

Copie certifiée conforme

(Me BONNABEL (r)
 (Me ALLEGRIANI (r)
 CM/EP
 (Me PHILIP (Paris)
 (Me BOUCHETEL
 (Paris)
 ATC

**COUR D'APPEL
 D'AIX EN PROVENCE**

Prononcé publiquement le **MARDI 07 MAI 2013** par la 5^{ème} Chambre des Appels correctionnels de la Cour d'Appel d'AIX-EN-PROVENCE,

ARRÊT AU FOND

Sur appel d'un jugement du Tribunal Correctionnel de AIX EN PROVENCE du 13 MARS 2012.

PRÉVENU :

PARTIES EN CAUSE DEVANT LA COUR :

**SANTANDER
 Jean-Marie**

SANTANDER Jean-Marie

Né le 30 juillet 1951 à BOULHAUT (MAROC)
 Fils de SANTANDER Eugène et de MENSION Nadine
 De nationalité française

*Pourvoi n° 13/162
 Formé le 13/05/2013
 Par Maître ERMENEUX-
 CHAMPLY, avocat au barreau
 d'Aix-en-Provence
 Pour Société THEOLIA
 M.F le 13/05/2013*

Dirigeant de société

Jamais condamné

Demeurant Traverse de la Sauvageone - 13400 AUBAGNE

Libre

Comparant, assisté de Maître BONNABEL Jean-Louis, avocat au barreau de MARSEILLE, de Maître ALLEGRIANI José, avocat au barreau de MARSEILLE et Maître PHILIP Patrick, avocat au barreau de PARIS, *toque 700*

Prévenu, **appelant**

*Pourvoi n° 13/163
 Formé le 13/05/2013
 Par Maître ERMENEUX-
 CHAMPLY, avocat au barreau
 d'Aix-en-Provence
 Pour THEOLIA EMERGING
 MARKETS
 M.F le 13/05/2013*

MINISTÈRE PUBLIC

appelant

GROSSE DÉLIVRÉE
 LE :

à Maître :

Société THEOLIA

75 rue Denis Papin - BP 80 199 - 13100 AIX EN PROVENCE

Représentée par monsieur FADY Khallouf, représentant légal et Assistée de Maître MATTOU Jonathan, avocat au barreau de PARIS, *toque J 025* et de Maître BOUCHETEL Marion, avocat au barreau de PARIS, *toque J 025*

Partie civile, **appelant**

Société THEOLIA EMERGING MARKETS (TEM)

Elisant domicile au cabinet HERBERT SMITH - 66 avenue Marceau - 75008 PARIS

Représentée par monsieur FADY Khallouf, représentant légal et Assistée de Maître MATTOU Jonathan, avocat au barreau de PARIS, *toque J 025* et de Maître BOUCHETEL Marion, avocat au barreau de PARIS, *toque J 025*

Partie civile, **appelant**

DÉROULEMENT DES DÉBATS :

L'affaire a été appelée à l'audience publique du **MERCREDI 27 MARS 2013**,

Madame le Président ZERBIB a constaté l'identité du prévenu présent,

Madame le Conseiller MICHEL a présenté le rapport de l'affaire,

Le prévenu a été entendu en ses observations et moyens de défense,

Monsieur FADY, représentant légal des parties civiles, a été entendu,

Maître MATTOUT a été entendu en sa plaidoirie, et a déposé des conclusions,

Le Ministère Public a pris ses réquisitions,

Maître ALLEGRINI et Maître BONNABEL ont été entendus en leurs plaidoiries, et ont déposé des conclusions,

Les avocats du prévenu ayant eu la parole en dernier,

Le Président a ensuite déclaré que l'arrêt serait prononcé à l'audience du **MARDI 07 MAI 2013**.

DÉCISION :

Rendue après en avoir délibéré conformément à la loi,

RAPPEL DE LA PROCEDURE :

LA PREVENTION :

SANTANDER Jean-Marie est prévenu:

-d'avoir dans le département des Bouches du Rhône et notamment à Aix-en-Provence entre mars 2008 et septembre 2008, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, étant Président Directeur Général de la SA THEOLIA, fait de mauvaise foi, des pouvoirs qu'il possédait ou des voix dont il disposait un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était directement ou indirectement intéressé, en l'espèce en faisant conclure sans respect de la procédure des conventions réglementées entre la SA THEOLIA, lui-même et la Sté THEOLIA EMERGING MARKETS un pacte d'actionnaires qui prévoyait notamment sa résiliation anticipée en cas de fin de mandat de Jean-Marie SANTANDER, ce qui permettait à ce dernier de retrouver dans ce cas la liberté de vote,

faits prévus par les articles L.242-6 4°, L.242-30, L.243-1, L.244-1, L.244-5, L.246-2 du Code de commerce et réprimés par les articles L.242-6, L.249-1 du Code de commerce;

-d'avoir dans le département des Bouches du Rhône et notamment à Aix-en-Provence entre novembre 2007 et septembre 2008, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, étant Président Directeur Général de la SA THEOLIA, fait de mauvaise foi, des pouvoirs qu'il possédait ou des voix dont il disposait un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était directement ou indirectement intéressé, en l'espèce en faisant conclure entre la SA THEOLIA et la Sté THEOLIA EMERGING MARKETS, société dont il était le dirigeant et dont il avait pris le contrôle, un contrat de prêt d'un montant de 25 millions d'euros pour financer l'achat par la Sté THEOLIA EMERGING MARKETS de participations dans le capital de la société de droit allemand ECOLUTIONS, alors que la Sté THEOLIA du fait d'une augmentation de capital était devenu un actionnaire très minoritaire de la Sté THEOLIA EMERGING MARKETS,

faits prévus par les articles L.242-6 4°, L.242-30, L.243-1, L.244-1, L.244-5, L.246-2 du Code de commerce et réprimés par les articles L.242-6, L.249-1 du Code de commerce;

-d'avoir dans le département des Bouches du Rhône et notamment à Aix-en-Provence entre septembre 2007 et septembre 2008, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, étant Président Directeur Général de la SA THEOLIA, fait de mauvaise foi, des pouvoirs qu'il possédait ou des voix dont il disposait un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était directement ou indirectement intéressé, en l'espèce en procédant à une augmentation du capital de la Sté THEOLIA EMERGING MARKETS, société anonyme de droit marocain dont la Sté THEOLIA était actionnaire à hauteur de 99,996%, dont la souscription lui était réservée à titre personnel et en émettant des bons de souscription d'actions qui ont eu pour effet de réduire la participation de la Sté THEOLIA au capital de la Sté THEOLIA EMERGING MARKETS à 6,5%,

faits prévus par les articles L.242-6 4°, L.242-30, L.243-1, L.244-1, L.244-5, L.246-2 du Code de commerce et réprimés par les articles L.242-6, L.249-1 du Code de commerce;

-d'avoir dans le département des Bouches du Rhône et notamment à Aix-en-Provence entre juillet 2008 et septembre 2008, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, étant Président Directeur Général de la SA THEOLIA, fait de mauvaise foi, des biens ou des crédits de cette société, un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était directement ou indirectement intéressé, en l'espèce en faisant verser par la SA THEOLIA à l'association sportive de Cassis Carnoux une somme de 400 000 euros, sans contrepartie réelle,

faits prévus par les articles L.242-6 3°, L.242-30, L.243-1, L.244-1, L.244-5, L.246-2 du Code de commerce et réprimée par les articles L.242-6, L.249-1 du Code de commerce

-d'avoir dans le département des Bouches du Rhône et notamment à Aix-en-Provence entre janvier 2008 et septembre 2008, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, étant Président Directeur Général de la SA THEOLIA, fait de mauvaise foi, des biens ou des crédits de cette société, un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était directement ou indirectement intéressé, en l'espèce en faisant verser par la SA THEOLIA à la Sté FARACHA, société de droit luxembourgeois dont il était le dirigeant en exécution d'une convention signée le 13 mars 2008 avec effet rétroactif au 1er janvier 2008, une somme de 274 371,25 euros ne correspondant pas à des prestations réelles,

Faits prévus par les articles L.242-6 3°, L.242-30, L.243-1, L.244-1, L.244-5, L.246-2 du Code de commerce et réprimés par les articles L.242-6, L.249-1 du Code de commerce;

-d'avoir dans le département des Bouches du Rhône et notamment à Aix-en-Provence entre avril 2005 et octobre 2005, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non prescrit, étant président du directoire de la SA THEOLIA, fait de mauvaise foi, des biens ou des crédits de cette société, un usage qu'il savait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était directement ou indirectement intéressé, en l'espèce en faisant conclure sans respect de la procédure des conventions réglementées par la SA THEOLIA avec la Sté NEWS INVEST, société dans laquelle il était membre du conseil de surveillance et actionnaire, dont son épouse était actionnaire et dont la Sté COLIBRI HOLDING, qu'il contrôlait, était actionnaire un contrat contenant notamment une clause dite de success fees défavorable et contraire à l'intérêt social de la Sté THEOLIA, l'exécution de ce contrat aboutissant au versement par la Sté THEOLIA d'une somme de 838 339,36 euros,

faits prévus par les articles L.242-6 3°, L.242-30, L.243-1, L.244-1, L.244-5, L.246-2 du Code de commerce et réprimés par les articles L.242-6, L.249-1 du Code de commerce

-d'avoir sur le territoire national et notamment à Aix-en-Provence et au Maroc, entre décembre 2007 et septembre 2008, en tout cas depuis temps non prescrit, en sa qualité de président du conseil d'administration de la Sté THEOLIA EMERGING MARKETS, société de droit marocain, détourné une somme de 1 300 000 dirhams (soit environ 118 000 euros) qui ne lui avait été remise et qu'il avait acceptée à charge de la rendre ou représenter ou d'en faire un usage déterminé et ce, au préjudice de la Sté THEOLIA EMERGINGMARKETS en percevant personnellement cette somme sans contrepartie réelle,

faits prévus par l'article 314-1 du Code pénal et réprimés par les articles 314-1 AL.2, 314-10 du Code pénal

-d'avoir sur le territoire national et notamment à Aix-en-Provence et au Maroc, entre septembre 2007 et septembre 2008, en tout cas depuis temps non prescrit, en sa qualité de président du conseil d'administration de la Sté THEOLIA EMERGING MARKETS, société de droit marocain, détourné une somme de 183 013,47 euros qui ne lui avait été remise et qu'il avait acceptée à charge de la rendre ou représenter ou d'en faire un usage déterminé et ce, au préjudice de la Sté THEOLIA EMERGING MARKETS en faisant verser cette somme à la Sté FARACHA, société de droit luxembourgeois dont il était le dirigeant sans contrepartie réelle,

faits prévus par l'article 314-1 du Code pénal et réprimés par les articles 314-1 AL.2, 314-10 du Code pénal

LE JUGEMENT :

Par jugement contradictoire du 13 mars 2012, le tribunal correctionnel d' AIX EN PROVENCE a relaxé Jean-Marie SANTANDER pour les faits d'abus de biens sociaux commis entre novembre 2007 et juillet 2008, commis entre juillet 2008 et septembre 2008 et commis entre avril 2005 et octobre 2005, l'a déclaré coupable du surplus des faits qui lui sont reprochés, l'a condamné à la peine de 8 mois d'emprisonnement avec sursis et a prononcé l'interdiction de gérer pour une durée de 3 ans.

Le tribunal a reçu les constitutions de parties civiles des sociétés THEOLIA SA et THEOLIA EMERGING MARKETS et a condamné Jean-Marie SANTANDER à leur payer respectivement:

- à THEOLIA, la somme de 109.278,76 euros à titre de dommages intérêts pour le préjudice financier, 1 euro pour le préjudice moral,
- à THEOLIA EMERGING MARKETS, la somme de 299.753,74 euros pour le préjudice financier.

LES APPELS :

Jean-Marie SANTANDER a relevé appel de toutes les dispositions du jugement, par déclaration au greffe du tribunal le 15 mars 2012.

Le Ministère Public a relevé incident le même jour.

Les parties civiles ont relevé appel des dispositions civiles, le 23 mars 2012.

DÉCISION :

EN LA FORME,

Attendu que Jean-Marie SANTANDER comparaît assisté de ses conseils ;

Que Les sociétés THEOLIA SA et THEOLIA EMERGING MARKETS sont représentées par leur représentant légal Monsieur Kallouf FADY, assisté de ses conseils ;

Qu'il sera statué par arrêt contradictoire à leur égard ;

Attendu que les appels de Jean-Marie SANTANDER, du Ministère Public et des parties civiles sont recevables pour avoir été interjetés dans les formes et délais légaux ;

AU FOND,

RAPPEL SUCCINCT DES FAITS :

Le 6 janvier 2010, les sociétés THEOLIA et THEOLIA EMERGING MARKETS (TEM) déposaient plainte auprès du Parquet d'AIX EN PROVENCE contre Jean-Marie SANTANDER.

Elles exposaient que le groupe THEOLIA, dont le siège social était à AIX, avait pour activité principale la production d'électricité à partir de l'énergie éolienne et exerçait ses activités en FRANCE et dans divers autres pays par le biais de la filiale de droit marocain TEM.

Après avoir occupé la fonction de Président du Directoire du 6 novembre 2003 au 14 avril 2006, date à laquelle la société THEOLIA avait changé de forme juridique pour devenir une société anonyme à Conseil d'Administration, Jean-Marie SANTANDER était devenu Président du Conseil d'Administration jusqu'au 29 septembre 2008, date de sa démission.

La nouvelle direction, sous la présidence du Président Directeur Général, Eric PEUGEOT, soutenait avoir constaté diverses malversations au préjudice des sociétés THEOLIA et THEOLIA EMERGING MARKETS (TEM).

L'enquête diligentée en la forme préliminaire par la section financière de la police judiciaire de MARSEILLE retenait plusieurs abus de biens sociaux commis au préjudice de THEOLIA et abus de confiance, commis au préjudice de TEM, l'infraction d'abus de biens sociaux n'existant pas en droit marocain, infractions qui sont reprises par la prévention et peuvent être présentées comme suit :

Le contrat THEOLIA/NEWS INVEST du 19 octobre 2005 ; prévention 6

Jean-Marie SANTANDER a conclu pour le compte de THEOLIA, le 19 octobre 2005 une convention avec une société NEWS INVEST au terme de laquelle cette dernière était chargée d'assister la société dans la gestion quotidienne de son information; de gérer pour le compte de THEOLIA les achats d'espaces et la réalisation des maquettes des avis financiers de la société, d'aider la société dans la diffusion de son information financière, d'actualiser la partie financière du site internet THEOLIA, d'assurer un rôle moteur pour les sujets relatifs à la communication financière, d'aider à la préparation des augmentations de capital, d'augmenter la liquidité du titre par l'accroissement du nombre d'actionnaires.

Cette convention prévoyait une rémunération au moyen d'honoraires mensuels de 7.000 euros HT au début, puis 10.000 euros HT par mois à compter du 1er janvier 2006, et s'y ajoutait une clause de « success fees » (c'est à dire un intéressement perçu pour chaque nouvel actionnaire) selon laquelle NEWS INVEST facturerait 10 euros HT par actionnaire supplémentaire au-delà de 1.700 actionnaires.

Cette convention a abouti à verser à NEWS INVEST une somme totale de 838.339,36 euros entre le mois de février 2007 et le mois de septembre 2008 et a généré une plus value de 232.378,14 euros pour Jean-Marie SANTANDER qui dans le même temps, était actionnaire de NEW INVEST .

La subvention versée au club de football CASSIS/CARNOUX : prévention 4

Le 2 juillet 2008, la société THEOLIA versait une somme de 400.000 euros à l'association sportive Cassis/Carnoux au titre de l'engagement d'un contrat de sponsoring.

La contrepartie de ce paiement prévoyait "de faire bénéficier la société THEOLIA de la notoriété liée à l'accomplissement du sport et de la mettre en valeur à toute occasion".

En pratique, le nom de THEOLIA était imprimé sur les maillots des joueurs.

Jean-Marie SANTANDER qui a versé, à titre personnel, 64.000 euros par le biais de sa société MANDARINE, a soutenu que cette opération était faite dans l'intérêt de la société et avait un intérêt au plan fiscal.

Les contrats FARACHA (a u préjudice de THEOLIA et TEM) et la somme de 118.000 euros (prévention 5,7 et 8)

Au cours du conseil d'administration de THEOLIA du 27 décembre 2007, Jean-Marie SANTANDER a annoncé la mise sur pied pour le compte de THEOLIA d'une convention d'expertise stratégique et pour le compte de TEM, d'une convention d'animation avec la société FARACHA, conventions destinées à faire appel à une équipe de spécialistes pour accompagner la stratégie de croissance.

L'enquête a établi que FARACHA était une société de droit luxembourgeois dont il était l'unique administrateur.

Jean-Marie SANTANDER a expliqué qu'il s'agissait de la rémunération d'un travail réel mais aussi d'optimiser ses conditions fiscales et de remplacer ses salaires par des prestations facturées par FARACHA. Il avait ainsi perçu 274.371,25 euros de FARACHA pour THEOLIA et 183.013,47 euros pour TEM outre 1.300.000 dirhams soit 118.000 euros qui lui avaient été payés au MAROC.

TEM/ECOLUTIONS:

Pacte d'actionnaires et augmentation de capital de TEM (préventions 1 et 3)

Sous la direction de Jean-Marie SANTANDER, THEOLIA avait créé TEM dont elle possédait 99% du capital, société filiale dont la mission était d'investir dans les pays émergents par le développement de systèmes de production d'électricité à partir des énergies renouvelables, ceci à travers un réseau de filiales initialement constituées notamment en Inde, au Brésil et au Maroc.

Dans l'objectif de la faire coter en bourse, Jean-Marie SANTANDER et Mohamed HABBAL, vice président de TEM, décidaient une augmentation du capital par apport de fonds propres, ramenant la participation de THEOLIA à moins de 50% des parts et l'octroi en leur faveur de bons de souscription d'actions, opération qui, selon la prévention, ramenait une participation encore diminuée de THEOLIA au capital de TEM à 6,5%.

Fin novembre 2007 SANTANDER et HABBAL signaient un pacte d'actionnaires par lequel, bien que majoritaires, ils laissaient le pouvoir à THEOLIA pour que TEM puisse être intégrée au groupe. Par la suite, une clause est venue modifier le pacte à l'avantage du prévenu.

Jean-Marie SANTANDER expliquait que l'opération était tactiquement et financièrement intéressante pour TEM et donc pour THEOLIA dont elle était la filiale en raison du négoce des "certificats carbone".

Ecolutions

Concomitamment à cette prise de contrôle de TEM, Jean-Marie SANTANDER avait mené des négociations pour le rachat de 35% des parts d'une société allemande ECOLUTIONS dont l'activité était le négoce des certificats carbone dans les pays émergents, pour la somme de 25 millions d'euros financée par THEOLIA sous la forme d'un prêt au taux de 5% à TEM,

Jean-Marie SANTANDER expliquait que l'opération avait été régulièrement faite.

MOYENS DES PARTIES :

Les sociétés THEOLIA SA et THEOLIA EMERGING MARKETS déposent des conclusions tendant à la confirmation du jugement en ce qu'il a condamné Jean-Marie SANTANDER à leur payer les dommages intérêts suivants :

- THEOLIA, la somme de 109.278,76 euros à titre de dommages intérêts pour le préjudice financier, 1 euro pour le préjudice moral,

- THEOLIA EMERGING MARKETS, la somme de 299.753,74 euros pour le préjudice financier,

et à l'infirmité pour le surplus, de faire droit à l'intégralité de leurs demandes et de :

En conséquence,

-CONDAMNER Monsieur Santander à verser à la société THEOLIA la somme de 218.868 euros augmentée des intérêts légaux au titre du préjudice financier qu'elle a subi du fait de la conclusion du contrat du 19 octobre 2005 avec la société NEWS INVEST ; ainsi que la somme de 21.560 euros augmentée des intérêts légaux correspondant au rappel de TVA imposé à THEOLIA consécutivement ;

-CONDAMNER Monsieur Santander à verser à la société THEOLIA la somme de 400.000 euros augmentée des intérêts légaux au titre du préjudice financier qu'elle a subi du fait de la conclusion du contrat du 2 juillet 2008 avec l'association sportive Cassis-Carnoux ; ainsi que la somme de 78.400 euros augmentée des intérêts légaux au titre du rappel de TVA imposé à THEOLIA consécutivement ;

-CONDAMNER Monsieur Santander à verser à la société THEOLIA la somme de 109.278,76 euros augmentée des intérêts légaux au titre des frais qu'elle a dû engager pour mener à bien les opérations afférentes au rachat des parts de Monsieur Santander dans la société TEM ;

-CONDAMNER Monsieur Santander à verser à la société TEM la somme 2.000.000 dirhams, ou sa contrevaletur en euros au jour du jugement à intervenir, augmentée des intérêts légaux, et qui correspond au paiement dont TEM a dû s'acquitter au profit de l'Office des changes du Maroc ;

-CONDAMNER Monsieur Santander à verser à la société TEM la somme de 183.013,74 euros augmentée des intérêts légaux au titre du préjudice financier subi du fait du détournement survenu en lien avec la convention d'animation conclue le 1^{er} janvier 2008 entre TEM et FARACHA ;

-CONDAMNER Monsieur Santander à verser à la société TEM la somme de 1.300.000 dirhams augmentée des intérêts légaux ou sa contrevaletur en euros au jour du jugement à intervenir, au titre du préjudice financier qu'elle a subi du fait de la perception par Monsieur Santander de rémunérations indues en contrepartie de ses fonctions de Président de TEM ;

- CONDAMNER en outre Monsieur Santander à verser à la société THEOLIA la somme de 110.000 euros au titre de son préjudice moral ;

- ORDONNER l'exécution provisoire de l'ensemble des dispositions civiles du jugement à intervenir sous astreinte, passé le délai de quinze jours après le prononcé de la décision de condamnation, de payer 1000 euros par jour de retard.

Le Ministère Public a pris ses réquisitions.

Jean-Marie SANTANDER dépose des conclusions tendant à la confirmation du jugement pour les relaxes prononcées et à son infirmité pour le surplus. Il demande son renvoi des fins des poursuites pour l'ensemble des dispositions pénales et civiles du jugement.

MOTIFS DE LA DÉCISION :**AU FOND,****Sur l'action publique :****1- Sur la culpabilité,****- Sur le contrat THEOLIA/NEWS INVEST du 19 octobre 2005 :**

Attendu que la partie civile fait valoir que cette convention ne s'expliquerait que par l'intérêt personnel qu'aurait Monsieur SANTANDER dans NEWS INVEST et pour favoriser son épouse et la société COLIBRI dans laquelle il était directement intéressé; qu'elle est contraire à l'intérêt de THEOLIA puisque les services fournis n'étaient pas à la hauteur, que les termes de la clause de success fees étaient totalement disproportionnés, que d'ailleurs l'administration fiscale a considéré que la clause de success fees ne relevait pas d'une prestation engagée dans l'intérêt de la société et a proposé un rappel de TVA déductible pour un montant de 21.560 euros ; qu'il est de mauvaise foi dans la mesure où il n'a pas informé le conseil d'administration qu'il était intéressé dans NEWS INVEST, ce qui aurait nécessité de passer par une convention réglementée ;

Le tribunal a prononcé la relaxe pour ces faits au motif "que si l'incidence exacte de ce contrat sur le développement de l'actionnariat de THEOLIA est difficilement quantifiable, il reste que celui-ci est passé à plus de 18.000 actionnaires, de sorte qu'il n'est pas établi que cette opération aurait été contraire aux intérêts de la société dirigée par le prévenu";

Attendu qu'il résulte des pièces du dossier, de celles communiquées avec les conclusions des parties et des débats que Jean-Marie SANTANDER avait démissionné de ses fonctions dans NEWS INVEST plus de trois mois avant la signature du contrat et qu'il a vendu ses actions personnelles, celles de son épouse et celles qu'il détenait dans la société COLIBRI dans le courant de l'année 2006 ;

Qu'ainsi il n'avait aucun intérêt personnel direct ou indirect qui eut pu nécessiter l'établissement d'une convention réglementée telle que prévue par l'article L 225-86 du code de commerce, l'existence d'une telle convention étant d'ailleurs indifférente à la caractérisation de l'infraction d'abus de biens sociaux ;

Que les prestations facturées n'étaient pas dénuées de réalité, l'appréciation de l'Administration des Impôts étant sans incidence sur l'existence d'une infraction pénale ; qu'en effet, outre la compétence réelle de la société NEWS INVEST, qui est l'une des deux grandes sociétés en charge de la communication financière des petites et moyennes sociétés cotées en bourse, Madame MARTINI, commissaire aux comptes a confirmé qu'il y avait eu de réelles prestations et que les montants payés n'étaient pas aberrants eu égard aux levées de fonds, Monsieur VAUTIER, directeur administratif et financier a quant à lui précisé qu'il avait constaté des prestations de communication ;

Que la clause de success fees a eu pour effet l'expansion de la société en faisant passer le nombre d'actionnaires qui était de 220 en 2005 à 18 300 en 2008 et le cours de l'action de 5 euros en 2005 à 32 euros en juillet 2007, démontrant amplement qu'elle n'était pas contraire à l'intérêt social ;

Qu'il convient, en conséquence, de confirmer la relaxe prononcée par les premiers juges, l'infraction d'abus de biens sociaux n'étant pas établie de ce chef ;

- Sur le contrat de sponsoring du club CASSIS-CARNOUX :

Attendu que la partie civile fait valoir que ce contrat est contraire à l'intérêt social de THEOLIA, qu'il est sans contrepartie réelle et fait dans l'unique intérêt personnel de Jean-Marie SANTANDER ;

Attendu que le tribunal a prononcé la relaxe pour ces faits au motif "qu'il ne résulte pas de la procédure et des débats qu'il aurait agi à des fins personnelles ou pour favoriser une société dans laquelle il était intéressé";

Attendu qu'il résulte des pièces du dossier, de celles communiquées avec les conclusions des parties et des débats que l'article 238 bis du code général des impôts admet expressément la déduction des dépenses de parrainage, qualifiées aussi de «sponsoring », engagées dans le cadre de manifestations de caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social ou sportif dès lors qu'elles sont engagées dans l'intérêt direct de l'exploitation dans la limite de 0,5% du chiffre d'affaires ;

Que pour 2007, année fiscale de référence au moment de la prise de décision de l'octroi de la subvention, le chiffre d'affaires consolidé de THEOLIA s'élevait à 306 000 000 euros, la somme de 400 000 euros qui devait être versée au club sportif ne représentant que 0,13% du chiffre d'affaires était donc dans les limites légales de la loi fiscale ;

Que cette opération de sponsoring avait pour objectif de populariser le titre ; d'une part, le Conseil d'Administration de THEOLIA fixait à Jean-Marie SANTANDER un objectif de 200 000 actionnaires pour atteindre le chiffre de son concurrent du moment EDF ENERGIE NOUVELLE, d'autre part, le club participait au championnat de ligue nationale, jouait 38 matchs dont 19 à l'extérieur ainsi que des matchs de Coupe de France dans des villes moyennes où le nom de THEOLIA, apposé sur les maillots serait vu et repris dans la presse locale, ce qui contribuait à augmenter le nombre des actionnaires

Que cette opération n'était pas une opération unique puisque THEOLIA sponsorisait aussi l'Olympique de MARSEILLE pour presque 500.000 euros, Peggy BOUCHET pour un projet de traversée de l'Atlantique en ballon, avait financé pendant deux saisons un bateau et son skipper pour 400.000 euros ainsi que le Marathon des Sables pendant deux ans sous la houlette du Directeur Administratif et Financier, Monsieur Vincent VAUTIER qui avait audité le club et préparé le contrat ;

Que si Jean-Marie SANTANDER a déclaré qu'il espérait, en agissant ainsi, attirer un regard bienveillant du Maire de CARNOUX ce qui pourrait le moment venu permettre d'acquérir plus facilement des terrains de la ville pour y construire des centrales solaires, rien ne permet d'en déduire qu'il ne s'agissait pas de THEOLIA et de dire qu'il oeuvrait dans son intérêt personnel futur pour la création d'une activité concurrente ; de la même manière, aucun élément ne permet d'établir qu'il a choisi ce club pour préserver des relations personnelles d'amitié au seul motif qu'il a des liens familiaux dans la commune de CARNOUX ;

Qu'ainsi, Jean-Marie SANTANDER n'a pas agi dans son intérêt personnel, ni pour favoriser une autre société dans laquelle il était directement ou indirectement intéressé en concluant un contrat de sponsoring avec le club sportif de CASSIS/CARNOUX, opération qui non seulement n'est pas contraire à l'intérêt social de la société mais a contribué à son développement en augmentant le nombre d'actionnaires ce qui n'est pas sérieusement contestable ;

Qu'il convient, en conséquence, de confirmer la relaxe prononcée par les premiers juges, l'infraction d'abus de biens sociaux n'étant pas établie de ce chef ;

- Sur les contrats FARACHA (a u préjudice de THEOLIA et TEM) et la somme de 118.000 euros :

Attendu que la partie civile fait valoir :

-que la convention conclue entre THEOLIA et FARACHA est contraire à l'intérêt social car elle n'offre aucune prestation réelle et elle fait courir à la société un risque de sanctions fiscales, la mauvaise foi de Jean-Marie SANTANDER résidant dans son intention d'échapper à l'imposition d'une partie de ses revenus ce qui porte atteinte aux intérêts de THEOLIA,

- que la convention conclue entre TEM et FARACHA constitue des rémunérations

versées sans contrepartie réelle,

- que la somme de 1.300.000 dirhams perçue au Maroc au titre de rémunérations pour la présidence de TEM n'est pas due ;

Attendu que pour retenir la responsabilité de Jean-Marie SANTANDER, le tribunal a considéré "que le prévenu a incontestablement commis les délits d'abus de biens sociaux visés par la prévention en s'étant fait verser des rémunérations par l'intermédiaire de la société de droit luxembourgeois FARACHA et de la société de droit marocain TEM, alors que les économies de charges sociales qu'il prétend ainsi avoir fait réaliser à la société THEOLIA étaient largement contrebalancées par un risque important de redressements fiscaux et sociaux, voire de poursuites pénales à l'encontre des personnes morales et que le prévenu avait d'ailleurs reconnu qu'il s'agissait de régler ses propres problèmes fiscaux";

Attendu qu'il résulte des pièces du dossier, de celles communiquées avec les conclusions des parties et des débats que les conventions conclues par THEOLIA et TEM avec FARACHA étaient destinées à permettre à Jean-Marie SANTANDER de s'entourer d'un comité de personnes compétentes dans la perspective d'importants projets de développement des activités dans les pays émergents nécessitant une parfaite gestion des "crédits carbone", activités qui devaient s'organiser à travers la société TEM, société destinée notamment à prendre une participation dans la société ECOLUTIONS et qui devait être cotée simultanément sur les marchés boursiers de LONDRES et CASABLANCA ; que l'opération marocaine générait un important travail supplémentaire pour le prévenu et nécessitait des compétences qui n'existaient pas au sein de THEOLIA et de TEM ;

Que ces conventions ont été légalement approuvées en conseil d'administration et ont fait l'objet d'un examen approfondi par les avocats du groupe ;

Attendu s'agissant de la convention entre THEOLIA et FARACHA, qu'il est établi que Jean-Marie SANTANDER a abandonné la partie fixe de sa rémunération perçue au titre de sa fonction de PDG qui s'était élevée à 2.028.000 euros en 2007, pour la transférer à FARACHA via la convention d'expertise stratégique qui s'est substituée à son salaire ; Qu'aucun risque fiscal n'était encouru par THEOLIA puisque Jean-Marie SANTANDER était imposé en FRANCE sur l'ensemble de ses salaires perçus en FRANCE et au LUXEMBOURG et qu'il a connu un contrôle fiscal personnel qui n'a entraîné aucun redressement ;

Qu'ainsi cette opération n'a pas été poursuivie dans l'intérêt personnel de Jean-Marie SANTANDER et n'était pas contraire à l'intérêt social de THEOLIA ;

Qu'il convient, en conséquence, de réformer le jugement qui a retenu sa culpabilité pour abus de biens sociaux de ce chef et de le renvoyer des fins de la poursuite ;

Attendu s'agissant de la convention conclue entre TEM et FARACHA qu'il existe bien une contrepartie réelle qui a été développée ci-dessus et qui correspond à la fonction de dirigeant ; que la somme de 183.013,47 euros qu'il lui est reproché d'avoir détournée correspond bien à la rémunération qu'il a perçue sur TEM dans la mesure où il démontre que son salaire mensuel fixe en FRANCE est passé de 34.216 euros à 14.216 euros dès qu'il a commencé à être salarié au MAROC en novembre 2007 ;

Qu'il convient, en conséquence, de réformer le jugement qui a retenu sa culpabilité pour abus de confiance de ce chef et de le renvoyer des fins de la poursuite ;

Attendu s'agissant de la somme de 1.300.000 dirhams perçue au Maroc que le versement de cette somme a été autorisé par un conseil d'administration de TEM le 8 décembre 2007, intégré dans les budgets officiels de la société et inclus dans les comptes certifiés par les commissaires aux comptes ;

Qu'il n'est pas contesté qu'outre la représentation du conseil d'administration, il avait également de véritables fonctions de direction générale, qu'il s'occupait de la gestion du personnel et de la marche de la centrale éolienne de 84 turbines au MAROC ;

Que pour respecter la législation marocaine imposant qu'un étranger ne puisse pas rester au MAROC plus de 3 mois sans contrat de travail et pour lui permettre de disposer de fonds dans ce pays, un contrat de travail, signé et enregistré le 26 octobre 2007 lui avait été consenti par TEM avec un salaire de 100.000 dirhams par mois et une partie proportionnelle liée aux résultats de l'entreprise ;

Qu'il n'a donc pas détourné la somme de 1.300.000 dirhams ;

Qu'il convient, en conséquence, de réformer le jugement qui a retenu sa culpabilité pour abus de confiance de ce chef et de le renvoyer des fins de la poursuite ;

- Sur l'augmentation de capital de TEM, le prêt pour l'acquisition d' ECOLUTIONS et le pacte d'actionnaires :

Attendu que la partie civile fait valoir que Jean-Marie SANTANDER a abusé des pouvoirs qu'il détenait au sein de THEOLIA et de TEM, en diluant à l'extrême la participation de THEOLIA dans TEM pour en prendre le contrôle par l'effet de la prise de participation et du pacte d'actionnaires et en signant le contrat de prêt de 25 millions d'euros pour la prise de participation de 35% des parts d'ECOLUTIONS, agissements contraires aux intérêts de THEOLIA et réalisés dans son seul intérêt personnel, "Jean-Marie SANTANDER se trouvant ainsi actionnaire principal d'une société dotée d'un nouvel actif d'une valeur de 25 millions d'euros, augmentant d'autant la valeur des actions qu'il détenait";

Attendu que le tribunal a relaxé Jean-Marie SANTANDER pour les faits d'augmentation du capital de TEM et du pacte d'actionnaires (préventions 1 et 3) en retenant "que ces opérations n'étaient pas en elles-mêmes illicites et qu'il n'est pas établi qu'il en aurait fait un usage abusif contraire aux intérêts des plaignantes" ;

Attendu qu'il résulte des pièces du dossier, de celles communiquées avec les conclusions des parties et des débats que l'augmentation du capital social de TEM, pour laquelle Jean-Marie SANTANDER a apporté un million d'euros à titre personnel, a été décidée par l'assemblée générale extraordinaire du 26 octobre 2007, dans l'objectif de la faire coter en bourse et dans la finalité économique de l'acquisition par TEM de 35% de la société allemande ECOLUTIONS, cette augmentation de capital étant de plus souhaitée par la Banque Mondiale qui voulait entrer au capital ; qu'à l'issue de cette opération, la participation de THEOLIA au capital de TEM était ramenée à 47,62% ;

Qu'il ne saurait être reproché à Jean-Marie SANTANDER par la prévention : " d'avoir fait des pouvoirs et des voix dont il disposait un usage contraire à l'intérêt de TEM en procédant à une augmentation de capital dont la souscription lui était réservée à titre personnel et en émettant des bons de souscriptions en actions qui ont eu pour effet de réduire la participation de THEOLIA à 6,5%", alors qu'il a renoncé à l'émission des bons de souscription par un courrier du 26 octobre 2007 indiquant sa "décision irrévocable de renoncer intégralement au bénéfice des BSA" et qu'il a signé le pacte d'actionnaires du 28 novembre 2007 aux termes duquel "les actionnaires personnes physiques s'engagent à exercer l'intégralité des droits de vote dont ils sont titulaires dans les AG de TEM conformément à toute instruction de vote donnée par THEOLIA et en faveur de tout projet de résolution présenté ou soutenu par THEOLIA", laissant ainsi à THEOLIA le contrôle de TEM ;

Qu'enfin, la clause de mars 2008 qui aurait modifié ce pacte d'actionnaires en faveur de Jean-Marie SANTANDER en prévoyant une résiliation anticipée en cas de révocation de ses mandats "lui permettant dans ce cas de retrouver sa liberté de vote" ne peut être retenue pour caractériser l'infraction dans la mesure où elle repose sur une supposition puisqu'elle n'a jamais trouvé application ;

Qu'il convient en conséquence, de confirmer le jugement en ce qu'il a renvoyé Jean-Marie SANTANDER des fins de la poursuite pour les abus des pouvoirs et des voix concernant l'augmentation du capital de TEM et le pacte d'actionnaire ;

Attendu que le tribunal a retenu la culpabilité du prévenu pour le contrat de prêt de 25 millions d'euros au motif "qu'il n'est pas démontré en quoi il aurait été indispensable que la société TEM investisse 25 millions dans le capital d'ECOLUTIONS, financés par un prêt de THEOLIA, quelques jours avant que cette dernière perde la majorité de TEM" ;

Attendu tout d'abord que le prêt a été effectué par THEOLIA dans le cadre de la convention de centralisation de trésorerie intergroupe du 16 février 2007 définissant le mode de fonctionnement du groupe entre la holding et ses filiales ;

Que Madame MARTINI, commissaire aux comptes indiquait que THEOLIA lui avait confirmé que l'opération entrait dans le cadre d'une convention réglementée de gestion de trésorerie intragroupe au titre d'un acte de gestion normal et que ECOLUTIONS entrait dans les comptes consolidés du groupe ; que cette prise de participation était bien inscrite à l'actif de TEM et le prêt THEOLIA au passif ;

Qu'ensuite, le prévenu a expliqué dans ses conclusions et oralement à l'audience sans être démenti par la partie civile, que TEM devait bénéficier au fur et à mesure de la mise en service de ses centrales de "crédit carbone", mécanisme instauré par les accords de KYOTO visant à compenser chaque tonne de gaz à effet de serre évitée par la création de certificats négociables sur les marchés internationaux, ceci afin d'inciter les pays émergents à investir dans les énergies renouvelables ; que si TEM avait elle-même pris les participations dans ECOLUTIONS, c'est parce qu'elle était implantée au MAROC et qu'elle était la seule à pouvoir se racheter ses "certificats carbone" puisque ces derniers n'existent de fait quasiment que pour les usines et centrales implantées dans les pays émergents, contrairement à THEOLIA ; qu'ainsi, ECOLUTIONS lui rachèterait ses certificats carbone et lui apporterait de ce fait la trésorerie pour réinvestir et de l'autre côté, la valorisation d'ECOLUTIONS sur les marchés augmenterait ce qui pouvait rapporter des revenus à ses actionnaires et surtout à TEM qui possédait 35% du capital ;

Qu'ainsi, cette opération n'était pas contraire à l'intérêt social de THEOLIA, d'autant qu'il vient d'être démontré plus haut que c'est à tort que la prévention retient "qu'à la date de la signature du prêt Jean-Marie SANTANDER avait pris le contrôle de TEM et que THEOLIA était devenue très majoritaire";

Qu'il convient de réformer le jugement en ce qu'il a retenu la culpabilité de Jean-Marie SANTANDER pour abus de biens sociaux pour le contrat de prêt et de le renvoyer des fins de la poursuite ;

Attendu, en conséquence, qu'aucune des infractions visées à la prévention n'étant établie, il convient de renvoyer Jean-Marie SANTANDER de l'ensemble des fins de la poursuite et de débouter les parties civiles de l'ensemble de leurs demandes en raison des relaxes intervenues ;

PAR CES MOTIFS :

LA COUR,

Statuant publiquement, par arrêt contradictoire à l'égard de Jean-Marie SANTANDER et des sociétés THEOLIA SA et THEOLIA EMERGING MARKETS, en matière correctionnelle, après en avoir délibéré conformément à la loi,

En la forme,

Reçoit les appels formés par Jean-Marie SANTANDER, le Ministère Public et les parties civiles,

Au fond,

Confirme le jugement déféré en ce qu'il a renvoyé Jean-Marie SANTANDER des fins de la poursuite pour les abus de biens sociaux commis dans le cadre de la convention THEOLIA/NEWS INVEST entre avril 2005 et novembre 2005, pour le contrat de sponsoring du club sportif CASSIS/CARNOUX, entre juillet 2008 et septembre 2008 et

pour les abus des pouvoirs ou des voix concernant le pacte d'actionnaires et l'augmentation de capital de TEM commis entre septembre 2007 et septembre 2008,

Le réforme pour le surplus,

Renvoie Jean-Marie SANTANDER des fins de la poursuite pour les faits :

- d'abus des pouvoirs et des voix concernant la prise de participation dans la société ECOLUTIONS,(prévention 2)

- d'abus de biens sociaux concernant la convention entre THEOLIA et FARACHA, (prévention 5)

- d'abus de confiance concernant la somme de 1.300.000 dirhams,(prévention 7)

- d'abus de confiance concernant la somme de 183.013,47 euros.(prévention 8)

Réforme les intérêts civils du jugement,

Déboute les sociétés THEOLIA SA et THEOLIA EMERGING MARKETS de l'ensemble de leurs demandes en l'état des relaxes intervenues.

Le tout conformément aux articles visés au jugement et au présent arrêt, et aux articles 512 et suivants du code de procédure pénale.

COMPOSITION DE LA COUR :

PRÉSIDENT : Madame ZERBIB

CONSEILLERS : Madame MICHEL
Monsieur VERON

MINISTÈRE PUBLIC : Monsieur AUDUREAU, Substitut général

GREFFIER : Madame PRATS

Le Président et les assesseurs ont participé à l'intégralité des débats et au délibéré.

L'arrêt a été signé par le Président et lu par Madame MICHEL conformément à l'article 485 dernier alinéa du Code de Procédure Pénale en présence du Ministère Public et du Greffier.

LE GREFFIER



LE PRÉSIDENT



La présente décision est assujettie à un droit fixe de procédure d'un montant de 120 euros dont est redevable le condamné.



pour copie certifiée conforme,
pour le greffier en chef