



Arr6t du 23 novembre 2015 Cour des plaintes

Composition

Les juges p6naux f6d6raux Stephan Bl6ttler,
pr6sident, Giorgio Bomio et Cornelia Cova,
la greffiere Claude-Fabienne Husson Albertoni

Parties

A., repr6sent6 par Me Pascal Maurer, avocat,

recourant

contre

MINIST6RE PUBLIC DE LA CONF6D6RATION,

partie adverse

TRIBUNAL DES MESURES DE CONTRAINTE,

autorit6 qui a rendu la d6cision attaqu6e

Objet

Entraide judiciaire internationale en mati6re p6nale 6
la R6publique fran7aise

Surveillance de la correspondance par poste et
t6l6communication (art. 18a EIMP); remise de
moyens de preuve (art. 74 EIMP)

Faits:

- A.** Le 22 mai 2014, une information judiciaire a été ouverte en France pour des faits de délits d'initiés et recel de délits d'initiés, commis sur le territoire français et depuis la Suisse, entre le 1^{er} octobre 2012 et le 16 mai 2014. L'attention de l'Autorité des marchés financiers française a été attirée dès 2006 sur de nombreuses transactions de nature inhabituelle effectuées par notamment B. et C., respectivement par des structures leur étant liées, au nombre desquelles D. SA dont C. est président. Ceux-ci sont suspectés en effet d'être intervenus sur le marché peu avant la publication d'une information privilégiée et d'en avoir retiré des bénéfices substantiels. Les transactions incriminées concernent les titres E., F., G., H., I., J., K., L. et M. D. SA serait intervenue sur tous lesdits titres pour le compte de différents clients, dont principalement A. et N. (RR.2015.148 act. 1.1).
- B.** Dans ce contexte, le Vice-Président chargé de l'instruction près le Tribunal de grande instance de Paris (ci-après: le Vice-Président) a adressé le 14 novembre 2014 une demande d'entraide à la Suisse, aux termes de laquelle il requerrait l'identification des titulaires de différents numéros de téléphone et la communication des relevés d'appel y relatifs pour la période allant du 1^{er} octobre 2012 au 30 septembre 2014. Il demandait également l'interception des conversations téléphoniques sur les lignes précitées à compter de la réception de la demande d'entraide et pour une durée de deux mois. L'autorité requérante priait en outre les autorités suisses de ne pas informer les personnes visées par les mesures sollicitées afin de préserver le secret de l'enquête (RR.2015.148 act. 1.4).
- C.** Le 17 novembre 2014, l'Office fédéral de la justice (ci-après: OFJ) a délégué l'exécution de la demande d'entraide au Ministère public de la Confédération (ci-après: MPC; pièces MPC rubrique 2).
- D.** Le 17 novembre 2014, le MPC a pour sa part rendu une décision d'entrée en matière (RR.2015.148 act. 1.1) qui disposait:
- «1. Il est entré en matière sur la demande émise le 14 novembre 2014 par le Vice-Président chargé de l'instruction près le Tribunal de grande instance de Paris.
 - 2. Les mesures d'exécution feront l'objet de décisions séparées.
 - 3. Après tri par les autorités suisses, les données récoltées seront immédiatement transmises aux autorités françaises. Avant toute transmission de données, celles-ci seront averties de ce qui suit:
 - a) L'utilisation à titre probatoire des données transmises par les autorités suisses est

interdite jusqu'à autorisation donnée par lesdites autorités. Par utilisation à titre probatoire, on entend toute utilisation pour obtenir, motiver ou fonder une décision finale sur la cause ou un de ses aspects (prononcé de peines ou de mesures, confiscation, etc.). L'utilisation pour obtenir, fonder ou motiver des mesures d'enquête (p. ex. mise en sécurité de moyens de preuves ou de valeurs patrimoniales révélées par les écoutes, arrestations provisoires, etc.) ne constitue pas une utilisation à titre probatoire du présent paragraphe.

- b) Si la Suisse devait finalement refuser l'entraide, les autorités françaises devront retirer immédiatement de leur dossier, puis détruire la documentation objet des transmissions suisses à la première demande des autorités suisses.»

- E. Le même jour, le MPC a par ailleurs ordonné la surveillance en temps réel, du 18 novembre au 19 décembre 2014, du raccordement 1 détenu par C. mais utilisé par A. (RR.2015.148 act. 1.2).
- F. Le 17 novembre 2014 toujours, le MPC a adressé au Tribunal des mesures de contraintes (ci-après: TMC) une requête d'autorisation de la surveillance susmentionnée (RR.2015.149 act. 1.14).
- G. Le 19 novembre 2014, le TMC a autorisé les surveillances actives requises (RR.2015.149 act. 1.1).
- H. Le 2 décembre 2014, le Vice-Président a émis une demande d'entraide complémentaire visant à l'extension des mesures déjà requises aux titres O. et P. Il demandait l'identification du lieu de résidence de A. lors de ses passages à Genève ainsi qu'une perquisition du domicile de ce dernier (RR.2015.148 act. 1.5).
- I. Le 11 mai 2015, le MPC a informé les mandataires de A. de ladite surveillance active, laquelle avait été maintenue secrète jusqu'alors pour éviter tout risque de collusion. Il spécifiait en outre que le chiffre 3 du dispositif de sa décision du 17 novembre 2014 n'avait pas été exécuté en l'état, mais que l'autorité requérante avait accédé à une partie des retranscriptions desdites écoutes téléphoniques lors d'une séance le 10 décembre 2014. Il précisait au surplus que les conversations relevant d'un secret professionnel ou manifestement sans lien avec la procédure d'entraide avaient été retirées du dossier (RR.2015.148 act. 1.3).

- J.** Par acte du 22 mai 2015, A. recourt contre la décision rendue par le TMC le 19 novembre 2014. Il conclut à l'annulation de cette dernière et à la destruction immédiate des écoutes téléphoniques ordonnées, sous suite de frais et dépens. Pour motifs, il fait essentiellement valoir l'absence de graves soupçons, une violation du principe de subsidiarité de la surveillance téléphonique ainsi que du droit d'être entendu faute d'une motivation suffisante de la décision entreprise (RR.2015.149 act. 1).
- K.** Le même jour, il recourt également contre la décision d'entrée en matière rendue par le MPC le 17 novembre 2014 (*supra* let. D) et contre la décision générale de surveillance de la correspondance par poste et télécommunications du MPC du 17 novembre 2014. Il conclut principalement à l'annulation de la décision d'entrée en matière et à celle de surveillance en temps réel et à ce qu'il soit interdit au MPC de transmettre les enregistrements y relatifs. Il requiert la destruction immédiate des écoutes téléphoniques intervenues sur le numéro 1, sous suite de frais et dépens. Subsidiairement, il conclut à l'annulation des décisions d'entrée en matière et de surveillance et au renvoi de la procédure au MPC en lui ordonnant de fixer un délai au recourant pour se déterminer sur le tri et la transmission des enregistrements et retranscriptions recueillis, sous suite de frais et dépens. Il invoque pour l'essentiel que la transmission anticipée d'enregistrements téléphoniques est illégale ainsi qu'une application incorrecte des normes relatives à la présence de fonctionnaires étrangers. Il fait également valoir une violation de la double incrimination et du principe de la proportionnalité (RR.2015.148 act. 1).
- L.** Le 9 juin 2015, le TMC a renoncé à déposer des observations dans le cadre du recours dirigé contre sa décision du 19 novembre 2014 (*supra* let. G; RR.2015.149 act. 6).
- M.** Le 17 juin 2015, le MPC conclut à la jonction des deux recours, à ce que le recours dirigé contre la décision d'entrée en matière du 17 novembre 2014 et celui contre la décision de surveillance du même jour soient déclarés irrecevables et à ce que le recours déposé contre la décision du TMC du 19 novembre 2014 soit rejeté dans la mesure de sa recevabilité, sous suite de frais (RR.2015.148 act. 8 et RR.2015.149 act. 9).

Le 1^{er} juillet 2015, l'OFJ conclut à ce que les deux recours soient déclarés irrecevables, sous suite de frais (RR.2015.148 act. 9 et RR.2015.149 act. 10).

- N. Le 22 juillet 2015, le MPC fait parvenir à la Cour copie d'un courrier qui lui a été adressé par un avocat, Me Q., lequel se prononçait sur la teneur, couverte selon lui par le secret professionnel, d'une des conversations ayant fait l'objet de la mesure de surveillance active (RR.2015.148 act. 12 et 12.1 et RR.2015.149 act. 13 et 13.1).
- O. Le 24 juillet 2015, le recourant persiste dans ses conclusions dans les deux recours (RR.2015.148 act. 14 et RR.2015.149 act. 15).
- P. Le 18 novembre 2015, le recourant s'est prononcé sur des pièces adressées à la Cour – à la demande de cette dernière – par le MPC les 5 et 9 novembre 2015 (act. 17 ss; act. 21).

Les arguments et moyens de preuve invoqués par les parties seront repris, si nécessaire, dans les considérants en droit.

La Cour considère en droit:

- 1. L'entraide judiciaire entre la République française et la Confédération suisse est prioritairement régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ; RS 0.351.1), entrée en vigueur pour la Suisse le 20 mars 1967 et pour la France le 21 août 1967, ainsi que par l'Accord bilatéral complétant cette Convention (RS 0.351.934.92), conclu le 28 octobre 1996 et entré en vigueur le 1^{er} mai 2000. Les art. 48 ss de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 (CAAS; n° CELEX 42000A0922[02]; Journal officiel de l'Union européenne L 239 du 22 septembre 2000, p. 19-62) s'appliquent également à l'entraide pénale entre la Suisse et la France (cf. arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2008.98 du 18 décembre 2008, consid. 1.3). Peut également s'appliquer, en l'occurrence, la Convention européenne relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (CBI; RS 0.311.53). Les dispositions de ces traités l'emportent sur le droit autonome qui régit la matière, soit la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1) et son ordonnance d'exécution (OEIMP; RS 351.11). Le droit interne reste toutefois applicable aux questions non réglées, explicitement ou implicitement, par le traité et lorsqu'il est plus favorable à l'entraide (ATF 140 IV 123 consid. 2; 137 IV 33 consid. 2.2.2;

136 IV 82 consid. 3.1; 129 II 462 consid. 1.1; 124 II 180 consid. 1.3; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2010.9 du 15 avril 2010, consid. 1.3). Le principe du droit le plus favorable à l'entraide s'applique aussi pour ce qui concerne le rapport entre elles des normes internationales pertinentes (cf. art. 48 par. 2 CAAS; art. 39 CBI). L'application de la norme la plus favorable doit avoir lieu dans le respect des droits fondamentaux (ATF 135 IV 212 consid. 2.3; 123 II 595 consid. 7c).

2. La Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est compétente pour connaître des recours dirigés contre les décisions de clôture de la procédure d'entraide rendues par les autorités cantonales ou fédérales d'exécution et, conjointement, contre les décisions incidentes (art. 25 al. 1 et 80e al. 1 EIMP, mis en relation avec l'art. 37 al. 2 let. a ch. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération [LOAP; RS 173.71]). Elle l'est également pour connaître des recours contre des décisions rendues par le TMC en application de l'art. 18a EIMP (arrêt du Tribunal fédéral 1C_36/2015 du 19 janvier 2015).
3. L'économie de procédure peut commander à l'autorité saisie de plusieurs requêtes individuelles de les joindre ou, inversement, à l'autorité saisie d'une requête commune par plusieurs administrés (consorts) ou, saisie de prétentions étrangères entre elles par un même administré, de les diviser; c'est le droit de procédure qui régit les conditions d'admission de la jonction et de la disjonction des causes (BOVAY, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015, p. 218 s.). Bien qu'elle ne soit pas prévue par la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021), applicable à la présente cause par renvoi des art. 12 al. 1 de l'EIMP et 39 al. 2 let. c LOAP, l'institution de la jonction des causes est néanmoins admise en pratique (cf. arrêts du Tribunal pénal fédéral RR.2008.190 du 26 février 2009, consid. 1; RR.2008.216+RR.2008.225-230 du 20 novembre 2008, consid. 1.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2^e éd. 2013, § 3.17, p. 144 s.). En l'occurrence, il y a lieu de procéder à la jonction des procédures RR.2015.148 et RR.2015.149 compte tenu du fait que les deux problématiques qu'elles concernent sont intrinsèquement liées.
4. Les deux recours ont été déposés dans le respect des délais légaux.

5. Le recourant requiert notamment l'annulation de la décision générale de surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 17 novembre 2014 (RR.2015.148 act. 1.2). Cet acte émane du MPC. Il constitue une décision incidente relative à la récolte de preuves non susceptible de recours au sens de l'art. 80e al. 2 EIMP. A cet égard, le recours est irrecevable.

6.

- 6.1 Le recourant s'en prend d'abord à la communication que lui a faite le MPC le 11 mai 2015, l'informant de la décision rendue par le TMC le 19 novembre 2014 autorisant une mesure de surveillance active sur le raccordement 1 du 18 novembre au 19 décembre 2014 (dossiers du TMC n^{os} KZM 14 1591 et KZM 14 1588). Il relève pour l'essentiel que dans l'enquête française personne n'avait, au moment de la demande d'entraide, été mis en examen ce qui contredit l'existence de «graves soupçons», indispensables pour qu'une surveillance puisse être ordonnée. Il soutient également que le TMC a ignoré le principe de subsidiarité pourtant légalement requis. Enfin, selon lui, la décision entreprise insuffisamment motivée viole le droit d'être entendu. Le MPC relève que la mesure de surveillance active incriminée était notamment proportionnée au but poursuivi, une mesure moins incisive n'aurait pas permis d'identifier si les prévenus tentaient d'informer d'éventuels complices à l'étranger, ni permis aux autorités françaises d'intervenir le cas échéant auprès de ces derniers (RR.2015.149 act. 9). L'OFJ est d'avis quant à lui que la décision du TMC ne saurait être attaquée séparément et immédiatement. Il considère au surplus qu'aucun préjudice immédiat et irréparable n'a été démontré ni allégué par le recourant, auquel il dénie au surplus la qualité pour recourir. Il retient en effet à cet égard que le recourant est certes la personne dont les conversations ont été écoutées, toutefois, dans la mesure où ce dernier utilisait un raccordement dont il n'était pas titulaire, il ne saurait bénéficier de la protection du secret de ses entretiens téléphoniques (RR.2015.149 act. 10).

6.2

- 6.2.1 L'art. 18a EIMP prévoit la possibilité de procéder à de la surveillance des télécommunications si l'Etat requérant le demande expressément. Dans un tel cas, si c'est le MPC qui est saisi de cette requête, l'ordre de surveillance est soumis à l'approbation du TMC (art. 18a al. 3 let. a EIMP). Conformément à l'art. 18a EIMP, les conditions de la surveillance et la procédure sont régies par les art. 269 à 279 CPP et par la loi fédérale concernant la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT; RS 780.1). Ainsi, à teneur de l'art. 279 CPP, au plus tard lors de la clôture de la

procédure préliminaire, le ministère public communique au prévenu ainsi qu'au tiers qui ont fait l'objet d'une surveillance les motifs, le mode et la durée de la surveillance (al. 1). Les personnes dont le raccordement de télécommunication ou l'adresse postale ont été surveillés ou celles qui ont utilisé le même raccordement ou la même adresse postale peuvent interjeter recours conformément aux art. 393 à 397 CPP. Le délai de recours commence à courir dès la réception de la communication (al. 3). En l'espèce, cette dernière est intervenue le 11 mai 2015 (RR.2015.149 act. 1.2 RR.2015.148 act. 1.3). C'est cet écrit qui a ouvert la voie du recours au sens de l'art. 279 al. 3 CPP précité (arrêt du Tribunal fédéral 1B_211/2012 du 2 mai 2012, consid. 1.2).

6.2.2 Dans un arrêt du 22 avril 2015, s'agissant d'un cas où le TMC avait autorisé l'utilisation dans la procédure d'entraide de découvertes fortuites recueillies dans le cadre de la procédure nationale, la Cour de céans a laissé ouverte la question portant sur la qualification juridique de cette communication. Elle a en effet considéré qu'il fallait en tous les cas examiner le bien-fondé du recours (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.20-RR.2015.36, consid. 5.2.3). Il convient de préciser cependant que les prescriptions de l'EIMP ont le pas sur celles du CPP s'agissant des voies de droit et cela quand bien même l'autorité d'exécution a appliqué le CPP pour les mesures d'exécution de l'entraide (arrêt du Tribunal fédéral 1B_563/2011, 1B_631/2011, 1B_633/2011 du 16 janvier 2012, consid. 2.1; ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 4^e éd., Berne 2014, n° 273, note de bas de page n° 296). Il y a donc lieu d'admettre que l'autorité de céans est en l'occurrence saisie d'un recours au sens de l'EIMP.

6.3

6.3.1 Dans l'arrêt précité du 22 avril 2015, la Cour avait admis que la décision du TMC en matière de mesures de surveillance dans le cadre d'une procédure d'entraide pouvait faire l'objet d'un recours immédiat. Elle avait en effet retenu qu'au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de procédure pénale, une telle décision, incidente, est susceptible de causer un préjudice immédiat et irréparable (arrêt du Tribunal fédéral 1B_59/2014 du 28 juillet 2014, consid. 1.1 et référence citée; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.20-RR.2015.36, *ibidem*). L'OFJ ne partage pas ce point de vue. Il considère qu'à l'instar de ce qui prévaut en matière de scellés, la décision du TMC ne devrait pouvoir être attaquée que conjointement avec le recours contre la décision de clôture (RR.2015.149 act. 10).

6.3.2 A teneur de l'art. 80e EIMP, peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, la décision de l'autorité cantonale ou fédérale d'exécution relative à la clôture de la procédure d'entraide et, conjointement, les décisions incidentes (al. 1). Les décisions incidentes

antérieures à la décision de clôture peuvent faire l'objet d'un recours séparé si elles causent un préjudice immédiat et irréparable en raison: de la saisie d'objets ou de valeurs (al. 2 let. a), ou de la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger (al. 2 let. b). La possibilité d'attaquer des décisions incidentes ne peut dès lors être reconnue que dans une mesure très limitée. Dès lors, l'art. 80e al. 2 EIMP énumère en principe exhaustivement les cas où l'on admet l'existence d'un dommage immédiat et irréparable au sens de cette disposition. On trouve pourtant des dérogations à cette règle. Ainsi, le juge est-il entré en matière sur des recours dirigés contre des décisions incidentes relatives notamment à la vidéoconférence (ZIMMERMANN, *op. cit.*, n° 512 et références citées).

6.3.3 En l'espèce, la décision querellée du TMC a pour effet d'autoriser le MPC à procéder aux écoutes téléphoniques en temps réel ainsi que requis par les autorités françaises. Il est indubitable qu'elle constitue une décision incidente. Certes, ainsi que le relève l'OFJ, cette décision n'entraîne pas, en tant que telle, la transmission d'informations à un pays étranger ou à ses agents; il faut pour cela une décision de l'autorité d'exécution. Il reste que sans ladite décision du TMC, le MPC n'aurait pu rendre la décision d'entrée en matière aux termes de laquelle il a autorisé le principe de la transmission immédiate aux autorités requérantes d'éléments relevant du domaine secret, obtenus par moyens de contrainte. Or, cette dernière décision, si elle exclut l'utilisation probatoire des éléments communiqués à la France, autorise la possibilité d'en faire usage pour obtenir, fonder ou motiver des mesures d'enquêtes, au nombre desquelles figurent entre autre des arrestations provisoires (cf. *supra* let. D). Dès lors, les conséquences de la décision rendue par le TMC sont résolument plus incisives que celles relatives aux scellés et à la présence de fonctionnaires étrangers. Dans le cas des scellés en effet, à l'inverse de la situation présente, les moyens de preuve ne sont pas communiqués à l'autorité requérante avant la décision de clôture. Ainsi, dans cette situation, la transmission d'éléments relevant du domaine secret n'intervient qu'après que les personnes concernées ont dûment pu exercer leur droit d'être entendu. En ce qui concerne la présence de fonctionnaires étrangers, contrairement à la situation sous examen, il est fait interdiction à ces derniers d'utiliser d'une quelconque façon les informations obtenues avant le prononcé de la décision de clôture (ZIMMERMANN, *op. cit.*, n° 409). La décision incidente rendue par le TMC est donc susceptible de causer un préjudice immédiat et irréparable (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1A.165/2000 du 24 août 2000, consid. 2b), de sorte qu'elle doit pouvoir faire l'objet d'un recours immédiat. Il n'y a pas lieu de revenir sur la jurisprudence de la Cour à ce sujet.

6.3.4 Aux termes de l'art. 80h let. b EIMP, a qualité pour recourir en matière d'entraide quiconque est personnellement et directement touché par une

mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. La qualité pour recourir est reconnue à la personne physique ou morale directement touchée par l'acte d'entraide. La personne visée par la procédure étrangère peut attaquer une décision aux mêmes conditions (art. 21 al. 3 EIMP; ATF 130 II 162 consid. 1.1). Il faut toutefois que le recourant soit touché plus que quiconque ou la généralité des administrés dans un intérêt important, résultant de sa situation par rapport à l'objet litigieux (ATF 125 II 356 consid. 3b/bb).

En l'occurrence, le raccordement concerné, le 1, est inscrit au nom de C. mais utilisé par A. C'est donc uniquement ce dernier qui revêt la qualité de personne dont les conversations téléphoniques ont été surveillées. En effet, lui seul, et non le titulaire du raccordement, s'est vu priver de son droit constitutionnel au secret de ses télécommunications (art. 13 al. 1 Cst.). L'OFJ se réfère à ses Directives pour objecter qu'à l'instar de ce qui prévaut en matière de documents bancaires, il n'y a pas lieu de protéger celui qui, poursuivant un but abusif, utilise le raccordement inscrit au nom de tiers. Cependant, rien au dossier ne permet de conclure que le recourant a utilisé le téléphone mis à sa disposition par C. afin de sciemment tromper les autorités pour semer la confusion quant à son identité réelle (ATF 131 II 169 consid. 2.2.2). Le recourant est donc légitimé à recourir.

6.3.5 Ainsi que précisé *supra* (consid. 6.3.2), les décisions incidentes antérieures à la décision de clôture peuvent faire l'objet d'un recours séparé uniquement si elles causent un préjudice immédiat et irréparable. Le fardeau de la preuve d'un tel dommage repose sur les épaules de celui qui s'en plaint (ZIMMERMANN, *op. cit.*, n° 512). Il incombe donc au plaideur d'indiquer, dans l'acte de recours, en quoi consiste le préjudice prétendument subi et pourquoi il ne serait pas totalement prévenu par un arrêt annulant, le cas échéant, la décision de clôture qui interviendra ultérieurement. L'éventuel préjudice ne doit pas simplement être allégué par le recourant, mais rendu vraisemblable sur la base d'éléments spécifiques et concrets (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2014.329-330 du 16 décembre 2014). Par ailleurs, il ne doit pas nécessairement être réalisé pour être immédiat; si de simples conjectures ou hypothèses ne démontrent pas ce caractère, une perspective sérieuse et rapprochée peut suffire (arrêt du Tribunal fédéral 1A.86/2004 du 8 juin 2004, consid. 2).

In casu, dans son recours contre la décision du TMC, le recourant n'a donné aucune précision concrète quant au préjudice immédiat et irréparable qu'il pourrait encourir du fait des contrôles intervenus. Partant, son recours doit être déclaré irrecevable.

7.

7.1 Dans son recours contre l'ordonnance d'entrée en matière rendue par le MPC le 17 novembre 2014, le recourant fait valoir entre autres que l'art. 65a EIMP n'a pas été respecté, l'autorisation donnée à des personnes inconnues de consulter le dossier de l'entraide n'étant conforme ni au regard des conditions de fond ni quant aux modalités procédurales. Il précise en outre qu'une des conversations retranscrites serait couverte par le secret professionnel; il relève au surplus une violation de son droit d'être entendu. Tant le MPC que l'OFJ retiennent que la décision entreprise est de nature incidente qui ne cause pas de préjudice immédiat et irréparable compte tenu de la réserve claire formulée par le MPC pour l'utilisation des moyens de preuve concernés.

7.2

7.2.1 A titre préalable, il convient d'examiner l'argument du recourant qui soutient que son droit d'être entendu a été violé. Il affirme en effet que, dans sa réponse, l'OFJ se réfère à des observations qu'il a formulées dans le cadre d'une procédure de recours dont la Cour de cassation a été saisie en début d'année, mais à laquelle le recourant n'était pas partie. Il rappelle n'avoir pas eu accès à ces déterminations.

7.2.2 Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. inclut notamment pour les parties le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à leur détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 129 I 85 consid. 4.1 p. 88/89; 129 II 497 consid. 2.2 p. 504/505; 127 I 54 consid. 2b p. 56, et les arrêts cités). Une partie à un procès doit pouvoir prendre connaissance de toute observation ou pièce soumise au tribunal et se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement de nature à influencer sur le jugement à rendre (ATF 138 I 484 consid. 2.1 p. 485; 137 I 195 consid. 2 p. 197; 133 I 100 consid. 4.3 - 4.6 p. 102 ss).

7.2.3 En l'espèce, il est vrai que l'OFJ invoque à l'appui de sa réponse les observations qu'il a adressées à l'autorité de cassation dans le cadre de la procédure RR.2015.20-RR.2015.36 déjà citée, à laquelle le recourant n'était pas partie. L'OFJ ne les a cependant pas fournies dans la présente procédure. Toutefois, il en a résumé le contenu dans son écrit (RR.2015.148 act. 9 p. 2), lequel a été soumis au recourant pour réplique (RR.2015.148 act. 10; arrêt du Tribunal fédéral 1B_400/2013 du 29 novembre 2013, consid. 3). Ainsi, ce dernier a-t-il non seulement eu connaissance de l'opinion développée par l'OFJ dans lesdites observations, mais également la possibilité de s'exprimer à ce propos. Le droit d'être entendu du recourant

n'ayant subi aucune atteinte, le grief est privé d'assise.

7.3 L'autorité chargée de l'exécution d'une demande d'entraide procède en deux temps. Elle ouvre la procédure d'exécution par une décision d'entrée en matière par laquelle, au terme d'un examen sommaire, elle s'assure qu'aucun motif d'exclusion d'entraide ne fait manifestement obstacle à la demande; elle procède aux actes requis par l'autorité étrangère (art. 80a EIMP). Une fois la demande exécutée et la cause instruite, l'autorité d'exécution statue sur l'octroi et l'étendue de l'entraide; elle rend à cet effet une décision de clôture (art. 80d EIMP). Si l'autorité d'exécution tient une demande pour admissible et nécessaire, elle doit remplir fidèlement et complètement la mission qui lui est confiée (ATF 130 II 14 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 1A.290/2000 du 20 février 2001, consid. 2d). La décision de clôture (et, avec elle, les décisions incidentes antérieures) est attaquable (art. 80e al. 1 EIMP).

7.4 En l'espèce, il est constant que la décision attaquée du 17 novembre 2014 par laquelle le MPC est entré en matière sur la requête d'entraide française ne met pas fin à la procédure d'entraide judiciaire; elle est ainsi de nature incidente (arrêt du Tribunal fédéral 1C_239/2014 du 18 août 2014, consid. 1.2; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.20-RR.2015.36 précité, consid. 6.3). A ce titre, elle n'est attaquable séparément qu'en cas de préjudice immédiat et irréparable découlant de la saisie d'objets ou de valeurs ou de la présence de personnes participant à la procédure à l'étranger (art. 80e al. 2 EIMP).

7.5

7.5.1 La décision querellée prévoit que les données récoltées par le biais de la surveillance téléphonique seront immédiatement transmises aux autorités requérantes. Ce faisant, ainsi que la Cour l'a rappelé dans une récente jurisprudence, le MPC s'est conformé, aux directives de l'OFJ relatives à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale (ci-après: les Directives, 9^e édition 2009; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.20-RR.2015.36 précité, consid. 6.4.1). Ces dernières relèvent que la mise en application d'instruments de coopération, tels les contrôles téléphoniques, entrent en conflit avec la procédure d'entraide, mais que ce conflit doit être tranché en faveur de la coopération (les Directives n° 3.6.1). Dès lors, sur ce point, le comportement du MPC ne saurait prêter le flanc à la critique.

7.5.2 En outre, l'ordonnance entreprise a fixé certaines cautions à l'utilisation des informations transmises puisqu'elle spécifie qu'elles ne pourront être utilisées à titre probatoire tant que l'entraide n'aura pas acquis de force de chose jugée. L'utilisation pour obtenir, fonder ou motiver des mesures d'enquête est par contre autorisée (*supra* let. D). Dans ce contexte, afin de

sauvegarder les droits du recourant, le MPC a, conformément à la pratique constante dans ce genre de situation (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2015.20-RR.2015.36 précité, consid. 6.4.5 et références citées) requis des garanties de la part de l'autorité requérante, selon lesquelles les informations fournies ne peuvent être utilisées comme éléments de preuve (RR.2015.148 act. 1.1). Les autorités françaises s'étant engagées à respecter ces restrictions (pièces MPC, rubrique 5, courrier électronique du Vice-Président du 19 novembre 2014), il y a lieu de considérer que la décision entreprise ne saurait en l'espèce causer de dommage immédiat et irréparable au recourant.

7.5.3 Au surplus, il ressort d'une note au dossier du 5 mai 2015 que dans le cas d'espèce les écoutes téléphoniques effectuées n'ont pas permis de trouver des éléments justifiant une communication immédiate des contenus (pièces MPC, rubrique 5). Il appert donc que – contrairement à ce que prévoit la décision entreprise – les données issues de la surveillance en temps réel n'ont pas encore été transmises à l'autorité étrangère. Sous cet angle, on ne peut valablement retenir l'existence d'un préjudice immédiat et irréparable dont pourrait souffrir le recourant.

7.6

7.6.1 Le recourant invoque pour sa part l'existence d'un dommage immédiat et irréparable du fait que la retranscription d'une conversation téléphonique qu'il a eue avec son avocat, Me Q., le 4 décembre 2014 – et qui serait selon lui couverte par le secret professionnel – a été soumise aux représentants de l'autorité étrangère. Le MPC retient pour sa part que ce grief est prématuré; il devrait être soulevé dans le cadre du tri des documents précédant la décision de clôture. Par ailleurs, selon lui, Me Q. n'a pas en l'espèce déployé d'activité typique d'avocat. Il se réfère en cela notamment à une procédure parallèle, à laquelle le recourant a accès, dont il ressort que Me Q. aurait reçu, sur un compte à l'étranger, une somme de quelque EUR 50'000.-- de la part du recourant. Me Q. a pour sa part adressé une lettre au MPC en lui spécifiant que la conversation téléphonique en cause est effectivement couverte par le secret professionnel (RR.2015.148 act.12.1).

7.6.2 Le droit fédéral institue un secret professionnel absolu, dont la violation est passible des peines prévues par l'art. 321 CP. L'art. 13 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61) prévoit en particulier que l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers (al 1). Le secret professionnel couvre tous les faits et documents confiés à l'avocat qui présentent un rapport certain avec l'exercice de sa profession, dans la mesure où il s'agit de son activité traditionnelle. Entrent dans l'activité

typique de l'avocat, l'activité consistant à donner des conseils juridiques, à fournir des avis de droit, à défendre les intérêts d'autrui et à intervenir devant les tribunaux pour assister ou représenter un client (CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. II, Berne 2002, n° 10 ad art. 321 CP; du même auteur, Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP, in SJ 1993 p. 77 ss, 82; STOUDMANN, Le secret professionnel de l'avocat: jurisprudence récente et perspectives, in RPS 126/2008, p. 144 ss, 147). Cette protection trouve sa raison d'être dans le rapport de confiance particulier liant l'avocat et son client, qui doit pouvoir se fier entièrement à la discrétion de son mandataire (ATF 117 Ia 341 consid. 6a/bb). Si le secret professionnel de l'avocat exclut la saisie de documents relatifs à l'exécution de son mandat d'avocat, il ne s'oppose pas en revanche à la saisie de pièces qui concernent une activité purement commerciale de celui-ci (cf. ATF 135 III 410 consid. 3.3; 126 II 495 consid. 2e/aa; 120 Ib 112 consid. 4; 117 Ia 341 consid. 6a/cc p. 349/350; 112 Ib 606; é.g. arrêt du Tribunal fédéral 1A.182/2001 du 26 mars 2002, consid. 6.3). Il a ainsi été jugé que ce qui était confié à un avocat en sa qualité d'administrateur de société (ATF 115 Ia 197 consid. 3d p. 199; 115 Ia 197; 114 III 105 consid. 3a; 101 Ib 245), de gérant de fortune (ATF 112 Ib 606) ou dans le cadre d'un mandat d'encaissement d'un chèque (ATF 120 Ib 112 consid. 4) n'était pas couvert par le secret professionnel. S'agissant de gestion et d'administration des biens d'une fondation, de structures commerciales au sein desquelles l'avocat occupe lui-même des fonctions d'organe et également de transferts de valeurs patrimoniales, il ne s'agit pas d'activités spécifiques de l'avocat couvertes par le secret professionnel, mais de prestations de service pour la fourniture desquelles l'avocat est en concurrence avec d'autres professions (banquiers, conseils en gestion de patrimoine, fiduciaires; voir PFEIFER, in FELLMANN/ZINDEL [édit.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurich/Bâle/Genève 2005, n° 31 ss, 41 ad art. 13 LLCA). La réunion chez la même personne des fonctions d'administrateur et d'avocat ne permet plus de distinguer clairement ce qui relève de chaque type d'activité, ce qui a pour conséquence d'exclure le secret professionnel de l'avocat (cf. ATF 115 Ia 197 consid. 3d/cc p. 200; arrêt du Tribunal fédéral 8G.9/2004 du 23 mars 2004, consid. 9.6.3). En cas de doute sur la qualification d'une activité de l'avocat, c'est le caractère atypique qui l'emporte (MICHEL, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites, 2^e partie, in ANWA 2009, p. 546 et référence citée).

7.6.3 L'entretien téléphonique concerné a eu lieu le 4 décembre 2014 entre le recourant et Me Q. Selon la retranscription y relative, il y est fait mention d'une recherche juridique effectuée par l'homme de loi, mais également d'une acquisition indirecte de titres, de holding détenant des participations, de droit de vote, de clauses et de statuts abordés de façon théorique ainsi

que d'une société à Zoug à propos de laquelle les interlocuteurs précisent qu'il conviendrait d'en obtenir les statuts (RR.2015.148 act. 1.24).

Ces éléments ne permettent pas de conclure que la conversation en question est effectivement couverte par le secret professionnel. En effet, la discussion a porté essentiellement sur des activités qui ressortissent principalement à une activité commerciale de la part de l'avocat. Dès lors, même si une partie de la conversation en question avait porté sur du conseil juridique, ce qui peut rester indécis en l'espèce, il n'est pas possible de distinguer clairement ce qui relèverait de l'activité typique de l'avocat ou de celle commerciale. A ce titre, au vu de la jurisprudence précitée (*supra* consid. 7.6.2 *in fine*), il y a lieu de conclure au caractère commercial de l'activité en l'occurrence déployée. Le courrier adressé à ce sujet au MPC par Me Q. n'y change rien, ce d'autant qu'au vu de l'extrait du registre du commerce de la société R. SA, en liquidation, il appert que dans le présent contexte de faits, l'homme de loi a, au-delà d'une éventuelle activité typique, déjà déployé une activité purement commerciale (RR.2015.148 act. 17.1). Par conséquent, le recourant a échoué à démontrer l'existence d'un préjudice immédiat et irréparable sur ce point.

7.7

7.7.1 Le recourant conteste également la garantie telle que fournie par l'autorité requérante. Il considère qu'elle n'est nullement conforme à ce qu'exige la pratique relative à l'art. 65a EIMP.

7.7.2 C'est par un courrier électronique que le Vice-Président a précisé le 19 novembre 2014 au MPC «J'ai bien reçu votre fax du 17 novembre 2014 et pris note des conditions d'utilisation des informations transmises». Certes, cela peut sembler peu formel. Il convient cependant de relever que dans la décision querellée, le MPC a spécifié que s'il demandait effectivement des garanties à l'autorité requérante, au vu de la longue tradition de coopération commune et de la grande confiance régnant dans ce domaine entre la Suisse et la France, *in casu* elles ne devraient pas être fournies par écrit (RR.2015.149 act. 1.1 p. 6). Au surplus, selon le principe de la bonne foi régissant les relations entre Etats (ATF 121 I 181 consid. 2c.aa; arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2007.80 du 18 septembre 2007, consid. 5.2), l'autorité requérante est tenue de respecter les engagements qu'elle a pris, de telle sorte qu'il n'y a pas de raison de douter du respect des garanties fournies par l'Etat requérant (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2012.77-80 du 6 novembre 2012, consid. 2.1.2). Or il est de pratique constante que la France se conforme aux exigences posées par la Suisse en matière d'entraide. En outre, le recourant n'a pas apporté d'éléments au dossier qui laisseraient penser que les autorités françaises ne respectent pas leur engagement. Partant, ce grief est infondé.

7.7.3 Il est vrai qu'en date du 10 décembre 2014, les représentants de l'autorité requérante ont pu accéder aux actes de la procédure. Lors de cette séance de tri, ils ont pu consulter les retranscriptions des conversations téléphoniques enregistrées entre le 17 novembre et le 10 décembre 2014, sous réserve de celles non pertinentes ou couvertes par un secret professionnel (pièces MPC, rubrique 9, général 9.100, note au dossier du 15 décembre 2014, séance de tri du 10 décembre 2014). Le recourant fait valoir que cette consultation correspond à un cas d'application de l'art. 65a EIMP, mais que les garanties fournies par l'autorité requérante par courrier électronique le 19 novembre 2014 ne correspondent pas à celles normalement requises dans ce genre de situation. Il convient de rappeler cependant que l'objet du présent recours ne porte pas sur la présence de fonctionnaires étrangers, mais sur l'exécution des mesures de surveillance sollicitées et sur la transmission des résultats ainsi obtenus. Par conséquent, la question de la présence de fonctionnaires étrangers ne peut être l'objet de la présente procédure de recours. Quoi qu'il en soit, il sied de relever d'abord que les fonctionnaires étrangers venus consulter le dossier ne sont pas innomés ainsi que le soutient le recourant puisque lui-même fournit les déclarations de garantie signées par les deux représentants de l'autorité requérante (RR.2015.148 act. 1.7). Ensuite, force est de constater que la réserve d'utilisation émise par l'autorité d'exécution à la France est suffisante pour empêcher l'utilisation prématurée des informations relatives aux écoutes téléphoniques. Au surplus, une mesure de surveillance active, comme dans le cas sous examen, a pour but de permettre le suivi en temps réel des conversations entrantes et sortantes afin que l'autorité de poursuite pénale soit informée immédiatement du contenu des conversations et partant puisse intervenir sans délai (PITTELOUD, Code de procédure pénale suisse, Commentaire à l'usage des praticiens, Zurich/St-Gall 2012, n° 663 et références citées). Sous peine de vider la mesure de sa substance, il apparaît logique de permettre à l'autorité requérante d'avoir accès immédiatement aux données concernées. Dans ce contexte, il n'y a pas lieu d'appliquer un régime différent suivant si les données recueillies sont envoyées immédiatement à l'étranger ou si les représentants de l'autorité requérante en prennent connaissance à l'occasion de leur présence sur notre territoire. Il importe par contre que dans les deux cas, les garanties requises propres aux régimes de la surveillance téléphonique – et qui, au vu de ce qui précède, sont par la force des choses moins restrictives que dans le cas de l'art. 65a EIMP – soient respectées.

7.8 Le recourant reproche au MPC de ne pas avoir établi de procès-verbaux des conversations téléphoniques ayant été consultées en Suisse par les représentants de l'autorité française. Le MPC estime pour sa part que ce n'est pas nécessaire.

A teneur d'une note au dossier, les représentants de l'autorité requérante ont pu, le 10 décembre 2014, prendre connaissance des conversations téléphoniques interceptées du 17 novembre 2014 jusqu'alors, sous réserve de celles «dénudées d'intérêt potentiel ou protégées par un secret professionnel» (pièces MPC, rubrique 9, 9.100 général, note au dossier du 15 décembre 2014). Par ailleurs, selon le rapport de la police judiciaire fédérale du 15 mars 2015, cette dernière a, s'agissant du recourant, sélectionné 59 conversations et trois sms comme étant déterminants. Ces indications circonscrivent suffisamment quelles sont les retranscriptions qui ont été soumises aux représentants étrangers. Au demeurant, le recourant y a eu accès; il est donc parfaitement informé des informations dont l'autorité requérante a pu en l'état prendre connaissance. Il pourra en tout état de cause faire valoir son droit d'être entendu avant que ne soit prise la décision de clôture. Le grief est ainsi privé de fondement.

7.9 Les autres arguments évoqués par le recourant sont parmi ceux qui doivent l'être, le cas échéant, à l'encontre de la décision de clôture. Ils ne peuvent être traités à ce stade de la procédure.

7.10 Compte tenu des éléments qui précèdent, la décision entreprise, ne peut faire l'objet d'un recours séparé. Le recours est par conséquent irrecevable.

8. En règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 de la loi fédérale sur la procédure administrative, PA, [RS 172.021], applicable par renvoi de l'art. 39 al. 2 let. b LOAP). Le montant de l'émolument est calculé en fonction de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties, de leur situation financière et des frais de chancellerie (art. 73 al. 2 LOAP). Les frais du présent arrêt, mis à la charge du recourant, sont fixés à CHF 4'000.-- (art. 73 al. 2 LOAP et art. 8 al. 3 du règlement du Tribunal pénal fédéral sur les frais, émoluments, dépens et indemnités de la procédure pénale fédérale du 31 août 2010 [RFPPF; RS 173.713.162] et art. 63 al. 5 PA). Ils sont réputés couverts par une des avances de frais déjà versées. La caisse du Tribunal pénal fédéral restituera au recourant le solde de CHF 4'000.--.

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Les causes RR.2015.148 et RR.2015.149 sont jointes.
2. Le recours dirigé contre les documents intitulés «surveillance de la correspondance par poste et télécommunication; décision générale» est irrecevable.
3. Le recours relatif aux écoutes téléphoniques est irrecevable.
4. Le recours contre la décision d'entrée en matière est irrecevable.
5. Un émolument de CHF 4'000.--, réputé couvert par les avances de frais acquittées, est mis à la charge du recourant. La caisse du Tribunal pénal fédéral lui restituera le solde de CHF 4'000.--.

Bellinzone, le 24 novembre 2015

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

La greffière:

Distribution

- Me Pascal Maurer, avocat
- Ministère public de la Confédération
- Tribunal des mesures de contrainte
- Office fédéral de la justice, Unité Entraide judiciaire

Indication des voies de recours

Le recours contre une décision en matière d'entraide pénale internationale doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 10 jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 et 2 let. b LTF).

Le recours n'est recevable contre une décision rendue en matière d'entraide pénale internationale que s'il a pour objet une extradition, une saisie, le transfert d'objets ou de valeurs ou la transmission de renseignements concernant le domaine secret et s'il concerne un cas particulièrement important (art. 84 al. 1 LTF). Un cas est particulièrement important notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves (art. 84 al. 2 LTF).