

COMMISSION DE LA PROTECTION DES DONNÉES ET DE LA TRANSPARENCE

DECISION

du 19 novembre 2013

Président : M. Jacques-André Guy
Membres¹ : M. Luc Dobler
Mme Carmen Grand
M. Vincent Willemin

Partie demanderesse: Y. SA, Neuchâtel

Partie défenderesse: Conseil d'Etat de la République et Canton de Neuchâtel

Personne concernée : M. X.

Vu la transmission, par le préposé à la protection des données et à la transparence (ci-après : le préposé), de la demande d'accès à la convention de départ du 25 novembre 2009 de M. X., adressée par Y. SA, à Neuchâtel, au Conseil d'Etat de la République et Canton de Neuchâtel (ci-après : le Conseil d'Etat), représenté par son président, assisté de l'adjoint au chef du service juridique de l'Etat,

¹ En cette affaire, M. André Simon-Vermot, membre de la commission, s'est récusé.

Vu les observations du Conseil d'Etat du 11 septembre 2013 et l'absence d'observations de la partie demanderesse et de la personne concernée,

Vu le dossier, d'où résultent les **faits** suivants :

- A. M. X. était le chef du service de l'emploi du Canton de Neuchâtel et avait été nommé le 2 juillet 2008. Le 29 novembre 2009, il a signé avec l'Etat une convention réglant les modalités de la fin de ses rapports de service ; deux annexes sont jointes à la convention.
- B. Le 11 décembre 2012, Y. SA a demandé au Conseil d'Etat un exemplaire de cette convention. Par décision du 20 mars 2013, le Conseil d'Etat a rejeté la demande et a avisé le demandeur de son droit de saisir pour conciliation le préposé ; les motifs de ce refus seront repris ci-après dans la mesure utile.
- C. Le 28 mars 2013, Y. SA s'est adressée au préposé à la protection des données et à la transparence pour lui demander de tenir une séance de conciliation. Les parties ainsi que M. X. ont ainsi participé à une séance qui s'est tenue le 31 mai 2013. Le procès-verbal résume les déclarations des participants, constate l'échec de la conciliation et rappelle aux parties qu'elles peuvent saisir la commission de la protection des données et de la transparence.
- D. Le 2 juillet 2013, le préposé lui-même a transmis à la commission la demande de Y. SA, en prenant pour conclusions :
 1. Ordonner au Conseil d'Etat neuchâtelois de transmettre à Y. SA une copie de la convention qu'il a passée avec Monsieur X. le 25 novembre 2009, sans les annexes et anonymisée conformément à la lettre e) ci-dessus, sitôt que la décision sera définitive et exécutoire.
 2. Statuer sans frais conformément à l'article 81 CPDT-JUNE.
- E. Le président de la commission a invité les parties ainsi que la personne concernée à déposer leurs observations sur la transmission du préposé. Dans les siennes, le Conseil d'Etat s'oppose vigoureusement à la demande ; en substance et se référant à sa pratique constante, il soutient qu'il n'avait aucune raison de penser que la convention de départ allait tomber sous le coup de la législation, en sorte qu'il s'est engagé à n'en divulguer le contenu sous aucun prétexte. Il considère que la nouvelle interprétation du préposé et la jurisprudence actuelle et récente ne peuvent valoir que pour le futur. Subsidiairement, si la commission devait considérer que la convention de départ est soumise à la législation en matière de transparence, un intérêt public aussi bien qu'un intérêt privé prépondérants s'opposent à sa communication. Le Conseil d'Etat conclut au rejet de la demande.

Sa motivation plus détaillée sera reprise autant que besoin. Pour leur part, la partie demanderesse et la personne concernée ne formulent aucune observation.

CONSIDÉRANT :

1. Le préposé a qualité pour transmettre la cause pour décision à la commission, conformément à l'article 42 al. 1^{er} de la convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (ci-après : CPDT-JUNE, RSN 150.30). La demanderesse invoque implicitement les articles 69ss CPDT-JUNE pour avoir accès à un document détenu par le Conseil d'Etat, de sorte que suite à l'échec de la conciliation tentée par le préposé, la commission est compétente à raison de la matière, conformément aux articles 40 et 42 CPDT-JUNE auxquels renvoie l'article 78.
2. La convention ne prévoit aucun délai pour saisir la commission ; doit-on s'assurer que le préposé a un intérêt actuel pour le faire, selon ce que mentionnait le Conseil d'Etat dans son rapport explicatif du 9 mai 2012 à l'appui du projet de convention (p. 35, sous l'article 40 ; non encore reproduit au Bulletin des délibérations du Grand Conseil) ? Cette notion d'intérêt actuel a trait à la recevabilité de la demande, donc à la saisine de la CPDT ; elle ne doit pas être confondue avec « *un véritable droit à l'oubli* », comme l'écrit le Conseil d'Etat dans ses observations du 11 septembre 2013 (ch. 2.2), un droit qui sera examiné sous l'angle d'un intérêt privé éventuellement prépondérant (voir consid. 6).
Il n'y a pas lieu d'examiner si un intérêt actuel existe, dès l'instant où la recevabilité découle - sans autre examen - du seul fait que le préposé est mentionné dans la CPDT-JUNE comme titulaire du droit de saisir la commission (art. 42 al. 1 CPDT-JUNE, identique à cet égard à l'article 43 al. 3 définissant la qualité pour recourir). Cette disposition n'opère pas la distinction classique que font par exemple les articles 7 et 32 lit. a et b LPJA. Autrement dit, la commission ne doit pas vérifier l'intérêt actuel de la personne qui la saisit, dès lors que l'article 42 al. 1 CPDT-JUNE prévoit ce droit sans la restriction liée à un intérêt digne de protection ou à un intérêt juridiquement protégé (dans le même sens et en droit fédéral, comparer les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 48 PA). En conséquence, la transmission de la demande, postée le 2 juillet 2013 en courrier recommandé et en format électronique, est recevable.
3. La convention de départ litigieuse date du 29 novembre 2009 ; elle est donc antérieure à l'entrée en vigueur de la CPDT-JUNE. Cette antériorité n'est cependant pas un obstacle à son accessibilité puisque, à teneur de l'article 80 al. 2 CPDT-JUNE, tout document officiel demeure accessible lorsque le demandeur aurait pu y avoir accès avant son archivage en vertu des principes ancrés dans la convention. De surcroît, cet article 80 al. 2 de la convention reprend, dans des termes similaires, une disposition de la législation cantonale (l'article 35 LTAE) abrogée et remplacée par la CPDT-JUNE ici applicable. Cela signifie qu'au moment où la convention entre l'Etat et son chef de service a été signée, la LTAE alors en vigueur - depuis le 1^{er} octobre 2007 - contenait déjà le principe de transparence des activités de l'Etat, et donc le droit légalement garanti à ce qu'une personne prenne connaissance de cet accord. De ce point de vue en tout cas, le Conseil d'Etat ne peut pas soutenir qu'il n'avait « *aucune raison de penser que cette convention tomberait sous le coup de la législation en matière de*

transparence » (observations, ch. 1 p. 1). La question de savoir si « *au contraire, notre Conseil avait pour pratique constante de considérer que de telles conventions étaient exclues du champ d'application de la législation en vigueur* » sera examinée plus loin (cons. 5a).

4. Le premier des points controversés est de savoir si la convention de départ signée entre l'Etat et l'un de ses fonctionnaires - ici un chef de service - doit être qualifiée de document officiel, au sens de l'article 70 CPDT-JUNE.
 - a. Le préposé avance plusieurs arguments pour qualifier d'officiel ce document (transmission ch. III lit. b, pp. 2ss). Dans ses observations, le Conseil d'Etat ne discute pas du tout les arguments du préposé, sans doute parce qu'il avait explicité sa position dans sa décision du 20 mars 2013 ; il faisait valoir (cons. 4) d'une part le fait que l'engagement de ses agents ait pour finalité l'accomplissement de tâches publiques n'impliquait pas pour autant que le contrat d'engagement soit lui aussi assimilé à une telle tâche et soit qualifié de document officiel, d'autre part qu'en signant la convention de départ, l'Etat et le fonctionnaire n'avaient pas agi en tant que détenteurs de la puissance publique ni n'avaient accompli une tâche publique. Sans reprendre sur ce point pourtant essentiel l'argumentation qui précède, le Conseil d'Etat soutient d'abord qu'il n'avait aucune raison de penser que la convention tomberait sous le coup de la législation, et ensuite que ce serait contraire à sa « *pratique constante* », soit en dernier lieu une décision publiée de 2010 dans l'affaire du recteur de l'Université (DECI.2010.47). Le Conseil d'Etat fait valoir à cet égard que l'interprétation du préposé est nouvelle par rapport à sa propre pratique, de sorte que cette nouvelle interprétation - si la commission s'y rallie - ne doit s'appliquer que pour l'avenir. Il ne doit pas y avoir d'effet rétroactif. Sinon, cette rétroactivité aurait pour effet que des conventions comme celle ici en cause n'expliqueraient pas suffisamment les raisons pour lesquelles telle solution a été retenue.
 - b. Fondé en particulier sur l'article 18 de la Constitution neuchâteloise du 24 septembre 2000 (« *Toute personne a 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 70 al. 1^{er} CPDT-JUNE consacre le droit à l'information ; il définit - dans des termes similaires à ceux de la précédente LTAE - comme documents officiels « *toutes les informations détenues par une entité et relatives à l'accomplissement d'une tâche publique et ce, quel qu'en soit le support* ». Une liste exemplative est donnée à l'al. 2 de cette disposition : « *Sont notamment des documents officiels les rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis et décisions* ». L'alinéa 3 donne la liste des exclusions : « *Ne sont pas des documents officiels les documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration, qui sont destinés à l'usage personnel ou qui font l'objet d'une commercialisation, ainsi que les documents d'aide à la décision, telles des notes internes* ».
 - c. L'engagement et la révocation du personnel de l'Etat relève par nature de l'activité étatique et découle de l'application de la loi, qu'il s'agisse en particulier de l'article 3 al. 3 de la loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et

de l'administration cantonale, du 22 mars 1983 (RSN 152.100 : « [Le Conseil d'Etat] nomme et révoque les titulaires de fonctions publiques relevant du budget de l'Etat »), de l'article 4 de la loi sur les finances, du 21 octobre 1980 (RSN 601 : « Toute dépense doit reposer sur la Constitution, sur une loi ou un décret de portée générale »), ou encore de la loi sur le statut de la fonction publique, du 28 juin 1995 (RSN 152.610), qui définit les causes de cessation des rapports de service (article 37), mais sans y inclure expressément la convention de départ. Cette situation particulière, qui règle amiablement la fin des rapports de service et évite ainsi la mise en œuvre et les aléas d'une procédure, peut être rangée dans la catégorie des contrats de droit administratif ; elle entre dans le champ de l'accomplissement d'une tâche publique.

- d. L'examen du droit fédéral est utile pour résoudre le cas présent. En effet, l'article 5 LTrans (RS 152.3) définit le document officiel dans des termes similaires à l'article 70 CPDT-JUNE (« On entend par document officiel toute information [...] qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique »). La jurisprudence rendue par le Tribunal administratif fédéral en application de cette disposition range la convention de départ au nombre des documents officiels. Dans son arrêt du 17 février 2011 (ATAF A-3609/2010), le TAF retient : « il va de soi que les informations dont l'accès est requis sont en étroite relation avec la fonction officielle qu'exerçaient Walter Eberle et Yves Bichsel. Autrement dit, elles sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques » (consid. 4.4). Du reste, cette qualification avait d'emblée été retenue par le Tribunal fédéral dans l'affaire précitée (ATF 136 II 399, 1C_522/2009 du 19 mai 2010) : lorsqu'il a été saisi d'un recours par les journalistes qui avaient essuyé un premier refus du TAF (arrêt du 19 octobre 2009 A-2165/2009 rejetant la demande d'accès), le Tribunal fédéral a rappelé d'abord le principe de la loi fédérale (LTrans) en ces termes (consid. 2.2) : « Selon l'art. 6 LTrans, toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités. Ce droit d'accès général concrétise le but fixé à l'art. 1er de la loi, qui est de renverser le principe du secret de l'activité de l'administration au profit de celui de transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité du secteur public. Il s'agit en effet de rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent dans le but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques de même que la confiance des citoyens dans les autorités, tout en améliorant le contrôle de l'administration (ATF 133 II 209 consid. 2.3.1 p. 213; Message LTrans, FF 2003 1807 ss, 1819, 1827). Conformément à ce but, la loi définit de manière large la notion de documents officiels (art. 5 LTrans), le champ d'application *ratione personae* (art. 2 LTrans) ainsi que les bénéficiaires et les conditions d'exercice du droit d'accès (art. 6 LTrans) ». Le Tribunal fédéral en a tiré la conclusion que dès l'instant où, en l'espèce, ces conventions de départ ne faisaient pas partie des documents « afférents à la procédure de co-rapport » au sens de l'article 8 al. 1 LTrans (qui exclut de la consultation les documents en question), « le TAF ne pouvait dès lors fonder son refus sur cette disposition, et faire l'économie de la pesée

d'intérêts exigée à l'art. 7 al. 2 LTrans. Il n'appartient pas au Tribunal fédéral de statuer sur ce point en première instance de recours, alors que les parties intimées ne se sont pas exprimées à ce sujet » (consid. 2.4). Autrement dit, le Tribunal fédéral a retenu la qualification de document officiel comme une évidence et il a renvoyé la cause à la première instance pour qu'elle examine si l'accès aux conventions de départ risquait de porter atteinte à la sphère privée de tiers. Mutatis mutandis, la tâche publique qu'exerçait le chef du service de l'emploi justifie que la convention par laquelle son activité d'agent de l'Etat prend fin soit, elle aussi, qualifiée de document officiel, au sens de l'article 70 CPDT-JUNE.

- e. Dans une jurisprudence publiée à laquelle se réfère le préposé dans sa transmission (RJJ 2004 p. 213, cons. 3.1.1 p. 228), l'ancienne Commission de la protection des données du canton du Jura développe une argumentation similaire à celle du Tribunal administratif fédéral, mais plus détaillée : « *La notion d'information se rattachant à l'accomplissement d'une tâche publique doit être comprise dans un sens large. Une information se rattache à l'accomplissement d'une tâche publique lorsqu'elle se rapporte à l'organisation, au fonctionnement ou aux activités des administrations et services publics. [...] il convient de présumer qu'un document détenu effectivement par une autorité se rattache à l'exécution d'une tâche publique. En conséquence, ce n'est que dans le cas où le document contient des informations qui n'ont manifestement aucun rapport avec l'accomplissement d'une tâche publique ou dans celui où l'autorité détentrice du document établit que les informations qu'il contient concernent une activité privée que le document ne satisfait pas à la définition légale de document officiel* ».
 - f. Devrait-on même considérer, comme le fait le Conseil d'Etat dans ses observations et en se référant à sa propre jurisprudence (DEC1.2010.47 précitée), qu'il n'a pas agi en qualité de détenteur de la puissance publique quand il a signé la convention de départ avec son chef du service de l'emploi, que le résultat ne serait pas différent. Dans son message relatif à la Loi fédérale sur la transparence de l'administration (LTrans), le Conseil fédéral relève que « *La Confédération reste soumise au principe de transparence lorsqu'elle agit en droit privé, par exemple lorsqu'elle gère son patrimoine financier ou lorsqu'elle acquiert du matériel et de fournitures nécessaires à l'exercice de ses activités. Les documents officiels se rapportant aux contrats de droit privé de l'administration doivent par conséquent être communiqués selon les règles du projet* » (FF 2003 1837. ch. 2.1.5.1.4). On ne voit pas de raison de s'écarter de cette appréciation.
 - g. Pour les motifs qui précèdent, la commission retient que la convention de départ signée par le Conseil d'Etat et le chef du service de l'emploi est un document officiel, au sens de l'article 70 CPDT-JUNE. En conséquence, cette convention est en principe accessible par toute personne qui en fait la demande en se prévalant de l'article 69 CPDT-JUNE.
5. Dans une argumentation visant à ne pas suivre la jurisprudence récente et à ne pas admettre en l'espèce que la convention de départ est un document officiel au sens de l'article 70 CPDT-JUNE, le Conseil d'Etat invite la commission à « *tenir*

compte des hautes valeurs que représentent pour [lui] le principe de la confiance, la non-rétroactivité de la jurisprudence et la garantie des droits acquis » (observations, ch. 1 in fine).

- a. Le Conseil d'Etat objecte qu'il n'avait « aucune raison de penser que la convention tomberait sous le coup de la législation ». Pourtant, la convention de départ prévoit, à son article 11 al. 1^{er}, que « *L'Etat de Neuchâtel, Monsieur le conseiller d'Etat H. et M. X. s'engagent à ne divulguer sous aucun prétexte le contenu de la présente convention, sous réserve de l'application de dispositions légales contraires.* ». On a déjà vu plus haut (consid. 3) que le **principe de la confiance** n'est pas de mise au vu de la législation alors en vigueur (article 35 LTAE) et de la CPDT-JUNE qui l'a remplacée (article 80 al. 2).

La « *réserve de l'application de dispositions légales contraires* » n'avait donc rien d'académique ; lors de la séance de conciliation, le préposé l'a expressément relevé (PV, p. 2) ; l'adjoint au chef du service juridique a certes spécifié que la clause était prévue dans une optique pénale, mais on doit souligner qu'objectivement, le texte même de cette clause ne laisse pas supposer une aussi forte restriction de son champ d'application, précisément en raison du principe de transparence.

- b. **La non-rétroactivité** de la jurisprudence est un cas très particulier du changement ou revirement de jurisprudence (sur ces notions, voir ATF 122 I 57 consid. 3c aa, p. 59). Il signifie qu'en principe, la même autorité ne doit pas de manière imprévisible imposer une solution nouvelle précédemment exclue par sa propre jurisprudence ; le revirement doit en quelque sorte être précédé d'un avertissement, surtout en matière de conditions de recevabilité de recours (ATF précité, consid. 3c bb, p. 59-60). Tel n'est pas le cas avec l'interprétation de la convention par le préposé ou par la commission, qui sont des autorités différentes du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat invoque ainsi sa pratique constante et sa décision déjà citée de 2010 - donc postérieure à la présente affaire - pour justifier sa position selon laquelle il n'avait pas à s'attendre à ce que la convention de départ soit qualifiée de document officiel soumis en tant que tel au principe de transparence. Cependant, l'invocation de sa propre pratique ne peut pas faire obstacle à une autre interprétation de la loi par la commission, ni mettre le Conseil d'Etat à l'abri de son application. Surtout, le droit d'accès à des documents officiels n'a pas été limité aux seuls documents rédigés en prévision d'une loi nouvelle et où l'autorité aurait anticipé le fait qu'ils pourraient ne pas rester secrets : au contraire, le principe de transparence veut que tous les documents soient accessibles, même ceux créés avant l'entrée en vigueur de la loi. C'est une des grandes caractéristiques de la législation neuchâteloise introduite dans la LTAE de 2006, et reprise dans la CPDT-JUNE de 2012, que de permettre cet effet rétroactif. Le principe inverse a été retenu dans la législation fédérale (LTrans de 2004), qui ne rétroagit pas, ce que souligne en le regrettant la doctrine (L. MADER, La loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, in La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration, A. FLÜCKIGER [éd.], 2006, p. 20). Dans son rapport au Grand Conseil du 10 mai 2006 à l'appui du projet de LTAE, le Conseil d'Etat soulignait déjà (commentaire de

l'article 35, p. 23) que la consultation de documents archivés avant l'entrée en vigueur de la loi serait possible aux mêmes conditions que pour des documents créés après. C'est dire que la façon de rédiger un document - qui serait conçue différemment si l'autorité avait su qu'il pouvait être accessible - n'est pas un argument pertinent. S'il était retenu, il aurait pour conséquence de vider dans une très large mesure de son contenu cette disposition. Au demeurant, il est d'autant moins pertinent que l'actuelle CPDT ne fait que reprendre un principe déjà en vigueur au moment où la convention de départ a été rédigée - et donc où l'accès était déjà possible et où la rédaction pouvait déjà être « adaptée ».

- c. Enfin, **la garantie des droits acquis** se heurte à la même objection que celle retenue ci-dessus pour le principe de la confiance puisqu'une telle garantie ne pouvait pas être accordée au-delà de ce que permet la législation, tant en 2007 avec la LTAE qu'en 2013 avec la CPDT-JUNE.

6. Une autre question est de savoir si, étant admis que la convention de départ est un document officiel, son accès doit être refusé au motif qu'un intérêt public ou privé prépondérant fait obstacle à l'application du principe de transparence érigé par l'article 69 CPDT-JUNE. Cet examen doit être conduit à la lumière de l'article 72.

- a. Le Conseil d'Etat fait valoir un intérêt public prépondérant, au motif que « *l'accès au document est de nature à affaiblir singulièrement sa marge de manœuvre dans d'autres et futurs cas similaires* » ; en bref, les titulaires de fonction publique concernés vont à l'avenir se montrer réticents par crainte de voir la convention portée à la connaissance du public ; ensuite ces titulaires vont considérer que les montants négociés entre les parties dans les cas précédents sont le seuil à obtenir du Conseil d'Etat.

Même supposé pertinent dans les faits, cet intérêt n'est pas protégé par la convention : l'article 72 al. 2 lit. d ou e CPDT-JUNE vise uniquement les négociations en cours, non pas celles à venir ; le Conseil d'Etat l'avait déjà dit clairement dans son commentaire du projet LTAE (art. 23 lit. d) : « *lorsque des négociations sont en cours, il faut éviter qu'une tierce personne puisse accéder aux documents sur lesquels l'autorité saisie se fonde pour établir sa stratégie, faute de quoi elle pourrait se trouver particulièrement fragilisée vis-à-vis de l'autre partie* ». Au demeurant, si cet argument devait être retenu, il n'y aurait plus aucun domaine de l'activité étatique qui pourrait être transparent car il y aura toujours des cas similaires à traiter. Par ailleurs, il n'est pas certain que les titulaires de fonction publique concernés à l'avenir par un règlement à l'amiable de la fin des rapports de service seront plus réticents : on peut aussi soutenir que la connaissance de la ligne de conduite de l'autorité en la matière servira de points de référence et qu'elle balisera les tentatives de trop grande voracité. La jurisprudence a aussi pour fonction de donner à connaître aux justiciables les repères dont ils ont besoin pour conduire avec discernement leurs négociations ou leur procédure. Cette idée semblait partagée par le président du Conseil d'Etat lors de la conciliation tentée devant le préposé : il a en effet envisagé - sous réserve de l'accord du

Conseil d'Etat - qu'un document regroupant les statistiques de ces conventions soit communiqué : leur nombre, les années concernées, le nombre d'années de service et le montant total (PV, p. 3). Dès lors que la conciliation n'a pas abouti, la commission n'a pas la compétence de dire si cette proposition aurait été préférable à la transmission à la demanderesse de la convention de départ, ou si le Conseil d'Etat ne peut pas prendre l'initiative d'informer lui-même le public comme le permettent notamment les articles 57 et 61 CPDT-JUNE. Il demeure qu'aucun intérêt public prépondérant ne permet de refuser cet accès à Y. SA, quels que soient d'ailleurs ses mobiles de prendre connaissance de la convention de départ (RJN 2008 p. 368 consid. 3 p. 371, à propos de la LTAE).

- b. Dans l'examen d'un intérêt privé prépondérant, seul le cas visé à l'article 72 al. 3 lit. a CPDT-JUNE entre en considération pour refuser l'accès à la convention de départ, soit le cas où « *le document officiel contient des données personnelles et que sa communication n'est pas autorisée par les règles applicables en matière de protection des données, à moins que la communication ne soit justifiée par un intérêt public prépondérant* ». Assurément, la convention de départ contient des données personnelles, ce qui suppose la présence d'un intérêt public prépondérant (à l'intérêt privé qui s'oppose à sa communication) pour justifier sa communication. Cette pesée des intérêts a déjà été opérée à plusieurs reprises, et notamment dans l'arrêt du TAF déjà cité (A-3609/2010 du 17 février 2011). La commission peut se rallier à son analyse détaillée et motivée, qui se fonde très largement sur la recommandation et les observations dans la procédure du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence. Il en résulte, en résumé, que la convention de départ fait partie du dossier personnel du fonctionnaire et qu'à ce titre, sa consultation doit en principe être refusée ; que cependant, la convention ne fournit (dans le cas qui lui était soumis) aucune indication sur la qualité et la quantité des prestations fournies par le fonctionnaire, mais seulement des données de nature financière ou organisationnelle (montant des indemnités de départ, date de la fin des rapports de travail et moment de la libération des obligations contractuelles, règlement des heures supplémentaires et des vacances, de la remise des outils de travail et du certificat de travail) ; il n'y avait en particulier aucune donnée dite sensible ou formant un profil de personnalité (au sens de l'article 3 lit. c et d LPD, similaires à l'article 14 lit. b et c CPDT-JUNE), lesquelles justifieraient alors une protection accrue ; que les fonctionnaires - il y en avait deux dans le cas d'espèce - n'avaient pas clairement manifesté d'opposition mais que, même en l'absence de leur consentement, les personnes occupant de hautes fonctions dans l'administration doivent davantage s'accommoder d'une atteinte à leur sphère privée que des employés subalternes ; que les conséquences que l'accès au document pourraient avoir pour les fonctionnaires doivent cependant être prises en considération. Le Tribunal administratif fédéral a conclu qu' « *il faut en outre relever que le droit d'accéder aux conventions permettra au public et [au requérant] de vérifier si les dispositions légales applicables à la résiliation des rapports de service [...] ont été respectées. Si tel est bien le cas, leur consultation*

permettra aussi de renforcer la confiance du public à l'égard des autorités. Le simple fait d'invoquer que les modalités de départ des cadres de la Confédération sont réglées dans la loi [...] ne permet pas au citoyen d'en contrôler le respect et de renforcer sa confiance. Au demeurant, ces documents sont en rapport avec l'octroi d'avantages économiques. Ils règlent l'octroi d'indemnités de départ à l'ancien secrétaire général du DFJP et à son suppléant. Selon la réglementation applicable en la matière, les montants versés peuvent correspondre au maximum à un salaire annuel, ce qui représente indubitablement – vu les fonctions en cause – un avantage économique important » (consid. 5.5). S'il n'existe pas de réglementation semblable à ce sujet dans le canton de Neuchâtel, il n'en demeure pas moins que cette activité du Conseil d'Etat est soumise au droit, dont font partie les grands principes régissant l'activité administrative.

- c. L'ancienne Commission jurassienne de la protection des données va dans le même sens, s'agissant de la prise en compte de l'intérêt privé du fonctionnaire pour s'opposer à un accès à un document officiel : « *Lorsque des personnes occupent une position centrale au sein d'une administration publique, elles sont exposées au regard du public d'une manière plus importante que les autres agents publics travaillant au service de la collectivité à des échelons inférieurs de la hiérarchie administrative. Cette situation est inhérente à la fonction d'un chef ou d'un responsable administratif* » (arrêt précité, RJJ 2004 p. 213 consid. 3.2.2, p. 231).
- d. En l'espèce, le chef du service de l'emploi est indiscutablement un cadre supérieur de l'administration neuchâteloise et, à ce titre, exposé au regard du public ; lui-même en a convenu du bout des lèvres, lors de la séance de conciliation où il a rappelé qu'il était un collaborateur et non un politicien, avait des relations de travail classiques, même si elles impliquaient une certaine visibilité (PV. p. 3 *in fine*) ; dans ses observations (ch. 2.2 p. 4), le Conseil d'Etat relève aussi « *que le chef de service a quitté la fonction publique depuis quatre ans et qu'il est sorti des feux de la rampe médiatique où son activité professionnelle au service de l'Etat le plaçait régulièrement* ». Selon le Conseil d'Etat, il tomberait sous le sens que l'intérêt de son ancien chef de service de l'emploi est prépondérant (volonté de passer à autre chose, véritable droit à l'oubli). Cependant, la législation en matière de transparence veut - c'est le nouveau paradigme - opposer au secret et au droit à l'oubli le principe de la transparence. On peut ajouter que l'anonymisation - ou le caviardage - est un instrument utile et efficace, qui permet de faire la balance entre un certain droit à l'oubli de la personne concernée et la soumission de l'activité étatique à la transparence, soit au droit du public de contrôler l'administration.
- e. Les faits sont anciens de quatre ans, certes - contrairement à ceux de l'affaire tranchée dans l'arrêt du TAF - et le fonctionnaire a, selon les termes du Conseil d'Etat, « *très clairement et fermement communiqué son opposition* » - contrairement à l'affaire du TAF. Cependant, les faits ne sont pas si anciens qu'ils devraient tomber dans l'oubli - sous réserve du caviardage - d'autant qu'en l'espèce, la personne concernée n'a pas fait usage de son droit d'être entendue dans la présente procédure et n'a pas présenté d'observations sur une transmission du préposé qui disait

clairement ce qu'elle voulait. Les arguments « à trois niveaux » évoqués par l'ancien chef de service pour motiver son opposition lors de la séance de conciliation (PV p. 3 *in fine*) ne conduisent pas la commission à leur donner une priorité sur l'intérêt du public à accéder à la convention : d'abord le fait que la convention a été élaborée par l'employeur et dans un contexte particulier (l'affaire Hainard, selon lui) serait plus une justification qu'un empêchement d'y donner accès, serait-ce au prix de sa tranquillité et de la paix assurée à sa famille, car sa fonction exercée alors l'exposait déjà à ce risque ; ensuite, il n'a pas démontré ni même allégué en quoi sa situation professionnelle actuelle serait menacée par la divulgation de la convention et on a déjà rappelé que les mobiles du journaliste requérant ne sont pas pertinents en l'espèce, étant cependant souligné qu'il appartient à la presse de respecter les autres règles légales ou déontologiques ; enfin la visibilité qu'impliquait sa fonction entraîne le devoir de supporter plus qu'un employé subalterne le contrôle exercé par le public sur son activité au service de l'administration, y compris au moment de son départ.

- f. Finalement, la demande d'accès vise uniquement la convention de départ, et non le certificat de travail qui, lui, mériterait certainement d'être protégé car il contient à l'évidence des données personnelles sensibles, protégées par d'autres dispositions de la CPDT-JUNE.
- g. Il découle de ce qui précède qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne permet de refuser l'accès demandé par Y. SA à la convention de départ de l'ancien chef du service de l'emploi du canton de Neuchâtel.

7. La commission doit encore vérifier si un accès limité - par caviardage - s'impose, au sens de l'article 73 al. 1^{er} CPDT-JUNE. Le préposé propose : « *L'identité, la signature et le n° de CCP du mandataire de M. X. doivent être caviardés dans le préambule, l'article 8 de la convention et les signatures également* ». Cette proposition n'est pas limpide ! Pour préserver suffisamment l'intérêt privé de la personne concernée et la faire autant que possible disparaître derrière la fonction qui, seule, est soumise au principe de transparence, il convient de dire que la copie de convention qui sera transmise à Y. SA sera caviardée et ne contiendra pas : l'identité de M. X. (remplacé par *Monsieur X.*), son domicile, le nom de son avocat et ses coordonnées, y compris le numéro de son CCP, les signatures.

8. La commission statue sans frais ni dépens (article 81 al. 1^{er} CPDT-JUNE).

PAR CES MOTIFS :

1. Admet la demande de Y. SA transmise par le préposé.

Partant :

2. Invite le Conseil d'Etat de la République et Canton de Neuchâtel à transmettre à la demanderesse une copie de la convention de départ qu'il a signée avec M. X. le 25 novembre 2009, sous réserve du chiffre 3 ci-dessous.

3. Dit que l'accès à la convention sera limité par le caviardage de l'identité de M. X. (remplacé par *Monsieur X.*), de son domicile, du nom de son avocat et de ses coordonnées, y compris le numéro de son CCP, et des signatures.
4. Statue sans frais ni dépens.

La Chaux-de-Fonds, le 19 novembre 2013.

Au nom de la Commission :

Le président:

Voie de recours:

La présente décision peut faire l'objet d'un recours dans les 30 jours dès sa notification et en deux exemplaires auprès de la Cour de droit public du Tribunal cantonal, Rue du Pommier 1, 2001 Neuchâtel. Le recours doit être signé et indiquer la décision attaquée, les motifs, les conclusions et les moyens de preuves éventuels.

En cas de rejet même partiel du recours, des frais de procédure sont généralement mis à la charge de son auteur.