

## Représentation équilibrée entre les femmes et les hommes : état des lieux de la jurisprudence de la Cour de cassation



Marie Bourgault  
Avocat  
Cabinet Lepany  
& associés

La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 dite « Rebsamen » est venue instituer un principe de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes dans l'établissement des listes de candidats aux élections professionnelles, et ce, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017 (*C. trav., art. anc. L. 2314-24-1 et L. 2324-22-1*). Il est important de bien comprendre que le législateur n'a pas voulu instituer une règle de « parité » entre femmes et hommes comme il peut être parfois improprement indiqué mais une « représentation équilibrée », ou, en d'autres termes, une « mixité proportionnelle ». L'objectif poursuivi était, notamment, de permettre aux femmes, dans de nombreux cas, de pouvoir plus facilement accéder à des mandats de représentation du personnel.



Jonathan Cadot  
Avocat associé  
Cabinet Lepany  
& associés

Ces dispositions ont entraîné un important contentieux devant les Tribunaux (Tribunaux d'instance devenus Tribunaux Judiciaires) pour partie lié à une mauvaise compréhension de textes, mais également en raison de difficultés pour certains de trouver des candidats des deux sexes en nombre suffisant pour constituer leurs listes sans parler d'autres qui, avec une plus ou moins grande habileté, ont tenté de faire échec/contourner l'application des nouvelles règles.

La Conseil constitutionnel a également été saisi (*Cons. Constit, 19 janv. 2018, n° 2017-686 QPC ; Cons. Constit, 13 juillet 2018, n° 2018-720/721/722/723/724/725/726 QPC*).

Ce contentieux a été tel que la Chambre sociale de la Cour de cassation a consacré au mois de décembre 2019 un numéro de sa Lettre à la « représentation équilibrée des femmes et des hommes lors des élections

professionnelles » dans un souci de mettre à disposition des partenaires sociaux un outil pédagogique pour expliquer sa jurisprudence.

Ces derniers mois, la Cour de cassation a encore affiné les contours de sa jurisprudence en matière de mixité proportionnelle ; l'occasion de faire le point sur l'état des décisions en la matière.

### Sur les règles de représentation équilibrée régissant la constitution des listes de candidats au CSE

Le législateur a prévu un mécanisme combinant deux règles à respecter.

Ainsi, les organisations syndicales doivent présenter :

- **un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la proportion de femmes et d'hommes** inscrits sur la liste électorale concernée (calcul arithmétique et règle de l'arrondi supérieur/inférieur) ;
- **alternativement un candidat de chaque sexe**, jusqu'à épuisement de l'un des deux sexes.

Étant précisé que, lorsque l'application de ces règles n'aboutit pas à un nombre entier de candidats à désigner pour chacun des deux sexes, il est procédé à l'arrondi arithmétique suivant :

- arrondi à l'entier supérieur en cas de décimale supérieure ou égale à 5 ;
- arrondi à l'entier inférieur en cas de décimale strictement inférieure à 5.

En cas de nombre impair de sièges à pourvoir et de stricte égalité entre les femmes et les hommes inscrits sur les listes électorales, la liste comprend indifféremment un homme ou une femme supplémentaire. Il convient de procéder de la sorte collège par collège en distinguant titulaires et suppléants (C. trav., art. L. 2314-30).

Il a été et fort logiquement considéré que ces règles avaient vocation à également s'appliquer aux listes de candidats libres au 2<sup>nd</sup> tour.

*Exemple : au sein d'un collège il doit être pourvu cinq sièges et la proportion de femmes est de 40 % et d'hommes 60 %, soit en présence d'une liste complète 3 hommes et 2 femmes à présenter*

Liste conforme (proportionnalité)	Liste non conforme (non-respect de la règle d'alternance)	Liste non conforme (non-respect de la règle de proportionnalité)
H	H	H
F	H	F
H	F	H
F	H	H
H	F	H

Reste à faire le point des difficultés qui ont pu être tranchées par la Cour de cassation.

## Sur l'impossibilité de déroger par accord aux règles légalement prévues

Il a pu être tentant, pour certaines organisations syndicales, d'envisager d'un commun accord de déroger aux règles prévues par le Code du travail.

Mais aucun aménagement à cette règle n'est possible y compris dans le cadre du protocole d'accord préélectoral et même, par accord unanime. Les règles relatives à la mixité proportionnelle ont été érigées par la jurispru-

dence au rang de dispositions d'ordre public, excluant toute possibilité d'y déroger (*notamment*, Cass. soc., 9 mai 2018 n° 17-14.088 ; Cass. soc., 11 déc. 2019, n°18-23.513).

## Sur la portée des mentions relatives à la proportion de femmes et d'hommes contenues dans le protocole préélectoral

La Cour de cassation considère que le syndicat ayant signé le protocole d'accord préélectoral (PAP) sans réserve ne peut plus, par la suite, contester la proportion de femmes et d'hommes dans les collèges dans la mesure où le protocole d'accord préélectoral mentionne la proportion de femmes et d'hommes composant chaque collège électoral (*notamment*, Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 18-20.841). En l'espèce, une organisation syndicale avait fait valoir en vain que, s'agissant d'un collège, les % de répartition d'hommes et de femmes étaient erronés du fait d'une erreur de calcul.

Cet arrêt incitera à être des plus vigilent dans la rédaction du protocole préélectoral et dans la vérification de son contenu avant signature.

## Sur la possibilité pour les salariés du sexe sous-représenté de se porter candidat

Il s'agissait d'une des principales critiques formulées à l'encontre du dispositif légal.

En effet, l'application des règles pouvait aboutir à ce que certains salariés soient privés de la possibilité d'être candidats aux élections en raison de leur sexe dès lors qu'après application de la règle de proportionnalité, aucun siège n'était attribué au sexe sous-représenté.

Ainsi, le législateur a été de son côté amené à apporter un correctif au dispositif, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 prévoyant que « lorsque l'application de ces règles conduit à exclure totalement la représentation de l'un ou l'autre sexe, les listes de candidats pourront comporter un candidat du sexe qui, à défaut ne serait pas représenté. Ce candidat ne peut être en première position sur la liste » (C. trav., art. L. 2314-30).

Dans sa décision du 19 janvier 2018 portant sur les dispositions légales antérieures, le Conseil Constitutionnel retenait la même logique en indiquant que « l'application de cette règle d'arrondi ne saurait, sans porter une atteinte manifestement disproportionnée au droit d'éligibilité aux institutions représentatives du personnel résultant du principe de participation, faire obstacle à ce que les listes de candidats puissent comporter un candidat du sexe sous-représenté dans le collège électoral » (Cons. Constit., 19 janv. 2018, n° 2017-686 QPC).

*Exemple : au sein d'un collège il doit être pourvu quatre sièges et la proportion d'hommes est de 90 % et de 10% pour les femmes, soit en présence d'une liste complète, quatre hommes à présenter.*

Liste conforme	Liste conforme	Liste non conforme (car le candidat du sexe sous représenté ne peut pas être en 1 <sup>ère</sup> position)
H	H	F
H	F	H
H	H	H
H	H	H

## Sur l'absence d'obligation de présenter en 1<sup>er</sup> sur la liste un candidat du sexe majoritaire sauf exception

Au stade de la construction de la liste de candidats, il a pu se poser la question de savoir s'il convenait de présenter en 1<sup>ère</sup> position sur la liste un candidat du sexe majoritaire.

Saisie de cette question, la Cour de cassation considère, par principe que la liste peut commencer indifféremment par une femme ou un homme peu important le sexe sur-représenté (Cass. soc., 27 mai 2020, 19-60.147).

Toutefois, elle prend soin de préciser une exception à cette règle, s'agissant de la situation dans laquelle l'application de ces règles conduit à exclure totalement la représentation de l'un ou l'autre sexe (cf. ci-dessus). En effet, l'article L. 2314-30 alinéa 6 du Code du travail vient prévoir que les listes de candidats pourront comporter un candidat du sexe qui, à défaut ne serait pas représenté sans que ce candidat puisse être en première position sur la liste.

*Exemple : au sein d'un collège il doit être pourvu cinq sièges et la proportion de femmes est de 40 % et d'hommes 60 %, soit en présence d'une liste complète 3 hommes et 2 femmes à présenter*

Liste conforme	Liste conforme	Liste non conforme (car non-respect de l'alternance)
H	F	H
F	H	H
H	F	F
F	H	H
H	H	F

## Sur la question des listes incomplètes et des listes à candidat unique

La possibilité de présenter une candidature unique ou encore une liste de candidats incomplète a fait l'objet de nombreux débats.

Cette possibilité avait pourtant toujours été admise par la jurisprudence antérieurement à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales en matière de représentation équilibrée (Cass. soc., 17 déc. 1986, n°86-60.278).

En l'absence de possibilité pour les organisations syndicales de pouvoir présenter des listes de candidats complètes respectant la proportion de femmes et d'hommes dans un ou plusieurs collèges, certaines d'entre elles privilégiaient une candidature unique ou une liste incomplète.

Dans un 1<sup>er</sup> arrêt, la Cour de cassation jugeait que quand **deux postes étaient à pourvoir**, l'organisation syndicale était tenue de présenter une liste comportant nécessairement **une femme et un homme**, ce dernier au titre du sexe sous-représenté dans le collège considéré (Cass. soc., 9 mai 2018, n° 17-14.088).

Il était toutefois à relever que, dans cette affaire, la candidature unique était celle d'un candidat du sexe sous-représenté, ce qui laissait penser à une tentative de détournement de la règle.

*Exemple : au sein d'un collège il doit être pourvu deux sièges et la proportion d'hommes est de 65 % et 35 % de femmes.*

Liste non conforme (car non-respect de la règle de parité alors qu'il y a au moins deux sièges à pourvoir)	Liste conforme	Liste conforme
H	H	F
	F	H

Dans un 2<sup>nd</sup> temps, tout en maintenant sa position lorsque deux postes sont à pourvoir, elle a considéré que lorsque **plus de deux postes sont à pourvoir**, une organisation syndicale est en droit de présenter **une liste comportant moins de candidats que de sièges à pourvoir**, dès lors que la liste respecte les prescriptions de l'ancien article L. 2324-22-1 du Code du travail (devenu L. 2314-30 pour le CSE) à savoir une proportion équilibrée d'hommes et de femmes dans le collège électoral (Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-26.724).

En dernier lieu la Cour de cassation a considéré qu'en présence de plusieurs sièges à pourvoir, les organisations syndicales se doivent de respecter la proportion d'hommes et de femmes dans le collège électoral considéré et devant comporter au moins un candidat au titre du sexe sous-représenté. Et de faire valoir que « lorsque l'organisation syndicale choisit de présenter une liste comprenant un nombre de candidats inférieur au nombre de sièges à pourvoir, l'application de la règle de l'arrondi à l'entier inférieur en cas de décimale strictement inférieure à 5 provoquée par le nombre de candidats que l'organisation syndicale a choisi de présenter ne peut conduire, s'agissant de textes d'ordre public absolu, à éliminer toute re-

présentation du sexe sous-représenté qui aurait été autrement représenté dans une liste comportant autant de candidats que de sièges à pourvoir » (Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 19-10.826).

La Haute Juridiction a confirmé cette solution par différents arrêts récents (Cass. soc., 27 mai 2020, n° 19-14.225 ; Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2020 n° 19-17.615, n° 19-14.222, n° 19-14.879).

C'est ainsi qu'elle réaffirme que, si un syndicat présente une liste incomplète, l'application de l'arrondi ne peut pas conduire, s'agissant de texte d'ordre public, à éliminer toute représentation du sexe sous représenté qui aurait été représenté dans une liste complète.

*Exemple : au sein d'un collège il doit être pourvu cinq sièges et la proportion de d'hommes est de 65 % et 35 % de femmes, soit en présence d'une liste incomplète comptant trois candidats, 2 hommes et 1 femme*

Liste conforme	Liste non conforme (car non-respect de la règle de parité alors qu'il y a au moins deux sièges à pourvoir)	Liste non conforme (car non-respect des règles de l'alternance)
H	H	H
F		H
H		F

*Exemple : au sein d'un collège il doit être pourvu cinq sièges et la proportion de femmes est de 80 % et de 20 % d'hommes*

Liste conforme	Liste conforme	Liste non conforme (car non-respect de la règle de parité alors qu'il y a au moins deux sièges à pourvoir)	Liste conforme
F	F	F	F
H	H	F	H
F	F		
F			
F			

## Critique de la position de la Cour de cassation sur la candidature unique

Le principe de l'exclusion des listes de candidat unique est critiquable au regard du principe de la liberté syndicale (convention n° 87 de l'OIT ou de l'article 11 de la CESDH comme l'ali-

née 6 du préambule de la Constitution) et de participation des travailleurs (alinéa 8 du Préambule de la Constitution),

Elle apparaît surtout inopportune au regard de la réalité des entreprises et des difficultés rencontrées par les organisations syndicales pour trouver des candidats.

Ce constat aboutira vraisemblablement à un renforcement de l'amointrissement du nombre d'entreprises dotées de représentants du personnel, et donc, d'interlocuteurs investis de leurs missions de représentant du personnel ou de défense de l'intérêt de la profession.

**Or, pourquoi interdire de fait la candidature unique d'un salarié faisant partie du sexe sur-représenté ?** Une QPC a pu être rejetée par la Cour de cassation le 3 juillet 2019 (n° 19-14879), mais ce rejet était justifié par l'absence d'interprétation jurisprudentielle constante de l'article L. 2314-30 du Code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 conduisant à imposer que toute liste de candidats comporte au moins une femme et un homme. Pour rappel, la QPC était rédigée de la manière suivante « *L'article L. 2314-30, alinéa 4, du code du travail, tel qu'interprété par la Cour de cassation, en ce qu'il impose que toute liste de candidat à l'élection des membres du comité social et économique comporte au moins une femme et un homme, quelle que soit la proportion de femmes et d'hommes au sein du collège électoral, est-elle contraire à la liberté syndicale et au droit à la participation consacrés par les 6<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ?* ».

Au regard de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, aujourd'hui bien établie, une nouvelle QPC pourrait être envisagée.

Il nous apparaît bon de rappeler que :

- le Conseil Constitutionnel, a, dans sa décision du 19 janvier 2018, indiqué que si la règle de représentation proportionnelle sexuée n'est pas, en elle-même, contraire à la Constitution, elle ne doit pas porter une atteinte excessive au principe de participation des travailleurs (Cons. Constit., 19 janv. 2018, n° 2017-686 QPC) ;
- la Cour de cassation a rendu un arrêt le 13 février 2019 qui rappelle la règle de la proportionnalité, et non de la parité abstraite (Cass. soc., 13 févr. 2019, n° 18-17.042)

## Sur la portée des ratures

Il n'est pas rare que les salariés raturent un ou plusieurs noms à l'occasion des élections professionnelles. Il restait à connaître la portée de ces ratures s'agissant du respect du principe de l'alternance.

À ce sujet, la Cour de cassation est venue préciser que, pour l'application de cette règle, il doit être tenu compte de l'ordre des élus tel qu'il résulte le cas échéant de l'application des règles relatives à la prise en compte des ratures

dont le nombre est égal ou supérieur à 10 % des suffrages exprimés (Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 19-12.596).

## Sur la sanction du non-respect des dispositions légales en matière de représentation équilibrée

La question de la portée et de l'étendue de la sanction en cas de non-respect des règles de représentation équilibrée a été particulièrement débattue.

Pour rappel, il résulte de l'article L. 2314-32 du Code du travail que :

- **le non-respect de la règle de proportionnalité** entraîne l'annulation du/des dernier(s) élu(s) du sexe surreprésenté ; le nombre d'annulation d'élections dépend du nombre de candidats du sexe surreprésenté en sur-nombre sur la liste de candidat au regard de la proportion de femmes et d'hommes sur la liste ;
- **la violation de la règle de l'alternance**, entraîne l'annulation du/des élus mal positionnés.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'elle a entendu adopter une interprétation littérale du dit article, rejetant toute sanction qui n'aurait pas pour objet l'annulation de l'élection des candidats du sexe surreprésenté ou mal positionné dès lors que le scrutin a eu lieu.

*Exemple : au sein d'un collège il doit être pourvu trois sièges et la proportion de femmes est de 30 % et d'hommes de 70 %, soit en présence d'une liste complète, 2 hommes et 1 femme.*

Liste conforme	Liste non conforme	Liste non conforme
H élu F élue H	H élu (annulation car non-respect de l'alternance) F	H élu (annulation car non-respect de l'alternance) H élu (annulation car non-respect de la règle de proportionnalité qui octroyait un siège réservé aux femmes)

Enfin, il sera rappelé que des élections partielles doivent être organisées par l'employeur « si un collège électoral n'est plus représenté ou si le nombre des membres titulaires de la délégation du personnel du comité social et écono-

mique est réduit de moitié ou plus, sauf si ces événements interviennent moins de six mois avant le terme du mandat (C. trav. art. L. 2314-10) incluant l'hypothèse de l'annulation contentieuse en cas de non-respect des dispositions légales en matière de mixité proportionnelle.

## Sur la contestation de la liste dans le cadre d'un contentieux préélectoral

Au regard de la rédaction des dispositions légales, il s'est posé la question de savoir s'il était possible de contester une liste contraire aux règles de représentation équilibrée préalablement à l'élection.

Certaines juridictions du 1<sup>er</sup> degré ont été amenées à ne considérer que la voie du contentieux préélectoral au motif que le texte prévoyait uniquement comme sanction l'annulation de l'élection du candidat élu en violation des règles applicables et non de la candidature.

Saisie de cette question, la Cour de cassation prévoit que « Le tribunal d'instance peut être saisi, avant l'élection, d'une contestation relative à la composition des listes de candidats en application de l'article L. 2314-30 du même code et déclarer la liste électorale irrégulière au regard de ce texte, dès lors qu'il statue avant l'élection, en reportant le cas échéant la date de l'élection pour en permettre la régularisation » (Cass. soc. 27 mai 2020 n°19-60.147).

En d'autres termes, la Cour ouvre la voie de la contestation préélectorale même si elle en limite la portée en mentionnant la possibilité de reporter les élections pour régulariser la liste. Dans ces conditions, ce contentieux préélectoral reste limité ce d'autant que les délais actuels devant le tribunal judiciaire ne sont guère compatibles avec la nécessité qu'un jugement soit rendu avec la proclamation des résultats.

## Sur l'absence d'annulation globale des élections

Il a pu être débattu de l'étendue de l'annulation des élections en cas de non-respect des règles de représentation équilibrée.

Certains soutenaient que la présentation de listes non conformes et l'élection des candidats de ces listes avaient une incidence sur l'ensemble du scrutin pour conclure à l'annulation de l'intégralité du scrutin.

La Cour de cassation rejette une telle position rappelant que le législateur a entendu prévoir **une sanction spécifique au non-respect des règles portant sur la représentation équilibrée sans prévoir l'annulation de l'intégralité du scrutin** (Cass. soc., 27 mai 2020, n°19-15.974). De même, la Haute Juridiction précise qu'en l'absence de quorum au 1<sup>er</sup> tour et donc de candidats élus, il n'est pas possible d'annuler les élections en présence de listes ne respectant pas les règles de représentation équilibrée (Cass. soc., 27 mai 2020, n° 19-60.147).

## Sur l'éventuelle possibilité de couvrir l'irrégularité d'une liste tirée du non-respect de la règle de l'alternance par les résultats de l'élection

La finalité de la règle de représentation équilibrée dans l'établissement des listes électorales étant que l'instance représentative du personnel reflète la proportion de femmes et d'hommes au sein de l'entreprise, il s'est posé la question de savoir si l'élection d'un/de salariés en violation des règles applicables pouvait faire échec à une demande d'annulation.

C'est ainsi que la Cour de cassation a été saisie de la situation de listes de candidats non conformes aux dispositions légales ayant abouti à l'élection d'un nombre de femmes et d'hommes conforme à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale.

La Cour devait considérer que le Tribunal ne pouvait écarter l'annulation des élus mal positionnés motif pris que le « *non-respect par une liste de candidats de la règle de l'alternance prévue par la deuxième phrase du premier alinéa des articles L. 2314-24-1 et L. 2324-22-1 entraîne l'annulation de l'élection de tout élu dont le positionnement sur la liste de candidats ne respecte pas ces prescriptions, à moins que la liste corresponde à la proportion de femmes et d'hommes au sein du collège concerné et que tous les candidats de la liste aient été élus* » (Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-60.263).

Ainsi, il n'y a pas d'annulation des candidats élus mais mal positionnés à la double condition que :

- la proportion d'hommes et de femmes a bien été respectée ;
- l'ensemble des candidats de la liste ont été élus.

La Haute Juridiction est venue rappeler dans deux arrêts du 1<sup>er</sup> juillet 2020 que le respect de la règle de proportionnalité porte sur l'établissement de la liste de candidats et qu'il importe peu que les résultats aient permis une représentation équilibrée (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2020, n° 19-14.222 et Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2020, n° 19-14.879)

## Sur l'absence d'incidence du non-respect des règles de représentation équilibrée sur la désignation d'un DS ou sur la représentativité d'un syndicat

S'est posée également la question de savoir si le non-respect de la règle de représentation équilibrée dans la constitution des listes pouvait impacter la désignation d'un délégué syndical ou la représentativité d'une organisation syndicale.

Fort logiquement, la Cour de cassation a considéré que l'annulation de l'élection d'un candidat ayant **recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections en raison de la violation des dispositions de l'article L. 2314-32 du Code du travail est sans effet sur la condition du score électoral personnel requise** (Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 18-19.379).

Ainsi, il n'y a pas lieu à annulation de la désignation régulière d'un salarié en qualité de délégué syndical à l'issue de son élection en qualité de membre du comité social et économique lorsque cette élection est ultérieurement annulée. Cette décision apparaît logique dès lors que la sanction du non-respect des règles de constitution de la liste électorale doit être appréciée de manière stricte et que le législateur n'a pas entendu en étendre les effets à la représentation syndicale.

Cette solution a été réaffirmée par un arrêt du 11 mars 2020 (Cass. soc., 11 mars 2020, n° 19-11.661).

Il restait à connaître la position de la Cour de cassation sur l'incidence de l'annulation de l'élection des candidats sur la représentativité de l'organisation syndicale. Dans la même logique que pour la question du score personnel acquis par le délégué syndical, la Cour de cassation est venue apporter une réponse claire : « *l'annulation [...] de l'élection de candidats aux élections des membres du comité social et économique est sans incidence sur la représentativité des organisations syndicales* » (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2020, n° 19-14.222).