

Représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidats

La loi Rebsamen a instauré une obligation de représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidats aux élections professionnelles, applicable depuis le 1^{er} janvier 2017. Les ordonnances Macron ont repris ces exigences s'agissant de l'élection des membres du CSE, en les modifiant légèrement.

L'objectif visé par ces lois, à savoir assurer une représentation du personnel reflétant la proportion de femmes et d'hommes dans l'entreprise afin, en particulier, de renforcer la représentation des femmes au sein des CSE, est évidemment louable. La CGT milite d'ailleurs activement en faveur de l'égalité femme / homme et est engagée auprès de ses syndiquées et militantes, en interne et dans leurs entreprises.

L'application de ces règles pose néanmoins d'importants problèmes pour beaucoup de nos camarades, qui ne parviennent pas à présenter des listes complètes ou conformes aux exigences de représentation proportionnelle des femmes et des hommes. Les règles actuelles n'apportent pas de réponse à ces problématiques de fond et leur rigidité aboutit à des aberrations. En effet, de nombreux contentieux, surtout dans des entreprises où le salariat est majoritairement féminin, ont pour objet de faire annuler les élections de femmes. L'autre incohérence de cette loi est que, par manque de souplesse des règles et des sanctions, l'on peut aboutir à une absence de représentation du personnel, ou à une représentation amputée, au prétexte de favoriser l'égalité femme / homme.

Cette rigidité a d'ailleurs été confirmée par la Cour de cassation, qui a précisé que les règles de représentation équilibrée sont d'ordre public absolu. C'est-à-dire qu'un protocole d'accord préélectoral, même signé à l'unanimité, ne peut les écarter¹. Elles ne peuvent pas non plus être écartées, quand bien même le syndicat démontrerait qu'il a tout mis en œuvre pour présenter une liste conforme sans y parvenir².

Seuls les employeurs au final en sortent gagnants. On ne les savait d'ailleurs pas aussi soucieux de l'égalité femme / homme, ces employeurs qui se précipitent en nombre devant les tribunaux pour faire annuler les élections des représentants des salariés.

Au-delà de ces obstacles pratiques considérables, une autre difficulté vient de la complexité et de l'imprécision des règles posées par le Code du travail, parfois complétées par la jurisprudence.

Cette note a pour objet de rappeler les règles de représentation équilibrée des femmes et des hommes, de donner les positions de la CGT sur les questions qui restent en suspens, et d'aider les camarades dont l'élection serait attaquée sur le fondement de ces règles.

¹ Cass. soc., 9 mai 2018, n°17-60133 : le PAP prévoyait que « *les organisations syndicales s'engagent à rechercher les voies et les moyens qui permettraient de parvenir le plus possible à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes sur les listes de candidats* ».

² Cass. soc., 9 mai 2018, n°17-14569

1. La représentation équilibrée et l'alternance

L'article L. 2314-30 du Code du travail pose 2 types d'exigences concernant l'élaboration des listes de candidats : la représentation équilibrée des femmes et des hommes et l'alternance.

▪ La représentation équilibrée des femmes et des hommes

Cette exigence de représentation équilibrée se décline en plusieurs règles :

1. Les listes de candidats doivent être composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale. En d'autres termes, la composition des listes doit refléter la proportion de femmes et d'hommes pouvant voter. Cette exigence s'apprécie par collège et par liste (titulaire et suppléant). Il n'est donc pas possible de « compenser » la liste titulaire avec la liste suppléant, c'est-à-dire de placer tous les hommes sur une liste et toutes les femmes sur l'autre.

Exemple : collège 1, titulaire, 10 sièges à pourvoir, 60% de femmes et 40% d'hommes. Les listes devront comporter 6 femmes ($60 \times 10 / 100 = 6$) et 4 hommes ($40 \times 10 / 100 = 4$).

A noter également que c'est bien la liste qui doit être conforme à cette règle, et non pas la composition finale du CSE³.

2. Si l'application de ces règles n'aboutit pas à un nombre entier de candidats à désigner pour chacun des 2 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

Exemple : collège 1, titulaire, 5 sièges à pourvoir, 59% de femmes et 41% d'hommes. Les listes devront comporter :

- 3 femmes : $59 \times 5 / 100 = 2,95$ qu'il faut arrondir à 3, la décimale étant supérieure à 5
- 2 hommes : $41 \times 5 / 100 = 2,05$ qu'il faut arrondir à 2, la décimale étant inférieure à 5

3. 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.

▪ L'alternance

Les listes doivent être composées alternativement d'un candidat de chaque sexe, jusqu'à épuisement des candidats de l'un des sexes. Les listes doivent donc alterner un homme et une femme. Il n'est pas possible de placer tous les hommes ou toutes les femmes en tête de liste. Les syndicats peuvent toutefois choisir le sexe du candidat qui sera placé en tête de liste.

³ Cass. soc., 6 juin 2018, n°17-60263

Exemple : collège 1, titulaire, 8 sièges à pourvoir, 30% de femmes et 70% d'hommes. Les listes devront être composées de 2 femmes ($30 \times 8 / 100 = 2,4 \Rightarrow 2$) et de 6 hommes ($70 \times 8 / 100 = 5,6 \Rightarrow 6$), et présentées ainsi :

- homme 1, femme 1, homme 2, femme 2, homme 3, homme 4, homme 5, homme 6
- ou bien
- femme 1, homme 1, femme 2, homme 2, homme 3, homme 4, homme 5, homme 6

⇒ **Question : comment faire si le syndicat ne présente pas de listes complètes, c'est-à-dire que le nombre de candidats est inférieur au nombre de sièges à pourvoir ?**

Deux solutions sont possibles, qui ne s'expliquent que par l'exemple :

Collège 1, titulaire, 10 sièges à pourvoir, 80% de femmes et 20% d'hommes. Les listes devront comporter 8 femmes ($10 \times 80 / 100 = 8$) et 2 hommes ($10 \times 20 / 100 = 2$). Si le syndicat ne présente que 5 candidats, que doit-il faire ?

- *Appliquer la règle de représentation équilibrée comme s'il y avait 10 candidats, et ne pas présenter les derniers. Dans l'exemple, ça reviendrait à faire une liste composée ainsi :*
 - homme 1, femme 1, homme 2, femme 2, femme 3, ~~femme 4, femme 5, femme 6, femme 7, femme 8~~ (soit 2 hommes 3 femmes)

ou bien :

 - femme 1, homme 1, femme 2, homme 2, femme 3, ~~femme 4, femme 5, femme 6, femme 7, femme 8~~ (soit également 2 hommes et 3 femmes)
- *Recalculer la représentation équilibrée sur le nombre de candidats que contiendra réellement la liste, à savoir 5. Ce recalcul aboutirait à ce que la liste comporte 4 femmes ($5 \times 80 / 100 = 4$) et 1 homme ($5 \times 20 / 100 = 1$). Dans l'exemple, ça reviendrait à faire une liste composée ainsi :*
 - homme 1, femme 1, femme 2, femme 3, femme 4

ou bien

 - femme 1, homme 1, femme 2, femme 3, femme 4

La loi ne répond pas clairement à cette question, laissant ainsi les syndicats dans l'incertitude lors de la constitution de leurs listes. L'enjeu est pourtant considérable puisqu'il y a un risque d'annulation de l'élection d'un ou plusieurs élus si la liste n'est pas conforme aux exigences légales.

⇒ **Position CGT** : compte tenu de la formulation de l'article L. 2314-30, qui se réfère aux « listes » et non au nombre théorique de sièges à pourvoir, et de la logique générale des dispositions, nous pensons qu'il faut recalculer la représentation équilibrée des femmes et des hommes en fonction du nombre de candidats qui sera réellement présenté sur la liste.

Cette interprétation semble d'ailleurs être celle retenue par la Cour de cassation, validant une liste présentée par un syndicat ne comportant que 4 candidats (3 femmes et 1 homme) alors que 5 sièges (3 femmes et 2 hommes) étaient 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'article*

*L. 2324-22-1 du Code du travail à proportion de la part des hommes et des femmes dans le collège électoral considéré ;
Et attendu qu'il résulte des constatations du jugement que le syndicat Autonome n'avait présenté que quatre candidats et que, compte tenu de la part respective des hommes et des femmes dans le collège électoral considéré, **la liste déposée par ce syndicat et qui comportait trois hommes et une femme était régulière** »⁴.*

Attention : les règles sont différentes en cas de candidature unique.

2. Cas dans lequel un sexe ne serait pas représenté

▪ Principe général

Les ordonnances Macron ont apporté une précision utile⁵ : lorsque l'application des règles précitées 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.

*Exemple : collège 1, titulaire, 3 sièges à pourvoir, 95% d'hommes, 5% de femmes. Une application stricte de la règle de l'arrondi conduirait à présenter 3 hommes ($95 * 3 / 100 = 2,85 \Rightarrow 3$) et aucune femme. Grâce à cet ajout des ordonnances Macron, les syndicats auront le choix entre présenter 3 hommes, ou 2 hommes et 1 femme, à condition qu'elle ne soit pas placée en premier sur la liste.*

Se pose toutefois la question de l'articulation de cette règle avec la jurisprudence de la Cour de cassation sur les candidatures uniques.

▪ Les candidatures uniques et les listes non mixtes

Jusqu'à présent, la Cour de cassation avait toujours accepté les candidatures uniques, sur le fondement de la liberté de choix par les syndicats de leurs candidats.

La Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence par un arrêt du 9 mai 2018⁶. Dans cette affaire, confirmée depuis⁷, la chambre sociale considère que lorsque 2 postes sont à pourvoir, le syndicat est tenu de présenter une liste comprenant nécessairement 2 candidats de sexe différent, dont l'un au titre du sexe sous-représenté. Autrement dit, cette jurisprudence interdit non seulement les candidatures uniques, mais impose également que lorsque 2 postes sont à pourvoir, les listes soient strictement paritaires (composées d'une femme et d'un homme) quelle que soit la part de femmes et d'hommes dans le collège considéré.

Cette exigence posée par la Cour de cassation ne résulte ni de la décision du Conseil constitutionnel⁸ rendue sur les dispositions issues de la loi Rebsamen sur laquelle elle prétend se fonder, ni de la loi aujourd'hui en vigueur :

⁴ Cass. soc., 17 avril 2019, n°17-26724

⁵ Article L. 2314-30 al 6 du Code du travail

⁶ Cass. soc., 9 mai 2018, n°17-14088

⁷ Cass. soc., 17 avril 2019, n°17-26724

⁸ QPC, 19 janvier 2018, n°2017-696

- La décision du Conseil constitutionnel indiquait seulement que l'application des règles de représentation équilibrée de femmes et des hommes « *ne saurait [...] faire obstacle à ce que les listes de candidats **puissent** comporter un candidat du sexe sous-représenté dans le collège électoral* », comme c'était le cas sous l'empire des anciennes dispositions issues de la loi Rebsamen. Le Conseil constitutionnel n'a donc jamais imposé la présence d'un candidat du sexe sous-représenté sur les listes, il a simplement considéré que la loi pouvait pas l'interdire et devait laisser cette possibilité au syndicat.
- Tenant compte de cette décision, les ordonnances Macron ont modifié les dispositions de la loi Rebsamen et rajouté un dernier aliéna à l'article L. 2314-30 précisant que lorsque l'application des règles de représentation équilibrée 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. Il ne s'agit pas là non plus d'une obligation, mais d'une possibilité laissée aux syndicats.

Jusqu'à présent, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur la validité d'une candidature unique présentée postérieurement à l'entrée en vigueur de ce nouvel article L. 2314-30. Elle n'aura toutefois pas d'autre choix, compte tenue de l'évolution législative liée à la décision du Conseil constitutionnel, que d'abandonner cette jurisprudence qui ne se contenterait plus d'être une interprétation erronée de la décision du Conseil, mais serait carrément illégale.

Un pourvoi soutenu par la CGT est en cours d'examen devant la Cour de cassation pour mettre fin à cette jurisprudence et rétablir la possibilité de présenter des candidatures uniques. L'arrêt devrait être rendu fin 2019 ou début 2020.

D'ici là, les candidatures uniques si plusieurs sièges sont à pourvoir et les listes de 2 candidats non mixtes risquent d'être annulées. Vous pouvez utiliser les arguments développés ci-dessus pour vous défendre devant le tribunal d'instance en cas de contestation.

Voici également quelques conseils pour la composition des listes :

- Si vous n'avez qu'un seul candidat à présenter, il faudrait qu'il soit du sexe le plus représenté dans l'entreprise, pour éviter la critique souvent entendue qui consisterait à dire que la candidature unique a pour but de contourner les règles de représentation équilibrée ;
- Si vous n'avez pas 2 candidats de sexe différent, il vaut mieux présenter 2 candidats du même sexe qu'une candidature unique. En effet, l'élection du candidat présenté sur une liste unique serait automatiquement annulée, alors que si 2 candidats du même sexe sont élus, seule l'élection du dernier candidat élu sera annulée au titre du sexe sur représenté, ce qui permet de garder un élu.

Cette jurisprudence jette une autre incertitude sur la précision apportée par les ordonnances Macron au cas où l'application des règles de représentation équilibrée viendrait à exclure la représentation de l'un des sexes. En effet, la Cour de cassation estime que lorsque 2 sièges sont à pourvoir, les syndicats doivent nécessairement présenter une femme et un homme sur leur liste, quelle que soit la proportion de femmes et d'hommes dans le collège. Mais que jugerait la Cour de cassation s'il y a plus de 2 sièges à pourvoir, et que l'application des règles de représentation proportionnelle venait à exclure la représentation de l'un des sexes (*Exemple : 4 sièges à pourvoir, 90% de femmes et 10%*

d'hommes : donc 4 candidates femmes) ? Une application stricte du nouvel article L. 2314-30 laisserait le choix au syndicat entre présenter une liste de 4 candidats femmes, ou de présenter une liste composée de 3 candidates femmes et un candidat homme, qui serait placé en deuxième position. Toutefois, compte tenu de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur les candidatures uniques et les listes de 2 candidats, il existe un risque qu'elle sanctionne toute liste non mixte, quelle que soit le nombre de siège à pourvoir et la proportion de femmes et d'hommes dans le collège. Il faut donc également être vigilant sur ce point dans l'établissement des listes.

3. Les sanctions

▪ La sanction n'est possible qu'après les élections

L'article L. 2314-32 du Code du travail prévoit que les contentieux pour non-respect par une liste syndicale des règles de représentation équilibrée ne peut intervenir qu'après l'élection, et non *a priori*⁹.

Cela signifie 2 choses :

- Un contentieux préélectoral n'est pas possible : ce n'est qu'après les élections que l'employeur (ou une autre organisation syndicale) peut saisir le tribunal d'instance pour faire sanctionner le non-respect des règles de représentation équilibrée femme / homme¹⁰,
- Un employeur ne peut pas se faire juge de la régularité d'une liste et refuser le dépôt d'une liste non conforme¹¹. Si l'employeur refuse votre liste, vous pourrez saisir le tribunal d'instance pour faire annuler les élections ou le procès-verbal de carence.

S'agissant des sanctions, elles dépendent de la règle non respectée.

▪ Non-respect de la règle de représentation équilibrée

Si un juge constate, après l'élection, qu'une liste de candidats ne présentait pas un nombre d'hommes et de femmes proportionnel au nombre d'hommes et de femmes inscrits dans le collège, il annulera 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 respecter¹².

Le juge annule l'élection des derniers élus du sexe surreprésenté en suivant l'ordre inverse de la liste des candidats. Pour apprécier l'ordre d'élection des candidats, le juge doit tenir compte des éventuelles ratures dont le nombre est supérieur ou égal à 10% des suffrages exprimés¹³.

⁹ « La constatation par le juge, après l'élection [...] »

¹⁰ Cass. soc., 17 avril 2019, n°17-26724 précité

¹¹ Cette solution connue de longue date a été reprise s'agissant de la conformité des listes aux règles de représentation équilibrée des femmes et des hommes : TI de Saint-Paul, 12 juillet 2019, n°11-19-000409

¹² Article L. 2314-32 du Code du travail

¹³ Cass. soc., 17 avril 2019, n°18-60173

Exemple : si une liste devait comporter 4 femmes et 2 hommes, mais qu'elle se compose de 3 femmes et 3 hommes en respectant l'alternance comme suit :

- *femme 1, homme 1, femme 2, homme 2, femme 3, homme 3*

La liste comprend une femme en surnombre :

- *si les 3 premiers candidats sont élus, le juge annulera l'élection de la femme 2 : il restera femme 1 et homme 1*
- *si les 2 premiers candidats sont élus, le juge annulera l'élection de la femme 1 : il ne restera qu'homme 1*

Il s'agit de la seule sanction prévue par les textes. Le non-respect de la représentation équilibrée ne rend pas irrégulière la totalité de liste, et ne permet pas non plus d'annuler l'intégralité des élections¹⁴.

Ces règles sont appliquées de manière très stricte par la Cour de cassation, qui n'hésite pas, par exemple, à annuler l'élection du seul candidat élu s'il est du sexe surreprésenté, privant ainsi le syndicat d'élus¹⁵.

⇒ **Position CGT** : ces règles sont beaucoup trop strictes et aboutissent à des solutions aberrantes, contraires à la logique même des dispositions et privant les salariés de représentants. Nous pensons donc qu'il faudrait que les juges en aient une appréciation plus souple. Par exemple, lorsque la non-conformité d'une liste aux exigences de mixité est sans incidence sur le résultat des élections, nous pensons qu'il n'y a pas lieu de sanctionner cette non-conformité par l'annulation de l'élection d'un ou plusieurs candidats. Imaginons une liste devant comporter 2 femmes et 3 hommes, qui est inversement constituée de 3 femmes et 2 hommes. Si un seul candidat est élu et que ce candidat est une femme, son élection pourra être annulée. Dans cette hypothèse, le syndicat étant libre de placer un candidat du sexe de son choix en tête de liste, la conformité ou non de la liste aurait été sans incidence sur l'élection de la candidate. Pour l'instant, ce n'est pas la position de la Cour de cassation.

▪ **Non-respect de la règle de l'alternance**

Si un juge constate, après l'élection, qu'une liste de candidat n'a pas respecté l'alternance femme / homme, il annulera l'élection du ou des élus dont le positionnement sur la liste de candidats n'est pas bon¹⁶.

Exemple : si une liste devant comporter 3 femmes et 2 hommes est composée comme suit :

- *femme 1, femme 2, femme 3, homme 1, homme 2*

La liste respecte la représentation équilibrée mais pas l'alternance :

- *si les 3 premiers candidats sont élus, le juge annulera l'élection de la femme 2 mal positionnée*
- *si les 2 premiers candidats sont élus, le juge annulera également l'élection de la femme 2*

¹⁴ Cass. soc., 17 avril 2019, n°17-26724 précité

¹⁵ Cass. soc., 17 avril 2019 n°18-60145

¹⁶ Article L. 2314-32 du Code du travail

Cependant, si la liste correspond à la proportion de femmes et d'hommes au sein du collège et que tous les candidats de la liste sont élus, le juge ne sanctionne pas le non-respect de la règle de l'alternance¹⁷. Aucune élection n'est annulée. Cette solution est logique puisque dans cette situation, le non-respect de l'alternance est sans incidence sur le résultat des élections.

▪ **Non-respect de la représentation équilibrée et de l'alternance**

Une liste peut ne respecter ni la proportion de femmes et d'hommes ni la règle de l'alternance. Dans ce cas, le Code du travail n'indique pas quelles sanctions appliquer et la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée.

Un jugement de tribunal d'instance a toutefois considéré que la règle de la représentation équilibrée étant première sur celle de l'alternance, il n'y avait pas lieu de sanctionner le non-respect de l'alternance si l'élection de certains candidats était déjà annulée sur le fondement du non-respect de la règle de représentation équilibrée¹⁸.

⇒ **Position CGT** : Nous partageons cette analyse, qui évite un cumul des sanctions et l'annulation de l'élection d'un trop grand nombre d'élus.

▪ **Elections partielles**

Le non-respect des règles de représentation équilibrée peut aboutir à l'annulation par le juge de l'élection d'un nombre importants d'élus. Pour éviter de priver les salariés de représentation, des élections partielles doivent être organisées si les annulations aboutissent soit :

- à ce qu'un collège électoral ne soit plus représenté
- à ce que le nombre de titulaires est réduit de moitié ou plus¹⁹.

* *
*

Conclusions

Les règles de représentation équilibrée sont utiles pour permettre aux femmes d'accéder à des mandats dont elles sont souvent exclues pour des raisons complexes et diverses. Il nous faut absolument composer des listes mixtes qui reflètent le salariat de l'entreprise. Cependant, force est de constater dans la pratique que ces règles sont complexes et rigides. Elles posent des problèmes, parfois insolubles, aux syndicats souhaitant présenter des listes.

Les patrons utilisent souvent ces règles pour faire tomber des candidats élus sur des listes syndicales, ce qui aboutit à priver les salariés d'une partie de leurs représentants, et à affaiblir les organisations syndicales.

¹⁷ Cass. soc., 9 mai 2018, n°17-60133 précité

¹⁸ TI d'Aulnay-Sous-Bois, 12 octobre 2018, n°11-18-003048 « la règle de l'alternance est juridiquement seconde par rapport à la règle de la proportionnalité dont elle tend à garantir l'effectivité et que, partant, étant dépourvue de véritable autonomie juridique, la règle de l'alternance ne trouve à s'appliquer et à être sanctionnée que dans le cas où la règle de proportionnalité est respectée ».

¹⁹ Article L. 2314-17 du Code du travail

Au DLAJ confédéral, nous constatons également qu'une partie de ce contentieux se déroule entre organisations syndicales, c'est-à-dire à l'initiative d'un syndicat contestant la conformité d'une liste déposée par un autre syndicat. Evidemment, les relations entre les syndicats dans les entreprises sont parfois compliquées voire violentes et la CGT, en particulier, est souvent attaquée.

Nous pensons toutefois qu'il faudrait, dans la mesure du possible, éviter d'être à l'origine de ce type de contentieux qui pourrait donner lieu à des jurisprudences très défavorables, comme c'est le cas depuis que la Cour de cassation est amenée à se prononcer dessus. Il y a également, selon nous, une difficulté à engager des contentieux pour faire appliquer des dispositions que nous combattons par ailleurs, notamment l'interdiction des candidatures uniques, quand bien même nous sommes bien conscients que les autres organisations syndicales ne se gênent pas pour attaquer la CGT. En tout état de cause, l'annulation de l'élection d'un candidat, quel qu'il soit, ne sert bien souvent que le patronat.