



**AVIS DE Mme SYLVAIN LAULOM,
AVOCATE GENERALE**

Arrêt n°1153 du 25 novembre 2020

Pourvoi n° B1960222

Décision attaquée : 21 juin 2019 du tribunal d'instance de Clermont-Ferrand

L'union départementale CGT du Puy-de-Dôme

C/

Aurilis group Flauraud

L'application des règles de parité dans les élections professionnelles fait l'objet d'une jurisprudence déjà fournie. Pouvait-il en être autrement tant la recherche d'une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes dans les instances élues du personnel suscite des questions complexes auxquelles il revient à la chambre sociale de répondre? Jusqu'à présent, les arrêts ont concerné les listes syndicales. Cette affaire conduit à s'interroger sur l'application de ces règles à des listes non syndicales.

1. Faits et Procédure

Le pourvoi dont la chambre sociale est saisie porte sur les élections professionnelles, au sein de la SAS Aurilis Group Flauraud, du comité social et économique. En l'absence de

quorum au premier tour, un second tour a été organisé le 16 mai 2019. Sur les 10 sièges à pourvoir au sein du 1^{er} collège ont été élus à l'issue du second tour:

- liste CGT : 6 membres;
- liste libre : 3 membres;
- liste CFDT: 1 membre.

L'Union départementale CGT du Puy de Dôme a saisi le tribunal de Clermont-Ferrand aux fins d'obtenir l'annulation de l'élection des deux derniers membres de la liste libre au motif que cette liste libre était composée uniquement de candidatures masculines contrairement aux dispositions prévues à l'article L.2314-30 du code du travail.

Par jugement du 21 juin 2019, le tribunal d'instance de Clermont-Ferrand a considéré que cette liste respectait les dispositions de l'article L.2314-30 du code du travail, compte tenu de la proportion d'hommes et de femmes au sein de ce collège.

La CGT a formé un pourvoi en cassation.

Selon le pourvoi, il résulte de l'article L. 2314-30 du code du travail, que lorsque l'application de la règle d'arrondi arithmétique conduit à exclure totalement la représentation de l'un ou de l'autre sexe, les listes de candidats doivent comporter un candidat du sexe qui, à défaut, ne serait pas représenté, afin de respecter la règle de la parité. Le non-respect de cette disposition aurait donc dû entraîner, en vertu de l'article L. 2314-32 du code du travail, l'annulation de l'élection du candidat du sexe surreprésenté.

2. L'article L. 2314-30 tel qu'interprété par la chambre sociale

La loi n°2015-994 du 17 août 2015, modifiée par l'ordonnance n°2017-386 du 22 septembre 2017, relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidats aux élections professionnelles en entreprise, a déjà fait l'objet de nombreux pourvois qui ont donné l'occasion à la chambre sociale de préciser un certain nombre de principes.

Le commentaire publié dans la lettre de la chambre sociale suite à l'audience thématique qui a donné lieu à la série d'arrêts du 11 décembre 2019 synthétise ainsi la jurisprudence sur les questions soulevées par ces affaires.

Selon l'article L. 2314-30, les listes de candidats aux élections professionnelles qui comportent plusieurs candidats sont composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale. Les listes sont composées alternativement d'un candidat de chaque sexe jusqu'à épuisement des candidats d'un des sexes.

Le texte institue par ailleurs une règle d'arrondi arithmétique lorsque l'application de la règle de proportionnalité n'aboutit pas à un nombre entier de candidats à désigner pour chacun des deux sexes.

Appelé à statuer sur la constitutionnalité des dispositions de l'article L. 2314-30, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 19 janvier 2018 (Cons. Const., 19 janvier 2018, décision n°2017-686 QPC), a dit le texte conforme mais a précisé que: *"Toutefois, 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”.

La Cour de cassation a dû décider comment conjuguer ce principe, avec celui, qu'elle a toujours admis pour favoriser la présence syndicale en entreprise, de la possibilité offerte aux organisations syndicales de présenter sur leurs listes moins de candidats que de postes à pourvoir.

Par un arrêt du 9 mai 2018, publié au rapport annuel (Soc., 9 mai 2018, pourvoi n°17-14.088, Bull. 2018, V, n° 78), la chambre sociale a jugé, en tenant compte de la volonté du législateur et de la décision du Conseil constitutionnel de parvenir à renforcer la parité dans la représentation du personnel en entreprise par des mesures si nécessaires contraignantes, que dès lors qu'au sein du collège concerné, plus d'un siège était à pourvoir, les organisations syndicales devaient présenter au moins deux candidats, afin que les deux sexes, majoritaires et minoritaires dans l'entreprise, soient représentés.

Dans ses arrêts du 11 décembre 2019, la chambre sociale confirme que, sauf dans le cas exceptionnel où un sexe est ultra-minoritaire (pourcentage ne donnant droit à aucun siège en application de la règle de l'arrondi), une liste doit toujours comporter au moins un représentant de chaque sexe.

Il en résulte donc concrètement que, sauf l'exception mentionnée ci-dessus:

- il ne peut y avoir, s'agissant de listes présentées par les organisations syndicales, de candidature unique sur une liste;
- s'il y a deux sièges à pourvoir, il doit y avoir obligatoirement un candidat de chaque sexe;
- s'il y a plus de deux sièges à pourvoir, le syndicat qui présente une liste incomplète doit calculer le nombre de candidats femmes et hommes en ramenant au nombre de candidats présentés le pourcentage de salariés femmes et hommes représentés dans le collège électoral¹. Par exemple, si ce pourcentage est respectivement de 40% et 60% et que le nombre de sièges à pourvoir est de 10, la liste complète devra comporter 4 candidates et 6 candidats. Si la liste incomplète est de 5 personnes, elle devra comporter 2 candidates et 3 candidats.

La chambre sociale précise par ailleurs que l'exception à la présence sur les listes d'au moins un candidat de chaque sexe n'est applicable que lorsque l'absence de représentation d'un sexe résulte de la mise en œuvre des règles de proportionnalité et d'arrondi au regard du nombre légal de sièges à pourvoir. Elle ne saurait donc résulter des conséquences du choix des organisations syndicales de présenter une liste incomplète, faisant a posteriori 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 (Soc. 11 déc. 2019, pourvoi n°19-10.826, en cours de publication).

En l'espèce, le tribunal d'instance a constaté que dans le collège en question, la proportion de femmes et d'hommes était de 375 hommes (soit 86,61%) et de 58 femmes (soit 13,39%). 10 sièges étant à pourvoir, les listes complètes devaient comporter une candidate femme et 9 candidats hommes.

Le tribunal a ensuite constaté que le nombre de sièges à pourvoir dans le 1^{er} collège étant de 10, la liste libre incomplète pouvait valablement être constituée de trois candidats, le collège ayant plus de deux sièges à pourvoir. Le tribunal a alors, conformément à la

¹ Soc. 17 avril 2019, n° de pourvoi n° 17-26.724 (en cours de publication).

jurisprudence de la chambre sociale, recalculé la part de candidatures hommes et femmes en prenant en compte le nombre de candidats présentés (et non le nombre de sièges à pourvoir). La liste libre présentant trois candidats, on aboutit alors en application de la règle de l'arrondi à 3 candidatures homme. Si l'on s'arrête là, et toujours en application des principes définis par les arrêts antérieurs de la chambre sociale, la désignation d'une candidature femme est une simple faculté et non une obligation.

Néanmoins, dans cette hypothèse, la chambre sociale a indiqué 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 représentation du sexe sous-représenté qui aurait été autrement représenté dans une liste comportant autant de candidats que de sièges à pourvoir”*².

En application de ces règles, le tribunal d'instance devait donc conclure que la liste libre aurait dû comporter une candidate femme et sa décision encourt la cassation à ce titre.

Mais encore faut-il que ces principes s'appliquent également aux listes qui ne sont pas présentées par des organisations syndicales. Jusqu'à présent, les arrêts de la chambre sociale ont concerné des listes syndicales et la formulation retenue par les arrêts de la chambre sociale laisse bien ouverte la possibilité de distinguer entre listes syndicales et non syndicales. **Dès lors, les dispositions d'ordre public des articles L.2314-30 et L.2314-32 du code du travail s'appliquent-elles, de manière indifférenciée, aux listes du second tour lorsque ces listes ne sont pas des listes syndicales?**

3. L'application de l'article L.2314-30 du code du travail aux listes non syndicales

L'objectif de la loi de 2015 est d'améliorer, par l'adoption d'un dispositif contraignant, la représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les instances élues de représentation du personnel, en agissant sur les listes de candidats aux élections professionnelles.

La loi n'a opéré aucune distinction selon la nature, syndicale ou libre, des listes de candidats. L'article L. 2314-30 qui définit les nouvelles règles d'élaboration des listes s'applique “aux listes mentionnées à l'article L. 2314-29”. Ce dernier définit le mode de scrutin “de liste à deux tours” et traite ainsi aussi bien des listes établies pour le premier que pour le second tour et donc des listes syndicales et des listes libres. Dans la mesure où il s'agit de parvenir à une représentation mixte (en proportion du nombre d'hommes et de femmes dans les établissements), en agissant sur les listes de candidats aux élections professionnelles, il paraît nécessaire que ces règles de composition des listes s'appliquent à toutes les listes de candidats. Enfin, les dispositions de l'article L. 2314-30 du code du travail sont d'ordre public absolu et le protocole préélectoral ne peut y déroger³.

² Soc. 11 décembre 2019, n° de pourvoi 19-10.826, en cours de publication. Voir également Soc., 27 mai 2020, pourvoi n° 19-14.225; Soc., 1 juillet 2020, pourvoi n° 19-17.615

³ Soc. 11 déc. 2019, n° de pourvoi 19-10.826, en cours de publication.

Si les travaux parlementaires ne semblent pas avoir abordé directement cette question, rien n'indique qu'un traitement différencié ait été envisagé selon la nature de la liste. Ainsi, l'étude d'impact, effectuée avant l'adoption de la loi, considère que la loi s'appliquera indifféremment aux listes syndicales et non syndicales: *“Les organisations syndicales de salariés et les listes non-syndiquées devront s'organiser, ..., pour composer des listes qui respectent le principe de représentation équilibrée”*.

Dans la mesure où le législateur n'a pas opéré de distinctions et qu'il s'agit également d'un texte d'ordre public absolu, il semble justifié de considérer que la règle de représentation équilibrée s'applique indistinctement à toutes les listes, qu'elles émanent ou non des organisations syndicales. Au regard de la lettre du texte et de l'objectif du législateur, cette solution paraît justifiée. C'est en ce sens que se sont prononcés les tribunaux d'instance de Paris et de Courbevoie⁴.

Un traitement différencié pourrait être justifié si l'on admettait que les listes syndicales et les listes libres ne sont pas dans une situation similaire. Au regard des pratiques, les candidatures libres sont ainsi souvent des candidatures individuelles, qui ne sont plus permises, depuis l'arrêt de la chambre sociale du 9 mai 2018 (pourvoi n° 17-14.088). L'interdiction des candidatures individuelles serait ainsi susceptible d'avoir un impact plus important pour les listes libres que pour les listes syndicales.

Les conséquences de l'interdiction des candidatures uniques pour les organisations syndicales ont été dénoncées. Dans un contexte où la syndicalisation est faible et le militantisme en crise, un syndicat pourra être privé de toute participation au processus électoral, dès lors qu'il n'a pas pu trouver un second candidat⁵. De la même manière et, peut-être plus encore, les candidatures individuelles non syndicales, nombreuses au second tour, pourraient être dissuadées par l'obligation de s'allier au moins à une autre personne.

Cet élément ne nous semble néanmoins pas suffisant pour justifier d'une application différenciée de l'article L. 2314-30 du code du travail.

D'une part, il est trop tôt pour disposer des statistiques sur cet éventuel impact différencié. D'autre part et surtout, si l'interdiction des candidatures individuelles a un impact sur les listes libres, celui-ci peut être justifié, comme il l'a été concernant les listes syndicales, par l'objectif recherché par le législateur.

L'abandon des candidatures individuelles, et l'atteinte proportionnée à la liberté syndicale qui en a découlé, a été justifiée par l'objectif recherché de mixité proportionnelle des candidatures. De la même manière on peut considérer que l'atteinte au droit à la participation des travailleurs, consacré par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, qui comprend le droit de vote et d'éligibilité aux élections

⁴ Voir le commentaire de G. Loiseau, *BJT* janv. 2020, p. 12 sur les décisions du 7 novembre 2019 du Tribunal de Paris et S. Rioche, *JCP S* 2019, 1320, sur les décisions du 4 octobre 2019 du TI de Courbevoie. Voir également J. Credoz-Rosier, *“Vade-mecum pour les listes de candidatures au CSE”*, *RJS*, mai 2020.

⁵ G. Auzero, *“Précisions autour de l'exigence d'une représentation équilibrée des femmes et des hommes lors des élections professionnelles”*, *Lexbase*, éd. Soc., n°743, 2018.

professionnelles, est justifiée par la recherche de la mixité⁶ et que l'atteinte reste proportionnée, quand bien même il y aurait plus de candidatures individuelles non syndicales.

Il ne semble, en effet, pas disproportionné pour un scrutin de liste d'exiger que celle-ci comporte un minimum de deux noms afin de favoriser cette représentation mixte proportionnelle (ou en miroir). Exiger qu'un ou qu'une salariée qui souhaite être candidat(e) à une élection s'associe à au moins un ou une autre salariée pour former une liste est certes une contrainte, mais qui peut éventuellement renforcer le poids de la représentation dans l'entreprise et qui, en tout état de cause, peut être justifiée par l'objectif d'amélioration de la représentation des femmes dans les entreprises.

Le rapport soulève une dernière question: dans la mesure où les listes non syndicales s'avèrent a priori conformes à la parité, l'abandon des candidatures individuelles ne pourrait-il pas avoir un effet contraire à l'objectif recherché? Il ne peut, en effet, être exclu que la loi produise est des effets inattendus et contradictoires⁷. Il me semble néanmoins délicat de se prononcer sur ce point alors que l'on ne connaît pas pour l'heure les effets de la loi de 2015 et surtout des ordonnances de 2017 et les éventuels changements de pratique qu'ils peuvent produire.

L'adoption de règles différenciées pour les listes syndicales et non syndicales ne nous semble donc pas justifiée.

Elle aurait de plus plusieurs inconvénients.

- Le premier serait d'ouvrir la porte à un contentieux, qui ne manquerait pas de se développer à la première opportunité, relatif à l'inégalité ainsi créée entre les organisations syndicales et les candidatures libres. De nouvelles demandes de QPC seraient probables.
- Le second serait de générer une nouvelle complexité dans un domaine qui n'en manque pas dans la mesure où le champ des différences admises entre listes syndicales et listes libres sera nécessairement discuté.
- Le troisième serait une fragilisation de la jurisprudence qui vient à peine d'être établie.
- Le quatrième serait de susciter d'autres pratiques pour contourner la règle de la mixité. On ne peut exclure ainsi de voir se développer des stratégies de contournement du premier tour pour "profiter" des règles spécifiques des listes libres et des candidatures individuelles qui pourraient y être admises.

Je conclus donc à une application uniforme des règles de constitution des listes syndicales et des listes libres.

Dans la mesure où la liste libre n'a pas respecté l'un des principes définis par la Cour de cassation, je conclus donc à la cassation.

⁶ QPC n°2017-686, 19 janvier 2018, où le Conseil constitutionnel analyse l'application de la règle de l'arrondi au regard du droit à la participation des travailleurs.

⁷ Dares Analyses, *Les femmes dans les instances représentatives du personnel: bientôt la parité?* Fév. 2018, n°007, citée par Mme la conseillère rapporteure. Il faut noter que l'analyse est effectuée à partir des résultats des élections professionnelles entre 2001 et 2012.

AVIS DE CASSATION