



**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

501 2013 99

Arrêt du 6 mars 2015

Cour d'appel pénal

Composition

Président:

Michel Favre

Juges:

Catherine Overney, Dina Beti

Greffier:

Joao Lopes

Parties

A. _____, prévenu, appellant principal et intimé à l'appel joint,
représenté par Me Jérôme Magnin, avocat, défenseur choisi

contre

MINISTÈRE PUBLIC, intimé à l'appel principal et appellant joint

Objet

Infractions à la loi fédérale sur la circulation routière – Validité d'un
moyen de preuve – Quotité de la peine, sursis

Appel principal du 18 juillet 2013 et appel joint du 29 juillet 2013
contre le jugement du Juge de police de l'arrondissement de la
Sarine du 2 mai 2013

considérant en fait

A. Le 23 avril 2010, A. _____ a posté sur son compte Facebook une vidéo intitulée "Petit tour à 200 km/h et quelques petits drifts à gogo" dans laquelle il est possible de voir un véhicule de type BMW circulant en boucle sur la semi-autoroute entre Givisiez et Villars-sur-Glâne et commettant plusieurs violations de la loi fédérale sur la circulation routière. Son ami B. _____ a posté sur le compte Facebook du prévenu qu'il était le passager avant qui avait filmé les faits. Les investigations menées ont permis d'établir que A. _____ est détenteur, depuis mai 2008, d'une BMW Z4.

Par ordonnance pénale du 28 février 2011, A. _____ a été reconnu coupable de violations simple et grave des règles de la circulation routière (excès de vitesse; crissement de pneus; non-respect des marques; distance insuffisante envers le véhicule précédent) et condamné à un travail d'intérêt général de 120 heures, avec sursis pendant deux ans. Il a également été condamné à une amende de 1'500 francs ainsi qu'au paiement des frais pénaux. Il lui a été reproché d'être le conducteur dudit véhicule et partant l'auteur de ces infractions. A. _____ a fait opposition à cette ordonnance pénale.

B. Par jugement du 2 mai 2013, le Juge de police de l'arrondissement de la Sarine (ci-après: le Juge de police) a constaté la prescription et l'extinction de l'action pénale relative au chef de prévention de contravention à la loi fédérale sur la circulation routière (crissement des pneus) et prononcé le classement de la procédure pénale sur ce point, a reconnu A. _____ coupable de délits contre la loi fédérale sur la circulation routière (non-respect des marques; vitesse excessive; distance insuffisante; égard aux conducteurs dépassés) et l'a condamné à une peine pécuniaire de 30 jours-amende, avec sursis pendant 2 ans, le montant du jour-amende étant fixé à 10 francs. Une amende additionnelle de 200 francs a également été prononcée.

C. Le même jour, A. _____ a, par le biais de son mandataire, annoncé l'appel. Le jugement rédigé lui a été notifié le 28 juin 2013 et, le 18 juillet 2013, son mandataire a déposé une déclaration d'appel valant mémoire d'appel motivé. A. _____ conclut, principalement, à ce qu'il soit constaté que la vidéo postée le 23 avril 2010 sur son profil Facebook a été obtenue de manière illégale, de sorte qu'est inexploitable son utilisation comme moyen de preuve et demande son acquittement des chefs de prévention de délits et contraventions contre la loi fédérale sur la circulation routière. Il conclut à ce que les frais de procédure soient mis à la charge de l'Etat ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité pour ses frais de défense. Subsidiairement, il conclut au renvoi de la cause au premier juge pour nouveau jugement dans le sens des considérants, le tout avec suite de frais. Il a également requis l'audition de deux collaborateurs de la société C. _____, l'audition de E. _____ Sàrl et la production de diverses pièces par la Police cantonale.

D. Le 29 juillet 2013, le Ministère public a interjeté un appel joint. Il conclut au rejet de l'appel principal et à l'aggravation de la sanction infligée au prévenu, à hauteur de 120 jours-amende à 10 francs, dont 60 jours-amende avec sursis pendant 2 ans, et d'une amende de 500 francs, les frais de la procédure étant mis à la charge de l'appelant principal.

Par acte du 4 septembre 2013, A. _____ a conclu au rejet de l'appel joint.

Par ordonnance du 11 septembre 2013, le Président de la Cour d'appel a rejeté les réquisitions de preuve formulées par l'appelant.

E. Les parties ont accepté que les appels soient traités en procédure écrite. Le 21 octobre 2013, l'appelant a renoncé à compléter la motivation produite le 18 juillet 2013. Le Ministère public a, le 23 octobre 2013, déposé son mémoire d'appel motivé, par lequel il a confirmé ses conclusions du 29 juillet 2013.

Dans ses observations du 20 novembre 2013, A. _____ s'est déterminé sur le mémoire d'appel du Ministère public du 23 octobre 2013 et a confirmé le rejet de l'appel joint, relevant que la peine ne saurait être aggravée du seul fait que le prévenu ait fait application de son droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer. En outre, il relève que, dans son ordonnance pénale du 28 février 2011, le Ministère public avait accordé le sursis d'une durée de 2 ans pour l'ensemble de la peine. Enfin, il estime que le seul fait d'invoquer des motifs procéduraux, en l'espèce l'invalidité d'un moyen de preuve, ne permet pas d'établir un pronostic défavorable s'agissant du sursis.

Par courrier du 20 novembre 2013, le Juge de police soutient qu'il n'y a pas eu d'investigation secrète dans la mesure où le policier n'a créé aucun contact avec le prévenu. Pour le surplus, le Juge de police dit ne pas avoir d'observations à formuler et s'est référé aux considérants du jugement rendu, concluant au rejet de l'appel. Le Ministère public s'est, quant à lui, déterminé le 11 décembre 2013 sur l'appel principal et a conclu à son rejet.

A la suite des déterminations du Juge de police et du Ministère public, A. _____ a, par courrier du 18 décembre 2013, relevé que l'Etat de Fribourg avait fermé l'accès à Facebook pour tous ses employés dès 2010, ce y compris pour les agents de police. Ainsi, si les agents de police ont utilisé Facebook pendant les heures de service et qu'une exception leur a été faite, l'appelant demande la production d'une telle autorisation. Dans le cas contraire, A. _____ dit constater que les agents D. _____ et F. _____ ont, dans le prétendu exercice de leur fonction, non seulement usé de leurs comptes Facebook personnels mais également de leurs ordinateurs personnels.

en droit

1. a) L'appel est recevable contre les jugements des tribunaux de première instance qui ont clos tout ou partie de la procédure (art. 398 al. 1 CPP). La partie annonce l'appel au tribunal de première instance par écrit ou oralement pour mention au procès-verbal dans le délai de 10 jours dès la communication du jugement, puis adresse une déclaration d'appel écrite à la juridiction d'appel dans les 20 jours dès la notification du jugement motivé (art. 399 al. 1 et 3 CPP).

A. _____ a annoncé l'appel au Juge de police le 2 mai 2013, en respect du délai de 10 jours prévu par l'art. 399 al. 1 CPP. Le jugement intégralement rédigé lui a été notifié le 28 juin 2013. La déclaration d'appel déposée le 18 juillet 2013 l'a été dans le cadre du délai de 20 jours de l'art. 399 al. 3 CPP. De plus, l'appelant, prévenu condamné, a qualité pour interjeter appel (art. 104 al. 1 let. a, 382 al. 1 et 399 al. 1 et 3 CPP).

Quant à l'appel joint du Ministère public, il a été interjeté par acte du 29 juillet 2013, soit dans les 20 jours (art. 400 al. 3 let. b CPP) dès notification de la déclaration d'appel, intervenue le 25 juillet 2013. Le Ministère public, qui est partie à la procédure d'appel (art. 104 al. 1 let. c CPP), a qualité pour former appel joint, conformément à l'art. 400 al. 2 et 3 CPP.

b) Saisie d'un appel contre un jugement ne portant pas que sur des contraventions, la Cour d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (art. 398 al. 2 CPP): elle revoit la cause librement en fait, en droit et en opportunité (art. 398 al. 3 CPP; CR-CPP)

– KISTLER VIANIN, art. 398 N 11), sans être liée par les motifs invoqués par les parties ni par leurs conclusions, sauf lorsqu'elle statue sur l'action civile (art. 391 al. 1 CPP). Elle n'examine toutefois que les points attaqués du jugement de première instance, sauf s'il s'agit de prévenir – en faveur du prévenu – des décisions illégales ou inéquitables (art. 404 CPP).

c) Aux termes de l'art. 406 al. 2 let. b CPP, la direction de procédure peut, avec l'accord des parties, ordonner la procédure écrite lorsque l'appel est dirigé contre des jugements rendus par un juge unique, ce qui est le cas en espèce. Le Président de la Cour d'appel a décidé de traiter l'appel en procédure écrite. Le mémoire d'appel doit alors être motivé et déposé dans le délai judiciaire fixé par la direction de la procédure (art. 406 al. 3 CPP). Les deux mémoires sont conformes aux exigences légales de l'art. 385 al. 1 CPP. Il s'ensuit la recevabilité de l'appel principal et de l'appel joint.

Par ordonnance motivée du 11 septembre 2013, le Président de la Cour d'appel a rejeté les réquisitions de preuve formulées par l'appelant. La Cour confirme cette décision et fait sienne sa motivation.

2. a) En appel, A. _____ invoque une constatation incomplète et erronée des faits, une violation du droit ainsi que l'inopportunité de la décision. En fait, il estime que le Juge de police a rendu son jugement en s'appuyant sur un moyen de preuve obtenu illégalement par la police, ce qui entraîne *ipso facto* son acquittement total, le juge s'étant basé uniquement sur cette vidéo et les pièces y faisant référence pour le reconnaître coupable d'infractions à la loi sur la circulation routière.

A titre liminaire, la Cour rappelle, ce qui n'est du reste pas contesté, qu'en application de l'art. 448 al. 2 CPP, les actes de procédure ordonnés ou accomplis avant l'entrée en vigueur du CPP conservent leur validité. C'est donc à l'aune des dispositions de l'aCPP-FR, de l'aLSCPT (loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication) et de l'aLFIS (loi fédérale sur l'investigation secrète) que la validité du moyen de preuve contesté doit être examinée.

La Cour constate également que, dans l'hypothèse où l'enregistrement vidéo découvert par la police serait admis comme une preuve valable, l'appelant ne critique en revanche pas pour lui-même le raisonnement et les conclusions du Juge de police, lequel retient l'existence des infractions reprochées et que celles-ci ont bel et bien été commises par l'appelant, lequel était au volant de son véhicule BMW lors de l'enregistrement vidéo.

aa) L'appelant reproche en premier lieu au Juge de police d'avoir considéré que la vidéo litigieuse était dépourvue de caractère privé. Selon l'appelant, son profil Facebook n'est pas un lieu public librement accessible: contrairement à certains sites Internet (homepages, blogs, forums de discussion non sécurisés), il n'est pas consultable par tout un chacun, mais fait l'objet de restrictions d'accès volontaires. En l'occurrence la consultation était limitée à ses propres amis sur le réseau ainsi qu'aux seuls amis de ses amis, lesquels doivent être inscrits sur le réseau et s'identifier au moyen de leur identifiant pour accéder à cette plateforme fermée et sécurisée.

L'accès au réseau social Facebook est effectivement limité aux personnes membres, à savoir celles qui se sont formellement inscrites. De plus, les membres n'ont pas accès à tout le contenu du réseau. Chaque utilisateur peut configurer ses paramètres de confidentialité. Si certains utilisateurs ouvrent leur profil à chaque autre membre du réseau, d'autres limitent l'accès à leurs propres amis membres du réseau. Ils peuvent aussi choisir de donner l'accès aux amis de leurs amis. Il s'agit dès lors pour la Cour de déterminer si, au moment des faits, l'enregistrement vidéo

mis à disposition sur Facebook, accessible aux "amis des amis" de l'appelant, présentait un caractère public ou privé.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, *"sont prononcées publiquement [...], les allégations qui n'interviennent pas dans un cadre privé. Privées sont celles qui ont lieu dans un cercle familial ou d'amis ou dans un environnement de relations personnelles ou empreint d'une confiance particulière. Savoir si cette condition est remplie dépend des circonstances concrètes, parmi lesquelles le nombre des personnes présentes peut jouer un rôle"* (ATF 130 IV 111 consid. 5.2). Cette définition n'est pas restreinte aux seuls cas d'allégations, mais s'applique à chaque fois qu'il s'agit de déterminer le caractère public ou non d'un acte (FIOLKA, Medialex 2004, p. 221 s.).

Comme le souligne à juste titre le Ministère public, la notion d' "ami" au sens qui lui est donné par le réseau social Facebook ne doit pas être assimilée à l'acception ordinaire de ce mot. En effet, si dans le monde dit "réel" la notion d'ami sous-entend un lien d'affinité particulier, profond et durable entre deux ou plusieurs personnes, dans le monde dit "virtuel", ces "amis" s'apparentent souvent à de simples contacts avec qui il n'existe aucun lien de confiance. Sont également considérées comme amis des personnes qui parfois ne se connaissent même pas et qui ne se sont jamais rencontrées. Le fait de pouvoir contrôler effectivement qui peut avoir accès à la publication postée sur Facebook est un élément à prendre en compte lors de l'examen du caractère public ou non de la publication. Pour l'Obergericht zurichois (arrêt du 25 novembre 2013, SB130371-O consid. 2.2.3), en présence de nombreux amis, vu la nature des liens "d'amitié" sur Facebook, le seul fait que le paramètre de confidentialité choisi est "amis" ne permet pas à lui seul de considérer que les publications mises sur le "mur" Facebook – et auxquelles seuls les "amis" choisis par l'utilisateur Facebook peuvent avoir accès – sont de nature privée.

La Cour retient que certaines publications (audio, vidéo, photos, écriture ou autre) sur les réseaux sociaux revêtent, suivant les circonstances, un caractère privé lorsqu'elles ne sont accessibles qu'aux seules personnes autorisées par l'intéressé, en nombre très limité. Toutefois, en l'espèce, en ayant choisi le paramètre de confidentialité "amis d'amis", l'appelant accepte que des personnes, qu'il ne connaît pas et avec qui il n'a jamais été en contact, puissent accéder à son profil Facebook et voir toutes les publications qui y sont diffusées. La Cour constate dès lors que l'appelant n'avait aucun contrôle sur qui pouvait avoir accès à ses vidéos publiées sur Facebook. S'il est vrai qu'il peut choisir ses "amis", il n'a en revanche aucune emprise sur le nombre ou l'identité des personnes que ses "amis" décident à tout moment d'ajouter comme nouveaux "amis", "amis d'amis" qui auront, de fait, accès à toutes les publications mises sur Facebook par l'appelant. De plus, chaque "ami d'ami" peut copier la vidéo en question et la reposer plus loin, ce qui augmente encore le cercle des destinataires potentiels. Par conséquent, et comme le soutient le Ministère public, le nombre et l'identité des personnes pouvant avoir accès à l'enregistrement vidéo posté sur le réseau social Facebook était pour l'appelant, durant la mise à disposition de la vidéo litigieuse, important, incontrôlable et indéterminable. Il importe peu à ce titre que le réseau ait pu mathématiquement déterminer le nombre des amis des amis existants.

C'est donc à juste titre que le premier juge a estimé que la vidéo litigieuse était dépourvue de caractère privé et que le profil Facebook de A. _____ était accessible au public. N'y change rien le fait que, contrairement à ce qui prévaut pour une homepage ou pour certains forums de discussion, l'accès au réseau social Facebook soit limité aux personnes membres lesquelles doivent se connecter obligatoirement avec leur identifiant et leur mot de passe. Le réseau social Facebook dépasse en effet le milliard de membres et l'identité de chaque membre n'est pas contrôlée lors de l'inscription, de telle sorte qu'on ne saurait parler, comme le prétend l'appelant, d'une plateforme fermée et sécurisée. Il s'agit au contraire d'un véritable espace public.

bb) L'appelant soutient également que l'enregistrement a été obtenu en violation de l'art. 3 aLSCPT. Il affirme que la police aurait dû être au bénéfice d'une autorisation de surveillance afin d'exploiter l'enregistrement vidéo litigieux, mais qu'une telle autorisation n'aurait pas pu être donnée. En effet, les infractions en matière de circulation routière n'étant pas mentionnées dans le catalogue de l'art. 3 aLSCPT, elles ne pouvaient donner lieu à une surveillance de la correspondance par télécommunication.

Cet argument tombe à faux. L'art. 1 al. 2 aLSCPT dispose que: *"la présente loi s'applique [...] aux fournisseurs d'accès à Internet"*. Le fournisseur d'accès (access provider) est l'intermédiaire qui met à disposition de l'utilisateur un accès à Internet et contribue à la diffusion des données sur ce réseau. Il permet ainsi à l'abonné de se connecter au réseau pour surfer grâce à un modem et à un logiciel. Le fournisseur d'hébergement (host provider) est celui qui cède à l'éditeur de sites (fournisseur de contenus) un espace sur son serveur pour que ce dernier puisse y héberger son site et le rendre accessible aux utilisateurs (WERROZ/SONNEY, *Medialex* 2008, p. 119). Dès lors que Facebook n'est pas un fournisseur d'accès à Internet (dossier d'appel pièce 58), il ne tombe pas sous le champ d'application de l'aLSCPT. Enfin, comme l'a retenu le Juge de police, la vidéo étant sur un site public, accessible et dépourvue de caractère privé, celle-ci n'était pas couverte par le secret de la correspondance et télécommunication même dans la mesure où la LSCPT aurait été applicable. La vidéo litigieuse ne saurait être comparée à un courriel ou à des services de télécommunication fondés sur des médias numériques telle la VoIP. Elle n'est pas non plus similaire à une télécommunication ou une correspondance au sens strict entre un émetteur et un récepteur, mais correspond bien à l'affichage sur un support "public" d'une information consultable par un nombre indéterminé de personnes.

cc) L'appelant fait ensuite grief au premier juge de ne pas avoir retenu que la police avait eu recours à des mesures de contrainte (investigation secrète et observation) sans en avoir obtenu l'autorisation.

Avant l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007, l'investigation secrète était régie par la loi fédérale sur l'investigation secrète (LFIS). Cette loi avait pour objet de réglementer l'infiltration de milieux criminels par des membres de la police non reconnaissables comme tels (agents infiltrés). Il n'y a cependant pas d'investigation secrète au sens de la aLFIS si le policier ne prend pas contact actif avec la personne surveillée dans le but d'induire un comportement punissable, mais seulement afin de pouvoir identifier l'auteur (TF, arrêt 6B_610/2013 du 12.12.2013, consid. 3.5 et 3.6).

Dans le cas d'espèce, il ne ressort pas du dossier et il n'est pas allégué que le Cpl F. _____ aurait établi un quelconque contact actif avec A. _____, et encore moins qu'il aurait induit ce dernier à commettre un acte pénalement répréhensible. Etant ami d'un ami de A. _____, il n'a pas usé d'un quelconque stratagème pour avoir accès au profil Facebook de l'appelant et pour identifier l'auteur présumé des infractions commises. Il en résulte qu'aucune investigation secrète n'a été menée par la police et qu'aucune autorisation fondée sur la LFIS ne devait être requise.

Quant à l'observation – qui constitue une mesure de contrainte – celle-ci consiste en la surveillance systématique d'événements et de personnes sur la voie publique pendant un certain temps et l'enregistrement des résultats en vue de leur utilisation dans le cadre de la poursuite pénale. S'agissant d'un espace public dans le monde virtuel, elle peut également entrer en ligne de compte.

Cela étant, la police est autorisée à "patrouiller" sur le monde virtuel public comme elle le fait dans le domaine public du monde réel. Elle peut ainsi sans autres visiter les espaces de communication publique (homepages, blogs ou chatrooms) non sécurisés et sauvegarder les données qu'elle

pourrait y trouver, aussi longtemps que la police (l'agent de police) n'intervient pas activement dans les conversations (GLESS, ZStrR 130/2012, p.15). Il ne s'agit alors pas d'une observation au sens strict et partant pas d'une mesure de contrainte.

Il ressort du dossier, contrairement à ce que soutient l'appelant, que le Cpl F. _____ n'a pas été sur Facebook à répétées reprises afin de l'observer de manière systématique et durable dans le but de suivre l'évolution d'une situation. En effet, ce n'est qu'à la suite d'une information donnée par le Sgt D. _____ que le Cpl F. _____ s'est connecté sur son profil Facebook afin de visionner l'enregistrement posté sur le "mur" de l'appelant (DO 83). Si, comme le déclare le Cpl F. _____, il s'est reconnecté, au maximum une dizaine de fois, c'était dans l'unique but de pouvoir exploiter l'enregistrement vidéo découvert et d'en retirer le maximum d'informations (existantes et disponibles puisque déjà anciennes) afin d'identifier l'auteur des infractions. Il n'y a donc pas eu d'observation au sens procédural du terme, mais tout au plus au sens commun du terme. Au demeurant, même à admettre une observation au sens procédural du terme, contrairement à ce qu'allègue l'appelant, sous l'empire de l'ancien CPP fribourgeois en vigueur au moment de la récolte de la preuve, cette opération, entrant dans le cadre des opérations préliminaires de police au sens de l'art. 150 aCPP, et prévue par l'art. 38 b de la loi sur la police cantonale, n'était pas soumise à autorisation du juge d'instruction. Il en aurait été du reste de même sous l'empire du CPP, seule l'observation qui se prolonge au-delà d'un mois étant sujette à autorisation du Ministère public (art. 282 al. 2 CPP).

Il n'y a donc pas eu de mesure de contrainte non autorisée. En tout état de cause, on ne saurait reprocher à la police d'avoir agi comme une patrouille civile constatant des infractions dans le domaine public. Dès lors, ce grief est également écarté par la Cour.

dd) L'appelant reproche à la police d'avoir procédé à une "fishing expedition", c'est-à-dire à une recherche indéterminée de moyens de preuves. A. _____ prétend qu'il n'existait aucun soupçon d'infraction "Anfangstatverdacht" à son encontre, et que ce dernier était dans le "collimateur" des agents à la suite de faits survenus dans la nuit du 2 juin 2010.

La Cour ne saurait suivre le raisonnement de l'appelant. Il y a "fishing expedition" lorsque la mesure de contrainte ne repose sur aucun soupçon suffisant et pressant mais que la preuve est recueillie au hasard (ATF 137 I 218 consid. 2.3.2, JdT 2011 I 354). Comme le soulève le Ministère public, le Cpl F. _____ déclare avoir été informé par le Sgt D. _____ de l'existence d'une vidéo présentant des infractions à la LCR sur le profil Facebook de l'appelant (DO 83). Au moment où le Cpl F. _____ s'est rendu sur la page Facebook de A. _____, il existait par conséquent des soupçons quant à la commission d'infractions à la loi sur la circulation routière. Il s'en est suivi une enquête afin d'établir les faits et d'identifier formellement l'auteur de ces infractions.

Au demeurant, même si l'opération effectuée par la police devait être considérée comme une observation au sens procédural du terme, et partant comme une mesure de contrainte, et qu'il n'avait existé aucun soupçon au moment où l'agent F. _____ s'est rendu sur le profil Facebook de l'appelant, la preuve n'aurait pas été obtenue de manière illégale. Il est vrai que les résultats d'une "fishing expedition" ne sont pas exploitables (ATF 137 I 218, consid. 2.3.2, JdT 2011 I 354). Cependant, sous l'empire des anciens codes cantonaux de procédure, le Tribunal fédéral a considéré que le droit constitutionnel n'excluait pas l'utilisation de moyens de preuves obtenus illicitement dans tous les cas mais uniquement en principe. Sont déterminants à cet égard la gravité du délit et la question de savoir si le moyen de preuve est en soi admissible et aurait pu être obtenu de façon légale. Il faut procéder à une pesée des intérêts entre, d'une part, l'intérêt public à la manifestation de la vérité et, d'autre part, l'intérêt privé de la personne poursuivie à ce que la preuve en question ne soit pas obtenue [...]. L'interdiction d'exploiter une preuve subsiste

en particulier chaque fois que la mesure d'instruction litigieuse viole un bien juridique qui mérite, dans le cas d'espèce, de l'emporter sur l'intérêt à la mise en œuvre du droit pénal (ATF 137 I 218, consid. 2.3.4, JdT 2011 I 354). L'art 73 aCPP-FR ne posait pas d'exigences supplémentaires, considérant admissible comme preuve tout moyen qui respecte la dignité humaine et les principes fondamentaux du droit et qui a une valeur probante suffisante.

En l'espèce, l'instruction ne portait certes pas sur des crimes, mais sur plusieurs délits graves. Il est en effet reproché à l'appelant d'avoir violé plusieurs règles importantes de la circulation routière et créé ainsi un danger sérieux concret pour la sécurité du trafic et des autres usagers de la route, comportements qui constituent des violations graves de la LCR. L'intérêt à pouvoir identifier, poursuivre et condamner l'auteur de telles infractions est important. L'appelant ne peut, quant à lui, se prévaloir d'une violation de sa sphère privée et, partant, d'un intérêt privé digne de protection à la non utilisation des données visionnées. En effet, il a sciemment mis sa vidéo à disposition sur son profil Facebook, sur lequel – comme expliqué ci-dessus – un cercle indéterminé de personnes pouvait regarder, et commenter, la vidéo. En outre, il se vante de ses exploits lorsqu'il écrit: "*Petit tour à 200 km/h et quelques petits drifts à gogo*". Par ce comportement, A. _____ non seulement accepte, mais souhaite qu'un grand nombre de personnes prennent connaissance de cette vidéo. A l'issue de cette pesée des intérêts, il apparaît que l'intérêt public à la manifestation de la vérité et à la mise en œuvre du droit pénal l'aurait emporté sur l'intérêt privé de l'appelant à ce que la preuve litigieuse ne soit pas exploitée.

ee) Reste à examiner si, comme le soutient l'appelant dans son courrier du 18 décembre 2013, la preuve peut être refusée, au motif que les policiers auraient utilisé leurs comptes Facebook personnels ou leurs ordinateurs personnels alors qu'ils se déclaraient être en service. Le fait que l'Etat ait bloqué, au niveau administratif, l'accès Internet à Facebook pour ses collaborateurs n'est pas pertinent. Il n'est pas nécessaire d'examiner si les agents étaient au bénéfice d'une dérogation en rapport avec l'utilisation de Facebook au niveau professionnel. Il n'appartient pas au SiTel (Service de l'informatique et des télécommunications, service spécialisé de l'Etat en matière d'informatique) de déterminer quelles sont les sources d'informations utilisables comme moyen de preuve en procédure pénale. Il ne viendrait de plus à l'idée de personne de rejeter une preuve découverte par un agent de police – lisant un quotidien quelconque quel que soit l'endroit – au seul motif que l'Etat ne paie pas ou refuse de payer l'abonnement à ce journal.

Pour le surplus, la Cour fait entièrement sienne la motivation du premier juge sur la validité de cette preuve, qui ne prête pas le flanc à la critique et à laquelle elle renvoie (art. 82 al. 4 CPP). Partant, le moyen de preuve recueilli est licite au sens de l'art. 73 aCPP-FR et peut être exploité.

b) En dehors de la contestation de la validité du moyen de preuve recueilli, l'appelant ne critique pas le raisonnement et les conclusions du Juge de police dans la mesure où il retient l'existence des infractions reprochées et où il attribue celles-ci à l'appelant, lequel était au volant de son véhicule BMW lors de l'enregistrement vidéo. La Cour partage le raisonnement pertinent du Juge de police et fait sienne sa motivation à laquelle elle se réfère intégralement (art. 82 al. 4 CPP).

Au vu de l'ensemble des éléments développés ci-dessus, l'appel principal doit être rejeté. Partant, le jugement du Juge de police reconnaissant l'appelant coupable de délits contre la loi fédérale sur la circulation routière au sens de l'art. 90 ch. 2 aLCR est confirmé.

3. Dans son appel joint, le Ministère public critique la quotité de la peine que le Juge de police a fixée à 30 jours-amende à 10 francs, avec sursis pendant 2 ans, et à une amende de 200 francs. Il conteste également le sursis accordé par le Juge de police sur l'intégralité de la peine prononcée.

Il requiert que soient infligés 120 jours-amende à 10 francs, dont 60 jours-amende avec sursis pendant 2 ans, et une amende de 500 francs.

a) Aux termes de l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur; il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier, ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution ("objektive Tatkomponente"). Dans ce cadre, le juge tiendra compte également du mode d'exécution et, éventuellement, de la durée ou la répétition des actes délictueux. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur ("subjektive Tatkomponente"), de même que la liberté de décision dont il disposait au moment d'agir ; plus il aurait été possible de respecter la loi, plus grave apparaît alors sa décision de la violer. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même ("Täterkomponente"), à savoir les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 134 IV 17 consid. 2.1 ; TF, arrêt 6B_353/2012 du 26 septembre 2012 consid. 1.1 et les références citées).

L'art. 47 CP n'énonce ni la méthode, ni les conséquences exactes qu'il faut tirer de tous les éléments précités quant à la fixation de la peine. Il confère donc au juge un large pouvoir d'appréciation. Dans sa décision, le juge doit exposer les éléments essentiels – relatifs à l'acte ou à l'auteur – qu'il prend en compte. Ainsi, le condamné doit connaître les aspects pertinents qui ont été pris en considération et comment ils ont été appréciés. Le juge peut passer sous silence les éléments qui, sans abus du pouvoir d'appréciation, lui paraissent non pertinents ou d'une importance mineure. La motivation doit justifier la peine prononcée, en permettant de suivre le raisonnement adopté. Cependant, le juge n'est nullement tenu d'exprimer en chiffres ou en pourcentages l'importance qu'il accorde à chacun des éléments qu'il cite. Plus la peine est élevée, plus la motivation doit être complète (ATF 134 IV 17 consid. 2.1 et les références citées). Le critère essentiel pour fixer la peine reste celui de la faute. L'art. 47 CP ajoute comme critère l'effet de la peine sur l'avenir du condamné. Cet aspect de prévention spéciale ne permet toutefois que des corrections marginales, la peine devant toujours être proportionnée à la faute (TF, arrêt 6B_823/2007 du 4 mars 2008 consid. 2 et les références citées). L'art. 47 CP est violé si le juge ne considère pas les critères susmentionnés ou si la peine est dictée par des considérations étrangères à cette norme (ATF 134 IV 17 consid. 2.1; 116 IV 288 consid. 2b). Hormis ces hypothèses, la loi n'est enfreinte que si le juge abuse de son pouvoir d'appréciation, c'est-à-dire si son raisonnement ou ses conclusions apparaissent insoutenables (ATF 136 IV 55 consid. 5.6).

b) En l'espèce, au moment de fixer la peine, le premier juge a constaté que l'appelant n'avait pas d'antécédents judiciaires. Il a mis en évidence la gravité des infractions commises par l'appelant en tenant notamment compte du caractère sans scrupule et du peu d'égard du prévenu pour la sécurité publique et les autres usagers de la route. Il a également pris en considération la situation personnelle et économique de l'appelant et a relevé que ce dernier était étudiant en droit, travaillait accessoirement et affectait son revenu à ses frais d'écolage et à son entretien personnel. Le Ministère public lui reproche d'avoir été excessivement clément, compte tenu de la gravité des actes et du comportement du prévenu durant la procédure, notamment de ne pas avoir coopéré et d'avoir fait appel en n'invoquant qu'un motif procédural.

La Cour rappelle que le principe de non-incrimination permet au prévenu de se réfugier dans une attitude passive (il bénéficie du droit au silence). Ce n'est que dans le cas où le comportement du prévenu rend plus difficile l'enquête pénale par des dénégations opiniâtres, dont on peut déduire une absence de remords et de prise de conscience de sa faute qu'il est possible de considérer l'absence de collaboration comme facteur aggravant la peine (TF, arrêt 6B_761/2013 du 13 janvier 2014 consid. 2.2).

En l'espèce, le Ministère public allègue que le prévenu s'est contenté dans un premier temps de nier les faits, puis de se taire. Le seul fait de garder le silence en procédure ne démontre pas encore une absence de remords ou de prise de conscience de sa faute, mais peut s'expliquer par l'attitude d'un étudiant en droit qui pense fonder sa défense sur la contestation de la validité du moyen de preuve principal. En outre, on ne saurait reprocher à l'appelant, au niveau de la culpabilité, d'avoir contesté jusqu'en appel la validité procédurale d'un moyen de preuve.

Nonobstant ces considérations, force est de constater que la peine prononcée par le juge de police, certes proche de celle prononcée par le Ministère public dans son ordonnance pénale, est trop légère. Statuant sur une opposition à une ordonnance pénale, le juge de police n'était pas tenu par l'interdiction de la réformation in pejus, ni lié par les conclusions du procureur, lequel admet lui-même dans son appel que la peine qu'il avait infligée dans un premier temps était largement insuffisante. Statuant sur un appel du Ministère public, la Cour n'est pas liée par l'interdiction de la réformation in pejus (art. 391 al. 2 CPP). Elle n'a pas à justifier les motifs pour lesquels elle aggrave la peine prononcée par le premier juge, mais doit au contraire, disposant d'un plein pouvoir de cognition en fait et en droit, fixer librement, en appliquant les critères prévus par l'art. 47 CP, la peine à prononcer (TF, arrêt 6B_418/2014 du 27 janvier 2015 consid. 4.3).

Le juge de police a pris en considération les éléments pertinents suivants pour fixer la peine, éléments que la Cour fait siens:

- *A. _____ est reconnu ce jour coupable de délits contre la loi fédérale sur la circulation routière. Le Juge de police tient compte du concours d'infractions qui entraîne une aggravation de la peine dans le sens et la mesure prévus par l'art. 49 CP.*
- *Il est retenu que l'accusé n'a pas d'antécédents judiciaires, même si, sous réserve de circonstances exceptionnelles, l'absence d'inscription au casier n'est pas particulièrement méritoire et que, lors de la fixation de la peine, elle a un effet neutre et ne conduit pas obligatoirement à une diminution de peine.*
- *La culpabilité du prévenu est très lourde. En trois minutes à peine, par pur jeu, goût du risque, recherche du frisson ou de la montée d'adrénaline, mobile éminemment égoïste, le prévenu s'est éclaté au mépris des règles essentielles de la circulation routière, violant intentionnellement gravement pas moins de quatre règles primordiales pour la sécurité du trafic. La commission de ces infractions était parfaitement évitable. Sur un tronçon dont la vitesse est limitée à 80 km/h, il a circulé à une vitesse moyenne minimale de 120 à 130 km/h, avec une pointe de vitesse à 160 km/h, poussant son passager à s'exclamer "héééé, mollo, mollo, mollo!" (2'41"). Il n'a pas respecté les marques de présélection, n'a pas observé de distance suffisante avec les autres usagers de la route, notamment en se rabattant brusquement devant le véhicule dépassé ou en talonnant pendant une quarantaine de secondes à une distance d'environ 5 mètres le véhicule précédent. Le prévenu a commis ces actes au crépuscule, alors qu'il y avait du trafic, mettant ainsi en danger d'autres usagers de la route. Il n'a nullement été retenu par ces circonstances. Le Juge de police tient dès lors compte du caractère sans scrupule et du peu d'égard du prévenu pour la sécurité publique et les autres usagers de la route. La culpabilité du prévenu en est d'autant plus conséquente.*
- *A. _____ n'a aucunement pris conscience de la gravité de ses actes. Il s'est même vanté de ses « prouesses », poussant le vice à poster la vidéo sur son profil Facebook.*

- *Le Juge de police prend en considération la situation personnelle et financière de A._____ telle qu'exposée ci-dessus (En Fait, 4), notamment du fait qu'il est d'étudiant en droit, travaille accessoirement et affecte son revenu à ses frais d'écolage et à son entretien personnel.*
- *La responsabilité pénale de l'accusé est pleine et entière.*

En tenant compte de ce qui précède, du concours d'infractions, du fait que la peine menacée prévue pour une seule violation grave de la LCR est une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à trois ans, la Cour estime que la peine requise en appel par le Ministère public, à savoir 120 jours-amende à 10 francs, accompagnée d'une amende additionnelle de 500 francs, correspond à la culpabilité de A._____ et prend en compte son absence d'antécédents, sa situation personnelle et le fait qu'il ne ressort pas du dossier qu'il aurait commis de nouvelles infractions semblables depuis 2010.

c) L'art. 42 CP dispose que le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus, lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (al. 1). Si, durant les cinq ans qui précèdent l'infraction, l'auteur a été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis de six mois au moins, ou à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins, il ne peut y avoir de sursis à l'exécution de la peine qu'en cas de circonstances particulièrement favorables (al. 2). Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents. Le juge doit par ailleurs motiver sa décision de manière suffisante (cf. art. 50 CP); sa motivation doit permettre de vérifier s'il a été tenu compte de tous les éléments pertinents et comment ils ont été appréciés. Le nouveau droit pose des exigences moins élevées quant au pronostic pour l'octroi du sursis. Auparavant il fallait que le pronostic soit favorable, désormais il suffit qu'il n'y ait pas de pronostic défavorable. Le sursis est donc la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable; il prime en cas d'incertitude (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.1 et 4.2.2).

De plus, selon l'art. 43 CP, le juge peut suspendre partiellement l'exécution d'une peine afin de tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur (al. 1). La partie à exécuter ne peut excéder la moitié de la peine (al. 2). La jurisprudence y applique les principes suivants: les conditions subjectives permettant l'octroi du sursis (art. 42 CP), à savoir les perspectives d'amendement, valent également pour le sursis partiel prévu à l'art. 43 CP, dès lors que la référence au pronostic ressort implicitement du but et du sens de cette dernière disposition. Un pronostic défavorable exclut également le sursis partiel: en effet, s'il n'existe aucune perspective que l'auteur puisse être influencé de quelque manière par un sursis complet ou partiel, la peine doit être entièrement exécutée (ATF 134 IV 1 consid. 5.3.1; TF, arrêt 6B_713/2007 du 4 mars 2008 consid. 2.2.1 ss). Par ailleurs, lorsque la peine est telle qu'elle permette le choix entre le sursis complet (art. 42 CP) et le sursis partiel (art. 43 CP), l'octroi du sursis au sens de l'art. 42 CP est la règle et le sursis partiel l'exception, celle-ci ne devant être admise que si, sous l'angle de la prévention spéciale, l'octroi du sursis pour une partie de la peine ne peut se concevoir que moyennant exécution de l'autre partie; dès lors, l'exception du sursis partiel ne se pose qu'en cas de pronostic très incertain, à savoir lorsqu'il existe des doutes très importants au sujet du

comportement futur de l'auteur, notamment au vu de ses antécédents (TF, arrêt 6B_492/2008 du 19 mai 2009, consid. 3.1.1 et 3.1.3 non publiés aux ATF 135 IV 152).

d) En l'espèce, le premier juge a estimé qu'un sursis total pouvait être accordé au prévenu, relevant que son pronostic était favorable. Il a ainsi suivi l'avis du Ministère public qui demandait dans un premier temps que l'appelant soit condamné à un travail d'intérêt général de 120 heures (= 30 jours) assorti du sursis pendant 2 ans. Il sied de rappeler que dans son ordonnance du 28 février 2011, le Ministère public avait déjà prononcé le sursis total, écartant ainsi tout pronostic défavorable. Dès lors, en tenant compte de l'absence d'antécédents et du fait que le prévenu n'a pas récidivé depuis 2010, la Cour est d'avis qu'aucun élément du dossier ne permet de s'écarter du pronostic établi, dans un premier temps, par le Ministère public, puis dans un deuxième temps, par le Juge de police. Le fait que l'appelant ait fait appel en contestant la validité procédurale du moyen de preuve principal ne permet pas encore de conclure à un pronostic hautement incertain.

La peine sera donc assortie d'un sursis de 2 ans.

4. a) Aux termes de l'art. 428 al. 1 CPP, les frais de la procédure de recours sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé. Vu le sort de l'appel et de l'appel joint, les frais judiciaires de la procédure d'appel doivent être répartis à raison de 4/5 à la charge de A. _____ et de 1/5 à la charge de l'Etat. Ils sont fixés à 1'670 francs (soit un émolument de 1'500 francs, ainsi que les débours effectifs par 170 francs).

b) En application de l'art. 436 al. 2 CPP, en lien avec l'art. 429 al. 1 let. a CPP, si ni un acquittement total ou partiel, ni un classement de la procédure ne sont prononcés mais que le prévenu obtient gain de cause sur d'autres points, il a droit à une juste indemnité pour ses dépenses. Cette indemnité, qui ne concerne que le cas où le prévenu est représenté par un défenseur choisi, trouve notamment application lorsque le Ministère public interjette recours mais succombe. Dans un tel cas, le prévenu aura droit à une indemnité en rapport avec la procédure de recours (MOREILLON PAREIN-REYMOND, Petit commentaire CPP, 2013, art. 436 N 6 s.).

En l'espèce, A. _____ a été débouté de l'appel principal, mais a résisté avec succès à une partie de l'appel joint formé par le Ministère public. Dès lors, il convient de lui allouer une indemnité correspondant à la moitié des frais occasionnés par l'appel joint déposé par le Ministère public. Le travail induit par l'appel joint peut être estimé à 2 heures, la moitié de cette durée implique une indemnité de **302 fr. 40** qui doit être allouée à l'appelant (honoraires: 1 heure x 270 fr./h = 270 francs; débours: 10 francs; TVA 22 fr. 40). Le montant de cette indemnité sera compensé totalement avec les frais d'appel à charge de A. _____ (art. 442 al. 4 CPP).

La Cour n'a pas retenu le taux horaire de 280 francs requis par le prévenu. Le CPP ne donne aucune indication sur le montant horaire qui doit être retenu à titre d'indemnité au sens de l'art. 429 al. 1 let a CPP. De même, la législation fribourgeoise ne le précise pas. En effet, le canton de Fribourg ne connaît ni tarif subsidiaire qui pourrait entrer en considération, ni n'a énoncé de critères permettant d'apprécier l'admissibilité des honoraires des avocats. Conformément à la jurisprudence de la Chambre pénale du Tribunal cantonal et de la Cour d'appel pénal, le tarif horaire déterminant doit être apprécié en fonction de la convention d'honoraires passée entre le client et son avocat, sauf si celle-ci prévoit un montant qui sortirait du cadre usuel. En l'espèce, le tarif horaire de 280 francs dépasse le tarif horaire usuel de la profession dans le canton de Fribourg, fixé au maximum à 270 francs de l'heure par la jurisprudence pour les causes pénales ordinaires (arrêt Cour d'appel pénal 501 2014 123 du 10 février 2015; arrêt du Vice-Président de la Chambre pénale 502 2013 222 du 27 janvier 2014; arrêt Chambre pénale 502 10 347 du 28 décembre 2010), de laquelle il n'existe aucune raison de s'écarter.

la Cour arrête:

I. L'appel principal est rejeté.

L'appel joint est partiellement admis.

Partant, le jugement du Juge de police de l'arrondissement de la Sarine du 2 mai 2013 est modifié et a désormais la teneur suivante:

1. *La prescription et l'extinction de l'action pénale relative au chef de prévention de contravention à la loi fédérale sur la circulation routière (crissement de pneus, art. 42 al. 1 et 90 ch. 1 LCR) est constatée et le classement de la procédure pénale sur ce point est prononcé (art. 329 al. 4 et 5 CPP).*
 2. *A._____ est reconnu coupable de délits contre la loi fédérale sur la circulation routière en application des art. 27 al. 1 (non-respect des marques), 32 al. 2 (vitesse excessive), 34 al. 4 (distance insuffisante), 35 al. 3 (égard aux conducteurs dépassés), 90 ch. 2 LCR ; 34, 42, 44, 47, 49, 105 et 106 CP.*
 3. *A._____ est condamné à une peine pécuniaire de 120 jours-amende, avec sursis pendant 2 ans, le montant du jour-amende étant fixé à CHF 10.-;*
ainsi qu' au paiement d'une amende additionnelle de CHF 500.-;
en cas de non-paiement de l'amende dans le délai qui sera fixé dans la facture et si celle-ci est inexécutable par la voie de la poursuite pour dettes, elle fera place à 5 jours de peine privative de liberté de substitution (art. 106 al. 2 et 3 CP).
 4. *Toute demande éventuelle d'indemnité au sens de l'art. 429 CPP est rejetée.*
 5. *A._____ est condamné, en application des art. 421 et 426 CPP, au paiement des frais de procédure (émoluments: CHF 800.-; débours: CHF 190.-).*
- II. En application des art. 429 et 436 al. 2 CPP, une indemnité de 302 fr. 40 (TVA par 22 fr. 40 comprise) est accordée à A._____ à charge de l'Etat.
- Le montant de cette indemnité sera compensé avec les frais d'appel à charge de A._____ (art. 442 al. 4 CPP).
- III. Les frais judiciaires d'appel, fixés à 1'670 francs (émolument: 1'500 francs ; débours: 170 francs), sont mis pour 4/5 à la charge de A._____ et pour 1/5 à la charge de l'Etat. Après compensation (cf. infra III), le solde encore dû par A._____ s'élève à 1'033 fr. 60 (1'336 francs [4/5 x 1'670 francs] - 302 fr. 40).
- 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 6 mars 2015/jlo

Le Président

Le Greffier