



**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, F +41 26 304 15 01

www.fr.ch/tc

502 2014 229

Arrêt du 30 mars 2015

Chambre pénale

Composition

Président:	Jérôme Delabays
Juge:	Adrian Urwyler
Juge suppléant:	Pierre Corboz
Greffière:	Catherine Faller

Parties

A._____, **prévenu** et **recourant**, représenté par Me Jacques Barillon, avocat

contre

TRIBUNAL DES MESURES DE CONTRAINTE, intimé,

MINISTERE PUBLIC, intimé

et

B._____, **intimé**, représenté par Me Albert Nussbaumer, avocat

Objet

Autorisation d'exploiter une découverte fortuite

Recours du 10 février 2014 contre l'ordonnance du Tribunal des mesures de contrainte du 12 décembre 2013

Nouvelle décision suite à l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral 1B_220/2014 du 3 novembre 2014

considérant en fait

A. Dans le cadre de la procédure pénale dirigée contre B. _____ et close par ordonnance de classement le 24 janvier 2012 (procédure ddd), un témoin a révélé des faits dont celui-là aurait été victime. Par la suite, B. _____ a confirmé s'être vu proposer de la part d'un policier de l'aide pour la régularisation de son statut de séjour en échange d'actes d'ordre sexuel. S'en est suivie l'ouverture d'une procédure pénale à l'encontre de A. _____ pour abus de détresse par ordonnance du 4 mai 2012.

Par acte d'accusation du 21 juin 2013, A. _____ a été renvoyé devant le Tribunal pénal de l'arrondissement de la Sarine (ci-après : le Tribunal). Durant l'audience du 2 octobre 2013, le Tribunal a prononcé la suspension de la procédure et le renvoi du dossier en instruction pour complément.

B. Par ordonnance du 11 décembre 2013, le Ministère public a étendu l'instruction aux infractions d'abus d'autorité et de corruption passive. Le même jour, en application de l'art. 278 al. 2 et 3 CPP, il a demandé au Tribunal des mesures de contrainte (ci-après : le Tmc) l'autorisation d'exploiter des informations issues de la surveillance téléphonique exercée sur C. _____ dans le cadre d'une procédure ouverte en 2011 contre ce dernier pour violation de la loi fédérale sur les stupéfiants (PGE F 11 1961). En substance, le Ministère public a expliqué que les conversations téléphoniques entre C. _____, requérant d'asile, et A. _____, sans être explicites, démontraient que le second avait établi un contact avec le premier, lui ayant remis son numéro et proposé régulièrement des rencontres lors de ses congés ou tard en soirée, afin de faire « ce que je t'ai dit, tu verras ça sera super cool, très sympa ». Selon le Ministère public, ces éléments mis en relation avec les faits dénoncés ultérieurement par B. _____ laissaient apparaître de forts soupçons que, arguant de son statut de policier, A. _____ se fût mis en contact avec C. _____ pour lui faire des propositions de nature sexuelle. Le Ministère public a indiqué vouloir verser au dossier ces éléments, afin de confronter le prévenu à ceux-ci et entendre C. _____ s'il était retrouvé. Il a précisé que, par ordonnance du même jour, il avait étendu la mise en prévention de A. _____ aux infractions d'abus d'autorité et de corruption passive sur la base des déclarations de B. _____ faites devant le Tribunal pénal le 2 octobre 2013 et qu'éventuellement il envisageait de le mettre en prévention d'abus d'autorité sur la base des contrôles téléphoniques.

C. Par ordonnance du 12 décembre 2014, le Tmc a autorisé l'exploitation des éléments découverts fortuitement lors des écoutes et enregistrements dûment autorisés en 2011 sur le raccordement de C. _____.

D. Le 31 janvier 2014 s'est tenue une audience devant le Ministère public à l'occasion de laquelle A. _____ a été confronté aux preuves découvertes fortuitement et dont l'exploitation avait été autorisée par le Tmc.

E. Le 10 février 2014, A. _____ a interjeté recours contre l'ordonnance du 12 décembre 2014 prononcée par le Tmc et conclu :

1. *Le recours est admis.*
2. *L'ordonnance du 12 décembre 2013 du Tribunal des mesures de contrainte est annulée dans son intégralité, et est modifiée comme suit :*
 1. *La requête d'autorisation d'exploiter une découverte fortuite provenant d'une surveillance déposée le 11 décembre 2013 par le Ministère public est rejetée.*

II. Il est constaté que les informations recueillies suite à la surveillance du raccordement téléphonique 078 305 69 62 (dos. 301/305 2011 43/mwu) ne peuvent pas être exploitées dans le cadre de la procédure pénale ouverte contre A._____.

Partant, ces informations sont retirées du dossier pénal (F 11 7297), de même que toutes les déclarations de A._____ y relatives.

III. Les frais de la procédure sont mis à la charge de l'Etat de Fribourg.

3. Les frais de la procédure de recours sont mis à la charge de l'Etat de Fribourg.

4. Une équitable indemnité est allouée à A._____, pour les dépenses occasionnées par la procédure de recours, à la charge de l'Etat de Fribourg.

F. Invité à se déterminer, le Tribunal des mesures de contrainte a conclu, par courrier du 20 février 2014, au rejet du recours, se référant pour le surplus à son ordonnance.

Egalement invité à se déterminer, le Ministère public a conclu, par courrier du 27 février 2014, au rejet du recours. Après avoir contesté certains faits tels qu'exposés par le recourant, il s'est attaché à démontrer l'existence de soupçons suffisants permettant la mise en prévention de A._____ pour abus d'autorité (ou tentative) et corruption passive (ou tentative). Il a indiqué, notamment, que le moment auquel ces mises en prévention avaient été décidées importait peu, qu'aucun obstacle procédural ne s'opposait à une extension voire à une précision de la mise en prévention, que les conversations téléphoniques permettraient d'apprécier la crédibilité à accorder aux déclarations de A._____ et de B._____ et que les conditions de l'art. 269 CPP en lien avec l'art. 278 al. 2 CPP étaient remplies. Il a encore précisé que l'éventuelle mise en prévention de A._____ pour des infractions au détriment de C._____, annoncée dans la requête d'exploitation, n'avait pas eu lieu dans la mesure où ce dernier demeurerait introuvable et qu'une telle procédure devrait de toute façon être suspendue ; le Ministère public s'est dit toutefois prêt à procéder à cette démarche si la Chambre l'estimait nécessaire.

G. Par arrêt du 23 mai 2014, la Chambre de céans a rejeté le recours, estimant qu'au vu des faits dénoncés par B._____, les conditions de l'art. 278 al. 2 CPP, notamment par rapport à la liste des infractions de l'art. 269 al. 2 CPP, étaient remplies.

H. Par arrêt 1B_220/2014 du 3 novembre 2014, Le Tribunal fédéral a admis partiellement le recours en matière pénale interjeté par A._____ et renvoyé la cause à l'autorité de céans pour nouvel examen dans le sens des considérants. Le Tribunal fédéral a précisé que, s'agissant d'un cas d'application de l'art. 278 al. 2 CPP, la cour cantonale aurait notamment dû examiner si les propos ressortant de la procédure ouverte contre C._____ étaient susceptibles d'indiquer que A._____ ait commis à l'encontre de celui-ci – et non de la prétendue victime B._____ – une ou des infractions permettant une surveillance au sens de l'art. 269 al. 2 CPP, étant précisé qu'à ce stade l'instruction de la cause était régie par le principe *in dubio pro duriore*, notamment par rapport aux possibles chefs d'infractions à retenir (consid. 3.3).

I. Par courrier du 15 décembre 2014, les parties ont été invitées à se déterminer avant que l'autorité de céans ne statue à nouveau.

Le 15 janvier 2015, A._____ a conclu notamment au rejet de la requête d'autorisation déposée le 11 décembre 2013 par le Ministère public. Il a allégué que les éléments découverts fortuitement lors de la surveillance du raccordement de C._____ ne pouvaient plus être exploités en raison d'une violation de l'art. 276 CPP. Selon lui, les conversations téléphoniques qu'il avait eues avec C._____ n'étaient pas nécessaires à la procédure ouverte contre celui-ci pour infractions à la LStup, de sorte que, conformément à l'art. 276 CPP, ces données auraient dû à l'époque être effacées immédiatement après l'entrée en force de l'ordonnance pénale ayant clôturé cette

procédure. Il a également relevé qu'à l'époque de la surveillance du raccordement de C. _____ ses propos n'avaient suscité aucun soupçon à son encontre, précisant que les soupçons devaient naître durant la surveillance.

Par courrier du 21 janvier 2015, le Ministère public a conclu au rejet du recours déposé par A. _____. Il a relevé que l'existence des enregistrements en tant que telle n'était pas contestée, preuve en était que le Tribunal fédéral aurait pu cas échéant immédiatement trancher le cas. Il a ajouté qu'il existait un soupçon suffisant que A. _____ eût abusé de son autorité de policier pour obtenir des avantages au détriment de C. _____ au vu du contenu des conversations en cause, de l'heure des rendez-vous proposés, du fait que le prévenu appelait sur ses jours de congé, prenant aussi l'initiative du contact. Quant au soupçon de corruption passive, le Ministère public était d'avis qu'il était conforté par les déclarations fournies par B. _____ pour autant que celles-ci pussent être utilisées dans le présent recours.

Par courrier du 23 janvier 2015, B. _____ a également conclu au rejet du recours, relevant, également, au vu du contenu des conversations, des soupçons manifestes d'infractions voire de tentative de celles-ci.

en droit

1. a) Selon l'art. 107 al. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), si le Tribunal fédéral admet le recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision.

Le principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi, que prévoyait expressément l'art. 66 al. 1 aOJ, est un principe juridique qui demeure applicable sous la LTF (ATF 135 III 334 consid. 2). Lorsque le Tribunal fédéral annule une décision et renvoie la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle statue à nouveau, cette dernière est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral ; sa cognition est limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'elle est liée par ce qui a déjà été tranché définitivement par le Tribunal fédéral ainsi que par les constatations de fait qui n'ont pas été critiquées devant lui ou l'ont été sans succès (ATF 131 III 91 consid. 5.2 p. 94; 104 IV 276 consid. 3d p. 277 s.; cf. aussi arrêt 6B_440/2013 du 27 août 2013 consid. 1.1 et 6B_947/2013 du 13 mars 2014 consid. 2.1).

En l'espèce, dans son arrêt du 3 novembre 2014, le Tribunal fédéral a admis partiellement le recours de A. _____ en ce qui concerne l'examen des conditions de l'art. 278 al. 2 CPP en relation avec l'art. 269 CPP, et a annulé l'arrêt cantonal du 23 mai 2014, renvoyant la cause pour nouvelle décision au sens des considérants. Il a cependant rejeté les conclusions du recourant tendant à exclusion du dossier pénal les conversations en cause, relevant qu'il était, à ce stade et au vu de l'admission partielle du recours, prématuré de les examiner.

2. Le recourant conteste dans un premier temps l'extension de sa mise en prévention pour abus d'autorité et corruption passive. A cet égard, le Tribunal fédéral a indiqué dans son arrêt qu'il ne pouvait être contesté que les infractions reprochées à A. _____ dans le cadre de la procédure relative à B. _____ puissent justifier une surveillance de A. _____ (consid. 3.3 *ab initio*). L'on peut dès lors en déduire qu'il existe des soupçons suffisamment graves d'abus d'autorité et de corruption passive à l'égard de B. _____, infractions contenues dans la liste de l'art. 269 al. 2 CPP, ce qui scelle le sort de la question de savoir s'il était possible d'étendre la prévention de A. _____ à ces infractions au vu des propos tenus par B. _____ en audience devant le Tribunal pénal.

3. a) Le recourant soutient que ni les conversations téléphoniques ni leur rapprochement avec les dénonciations de B. _____ ne permettent de fonder des soupçons que des infractions d'abus d'autorité ou de corruption passive auraient été commises à l'encontre de C. _____. Il évoque le fait que les découvertes fortuites doivent se faire en cours de procédure et les soupçons d'une nouvelle infraction doivent survenir lors de la surveillance. Selon lui, la surveillance du raccordement de C. _____ n'avait à l'époque suscité aucun soupçon qu'il aurait commis une quelconque infraction à l'égard de ce dernier ; aussi, faute d'enquête en cours et faute de soupçons nés durant la surveillance, il n'y a pas de découvertes fortuites au sens de l'art. 278 al. 2 CPP. Il remet aussi en cause l'opportunité et la proportionnalité d'une telle mesure de contrainte, puisque les faits remontent à plus de deux ans et que C. _____ n'a pas de domicile connu en Suisse à ce jour.

b) Il convient d'examiner si les conditions de l'art. 269 al. 1 CPP sont remplies pour autoriser l'exploitation des découvertes fortuites au sens de l'art. 278 al. 2 CPP. Dans un premier temps, il s'agira d'apprécier s'il existe des soupçons suffisamment graves au sens de l'art. 269 al. 1 let. a CPP d'infractions prévues dans le catalogue de l'art. 269 al. 2 CPP, soit conformément à l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, de déterminer si les propos ressortant de la procédure ouverte contre C. _____ sont susceptibles d'indiquer que A. _____ ait commis à l'encontre de celui-ci – et non de la prétendue victime B. _____ – une ou des infractions permettant une surveillance au sens de l'art. 269 al. 2 CPP, étant précisé qu'à ce stade l'instruction de la cause est régie par le principe *in dubio pro duriore*, notamment par rapport aux possibles chefs d'infractions à retenir (TF, arrêt de renvoi, consid. 3.3). Cas échéant, il faudra encore déterminer si la mesure de surveillance est justifiée et proportionnée (art. 269 al. 1 let. b-c CPP).

c) Aux termes de l'art. 278 al. 2 CPP, les informations concernant une infraction dont l'auteur soupçonné ne figure pas dans l'ordre de surveillance peuvent être utilisées lorsque les conditions requises pour une surveillance de cette personne sont remplies.

Cette réglementation se base sur le principe selon lequel ne peuvent être utilisées que les informations qui auraient pu être obtenues si le soupçon avait déjà porté sur une autre personne ou sur une autre infraction au moment où la surveillance a été ordonnée (FF 2006, p. 1233). L'article 278 al. 2 CPP exige que certaines « conditions » soient réunies pour que puissent être utilisées des informations relatives à une infraction récoltée au sujet d'une personne qui ne fait pas l'objet d'un ordre de surveillance. Cela signifie à tout le moins que l'infraction en cause figure au catalogue de l'art. 269 CPP et qu'elle soit assez grave pour qu'une surveillance soit susceptible d'être ordonnée et autorisée (N. ZUFFEREY/J.-L. BACHER, Commentaire romand CPP, Bâle 2011, n. 12 *ad* art. 278). De plus, la mesure doit se justifier au regard de l'infraction concernée (L. MOREILLON/A. PAREIN-REYMOND, Petit commentaire CPP, Bâle 2013, n. 8 *ad* art. 278).

L'exploitation des éléments découverts fortuitement ne suppose pas l'existence d'un soupçon préalable à l'ordre de surveillance portant sur l'acte ou le participant nouvellement découvert, ce soupçon naissant au cours de ladite surveillance (ATF 132 IV 70). En revanche, la surveillance dans le contexte de laquelle la découverte fortuite est intervenue doit nécessairement reposer sur des soupçons préalables relatifs à l'infraction ayant suscité la surveillance, à défaut de quoi il s'agit d'une *fishing expedition* absolument illicite (Y. JEANNERET/A. KUHN, Précis de procédure pénale, 2013, n. 14104)

Selon l'art. 269 al. 1 CPP, le ministère public peut ordonner la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication aux conditions suivantes : de graves soupçons laissent présumer que l'une des infractions visées à l'al. 2 a été commise (let. a) ; cette mesure se justifie au regard de la gravité de l'infraction (let. b) ; les mesures prises jusqu'alors dans le cadre de l'instruction sont restées sans succès ou les recherches n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient

excessivement difficiles en l'absence de surveillance (let. c). Une surveillance peut uniquement être ordonnée aux fins de poursuivre les infractions visées par le catalogue exhaustif de l'art. 269 al. 2 CPP dont font partie l'abus d'autorité (art. 312 CP) et la corruption passive (art. 322^{quater} CP), à l'exclusion de l'abus de détresse (art. 193 CP).

S'agissant des graves soupçons (art. 269 al. 1 let. a CPP), une prévention importante doit donc pouvoir être retenue à l'encontre de la personne. La surveillance peut être autorisée non seulement lorsque l'infraction est consommée, mais également lorsque l'auteur a franchi le seuil de la tentative (N. ZUFFEREY/J.-L. BACHER, *op. cit.*, n. 4 et 6 *ad art.* 269). La gravité des soupçons pesant sur la personne en question doit atteindre l'intensité de celle requise pour la mise en détention telle que prévue à l'article 221 al. 1 CPP ; des indices concrets doivent par ailleurs être apportés (L. MOREILLON/A. PAREIN-REYMOND, *op. cit.*, n. 6 *ad art.* 269). De vagues suspicions ne se fondant sur aucun motif objectif ne suffisent pas. Les charges doivent être objectivement fondées et vérifiables. Le nouvel article n'exige en revanche plus que les soupçons reposent sur des faits (*cf.* art. 3 al. 1 let. a LSCPT), soit des données basées sur une réalité objective. Ils peuvent ainsi très bien être fondés sur les dépositions d'un témoin ou encore sur d'autres sources qui ne rendent pas nécessairement compte d'une réalité objective (N. ZUFFEREY/J.-L. BACHER, *op. cit.*, n. 8 et les références citées).

La mesure de surveillance doit également être justifiée (art. 269 al. 1 let. b CPP) et devra donc respecter le principe de la proportionnalité. Elle devra, notamment, être adéquate et ne pourra être ordonnée que si elle est susceptible de mener à des résultats concrets. En règle générale, plus il se sera écoulé de temps entre le moment de la commission de l'infraction et celui où la surveillance est ordonnée, plus faible sera la perspective d'élucider cette infraction ou de mettre la main sur ses auteurs présumés par le biais de la surveillance (N. ZUFFEREY/J.-L. BACHER, *op. cit.*, n. 15).

d) Le Ministère public soutient que le contenu des conversations téléphoniques est susceptible de fonder un soupçon suffisant que A. _____ ait abusé de son autorité de policier pour obtenir des avantages au détriment de C. _____ (art. 312 CP). Il fonde son soupçon sur le contenu même des conversations, l'heure des rendez-vous proposés, le fait que le prévenu appelle lors de ses jours de congé et qu'il prenne l'initiative des contacts. Il soutient que le soupçon de corruption passive existe également (art. 322^{quater} CP), celui-ci étant conforté par les déclarations fournies en procédure par B. _____ pour peu qu'utilisables dans le cadre du présent recours. B. _____ soutient également qu'un soupçon d'abus d'autorité existe, à tout le moins au stade de la tentative. Il reste cependant muet sur l'infraction de corruption passive.

e) En l'espèce, les éléments découverts fortuitement dont l'utilisation est contestée dans le présent recours sont des conversations téléphoniques entre C. _____, requérant d'asile, alors sous le coup d'une procédure pour infractions graves à la LStup, et A. _____. La surveillance du raccordement de C. _____ avait été dûment autorisée au vu des infractions qui lui étaient reprochées (infractions graves à la LStup). Ces conversations n'avaient déclenché à l'époque aucune procédure à l'encontre de A. _____.

De l'écoute des conversations téléphoniques (DO 7021) et de leur retranscription (DO 8001-8019), il ressort que A. _____ a donné son numéro à C. _____ lorsqu'ils se sont rencontrés à la police cantonale, qu'entre le 27 juin 2011 et le 5 juillet 2011 il y a eu 12 appels, dont certains plusieurs fois par jours et à intervalles rapprochés (parfois quelques secondes, voire minutes), que si le premier appel a été passé par C. _____ c'est pour répondre à l'invitation de A. _____, alors que les autres appels étaient de l'initiative de A. _____, que A. _____ s'arrangeait pour fixer les rendez-vous sur ses jours de congé ou en soirée, que A. _____ a adopté dès le premier contact téléphonique un ton très amical envers C. _____ en le tutoyant alors que lui l'a

vouvoiyé, que lors du premier entretien téléphonique après que le rendez-vous avait été fixé, C._____ ne semblait pas comprendre ce que lui voulait A._____ (« Vous voulez quoi ? », « Vous voulez me dire quelque chose ? Quoi ? » et A._____ « Ben je t'expliquerai. Hein ? » (DO 8005), que finalement ce rendez-vous a été fixé au soir même à 20h00, que C._____ a indiqué vouloir rester au ... pour boire le verre mais que A._____ a insisté pour juste passer le chercher à cet endroit et aller ailleurs (DO 8007), que peu avant l'heure du rendez-vous A._____ a appelé C._____ pour savoir où il se trouvait et que ce dernier lui a indiqué à nouveau vouloir rester au ... et s'asseoir là-bas ; que trois jours plus tard A._____ lui a laissé un message sur son comebox lui disant de le rappeler pour qu'ils se revoient « pour faire ce qu'(il) (lui) (a) dit » ajoutant « tu verras ça sera super cool, très sympa » (DO 8010), qu'à nouveau il a souhaité qu'ils se revoient sur ses jours de congé, que quelques jours plus tard A._____ a tenté de joindre C._____ lui laissant un message pour qu'il le rappelle ajoutant « rappelle-moi y'a pas de soucis, il faut pas avoir peur de quelque chose », que finalement C._____ l'a rappelé et qu'ils ont fixé un rendez-vous, A._____ indiquant alors « Et puis on fait ce que je t'ai dit là, hein ? Ok ? (...). Hein t'es d'accord ? » C._____ de lui répondre « Quand on se voit d'abord on parle. » et A._____ de conclure « Ouais d'abord on parle, ouais ouais ok. » (DO 8014-8015) ; que le lendemain A._____ a laissé un dernier message à C._____ pour lui proposer de se voir à 22h au ..., que A._____ est finalement arrivé à joindre C._____ quelques minutes plus tard pour lui demander si c'était en ordre de se voir le soir même à 22h, que C._____ lui a répondu « Non c'est un peu tard on doit discuter », que A._____ a insisté « Ouais mais viens heu, pis on discute, pis tu verras c'est super. Jte propose super tu verras. » ce à quoi C._____ a répondu « Arrête quoi, j'aimerais discuter d'abord quoi. » ; finalement le rendez-vous a été maintenu et A._____ a conclu par « D'accord d'accord, ok, ok, mais ça vaut la peine hein tu verras, tu verras... » (DO 8018-8019).

f) Aux termes de l'art. 312 CP, les membres d'une autorité et les fonctionnaires qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, ou dans le dessein de nuire à autrui, auront abusé des pouvoirs de leur charge, seront punis d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

L'art. 312 CP réprime le fait pour un membre d'une autorité ou un fonctionnaire d'abuser des pouvoirs de sa charge dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite ou de nuire à autrui. Cette disposition protège, d'une part, l'intérêt de l'État à disposer de fonctionnaires loyaux qui utilisent les pouvoirs qui leur ont été conférés en ayant conscience de leur devoir et, d'autre part, l'intérêt des citoyens à ne pas être exposés à un déploiement de puissance étatique incontrôlé et arbitraire. Il est indubitable que l'art. 312 CP est aussi destiné à protéger les citoyens d'atteintes totalement injustifiées ou en tout cas pas motivées par l'exécution d'une tâche officielle, atteintes commises par des fonctionnaires durant l'accomplissement de leur travail (ATF 127 IV 209).

L'auteur doit exercer la puissance publique qu'il détient en vertu de sa charge (ATF 114 IV 42 consid. 2, 113 IV 30 consid. 1, 108 IV 50 consid. 2b). Le policier qui gifle une personne parce qu'elle l'insulte n'exerce pas la puissance publique. En revanche, il n'est pas nécessaire que l'auteur poursuive un but relevant de sa fonction officielle; il suffit qu'il agisse sous le manteau de celle-ci (ATF 127 IV 213 consid. 1b).

L'incrimination pénale doit être interprétée restrictivement, compte tenu de la formule très générale qui définit l'acte litigieux. L'auteur n'abuse ainsi de son autorité que lorsqu'il use de manière illicite des pouvoirs qu'il détient de sa charge, c'est-à-dire lorsqu'il décide ou contraint en vertu de sa charge officielle dans un cas où il ne lui était pas permis de le faire. L'infraction peut aussi être réalisée lorsque l'auteur poursuit un but légitime, mais recourt pour l'atteindre à des moyens disproportionnés (ATF 127 IV 209 consid. 1a/aa et b p. 211 s. et arrêts cités; HEIMGARTNER, Basler

Kommentar, Strafrecht II, 2^{ème} éd., 2007, n. 4 ss. *ad* art. 312 CP; STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 6e éd., 2008, § 57 n. 10). Une violation insoutenable des pouvoirs confiés n'est en revanche pas nécessaire. Du point de vue subjectif, l'infraction suppose un comportement intentionnel, au moins sous la forme du dol éventuel, ainsi qu'un dessein spécial, qui peut se présenter sous deux formes alternatives, soit le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, soit le dessein de nuire à autrui (TF, arrêt 6B_615/2011 du 20 janvier 2012 consid. 3.1).

Aux termes de l'art. 322^{quater} CP, celui qui, en tant que membre d'une autorité judiciaire ou autre, en tant que fonctionnaire, en tant qu'expert, traducteur ou interprète commis par une autorité, ou en tant qu'arbitre, aura sollicité, se sera fait promettre ou aura accepté un avantage indu, en sa faveur ou en celle d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte en relation avec son activité officielle et qui soit contraire à ses devoirs ou dépende de son pouvoir d'appréciation sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Le comportement attendu de l'agent public doit être « en relation avec son activité officielle » ; il ne suffirait pas de pousser l'agent public à un comportement strictement privé, comme accepter un travail au noir. Par exemple, le fonctionnaire peut accomplir l'acte sollicité grâce à sa présence dans l'administration, notamment fournir des renseignements. Il peut s'agir également d'un acte qui n'entre normalement pas dans sa tâche, mais qui est rendu possible par sa position officielle (utiliser le timbre humide d'un collègue : FF 1999 p. 5079). Alors que l'ancien art. 315 aCP exigeait que le comportement attendu du fonctionnaire constitue un acte administratif illicite (« *pflichtwidrige Amtshandlung* »), la nouvelle version de cette disposition prévoit une définition plus large de celui-ci, en se suffisant d'un lien entre le comportement attendu du fonctionnaire et son activité officielle.

Il suffit que l'agent public fasse ou laisse croire volontairement qu'il est prêt, en contrepartie de l'avantage indu, à violer les devoirs de sa charge ou à faire un usage déterminé de son pouvoir d'appréciation ; il importe peu qu'il soit disposé ou non à accomplir l'acte en cause, l'infraction intentionnelle – le dol éventuel est suffisant – étant consommée dès qu'il sollicite, se fait promettre ou accepte l'avantage, qu'il ne doit de plus pas nécessairement obtenir (*cf.* DUPUIS e.a., Petit commentaire Code pénal, 2012, art. 322^{quater} n. 15 ; CORBOZ, *op. cit.*, art. 322^{quater} n. 8 à 10).

g) En l'espèce, analysées pour elles-mêmes, soit sans les rapprocher des faits dénoncés par B._____, ces conversations interpellent ; elles sont équivoques et totalement inhabituelles au vu des personnes en cause et du contexte. A._____, alors policier en fonction, a donné son numéro de téléphone portable à un requérant d'asile lorsqu'ils se sont rencontrés à la police cantonale pour que celui-ci l'appelle ; de façon insistante et sur un ton très amical il tente d'obtenir des rendez-vous, sur ses jours de congé ou tard le soir, pour « faire » quelque chose qu'il qualifie de « tu verras ça sera super cool, très sympa » et plus tard en disant « ça vaut la peine hein tu verras », alors que le requérant paraît réticent puisqu'il persiste à vouloir d'abord discuter avant d'agir. La réticence du requérant est perceptible tant dans ses propos que dans le ton adopté (utilisation du vous, manque d'enthousiasme flagrant par rapport à celui de A._____). En elles-mêmes, ces conversations bien qu'inhabituelles et dérangeantes, ne fondent encore aucun soupçon suffisant qu'une infraction aurait été commise, même au stade de la tentative. L'infraction de corruption passive (art. 322^{quater} CP) est exclue dans la mesure où rien dans ces conversations ne plaide en faveur du fait que c'est dans le but d'intervenir en faveur du requérant d'asile que A._____ aurait tenté de solliciter un éventuel avantage indu de la part de celui-ci. Ces conversations en elles-mêmes révèlent uniquement que A._____ tente d'obtenir des rendez-vous sur ses jours de congé ou tard le soir avec un requérant d'asile, sans qu'il y soit fait mention explicite de la finalité de ces rendez-vous si ce n'est que ce dernier semble insister pour discuter avant d'agir. Aussi, non seulement la contrepartie prévue par l'art. 322^{quater} CP qui implique que le

comportement attendu de l'agent public soit « en relation avec son activité officielle » ne ressort pas directement des conversations, mais encore il n'est pas possible d'y déceler l'obtention d'un avantage indu.

S'agissant de l'abus d'autorité (art. 312 CP), le fait pour un policier de donner son numéro à un requérant devant le bâtiment de la police et tenter par la suite d'obtenir des rendez-vous ne veut pas encore dire que celui-ci l'ait fait en abusant de son statut de policier ou sous le couvert de celui-ci et dans le dessein de se procurer un avantage illicite. Les conversations interprétées pour elles-mêmes sont insuffisantes à révéler de tels éléments susceptibles de fonder le soupçon que A. _____ aurait abusé de son autorité ou tenté d'en abuser à l'égard de C. _____.

Les conversations téléphoniques analysées pour elles-mêmes demeurent trop vagues et ne commandent dès lors pas d'autre interprétation que celle ci-dessus au vu des éléments qu'elles révèlent. A défaut de quoi, tout policier et autre fonctionnaire, qui tenterait d'obtenir un rendez-vous avec une personne qui se trouve être un requérant d'asile de façon insistante pour faire quelque chose qui n'est pas explicitement nommée et qui ne relève apparemment pas de la discussion, durant ses congés ou tard le soir pourrait être suspecté d'abuser de son pouvoir officiel ou de corruption passive. Même le Ministère public dans sa première détermination au recours avait convenu que prises pour elles-mêmes les conversations n'étaient pas explicites et ce n'est qu'en les rapprochant des faits dénoncés par B. _____ qu'une possible connotation de nature sexuelle pouvait en ressortir.

Ce ne sont qu'analysées en connaissant les actuels chefs de prévention à l'encontre de A. _____ dans la procédure relative à B. _____ et les dénonciations de celui-ci, que ces conversations seraient susceptibles d'avoir une possible connotation de nature sexuelle en contrepartie d'un avantage indu. Ce rapprochement et les similitudes des deux cas conduisent à une lecture différente des conversations en cause, en particulier quant à la finalité des rendez-vous. L'on peut encore s'interroger à ce stade si même dans cette perspective les conversations téléphoniques révèlent des éléments suffisant à fonder des soupçons d'abus d'autorité ou de corruption passive à l'égard de C. _____. Quoiqu'il en soit, il ressort assez clairement de l'arrêt de renvoi que seuls les propos ressortant de la procédure ouverte contre C. _____ devaient être examinés, aucune mention n'étant faite à un éventuel rapprochement avec les faits dénoncés par B. _____ alors que ce rapprochement avait été contesté par le recourant devant l'autorité fédérale. Dans ces conditions, les conversations téléphoniques ne seront pas examinées en les rapprochant des faits dénoncés par B. _____.

Au vu de ce qui précède, les propos ressortant de la procédure ouverte contre C. _____ ne sont pas susceptibles en eux-mêmes de fonder des soupçons que A. _____ ait commis à l'encontre de celui-ci une ou des infractions permettant une surveillance au sens de l'art. 269 al. 2 CPP. Une des conditions de l'art. 269 CPP en lien avec l'art. 278 al. 2 CPP n'étant dès lors pas remplie, la requête tendant à l'autorisation d'exploiter des découvertes fortuites devait être rejetée. Partant, l'ordonnance du Tribunal des mesures de contrainte du 12 décembre 2013 sera modifiée en conséquence. Tous les documents et enregistrements qui ne peuvent pas être utilisés au titre de découverte fortuite, soit le cd (DO 7021) et la retranscription (DO 8001-8019), devront être conservés séparément et détruits immédiatement après la clôture de la procédure au sens de l'art. 278 al. 4 CPP. Suivront le même sort les procès-verbaux y faisant mention, en particulier DO 3009 (ligne 256 y compris) à 3011 (ligne 330 y compris), DO 3020 (ligne 626 y compris) à 3021 (ligne 645 y compris).

h) Il s'ensuit l'admission du recours.

4. Au vu de l'issue du recours, la question de l'existence même des conversations téléphoniques soulevée par le recourant peut rester ouverte.

5. a) Vu l'issue du recours, les frais, fixés à 747 francs (émolument : 600 francs ; débours : 147 francs), seront mis à la charge de l'Etat.

b) A._____ requiert l'octroi d'une équitable indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure devant l'autorité de recours. (recours du 10 février 2013 et observations du 15 janvier 2015).

Au vu de l'issue du recours, de l'ampleur de la procédure et de la question juridique soulevée, il sera alloué une indemnité de partie à A._____ laquelle sera fixée *ex aequo et bono* à 3'000 francs, débours compris mais TVA par 240 francs en sus (art. 436 al. 1 et 429 al. 1 let. a CPP).

la Chambre arrête:

I. Le recours est admis.

a) Le chiffre I de l'ordonnance du Tribunal des mesures de contrainte du 12 décembre 2013 est modifié comme suit :

« I. La requête du 11 décembre 2013 tendant à l'exploitation des découvertes fortuites, obtenues suite aux écoutes et enregistrements approuvés par le Tribunal des mesures de contrainte (301/305 2011 43/mwu), est rejetée. »

b) Sont inexploitable tous les documents et enregistrements collectés lors de cette surveillance, à savoir le cd DO 7021, la retranscription DO 8001-8019 et les procès-verbaux DO 3009 (ligne 256 y compris) à 3001 (ligne 330 y compris), DO 3020 (ligne 626 y compris) à 3021 (ligne 645 y compris). Ceux-ci doivent être conservés séparément du dossier et détruits après la clôture de la procédure conformément à l'art. 278 al. 4 CPP.

II. Les frais, fixés à 747 francs (émolument : 600 francs ; débours : 147 francs), seront mis à la charge de l'Etat.

III. Une indemnité de partie, fixée à 3'240 francs TVA par 240 francs comprise, est allouée à A._____.

IV. Communication.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral dans les trente jours dès la notification de l'arrêt rédigé. 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 30 mars 2015/cfa

Président

Greffière