Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1B 678/2011

Arrêt du 30 janvier 2012
Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Fonjallaz, Président, Merkli et Eusebio.
Greffier: M. Kurz.

Participants à la procédure
A._____ et B._____, représentés par Me François Canonica, avocat,
recourants,

contre

Ministère public du canton de Genève, case postale 3565, 1211 Genève 3.

Objet
procédure pénale; refus de qualité de partie plaignante,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice
du canton de Genève, Chambre pénale de recours,
du 26 octobre 2011.

Faits:

A.
Le 24 avril 2009, le Juge d'instruction du canton de Genève a inculpé C._____, D._____, E._____, F._____ et G._____, administrateurs et actionnaires de la société de gestion de fortune X._____, de gestion déloyale. Il leur est reproché d'avoir porté atteinte à leurs clients en plaçant l'essentiel de leurs avoirs dans des "fonds Madoff", tout en percevant des rémunérations excessives. Des inculpations complémentaires ont été prononcées les 8 juillet et 10 décembre 2009. Plus de 75 plaintes ont été recueillies dans le cadre de cette procédure. En particulier, le 14 août 2009, A._____ a déposé plainte pour gestion déloyale aggravée, en expliquant que ses fonds avaient été investis dans Y._____ et Z._____, sur conseil de l'un des inculpés, alors que ceux-ci étaient dirigeants de V._____ et W._____, entités chargées de la gestion effective des fonds.

B.
Par décision du 29 août 2011, le Ministère public a refusé de reconnaître la qualité de parties plaignantes à A._____ et à son époux B._____ (qui s'était constitué partie plaignante lors d'une audience d'instruction): le mandat de gestion avec X._____ avait rapidement été annulé et les plaignants avaient donné des instructions de placement librement décidées.
Par arrêt du 26 octobre 2011, la Chambre pénale de recours de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé cette décision. En dépit d'un contrat de gestion conclu en novembre 2004, les plaignants avaient donné des instructions de placements claires et précises à X._____. Il ne pouvait dès lors y avoir de gestion déloyale. Se référant à de précédentes décisions (cf. notamment arrêt 1B 311/ 2010 du 19 novembre 2010), la cour cantonale a considéré que rien ne permettait d'admettre que les inculpés auraient été les "organes de fait" de

V._____. Les témoignages proposés par les recourants sur ce point devaient être appréciés avec prudence puisqu'ils émanaient de personnes potentiellement impliquées.

C.
Par acte du 28 novembre 2011, A._____ et B._____ forment un recours en matière pénale par lequel ils demandent l'annulation de l'arrêt cantonal et la reconnaissance de leur qualité de parties plaignantes.
La Chambre pénale de recours et le Ministère public se réfèrent à l'arrêt attaqué.

Considérant en droit:

1.
La décision attaquée a été rendue dans le cadre d'une procédure pénale. Elle peut donc faire l'objet d'un recours en matière pénale au sens de l'art. 78 al. 1 LTF. Elle a été rendue en dernière instance cantonale (art. 80 LTF). Les recourants, qui se voient dénier la qualité de parties plaignantes, ont pris part à la procédure devant l'autorité précédente et ont un intérêt juridique à l'annulation ou à la réforme de la décision attaquée (art. 81 LTF).

1.1 Selon la jurisprudence, une décision qui rejette une demande de constitution de partie plaignante dans le procès pénal présente pour la partie concernée, qui se trouve définitivement écartée de la procédure, les traits d'une décision finale au sens de l'art. 90 LTF (cf. ATF 128 I 215). Le recours est dès lors recevable.

1.2 Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 118 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si les faits ont été établis en violation de droits constitutionnels (art. 118 al. 2 et 116 LTF), ce qu'il appartient aux recourants de démontrer. Par ailleurs, le Tribunal fédéral ne sanctionne la violation de droits fondamentaux que si un tel moyen est invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF; ATF 133 II 249 consid. 1.4.2 p. 254). Le recourant qui se plaint d'arbitraire ne saurait, dès lors, se contenter d'opposer sa thèse à celle de la juridiction cantonale, mais doit démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation. Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (cf. ATF 133 III 585 consid. 4.1; 130 I 258 consid. 1.3 et les arrêts cités).

2.
Se plaignant d'établissement incomplet des faits, les recourants estiment que leur qualité de lésés ne saurait leur être déniée à ce stade de la procédure. Ils soutiennent que, de 2002 à 2008, les fonds ont été placés dans W._____ - fonds créé par l'un des prévenus - sur proposition de ce dernier qui en avait assuré le caractère conservateur. Les instructions données à ce propos par les recourants ne remettaient pas en cause l'existence d'un mandat de gestion discrétionnaire confié à X._____. Lesdites instructions étaient viciées puisque la nature et les risques du placement avaient été cachés aux recourants. Les prévenus avaient d'ailleurs perçu une rémunération - sous la forme de rétrocessions - pour cette activité de gestion.

2.1 Selon l'art. 118 al. 1 CPP, on entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil. La notion de lésé est définie à l'art. 115 CPP; il s'agit de toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction. L'art. 115 al. 2 CPP prévoit aussi que sont considérées comme des lésés les personnes qui ont qualité pour déposer plainte pénale. Cette disposition vise les représentants et les héritiers du lésé, ainsi que les autorités et organisations habilitées à porter plainte (PERRIER, in Commentaire romand CPP, n°15 ad art. 115).
Pour être personnellement lésé, l'intéressé doit être titulaire du bien juridiquement protégé touché par l'infraction, ce qui est le cas du propriétaire ou de l'ayant droit dans le cas d'une infraction contre le patrimoine (MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, in Commentaire bâlois StPO, n°22 ss ad art. 115; PERRIER, op. cit., n°8 ad art. 115). Pour être directement touché, il doit en outre subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie, ce qui exclut les dommages par ricochet (MAZZUCCHELLI/POSTIZZI, op. cit., n°28 ad art. 115; PERRIER, op. cit., n°13 ad art. 115). La déclaration de partie plaignante doit avoir lieu avant la clôture de la procédure préliminaire (art. 118 al. 3 CPP), soit à un moment où l'instruction n'est pas encore achevée. Dès lors, tant que les faits déterminants ne sont pas définitivement arrêtés sur ce point, il y a lieu de se fonder sur

les allégués de celui qui se prétend lésé pour déterminer si tel est effectivement le cas (PERRIER, op. cit., n°8 ad art. 115). Celui qui entend se constituer partie plaignante doit toutefois rendre vraisemblable le préjudice et le lien de causalité entre celui-ci et l'infraction dénoncée (SABINE DERISBOURG-BOY, La position du lésé dans la procédure
pénale et ses possibilités d'obtenir un dédommagement, thèse, Lausanne 1992, p. 29 s.; arrêt 6B 870/2009 du 18 mars 2010; arrêt 1B 311/2010 du 19 novembre 2010 consid. 3.2).

2.2 En l'occurrence, la procédure pénale se rapporte exclusivement à des infractions de gestion déloyale. La cour cantonale s'est donc interrogée à juste titre sur la position de gérant des prévenus, soit sur l'existence d'un pouvoir de gestion ou de représentation. Le devoir de gestion implique un pouvoir sur les biens d'autrui comportant une indépendance suffisante, un droit de disposition autonome et une certaine latitude qui caractérise le devoir de fidélité dont la violation est punissable (ATF 123 IV 17 consid. 3b p. 21).

2.3 En l'occurrence, un contrat de gestion a été signé en novembre 2004 avec X._____. Malgré cela, les recourants ne contestent pas que les fonds ont été investis selon leurs propres instructions, comme le permettaient les termes du contrat, de sorte que les prévenus ne disposaient d'aucune marge de manoeuvre. Les recourants reprochent aux prévenus de leur avoir conseillé les placements litigieux sans les informer de leur nature véritable et des risques encourus. Ils relèvent également certains éléments permettant de penser à l'existence d'un mandat de gestion (déclaration d'une assistante de X._____, signature de biens trouvés par les clients, invitation à se déterminer sur le maintien du contrat). Ces éléments ne sont toutefois pas propres à remettre en cause le fait, déterminant, que les prévenus agissaient sur la base d'instructions précises des recourants qui ne leur laissaient pas de marge de manoeuvre quant aux investissements à opérer. Les recourants prétendent avoir été victimes d'une mauvaise information ou de conseils erronés, mais cela n'enlève rien au caractère contraignant de leurs propres instructions et à l'absence de pouvoir de gestion, nécessaire à la réalisation de l'infraction de gestion déloyale. Comme
le relève la cour cantonale, X._____ n'a pas perçu de rémunération directement pour une activité de gestion, même si elle était par ailleurs intéressée aux placements opérés. En l'absence d'un mandat de gestion, l'infraction de gestion déloyale ne pouvait être retenue dans le cas des recourants.
L'appréciation de la cour cantonale ne viole dès lors pas, sur ce point, le droit fédéral, et les compléments que les recourants entendent apporter à l'état de fait sont sans pertinence.

2.4 La cour cantonale a également retenu que l'on ne pouvait reprocher aux prévenus une violation d'un devoir de surveillance des patrimoines investis dans Y._____, via le prétendu contrôle de fait qu'ils exerçaient sur V._____ ou W._____. Elle s'est référée sur ce point à de précédentes décisions rendues le 18 août 2010 et le 7 juillet 2011.
2.4.1 Les recourants se plaignent d'une violation de leur droit d'être entendus, en relevant qu'ils n'étaient pas parties aux procédures de recours ayant abouti aux précédentes décisions. L'argument est mal fondé.
Le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., impose à l'autorité d'indiquer dans son prononcé les motifs qui la conduisent à sa décision (ATF 123 I 31 consid 2c p. 34; 112 Ia 107 consid. 2b p. 109). Elle n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties, ni de statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées, et peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige. Il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (ATF 134 I 83 consid. 4.1 p. 88; 130 II 530 consid. 4.3 p. 540; 126 I 97 consid. 2b, et les arrêts cités). Le droit d'être entendu n'empêche par ailleurs pas l'autorité de se référer à une précédente décision ou à une prise de position d'une partie, pour autant que celle-ci soit suffisamment motivée et connue des intéressés (ATF 123 I31 consid. 2c p. 34). En l'espèce, les décisions auxquelles s'est référée la cour cantonale sont mentionnées dans la décision du Ministère public du 29 août 2011; elles ont été préalablement remises aux recourants, respectivement à l'avocat qui les représentait dans la procédure. Le droit d'être entendu a dès lors été respecté.
2.4.2 Sur le fond, les recourants prétendent que les pièces du dossier démontreraient que les prévenus prenaient toutes les décisions importantes au sein de W._____ et V._____. Cela résulterait de trois témoignages, notamment du directeur de V._____. Dans ses précédentes décisions, la cour cantonale a retenu que les prévenus n'étaient pas les organes de V._____, gestionnaire de W._____, mais seulement coactionnaires indirects pour un quart du capital; il n'était pas non plus démontré que la décision de constituer Y._____

et d'en confier la gestion à Madoff leur serait imputable. Dans son ordonnance du 7 juillet 2011, la Chambre pénale de recours a déjà tenu compte du témoignage du directeur de V._____, présenté alors comme un fait nouveau; elle a considéré que ce témoignage devait être apprécié avec retenue, son auteur ayant un intérêt évident à minimiser sa propre responsabilité et à charger les prévenus. Une telle appréciation ne saurait être qualifiée d'insoutenable. Il en résulte que l'on ne saurait en l'état imputer aux prévenus un devoir de surveillance des fonds investis dans Y._____, en raison d'un prétendu contrôle de fait sur V._____ et W._____. Le grief doit lui aussi être écarté.

3.
Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté. Conformément à l'art. 66 al. 1 LTF, les frais judiciaires sont mis à la charge des recourants.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge des recourants.

3.
Le présent arrêt est communiqué au mandataire des recourants, au Ministère public et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale de recours.

Lausanne, le 30 janvier 2012
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Fonjallaz

Le Greffier: Kurz