

Jurisprudence Sociale Lamy

Élections professionnelles : la Cour de cassation fait sauter le carcan de la parité pour les listes libres

Pauline Curnier-Cribeillet, Avocat, Vivant Avocats

- Mobilité interne : appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement fondé sur le refus d'application de l'accord par le salarié
- Le droit à un procès équitable enfin appliqué aux procédures en contestation des offres du fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante
- Faute de gestion de l'employeur et licenciement économique d'un salarié protégé pour cessation d'activité
- *Staffmatch v. Brigad* : de la concurrence entre plateformes numériques et agences de travail temporaire
- Préjudice d'anxiété : deux ans pour agir
- Du caractère temporaire par nature de l'emploi en cas de contrat de mission successif : contrôle du juge

512 | BIMENSUEL
22 JANVIER 2021

512-1 Élections professionnelles : la Cour de cassation fait sauter le carcan de la parité pour les listes libres



Pauline Curnier
Cribillet^(*),
Avocat,
Vivant Avocats

1. Chronique du principe de la représentation équilibrée des femmes et des hommes aux élections professionnelles

Depuis la loi Rebsamen du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, le principe de la représentation équilibrée des femmes et des hommes figure désormais au nombre des principes régissant les élections professionnelles du comité d'entreprise devenu comité social et économique (CSE). L'ambition de cette loi se confrontera rapidement aux maladresses de ses dispositions qui ont dû être corrigées par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

L'article L. 2314-30 du Code du travail astreint les rédacteurs des listes de candidats à une double obligation. D'une part, une règle

de proportionnalité, en ce sens que la proportion d'hommes et de femmes de chaque liste électorale doit correspondre à celle du collège pour lequel ils se sont portés candidats aux élections du CSE. D'autre part, une règle d'alternance qui concerne quant à elle la rédaction des listes puisque ces dernières doivent être composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un des sexes.

En application de l'article L. 2314-32 du même code, la constatation par le juge, après l'élection, du non-respect par une liste de candidats de la règle de proportionnalité entraîne l'annulation de l'élection d'un nombre d'élus du sexe surreprésenté égal au nombre de candidats du sexe surreprésenté en surnombre sur la liste de candidats au regard de la part de femmes et d'hommes que celle-ci devait respecter. Par ailleurs, le non-respect de la règle de l'alternance entraîne l'annulation de l'élection du ou des élus dont le positionnement sur la liste de candidats ne respecte pas ces prescriptions.

L'objectif affiché de ces dispositions est, outre favoriser la mixité au CSE, bloquer toute initiative qui consisterait à placer les candidats du sexe « fort » en haut de liste en vue de

(*) L'auteur tient à remercier Madame Maeva Lapierre, juriste au sein du cabinet, pour son aide précieuse à la rédaction de cet article.

réduire les possibilités d'élection des candidats du sexe « faible » – qui n'est pas toujours celui que l'on croit.

Il ne s'agit donc pas de parvenir à une parité entre le nombre d'hommes et de femmes présents sur la liste, mais simplement d'obtenir des listes qui reflèteront au mieux la composition du collège électoral.

La mise en œuvre de cette disposition s'avère néanmoins complexe et la Cour de cassation a dû se livrer au fil des mois à un subtil exercice d'interprétation. Elle s'y est prêtée avec une certaine audace, dégageant au gré de ses décisions un certain nombre de principes plus ou moins fidèles à la lettre des dispositions du Code du travail.

La Cour de cassation a ainsi pu juger que dès lors qu'il y a au moins deux sièges à pourvoir au sein d'un collège électoral, une liste doit comporter au moins un candidat du sexe minoritaire (Cass. soc., 9 mai 2018, n° 17-14.088, JSL, 29 juin 2018, n° 456-1 ; Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-26.724, JSL, 11 juin 2019, n° 477-4). Cela implique que lorsqu'il y a seulement deux sièges à pourvoir, il faut donc au moins un candidat de chaque sexe, et exclut les candidatures uniques jusqu'alors admises (Cass. soc., 17 déc. 1986, n° 86-60.278).

Par ailleurs, s'il y a plus de deux sièges à pourvoir, il peut y avoir moins de candidats que de sièges à pourvoir, mais il doit y avoir au moins un candidat du sexe minoritaire (Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 18-23.513, JSL, 24 févr. 2020, n° 492-1).

Une exception a toutefois été introduite lorsque le sexe minoritaire est ultra minoritaire, c'est-à-dire qu'en application de la règle de l'arrondi prévue par le Code du travail, il n'a droit à aucun siège. Dans ce cas précis, les listes n'ont pas l'obligation de présenter un candidat du sexe ultra minoritaire, il s'agit d'une simple faculté (Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 19-10.855, JSL, 24 févr. 2020, n° 492-1, préc.).

Cette exception suppose, lorsque la liste déposée est incomplète, que le calcul soit fait à partir du nombre théorique de candidats que devrait comprendre chaque liste et non à partir du nombre de candidats que chaque liste choisit de présenter (Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 19-10.826, JSL, 24 févr. 2020, n° 492-1, préc.). L'objectif étant ici d'éviter une autre stratégie de contournement qui consisterait à présenter une liste incomplète afin de faire passer la représentation d'un sexe en dessous de la barre de 0,50 par le jeu d'un recalcul en fonction du nombre de candidats sur la liste.

S'agissant de la contestation des listes irrégulières, dont le Code du travail prévoit qu'elle s'inscrit dans le cadre du contentieux post-électoral, la Cour de cassation a admis qu'elle puisse également être introduite avant les élections (C. trav., art. L. 2314-32 ; Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 18-26.568, JSL, 24 févr. 2020, n° 492-1, préc.).

La Cour de cassation a jugé que la méconnaissance des règles de l'article L. 2314-30 du Code du travail ne peut conduire le juge à annuler l'élection d'une liste dans son ensemble, une telle annulation n'étant prévue qu'en cas de contestation pré-électorale (Cass. soc., 27 mai 2020, n° 19-14.225).

Enfin, lorsqu'une liste ne respecte pas la règle de l'alternance hommes/femmes dans l'ordre de présentation des candidats, l'annulation de l'élection concerne tout élu dont le positionnement sur la liste 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 figurant sur la liste aient été élus, c'est-à-dire lorsque l'irrégularité n'a aucune incidence sur l'objectif de mixité recherché (Cass. soc., 9 mai 2018, n° 17-60.133, JSL, 29 juin 2018, n° 456-5 ; Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-60.263, JSL, 31 juill. 2018, n° 458-12).

Tel n'est pas le cas lorsqu'une liste ne respecte pas la règle de la proportionnalité. Quel que soit le résultat de l'élection, elle doit être annulée (Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 18-60.145, JSL, 11 juin 2019, n° 477-4).

Une question subsistait : la règle de représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes électorales a-t-elle vocation à s'appliquer aux listes de candidats libres du second tour ?

Jusqu'alors, les décisions rendues ne visaient que le premier tour des élections professionnelles et la Cour de cassation avait toujours pris soin de formuler ses attendus de principe en référence aux listes présentées par les organisations syndicales. La question demeurait donc ouverte.

2. Exclusion du principe pour les listes libres présentées au second tour des élections professionnelles

L'incertitude est désormais levée puisque la Cour de cassation, par un arrêt publié du 25 novembre 2020, énonce que la demande d'annulation de l'élection des élus pour non-respect des règles de la représentation équilibrée des femmes et des hommes ne peut être sollicitée contre une liste de candidatures libres (Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 19-60.222).

Dans cette espèce, un second tour des élections professionnelles a dû être organisé, le premier s'étant soldé par un procès-verbal de carence faute de quorum. Dix sièges étaient à pourvoir au sein d'un collège. Une liste de candidats libres était composée de trois hommes bien que les femmes représentaient 13,39 % du collège, contre 86,61 % pour les hommes. En application des textes et de la jurisprudence précitée, la liste aurait dû comporter deux hommes et une femme, laquelle aurait dû être en première ou en deuxième position.

Les trois candidats ont été élus. Postérieurement à ce second tour des élections, la CGT a saisi le Tribunal d'instance de Clermont-Ferrand d'une demande d'annulation de l'élection de deux élus de sexe masculin, les estimant surnuméraires.

Le tribunal d'instance déboute le syndicat de sa demande d'annulation et déclare la liste présentée régulière compte tenu du pourcentage d'hommes et de femmes dans le collège qu'il rapporte au nombre de candidats effectivement présentés et non au nombre de candidats théoriques comme la jurisprudence l'impose pourtant.

Le pourvoi formé par la CGT est toutefois rejeté par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Les Hauts Magistrats excluent en effet l'application de l'article L. 2314-30 du Code du travail aux candidatures libres présentées au second tour des élections professionnelles.

3. Une solution protectrice des instances et du dialogue social

La Chambre sociale s'affranchit ici de la lettre du texte puisque l'article L. 2314-30 du Code du travail s'applique tant au premier tour de scrutin qu'au second tour des élections professionnelles et n'opère aucune distinction selon la nature, syndicale ou libre, des listes de candidats.

Elle s'affranchit également de l'esprit de la loi qui visait un objectif de mixité proportionnelle de la représentation du personnel, et se voulait une traduction de l'article 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution, aux termes duquel « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ». C'est précisément cet objectif qui avait permis à la Cour de cassation de construire une jurisprudence exigeante, en référence notamment à « *l'objectif légitime d'assurer une représentation des salariés qui reflète la réalité du corps électoral et de promouvoir l'égalité effective des sexes* » (Cass. soc., 13 févr. 2019, n° 18-17.042, JSL, 8 avr. 2019, n° 473-7).

Il est exact que cet enjeu doit être conjugué avec le principe à valeur constitutionnelle de participation des travailleurs garanti par le huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

Mais cette solution est d'autant plus étonnante qu'elle semble encore s'affranchir du principe, dégagé par la Cour de cassation, selon lequel les dispositions de l'article L. 2314-30 du Code du travail sont d'ordre public absolu (Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 18-23.513, JSL, 24 févr. 2020, n° 492-1, préc.).

Prise contre l'avis de l'avocat général, une telle décision interpellé.

Quelles ont donc été les raisons qui ont conduit la Haute Cour à adopter une telle solution ? La réponse pourrait être la volonté de préserver le dialogue social au sein des entreprises, en particulier des plus petites.

Il doit à ce titre être rappelé que l'organisation d'un second tour des élections professionnelles est prévue par le Code du travail lorsque le nombre de votants est inférieur à la moitié des électeurs inscrits (C. trav., art. L. 2314-29), c'est-à-dire lorsque le quorum n'est pas atteint, et par l'effet d'une jurisprudence extensive, en cas de carence de candidature au premier tour (Cass. 2^{ème} civ., 10 mai 1961, n° 60-60.075), c'est-à-dire lorsque les organisations syndicales ne présentent aucune liste ou des listes incomplètes, et en cas de vacance partielle de sièges à l'issue d'un premier tour régulier (Cass. soc., 18 mars 1982, n° 81-60.871 ; Cass. soc., 8 nov. 2006, n° 06-60.036).

Le second tour est ainsi organisé afin d'éviter la vacance de sièges dès la mise en place du CSE, voire l'absence de CSE.

C'est dans ce cadre que les candidatures au second tour des élections professionnelles sont élargies aux candidats libres.

Un second tour des élections professionnelles intervient dans un cas sur deux, et très majoritairement dans les petites en-

treprises. On observe par ailleurs que la présence des élus non syndiqués décroît avec la taille de l'établissement.

Ainsi, les contraintes posées aux candidatures libres concerneraient essentiellement des entreprises de petite taille.

Or, les ordonnances Macron du 22 septembre 2017 visent à renforcer, voire à faire naître, le dialogue social au sein des PME (ordonnance n° 2017-1386, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales et ordonnance n° 2017-1388 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective). Leur objectif est ambitieux et salubre mais leur mise en œuvre encore timide.

Dans les PME, il y a fort à craindre que de nombreuses candidatures libres ne parviendraient pas à franchir les obstacles que représente l'application du principe de la représentation équilibrée des femmes et des hommes. Ce d'autant plus que les organisations syndicales, théoriquement mieux formées et armées que les candidats non syndiqués, ou l'employeur, ne manqueraient pas de contester l'élection de celles ou ceux qui n'ont pas voulu, pas su, ou pas pu, respecter les règles que nous venons de décrire. Ceux-là auraient tout à perdre car, contrairement aux organisations syndicales pour lesquelles l'annulation de l'élection de candidats au motif d'un non-respect des règles de parité est sans incidence sur leur représentativité et leur faculté de désigner ces salariés en qualité de délégués syndicaux sur la base de leurs scores personnels (Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 18-19.379, JSL, 24 févr. 2020, n° 492-1, préc.) – ce qui implique que des candidatures irrégulières peuvent demeurer opportunes pour les organisations syndicales –, il n'existe aucun enjeu de représentativité pour les candidats libres.

Dans les faits, les candidatures libres se distinguent également des candidatures présentées par des organisations syndicales en ce qu'elles sont majoritairement des candidatures uniques.

Ainsi, le principe de l'interdiction des candidatures uniques lorsque plusieurs sièges sont à pourvoir dégagé par la Cour de cassation était susceptible d'avoir plus d'impact sur les listes libres que sur les listes syndicales. Plus encore que pour les syndicats, les conséquences de cette interdiction pouvaient ainsi conduire à priver de participation des candidats qui ne seraient pas parvenus, ou n'auraient pas souhaité s'allier avec au moins un autre candidat de l'autre sexe.

Ces raisons ont-elles conduit la Cour de cassation à raisonner avec pragmatisme en excluant l'application des règles de la représentation équilibrée des femmes et des hommes aux élections professionnelles pour les listes libres.

Il apparaît ainsi nettement que les organisations syndicales ont seules la responsabilité de rechercher, construire et nourrir la mixité en leur sein et au sein de chacune des entreprises dans lesquelles elles sont présentes ou souhaitent s'implanter. Telle est leur vocation et leur condition d'existence, d'aucuns diraient de survie, dans une démocratie sociale où les syndicats peinent à exister et à démontrer leur plus-value.

Cette solution, qui introduit une inégalité entre d'un côté les candidats libres et de l'autre les syndicats, ainsi que les salariés qui souhaitent se présenter sous une étiquette syndicale, pourrait bien faire l'objet d'une question prioritaire de

constitutionnalité sur le fondement d'une inégalité devant la loi. Le Conseil constitutionnel a déjà pu écarter l'existence d'une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi au motif que les dispositions commentées traitent « *de la même manière tous les salariés, femmes ou hommes* » (Cons. const., 19 janv. 2018, n° 2017-686 QPC), mais c'était avant que la Cour de cassation ne distingue selon qu'il s'agit de salariés qui se présentent sur des listes syndicales ou des listes libres.

Le nouveau principe ainsi dégagé présente évidemment le risque de susciter de nouvelles stratégies pour contourner

la règle applicable aux organisations syndicales et bénéficier des règles plus souples admises pour les listes libres.

Elle pourrait également provoquer encore davantage de conflits autour de la composition des listes électorales.

Reste que l'on peut finalement saluer l'arrêt du 25 novembre 2020, en ce qu'il vient enfin rappeler que l'exigence de représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein du CSE doit demeurer au service du dialogue social et ne saurait conduire, par une application de règles fort peu intelligibles – qui doivent tant au législateur qu'à la Cour de cassation –, à la fragilisation des instances de représentation du personnel.