

CONCLUSIONS

Mme Anne ILJIC, rapporteure publique

Après une première tentative en 2014 qui s'est soldée par un échec (jugement n° 1507065/5-2 du 21 avril 2016 du TA de Paris rejetant l'annulation de refus de communication litigieuse), l'association Pouvoir Citoyen, accompagnée de l'association Les Effronté-e-s, a demandé en novembre 2016 à la ministre des familles, de l'enfance et des droits des femmes communication de la liste des entreprises franciliennes sanctionnées pour n'avoir pas respecté les exigences en matière d'égalité salariale prévues par le code du travail.

Dans sa version applicable au litige, l'article L. 2242-8 de ce code prévoyait en effet l'obligation pour les entreprises de mener une négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et la qualité de vie au travail, portant en particulier sur la suppression des écarts en matière de rémunération, d'accès à l'emploi, de formation professionnelle et de conditions de travail. En l'absence d'accord prévoyant des mesures en ce sens, était prévue l'obligation pour l'employeur de mettre en place un plan d'actions déterminant les objectifs de progression prévus pour l'année à venir, définissant les actions qualitatives et quantitatives permettant de les atteindre et évaluant leur coût, plan d'actions dont une synthèse était destinée à être portée à la connaissance des salariés sur le lieu de travail et tenue à disposition de toute personne en faisant la demande. Ce dispositif, en partie remanié, figure désormais aux articles L. 2242-1 et suivants du code du travail.

Les entreprises d'au moins cinquante salariés non couvertes par un accord ou un plan d'actions en matière d'égalité salariale s'exposaient, et s'exposent d'ailleurs toujours, au paiement d'une pénalité, plafonnée à 1% des rémunérations versées au titre des périodes en cause (article L. 2242-9 applicable au litige, dont les dispositions sont désormais reprises à l'article L. 2242-8 du code du travail). Comme le rappelle le mémoire en défense, la loi n° 2014-1873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a complété le dispositif en interdisant aux entreprises sanctionnées dans ce cadre de soumissionner à un marché public.

Ce sont ces entreprises dont les requérantes veulent obtenir les noms, accompagnés du montant des pénalités qui leur ont été infligées, dans l'objectif de réaliser une étude sur l'égalité professionnelle mais aussi dans celui, affiché, de faire du *name and shame*.

Il faut préciser ici que si le gouvernement a lui-même récemment décidé de rendre publics les noms des entreprises jugées être les mauvaises élèves de l'égalité professionnelle, cette mesure n'est pas liée à la méconnaissance des obligations issues des articles 2242-8 et suivants du code du travail, que nous venons de vous décrire, mais concerne les entreprises dont l'index d'égalité professionnelle, construit à partir de plusieurs indicateurs, est inférieur à un seuil fixé par décret à 75 p. 100, pour l'instant lorsque ces entreprises disposent de plus de 1000 salariés (dispositif spécifique, créé par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, codifié aux art. L. 1142-8 et suivants du code du travail et mis en musique par les décrets n° 2019-15 du 8 janvier 2019 et 2019-382 du 29 avril 2019).

En l'espèce, après un avis défavorable de la CADA en date du 27 avril 2017, le TA de Paris, saisi en premier et dernier ressort, a jugé le document non communicable aux tiers en vertu du 3° de l'article L. 311-6 du CRPA, qui dispose que ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs de nature à faire apparaître le comportement d'une personne dès lors que la divulgation de ce document pourrait lui porter préjudice. Il a par ailleurs écarté l'idée que les requérantes pourraient en l'espèce bénéficier d'un droit d'accès qui découlerait directement de l'article 10 de la convention EDH (jugement n° 1711380/5-2 du 15 mars 2018). C'est ce point qui a justifié l'admission du pourvoi.

Précisons, car le débat rebondit sur ce point devant vous, que selon nous la demande des requérantes était tardive devant les premiers juges¹ mais que ces derniers ne l'ont pas relevé, préférant la rejeter sans qu'il soit besoin d'examiner la fin de non-recevoir soulevée en défense devant eux.

Avant d'en venir au moyen relatif à l'article 10 de la convention EDH, nous vous dirons un mot rapide de ceux dirigés contre les motifs par lesquels le TA a écarté toute méconnaissance du CRPA, qui ne posent pas de difficulté particulière. Ce n'est en effet que si vous confirmez que les documents n'étaient pas communicables sur le fondement du CRPA que le débat engagé sur le terrain conventionnel prendra tout son sens.

Une première série de contestations est tirée de l'insuffisante motivation du jugement au regard des exigences de l'article L. 9 du CJA, mais contrairement à ce qui est soutenu, le tribunal administratif a implicitement pris position sur le fait que le 3° de l'article L 311-6 du CRPA pouvait s'appliquer à des personnes morales - la question est d'ailleurs tranchée par votre décision *Union départementale CGT d'Ille-et-Vilaine* (CE, 21 octobre 2016, n° 392711, T. p. 766, s'agissant des lettres d'observation adressées par les agents de l'inspection du travail aux employeurs à la suite de contrôles) – et il a également implicitement écarté l'argument tiré de ce que le fait que les entreprises sanctionnées pour non-respect du dispositif prévu par le code du travail en matière d'égalité salariale auraient fait preuve d'un comportement volontaire et réitéré changerait la donne sur la communicabilité des documents

¹ En vertu de l'article R. 343-5 du CRPA, décision de refus de l'administration née à l'expiration du délai de deux mois à compter de l'enregistrement de la demande auprès de la CADA, soit le 29 mars 2017, et délai de deux mois du recours pour excès de pouvoir ayant expiré le 29 mai suivant.

demandés. Enfin, il a expressément écarté au point 3 du jugement toute possibilité d'occultation en application de l'article L. 311-7 du CRPA, les éléments demandés étant ceux-là mêmes dont il a estimé que la divulgation était de nature à leur porter préjudice.

Les requérantes reviennent aussi sur ce point sur le fond, se prévalant d'une erreur de droit à n'avoir pas recherché s'il était possible de procéder à une occultation partielle des documents demandés, mais compte tenu des motifs du jugement dont nous venons de faire état, le moyen n'est pas plus fondé cet angle.

Enfin le tribunal n'a pas entaché son arrêt de dénaturation ni commis d'erreur de droit en jugeant applicables en l'espèce les dispositions du 3° de l'article L. 311-6 du CRPA sans avoir recherché si la communication des documents demandés aurait porté préjudice aux entreprises concernées. Les premiers juges ont en effet estimé que la divulgation de ces documents, dont l'objet est de sanctionner les entreprises n'ayant pas respecté leurs obligations en matière d'égalité salariale, étaient susceptibles de leur porter préjudice. Si les requérantes soutiennent qu'aucun préjudice n'était caractérisable en l'espèce au motif que plusieurs autorités administratives telles que la CNIL, le CSA ou l'AMF ont la faculté de publier les sanctions qu'elles prononcent, vous ne sauriez les suivre dans cette voie : la publication d'une décision de sanction constitue en effet une sanction complémentaire de la sanction principale, ainsi que vous l'avez jugé à plusieurs reprises, ce qui procède justement de l'idée que la divulgation de la sanction au public est préjudiciable à l'intéressé(e) (par exemple, s'agissant de l'AMF : CE, 9 novembre 2007, *Société Bourse Direct SA*, n° 298911, T. p. 695 ; s'agissant de la CNIL : CE, 28 septembre 2016, *Théâtre National de Bretagne*, n° 389448, p. 398). L'argument tiré de ce que le législateur aurait par ailleurs prévu la publication d'une liste d'entreprises ayant employé des travailleurs illégaux (loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence déloyale) rate tout autant sa cible. Les moyens tirés de ce l'absence de préjudice porté aux personnes morales concernées ne sont donc pas fondés.

Vous pourrez en venir à la question centrale du pourvoi, qui est celle de savoir si les associations requérantes tiraient directement de l'article 10 de la convention EDH un droit d'accès aux documents demandés et si le refus qui leur a été opposé constituait ou pas une ingérence justifiée dans l'exercice de ce droit. Vous l'aurez compris, ce n'est pas la conventionalité de l'article L. 311-6 du CRPA qui en cause ici, mais celle du refus, dans les circonstances particulières de l'espèce, que l'autorité administrative avait compétence liée pour opposer sur ce fondement aux requérantes dès lors qu'elle constatait qu'étaient en cause des informations de nature à porter préjudice aux entreprises concernées.

Le cadre jurisprudentiel est posé par l'arrêt de grande chambre du 8 novembre 2016 *Magyar Helsinki Bizottsag c/ Hongrie* (req. 18030/11), qui concernait la communication à une ONG d'informations relatives aux avocats commis d'office, informations que les autorités hongroises avaient qualifiées de données à caractère personnel non soumises à divulgation.

Tout en rappelant que l'article 10 de la convention n'accorde pas à l'individu un droit d'accès à l'information détenue par toute autorité publique, la Cour y a jugé qu'un tel droit ou une

telle obligation pouvait naître lorsque la divulgation des informations a été imposée par une décision judiciaire devenue exécutoire ou – ce qui nous intéresse en l’espèce – que l’accès à l’information est déterminant pour l’exercice par l’individu de son droit à la liberté d’expression, en particulier la liberté de recevoir et de communiquer des informations, et que refuser cet accès constitue une ingérence dans l’exercice de ce droit.

Elle a précisé les critères devant être mobilisés pour déterminer, au cas par cas, l’existence d’un droit d’accès aux informations détenues par les autorités publiques sur le fondement de l’article 10 de la convention : le but de la demande d’information, la nature des informations recherchées et enfin le rôle assumé par le demandeur dans la société. Doit également être tenu compte du fait que les informations demandées sont déjà disponibles, en ce sens qu’elles ne nécessitent pas de la part des autorités de travail préalable de collecte.

Ce n’est que dans un second temps, et à supposer qu’elle ait caractérisé une ingérence dans le droit d’accès découlant de l’article 10, que la Cour s’attache à déterminer si la justification de cette ingérence est admissible. En effet, si l’article 10 §1 pose pour règle la liberté de recevoir et de communiquer des informations, son §2 précise que son exercice « peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l’intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l’ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d’autrui, pour empêcher la divulgation d’informations confidentielles ou pour garantir l’autorité et l’impartialité du pouvoir judiciaire. »

On retrouve à cette étape l’idée, déjà contenue dans le 3° de l’article L. 311-6 du CRPA, que le droit d’accès à l’information peut être tenu en échec en raison du caractère préjudiciable de sa divulgation pour la personne concernée, sans qu’existe toutefois sur ce point aucune forme d’automaticité puisque c’est au terme d’un examen de la nécessité de la mesure prévue par la loi pour atteindre le but légitime poursuivi que l’ingérence dans le droit d’accès du demandeur sera, ou non, jugée admissible. Dans ce cadre, la Cour s’attache à déterminer l’existence d’un rapport raisonnable de proportionnalité entre la mesure litigieuse et le but légitime poursuivi.

L’affaire de grande chambre de 2016 fournit un exemple intéressant de violation de l’article 10.

La Cour y a relevé que la requérante était une ONG de défense des droits de l’homme (critère du rôle dans la société) dont la demande portait sur des données nécessaires à la réalisation d’une étude sur le fonctionnement du système de commission d’office hongrois (critère du but recherché). Elle a estimé que les informations demandées présentaient un intérêt public éminent (critère de la nature des informations) et constaté que leur communication ne faisait pas peser sur les autorités de charge particulièrement lourde (critère de la disponibilité des informations). De tout cela, elle a déduit que la requérante disposait bien d’un droit d’accès sur le fondement de l’article 10, droit d’accès qui avait été entravé par la décision de refus de communication opposée par les autorités hongroises.

En ce qui concerne les justifications de cette entrave, la Cour s'est rangée à l'analyse de la cour suprême hongroise selon laquelle les avocats commis d'office n'accomplissent pas une mission publique au sens de la loi nationale sur les données, de sorte que la divulgation de leurs noms tombait sous le coup de l'interdiction prévue par cette loi. Elle a également reconnu que la mesure poursuivait le but légitime de protéger des données à caractère personnel des avocats. Mais elle a achoppé sur le critère de nécessité, relevant que la demande de communication des noms des avocats commis d'office et du nombre de fois où ils avaient été commis d'office dans leur ressort avait trait à la conduite de leur activité professionnelle et que la divulgation des informations demandées n'allait pas au-delà de ce qu'ils pouvaient raisonnablement attendre en s'inscrivant comme avocats susceptibles d'être commis d'office. Dans ce contexte, auquel s'ajoutait le fait que l'étude envisagée par l'ONG requérante était étroitement liée au droit à un procès équitable, la Cour a estimé que la balance conventionnelle penchait en faveur de l'accès de celle-ci aux informations sollicitées.

Nous confessons que le cas d'espèce nous a fait hésiter mais nous vous invitons en définitive à vous arrêter au premier temps du raisonnement pour confirmer l'approche retenue par le TA.

Deux éléments nous paraissent peser en ce sens.

D'abord, le but affiché par les requérantes ne se limite pas à la conduite d'une étude sur l'égalité professionnelle, mais consiste à dénoncer les entreprises qui ne respectent pas leurs obligations, objectif dont le ministre vous dit en défense qu'il pourrait être de nature à remettre en cause le caractère incitatif du dispositif prévu par le code du travail, fondé sur l'infliction de pénalités financières modulables destinées à faire évoluer les comportements des entreprises plutôt qu'à les figer. La démarche des requérantes revient en réalité à s'emparer des informations en possession de l'administration pour forcer la mise en œuvre de mesures de *name and shame* alors que cette option avait été écartée pour atteindre l'objectif d'égalité professionnelle poursuivi. Elle manifeste l'expression de la volonté des requérantes de substituer une stratégie d'action différente à celle choisie par les autorités pour tendre vers l'égalité professionnelle plutôt qu'elle ne sert un objectif d'information du public et de contribution au débat sur un sujet d'intérêt commun pour l'ensemble de la société. Cet élément nous semble devoir être pris en compte en l'espèce, même s'il est vrai qu'il n'est pas certain, en l'état de la jurisprudence de la Cour EDH, qu'un tel positionnement soit dans tous les cas de nature à faire obstacle à l'existence d'un droit d'accès.

Mais ce qui nous détermine surtout, c'est que, s'il ne fait pas de doute que les informations demandées par les associations Pouvoir Citoyen et Les Effronté-e-s sont bien en possession de l'administration et qu'elles présentent un intérêt public, l'intensité de cet intérêt ne nous paraît pas comparable à celui identifié par la Cour dans l'affaire de 2016. Sont seulement en cause ici des données relatives au respect par des personnes privées de simples obligations de moyens mises à leur charge pour tendre vers une plus grande égalité professionnelle, les sanctions dont la requérante voudrait obtenir communication concernant les entreprises qui ne se sont pas dotées de l'accord ou du plan d'actions en matière d'égalité hommes femmes prévus par les articles L. 2242-8 et suivants du code du travail. Même s'il est incontestable

que ces obligations participent de la politique de promotion d'une plus grande égalité professionnelle, elles ne concernent que de manière indirecte la mise en œuvre par les citoyens des droits et libertés qu'ils tirent de la convention, à la différence des données relatives au système de commissions d'office dont la communication était en litige dans l'affaire *Magyar Helsinki Bizottsag c/ Hongrie*, qui mettait directement en jeu le droit à un procès équitable.

Alors même que l'objet des associations Pouvoir Citoyen et Les Effronté-e-s est d'œuvrer en faveur de la démocratie et de la transparence ainsi que pour l'égalité entre les femmes et les hommes, ce qui peut permettre de les assimiler aux « chiens de garde » jouant dans la société un rôle d'information sur des sujets d'intérêt public que mentionne la Cour dans son arrêt, la nature des informations demandées et le but poursuivi par les requérantes nous semblent faire obstacle à la reconnaissance d'un droit d'accès conventionnel.

Si vous nous suivez, vous écarterez pour ce motif le moyen tiré de ce que le TA aurait commis une erreur de droit en écartant le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 10.

Retenir une approche plus large de ce droit reviendrait cas à faire échec dans la plupart des cas à l'interdiction de communication des informations de nature à porter préjudice aux personnes concernées prévue à l'article L. 311-6, alors même que la Cour rappelle de manière constante qu'aucun droit d'accès général aux informations détenues par les autorités publiques ne découle de l'article 10.

Si vous ne nous suivez pas pour vous en tenir à ce premier temps du raisonnement, vous devrez vous interroger sur le caractère nécessaire de l'ingérence prévue par le CRPA au regard du but légitime que constitue la protection de la réputation des personnes morales sanctionnées pour non-respect des obligations prévues par le code du travail.

Le résultat de la balance qu'il conviendrait alors de faire entre cet objectif et l'intérêt qui s'attache à la divulgation des informations demandée n'est pas évident, étant entendu que n'entre plus en ligne de compte à cette étape du raisonnement le faisceau de critères destiné à caractériser l'existence d'un droit d'accès, manié au stade précédent (rôle du demandeur dans la société, nature, but et disponibilité des informations recherchées).

En définitive, cette balance nous semble toutefois devoir pencher en faveur de la protection de la réputation des entreprises : la divulgation des informations demandées irait au-delà de ce à quoi ces dernières pouvaient s'attendre ne respectant pas les obligations découlant du code du travail, et l'intérêt qui s'attache à leur communication ne pourrait se réclamer d'une assise conventionnelle aussi solide et évidente que l'article 6 mobilisé dans le précédent de 2016.

Mais ce n'est de toute façon pas le terrain que nous vous proposons de retenir pour le rejeter le pourvoi.

PCMNC nous concluons dans le sens des observations qui précèdent.