



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

502 2018 162

Arrêt du 12 novembre 2018

Chambre pénale

Composition

Président: Hubert Bugnon
Juges: Jérôme Delabays, Sandra Wohlhauser
Greffière-rapporteuse: Aleksandra Bjedov

Parties

A._____, **partie plaignante et recourant**, représenté par
Me David Aïoutz, avocat

contre

MINISTÈRE PUBLIC, intimé

et

B._____, **intimée**

Objet

Ordonnance de non-entrée en matière - calomnie (art. 174 CP)

Recours du 26 juillet 2018 contre l'ordonnance du Ministère public du
17 juillet 2018

considérant en fait

A. Le 18 avril 2018, A. _____ a déposé une plainte pénale contre son ex-épouse B. _____ pour calomnie (DO/2'000 ss). Il allègue que celle-ci a écrit des propos attentatoires à son honneur dans le courrier de son mandataire du 9 avril 2018 adressé à la Justice de paix de la Sarine (DO/2'006 ss = plainte pénale du 18.04.18 ch. 20 ss).

Ces personnes ont une relation conflictuelle depuis plusieurs années, notamment au sujet de leur fils C. _____, né en 2012. Leur divorce a été prononcé en 2015, la garde de l'enfant a été attribuée à la mère et un droit de visite a été accordé au père. Celui-là a été suspendu fin 2016 par la Justice de paix en raison de suspicion de faits à caractère sexuel survenus au domicile du père. La procédure pénale qui s'en est suivie a été classée par ordonnance du 6 novembre 2017 et confirmée par arrêt du 28 décembre suivant. Le 1^{er} mars 2018, A. _____ s'est adressé à la Justice de paix de la Sarine (ci-après Justice de paix) pour obtenir la levée des restrictions de son droit de visite. Dans son précité courrier, B. _____ s'y est opposée.

B. Par ordonnance du 17 juillet 2018, le Ministère public a décidé de ne pas entrer en matière sur la plainte pénale en retenant que les éléments constitutifs d'une infraction n'étaient manifestement pas remplis.

C. Le 26 juillet 2018, A. _____ a recouru contre la dite ordonnance en concluant à l'admission du recours, à l'annulation de l'ordonnance de non-entrée en matière, à ce que sa plainte pénale soit instruite par le Ministère public et à ce que les frais judiciaires ainsi que les dépens soient mis à la charge de l'Etat.

en droit

1.

1.1. En application des art. 310 al. 2 et 322 al. 2 CPP, la voie du recours à la Chambre pénale est ouverte contre une ordonnance de non-entrée en matière.

1.2. Selon les art. 322 al. 2 et 396 al. 1 CPP, le recours est adressé par écrit, dans le délai de dix jours, à l'autorité de recours. L'ordonnance querellée ayant été notifiée le vendredi 18 juillet 2018, le recours déposé le 26 juillet suivant l'a été dans le délai légal.

1.3. Toute partie qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification d'une décision a qualité pour recourir contre celle-ci (art. 382 al. 1 CPP). La partie plaignante a la qualité de partie (art. 104 al. 1, let. b CPP). On entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil. Une plainte pénale équivaut à une telle déclaration (art. 118 al. 1 et 2 CPP).

L'ordonnance querellée prononce la non-entrée en matière sur les faits objets de la plainte pénale. Le recourant étant partie plaignante, il est directement touché par cette décision et a la qualité pour recourir (art. 104 al. 1 let. b et 382 al. 1 CPP).

1.4. Doté de conclusions et motivé (art. 396 al. 1 CPP), le recours est recevable en la forme.

1.5. La Chambre dispose d'une pleine cognition en fait et en droit (art. 393 al. 2 CPP) et statue sans débats (art. 397 al. 1 CPP).

2.

2.1. Dans l'ordonnance attaquée, le Ministère public relève plusieurs passages du courrier du 9 avril 2018 de l'intimée qui, de l'avis du plaignant, contiendraient des propos attentatoires à son honneur. Après examen de ceux-ci, il arrive à la conclusion que ces passages ne sont pas à même de remettre en question l'intégrité du recourant. D'une part, les faits allégués ne seraient pas faux puisqu'ils sont confirmés dans leur majorité par des décisions judiciaires. D'autre part, le plaignant se livrerait pour le reste à des déductions qui ne seraient nullement prouvées. Au surplus, il a retenu que les éléments figurant dans la plainte pénale ne démontreraient pas de comportement pénalement répréhensible de la part de l'intimée (ordonnance attaquée, p. 3).

2.2. Le recourant critique cette appréciation du Ministère public (recours, p. 7, « EN DROIT », let. A ss) en soutenant que l'intimée continuerait depuis plusieurs mois à le discréditer en réitérant à des tiers des accusations et des faits infirmés par la justice. Il cite plusieurs exemples qui se sont déroulés en 2016 et 2017. Il relève que l'ordonnance classant la procédure ouverte à la suite d'accusations que son fils aurait subi des attouchements de sa part a été confirmée par arrêt cantonal du 28 décembre 2017 contre lequel l'intimée n'a pas recouru. Cela signifie qu'elle a accepté cette décision. Néanmoins, elle aurait persisté à lui imputer les mêmes faits auprès du Dr D. _____ et dans son courrier du 9 avril 2018 adressé à la Justice de paix. Par conséquent, les propos tenus par l'intimée auprès du dit médecin ainsi que dans son précité courrier seraient calomnieux et ne viseraient qu'à nuire à sa réputation aux yeux des tiers et des autorités judiciaires.

2.3.

2.3.1. Selon l'art. 310 al. 1 let. a CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont manifestement pas réunis. Une ordonnance de non-entrée en matière doit être prononcée pour des motifs de fait ou de droit manifestes, c'est-à-dire lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables. En cas de doute il convient d'ouvrir une instruction (ATF 137 IV 285 consid. 2.3/JdT 2012 IV 160, et les références citées). Une ordonnance de non-entrée en matière peut également être rendue en cas d'absence de soupçon suffisant. L'on peut admettre que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont manifestement pas réunis lorsque rien n'aurait jamais permis d'éveiller un soupçon ou bien lorsque le soupçon existant au début de la poursuite pénale a été complètement écarté. Ceci est par exemple le cas d'une dénonciation peu crédible lorsqu'aucun indice ne laisse présumer l'existence d'un délit ou lorsque la victime est revenue de manière crédible sur ses déclarations à charge au cours de la procédure d'investigation. Le ministère public ouvre en revanche une instruction lorsqu'il ressort du rapport de police, des dénonciations ou de ses propres constatations des soupçons suffisants laissant présumer qu'une infraction a été commise (art. 309 al. 1 let. a CPP). Les indices factuels de la commission d'une infraction nécessaires à l'ouverture d'une enquête pénale doivent être sérieux et de nature concrète. De simples rumeurs ou présomptions ne sont pas suffisantes. Une enquête ne doit pas être davantage engagée pour pouvoir acquérir un soupçon (arrêt TF 6B_830/2013 du 10 décembre 2013 consid. 1.4; arrêt de la Chambre pénale 502 2014 217 du 12 décembre 2014 consid. 2a).

2.3.2. Aux termes de l'art. 174 CP, celui qui, connaissant la fausseté de ses allégations, aura, en s'adressant à un tiers, accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite

contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération, celui qui aura propagé de telles accusation ou de tels soupçons, alors qu'il en connaissait l'inanité, sera, sur plainte puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (ch. 1). La peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire de 30 jours-amende au moins si le calomniateur a, de propos délibéré, cherché à ruiner la réputation de sa victime (ch. 2). La calomnie constitue une forme qualifiée de diffamation. En sus de remplir les éléments constitutifs de diffamation, l'auteur sait que ce qu'il allègue est faux. Cet élément supplémentaire a pour conséquence qu'il n'y a pas de preuve libératoire possible pour le calomniateur. La poursuite de cette infraction se fait uniquement sur plainte (DUPUIS *et alii*, Petit commentaire - CP, art. 174 CP n. 1 et 2). Selon l'art. 31 CP, le droit de porter plainte se prescrit par trois mois. Le délai court du jour où l'ayant droit a connu l'auteur de l'infraction.

Les éléments constitutifs objectifs de la calomnie sont: une atteinte à l'honneur, une communication à un tiers et la fausseté du fait allégué. Le fait allégué par le calomniateur doit être faux. Il appartient aux autorités pénales de prouver que le fait allégué est faux. Au cas où la fausseté de l'allégation n'est pas prouvée, il s'agit d'une diffamation selon l'art. 173 CP. Sur le plan subjectif, l'infraction implique l'intention. L'auteur doit vouloir et accepter que sa communication soit attentatoire à l'honneur et qu'elle soit portée à la connaissance de tiers. Le dol éventuel est suffisant. L'auteur doit en outre agir en connaissant la fausseté de son allégation, le dol éventuel n'étant en l'espèce pas suffisant. La preuve de cet élément subjectif spécifique incombe à l'accusation. Au cas où l'auteur douterait de la véracité de son allégation, il s'agit d'un cas de diffamation. La peine est plus sévère selon l'art. 174 ch. 2 CP, si l'auteur de la calomnie a, de propos délibéré, cherché à ruiner la réputation de sa victime. Le but du calomniateur est donc d'anéantir délibérément systématiquement ou par une attaque planifiée virulente. Il n'est pas nécessaire qu'il y aboutisse, l'intention suffit. Si l'auteur sait que ce qu'il allègue est faux, l'art. 174 CP est applicable: le concours idéal avec les art. 173 CP (diffamation) et 177 CP (injure) est exclu (DUPUIS *et alii.*, *op. cit.*, art. 174 n. 3 ss).

2.4. En l'espèce, l'ordonnance attaquée doit uniquement être examinée en lien avec le courrier de l'intimée du 9 avril 2018 (pce 3 sous bordereau de recours), qui est le seul élément de fait qui a fait l'objet de la plainte pénale. Les événements antérieurs, mentionnés dans le recours, ont du reste déjà fait l'objet de procédures pénales.

En premier lieu, il convient de relever que le dit courrier n'a pas été adressé spontanément au Juge de paix. Celui-ci s'inscrit dans un contexte procédural civil précis, l'intimée ayant agi à la demande du juge. Dans sa détermination litigieuse, elle a conclu au rejet de la demande de levée de la restriction du droit de visite formulée par le recourant et a fourni une motivation à l'appui de cette conclusion. Par conséquent et contrairement à ce que soutient le recourant, l'intimée ne visait pas dans son courrier « qu'à nuire à sa réputation»; son objectif premier était d'exprimer son désaccord avec la demande de levée de la restriction prononcée. Il est utile de mentionner que l'intérêt de l'enfant des parties est au centre des discussions juridiques dans la procédure civile qui les divise. Dans ce cadre-là, l'intimée est revenue sur l'ordonnance de classement de la procédure pénale ouverte pour attouchements sexuels. Comme retenu par le Ministère public, le recourant a lui-même produit l'arrêt cantonal rendu à la suite du recours contre cette ordonnance de classement (pce 4 sous bordereau du 18 avril 2018) et le courrier litigieux de l'intimée reprend deux passages de ces décisions (pce 2 *idem* = OCL du 6 novembre 2017, p. 3, ch. 7 et 10; pce 3 *idem*. = arrêt TC 502 2017 289 du 28 décembre 2017, p. 6, 2.2., 3^e §). Par conséquent, c'est bien par le biais du recourant que le Juge de paix a été informé du contenu de l'ordonnance de classement.

L'intimée quant à elle s'en est tenue à cette ordonnance et en a repris les passages qui allaient dans le sens de ses conclusions civiles. Les considérants qu'elle a choisis ne vont évidemment pas dans un sens que voudrait le recourant mais ils ne sont pas pour autant attentatoires à son honneur. En effet, mentionner le fait qu'à la suite du prononcé d'une ordonnance de classement la procédure pourrait être reprise en cas de nouveaux éléments est une réalité procédurale. De même, le fait que le fils des parties « n'ait pas pu mettre des mots sur ce qui s'était réellement passé chez son père » signifie avant tout que l'enfant n'a pas pu s'exprimer à satisfaction quant à ses souffrances, lesquelles ne sont pas contestées et sont du reste mises en lumière par le rapport médical produit par le recourant lui-même à l'appui de son recours (pce 4 p. 2). Ces mots n'expriment pas une accusation mais une inconnue.

Dans la mesure où ces considérations, plutôt générales, pourraient être interprétées de différentes manières, d'éventuelles déductions ne permettraient du reste pas pour autant l'ouverture d'une enquête pénale. Il faudrait des indices concrets soit, en l'occurrence, une volonté de l'auteur de causer une atteinte à l'honneur de sa victime. L'expression d'une telle volonté ne ressort pas de la lettre incriminée de l'intimée, qui s'est déterminée dans un contexte précis et de surcroît par l'intermédiaire de son avocat qui a œuvré dans le respect de son devoir de diligence.

2.5. En partant du principe que ce n'est qu'après la transmission de la détermination du 9 avril 2018 que le recourant aurait eu connaissance de propos tenus par l'intimée auprès du psychologue Dr D._____, il convient de faire le même constat que précédemment. Tout d'abord, ce qu'avance le recourant n'est que conjecture; le rapport de ce soignant ne rapporte aucunement des propos effectivement tenus par l'intimée mais fait état de propos de l'enfant lui-même (cf. pce 4 à l'appui du recours). Ensuite et surtout, comme déjà relevé, la plainte pénale ne concernait que le contenu de la lettre du 9 avril 2018, et donc pas des propos tenus ailleurs.

Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que le Ministère public a décidé de ne pas entrer en matière en retenant que les éléments figurant au dossier ne montrent pas d'indices concrets que l'intimée aurait adopté un comportement pénalement répréhensible sous l'angle d'une calomnie.

2.6. Le recourant ne soutient par ailleurs pas que les faits de la plainte seraient susceptibles de tomber sous le coup d'une autre norme pénale protégeant l'honneur. Point n'est donc besoin de se pencher sur cette éventualité.

Serait-ce tout de même le cas que l'on toucherait alors aux règles admettant la preuve libératoire. A cet égard, il est retenu que l'inculpé n'encourra aucune peine s'il prouve que les allégations qu'il a articulées ou propagées sont conformes à la vérité ou qu'il avait des raisons sérieuses de les tenir de bonne foi pour vraies (art. 173 ch. 2 CP). Pour refuser la preuve libératoire, il faut d'une part que les propos aient été tenus sans motif suffisant et, d'autre part, que l'auteur ait agi principalement dans le dessein de dire du mal d'autrui. Les deux conditions sont cumulatives. Ainsi, lorsque l'auteur a agi pour un motif suffisant, il sera toujours admis à la preuve libératoire, même s'il avait principalement le dessein de dire du mal d'autrui (CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Vol. I, 3^e éd., 2010, art. 173 CP n. 55 ss). Il faut se fonder sur les éléments dont l'auteur avait connaissance lors de son allégation et se demander s'il avait des raisons sérieuses de tenir de bonne foi pour vrai ce qu'il a affirmé (DUPUIS *et alii.*, art. 173 n. 36). Selon la jurisprudence, l'exigence de la preuve de la bonne foi est plus ou moins stricte selon le cas d'espèce. Ainsi il ne faut pas être strict lorsque l'auteur s'exprime dans la sauvegarde de ses intérêts légitimes, notamment dans le cadre d'une plainte ou en tant que partie à un procès, ou encore lorsqu'il n'y a pas de large diffusion ou encore lorsqu'il ne s'agit que de soupçons (cf. ATF 116 IV 205 consid. 3.b / JdT 1992 IV 107 et réf.).

En l'espèce, à supposer qu'il y ait eu diffusion d'un soupçon préjudiciable, le contexte général opposant le recourant et son ex-épouse était constitué d'un climat lourd et tendu, depuis plusieurs mois déjà. De plus, ce contexte portait sur un litige relatif aux relations personnelles avec l'enfant C. _____. Enfin la lettre incriminée était adressée à la Justice de paix. Son unique destinataire, tenu au secret de fonction, était ainsi l'un de ceux qu'une partie de la doctrine qualifie de "confident nécessaire" (cf. Petit commentaire précité, art. 173 n. 18 et réf.). L'ensemble de ces éléments conduit à des exigences peu sévères pour la preuve de la bonne foi et à considérer que celle-ci serait apportée.

2.7. Il s'ensuit le rejet du recours et la confirmation de l'ordonnance attaquée.

3. Les frais de procédure (art. 422 CPP) de recours sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé (art. 428 al. 1 CPP). En l'espèce, vu le rejet du recours, les frais y relatifs seront mis à la charge du recourant (art. 428 al. 1 CPP; art. 124 LJ et 33 ss RJ). Pour la même raison, aucune indemnité ne lui sera octroyée.

la Chambre arrête:

I. Le recours est rejeté.

Partant, l'ordonnance de non-entrée en matière du 17 juillet 2018 est confirmée.

II. Les frais de procédure de recours, par CHF 600.- (émolument: CHF 500.-; débours: CHF 100.-), sont mis à la charge de A. _____. Ils seront prélevés sur les sûretés prestées.

III. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 12 novembre 2018/abj

Le Président:

La Greffière-rapporteure: