REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/5947/2021 **ACPR/384/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 10 juin 2021

Entre

A_____, domicilié _____ [FR], comparant par Me B_____, avocat,

recourant,

contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 24 mars 2021 par le Ministère public,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

A. Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 3 avril 2021, A_____ recourt contre l'ordonnance du 24 mars 2021, expédiée par pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur la plainte pénale qu'il avait déposée le 15 mars 2021 contre C_____ pour diffamation.

Le recourant conclut à l'annulation de l'ordonnance querellée et au renvoi de la cause au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction. Il sollicite également l'octroi de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Par acte du 15 mars 2021, reçu le lendemain par le Ministère public, A_____ a porté plainte pénale contre C_____ pour diffamation.

À l'appui de sa plainte, il expose avoir mené, durant plusieurs années et avec le "*consentement éclairé*" des personnes concernées, une relation "*polyamoureuse*" avec deux femmes, parmi lesquelles D_____, relations dont étaient issus quatre enfants (deux avec chaque partenaire).

Entre février et août 2019, D_____ avait logé chez une amie à Genève, C_____. Fin 2020, ils avaient mis fin à leur relation. D_____ avait alors déposé plusieurs plaintes pénales contre lui et une procédure pénale était en cours à Fribourg. Le 26 octobre 2020, elle avait également déposé une action en protection de la personnalité, avec demande de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, auprès du Tribunal de première instance de Genève. Il en avait pris connaissance le 28 décembre suivant, date à laquelle le Tribunal de l'arrondissement de la Gruyère lui avait transmis – dans le cadre d'une "*commission rogatoire*" – la requête accompagnée de son chargé de pièces. Parmi celles-ci figuraient trois documents rédigés par C_____ contenant des déclarations fausses et attentatoires à son honneur.

b. Les documents litigieux sont les suivants :

- un texte daté du 4 septembre 2021 [*recte* : 2020], intitulé "*Témoignage*", non signé, dans lequel C_____ déclare que son amie D_____ avait été victime de violences psychologiques de la part de A_____ qui, alors qu'elle séjournait chez elle à Genève, l'appelait constamment et lui posait énormément de questions sous forme de "*menace*", lui causant ainsi un sentiment de peur et d'insécurité. Son amie lui avait raconté des épisodes de "*dénigrement à sa personne et à son intégrité physique*". Elle-même avait constaté que A_____ était une personne "*possessive, violente et capable d'avoir des actions graves*

envers la vie" de son amie. À la fin du document, C_____ disait encore savoir que le présent témoignage serait utilisé en justice ;

- un courrier électronique – en portugais, accompagné de sa traduction – que C_____ avait envoyé le 11 décembre 2020 à l'avocate de D_____, M^e^ E_____, l'informant que son amie et sa fille étaient forcées de rester dans la maison de la femme de A_____, lequel était très dangereux et avait menacé de tuer les membres de la famille de D_____ si elle n'obéissait pas ;

- un courrier électronique du même jour, en portugais également, envoyé à la même avocate, dans lequel C_____ précise que son amie était actuellement séquestrée chez A_____ à G_____ [FR], lequel lui avait déjà fait subir des violences et des relations sexuelles forcées par le passé.

C. Dans son ordonnance querellée, le Ministère public retient que les propos litigieux, s'ils devaient être considérés comme attentatoires à l'honneur, n'étaient parvenus à la connaissance que de l'avocat de l'ex-conjointe de A_____ et du juge en charge de la procédure civile, soit des "*autorités*" soumises au secret de fonction au sens de l'art. 320 CP. Aussi, les destinataires de ces propos correspondaient à un "*cercle restreint de personnes*" qui, de surcroît, étaient toutes parfaitement conscientes des circonstances dans lesquelles ils avaient été énoncés.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ reproche au Ministère public une violation de l'art. 310 al. 1 let. a CPP. Les propos tenus par C_____ et consignés dans ses écrits des 4 septembre et 11 décembre 2020 étaient constitutifs d'une atteinte à l'honneur ; ils avaient en outre été communiqués à l'avocate de D_____, soit un tiers selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral. En tenant ces propos à l'avocate, C_____ avait accepté qu'elle les communique plus loin et les utilise dans le cadre de procédures judiciaires. Dans ce cadre, le fait que le "*secret*" ne soit connu que d'un "*cercle restreint de personnes*" était dénué de pertinence. Enfin, le Ministère public fribourgeois menait actuellement une procédure pénale contre lui en raison des allégations litigieuses de C_____. Pour pouvoir apprécier le caractère diffamant de ces allégations, le Ministère public genevois se devait d'attendre l'issue de la procédure fribourgeoise et suspendre, dans l'intervalle, sa propre procédure.

b. Le Ministère public conclut au rejet du recours. C_____ s'était contentée de relater les faits tels qu'ils lui avaient été communiqués par son amie D_____, décrivant le comportement de A_____. Elle n'avait pas agi intentionnellement dans le but de porter atteinte à l'honneur de ce dernier, dans la mesure où elle avait des raisons sérieuses de tenir de bonne foi ces accusations pour vraies. En tout état de cause, les propos litigieux avaient été formulés dans le cadre d'une procédure civile et n'étaient parvenus à la connaissance que des membres du tribunal, soumis au secret de fonction, des parties à la procédure et de leurs conseils, soumis quant à eux

au secret professionnel. Pour la doctrine, une atteinte à l'honneur ne devait être admise que restrictivement dans le cadre de débats judiciaires. Par ailleurs, selon la jurisprudence, le cercle des personnes considérées comme des tiers devait être limité et les propos n'étaient pas punissables s'ils étaient adressés à des personnes astreintes au secret professionnel au sens de l'art. 321 CP. Enfin, les allégations litigieuses n'allaient pas être suivies aveuglément, mais évaluées au regard notamment des pièces produites.

c.A_____ a encore produit l'état de frais de son conseil pour la procédure de recours.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et – faute de notification conforme à l'art. 85 al. 2 CPP – dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner du plaignant qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. b CPP), a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).

2. Le recourant fait grief au Ministère public d'avoir refusé d'entrer en matière sur les faits dénoncés dans sa plainte pénale.

2.1. Conformément à 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 ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis.

Cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage *in dubio pro duriore*, qui découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et art. 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 al. 1 CPP) et signifie qu'en principe un classement ou une non-entrée en matière ne peuvent être prononcés par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies (ATF 146 IV 68 consid. 2.1 p. 69). Le ministère public dispose, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'une infraction grave. En effet, en cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243 ; 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 et les références citées).

2.2. Se rend coupable de diffamation au sens de l'art. 173 CP celui qui, en s'adressant à un tiers, aura 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 et celui qui aura propagé une telle accusation ou un tel soupçon (ch. 1). 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 (ch. 2). L'inculpé ne sera pas admis à faire ces preuves et il sera punissable si ses allégations ont été articulées ou propagées sans égard à l'intérêt public ou sans autre motif suffisant, principalement dans le dessein de dire du mal d'autrui, notamment lorsqu'elles ont trait à la vie privée ou à la vie de famille (ch. 3).

L'honneur protégé par le droit pénal est conçu de façon générale comme un droit au respect, qui est lésé par toute assertion propre à exposer la personne visée au mépris en sa qualité d'homme. Tel est notamment le cas lorsqu'on évoque une infraction pénale ou un comportement clairement réprouvé par les conceptions morales généralement admises (ATF 145 IV 462 consid. 4.2.2 p. 464).

Pour qu'il y ait diffamation, il faut que l'auteur s'adresse à un tiers. Est en principe considérée comme tiers toute personne autre que l'auteur et l'objet des propos qui portent atteinte à l'honneur, par exemple un avocat ou un magistrat (ATF 86 IV 209). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a été amené à réexaminer cette notion de tiers, jugée trop large par une majorité de la doctrine. Il a toutefois maintenu sa position, en particulier à l'égard de l'avocat par rapport à son client. Les intérêts du client n'exigent pas que la qualité de tiers soit déniée à l'avocat. Certes, il convient de laisser au client la faculté de s'exprimer le plus librement possible en présence de son avocat. Il est cependant raisonnable de demander au client de s'en tenir à des assertions qui se rapportent d'une manière ou d'une autre à son affaire et ne sont pas absolument dénuées de fondement. Or, à condition de respecter ces limites, le client échappe aux sanctions prévues par l'art. 173 ch. 1 CP. D'abord, s'il ne soulève que des questions liées à la mission de l'avocat, il pourra se prévaloir d'un motif suffisant au sens de l'art. 173 ch. 3 CP et administrer les preuves libératoires énoncées à l'art. 173 ch. 2 CP. De plus, il lui suffira d'invoquer certains indices à l'appui de ses déclarations pour établir sa bonne foi conformément à l'art. 173 ch. 2 CP et obtenir son acquittement (ATF 145 IV 462 consid. 4.3.3 p. 466 ss). Dans tous les cas de figure, la qualité de tiers, respectivement de "*confident nécessaire*" de l'avocat doit être niée lorsque des propos susceptibles d'être attentatoires à l'honneur lui sont transmis par son client dans le but qu'il les communique plus loin et s'en serve à l'attention de la personne visée par les propos en question (cf. ATF 145 IV 462 consid. 4.3.3 et 4.3.4 p. 468 s., avec références).

2.3. En l'espèce, le Ministère public a, dans son ordonnance querellée, laissé ouverte la question de savoir si les propos litigieux étaient attentatoires à l'honneur du recourant. Tel paraît pourtant bien être le cas, dès lors que le recourant est notamment accusé de menaces, de contrainte, de séquestration ainsi que de violences

physiques et sexuelles à l'égard de son ancienne compagne, soit autant de comportements constitutifs d'infractions pénales.

Le Procureur a toutefois considéré que ces allégations étaient parvenues à la connaissance de Me E_____ et du juge chargé de la procédure civile seulement, soit des personnes soumises au secret professionnel, respectivement au secret de fonction. On comprend de ses observations qu'il estime que la condition de la communication des propos à un tiers n'est, dans ces conditions, manifestement pas remplie.

Cette opinion ne peut être suivie, pour les raisons suivantes.

Tout d'abord, les arrêts cités par le Ministère public ne retiennent pas que des propos attentatoires à l'honneur adressés à des personnes astreintes au secret professionnel selon l'art. 321 CP ne seraient pas punissables ; ils se contentent d'évoquer l'avis de la doctrine à cet égard, mais rappellent surtout la conception du Tribunal fédéral de la notion de tiers (cf. arrêts du Tribunal fédéral 6B_185/2011 du 22 décembre 2011 consid. 6.2 ; 6S_3/2007 du 13 février 2007 consid. 4.3). Cette conception a encore été affirmée très récemment dans un arrêt publié, qui portait d'ailleurs sur une communication entre un client et son avocat (cf. consid. **2.2.** *supra*). Il n'y a pas lieu de s'en écarter. On peut encore préciser qu'en l'occurrence, les allégations litigieuses paraissent avoir été adressées à M^e^ E_____ pour qu'elle les fassent valoir contre le recourant dans le cadre d'une procédure judiciaire. Au demeurant, la prénommée n'était pas l'avocate de la mise en cause, mais de l'ancienne compagne du recourant. Dans ces conditions, le Ministère public ne pouvait pas, d'autant moins sous l'angle du principe *in dubio pro duriore* applicable à ce stade, considérer que la condition d'une communication à un tiers faisait manifestement défaut.

Ensuite, le fait que les propos aient été transmis à un magistrat soumis au secret de fonction ne permet pas de nier la qualité de tiers de ce dernier. Cet élément ne permet pas non plus d'interpréter autrement le caractère potentiellement attentatoire à l'honneur des propos litigieux. Le Ministère public semble ici faire un parallèle avec la situation du prévenu qui, dans le cadre d'un procès pénal, se défend en contestant des déclarations à charge (cf. ATF 118 IV 248 consid. 2b p. 251). La situation est toutefois différente en l'espèce, dès lors que la mise en cause n'a pas tenu ses allégations en étant elle-même partie à une procédure judiciaire. Elle n'a pas non plus été appelée à témoigner ou à déposer dans le cadre d'une telle procédure, circonstance dans laquelle on admet qu'elle puisse se prévaloir d'un fait justificatif au sens de l'art. 14 CP (cf. ATF 135 IV 177 consid. 4 p. 177 s.). Il s'ensuit que le Ministère public ne pouvait pas retenir que les conditions de l'art. 173 ch. 1 CP n'étaient manifestement pas réalisées.

On notera enfin que, dans ses observations, le Procureur propose une motivation complémentaire à l'appui de son prononcé, à savoir que la mise en cause n'aurait pas agi intentionnellement et qu'elle aurait eu des raisons sérieuses de tenir de bonne foi les propos qu'elle avait relayés pour vrais. Ces considérations ont trait à l'élément constitutif subjectif de l'infraction de diffamation, respectivement à la preuve libératoire de l'art. 173 ch. 2 CP, pour laquelle la question du droit à apporter de telles preuves (art. 173 ch. 3 CP) n'a pas été examinée. Dans tous les cas, en l'état actuel du dossier – lequel contient uniquement la plainte du recourant accompagnée de ses pièces, à l'exclusion de la moindre audition ou prise de position de la mise en cause –, le Ministère public ne disposait pas de suffisamment d'éléments pour rendre une ordonnance de non-entrée en matière.

La cause lui sera donc retournée pour qu'il ouvre une instruction contre la mise en cause pour diffamation. Il devra dans ce cadre décider de l'opportunité d'une suspension de la procédure (art. 314 CPP) jusqu'à droit jugé dans la procédure pénale fribourgeoise qui, selon le recourant, porterait précisément sur la réalité des allégations de la mise en cause à son encontre (cf. ACPR/807/2020 du 13 novembre 2020 consid. 3.1 et les références citées, sur le caractère opportun d'une suspension dans un tel cas de figure). Tel n'est toutefois pas l'objet du présent recours, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les arguments du recourant à cet égard.

3. Fondé, le recours doit être admis. Partant, l'ordonnance querellée sera annulée et la cause renvoyée au Ministère public pour ouverture d'une instruction.

4. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).

5. Le recourant sollicite encore l'assistance judiciaire pour la procédure de recours.

5.1. À teneur de l'art. 136 al. 1 CPP, la direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante pour lui permettre de faire valoir ses prétentions civiles lorsqu'elle est indigente (let. a) et que l'action civile ne paraît pas vouée à l'échec (let. b). Selon l'al. 2 de cet article, l'assistance judiciaire comprend l'exonération d'avances de frais et de sûretés (let. a), l'exonération des frais de procédure (let. b) et la désignation d'un conseil juridique gratuit, lorsque la défense des intérêts de la partie plaignante l'exige (let. c).

S'agissant de ce dernier point, on considère en principe que la procédure pénale ne nécessite que des connaissances juridiques modestes pour la sauvegarde des droits du lésé; il s'agit essentiellement d'annoncer ses éventuelles prétentions en réparation de son dommage et de son tort moral ainsi que de participer aux auditions des prévenus, des témoins et de poser, cas échéant, des questions complémentaires; un citoyen ordinaire devrait ainsi être en mesure de défendre lui-même ses intérêts de lésé dans une enquête pénale. Cela vaut également pour la procédure de recours contre une

décision de classement (arrêt du Tribunal fédéral 1B_450/2015 du 22 avril 2016 consid. 2.3 et les références citées ; critiques : Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse,* 2e éd., Bâle 2019, n. 66 ad art. 136). Pour évaluer si l'affaire présente des difficultés que la partie plaignante ne pourrait pas surmonter sans l'aide d'un avocat, il y a lieu d'apprécier l'ensemble des circonstances concrètes. Il faut tenir compte notamment des intérêts en jeu, de la complexité de la cause en fait et en droit, des circonstances personnelles du demandeur, de ses connaissances linguistiques, de son âge, de sa situation sociale et de son état de santé (ATF 123 I 145 consid. 2b/cc p. 147 et 3a/bb p. 149 s.; arrêt du Tribunal fédéral 1B_450/2015 précité consid. 2.3).

5.2. En l'espèce, le recourant se présente comme sans emploi depuis le début de la crise sanitaire. Pour subvenir à ses besoins, il dit compter sur les revenus de sa compagne actuelle, F_____, laquelle serait au bénéfice d'une aide sociale matérielle du service social de la Gruyère pour la couverture de son budget (cf. l'attestation du 5 novembre 2020 produite à l'appui du formulaire de situation personnelle, pièce 3 de la plainte pénale). Si le recourant affirme percevoir lui-même une aide du service social, ce qui ressortirait du formulaire rempli à l'attention du Ministère public, il a omis de fournir la moindre attestation en ce sens. Cela étant, au vu des éléments contenus dans ledit formulaire (absence de tout revenu, charges de loyer et d'assurance-maladie), il faut considérer la condition de l'indigence comme remplie pour la procédure de recours. Le Ministère public reste toutefois libre de réexaminer cette question dans le cadre de son instruction et de solliciter des explications et documents supplémentaires de la part du recourant.

La condition des chances de succès (cf. art. 136 al. 1 let. b CPP) est, compte tenu de l'issue du recours, remplie, étant par ailleurs précisé que le recourant a déclaré, dans son formulaire de situation personnelle, qu'il entendait demander des dommages-intérêts, respectivement une indemnité pour tort moral dans le cadre de la procédure pénale.

Enfin, s'agissant du caractère nécessaire du recours à un avocat pour la présente procédure de recours, il y a lieu de retenir ce qui suit. Si, en principe, l'assistance d'un conseil juridique gratuit ne se justifie pas pour la procédure de recours contre un classement – ce qui doit valoir à plus forte raison contre une ordonnance de non-entrée en matière –, il faut toujours prendre en compte les circonstances personnelles du requérant et la difficulté de la cause. À cet égard, le recourant, originaire du Portugal, prétend disposer de capacités linguistiques limitées en français. Il se dit en outre analphabète, ce qui paraît avoir été admis par le Tribunal de première instance de Genève (cf. ordonnance du 11 mars 2021, pièce 3 recours, p. 9). Compte tenu de ces éléments, il faut admettre que l'assistance d'un conseil juridique se justifiait pour la présente procédure de recours, par définition écrite (art. 397 al. 1 *cum* 390 CPP). Elle soulevait en outre certaines questions juridiques qui n'étaient pas dénuées de toute complexité (cf. les considérations *supra* sur la qualité de tiers de l'avocat) et qui

nécessitaient la consultation de la jurisprudence, elle aussi écrite. La requête sera par conséquent admise et Me B_____ désigné comme conseil juridique gratuit pour la procédure de recours.

L'indemnité sera fixée à ce stade déjà, en dérogation à l'art. 135 al. 2 CPP, applicable par renvoi de l'art. 138 al. 1 CPP, au vu notamment du fait que le Ministère public n'a pas encore statué sur l'octroi de l'assistance judiciaire dans le cadre de l'instruction qui n'est, à ce stade, pas encore ouverte (cf. en outre ACPR/516/2020 du 28 juillet 2020 et les arrêts cités).

Quant à la quotité de cette indemnité, le recourant la chiffre à CHF 1'256.50, correspondant à 5h50 d'activité au taux horaire de CHF 200.- pour un avocat chef d'étude (art. 16 al. 1 let. c RAJ), plus la TVA. Compte tenu toutefois de l'ampleur de ses écritures (huit pages et demie de recours, dont une de garde, une de conclusions, une consacrée à la recevabilité et deux à l'assistance juridique) et des observations du Ministère public (deux pages et demie), auxquelles le recourant n'a pas souhaiter répliquer, cette durée paraît exagérée, et sera ramenée (art. 16 al. 2 RAJ) à 4h d'activité, ce qui correspond à CHF 800.-, plus la TVA (7.7%) à CHF 62.- arrondis, soit un total de CHF 862.-.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours.

Annule l'ordonnance de non-entrée en matière du 24 mars 2021 et renvoie la cause au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Met A_____ au bénéfice de l'assistance juridique pour la procédure de recours et désigne à titre de conseil juridique gratuit Me B_____.

Alloue à Me B_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 862.-, TVA 7.7% incluse.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à A_____, soit pour lui son conseil, ainsi qu'au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ, Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Xavier VALDES, greffier.

Le greffier :	La présidente :
Xavier VALDES	Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).