

# **NE\_GERICHTE CDP.2020.37 vom 4. Juni 2020**

NE Tribunal cantonal, 2020-06-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2020.37](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2020.37)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2020.37 du 4 juin 2020

IT: NE\_GERICHTE CDP.2020.37 del 4 giugno 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable.

### **E. 2**

a) L'article 18 de la Constitution neuchâteloise ( Cst.NE ; RS 131.233) consacre le droit à l'information. Toute personne a ainsi le droit de consulter les documents officiels, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. La loi règle ce droit à l'information. L'article 51 Cst.NE (devoir d'information) prévoit que les autorités cantonales sont tenues de donner au public des informations suffisantes sur leurs activités. En application de ces dispositions constitutionnelles, le canton de Neuchâtel a conclu avec celui de la République et canton du Jura la CPDT-JUNE , du 9 mai 2012. Il y a adhéré par décret du 4 septembre 2012 avec effet au 1 er janvier 2013. Cette convention, qui vient remplacer pour le canton de Neuchâtel la loi du 28 juin 2006 sur la transparence des activités étatiques, a pour but d'instaurer une législation commune aux deux cantons dans les domaines de la protection des données et de la transparence (art. 1). Elle a notamment pour but de permettre la formation autonome des opinions, de favoriser la participation des citoyens à la vie publique et de veiller à la transparence des activités des autorités (al. 3). Selon l'article 3 al. 3 CPDT-JUNE , la convention fixe, en matière de transparence, les principes communs applicables, la politique d'information et ses modalités étant laissées aux soins des cantons. La convention définit les autorités compétentes (soit le préposé et la commission) et leurs attributions (art. 4 ss). Elle fixe les principes applicables en matière de protection des données, y compris les règles de procédure (art. 14 ss), ainsi que, dans son chapitre IV (art. 57 ss), la réglementation relative au principe de transparence. Les articles 69 ss régissent spécifiquement l'accès aux documents officiels et les articles 74 ss fixent, pour le droit d'accès, des règles de procédure précises. b) La procédure instaurée par la CPDT-JUNE , à l'instar de celle prévue par la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans; RS 152.3), consacre une procédure d'accès aux documents officiels qui se divise en deux parties principales : d'une part, les procédures de demande d'accès à des documents officiels à l'autorité qui les a produits ou qui les a reçus en tant que destinataire principal de la part de tiers qui ne sont pas soumis à la convention , puis de conciliation en application de la CPDT-JUNE , respectivement de médiation conformément à la LTrans, auprès du préposé , et, d'autre part, les procédures de décision devant la commission, respectivement, de recours devant de Cours de céans. Ces deux parties forment un tout indissociable (cf. arrêt du TAF du 24.07.2007 [A-7369/2006] cons. 4.3) qui a pour but le prononcé d'une décision sur la question de l'accès à certains documents. A ce propos, le Tribunal fédéral a récemment eu l'occasion de relever que le préposé est une simple instance de conciliation entre le requérant et le maître du fichier, respectivement le détenteur de documents (arrêt du TF du

29.05.2018 [1C\_472/2017] cons. 1.4). En cas de divergence en matière de protection des données, soit notamment quant aux données contenues dans un document officiel auquel l'accès est demandé, chaque protagoniste (le maître du fichier, une entité ou une personne concernée) peut demander au préposé de tenir une séance de conciliation (art. 40 al. 1 CPDT-JUNE). Au cours de cette séance, le préposé s'efforce d'amener les parties à un accord. Si l'une des parties ne comparait pas, la conciliation est réputée avoir échoué. Si la conciliation aboutit, la convention conclue entre les parties est portée au procès-verbal (art. 41 CPDT-JUNE). Si la conciliation échoue ou si la convention au sens de l'article 41 al. 3 CPDT-JUNE n'est pas exécutée, le maître du fichier, l'entité ou la personne concernée, ainsi que le préposé peuvent transmettre la cause pour décision à la commission (art. 42 CPDT-JUNE). En d'autres termes, en cas d'échec de la conciliation, l'affaire peut être portée devant la commission qui, seule, dispose d'un pouvoir décisionnel. Le préposé qui n'a donc pas un tel pouvoir se consacre à des tâches de conseil, de sensibilisation, de conciliation, pouvant au demeurant utiliser à sa guise l'instrument de la recommandation et faire usage cas échéant de son droit de saisir la commission, voire de recourir contre les décisions de celle-ci (cf. rapport du 09.05.2012 du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de décret portant approbation de la CPDT-JUNE et d'un projet de loi portant abrogation de la loi neuchâteloise sur la protection des données, du 30 septembre 2008 [LCPD], et de la loi neuchâteloise sur la transparence des activités étatiques, du 28 juin 2006 [LTAE], p. 29 [ci-après : rapport du Conseil d'Etat 12.024], en lien avec l'art. 8 CPDT-JUNE). Quoiqu'il en soit, il ne rend pas de décision formelle, y compris au sujet d'un échec de conciliation, et n'a pas à fixer un délai de saisine, respectivement de recours (arrêt du TF du 29.05.2018 [1C\_472/2017] cons. 1.4). La commission ne peut toutefois statuer, notamment, sur la question de savoir si un accès aux documents litigieux est admissible qu'après cette étape de conciliation (cf. arrêts TAF des 16.12.2009 [A-6032/2009] cons. 2.2 et 16.04.2009 [A-75/2009] cons. 4.3). c) Selon l'article 69 CPDT-JUNE, toute personne a le droit d'accéder aux documents officiels dans la mesure prévue par la présente convention (al. 1). L'accès aux documents officiels ayant trait aux procédures et arbitrages pendants est régi par les dispositions de procédure (al. 2). A cet égard, le rapport du Conseil d'Etat 12.024 indique pour l'essentiel que cette disposition correspond à l'article 20 LTAE (p. 39). Or, le rapport du Conseil d'Etat du 10 mai 2006 au Grand Conseil à l'appui d'un projet de LTAE signalait simplement que, d'une part, l'alinéa 1 de l'article 20 LTAE érigeait en droit subjectif le droit pour toute personne morale ou physique d'accéder à des documents officiels sans avoir à se prévaloir d'un intérêt légitime, la simple curiosité pouvant suffire à fonder une demande d'accès, et, d'autre part, que l'alinéa 2 de cette disposition précisait que si les documents requis avaient trait à des procédures judiciaires, juridictionnelles administratives et d'arbitrage, le droit d'accéder à ces documents était régi par les lois spéciales et les codes de procédure (BGC 2006-2007 Tome 1, p. 431 ss, spécialement p. 443). Ceci étant, l'article

### **E. 3**

a) En l'espèce, il n'est pas contesté que le rapport d'audit – rendu le 20 novembre 2017 par B.\_\_\_\_\_ à la demande du Conseil d'Etat qui s'appuyait sur l'article 27 LSub, à teneur duquel il lui incombait de veiller à l'utilisation conforme à leur destination des subventions consenties par l'Etat et à cet effet de procéder ou de faire procéder à tous les contrôles et vérifications nécessaires – doit être considéré comme un document officiel au sens de l'article 70 CPDT-JUNE. On ne saurait y voir un document à usage personnel, voire une simple aide à la décision au sens de l'alinéa 3 de cette disposition. Force est en outre de

constater que le document en cause a atteint un stade définitif d'élaboration et qu'il a donné lieu à plusieurs mesures, publiées notamment dans le communiqué de presse du 13 décembre 2017. On rappellera encore qu'il est indubitable que la réalisation, sur mandat de l'Etat, d'une analyse externe, constitue une tâche publique ( arrêt du TF du 29.05.2018 [1C\_472/2017] cons. 2.3). b) Ceci étant précisé, il y a lieu de signaler, en ce qui concerne la procédure de conciliation devant le PPDT, qu'on ne saurait suivre l'opinion de ce dernier, selon laquelle n'ayant ni constaté l'échec de la conciliation, ni établi un procès-verbal portant sur une convention entre les parties, l'intimée aurait dû lui adresser le dossier pour qu'il puisse tenter d'amener les parties à un accord dès la fin des procédures civiles et pénale en cours, au lieu de renvoyer l'affaire au Conseil d'Etat en vue de la communication du rapport d'audit du 20 novembre 2017 à SNP. En effet, les articles 38 à 44 CPDT-JUNE, relatifs à la procédure à suivre en lien notamment avec une demande d'accès à un document officiel, prévoient certes que, lorsque la conciliation devant le PPDT aboutit, la convention conclue entre les parties est portée au procès-verbal (cf. art. 41 al. 3 CPDT-JUNE). Ces dispositions ne stipulent toutefois pas qu'en cas d'échec de la conciliation, celui-ci doit être expressément constaté par le préposé. L'article 42 CPDT-JUNE, qui porte sur la saisine de la commission, se contente de mentionner que, si la conciliation échoue ou si la convention au sens de l'article 41 al. 3 CPDT-JUNE n'est pas exécutée, le maître du fichier, l'entité ou la personne concernée, ainsi que le préposé peuvent transmettre la cause pour décision à la commission, étant précisé qu'avant de statuer, cette dernière leur permet d'exercer leur droit d'être entendu. Il faut rappeler encore ici que la procédure de conciliation est informelle, de sorte qu'en particulier, une constatation formelle de l'échec d'une conciliation n'est ni conventionnellement exigée ni indispensable à la saisine de la CPDT. A cet égard, il convient tout d'abord de relever que, dans son courrier du 18 mai 2018, le PPDT a indiqué, d'une part, qu'il confirmait la suspension jusqu'à la fin septembre de la procédure de conciliation ouverte et, d'autre part, qu'il constaterait d'office l'échec de la conciliation si X.\_\_\_\_\_ ne proposait pas les conditions pour la lever de son opposition à l'accès du document demandé. Or, force est de constater que de telles conditions n'ont pas été proposées par le prénommé. D'ailleurs, dans une correspondance datée du 23 novembre 2018, le PPDT a expressément signalé aux parties ce qui suit : « Suite à la séance de conciliation du 16 mai 2018 et aux échanges d'emails à propos de l'opposition à la communication de l'audit de la LNM, il ressort que le document en cause est contenu dans le dossier pénal MP.2017.3525-PG (confirmation du Parquet général du 19.11.2018), et que les parties ne désirent pas concilier sur les modalités d'accès sitôt que les procédures en cours seront closes. [...]. Conformément à la convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel ( CPDT-JUNE ), nous vous informons que vous avez la possibilité de saisir, tant et aussi longtemps que la demande conserve un intérêt actuel, la Commission de la protection des données et de la transparence pour qu'elle rende une décision en lui adressant une demande écrite sommairement motivée avec pièces à l'appui ». Il s'ensuit que, si le préposé n'a pas clôturé la procédure de conciliation ouverte devant lui par une constatation formelle de l'échec de la conciliation, il a expressément relevé que les parties ne désiraient pas se concilier sur les modalités d'accès au rapport d'audit une fois les procédures civiles et pénale terminées. Il faut préciser à cet égard que le PPDT était d'avis que tant que ces procédures n'étaient pas closes les autorités de protection des données et de la transparence n'étaient pas compétentes pour traiter la demande d'accès à l'audit de B.\_\_\_\_\_. Il renvoyait d'ailleurs les demandeurs d'accès au document en cause à s'adresser aux autorités pénales

compétentes tant que durerait la procédure pénale, voire s'ils n'étaient pas d'accord avec son analyse à saisir la CPDT afin d'obtenir une décision formelle, ce qu'a fait SNP en date du 7 décembre 2018. Dans ces conditions, on ne peut qu'admettre que la conciliation a quoi qu'il en soit échoué. Ceci vaut quand bien même il faudrait admettre que le PPDT n'était en réalité pas compétent pour mener cette procédure, tant est aussi longtemps que les procédures civiles et pénale étaient en cours. c) Ceci étant, il y a lieu de considérer que c'est à tort que l'intimée s'est considérée compétente et, partant, qu'elle a fait application de la CPDT-JUNE à la communication du rapport de B. \_\_\_\_\_, alors même que des procédures civiles et pénale étaient et sont d'ailleurs encore en cours. Il n'est en effet pas contesté que le document en cause a été physiquement intégré dans le dossier de ces procédures. Or, au regard, notamment, de la casuistique développée par le Tribunal fédéral, de même que par le PFPDT, il apparaît que c'est précisément le fait qu'un document fasse partie d'un dossier en cours, soit que l'autorité par exemple pénale soit réellement en possession du document en question, qui est déterminant pour savoir qui des autorités de protection des données et de la transparence, respectivement, de celles de poursuite pénale sont compétentes pour décider de l'accès aux documents officiels. Les premières le sont après la clôture d'une procédure pénale (cf. art. 99 du code de procédure pénale du 05.10.2007 [ CPP; RS 312.0 ] ), les secondes tant qu'une procédure pénale est pendante (art. 101 et 102 CPP ). A titre d'exemple, on relèvera que le Tribunal fédéral a considéré que la directive du Procureur général du canton de Genève « précisant la politique pénale à l'égard des étrangers multirécidivistes en situation irrégulière » ne faisait pas partie d'un dossier pénal en cours. Il s'agissait d'un document d'ordre général relatif à la politique criminelle, soit d'un document pouvant avoir une influence sur la poursuite et la répression des infractions dans les cas particuliers, mais ne faisant pas partie du processus décisionnel proprement dit. La haute Cour a jugé qu'une telle directive se rapproche davantage des dispositions de la loi pénale ou de la jurisprudence, sur lesquelles les procureurs devaient se fonder pour rendre leurs décisions et qui, par nature, devaient être accessibles au public (arrêt du TF du 13.06.2016 [1C\_604/2015, 1C\_606/2015] cons. 4.4) . Dans une affaire neuchâteloise, le Tribunal fédéral a admis que l'exception de l'article 69 al. 2 CPDT-JUNE n'était pas applicable concernant un rapport d'enquête administrative, dont l'auteur avait pu consulter le dossier de la procédure pénale, ouverte antérieurement à la décision du Conseil d'Etat de mettre en œuvre une telle enquête, auteur qui avait réalisé différentes auditions dans les locaux du Ministère public. En effet, l'enquête n'en demeurait pas moins de nature purement administrative et le rapport y afférant n'avait pas été produit dans la procédure pénale ( arrêt du TF du 29.05.2018 [1C\_472/2017] cons. 2.4, annulant l'arrêt de la Cour de droit public du 03.08.2017 [ CDP.2016.152 ] cons. 3b). Il convient encore de préciser qu'en matière pénale, un dossier est constitué pour chaque affaire pénale et qu'il contient : les procès-verbaux de procédure et les procès-verbaux des auditions; les pièces réunies par l'autorité pénale; les pièces versées par les parties (art. 100 al. 1 CPP ). Quant à l'autorité compétente au sens des articles 74 et 102 CPP , il s'agit de la direction de la procédure; celle-ci doit notamment respecter la présomption d'innocence et les autres intérêts légitimes au maintien du secret. L'article 101 CPP régit la question de la consultation du dossier dans le cadre d'une procédure pénale pendante, par les parties (al. 1), d'autres autorités (al. 2) et par les tiers (al. 3). Il dispose à son alinéa 3 que des tiers peuvent consulter le dossier s'ils font valoir à cet effet un intérêt scientifique ou un autre intérêt digne de protection et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. En d'autres termes, si des documents font partie d'un dossier pénal dont la procédure est pendante, ce sont les articles

101 et 102 CPP qui trouvent application, la législation sur la transparence leur cédant le pas. Ceci a pour conséquence qu'il appartient à la direction de la procédure de se prononcer sur une demande d'accès au dossier et d'opérer la pesée des intérêts prévue à l'article 101 al. 3 CPP, lorsque cette demande d'accès émane d'un tiers. Par conséquent et au vu de ce qui précède, force est de constater, non seulement, que le rapport d'audit est réellement en possession, à tout le moins, de la Cour pénale du Tribunal cantonal, auprès de laquelle une procédure d'appel est pendante contre le jugement du 25 mars 2019 du Tribunal de police du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers, jugement rendu suite à l'opposition de X. \_\_\_\_\_ à l'ordonnance pénale du 13 août 2018, le condamnant à une peine pécuniaire de 45 jours-amende à 100 francs pour prélèvement sans autorisation de sommes d'argent sur le compte de LNM, mais de plus que le document en question a été intégré physiquement au dossier pénal consécutivement à la demande de transmission formulée par le Ministère public au Conseil d'Etat. Il s'ensuit que le rapport d'audit de B. \_\_\_\_\_ fait partie intégrante, à tout le moins, du dossier pénal actuellement en cours devant la Cour pénale du Tribunal cantonal et qu'il ne s'agit pas d'un document ayant simplement un rapport plus large avec la procédure pénale. A cet égard, on relèvera qu'il n'appartient ni aux autorités de protection des données et de la transparence, ni à la Cour de céans de juger si le rapport d'audit du 20 novembre 2017 peut s'avérer utile à la résolution du litige au pénal. Tout au plus, la présente autorité se limiterait-elle à relever qu'en tant que pièce du dossier pénal au sens de l'article 100 al. 1 CPP, il peut être pris en considération dans le processus décisionnel proprement dit. L'exception de l'article 69 al. 2 CPDT-JUNE trouve donc application au cas d'espèce, de sorte que l'intimée aurait dû se considérer incompétente pour statuer sur la demande de SNP et donc la déclarer irrecevable. Plus spécifiquement, elle aurait dû constater que le rapport d'audit faisait partie, pour le moins, du dossier pénal actuellement pendant devant la Cour pénale du Tribunal cantonal, voire du dossier civil en cours auprès du Tribunal civil du Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers, de sorte qu'il appartient à ces autorités judiciaires de se prononcer, le cas échéant, sur la transmission du document en cause et non aux autorités de protection des données et de la transparence, qui étaient incompétentes en la matière.

#### **E. 4**

a) Ce qui précède conduit la Cour de céans à admettre le recours et, réformant la décision de la CPDT du 19 novembre 2019, à déclarer irrecevable la "demande d'accès à un document officiel", formulée par SNP auprès de l'intimée le 7 décembre 2018. b) Vu l'issue de la cause, il est statué sans frais (art. 47 al. 2 LPJA par renvoi de l'art. 43 al. 2 CPDT-JUNE). La recourante, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens (art. 48 LPJA par renvoi de l'art. 43 al. 2 CPDT-JUNE). La mandataire a déposé un mémoire dont il ressort qu'elle a consacré 16 heures et 17 minutes à l'affaire, dont 8 heures avant la décision de l'intimée ici querellée et 8 heures et 17 minutes postérieurement à ce prononcé et en lien avec le mémoire de recours du 27 janvier 2020. Or, seule l'activité déployée dans le cadre de la procédure de recours devant la Cour de céans peut être ici prise en considération. L'activité de 8 heures et 17 minutes alléguée en lien avec le mémoire de recours du 27 janvier 2020 paraît correspondre à ce qu'exigeait le mandat, apparaissant comme nécessaire au vu des particularités de la cause, laquelle présente une certaine complexité. En revanche le tarif-horaire de 300 francs invoqué par la mandataire ne saurait être suivi et doit être ramené au tarif usuellement appliqué par la Cour de céans de l'ordre de 280 francs de l'heure. Eu égard à ce tarif (8 heures et 17 minutes à CHF 280 de l'heure = CHF 2'319.35), des débours effectifs allégués (CHF 29.60; art. 63 LTFrais par renvoi de l'art. 67 LTFrais), ainsi que la

TVA au taux de 7,7 % (CHF 180.85). C'est ainsi un montant global de 2'529.80 francs qui sera alloué au recourant à titre de dépens à charge de l'intimée.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.