien du code pénal, préliminaire, 388, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour d'appel a déclaré Total S.A. coupable du délit de corruption d'agent public étranger ;

"aux motifs qu'avant d'analyser les infractions reprochées à la SA Total il convient d'en rappeler l'organigramme ainsi que celui de la DTS ; que la SA Total est une société anonyme dont l'avocat d'administration était à la date des faits présidé par M. Q... ; que

les travaux du conseil d'administration sont préparés par un comdir (qui assure la coordination des entités) et un Comex instance de direction à laquelle siège le PDG, le vice-président et les directeurs généraux en l'espèce :

\* en 1999 Q... E... XX... (directeur financier)

\* après fusion Q... FF... HH... et XX...)

de 1995 à 2000, la DTS est dirigée par M. B... en « contact » au comex avec M. E... (pas mex) ; que Front office se situe à Londres jusqu'en 2000 divisé en trading du brut et du raffiné (produit) back office se trouve à Paris ; que les collaborateurs de M. B... sont MM. R... (pas de mis en examen car antérieur à la prévention) et C... puis à compter fin 2000 fin 2001 c'est à dire au moment de la fusion avec Elf la DTS est intégrée à la direction générale trading, gaz, électricité dirigée par M. HH... , membre du comex et en même temps pendant un certain temps directeur de la DTS ; que les traders sont transférés à Genève ; qu'en janvier 2002, intervient la séparation de gaz électricité et M. S... devient directeur de la DTS reliée au comex via XX... directeur financier ; qu'il sera la indiqué que les traders traitent 19 000 opérations an et que la prévention qui vise par année 1,5 MB environ porte sur maximum 1% de celles-ci, il est reproché à la SA Total d'avoir, à Paris et sur le territoire national, entre octobre 2000 et 2002 et depuis temps non couvert par la prescription, cédé aux sollicitations d'agents publics irakiens, personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif dans un État étranger, sollicitant sans droit, à tout moment,

directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elles-mêmes ou pour autrui, afin d'obtenir qu'elles accomplissent ou s'abstiennent d'accomplir un acte de leur fonction, de leur mission ou de leur mandat, ou facilité par leur fonction, leur mission, leur mandat en l'espèce, en finançant, via des intermédiaires, les rétrocessions exigées par les dirigeants irakiens, en contrepartie de la signature des contrats de vente de pétrole brut et de l'octroi de nouveaux contrats ; que sur les faits, il est reproché à la SA Total d'avoir au entre la phase 8 et la phase 12, soit entre octobre 2000 et septembre 2002, payé des surcharges évoluant selon le rapport Volker entre 0,10 et 0,50 dollars le barils soit un montant total de 228 millions de \$ ; que sur cette période TOTAL S.A. va conclure 30 marchés surchargés, étant observé que selon le rapport de la CEI lui-même pour diverses raisons ce sont 99% des marchés qui ne sont pas surchargés ; qu'il sera fait référence pour la liste de ces contrats à la cote D 4817 du dossier d'instruction et indiqué que le montant des surcharges représente pour cette période 40 595 580 \$ ; que la personne morale TOTAL S.A, représentée par M. Peter T... son directeur juridique, lors de l'instruction contestait les faits qui lui sont reprochés ; qu'il indiquait que le système mis en place pour verser des commissions par l'intermédiaire de la société Telliac ne lui paraissait pas illégal même si c'était un "circuit assez opaque qui serait aujourd'hui probablement inacceptable" ; que « C'est certes regrettable qu'on ait créé cette usine à gaz, mais même au coeur de cette usine à gaz je ne vois pas d'activité illégale ; vous avez cité un ou deux passages de l'instruction mais vous n'en avez pas cité d'autres qui montrent d'une part que M. Y... a apporté des affaires lui-même et d'autre part qui expliquent pourquoi Total utilisait ce que les enquêteurs ont qualifié de faux nez ; M. S... oui était notre plus grand spécialiste du trading a parfaitement expliqué les mécanismes du programme oil for food qui auraient pu mettre les policiers sur la véritable explication, celle-ci est que le programme oil for food a alloué des quotas de barils aux différents états, la France, le Japon, la Chine... et si vous vouliez avoir plus que les quotas vous deviez passer par des tiers établis dans d'autres pays. Le programme oil for food réglementait non seulement les Quotas mais aussi le prix du premier marché de la première vente par la Somo à des acheteurs et donc il fallait, en tout cas à l'époque, tenir compte de ce genre de réalité » ; que selon lui, toutes les commissions payées via la société Telliac correspondaient à des commissions payées à des apporteurs d'affaires ; que ces commissions n'étaient pas illégales même si le mécanisme utilisé était extrêmement compliqué ; qu'il ajoutait que la direction de Total ne pouvait pas être au courant du circuit utilisé : "vous avez un système comme dans tous les grands groupes où les organes de la société regardent certaines décisions macroéconomiques des entités, notamment les investissements majeurs supérieure à certains niveaux, puis font faire un contrôle financier des résultats et des écritures des entités, chacune des entités dans un grand groupe comme Total (ça vaut pour d'autres grands groupes) agit avec beaucoup d'autonomie sur le plan opérationnel. Comme on l'a vu dans des affaires plus récentes concernant le secteur financier, les traders sont rémunérés sur un certain nombre de critères notamment le volume des affaires qu'ils apportent ou qu'ils traitent. On peut donc imaginer qu'ils aient mis en place un système leur permettant d'engranger des quantités supplémentaires mais en n'en rapportant pas les mécanismes à la hiérarchie ultime notamment les organes de la société. Vous me faites remarquer qu'en l'occurrence le mécanisme impliquait au moins deux entités de Total , TIL et DTS, TIL est une filiale de Total , SA tandis que la DTS est un département. Vous devez savoir que chaque entité d'un grand groupe utilise sur le plan opérationnel des filiales. Nous avons dans le groupe Total 2000 filiales et dans la partie trading il doit y en avoir une dizaine dont des responsables de la DTS ont la responsabilité opérationnelle » ; qu'il indiquait encore que le système d'allocataires individuels, personnes physiques, n'avait été révélé aux responsables de Total qu'après la fin de la période « Pétrole contre Nourriture » à travers les rapports dans la presse ; que pour les surcharges, les dirigeants

de Total avaient connaissance de cette exigence de l'Etat irakien dès le départ ; que toutes les majors dont Total avaient alors cessé d'acquérir du pétrole brut irakien ; que quoiqu'il en soit, le paiement de ces surcharges n'était pas selon lui constitutif de corruption ; qu'il expliquait qu'à partir de la fin 2000 de petites sociétés qui ne disposaient pas de raffinerie avaient des barils ; qu'elles avaient été agréées par leur Etat d'origine et lorsque des traders de Total achetaient à ces sociétés, sur le marché secondaire, ce marché n'était pas réglementé par l'ONU ; que les cargaisons livrées par ces sociétés à Total étaient toutes accompagnées du certificat onusien au premier niveau ; que s'agissant du fait que Total ne souhaitait pas que son nom apparaisse lorsqu'elle payait certaines lettres de crédit pour la société qui contractait avec la SOMO, il disait : « Je pense que vous avez une réponse assez appropriée dans le témoignage de M. S... qui a indiqué pourquoi les traders avaient essayé de cacher de qui provenait le financement : il a expliqué que les traders cachaient de cette manière aux irakiens qui était l'acheteur ultime des cargaisons ; il a précisé aussi que lorsque Total faisait établir des lettres de crédit par la banque, elle vérifiait en même temps auprès des Inspecteurs de l'ONU que la cargaison pour laquelle on établissait ou on faisait établir une lettre de change avait bien un certificat ONU. Les traders essayaient de cacher quelque chose vis à vis des irakiens mais pas vis à vis de l'ONU. C'est pour ça que je persiste à penser et à dire que cette opération est certes une opération opaque mais avec un raisonnement économique compréhensible et deuxièmement pas illégale. » ; que la position officielle de la SA Total était cependant celle d'avoir respecté scrupuleusement dès l'origine l'embargo mis en place par l'ONU en arrêtant ses achats pour les phases 9 à 11 du programme, soit lorsque les surcharges avaient été mises en place ; qu'ainsi M. FF... NN... à l'époque directeur général de l'exploration production et membre du Comex indiquait avoir, dès sa nouvelle politique de la Somo à l'évidence arrêtée par I... G..., indiqué au ministre du pétrole irakien la décision de la SA Total de ne plus enlever de brut dans de telles conditions ; que la seule surcharge affectant un contrat de la phase 8 M / 08/10 n'était d'ailleurs pas acquittée ; que quant à M. HH... , il confirmait avoir reçu un fax de la Somo demandant le paiement de surcharge sur un compte en Jordanie, ce qu'il avait refusé ce qui avait eu pour conséquence que six mois plus tard Total ne pouvait plus s'approvisionner directement à la Somo ; que néanmoins, il apparaissait que Total avait acheté d'importantes quantités de brut irakien auprès de petites sociétés de négoce qui elles-mêmes commercialisaient les allocations attribuées aux personnes dotées de barils en échange de leur action de lobbying pro irakien ; que l'existence de ce recours à un marché parallèle ressortait des investigations menées à partir des activités de M. EE... Y... et du nommé F... ; que deux périodes étaient distinguées ; qu'au cours de la première, deux contrats M/08/99 et M/08/113 datés de septembre 2000 mettaient en évidence un circuit dans le cadre duquel la société Likkart trading se substituait à la société Teillac ; que dans ce schéma Total versait à Likkart une commission de 17 cents par barils, sur laquelle 15 cents étaient reversés à F... qui lui-même versait 463 000 \$ en janvier 2001, soit après la transposition de la Convention OCDE sur le compte de la Frasabank de Beyrouth, alors que peu avant à la réunion de l'OPEP de début septembre 2000 Total avait communiqué sa position anti surcharge ; que dans une deuxième période, postérieure à la transposition en droit français de la convention OCDE les procédés se diversifiaient ; que tous ne seront pas analysés en détail ; qu'ainsi s'agissant du contrat M/11/21 le brut était acheté auprès d'une société agréée avec règlement direct par Total de la lettre de crédit correspondant, au paiement complémentaire intervenant auprès d'une société intermédiaire qui procédait au règlement des surcharges allocataire PP... contractante agréée Pitkin intermédiaire Betoil pour l'achat de 1M de barils réglés par Total pour 23M de \$ le 18 juillet 2002, outre un versement à Betoil de 180 453 \$ soit 0,18/baril représentant une surcharge de 60 000 dollars payée le 8 mai ; que dans un autre type de contrat tel que les contrats M/09/29 avec Glencore, M/09/1,

09/04,10/07,10/38 ainsi que le contrat Gunvor M/09/09, l'achat était effectué auprès d'une société agréée, laquelle recevait une prime avec laquelle elle procédait elle-même au règlement des surcharges par virement bancaire ou par dépôt d'espèces sur des comptes ouverts par des personnes physiques au Liban ou en Jordanie ; que dans ce circuit, le règlement de la prime était dissocié de celui du paiement du contrat, dès lors qu'il était obligatoire que l'OSP soit exprimé en euros et que la prime était exprimée en dollar monnaie de compte du trading pétrolier ainsi que l'a précisé à l'audience M.

HH... ajoutant que la société Total S.A. connaissait l'OSP et la prime, dont le montant variait de 5 à 50 centimes en tenant compte de la qualité du brut et que les prix des transactions comprenaient l'OSP et X centimes, ainsi que cela fonctionnait s'agissant de l'Irak mais également s'agissant d'autres pays producteurs ; que Total ne saurait donc soutenir que les prix des cargaisons ne permettaient pas à ses filiales de déduire l'existence de surcharges afférentes ; qu'il ressortait des déclarations de préposés de Total que :

- s'agissant de Mme U... opératrice trading elle ne comprenait pas cette distinction ;

- s'agissant de M. S... successeur de M. C... en qualité de directeur pétrole brut au sein de la DTS fin 2000 le directeur de la Somo M. Ali M... avait renouvelé sa demande de surcharges, à laquelle l'opposition de la direction de Total avait été réaffirmée, qu'au début de la phase 9 total avait été informée de la rupture de son approvisionnement, et avait après trois mois de diète découvert que ses concurrents parmi lesquels les big américains s'approvisionnaient en brut irakien auprès de sociétés ayant pignon sur rue ; que Total décidait alors de retourner elle aussi sur le marché en insérant une clause par laquelle son co contractant affirmait n'avoir pas payé de surcharge et qu'il n'était pas l'attributaire de la Somo ; que la SA Total soutient que ses filiales ont pris des précautions en exigeant la signature d'une clause ; que l'insertion de cette clause ne constitue pas une garantie explicite mais s'analyse en une simple clause anti corruption ; qu'en l'espèce, elle démontre a contrario que Total avait connaissance de l'existence des surcharges et se couvrait par l'introduction de cette clause dans les contrats qu'elle signait, sans pour autant l'assortir d'une procédure de contrôle, ce qu'au demeurant M.

HH... admettait ; que par ailleurs, la mise en place de cette clause artificielle, s'accompagnait de la mise en place de société écran et d'un double circuit de financement, l'un officiel lié au paiement du contrat l'autre parallèle du paiement de primes destiné à permettre aux sociétés écrans de payer les surcharges ; que les déclarations du directeur de la société Betoil, fussent-elles à relativiser, corroborent la thèse selon laquelle toutes les sociétés acheteurs finaux avaient connaissance de l'exigence irakienne et le camouflait en le faisant passer pour une commission due à un intermédiaire, même si ce dernier gardait pour lui une part résiduelle ; que le directeur de la société Betoil a par ailleurs indiqué clairement que ces tînmes étaient facturées par lui à TIL sur l'indication de M. Nicolas V..., directeur de la division des achats de brut au MO ; qu'à ce stade, il convient de répondre aux développements effectués par Total dans ses écritures selon lesquels TIL et non SA Total était agréée auprès de la Somo ; qu'en effet il ressort du dossier que TIL, filiale à 100% de SA Total était un simple véhicule juridique utilisé par les dirigeants de Total pour la mise en oeuvre des décisions notamment financières ; qu'à aucun moment du dossier il n'a été démontré ni même allégué que TIL bénéficiait d'une autonomie décisionnelle ; que bien plus, il a été indiqué que s'agissant de Toisa comme de TIL les opérations comptable» et financières étaient remontées au siège de Total S.A., élément corroboré par les déclarations du dirigeant de Betoil notamment ; que pour le surplus l'avocat de la SA Total reprend les moyens tirés de ce que le paiement des surcharges n'était pas contraire à la loi de l'Etat de l'agent public (« sans droit ») ; que l'Etat irakien est souverain et la cour n'est pas compétente pour statuer sur les mesures

gouvernementales d'un État de l'absence d'effet direct des résolutions du conseil de sécurité de l'ONU de ce que l'infraction de corruption d'agent public étranger ne s'applique pas au paiement des surcharges exigé par le gouvernement irakien de l'absence d'acte contraire aux fonctions (« sans droit ») ; que le paiement des surcharges était requis par la loi/réglementation irakienne de l'absence d'enrichissement personnel des agents publics étrangers ; que les surcharges ont bénéficié à la Banque centrale irakienne et ont abondé au budget de l'État irakien de ce que l'embargo est un instrument politique et non juridique alors que l'infraction de corruption vise à protéger l'État et que, §1, de la résolution 986 tempère l'interdiction de verser des surcharges ; qu'il a été déjà répondu supra à ces moyens dans la partie traitant des éléments constitutifs de l'infraction ; que Total a donc choisi après uniquement trois mois d'interruption de rejoindre le marché, en utilisant le marché secondaire dont il était de notoriété qu'il n'échappait pas à la règle des surcharges ; qu'à cet égard il convient de souligner que, contrairement à ce que fait également plaider Total, il ne lui est pas reproché de s'être approvisionnée sur le marché secondaire, mais d'avoir ainsi indirectement payé ces surcharges, l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction à l'époque prévoyant déjà les paiements indirects comme indirects, étant observé que la confusion alléguée par Total entre le calcul des prix opérés dans l'ordonnance de renvoi est sans incidence dès lors qu'est établi le principe même de paiement de surcharges ; que l'article 121-2 du code pénal s'agissant de la responsabilité de la personne morale dispose « les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants » ; que, contrairement à ce que soutient la SA Total un tel revirement de position ne peut avoir été décidé qu'à un niveau élevé de la hiérarchie, s'agissant d'une décision lourde de conséquences dans un climat géopolitique tendu qui devait aboutir, trois mois seulement après le terme de la prévention retenu pour Total, au déclenchement de la seconde guerre d'Irak ; que dans un tel contexte la gestion des approvisionnements de brut irakien, même s'ils ne représentaient pas la totalité des sources d'approvisionnement en pétrole pour cette société, revêtait une importance stratégique déterminante ; qu'en conséquence l'infraction de corruption est imputable à la SA Total ; que certes la doctrine distingue la responsabilité fondée sur une faute individuelle et celle fondée sur une faute organisationnelle et il convient en effet de relever que dans les grandes structures, telles que SA Total la dilution des responsabilités rend mal aisée la recherche d'un ou plusieurs dirigeants, étant observé que les dirigeants ont rarement accompli les faits constitutifs de l'infraction se limitant à les avaliser, voire à donner des accords implicites ; qu'il sera à cet égard relevé que dans le dossier nulle recherche de délégation de pouvoir n'a été effectuée ; qu'en l'espèce M. Q... a toujours indiqué avoir tout ignoré de ce recours au versement de surcharges, le Conseil d'administration de l'époque et lui-même ayant deux préoccupations centrales ; que mener à bien la fusion avec Elf et gérer les suites du drame de l'Erika ; que les membres du Comex ont déclaré que ce point n'avait pas davantage été abordé, celui-ci traitant plutôt de grands engagements financiers ; que tout au plus M. HH... a in fine déclaré à l'audience de la cour «se souvenir avoir parlé de la clause juridique à M. Q..., tout en précisant que ce jour-là ils étaient seuls et non en réunion du conseil d'administration par exemple» ; que l'affirmation de M. Q... selon laquelle tout aurait été traité au niveau de la DTS sans remonter au Comex ou au Conseil d'administration n'est pas crédible alors que le pétrole irakien représente une part importante des approvisionnements de Total , comme adapté aux caractéristiques de certaines de ces raffineries, sans oublier que Total est née en Irak ; qu'en outre la période était une période de crise politique majeure, comportent des risques de guerre d'invasion, des sanctions internationales fortes ayant privé dans un premier temps les sociétés comme Total de tout approvisionnement irakien, nécessitant la mise en oeuvre d'une stratégie permettant de régler ce conflit sur fond de situation politique perturbée ; que la stratégie adoptée par Total, qui consiste une fois que le robinet irakien est réouvert sous

condition, à utiliser parallèlement à la voie légale de l'ONU le marché secondaire en acceptant le dispositif des surcharges, selon des procédés très sophistiqués, est un choix qui relève d'un niveau de décision élevé, notamment à raison des risques pénaux et aussi d'image qu'elle fait courir à l'entreprise ; qu'il est par ailleurs paradoxal de soutenir que la décision de s'opposer au paiement de surcharges dans le cadre des transactions directes avec la Somo aurait été affichée par les dirigeants de Total , et qu'à contrario celle de passer par le second marché, fut-ce en ayant rédigé une clause "Irak", relèverait d'un niveau inférieur ou informel, " des dirigeants de l'une des plus grandes direction de la compagnie", en l'espèce M. B... puis M. HH... , lequel était membre du Comex et siégeait au côté de M. Q..., sans voix délibérative certes, au Conseil d'administration ; qu'il sera souligné également que s'agissant des commissions F... et du volet Teillac, qui revêt une ampleur bien moindre que la décision sus analysée, les préposés de la SA Total entendus sur ce point ont déclaré que "nul doute que M. B..., qui l'a d'ailleurs confirmé, en avait référé à M. E... lequel siégeait au Comex au coté à l'époque de MM. Q..., W... et XX... directeur financier" ; qu'en l'espèce ce choix de 30 paiements corruptifs au cours de la période de la prévention, par leur nature, leur caractère répété et délibéré en période d'embargo relève nécessairement d'une politique commerciale assumée par les dirigeants de Total dans le cadre d'une organisation sophistiquée qui a nécessité une forte implication ; que l'infraction de corruption active d'agents publics étrangers ne peut alors avoir été commise, pour le compte de la société, que par son organe tel qu'il résulte des statuts de la société à l'époque de la société ; qu'il y a lieu de déclarer la SA Total prise en la personne de son organe statutaire à l'époque, coupable de corruption d'agents publics étrangers et de prononcer à son encontre une peine d'amende de 750 000 euros ;

"1°) alors qu'il appartient aux juges de restituer aux faits leur véritable qualification ; qu'une articulation péremptoire des écritures qui saisissaient la cour d'appel faisait valoir que seules les filiales TIL et Total SA ont conclu les opérations visées à la prévention, de sorte que la mise en cause de Total S.A. n'aurait pu reposer que sur la complicité prêtée à ses filiales pour les acquisitions sur le marché secondaire ; que toutefois, l'article 113-5 du code pénal impose, pour la poursuite d'un acte de complicité commis sur le territoire français d'un délit commis à l'étranger, que la condition de double incrimination soit remplie et que cette infraction ait été constatée par une décision définitive de la juridiction étrangère ; qu'une telle poursuite était impossible en l'espèce, en l'absence de toute condamnation définitive à l'étranger ; qu'en s'abstenant de répondre à cette argumentation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

"2°) alors que la cour d'appel ne pouvait considérer que les achats de barils en aval, sur le marché secondaire, relevaient nécessairement d'une démarche corruptrice, sans répondre aux conclusions de Total S.A. qui faisaient valoir que la revente aux filiales de Total S.A. des cargaisons achetées par les sociétés de trading auprès de la Somo n'était pas prévue ab initio, que ses filiales ne rachetaient souvent qu'une partie des cargaisons et que cette opération intervenait postérieurement au paiement de la surcharge, lorsque celle-ci avait été exigée par la Somo auprès de la société de trading primo-acquéreuse ;

"3°) alors que la cour d'appel n'était pas fondée à déduire de la dissociation entre le règlement de la prime et le paiement du contrat le fait que Total S.A. connaissait l'existence de surcharges, sans répondre aux conclusions qui expliquaient le détail du prix sur le marché secondaire, et notamment la marge commerciale de la société de trading ;

"4°) alors que la cour d'appel ne pouvait qualifier les sociétés de trading de « sociétés écrans » ou de « petites sociétés de négoce », lorsque la demanderesse soulignait dans ses conclusions qu'elle achetait sur le marché secondaire à traders connus et reconnus tels que Glencore, Gunvore ou Western" ;

Vu les observations complémentaires déposées par M. Didier Bouthors pour M .A... le 23 septembre 2016, par lesquelles il déclare s'associer aux moyens présentés par les autres demandeurs concernant l'infraction de corruption d'agents publics étrangers ;

Vu les observations complémentaires déposées par la SCP Spinosi et Sureau pour M. B... le 3 octobre 2016, par lesquelles il déclare s'approprier les moyens conformes à son intérêt invoqués par les autres demandeurs ;

Vu les observations complémentaires déposées par la SCP Waquet, Farge et Hazan pour M. HH... le 24 février 2017, par lesquelles il déclare s'associer aux moyens des autres demandeurs concernant l'infraction de corruption d'agents publics étrangers ;

Les moyens étant réunis ;

Attendu que, pour déclarer la société Total coupable du délit de corruption d'agents publics étrangers, l'arrêt, après avoir relevé que la période des faits correspondait à une crise politique majeure, sur fond de risque de guerre, des sanctions fortes ayant, dans un premier temps, privé des sociétés comme Total, de tout approvisionnement irakien, et analysé l'organigramme de la société, énonce qu'en l'absence de toute délégation, la stratégie de cette société consistant à utiliser le marché secondaire en acceptant le règlement de surcharges, est un choix, notamment en raison du risque pénal et d'atteinte à l'image qu'il fait courir à l'entreprise, qui appartient au plus haut niveau de la hiérarchie de Total , c'est à dire de son organe tel qu'il résulte des statuts de la société, à savoir le comité exécutif (COMEX) au sein duquel ont siégé successivement MM. Alain E..., supérieur hiérarchique de M. B..., et HH... , par ailleurs responsables de la DTS ; que les juges ajoutent que l'insertion, dans les contrats conclus par les filiales de Total pour l'achat de pétrole, d'une clause "anti-corruption" précisant que le co-contractant affirmait ne pas avoir payé de surcharges, sans pour autant l'assortir d'une procédure de contrôle, démontre que la prévenue avait connaissance de l'existence des surcharges et a cherché à se couvrir, tout en mettant en place un double circuit de financement, l'un officiel lié au paiement du contrat, le second relatif au paiement de primes permettant à des sociétés écrans de régler lesdites surcharges ; que la cour d'appel constate encore que, d'une part, la société TIL, filiale à 100% de la société Total, qui ne bénéficiait pas d'une autonomie financière et décisionnelle et dont les opérations comptables remontaient au siège de la société Total, était un simple véhicule juridique utilisé par les dirigeants de Total pour la mise en oeuvre des décisions financières, d'autre part, les modalités de paiement du contrat, exprimées en euros tandis que la prime l'était en dollars, permettaient aux filiales de Total de déduire l'existence de surcharges ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a retenu que l'infraction de corruption

d'agents publics étrangers avait été commise, pour le compte de la personne morale, par le COMEX, organe de celle-ci, et a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions régulièrement déposées devant elle, a justifié sa décision ;

D'où il suit que les moyens ne sauraient être accueillis ;

Sur le quatrième moyen de cassation, proposé par la SCP Waquet, Farge et Hazan pour M. HH... , pris de la violation des articles 121-3, 121-6, 121-7, 435-3 du code pénal et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a déclaré M. Bernard HH... complice des faits de corruption d'agent public étranger ;

"aux motifs qu'il est reproché à la SA Total d'avoir au entre la phase 8 et la phase 12, soit entre octobre 2000 et septembre 2002, payé des surcharges évoluant selon le rapport Volker entre 0,10 et 0,50 dollars le barils soit un montant total de 228 millions de \$ ; que sur cette période TOTAL S.A. va conclure 30 marchés surchargés, étant observé que selon le rapport de la CEI lui-même pour diverses raisons ce sont 99% des marchés qui ne sont pas surchargés ; qu'il sera fait référence pour la liste de ces contrats à la cote D 4817 du dossier d'instruction et indiqué que le montant des surcharges représente pour cette période 40 595 580 \$ ; (...); que, néanmoins, il apparaissait que Total avait acheté d'importantes quantités de brut irakien auprès de petites sociétés de négoce qui elles-mêmes commercialisaient les allocations attribuées aux personnes dotées de barils en échange de leur action de lobbying pro irakien ; que l'existence de ce recours à un marché parallèle ressortait des investigations menées à partir des activités de M. EE... Y... et du nommé F... ; que deux périodes étaient distinguées ; qu'au cours de la première, deux contrats M/08/99 et M/08/113 datés de septembre 2000 mettaient en évidence un circuit dans le cadre duquel la société Likkart trading se substituait à la société Teillac ; que dans ce schéma Total versait à Likkart une commission de 17 cents par barils, sur laquelle 15 cents étaient reversés à F... qui lui-même versait 463 000 \$ en janvier 2001, soit après la transposition de la Convention OCDE sur le compte de la Frasabank de Beyrouth, alors que peu avant à la réunion de l'OPEP de début septembre 2000 Total avait communiqué sa position anti surcharge ; que dans une deuxième période, postérieure à la transposition en droit français de la convention OCDE les procédés se diversifiaient ; que tous ne seront pas analysés en détail ; qu'ainsi s'agissant du contrat M/11/21 le brut était acheté auprès d'une société agréée avec règlement direct par Total de la lettre de crédit correspondant, au paiement complémentaire intervenant auprès d'une société intermédiaire qui procédait au règlement des surcharges allocataire PP... contractante agréée Pitkin intermédiaire Betoil pour l'achat de 1M de barils réglés par Total pour 23M de \$ le 18 juillet 2002, outre un versement à Betoil de 180 453 \$ soit 0,18/baril représentant une surcharge de 60 000 dollars payée le 8 mai ; que dans un autre type de contrat tel que les contrats M/09/29 avec Glencore, M/09/1, 09/04, 10/07, 10/38 ainsi que le contrat Gunvor M/09/09, l'achat était effectué auprès d'une société agréée, laquelle recevait une prime avec laquelle elle procédait elle-même au règlement des surcharges par virement bancaire ou par dépôt d'espèces sur des comptes ouverts par des personnes physiques au Liban ou en Jordanie ; que dans ce circuit, le règlement de la prime était dissocié de celui du paiement du contrat, dès lors qu'il était obligatoire que l'OSP soit exprimé en euros et que la prime était exprimée en dollar

monnaie de compte du trading pétrolier ainsi que l'a précisé à l'audience M.

HH... ajoutant que la société Total S.A. connaissait l'OSP et la prime, dont le montant variait de 5 à 50 centimes en tenant compte de la qualité du brut et que les prix des transactions comprenaient l'OSP et X centimes, ainsi que cela fonctionnait s'agissant de l'Irak mais également s'agissant d'autres pays producteurs ; que Total ne saurait donc soutenir que les prix des cargaisons ne permettaient pas à ses filiales de déduire l'existence de surcharges afférentes ; qu'il ressortait des déclarations de préposés de Total que :

- s'agissant de Mme U... opératrice trading elle ne comprenait pas cette distinction ;

- s'agissant de M. S... successeur de M. C... en qualité de directeur pétrole brut au sein de la DTS fin 2000 le directeur de la Somo M. Ali M... avait renouvelé sa demande de surcharges, à laquelle l'opposition de la direction de Total avait été réaffirmée, qu'au début de la phase 9 total avait été informée de la rupture de son approvisionnement, et avait après trois mois de diète découvert que ses concurrents parmi lesquels les big américains s'approvisionnaient en brut irakien auprès de sociétés ayant pignon sur rue ; que Total décidait alors de retourner elle aussi sur le marché en insérant une clause par laquelle son co contractant affirmait n'avoir pas payé de surcharge et qu'il c'était pas l'attributaire de la Somo; que la SA Total soutient que ses filiales ont pris des précautions en exigeant la signature d'une clause ; que l'insertion de cette clause ne constitue pas une garantie explicite mais s'analyse en une simple clause anti corruption ; qu'en l'espèce, elle démontre a contrario que Total avait connaissance de l'existence des surcharges et se couvrait par l'introduction de cette clause dans les contrats qu'elle signait, sans pour autant l'assortir d'une procédure de contrôle, ce qu'au demeurant M.

HH... admettait ; que par ailleurs, la mise en place de cette clause artificielle, s'accompagnait de la mise en place de société écran et d'un double circuit de financement, l'un officiel lié au paiement du contrat l'autre parallèle du paiement de primes destiné à permettre aux sociétés écrans de payer les surcharges ; que les déclarations du directeur de la société Betoil, fussent-elles à relativiser, corroborent la thèse selon laquelle toutes les sociétés acheteurs finaux avaient connaissance de l'exigence irakienne et le camouflait en le faisant passer pour une commission due à un intermédiaire, même si ce dernier gardait pour lui une part résiduelle ; que le directeur de la société Betoil a par ailleurs indiqué clairement que ces tînmes étaient facturées par lui à TIL sur l'indication de M. Nicolas V..., directeur de la division des achats de brut au MO ; (...) ; que Total a donc choisi après uniquement trois mois d'interruption de rejoindre le marché, en utilisant le marché secondaire dont il était de notoriété qu'il n'échappait pas à la règle des surcharges ; qu'à cet égard il convient de souligner que, contrairement à ce que fait également plaider Total, il ne lui est pas reproché de s'être approvisionnée sur le marché secondaire, mais d'avoir ainsi indirectement payé ces surcharges, l'article 435-3 du code pénal dans sa rédaction à l'époque prévoyant déjà les paiements indirects comme indirects, étant observé que la confusion alléguée par Total entre le calcul des prix opérés dans l'ordonnance de renvoi est sans incidence dès lors qu'est établi le principe même de paiement de surcharges ; que l'article 121-2 du code pénal s'agissant de la responsabilité de la personne morale dispose « les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants » ; que, contrairement à ce que soutient la SA Total un tel revirement de position ne peut avoir été décidé qu'à un niveau élevé de la hiérarchie, s'agissant d'une décision lourde de conséquences dans un climat géopolitique tendu qui devait aboutir, trois mois seulement après le terme de la prévention retenu pour Total, au déclenchement de la seconde guerre d'Irak ; que dans un tel contexte la gestion des approvisionnements de brut irakien, même s'ils ne représentaient pas la totalité des sources d'approvisionnement en pétrole pour

cette société, revêtait une importance stratégique déterminante ; qu'en conséquence l'infraction de corruption est imputable à la SA Total ; que certes la doctrine distingue la responsabilité fondée sur une faute individuelle et celle fondée sur une faute organisationnelle et il convient en effet de relever que dans les grandes structures, telles que SA Total la dilution des responsabilités rend mal aisée la recherche d'un ou plusieurs dirigeants, étant observé que les dirigeants ont rarement accompli les faits constitutifs de l'infraction se limitant à les avaliser, voire à donner des accords implicites ; qu'il sera à cet égard relevé que dans le dossier nulle recherche de délégation de pouvoir n'a été effectuée ; qu'en l'espèce M. Q... a toujours indiqué avoir tout ignoré de ce recours au versement de surcharges, le Conseil d'administration de l'époque et lui-même ayant deux préoccupations centrales ; que mener à bien la fusion avec Elf et gérer les suites du drame de l'Erika ; que les membres du Comex ont déclaré que ce point n'avait pas davantage été abordé, celui-ci traitant plutôt de grands engagements financiers ; que tout au plus M. HH... a in fine déclaré à l'audience de la cour "se souvenir avoir parlé de la clause juridique à M. Q..., tout en précisant que ce jour-là ils étaient seuls et non en réunion du conseil d'administration par exemple" ; que l'affirmation de M. Q... selon laquelle tout aurait été traité au niveau de la DTS sans remonter au Comex ou au Conseil d'administration n'est pas crédible alors que le pétrole irakien représente une part importante des approvisionnements de Total, comme adapté aux caractéristiques de certaines de ces raffineries, sans oublier que Total est née en Irak ; qu'en outre la période était une période de crise politique majeure, comportant des risques de guerre d'invasion, des sanctions internationales fortes ayant privé dans un premier temps les sociétés comme Total de tout approvisionnement irakien, nécessitant la mise en oeuvre d'une stratégie permettant de régler ce conflit sur fond de situation politique perturbée ; que la stratégie adoptée par Total, qui consiste une fois que le robinet irakien est réouvert sous condition, à utiliser parallèlement à la voie légale de l'ONU le marché secondaire en acceptant le dispositif des surcharges, selon des procédés très sophistiqués, est un choix qui relève d'un niveau de décision élevé, notamment à raison des risques pénaux et aussi d'image qu'elle fait courir à l'entreprise ; qu'il est par ailleurs paradoxal de soutenir que la décision de s'opposer au paiement de surcharges dans le cadre des transactions directes avec la Somo aurait été affichée par les dirigeants de Total, et qu'à contrario celle de passer par le second marché, fut-ce en ayant rédigé une clause "Irak", relèverait d'un niveau inférieur ou informel, "des dirigeants de l'une des plus grandes directions de la compagnie", en l'espèce M. B... puis M. HH..., lequel était membre du Comex et siégeait au côté de M. Q..., sans voix délibérative certes, au Conseil d'administration ; qu'il sera souligné également que s'agissant des commissions F... et du volet Teillac, qui revêt une ampleur bien moindre que la décision sus analysée, les préposés de la SA Total entendus sur ce point ont déclaré que "nul doute que M. B..., qui l'a d'ailleurs confirmé, en avait référé à M. E... lequel siégeait au Comex au côté à l'époque de MM. Q..., W... et XX... directeur financier" ; qu'en l'espèce ce choix de 30 paiements corruptifs au cours de la période de la prévention, par leur nature, leur caractère répété et délibéré en période d'embargo relève nécessairement d'une politique commerciale assumée par les dirigeants de Total dans le cadre d'une organisation sophistiquée qui a nécessité une forte implication ; que l'infraction de corruption active d'agents publics étrangers ne peut alors avoir été commise, pour le compte de la société, que par son organe tel qu'il résulte des statuts de la société à l'époque de la société ; qu'il y a lieu de déclarer la SA Total prise en la personne de son organe statutaire à l'époque, coupable de corruption d'agents publics étrangers ; qu'il est reproché à M. HH... d'avoir à Paris et sur le territoire national, entre octobre 2000 et 2002 et depuis temps non couvert par la prescription, sciemment, par aide et assistance, facilité la préparation ou la consommation du délit de corruption d'agents publics étrangers commis par un ou plusieurs dirigeants de la SA TOTAL et par la personne morale TOTAL SA, en l'aidant ou en l'assistant sciemment dans sa

préparation ou sa consommation et s'en être ainsi rendu complice, en l'espèce en autorisant et en organisant en toute connaissance de cause, en sa qualité de directeur trading gaz et électricité de TOTAL, le financement des rétrocessions exigées par les dirigeants Irakiens en contrepartie de l'octroi de contrats ; qu'il convient de préciser que la période de prévention va en réalité du 1er octobre 2000, date d'entrée en vigueur de la loi de 2000 transposant la convention OCDE de 1997, et s'achève le 31 décembre 2001, date du départ de M. HH... de la SA TOTAL ; (

) ; qu'il est concerné par les mêmes contrats que la SA TOTAL soit 30 contrats ayant donné lieu par le canal de circuits financiers divers mais tous "discrets" au versement de 40 millions 595 580 euros de surcharges sur des comptes ouverts à la Frasabank de Beyrouth et à la Jordan Bank de Amman; que comme indiqué dans la partie consacrée à la SA TOTAL la cote D 4817 reprend les contrats ; que dès lors que l'on retient que M. HH... a cessé ses fonctions le 31 décembre 2001 pour prendre sa retraite, sa responsabilité pénale éventuelle cesse à la fin de la phase 10 du programme « OFF » s'achevant elle-même le 30 novembre ; qu'en conséquence ce sont seuls 20 contrats qui ont été conclu alors qu'il était au sein de la SA TOTAL, pour un montant de 37 millions 979 350 euros, le dernier contrat étant le M/10/66 conclu avec Delta Petroleum ; qu'il connaissait dès son arrivée à la DTS l'existence de surcharges et n'ignorait pas qu'elles étaient destinées à financer les dirigeants irakiens ; qu'il indiquait à propos des surcharges : « Il y a eu à partir d'un moment que je situerais au début de l'année 2000, une demande de la SOMO pour payer des compléments de prix pour tout achat de brut SOMO, c'est à dire des sommes s'ajoutant au prix contractuel à verser sur des comptes au Moyen Orient hors la vue des Nations-Unies. Le groupe a refusé de payer ces compléments. Les enlèvements ont été réduits dans un premier temps et arrêtés dans un deuxième temps. Quand la SOMO a mis fin à son exigence, les enlèvements ont repris. Ce devait être fin 2001/début 2002. Les versements complémentaires étaient de la même nature qu'une commission mais le programme « Pétrole contre Nourriture » n'autorisait pas, sur le plan du principe, ces paiements ; qu'au regard de ses fonctions et de son autorité attachées à ses fonctions à la DTS mais aussi au Comex et au conseil d'administration, organe ultime de décision de la compagnie, il disposait des pouvoirs de s'opposer à la continuation des achats de brut irakien sous le marché secondaire ou parallèle ; qu'il indiquait qu'à ce titre, quand en 2000 il avait eu connaissance des demandes de la SOMO, il avait indiqué à M. François S..., "que nous ne paierons pas de commissions" sans qu'il y ait eu débat sur le sujet et rendu compte au président du groupe, sans discussion dans le cadre du Comex, du Codir ou avec d'autres dirigeants du groupe ; que M. François S... avait reçu ces instructions à charge pour lui de les diffuser auprès des membres du services et en particulier au collaborateur en contact avec la SOMO ; qu'il n'ignore pas que les relations que la SA TOTAL continue d'entretenir après le système des surcharges avec des intermédiaires proposant du brut Irakien sont à risques ; que cependant il ne met pas en place au sein de la DTS un système de contrôle interne lui permettant d'exercer pleinement ses fonctions de directeur ; que certes, il s'inquiète du rôle de la société Telliac au fonctionnement de laquelle il ne voulait pas être associé de près ou de loin, dont le rôle économique n'apparaissait pas et dont la plus value de l'intermédiaire était dès le premier abord inexistant ; que pour ce faire il demande une note à son collaborateur M. YY..., directeur financier de la DTS, sur la base d'un document manuscrit du 11 mars 2000, note dont par la suite il indiquera l'avoir, soit égarée, soit pas même reçue ; qu'il convient de souligner que les investigations demandées initialement le sont sur la SA Teillac pour l'unique raison que le prévenu connaissait les agissements de M. Y... par ailleurs ; qu'il reste que cette note figure au dossier (D293) et que donc M. HH... ne peut soutenir qu'elle n'a pas existé, d'autant que son scripteur affirme l'avoir bien fait parvenir à son destinataire ; que sur la base de cette note M. HH... estime que les anomalies

relevées sont minimales et demande à M. YY... de poursuivre ses investigations sur d'autres contrats passés sur le marché secondaire ; que M. HH... précise que le PDG prend les décisions d'investissement et que le comité d'exécution en débat ; qu'il appartient au PDG de présenter au Conseil d'administration les décisions stratégiques ; qu'à l'audience devant la cour l'avocat de M. HH... rappelle que celui-ci a intégré la société TOTAL SA en mars 2000 et qu'il a été chargé de regrouper les activités trading de TOTAL SA et de ELF à Genève ; qu'il affirme que la lettre de M. YY... portant mention au niveau de l'objet « TELLAC S.A. BARILS BRUTS IRAKIENS » été rédigée en mai 2000, c'est-à-dire à une période au cours de laquelle il n'y a pas de surcharges ; que M. HH... affirme avoir demandé à M. YY... de lui signaler les anomalies susceptibles de se présenter dans le cadre des activités de TOTAL SA et de vérifier qu'aucune transaction n'était contraire à la Convention de l'OCDE ; qu'il affirme que la lettre de M. YY..., même si elle n'a pas été reçue par lui, n'était pas très alarmante ; que sur la note du 11 mai 2000, alors que M. YY... a indiqué que M. HH... lui avait demandé de regarder comment se passait la procédure interne pour le paiement d'honoraires à la société Tellac qui obtenait des cargaisons pétrolières, il disait que six ans et demi après, M. YY... a un souvenir précis que lui n'a pas ; qu'il affirme qu'il a, en huit mois, mis en oeuvre une nouvelle organisation commune et que, en tant que directeur général, il n'avait aucune raison de demander un audit des transactions des sociétés TOTAL SA et TIL mais demandé à ce qu'on lui signale des éléments qui méritaient sa vigilance et n'avoir reçu aucun signalement excepté s'agissant de la Russie et du Nigeria ; que l'avocat de M. HH... affirme que M. François S... a dit à M. HH... que la SOMO exigeait des surcharges au mois de juin-juillet 2001, soit postérieurement à la phase 8 ; que M. François S... avait dit à la SOMO que les surcharges ne seraient pas payées sur les contrats TOTAL, FINA et ELF et que, en conséquence, la SOMO a affirmé que les contrats ne seraient pas renouvelés ; que M. HH... affirme que le groupe TOTAL est revenu sur le marché secondaire car, début janvier, ils ont eu vent du fait que les entreprises anglo-saxonnes (Exon, BP,...) étaient revenues et que, dès lors, le risque d'enlever des barils entachés de surcharges était faible ; qu'en outre, il affirme que le pétrole était acheté au prix du marché ; qu'il affirme également que l'acquisition sur le marché secondaire était faite au vu et au su des Nations-Unies et qu'ils ignoraient tout du primo acheteur, étant observé qu'il était obligatoire que l'OSP soit exprimé en euro et que la prime était exprimée en dollar car c'est la monnaie de compte du trading pétrolier et que la société TOTAL SA connaissait l'OSP et la prime ; que les prix des transactions apportées comprenaient l'OSP et X centimes ; qu'il affirme que cela fonctionnait ainsi s'agissant de l'Irak mais également s'agissant d'autres pays producteurs ; qu'il affirme que la prime variait de 5 à 50 centime en tenant compte de la qualité du brut qui s'est détériorée au fil des mois ; que M. HH... affirme que ce qu'il a dit lors de son audition sur l'hypocrisie du programme « Pétrole contre nourriture » était relatif au refus de la France d'accepter la proposition américaine de revenir sur la liste des entreprises agréées ; M. HH... affirme que lorsqu'il a dit que « tous les Etats étaient au courant », il voulait dire que tous les Etats étaient au courant après la publication du rapport VOLCKER ; que M. HH... indique ne pas connaître MM. ZZ... et AA... et qu'ils n'ont jamais établi la preuve de ce qu'un membre de la DTS de TOTAL SA savait ; que selon lui, les éléments précis dont parle M. ZZ... concernent des transactions postérieures à son départ de la société TOTAL SA ; qu'il affirme également que les déclarations de M. François S... démontrent qu'il ne souhaitait pas que le prix de l'OSP soit versé à la société BETOIL mais qu'il préférerait verser la prime ; que M. HH... affirme que les transactions ont été faites par la société TOTAL SA après avoir fait signer une clause qui avait été validée par des juristes et avalisée par des confrères ; qu'il affirme en outre que la connaissance des surcharges est intervenue au moment de la publication du rapport VOLCKER ; que s'agissant de la clause, il soutient

qu'il ne s'agissait pas d'une clause de pure forme puisque certains vendeurs ont refusé de la signer et l'ont écartée et qu'elle faisait jurisprudence dans l'industrie pétrolière en 2001 ; qu'il rappelle qu'il existe une direction juridique au sein de la DTS ; que M.

HH... affirme avoir dit à M. Q... que la DTS avait pris la décision d'insérer une clause et ce, en dehors du comité exécutif, sans se souvenir des circonstances précises de la conversation et que M. Q... et lui étaient seuls lors de cette conversation ; qu'il précise que M. Q... n'a pris aucune décision, lesquelles ont été prises par lui et M. S... ; que M. HH... affirme, s'agissant du contrat M II/54 que la société TOTAL SA n'a pas eu connaissance du contrat conclu entre les sociétés PETROLIVA et BETOIL mais uniquement du contrat conclu entre les sociétés BETOIL et TOTSA ; que son avocat précise que ce qui se passe en amont n'est absolument pas connu de la société TOTAL SA ; que M. HH... affirme que les contrats cités dans l'ORTC couvrent vingt ou trente cargaisons et que lorsque le magistrat instructeur affirme que «TOTAL a enlevé un contrat», il s'agit en réalité, pour la société TOTAL SA, d'enlever des cargaisons sur ce contrat ; que son avocat soutient l'absence d'infraction principale de corruption par TOTAL SA et plaide comme les autres avocats :

- que la violation de l'embargo (prévue à l'article 459 du code des douanes) n'était pas réprimée à l'époque des faits - qu'aucun versement n'a été effectué à un agent public étranger pour son profit personnel ; qu'il invoque en outre l'absence d'acte positif de complicité dès lors que M. HH... n'a pas exercé une fonction opérationnelle de trading et a pris des mesures de vigilance au moment de la fusion, en insérant une clause qui n'était pas une clause de style ; qu'il fait valoir l'absence d'élément intentionnel ; qu'au-delà de ses réponses embarrassées à l'audience devant la cour, il reste que pour des raisons économiques et pour ne pas laisser la place à la concurrence, il a pris la décision du retour sur le marché secondaire ; que dès lors qu'il connaissait les exigences de surcharges depuis 2000 exigences qui s'appliquaient depuis la phase 8 et qu'enfin la transposition de la convention OCDE venait d'être adoptée par le Parlement et entrait en vigueur le 1er octobre, il a sciemment arbitrédans le sens du retour sur le marché secondaire ; que comme il n'ignorait pas les risques qu'il prenait et faisait prendre à la SA TOTAL, il se couvre par une clause dite de garantie, susceptible d'être plus justement qualifiée de clause de non responsabilité, dans la mesure où il sait que le respect de cette clause par les cocontractants est invérifiable, ce qu'il a au demeurant admis lors de son audition devant les services de police ; que cette décision caractérise l'acte positif de complicité de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, étant observé que s'agissant de la caractérisation de l'infraction principale, la cour a répondu, ce du 1er octobre 2000 au 31 décembre 2001” ;

”1°) alors que la complicité suppose un fait principal punissable et un acte de complicité accompli volontairement et sciemment ; que M. HH... a fait valoir, offres de preuve à l'appui, qu'au moment où la décision fut prise de revenir sur le marché secondaire, au vu des informations disponibles, l'équipe de trading de Total et lui-même étaient fondés à croire que les surcharges n'étaient pas systématiquement appliquées et qu'il était donc possible d'acheter des cargaisons y échappant moyennant un certain nombre de mesures préventives, notamment de contrôle des caractéristiques de la cargaison disponible (prix, volume, qualité du vendeur, certificat d'authentification des Nations-Unies, acceptation de la clause de garantie) ; que l'arrêt, qui constate que « les surcharges étaient appliquées de façon aléatoire, selon les Etats et même les cargaisons » et que « selon le rapport de la CEI [Commission d'Enquête Indépendante] elle-même pour diverses raisons ce sont 99% des marchés qui ne sont pas surchargés », ne pouvait écarter ces mesures comme étant artificielles ou inopérantes au motif, insuffisant et abstrait, qui n'en précise pas l'ampleur

dans les faits, qu'« il était de notoriété qu'il [le marché secondaire] n'échappait pas à la règle des surcharges », qu' « est établi le principe même de paiement de surcharges » et que M. HH... connaissait « l'existence de surcharges »; que la cour n'a pas légalement justifié sa décision ;

"2°) alors que tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier la décision ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; que M. HH... faisait valoir que, dans le cadre des contrats M/09/29, M/09/1, M/09/04, M/10/07, M/10/38 et M/09/09, conclus alors qu'il était en fonction, TOTAL s'était adressée à des sociétés de négoce de premier plan, telles que Glencore et Gunvor, et avait contracté à des niveaux de prix et de prime parfaitement conformes au prix du marché, y compris au regard des primes enregistrées par les filiales de trading de Total lorsqu'elles même revendaient à d'autres compagnies le pétrole acquis auprès de la Somo à une époque où les surcharges n'existaient pas, de sorte qu'aucune surcharge n'était décelable au vu de la prime ; qu'en retenant que Total se couvrait par l'introduction d'une simple clause anti-surcharge sans pour autant l'assortir d'une procédure de contrôle et qu'il ne peut être soutenu « que les prix des cargaisons ne permettaient pas (

) de déduire l'existence de surcharges afférentes » aux motifs que « le règlement de la prime était dissocié de celui du paiement du contrat dès lors qu'il était obligatoire que l'OSP soit exprimé en euros et que la prime était exprimée en dollar monnaie de compte du trading pétrolier » et que « la société Total SA connaissait l'OSP et la prime, dont le montant variait de 5 à 50 centimes en tenant compte de la qualité du brut et que les prix des transactions contenaient l'OSP et X centimes

», ce qui, pourtant, était précisément de nature à permettre le contrôle, au niveau de Total , pour chaque contrat, de la conformité du montant de la prime aux conditions du marché et à exclure, en présence d'une prime conforme, tout paiement volontaire et conscient d'une surcharge, la cour a statué par des motifs inopérants ;

"3°) alors qu'en s'abstenant dès lors de rechercher concrètement, par un examen des prix et primes des cargaisons acquises en 2001 si le paiement d'une surcharge était décelable ou non, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale ;

"4°) alors que l'arrêt a expressément retenu que la période de prévention ne pouvait couvrir, du fait du départ à la retraite de M. HH... , que la période d'octobre 2000 à décembre 2001 ; que les motifs affirmant que M. HH... « est concerné par les mêmes 30 contrats que la société Total » et se fondant sur le type de contrats conclu avec la société Betoil, en 2002, sont dès lors inopérants ;

"5°) alors qu'en faisant grief à M.HH... de n'avoir « pas mis en place au sein de la DTS un système de contrôle interne lui permettant d'exercer pleinement ses fonctions de directeur » au motif « que les relations que la SA Total continue d'entretenir après le système des surcharges avec des intermédiaires proposant du brut Irakien sont à risques » et de s'être couvert par une clause dite de garantie, décrite comme « artificielle » et « s'accompagna(nt) de la mise en place de société écran et d'un double circuit de financement, l'un officiel lié au paiement du contrat, l'autre parallèle du paiement de primes destiné à permettre aux sociétés écrans de payer les surcharges », après avoir

pourtant constaté que Total avait cessé tout approvisionnement en brut irakien pendant trois mois à partir de septembre 2000 et sans mieux s'expliquer sur les conclusions de M. HH... qui faisaient valoir que dans le cadre du fonctionnement normal du marché international du pétrole, dit secondaire ou parallèle bien que non interdit par l'ONU, les sociétés de négoce offrent à l'achat, moyennant paiement d'une prime correspondant au profit du vendeur, des cargaisons de pétrole à la suite d'une chaîne de contrats « d'achat/revente », que l'ensemble des cargaisons acquises entre octobre 2000 et décembre 2001 l'avaient été auprès d'entreprises de négoce de premier rang sans montage ni intermédiaire, que tous les exemples cités par le ministère public dans la requête d'appel pour tenter de démontrer l'existence de circuits qualifiés « d'opaques » ou la mise en place « d'écran » au moment des surcharges concernaient uniquement l'année 2002 et donc des marchés conclus après le départ de M. HH... et qu'enfin, le paiement en deux devises à la demande de l'Irak avait été mis en pratique pour tous les acheteurs bien avant que se pose la question des surcharges et approuvé par le Comité 661, l'arrêt attaqué a privé sa décision de motifs” ;

Sur le cinquième moyen de cassation, proposé par la SCP Waquet, Farge et Hazan pour M. HH... , pris de la violation des articles 121-3, 121-6, 121-7, 435-3 du code pénal, 388 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

”en ce que l'arrêt attaqué a déclaré M. HH... coupable de complicité du délit de corruption d'agent public étranger et l'a condamné à une peine de 30 000 euros d'amende pour des faits commis entre octobre 2000 et décembre 2001 ;

”aux motifs qu'en l'espèce, ce choix de 30 paiements corruptifs au cours de la période de la prévention, par leur nature, leur caractère répété et délibéré en période d'embargo relève nécessairement d'une politique commerciale assumée par les dirigeants de TOTAL dans le cadre d'une organisation sophistiquée qui a nécessité une forte implication ; que l'infraction de corruption active d'agents public étranger ne peut alors avoir été commise, pour le compte de la société, que par son organe tel qu'il résulte des statuts de la société à l'époque de la société ; (

) ; qu'il [M. HH... ] est concerné par les mêmes contrats que la SA TOTAL soit 30 contrats ayant donné lieu par le canal de circuits financiers divers mais tous “discrets” au versement de 40 millions 595 580 euros de surcharges sur des comptes ouverts à la Frasabank de Beyrouth et à la Jordan Bank de Amman ; que comme indiqué dans la partie consacrée à la SA TOTAL la cote D 4817 reprend les contrats ; que dès lors que l'on retient que M. HH... a cessé ses fonctions le 31 décembre 2001 pour prendre sa retraite, sa responsabilité pénale éventuelle cesse à la fin de la phase 10 du programme « OFF » s'achevant elle-même le 30 novembre; en conséquence, ce sont seuls 20 contrats qui ont été conclus alors qu'il était au sein de la SA TOTAL, pour un montant de 37 millions 979 350 euros, le dernier contrat étant le M/10/66 conclu avec Delta Petroleum ;

”alors que l'ordonnance de renvoi, qui fixe l'étendue de la saisine de la juridiction de jugement, indique la qualification légale du fait imputé et, de façon précise, les motifs pour lesquels il existe ou non contre le prévenu des charges suffisantes ; qu'en l'espèce, l'ordonnance de renvoi comporte un tableau global, récapitulant toute une série de

contrats passés par Total entre octobre 2000 et 2002 ; que cette ordonnance n'a cependant développé de charges précises, concernant M. HH... , que pour certains d'entre eux ; que ce dernier, contestant le chiffre de 16 contrats surchargés qui avait été retenu par le ministère public dans ses réquisitions pour un montant de 37 millions de USD, faisait valoir que le juge d'instruction n'avait retenu à charge contre lui que 9 contrats pour l'année 2001, ceux à l'analyse desquels des griefs avaient pu être articulés, les autres n'ayant fait l'objet d'aucun développement dans l'ordonnance faute d'éléments à charge; qu'en retenant que M.HH... est concerné par 20 contrats, pour un montant de 37 millions 979 350 euros, au seul motif qu'ils « ont été conclus alors qu'il était au sein de la SA Total », la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision et a excédé ses pouvoirs en dépassant les limites de sa saisine” ;

Les moyens étant réunis ;

Attendu que, pour déclarer M. HH... coupable du délit de complicité de corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de 20 contrats d'un montant total de 37 979 350 euros conclus entre le mois d'octobre 2000 et le 31 décembre 2001, date de son départ à la retraite, l'arrêt énonce que le prévenu exerçait les fonctions de directeur trading shipping, ce qui lui conférait la responsabilité de l'ensemble du commerce international de pétrole brut et des produits pétroliers, et que, siégeant à ce titre, d'une part, au sein du Comex, qui arrête la stratégie du groupe et auquel sont soumis, pour décision, tous les investissements importants, d'autre part, au conseil d'administration sans voix délibérative, il disposait ainsi des pouvoirs de s'opposer à l'acquisition de brut irakien sur le marché secondaire ou parallèle ; que les juges ajoutent qu'ayant connaissance de l'existence des surcharges et de leurs bénéficiaires dès son arrivée chez la société Total, il s'est abstenu de mettre en place un système de contrôle interne à la DTS lui permettant d'exercer pleinement ses fonctions de directeur et a pris la décision de revenir s'approvisionner sur le marché secondaire pour des raisons économiques et pour ne pas laisser la place à la concurrence ; que la cour d'appel retient également qu'il n'ignorait pas les risques qu'il prenait et faisait prendre à la société Total, prétendant être couvert par une clause de non-responsabilité alors qu'il a admis dans le cadre de l'information qu'il avait conscience que le respect de celle-ci par les co-contractants était invérifiable ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas excédé sa saisine, a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions régulièrement déposées devant elle et caractérisé, en tous ses éléments, tant matériel qu'intentionnel, le délit de complicité de corruption d'agents publics étrangers dont elle a déclaré le prévenu coupable ;

D'où il suit que les moyens, qui reviennent à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne sauraient être accueillis ;

Sur le cinquième moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour M. X..., pris de la violation des articles 435-3 du code pénal, préliminaire, 388, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

”en ce que la cour d’appel a déclaré le demandeur coupable du chef de corruption d’agent public étranger au titre de faits commis en 2003 ;

”aux motifs que M. X..., non seulement connaissait comme tout un chacun le principe général d’exigences de surcharges, mais il ressort des scellés 194 et 259 qu’il connaît le montant de la première tranche de surcharges ce au centimes près, le nom de la société écran utilisée par Vitol, son implantation à Hong Kong, le nom du navire transportant cette cargaison et la date d’enlèvement de la cargaison ; qu’il ressort par ailleurs du dossier que son rôle dans le fonctionnement du dispositif allait au-delà de celui de consultant en application du contrat de 1998. En effet il est établi qu’il contre signe les contrats avec la Somo, ainsi qu’il l’a répété à l’audience devant la cour, pour permettre à la société Vitol, considérée en Irak comme “angle saxonne d’obtenir des contrats ; que l’allocataire des contrats n’est pas Vitol LTD mais lui ; que ce faisant il excède les termes de son contrat de consultant qui précisément lui interdisait, sauf autorisation spéciale, d’engager Vitol ; que les enquêteurs ont retrouvé une facturation de la société Peakville au bénéfice de SB consultants de décembre 2002 de 25 000 S et un ordre de virement du 19 mars 2003 au nom de Peakville au bénéfice de SB consultant d’un montant de 250 000 \$ ; que par ailleurs M. X... est mis en cause par les déclarations d’un co- prévenu corroborées par les éléments matériels trouvés chez lui et sur lui un document (scellé 259) écrit de sa main et ainsi libellé “ 250 217 Peakville Hong Kong 31 mai 2001 Eliko “ ce qui correspond à la surcharge payée le 25 juin 2001 par cette société sur ordre de Vitol pour le contrat M/09/97 attribué à M. X... sur le bateau eliko ; que sur ce point M. X... a donné des explications très variables déclarant tantôt que cette note lui avait dictée par un membre de Vitol, plus précisément l’assistante de la Vice présidente, qualité qui n’a jamais été celle de Mme OO..., et que ce texte avait été une révélation pour lui sur les agissements de Vitol, avant de dire que cet appel pouvait émaner d’un représentant de la Somo ; que devant le magistrat instructeur il a par ailleurs indiqué avoir poursuivi ses relations avec Vitol LTD en connaissance des surcharges « car il pensait, à compter de la phase 10, que le système des surcharges serait supprimé, ce qui était au demeurant arrivé en septembre 2002 ; qu’il est par ailleurs mis en cause par les déclarations de Mme OO... qui elle n’a pas la qualité de co-mis en examen, mais de salariée de Vitol LTD, qui a reconnu les faits et n’a donc aucun motif contrairement à ce qu’il soutient à l’audience à témoigner à charge à son encontre, et qui a clairement indiqué que c’était M. X... qui avait porté à sa connaissance les demandes de surcharges ; qu’il sera aussi noté que le directeur juridique de la Vitol LTD a déclaré que Mme OO... avait rencontré à une réunion de l’Opep M. X... qui avait dit être prêt à commercialiser les allocations de barils qu’il obtenait par l’intermédiaire de Vitol, le directeur financier, M. BB..., ayant lui ajouté que Vitol

avait rémunéré M. X... pour lui procurer du pétrole. Reste que si le second contrat comme le premier entre dans la période de prévention le versement de la surcharge corruptive intervient le 16 janvier 2003 soit quinze jours après l’expiration de la période visée à la prévention en page 209 cite l’ordonnance de renvoi. Mais il n’y a pas lieu pour autant de considérer que le dispositif de cette ordonnance emporte non-lieu partiel de pour ce versement ; que, par ailleurs tant lors de l’interrogatoire de première comparution et de la mise en examen de M. X..., que lors d’une audition cotée D. 1218 il est spécifiquement interrogé sur ce contrat M/09/97 ; qu’en outre ce contrat est repris dans le corps de l’ordonnance de renvoi notamment dans le tableau récapitulatif des contrats et la date de versement de la surcharge figure au bas de ce tableau. En conséquence la rédaction de la prévention comporte une simple erreur matérielle qui ne fait pas grief à M. X... et ne fait pas obstacle à sa condamnation éventuelle au titre de ce versement. Devant la cour M.

X... a soutenu que le paiement de la somme de mars 2003 représentait en réalité un "rattrapage de sommes non payées depuis longue date dans le cadre de son contrat de consultant "mais ce sans pouvoir en apporter le moindre commencement de preuve. Bien que M. X... conteste avoir participé directement ou indirectement au paiement de surcharges aux autorités irakiennes, réglées par Peakville pour le compte de Vitol, il apparaît que sur le produit de la commercialisation de pétrole par la société Vitol, de droit suisse, celle-ci versait à M. X... les sommes qui lui revenait, sous la cause apparente de son contrat de consultant, puis via interposition d'une société « Peakvill » versaient des sommes sur les comptes bancaires ouverts en Jordanie des agents irakiens, ce afin que soit maintenues les allocations comme les représentants de la Somo l'avaient fait connaître à M. X... ; qu'il a été répondu aux moyens de droit développés par son conseil supra ; qu'il y a lieu de déclarer M. X... coupable des chefs de corruption d'agents publics étrangers pour les faits commis de 2000 à 2003 ;

"alors que le tribunal correctionnel est saisi des infractions de sa compétence par le renvoi ordonné par la juridiction d'instruction ; qu'en l'espèce, l'ordonnance de renvoi visait exclusivement des faits commis « à compter d'octobre 2000, courant 2001, 2002 », de sorte que tout acte survenu postérieurement était nécessairement exclu de la saisine du tribunal ; que la cour d'appel ne pouvait considérer que l'absence de référence à l'année 2003 relevait d'« une simple erreur matérielle qui ne fait pas grief à M. X... et ne fait pas obstacle à sa condamnation éventuelle au titre de ce versement" ;

Sur le sixième moyen de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour M. X..., pris de la violation des articles 111-3, 111-4, 121-1, 435-3 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour d'appel a déclaré le demandeur coupable du chef de corruption d'agent public étranger ;

"aux motifs que M. X..., non seulement connaissait comme tout un chacun le principe général d'exigences de surcharges, mais il ressort des scellés 194 et 259 qu'il connaît le montant de la première tranche de surcharges ce au centimes près, le nom de la société écran utilisée par VITOL, son implantation à Hong Kong, le nom du navire transportant cette cargaison et la date d'enlèvement de la cargaison ; qu'il ressort par ailleurs du dossier que son rôle dans le fonctionnement du dispositif allait au-delà de celui de consultant en application du contrat de 1998 ; qu'en effet il est établi qu'il contre signe les contrats avec la Somo, ainsi qu'il l'a répété à l'audience devant la cour, pour permettre à la société VITOL, considérée en Irak comme anglo saxonne d'obtenir des contrats ; que l'allocataire des contrats n'est pas Vitol LTD mais lui ; que ce faisant il excède les termes de son contrat de consultant qui précisément lui interdisait, sauf autorisation spéciale, d'engager VITOL ; que les enquêteurs ont retrouvé une facturation de la société Peakville au bénéfice de SB consultants de décembre 2002 de 25 000 S et un ordre de virement du 19 mars 2003 au nom de Peakville au bénéfice de SB consultant d'un montant de 250 000 \$ ; que par ailleurs M. X... est mis en cause par les déclarations d'un co prévenu corroborées par les éléments matériels trouvés chez lui et sur lui un document (scellé 259) écrit de sa main et ainsi libellé " 250 217 Peakville Hong Kong 31 mai 2001 Eliko " ce qui correspond à la surcharge payée le 25 juin 2001 par cette société sur ordre de VITOL pour le contrat M/09/97 attribué à M. X... sur le bateau eliki ; que sur ce point M. X... a donné des explications très variables déclarant tantôt que cette note lui avait dictée par un

membre de VITOL, plus précisément l'assistante de la Vice présidente, qualité qui n'a jamais été celle de Mme OO..., et que ce texte avait été une révélation pour lui sur les agissements de VITOL, avant de dire que cet appel pouvait émaner d'un représentant de la SOMO ; que devant le magistrat instructeur il a par ailleurs indiqué avoir poursuivi ses relations avec VITOL LTD en connaissance des surcharges « car il pensait, à compter de la phase 10, que le système des surcharges serait supprimé, ce qui était au demeurant arrivé en septembre 2002 ; qu'il est par ailleurs mis en cause par les déclarations de Mme OO... qui elle n'a pas la qualité de co mis en examen, mais de salariée de Vitol LTD, qui a reconnu les faits et n'a donc aucun motif contrairement à ce qu'il soutient à l'audience à témoigner à charge à son encontre, et qui a clairement indiqué que c'était M. X... qui avait porté à sa connaissance les demandes de surcharges ; qu'il sera aussi noté que le directeur juridique de la Vitol LTD a déclaré que Mme OO... avait rencontré à une réunion de l'Opep M. X... qui avait dit être prêt à commercialiser les allocations de barils qu'il obtenait par l'intermédiaire de VITOL, le directeur financier, M. BB..., ayant lui ajouté que VITOL avait rémunéré M. X... pour lui procurer du pétrole ; que si le second contrat comme le premier entre dans la période de prévention le versement de la surcharge corruptive intervient le 16 janvier 2003 soit 15 jours après l'expiration de la période visée à la prévention en page 209 cite l'ordonnance de renvoi ; qu'il n'y a pas lieu pour autant de considérer que le dispositif de cette ordonnance emporte non-lieu partiel de pour ce versement ; que par ailleurs tant lors de l'interrogatoire de première comparution et de la mise en examen de M. X..., que lors d'une audition cotée D1218 il est spécifiquement interrogé sur ce contrat M/09/97 ; qu'en outre ce contrat est repris dans le corps de l'ordonnance de renvoi notamment dans le tableau récapitulatif des contrats et la date de versement de la surcharge figure au bas de ce tableau ; qu'en conséquence la rédaction de la prévention comporte une simple erreur matérielle qui ne fait pas grief à M. X... et ne fait pas obstacle à sa condamnation éventuelle au titre de ce versement ; que devant la cour M. X... a soutenu que le paiement de la somme de mars 2003 représentait en réalité un "rattrapage de sommes non payées depuis longue date dans le cadre de son contrat de consultant "mais ce sans pouvoir en apporter le moindre commencement de preuve ; que M. X... conteste avoir participé directement ou indirectement au paiement de surcharges aux autorités irakiennes, réglées par Peakville pour le compte de VITOL, il apparaît que sur le produit de la commercialisation de pétrole par la société VITOL, de droit suisse, celle -ci versait à M. X... les sommes qui lui revenait, sous la cause apparente de son contrat de consultant, puis via interposition d'une société « Peakvill » versaient des sommes sur les comptes bancaires ouverts en Jordanie des agents irakiens, ce afin que soit maintenues les allocations comme les représentants de la Somo l'avaient fait connaître à M. X... ; qu'il a été répondu aux moyens de droit développés par son conseil supra ; qu'il y a lieu de déclarer M. X... coupable des chefs de corruption d'agents publics étrangers pour les faits commis de 2000 à 2003” ;

”1°) alors que nul n'est pénalement responsable que de son propre fait ; qu'en déclarant le demandeur coupable du chef de corruption d'agent public étranger, en qualité d'auteur, en s'appuyant sur la prétendue connaissance qu'il avait des agissements de la société Vitol, la cour d'appel a méconnu ce principe ;

”2°) alors qu'en retenant que M. X... contre-signait les contrats avec la Somo, et qu'il « excédait » ainsi « les termes de son contrat de consultant qui précisément lui interdisait, sauf autorisation spéciale, s'engager Vitol », sans expliquer en quoi il aurait participé au versement de surcharges à l'Etat irakien, la cour d'appel n'a pas caractérisé l'élément matériel du délit de corruption d'agent public étranger à l'encontre du demandeur” ;

Les moyens étant réunis ;

Attendu que, pour déclarer M. X... coupable du délit de corruption d'agents publics étrangers, l'arrêt énonce que le prévenu, qui signait les contrats avec la Somo afin de permettre à la société Vitol Ltd d'acquérir du pétrole, avait une connaissance précise de l'existence des surcharges ainsi que le démontrent les déclarations d'un co-prévenu et les mentions d'un document écrit de sa main, saisi à son domicile, récapitulant les caractéristiques de celle payée le 25 juin 2001 par la société Peakville sur les instructions de la société Vitol Ltd, dont une des salariées, Mme OO..., le met également en cause comme l'ayant informée des demandes de surcharges et lui ayant indiqué être prêt à commercialiser, par l'intermédiaire de la société Vitol Ltd, les allocations de pétrole dont il était le bénéficiaire ; que les juges relèvent que, si le versement de la surcharge corruptive du second des deux contrats mis à la charge de l'intéressé et conclus durant la période de prévention, n'est intervenu que le 16 janvier 2003, soit quinze jours après l'expiration de la période visée à la prévention, il ressort tant de son interrogatoire de première comparution que d'une autre de ses auditions, qu'il a été interrogé sur ledit contrat qui est repris dans le corps de l'ordonnance de renvoi, notamment dans le tableau récapitulatif des contrats, la date de versement de la surcharge figurant au bas dudit tableau, et concluent que la rédaction de la prévention comporte une erreur matérielle qui ne fait pas obstacle à sa condamnation au titre de ce versement ; que la cour d'appel constate que la société Vitol Ltd versait d'une part, à M. X... les sommes lui revenant sur le produit de la commercialisation de pétrole dont il était l'allocataire, sous couvert de son contrat de consultant, d'autre part, par l'intermédiaire de la société Peakville, sur les comptes bancaires ouverts en Jordanie au nom des agents irakiens, les montants des surcharges conditionnant l'attribution future des allocations de pétrole ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, et dès lors que, d'une part, le versement de la surcharge corruptive intervenu le 16 janvier 2003, constitue, avec le contrat M/10/78 conclu durant la période de prévention, une opération unique, d'autre part, la contre-signature de deux contrats de commercialisation de pétrole par le prévenu qui avait connaissance de l'existence des commissions occultes les assortissant, caractérise le délit de corruption d'agents publics étrangers, la cour d'appel, qui n'a pas excédé sa saisine, a justifié sa décision ;

D'où il suit que les moyens, qui reviennent à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne sauraient être accueillis ;

Mais sur le premier moyen de cassation, proposé par la SCP Seveaux-Mathonnet pour M. Y..., pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 121-1, 121-6 et 121-7 du code pénal, L.242-6 du code de commerce, du décret n° 90-681 du 1er août 1990, préliminaire, 388 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale, violation de la présomption d'innocence, violation des droits de la défense ;

”en ce que l’arrêt attaqué a condamné M. Y... du chef de complicité d’abus de biens sociaux à une peine de 100 000 euros d’amende ;

”aux motifs que, s’agissant des infractions reprochées à M. Y..., en mai 1997 M. Y... créait la SA Teillac et signait avec TIL des contrats d’assistance achat/revente pétrole dans CEI et en Irak ; qu’il est prévenu de complicité d’abus de biens sociaux au préjudice de Total via le versement entre 1999 et 2000 à F... et les personnes qui le représentent de fonds reçus de Total dans le cadre de la commercialisation d’un contrat de brut irakien via des versements en avril 2001 de fonds provenant de Total destinés à rémunérer des intervenants dans le cadre conclus (sic) avec des pays de la CEI ; qu’à ce titre, il recevra entre 1997 et 2001 de Total 10 097 977 francs suisses ; que sur ces sommes il reversera 6 655 734 francs suisses et 1 245 154 \$, ce qui représente une fois les conversions dans la même unité opérées 79 % des sommes reçues de Total ; qu’au dossier figure la liste des 11 tiers bénéficiaires, dont le nom de F... apparaît une fois ; qu’il ressortait des notes du service comptable de Total (DD... et II...) que son rôle était purement passif se limitant à exécuter les instructions de la DTS et d’adresser à Total des factures fictives dans la mesure où ce n’est pas lui qui fixe le coût de son travail mais Total qui lui adresse les calculs et les instructions pour que la totalité des sommes reparte vers d’autres comptes de sociétés et de particuliers ; que la plupart portent des noms à connotations russes et y figure notamment une société Mesgrove qui n’est autre qu’une entité dirigée par un trader de Total en Russie ; que s’agissant de la commission Mesgrove payée le 12 avril 2001, elle a été calculée sur la base de 13 centimes de francs suisses par baril, pour une cargaison de 1 308 000 barils et son coût s’élève à 294 000 francs suisses ; qu’elle est accompagnée d’une note de calcul de II... ; que M. EE... Y... ne contestait pas que son rôle se limitait à transférer l’argent au profit de prestataires de Total sur la base des calculs du service comptable de celle-ci ; que, quant aux cadres de la DTS, ils ne pouvaient que reconnaître ce rôle au regard des documents trouvés sur lesquels tout était indiqué (taux de commission, bénéficiaire, date de versement, opération s’y rattachant) ; les auditions de MM. Patrick B..., de Jean Michel C..., Alain CC..., Jean DD..., chef comptable confirment toutes le schéma de ces opérations ; qu’on peut relever en 2001 deux versements du 20 mars 2001 (solde d’un contrat avec la CEI de 1999) ou le 19 avril Teillac SA reçoit 294 000 CHF alors que II... écrit le 9 « avant vous allez recevoir

à transférer a mesgrove (sic) + d’autres noms russes » et où la SA Teillac émet une facture à DTS le 10 4 payée le 12 par TIL ; que ce versement est le dernier intervenu à raison de l’entrée en vigueur de la loi de 2000 ; quant à M. Y..., il a dit avoir avec M. B... des liens personnels quasi familiaux ; qu’il a dit « oui je travaille pour Total mais quoi exactement ? ». « Je communique oralement à B... et R... (non poursuivi) des éléments sur les possibilités ou non de conclure des contrats »

« des éléments utiles sur les mouvements pétroliers » ; que ni chez lui ni au sein de Total ne seront retrouvées de pièces justifiant de la réalité de ses prestations ; qu’il admet in fine « qu’à travers Teillac SA il transfère de l’argent a (sic) des prestataires de Total sur instructions de la DTS, l’intérêt de Total de passer par lui et de payer au lieu de le faire directement se résumant dans la volonté d’éloigner le versement de commissions » ; que les destinataires sont souvent désignés sous des lettres de l’alphabet A, B etc

; que sur le plan de l’analyse juridique s’agissant du versement du 12 avril, le fait de complicité est avéré : il consiste dans la mise à disposition par M. Y... des comptes de sa société par lesquels transitent (sic) la commission de 194 000 FS ; quant à la notion d’usage abusif des biens de la société Total il résulte de ce que la convention OCDE ayant

été transposé (sic) cette opération fait courir un risque pénal incontestable à Total, étant précisé que dès lors que le risque est encouru même s'il ne se réalise pas l'infraction est caractérisée ; que reste à déterminer si M. Y... peut être déclaré coupable de complicité d'abus de biens sociaux alors que les auteurs ne sont pas poursuivis ; que l'on sait qu'il est admis que le complice soit poursuivi dans le cas où l'auteur n'a pu être identifié dès lors que l'existence du fait punissable est démontrée ou que l'on peut être complice d'une infraction qu'on ne peut soi-même avoir commise ; que reste que l'article L. 242-6 du code de commerce donne une liste limitative des auteurs possibles d'abus de biens sociaux au sein d'une SA comme Total ; qu'en l'espèce plusieurs cadres de Total ont déclaré que selon eux la décision d'accepter de s'approvisionner en pétrole irakien via F... était remontée jusqu'au plus haut niveau de la hiérarchie (C..., B...) ; que certes il ne s'agit pas là d'une preuve parfaite mais il apparaît que dans une entité aussi importante que la SA Total et au regard des éléments de contexte qui se contrarient (OFF, entrée en vigueur de la convention OCDE mais aussi nécessité de maintenir un niveau d'approvisionnement suffisant en pétrole irakien) les éléments recueillis constituent un faisceau d'indices suffisants pour déclarer M. Y... coupable de complicité d'abus de biens sociaux ;

"et aux motifs que, s'agissant des infractions reprochées à MM. B..., Jean Michel C... et Alain CC... (

), ces trois infractions concernent des versements effectués entre août 1999 et juin 2000 pour un montant total de 3 520 000 francs qui transitent par la société Teillac dirigée par M. Y... ; qu'il convient de s'interroger sur le risque pénal et d'image que faisaient courir les services coûteux de D... F... ; que, de première par (sic), il convient de rappeler que la société de D... F... (sic), la SA Telliac est une société « taxi » qui fabrique des factures pour la société Total, qui l'utilise uniquement à des fins de dissimulation ; que les factures émises par la SA Telliac et utilisées en connaissance de cause par Total sont des fausses factures, en ce qu'elles ne correspondent à aucune plus value économique ainsi que le soulignera le service comptable de la DTS ; que le premier risque pénal est donc celui de poursuites pour faux ; que l'autre risque lié est un risque fiscal, l'administration au cas où elle découvrirait la fictivité de ces factures est en droit de refuser d'assimiler les commissions versées à des charges supportées par la SA Total ; qu'il existe enfin un risque lié à la violation du décret du 2 août 1990 réglementant les relations financières avec les personnes physiques ou morales résidant en Irak ou au Koweït ou ayant la nationalité de ces deux Etats (ce texte est devenu aujourd'hui l'article 151-2 du code monétaire et financier dont les sanctions sont prévues par envoi au code des douanes) ; que s'agissant de ces versements, M. C... a déclaré « je suis certain que monsieur E..., qui était directeur général – non poursuivi dans le présent dossier – et siégeant donc au comex était au courant de ces commissions payées à F... via le système Y... / Teillac ; en effet lors de notre discussion avec Patrick B... nous avons eu à étudier ces circuits juridiques et financiers "complémentaires" Patrick B... a demandé un délai de réflexion avant de revenir avec une réponse positive. Je pense qu'il en avait référé à sa hiérarchie Alain E... (son N + 1) qui était le point de communication du trading avec le comex ou MM. Q..., W..., E..., XX... (DAF) siégeaient

pour des contrats qui n'étaient pas strictement Totinter / Somo le président ne pouvait ignorer que des compléments étaient achetés et des heures payées » ; qu'au regard de ces éléments l'infraction d'abus de biens sociaux apparaît caractérisée ; que reste à définir les actes de complicité accomplis par chacun des prévenus (

) ; que s'agissant de C... il a admis les circonstances de sa rencontre avec F... via M. Alain

CC... ; qu'il a indiqué que F... avait fait état de sa parfaite connaissance des autorités irakiennes et dit en conséquence qu'il pouvait obtenir des contrats pour 3 à 4 M de barils par semestre de pétrole de Kirkouk : « bien que nous n'ayons pas parlé d'allocations il est apparu que nous devions choisir une société agréée dans le cadre du programme OFF

sans que nous parlions de tarif j'ai compris que nous aurions à payer des commissions

j'ai pris le temps de réfléchir car je n'avais pas les sociétés et voulais en référer à ma hiérarchie » ; que c'est dans ces conditions que Jean Michel C... transmettait à Patrick B... une première proposition de 3 à 4 millions de barils avec un commissionnement de 12 et 15 cents et faisait état de la nécessité de trouver une société ; qu'en effet, il déclarait que Totinter sans doute parce que trop proche de Total ne pouvait plus payer de commission ; que c'est dans ces conditions selon lui que M. B... acceptait de passer par la société Teillac ; que par la suite C... disait avoir proposé deux sociétés écrans déjà connues de Total en l'espèce Genmar et Mero, sociétés suisses de trading ; qu'il ressort de ces déclarations que M. C... avait connaissance du contenu de l'intervention pour laquelle F... était rémunéré ainsi que du circuit de rémunération très sophistiqué élaboré dans le but d'éloigner l'entité qui payait les commissions F... de Total ; qu'en revanche l'étude du dossier démontre que les contrats signés en 2001 ayant donné lieu à versement de commissions l'ont été après son départ ; que les développements faits dans le volet abus de biens sociaux imputés à M. Y... sur la complicité d'une infraction dont l'auteur n'est pas poursuivi sont tenus pour acquis ; qu'il y a lieu d'entrer en voie de condamnation à l'encontre de C..., renvoyé des fins de la poursuite pour l'année 2001, dans les termes de la prévention pour les années 1999 et 2000 et de prononcer à son encontre une peine de 20 000 euros ; que, s'agissant de M. B... il a confirmé pour les contrats M/06/66 et M/06/70 avoir donné son accord pour l'acquisition de brut via F..., qu'il connaissait pour des interventions précédentes en Irak, et le recours à la structure de Y... pour le rémunérer ; qu'il disait que la DTS qui traitait environ 100 millions de tonnes de brut par an avait vu ses contrats directs avec la Somo baisser légèrement, alors que Total était « un consommateur naturel de brut irakien » ; qu'il ajoutait avoir ensuite naturellement pensé à réactiver le circuit Y... utilisé pour les contrats CEI ; que les développements faits dans le volet abus de biens sociaux imputés à M. Y... seul sur la complicité d'une infraction dont l'auteur n'est pas poursuivi sont tenus pour acquis ; qu'il y a lieu d'entrer en voie de condamnation à l'encontre de M. B... du chef de complicité d'abus de biens sociaux mais au seul titre des commissions versées pour les contrats M/06/66 et M/06/70 et de prononcer à son encontre une peine de 30 000 euros ; que dans ce volet les éléments constitutifs de l'infraction de complicité d'abus de biens sociaux sont également caractérisés à l'encontre de M. Y... ; qu'il y a lieu de prononcer à son encontre au titre de l'ensemble des faits de complicité d'abus de biens sociaux une peine d'amende de 100 000 euros ;

"1°) alors que la prévention vise l'aide ou l'assistance apportée à la consommation d'un délit d'abus de biens sociaux « correspondant à la rétribution en 1999 et 2000 de M. D... F... et des personnes qu'il représentait, avec des fonds provenant de Total , pour la commercialisation de dotations pétrolières attribuées par les dirigeants irakiens en violation des dispositions des résolutions 661 et 986 de l'ONU », et l'ordonnance de renvoi mentionne que cet usage aurait été contraire à l'intérêt de la société Total en tant qu'il aurait constitué une violation des règles de l'embargo résultant des résolutions précitées et qu'il l'aurait à ce titre exposée à un risque d'enquête, de poursuites et de sanctions par un Etat étranger ; que la prévention vise également au titre de cette aide ou de cette assistance la mise à disposition des comptes bancaires de la société Teillac et les

virements de fonds sur les comptes désignés par les employés de la société Total ; qu'en retenant une exposition de la société Total à un risque généré, non pas par l'utilisation des fonds sociaux et par les opérations réalisées par M. F... mais par le fait, étranger à la prévention, consistant pour la société Total à enregistrer en comptabilité après versement des fonds des factures prétendument constitutives de faux et émises par la société Telliac, la cour d'appel a méconnu l'étendue de sa saisine ainsi que l'article 388 du code de procédure pénale, et a entaché sa décision d'un excès de pouvoir ;

"2°) alors qu'il ne résulte ni du réquisitoire définitif, ni de l'ordonnance de renvoi, ni du jugement déferé que le caractère abusif de l'usage des fonds sociaux visé par la prévention serait résulté de l'exposition de la société Total à un risque de sanctions pénales et fiscales du fait de l'enregistrement de fausses factures au sein de sa comptabilité, ni la mention des factures en question, de leur date, de leur contenu, des opérations auxquelles elles se rapportent et de l'altération de la vérité qui les entacherait, là où la « requête en appel » présentée par le ministère public se limite à faire mention de prétendues « fausses factures établies par la société Telliac » sans mention d'un enregistrement en comptabilité par la société Total ni des précisions précitées quant aux factures et aux altérations de la vérité concernées ; qu'en l'absence également de mention au sein de l'arrêt attaqué d'un avis donné au prévenu de ce que le caractère abusif de l'usage des biens sociaux ne serait pas retenu en raison de l'utilisation qui en avait été faite par M. F... et d'un risque de sanctions pénales ou fiscales lié à une violation des règles de l'embargo, mais en raison de l'enregistrement au sein de la comptabilité de la société Total de factures prétendument fausses émises par la société Telliac, la cour d'appel a méconnu les droits de la défense ainsi que l'article préliminaire du code de procédure pénale et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

"3°) alors que la complicité suppose une infraction principale ; que le délit d'abus de biens sociaux suppose un usage des fonds sociaux contraire à l'intérêt de la société à raison, soit de l'absence de contrepartie, soit de la circonstance que cet usage expose la société à un risque anormal, notamment en ce qu'il a pour objet la commission d'un délit exposant la société à un risque de sanctions pénales ou fiscales ; qu'ayant, ni constaté l'absence de contrepartie apportée par M. F... aux commissions qui lui étaient versées par l'intermédiaire de la société Telliac, ni relevé le moindre élément permettant de retenir que l'usage des fonds visé par la prévention et constitué du versement de ces commissions à M. F... exposait la société Total à un risque anormal de quelque nature que ce soit, et en se prononçant par des motifs inopérants tirés, soit d'un « risque lié à la violation » du décret n° 90-681 du 1er août 1990 pourtant inexistant s'agissant de versements réalisés pour le compte d'une société française et n'ayant au demeurant pour bénéficiaires identifiés aucune personne résidente en Irak ou ayant la nationalité de cet Etat, soit d'un risque généré par une supposée infraction d'usage de faux constituée par l'enregistrement au sein de la comptabilité de la société Total de factures prétendument fictives, qui n'était pas l'objet ni même le résultat de l'utilisation des fonds précités, la cour d'appel n'a pas légalement motivé sa décision ;

"4°) alors que les dispositions du décret n°90-681 du 1er août 1990 dans leur version applicable à la date de la prévention ne soumettent à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'économie que les mouvements de capitaux ou règlements réalisés pour le compte de personnes résidentes en Irak ou ayant la nationalité de cet Etat ; qu'en retenant une violation dudit décret quand il résulte des motifs de l'arrêt que les versements ont été

réalisés pour le compte de la société Total avec au demeurant pour seuls bénéficiaires identifiés des personnes résidentes d'autres pays que l'Irak et n'ayant pas la nationalité de cet Etat, la cour d'appel a méconnu le texte précité ;

"5°) alors que l'exposition de la société à un risque anormal de sanctions pénales ou fiscales ne peut caractériser un abus dans l'usage des biens sociaux que si cet usage a pour objet le délit ou le manquement qui en est à l'origine ; qu'en retenant que les versements réalisés au bénéfice de M. F..., dont l'objet était d'obtenir par l'intermédiaire de ce dernier la commercialisation de dotations pétrolières, étaient contraires à l'intérêt de la société Total en raison d'un risque de sanctions pénales et fiscales généré, non pas par cette intermédiation ou ces opérations commerciales, mais par l'édition et l'enregistrement des factures émises par la société Telliac qui, pour justifier ces versements, ne pouvaient être l'objet de l'usage des biens sociaux reproché, la cour d'appel a méconnu l'article L. 242-6 du code de commerce ;

"6°) alors que la prévention vise au titre de l'abus de biens sociaux le versement par la société Total de fonds correspondant à « la rétribution entre 1999 et 2000 de M. F... et des personnes qu'il représentait » ; qu'en retenant comme ayant exposé la société Total à un risque de sanctions pénales ou fiscales l'enregistrement en comptabilité de supposées factures justifiant le versement de la rétribution de la société Telliac pour ses prestations de mandataire, et non de F..., la cour d'appel a retenu au titre de l'infraction principale une utilisation de fonds sociaux différente que celle visée par la prévention, a dépassé les termes de sa saisine, méconnu l'article 388 du code de procédure pénale et entaché sa décision d'excès de pouvoir ;

"7°) alors que le délit d'abus de biens sociaux n'est constitué en cas d'exposition de la société à un risque de sanctions pénales ou fiscales du fait de l'enregistrement en comptabilité d'une facture irrégulière que dans la mesure où cette facture se rapporte à l'utilisation des fonds sociaux visée par la prévention ; qu'en retenant que les versements réalisés au bénéfice de M. F... aux fins d'obtenir par l'intermédiaire de ce dernier la commercialisation de dotations pétrolières étaient contraires à l'intérêt de la société Total au regard du risque pénal et fiscal généré par l'édition et l'enregistrement des factures qui auraient été prétendument émises par la société Telliac pour justifier les versements reçus par cette dernière pour ses propres prestations, pourtant non visés par la prévention, la cour d'appel a méconnu l'article L. 242-6 du code de commerce ;

"8°) alors qu'en se bornant à constater que la société Total adressait à cette société les calculs et les instructions pour que la totalité des sommes soient reversées sur d'autres comptes de sociétés et de particuliers, que le coût de ce travail n'était pas fixé par la société Telliac et que cette intervention avait pour seul objet de dissimuler la société Total lorsque cette dernière rémunérait ses intermédiaires à l'étranger quand ces constatations caractérisaient le rôle d'un mandataire aux prestations desquelles une société peut avoir licitement recours pour ne pas apparaître dans des opérations commerciales, et en omettant de répondre au moyen tiré de ce que la réalité et la légalité des activités de la société Telliac avaient été attestées par l'administration fiscale suisse, la cour d'appel n'a pas légalement motivé sa décision ;

"9°) alors que le risque pénal lié à l'enregistrement en comptabilité d'une facture constitutive d'un faux suppose l'inexactitude matérielle ou intellectuelle des mentions de cette dernière, parmi lesquelles ne figure pas la plus-value économique apportée par la prestation fournie ; que, par ailleurs, le risque de sanctions fiscales lié à la remise en cause, par l'administration fiscale, de la déductibilité des commissions versées à des intermédiaires suppose l'absence de réalité des services dont ces commissions constituent la contrepartie ou d'identification de leur bénéficiaire ; qu'en se bornant à faire état de l'absence de plus-value économique des prestations mentionnées sur les factures, là où la réalité elle-même des prestations d'apporteur d'affaires de M. F... n'est pas remise en cause par les constatations de l'arrêt et que ce dernier était le bénéficiaire identifié des versements, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs impropres à caractériser la commission d'un délit d'usage de faux ou tout autre manquement susceptible d'exposer la société Total à un risque de sanctions pénales ou fiscales, et n'a ainsi pas légalement motivé sa décision ;

"10°) alors que le délit d'abus de biens sociaux suppose une participation personnelle d'un dirigeant à l'utilisation des fonds sociaux et ne peut résulter de la seule connaissance de ce dirigeant de l'utilisation de ces fonds par un préposé ; qu'en se bornant à constater que la décision de recourir aux services de M. F... « via le système Y... / Telliac » était « remontée jusqu'au plus haut niveau de la hiérarchie », et que, selon les déclarations de M. C..., M. E..., membre du Comex, en avait été informé par M. B..., la cour d'appel s'est limitée à constater une prétendue information des dirigeants, sans caractériser sur le chef de ces derniers une participation personnelle à l'utilisation des fonds sociaux consistant à ordonner ou autoriser le versement à la société Telliac des commissions rétribuant M. F..., et a ainsi méconnu les articles 121-1 du code pénal et L. 242-6 du code de commerce ;

"11°) alors que nul ne peut être condamné sans que la preuve de sa culpabilité n'ait été rapportée ; qu'en retenant qu'un faisceau d'indices suffisant permettait de déclarer le prévenu coupable, la cour d'appel a méconnu le principe de la présomption d'innocence et les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et préliminaire du code de procédure pénale ;

"12°) alors que le délit d'abus de biens sociaux suppose un usage des fonds sociaux par un dirigeant social à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement ; qu'en omettant de constater que les dirigeants sociaux prétendument auteurs de l'abus de biens sociaux auraient réalisé ce dernier à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils auraient été intéressés directement ou indirectement, la cour d'appel a méconnu l'article L. 242-6 du code de commerce" ;

Sur le moyen unique de cassation, proposé par la SCP Boutet-Hourdeaux pour M. B..., pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, L. 242-6 du code de commerce, 121-6, 121-7 du code pénal, 388, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt infirmatif attaqué a déclaré le prévenu (M. Patrick B..., demandeur) coupable de complicité d'abus de biens sociaux et en répression, l'a condamné à une

peine de 30 000 euros d'amende ;

"aux motifs qu'il reste à déterminer si Y... peut être déclaré coupable de complicité d'abus de biens sociaux alors que les auteurs ne sont pas poursuivis ; que l'on sait qu'il est admis que le complice soit poursuivi dans le cas où l'auteur n'a pu être identifié dès lors que l'existence du fait punissable est démontré ou que l'on peut être complice d'une infraction qu'on ne peut soi-même avoir commise ; qu'il reste que l'article L. 242-6 du code de commerce donne une liste limitative des auteurs possibles d'abus de biens sociaux au sein d'une SA comme Total ; qu'en l'espèce, plusieurs cadres de Total ont déclaré que, selon eux, la décision d'accepter de s'approvisionner en pétrole irakien via F... était remontée jusqu'au plus haut niveau de la hiérarchie (C..., B...) ; que, certes, il ne s'agit pas là d'une preuve parfaite mais il apparaît que dans une entité aussi importante que Total et au regard des éléments de contexte qui se contraignent (OFF, entrée en vigueur de la convention OCDE mais aussi nécessité de maintenir un niveau d'approvisionnement suffisant en pétrole irakien), les éléments recueillis constituent un faisceau d'indices suffisants pour déclarer M. Y... coupable de complicité d'abus de biens sociaux ; que M. B... est à ce jour renvoyé devant la cour pour avoir sciemment, à Paris sur le territoire national, courant 1999, depuis temps non couvert par la prescription, par aide ou assistance facilité la préparation ou la consommation du délit d'abus de biens sociaux commis au préjudice de la société Total, par un ou plusieurs dirigeants de cette société, via la rétribution de M. F... et des personnes qu'il représentait avec des fonds de Total , pour la commercialisation de dotations pétrolières attribuées par les dirigeants irakiens en violation des résolutions de l'ONU en l'espèce, en autorisant ou organisant l'acquisition de certains contrats et le paiement de commissions et rétrocessions afférentes à M. F... par l'intermédiaire de la société Telliac ; que C... est à ce jour renvoyé devant la cour pour avoir sciemment, à Paris sur le territoire national, entre 1999 et 2001, depuis temps non couvert par la prescription, par aide ou assistance facilité la préparation ou la consommation du délit d'abus de biens sociaux commis au préjudice de la société Total, par un ou plusieurs dirigeants de cette société, via la rétribution entre 1999 et 2000 de M. F... et des personnes qu'il représentait avec des fonds de Total , pour la commercialisation de dotations pétrolières attribuées par les dirigeants irakiens en violation des résolutions de l'ONU en autorisant ou organisant en sa qualité de responsable pétrole brut de la DTS, acquisition de certains contrats et le paiement de commissions et rétrocessions afférentes ; que M. CC... est à ce jour renvoyé devant la cour pour avoir sciemment, à Paris sur le territoire national, courant 1999-2000, depuis temps non couvert par la prescription, par aide ou assistance facilité la préparation ou la consommation du délit d'abus de biens sociaux commis au préjudice de la société Total, par un ou plusieurs dirigeants de cette société, via la rétribution de M. F... et des personnes qu'il représentait avec des fonds de Total , pour la commercialisation de dotations pétrolières attribuées par les dirigeants irakiens en violation des résolutions de l'ONU en l'espèce en mettant en relation, à la demande de MM. FF... de Margerie, F... qui proposait des dotations et Jean Michel C... puis en relançant la DTS pour accélérer les paiements à M. F... ; que ces trois infractions concernent des versements effectués entre août 1999 et juin 2000 pour un montant total de 3 520 000 francs qui transitent par la société Telliac dirigée par M. Y... ; qu'il convient de s'interroger sur le risque pénal et d'image que faisaient courir les services coûteux de M. F... ; que, de première part, il convient de rappeler que la société de M. F... [il faut lire Jean Y...], la SA Telliac est une société "taxi" qui fabrique des factures pour la société Total, qui l'utilise uniquement à des fins de dissimulation ; que les factures émises par la SA Telliac et utilisées en connaissance de cause par Total sont des fausses factures, en ce qu'elles ne correspondent à aucune plus-value économique ainsi que le soulignera le service comptable de la DTS ; que le premier risque pénal est donc celui de poursuites

pour faux ; que l'autre risque lié est un risque fiscal, l'administration au cas où elle découvrirait la fictivité de ces factures est en droit de refuser d'assimiler les commissions versées à des charges supportées par la société Total ; qu'il existe enfin un risque lié à la violation du décret du 2 août 1990 réglementant les relations financières avec les personnes physiques ou morales résidant en Irak ou au Koweït ou ayant la nationalité de ces deux Etats (ce texte est devenu aujourd'hui l'article 151-2 du code monétaire et financier) dont les sanctions sont prévues par renvoi au code des douanes ; que, s'agissant de ces versements M. C... a déclaré « je suis certain que M. E..., qui était directeur général - non poursuivi dans le présent dossier - et siégeant donc au Comex [Comité exécutif] était au courant de ces commissions payées à F... via le système Y... / Telliac ; en effet, lors de notre discussion avec Patrick B..., nous avons eu à étudier ces circuits juridiques et financiers « complémentaires ». Patrick B... a demandé un délai de réflexion avant de revenir avec une réponse positive. Je pense qu'il en avait référé à sa hiérarchie Alain E... (son N + 1) qui était le point de communication du trading avec le Comex où MM. Q..., W..., E..., XX... (DAF) siégeaient

; que pour des contrats qui n'étaient pas strictement Totinter/Somo, le président ne pouvait ignorer que des compléments étaient achetés et des heures payées » ; qu'au regard de ces éléments, l'infraction d'abus de biens sociaux apparaît caractérisée ; qu'il reste à définir les actes de complicité accomplis par chacun des prévenus ; (

) que s'agissant de M. B..., il a confirmé pour les contrats M/06/66 et M/06/70 avoir donné son accord pour l'acquisition de brut via M. F..., qu'il connaissait pour des interventions précédentes en Irak, et le recours à la structure de M. Y... pour le rémunérer ; qu'il disait que la DTS qui traitait environ 100 millions de tonnes de brut par an avait vu ses contrats directs avec la Somo baisser légèrement, alors que Total était "un consommateur naturel de brut irakien" ; qu'il ajoutait avoir ensuite naturellement pensé à réactiver le circuit de M. Y... utilisé pour les contrats CEI ; que les développements faits dans le volet abus de biens sociaux imputés à M. Y... seul sur la complicité d'une infraction dont l'auteur n'est pas poursuivi sont tenus pour acquis ; qu'il y a lieu d'entrer en voie de condamnation à l'encontre de M. B... du chef de complicité d'abus de biens sociaux mais au seul titre des commissions versées pour les contrats M/06/66 et M/06/70 et de prononcer à son encontre une peine de 30 000 euros ;

"1°) alors que, le délit d'abus de biens sociaux ne pouvant être commis que par les dirigeants d'une société, leur implication dans les faits dénoncés comme constitutifs d'un usage abusif des biens sociaux doit être établie pour qu'un fait principal punissable soit constitué ; que la cour d'appel ne pouvait déclarer le demandeur coupable de complicité d'abus de biens sociaux tout en constatant qu'il n'était pas établi avec certitude que les dirigeants de la société Total avaient connaissance de l'approvisionnement en pétrole irakien par l'intermédiaire de M. F... ni du paiement de commissions à ce dernier via le système Y.../Telliac ;

"2°) alors que la participation personnelle du dirigeant au délit d'abus de biens sociaux doit être caractérisée ; qu'en se bornant à relever, pour considérer constitué le délit d'abus de biens sociaux, qu'il ressortait d'une audition qu'un directeur général de Total, M. E..., était au courant des commissions payées à M. F... via le système Y.../Telliac, la cour d'appel n'a pas caractérisé la participation personnelle de ce dirigeant au délit reproché, en sorte que celui-ci n'est pas constitué ;

"3°) alors que le juge correctionnel ne peut statuer que sur les faits dont il est saisi et ne peut ajouter des circonstances non mentionnées dans le titre qui l'a saisi sans donner la possibilité au prévenu de présenter sa défense ; qu'aux termes de l'ordonnance de renvoi (D4817/196 et D4817/213), l'abus de biens sociaux qui a entraîné le renvoi de M. B... pour complicité de ce délit, est constitué par le paiement de commissions à D... F..., par l'intermédiaire de la société Telliac, avec des fonds Total pour la commercialisation de dotations attribuées par les dirigeants irakiens en violation des résolutions de l'ONU, exposant la société Total à une atteinte sérieuse à sa réputation et à son crédit et à un risque anormal d'enquête, de poursuites et de sanctions par les organes d'investigation de l'ONU ou par certains Etats étrangers, et à partir du 1er octobre 2000, à des poursuites en France pour corruption d'agent public étranger ; que le recours au circuit Y.../Telliac pour procéder au paiement de ces commissions n'a pas été poursuivi comme contraire à l'intérêt social de la société Total en ce qu'il exposerait cette dernière à un risque de poursuites pénales ou fiscales ; qu'en retenant que le délit d'abus de biens sociaux était constitué par le risque de poursuites pénales et fiscales encourues par la société Total en raison de la fictivité des factures émises par la société Telliac qui ne correspondraient à aucune plus-value économique et du risque lié à la violation du décret du 2 août 1990 réglementant les relations financières avec les personnes physiques et morales résidant en Irak ou au Koweït ou ayant la nationalité de ces deux Etats, la cour d'appel a excédé les limites de sa saisine ;

"4°) alors que, la complicité exige l'existence d'un fait principal punissable ; que la violation du décret du 2 août 1990 réglementant les relations financières avec les personnes physiques ou morales résidant en Irak ou au Koweït ou ayant la nationalité de ces deux Etats n'était assortie d'aucune sanction pénale ou fiscale ; que ce texte, abrogé par un décret n° 2004-622 du 29 juin 2004, n'est pas devenu l'article L.151-2 du code monétaire et financier dont les sanctions seraient prévues par renvoi au code des douanes ; qu'en retenant l'existence pour la société Total d'un risque lié à la violation du décret du 2 août 1990, sans caractériser la nature de ce risque, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

"5°) alors que l'article L. 151-2 du code monétaire et financier, dans sa version applicable à l'époque des faits incriminés, est issu de la codification de l'article 3 de la loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger, par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000, et se bornait à prévoir des obligations de déclaration, autorisation préalable ou contrôle des opérations financières entre la France et l'étranger, à l'exclusion de toute sanction par renvoi au code des douanes ; qu'en retenant un risque de sanction lié à la violation de ce texte, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

"6°) alors que la complicité exige l'existence d'un fait principal punissable ; que les factures émises par la société Telliac correspondaient à une réelle prestation d'intermédiaire financier fournie par cette société ; qu'en retenant que les factures émises par la société Telliac étaient fausses tout en constatant que la société Telliac avait une activité légale d'intermédiation et de conseil, de telle sorte que le recours à celle-ci pour verser les commissions pour le compte de la société Total et de ses filiales correspondait à son objet social, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

"7°) alors qu'il résulte de l'ordonnance de renvoi que le recours à la société Telliac

répondait à une nécessité de confidentialité et non d'opacité, la société Total souhaitant se distancier des intermédiaires rémunérés pour l'achat des allocations supplémentaires de pétrole afin d'éviter la surenchère de la compétition pour l'achat des barils irakiens tout en permettant à la société de disposer de factures, qu'elle ne pouvait obtenir d'Eliaz F... pour son activité d'intermédiaire en l'absence de contrat les liant ; qu'en retenant que les factures émises par la société Telliac étaient fausses en ce qu'elles ne correspondaient à aucune plus-value économique cependant qu'il était dans l'intérêt économique de la société Total de se procurer du pétrole brut irakien correspondant à ses moyens de raffinage et que sans l'intermédiation de la société Telliac, la société Total n'aurait pas pu acquérir des dotations supplémentaires sur le marché secondaire dans un contexte de baisse de ses contrats directs avec la Somo, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision” ;

Sur le moyen unique de cassation, proposé par la SCP Spinosi et Sureau pour M. C..., pris de la violation des articles 6,§1, 6,§2, 6,§3, et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3, 111-4, 121-6 et 121-7 du code pénal, L. 242-6 du code de commerce, préliminaire, 388, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

”en ce que la cour d'appel a déclaré le demandeur coupable du délit de complicité d'abus de biens sociaux ;

”aux motifs que sur les infractions de complicité d'abus de biens sociaux : a) reprochées à M. Jean Y... ; qu'en mai 1997, il créait la SA Teillac et signait avec TIL, des contrats d'assistance achat/revente pétrole dans CEI et 1 en Irak ; qu'il est prévenu de complicité d'abus de biens sociaux au préjudice de TOTAL :

- via le versement entre 1999 et 2000 à M. F... et les personnes qui le représentent de fonds reçus de Total dans le cadre de la commercialisation d'un contrat de brut irakien,

- via des versements en avril 2001 de fonds provenant de Total destinés à rémunérer des intervenants dans le cadre conclus avec des pays de la CEI ;

qu'à ce titre , il recevra entre 1997 et 2001 de Total 10 097 977 francs suisses ; que sur ces sommes il reversera 6 655 734 francs suisses et 1 245 154 \$, ce qui représente, une fois les conversions dans la même unité opérées, 79% des sommes reçues de Total ; qu'au dossier figure la liste des 11 firmes bénéficiaires, dont le nom de M. F... apparaît une fois ; qu'il ressortait des notes du service comptable de Total (DD... et II...) que son rôle était purement passif, se limitant à exécuter les instructions de la DTS et adresser à Total des factures fictives, dans la mesure où ce n'est pas lui qui fixe le coût de son travail mais Total qui lui adresse les calculs et les instructions pour que la totalité des sommes reparte vers d'autres comptes de sociétés et de particuliers ; que la plupart portent des noms à connotations russes et y figure notamment une société Mesgrove, qui n'est autre qu'une entité dirigée par un trader de Total en Russie ; que s'agissant de la commission Mesgrove payée le 12 avril 2001 elle a été calculée sur la base de 13 centimes de francs suisses par baril, pour une cargaison de 1 308 000 barils et son coût s'élève à 294 000 francs suisses ; qu'elle est accompagnée d'une note de calcul de II... ; que M. Jean Y... ne contestait pas que son rôle se limitait à transférer l'argent au profit de prestataires de Total sur la base des calculs du service comptable de celle-ci ; que quant aux cadres de la DTS, ils ne pouvaient que reconnaître ce rôle au regard des documents trouvés, sur lesquels tout était indiqué (taux de commission, bénéficiaire, date de versement, opération s'y

rattachant) ; que les auditions de MM. B..., C..., CC..., Jean DD..., chef comptable, confirment toutes le schéma de ces opérations ; qu'on peut relever en 2001 deux versements du 20 mars 2001 (solde d'un contrat avec la CEI de 1999) ou le 19 avril Teillac SA reçoit 294 000 CHF alors que Huneau écrit le 9 "avant vous allez recevoir.... à transférer a mesgrove + d'autres noms russes " et où la SA Teillac émet une facture a DTS le 10 4 payée le 12 par TIL ; que ce versement est le dernier intervenu à raison de l'entrée en vigueur lot de 2000 ; que quant à M. Jean Y... il a dit avoir avec M. B... des liens personnels quasi familiaux ; qu'il dit a dit "oui je travaille pour Total mais quoi exactement ?" Je communique oralement a MM. B... et R... (non poursuivi) des éléments sur les possibilités ou non de conclure des contrats"... " des éléments utiles sur les mouvements pétroliers" ; que ni chez lui ni au sein de Total ne seront retrouvées de pièces justifient de la réalité de ses prestations ; qu'il admet in fine "qu'à travers Teillac SA, il transfère de l'argent à des prestataires de Total sur instructions de la DTS, l'intérêt de Total de passer par lui et de payer au lieu de le faire directement se résumant dans la volonté d'éloigner le versement de commissions ; que les destinataires sont souvent désignés sous des lettres de l'alphabet A, B etc" ; que sur le plan de l'analyse juridique s'agissant du versement du 12 avril, le fait de complicité est avéré ; qu'il consiste dans la mise à disposition par M. Jean Y... des comptes de SA société par lesquels transitent la commission de 294 000 FS ; que quant à la notion d'usage abusif des biens de la société Total, il résulte de ce que la Convention OCDE ayant été transposée cette opération lait courir un risque pénal incontestable à Total, étant précisé que dès lors que le risque est encouru même s'il ne se réalise pas l'infraction est caractérisée ; qu'à déterminer si M. Jean Y... peut être déclaré coupable de complicité d'abus de biens sociaux alors que les auteurs ne sont pas poursuivis ; que l'on sait qu'il est admis que le complice soit poursuivi dans le cas où l'auteur n'a pu être identifié, dès lors que l'existence du fait punissable est démontrée ou que l'on peut être complice d'une infraction qu'on ne peut soi même avoir commise ; que l'article L. 242 -6 du code de commerce donne une liste limitative des auteurs coupables d'abus de biens sociaux au sein d'une SA comme Total ; qu'en l'espèce plusieurs cadres de Total ont déclaré que selon eux la décision d'accepter de s'approvisionner en pétrole irakien via F... était remontée jusqu'au plus haut niveau de la hiérarchie (C..., B...) ; que certes il ne s'agit pas là d'une preuve parfaite mais il apparaît que dans une entité aussi importante que la SA Total et au regard (tes éléments de contexte qui se contrarient (OFF, entrée en vigueur de la convention OCDE mais aussi nécessité de maintenir un niveau d'approvisionnement suffisant en pétrole irakien) les éléments recueillis constituent un faisceau d'indices suffisants pour déclarer M. Y... coupable de complicité d'abus de biens sociaux ; que sur b) infractions reprochées à MM. Patrick B.... Jean Michel C... et Alain CC..., M. Patrick B... est à ce jour renvoyé devant la cour pour avoir sciemment, à Paris sur le territoire national, courant 1999, depuis temps non couvert par la prescription, par aide ou assistance facilité la préparation ou la consommation du délit d'abus de biens sociaux commis au préjudice de la société Total, par un ou plusieurs dirigeants de cette société, via la rétribution de M. D... F... et des personnes qu'il représentait avec des fonds de Total , pour la commercialisation de dotations pétrolières attribuées par les dirigeants irakiens en violation des résolutions de l'ONU en l'espèce en autorisant ou organisant l'acquisition de certains contrats et le paiement de commissions et rétrocessions altérantes à M. D... F... par l'intermédiaire de la société Teillac ; que M. Jean Michel C... est à ce jour renvoyé devant la cour pour avoir sciemment, à Paris sur le territoire national, entre 1999 et 2001, depuis temps non couvert par la prescription, par aide ou assistance facilité la préparation ou la consommation du délit d'abus de biens sociaux commis au préjudice de la société Total, par un ou plusieurs dirigeants de cette société, via la rétribution entre 1999 et 2000 de M. D... F... et des personnes qu'il représentait avec des fonds de Total , pour la commercialisation de dotations pétrolières attribuées par les dirigeants irakiens en violation des résolutions de l'ONU en autorisant ou organisant en sa

qualité de responsable pétrole brut de la DTS, acquisition de certains contrats et le paiement de commissions et rétrocessions ; que M. Alain CC... est à ce jour renvoyé devant la cour pour avoir sciemment, à Paris sur le territoire national, courant 1999, 2000, depuis temps non couvert par la prescription, par aide ou assistance facilité la préparation ou la consommation du délit d'abus de biens sociaux commis au préjudice de la société Total, par un ou plusieurs dirigeants de cette société, via la rétribution de M. D... F... et des personnes qu'il représentait avec des fonds de Total, pour la commercialisation de dotations pétrolières attribuées par les dirigeants Irakiens en violation des résolutions de l'ONU en l'espèce en mettant en relation à la demande de M. Christophe FF..., M. D... F... qui proposait des dotations et M. Jean Michel C... puis en relançant la DTS pour accélérer les paiements à M. D... F... ; que ces trois infractions concernent des versements effectués entre août 1999 et juin 2000 pour un montant Total de 3 520 000 francs qui transitent par la société Teillac dirigée par M. Y... ; qu'il convient de s'interroger sur le risque pénal et d'image que faisaient courir les services coûteux de M. D... F... ; que, de première part, il convient de rappeler que la société de M. D... F..., la SA Telliac, est une société "taxi" qui fabrique des factures pour la société Total, qui l'utilise uniquement à des fins de dissimulation ; que les factures émises par la SA Telliac et utilisées en connaissance de cause par Total sont des fausses factures, en ce qu'elles ne correspondent à aucune plus value économique ainsi que le soulignera le service comptable de la DTS ; que le premier risque pénal est donc celui de poursuites pour faux ; que l'autre risque lié est un risque fiscal, l'administration au cas où elle découvrirait la fictivité de ces factures est en droit de refuser d'assimiler les commissions versées à des charges supportées par la SA Total ; qu'il existe enfin un risque lié à la violation du décret du 2 août 1990 réglementant les relations financières avec les personnes physiques ou morales résidant en Irak ou au Koweït ou ayant la nationalité de ces deux Etats (ce texte est devenu aujourd'hui l'article 151-2 du code monétaire et financier dont les sanctions sont prévues par renvoi au code des douanes ; que s'agissant de ces versements M. C... a déclaré « je suis certain que E..., qui était directeur général, -non poursuivi dans le présent dossier- et siégeant donc au comex était au courant de ces commissions payées à F... via le système Y... / Teillac ; qu'en effet lors de notre discussion avec Patrick B... nous avons eu à étudier ces circuits juridiques et financiers "complémentaires " Patrick B... a demandé un délai de réflexion avant de revenir avec une réponse positive. Je pense qu'il en avait référé à sa hiérarchie Alain E... (son N + 1 ) qui était le point de communication du trading avec le comex ou MM. Q..., W..., E..., XX... (DAF) siégeaient ; pour des contrats qui n'étaient pas strictement Totinter/ Somo le président ne pouvait ignorer que des compléments étaient achetés et des heures payées" ; qu'au regard de ces éléments, l'infraction d'abus de biens sociaux apparaît caractérisée ; que reste à définir les actes de complicité accomplis par chacun des prévenus ; que s'agissant de M. Jean-Michel C... il a admis les circonstances de sa rencontre avec M. F... via M. Alain CC... ; qu'il a indiqué que M. F... avait fait état de sa parfaite connaissance des autorités irakiennes et dît en conséquence qu'il pouvait obtenir des contrats pour 3 à 4 M de barils par semestre de pétrole de Kirkouk ; que "Bien que nous n'ayons pas parlé d'allocations il est apparu que nous devons choisir une société agréée dans le cadre du programme OFF... sans que nous parlions de tarif j'ai compris que nous aurions à payer des commissions... j'ai pris le temps de réfléchir car je n'avais pas les sociétés et voulait en référer à ma hiérarchie" ; que c'est dans ces conditions que M. Jean-Michel C... transmettait à M. Patrick B... une première proposition de 3 à 4 millions de barils avec un commissionnement de 12 et 15 cents et faisait état de la nécessité de trouver une société ; qu'en effet, il déclarait que M. C... sans doute parce que trop proche de Total ne pouvait plus payer de commission ; que c'est dans ces conditions selon lui que M. Patrick B... acceptait de passer par la société Telliac ; que par la suite M. Jean-Michel C... disait avoir proposé deux sociétés écrans déjà connues de Total en l'espèce Genmar et Mero, société

suisses de trading ; qu'il ressort de ces déclarations que M. Jean-Michel C... avait connaissance du contenu de l'intervention pour laquelle M. F... était rémunéré ainsi que du circuit de rémunération très sophistiqué élaboré dans le but d'éloigner l'entité qui payait les commissions de M. F... de Total ; qu'en revanche l'étude du dossier démontre que les contrats signés en 2001 ayant donné lieu à versement de commissions l'ont été après son départ ; que les développements faits dans le volet abus de biens sociaux imputés à M. Jean Y... seul sur la complicité d'une infraction dont l'auteur n'est pas poursuivi sont tenus pour acquis ; qu'il y a lieu d'entrer en voie de condamnation à l'encontre de M. Jean-Michel C..., renvoyé des fins de la poursuite pour l'année 2001, dans les termes de la prévention pour les années 1999 et 2000 et de prononcer à son encontre une peine de 20 000 euros ;

"1°) alors que le tribunal correctionnel est saisi des infractions de sa compétence par le renvoi ordonné par la juridiction d'instruction ; qu'en l'espèce, M. C... a été renvoyé devant la juridiction de jugement du chef de complicité d'abus de biens sociaux, en raison de la rétribution par Total SA d'un intermédiaire pour « la commercialisation de dotations pétrolières attribuées par les dirigeants irakiens en violation des résolutions de l'ONU » ; que c'est au mépris des limites de sa saisine que la cour d'appel a déclaré le demandeur coupable, concernant des faits commis en 1999 soit avant l'entrée en vigueur du délit de corruption d'agent public étranger, d'avoir fait courir à la société des risques pénaux et fiscaux sans rapport avec les faits visés à la prévention ;

"2°) alors que le décret n°90-681 du 2 août 1990 réglementant les relations financières avec certains pays soumettait à autorisation du ministre chargé de l'économie les mouvements de capitaux et règlements « entre la France et l'étranger effectués pour le compte des personnes physiques et morales résidant au Koweït et en Irak ou de nationalité koweïtienne ou irakienne » ; qu'en s'abstenant de répondre à une argumentation péremptoire des conclusions du demandeur selon laquelle ce décret ne pouvait avoir été violé, puisque le bénéficiaire des commissions, M. F..., était de nationalité libanaise et résidait à Paris et au Liban, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

"3°) alors que les juges qui entrent en voie de condamnation sur le terrain de la complicité doivent à tout le moins, si l'auteur de l'infraction n'est pas poursuivi, caractériser le fait principal punissable ; que la caractérisation du délit de complicité d'abus de biens d'une société anonymes suppose de rapporter la preuve de la commission du fait principal par un président, un administrateur ou un directeur général d'une société anonyme ; qu'en présumant que la décision d'accepter de s'approvisionner en pétrole irakien « était remontée jusqu'au plus haut niveau de la hiérarchie », la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

"4°) alors qu'en vertu du droit à la présomption d'innocence, la charge de la preuve pèse sur la partie poursuivante, le doute profitant au prévenu ; qu'en s'appuyant, dans sa motivation relative à la culpabilité de M. Y..., à laquelle elle renvoie expressément, sur des éléments qu'elle a elle-même qualifiés de preuve non parfaite pour prétendre caractériser le fait principal punissable, la cour d'appel a violé le droit à la présomption d'innocence du demandeur ;

"5°) alors qu'à l'occasion de son interrogatoire du 29 novembre 2006, M. C... a déclaré au juge d'instruction : « je suis certain que M. E... était au courant du paiement des commissions à D... F... via le système Y.../Teillac » (D3360/5, Production n°1) ; que reprenant les termes de cet interrogatoire, la cour d'appel a affirmé que M. C... aurait déclaré : « je suis certain que E..., qui était directeur général, -non poursuivi dans le présent dossier- et siégeant donc au comex était au courant de ces commissions payées à F... via le système Y.../Teillac » ; qu'ainsi, les énonciations de l'arrêt qui présentent M. E... comme ayant occupé le poste de directeur général sont en contradiction avec les termes du procès-verbal d'interrogatoire auquel il prétend les emprunter" ;

Les moyens étant réunis ;

Vu l'article 593 du code de procédure pénale ;

Attendu que tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux chefs péremptoires des conclusions des parties ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu que, pour déclarer MM. Y..., B... et C... coupables du délit de complicité d'abus de biens sociaux commis entre août 1999 et juin 2000, l'arrêt énonce que les services coûteux de D... F... faisaient courir, d'une part, un risque pénal lié à d'éventuelles poursuites du chef de faux contre la société Total qui a utilisé les fausses factures émises par la société Teillac, dirigée par M. Y..., pour dissimuler le paiement des surcharges, d'autre part, un risque fiscal fondé sur le refus de l'administration fiscale d'assimiler le versement des commissions à des charges, enfin un risque lié à la violation du décret du 2 août 1990, réglementant les relations financières avec les personnes physiques ou morales résidant notamment en Irak ou possédant la nationalité irakienne, ce texte étant désormais codifié à l'article L.151-2 du code monétaire et financier qui renvoie, pour les sanctions, au code des douanes ;

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, d'une part, l'émission de fausses factures n'était pas l'objectif poursuivi par le délit d'abus de biens sociaux, d'autre part, la violation du décret n° 90-681 du 2 août 1990 n'est pas établie, D... F..., de nationalité libanaise, ne résidant pas en Irak, et les autres bénéficiaires des sommes versées durant cette période n'étant pas identifiées, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef ;

Et sur le deuxième moyen de cassation, proposé par la SCP Seveaux-Mathonnet pour M. Y..., pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 121-1, 121-5, 121-6 et 435-3, dans sa version issue de la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000, du code pénal, L. 242-6 du code de commerce, préliminaire, 388 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale, violation de la présomption d'innocence, violation des droits de la défense ;

”en ce que l’arrêt attaqué a condamné M. Y... du chef de complicité d’abus de biens sociaux à une peine de 100 000 euros d’amende ;

”aux motifs que, s’agissant des infractions reprochées à M. Y..., en mai 1997 M. Y... créait la SA Teillac et signait avec TIL des contrats d’assistance achat/revente pétrole dans CEI et en Irak ; qu’il est prévenu de complicité d’abus de biens sociaux au préjudice de Total via le versement entre 1999 et 2000 à F... et les personnes qui le représentent de fonds reçus de Total dans le cadre de la commercialisation d’un contrat de brut irakien via des versements en avril 2001 de fonds provenant de Total destinés à rémunérer des intervenants dans le cadre conclu avec des pays de la CEI ; qu’à ce titre, il recevra entre 1997 et 2001 de Total 10 097 977 francs suisses ; que sur ces sommes il reversera 6 655 734 francs suisses et 1 245 154 \$, ce qui représente une fois les conversions dans la même unité opérées 79 % des sommes reçues de Total ; qu’au dossier figure la liste des 11 tiers bénéficiaires, dont le nom de F... apparaît une fois ; qu’il ressortait des notes du service comptable de Total (DD... et II...) que son rôle était purement passif se limitant à exécuter les instructions de la DTS et d’adresser à Total des factures fictives dans la mesure où ce n’est pas lui qui fixe le coût de son travail mais Total qui lui adresse les calculs et les instructions pour que la totalité des sommes reparte vers d’autres comptes de sociétés et de particuliers ; que la plupart portent des noms à connotations russes et y figure notamment une société Mesgrove qui n’est autre qu’une entité dirigée par un trader de Total en Russie ; que s’agissant de la commission Mesgrove payée le 12 avril 2001, elle a été calculée sur la base de 13 centimes de francs suisses par baril, pour une cargaison de 1 308 000 barils et son coût s’élève à 294 000 francs suisses ; qu’elle est accompagnée d’une note de calcul de Huneau ; que M. Jean Y... ne contestait pas que son rôle se limitait à transférer l’argent au profit de prestataires de Total sur la base des calculs du service comptable de celle-ci ; que, quant aux cadres de la DTS, ils ne pouvaient que reconnaître ce rôle au regard des documents trouvés sur lesquels tout était indiqué (taux de commission, bénéficiaire, date de versement, opération s’y rattachant) ; les auditions de MM. Patrick B..., de Jean Michel C..., Alain CC..., Jean DD..., chef comptable confirment toutes le schéma de ces opérations ; qu’on peut relever en 2001 deux versements du 20 mars 2001 (solde d’un contrat avec la CEI de 1999) ou le 19 avril Teillac SA reçoit 294 000 CHF alors que II... écrit le 9 « avant vous allez recevoir

à transférer à mesgrove + d’autres noms russes » et où la SA Teillac émet une facture à DTS le 10 4 payée le 12 par TIL ; que ce versement est le dernier intervenu à raison de l’entrée en vigueur de la loi de 2000 ; quant à M. Y..., il a dit avoir avec M. B... des liens personnels quasi familiaux ; qu’il a dit « oui je travaille pour Total mais quoi exactement ? ».. « Je communique oralement à B... et R... (non poursuivi) des éléments sur les possibilités ou non de conclure des contrats »

« des éléments utiles sur les mouvements pétroliers » ; que ni chez lui ni au sein de Total ne seront retrouvées de pièces justifiant de la réalité de ses prestations ; qu’il admet in fine « qu’à travers Teillac SA il transfère de l’argent à des prestataires de Total sur instructions de la DTS, l’intérêt de Total de passer par lui et de payer au lieu de le faire directement se résumant dans la volonté d’éloigner le versement de commissions » ; que les destinataires sont souvent désignés sous des lettres de l’alphabet A, B etc

; que sur le plan de l’analyse juridique s’agissant du versement du 12 avril, le fait de complicité est avéré : il consiste dans la mise à disposition par M. Y... des comptes de sa société par lesquels transite la commission de 194 000 FS ; quant à la notion d’usage abusif des biens de la société Total il résulte de ce que la convention OCDE ayant été

transposée cette opération fait courir un risque pénal incontestable à Total, étant précisé que dès lors que le risque est encouru même s'il ne se réalise pas l'infraction est caractérisée ; que reste à déterminer si M. Y... peut être déclaré coupable de complicité d'abus de biens sociaux alors que les auteurs ne sont pas poursuivis ; que l'on sait qu'il est admis que le complice soit poursuivi dans le cas où l'auteur n'a pu être identifié dès lors que l'existence du fait punissable est démontrée ou que l'on peut être complice d'une infraction qu'on ne peut soi-même avoir commise ; que reste que l'article L. 242-6 du code de commerce donne une liste limitative des auteurs possibles d'abus de biens sociaux au sein d'une SA comme Total ; qu'en l'espèce plusieurs cadres de Total ont déclaré que selon eux la décision d'accepter de s'approvisionner en pétrole irakien via F... était remontée jusqu'au plus haut niveau de la hiérarchie (C..., B...) ; que certes il ne s'agit pas là d'une preuve parfaite mais il apparaît que dans une entité aussi importante que la SA Total et au regard des éléments de contexte qui se contrarient (OFF, entrée en vigueur de la convention OCDE mais aussi nécessité de maintenir un niveau d'approvisionnement suffisant en pétrole irakien) les éléments recueillis constituent un faisceau d'indices suffisants pour déclarer M. Y... coupable de complicité d'abus de biens sociaux ;

"1°) alors que la complicité suppose une infraction principale ; que le délit d'abus de biens sociaux suppose un usage des fonds sociaux contraire à l'intérêt de la société à raison, soit de l'absence de contrepartie, soit de la circonstance que cet usage expose la société à un risque anormal, en ce qu'il a notamment pour objet la commission d'un délit exposant la société à un risque de sanctions pénales ou fiscales ; qu'en retenant une exposition à un risque de sanctions pénales du seul fait de la transposition de la convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers sans constater que les commissions versées avaient pour objet la commission d'un acte de corruption punissable, la cour d'appel a méconnu l'article L. 242-6 du code de commerce ;

"2°) alors que le délit d'abus de biens sociaux suppose une participation personnelle d'un dirigeant à l'utilisation des fonds sociaux ; qu'en se déterminant au regard de l'information donnée aux dirigeants de la décision d'accepter de s'approvisionner en pétrole irakien, fait étranger au versement sur le compte de la société Mesgrove des fonds destinés au règlement des commissions relatives aux contrats conclu dans les pays de la Communauté des Etats indépendants, la cour d'appel n'a pas légalement motivé sa décision ;

"3°) alors que le délit d'abus de biens sociaux suppose une participation personnelle d'un dirigeant à l'utilisation des fonds sociaux et ne peut résulter de la seule connaissance par ce dirigeant de l'utilisation de ces fonds par un préposé ; qu'en se bornant à constater que la décision de recourir au « système Y... / Telliac » était « remontée jusqu'au plus haut niveau de la hiérarchie », la cour d'appel s'est limitée à constater une prétendue information des dirigeants, sans caractériser sur le chef de ces derniers une participation personnelle à l'utilisation des fonds sociaux consistant à ordonner ou autoriser le versement à la société Telliac des commissions rétribuant des intermédiaires, et a ainsi méconnu les articles 121-1 du code pénal et L. 242-6 du code de commerce ;

"4°) alors que nul ne peut être condamné sans que la preuve de sa culpabilité n'ait été rapportée ; qu'en retenant qu'un faisceau d'indices suffisant permettait de déclarer le prévenu coupable, la cour d'appel a méconnu le principe de la présomption d'innocence et

les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et préliminaire du code de procédure pénale ;

"5°) alors que le délit d'abus de biens sociaux suppose un usage des fonds sociaux par un dirigeant social à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement ; qu'en omettant de constater que les dirigeants sociaux auraient réalisé les versements visés par la prévention à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils auraient été intéressés directement ou indirectement, la cour d'appel a méconnu l'article L. 242-6 du code de commerce ;

"6°) alors que la complicité suppose une participation à l'infraction en connaissance de cause ; qu'en omettant de répondre au moyen pris de ce que M. Y... ne pouvait connaître la destination prétendument illicite des fonds, la cour d'appel n'a pas légalement motivé sa décision" ;

Vu l'article 593 du code de procédure pénale ;

Attendu que tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux chefs péremptoires des conclusions des parties ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu que l'arrêt ne comporte aucun motif propre à caractériser l'infraction de complicité d'abus de biens sociaux, commis en avril 2001, dont la cour d'appel a déclaré M. Y... coupable ;

D'où il suit que la cassation est également encourue de ce chef ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu d'examiner le troisième moyen de M. Y... :

I - Sur le pourvoi formé par M. GG... :

Le DÉCLARE DÉCHU de son pourvoi ;

II - Sur les pourvois formés par MM. X..., Z..., A..., HH... , les sociétés Total et Vitol Ltd ;

Les REJETTE ;

III - Sur les pourvois formés par MM. Y..., B... et C... ;

CASSE et ANNULE, l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Paris, en date du 26 février 2016, mais en ses seules dispositions concernant MM. Y..., B... et C..., toutes autres dispositions étant expressément maintenues ;

Et pour qu'il soit à nouveau statué, conformément à la loi, dans les limites de la cassation ainsi prononcée,

RENVOIE la cause et les parties devant la cour d'appel de PARIS, autrement composée, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil ;

ORDONNE, l'impression du présent arrêt, sa transcription sur les registres du greffe de la cour d'appel de Paris et sa mention en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement annulé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le quatorze mars deux mille dix-huit ;

En foi de quoi le présent arrêt a été signé par le président, le rapporteur et le greffier de chambre. **Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Paris , du 26 février 2016