



**”Représentation équilibrée des femmes et des hommes
et limitation du droit de présenter une candidature
unique aux élections professionnelles : refus de
transmission d’une QPC”**

Christophe Mariano

► To cite this version:

Christophe Mariano. ”Représentation équilibrée des femmes et des hommes et limitation du droit de présenter une candidature unique aux élections professionnelles : refus de transmission d’une QPC”. Bulletin Joly Travail, 2021, n° 7, p. 26 (200h6). hal-03277287

HAL Id: hal-03277287

<https://uca.hal.science/hal-03277287>

Submitted on 4 Jul 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Représentation équilibrée des femmes et des hommes et limitation du droit de présenter une candidature unique aux élections professionnelles : refus de transmission d'une QPC

Cass. soc., QPC, 27 mai 2021, n° 21-11.813, FS-P

Compte tenu du risque d'annulation qu'elle fait courir, depuis la loi *Rebsamen* du 17 août 2015, à l'élection des membres élus sur une liste se soustrayant à ses prévisions, l'exigence de composition proportionnée des listes de candidats aux parts de femmes et d'hommes de chaque collège électoral constitue, ces dernières années, le dispositif légal le plus en vogue dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. Il faut dire que le sens et la portée de cette nouvelle contrainte légale sont âprement discutés pour tenter de placer certaines listes de candidats hors d'atteinte. Si la Haute juridiction a récemment choisi d'exclure, non sans controverse, les candidatures libres du champ de l'exigence (Cass. soc., 25 novembre 2020, n° 19-60.222, BJT janv. 2021, n° 114q7, p. 31, note Mariano C. ; JCP S 2021, 1005, note Pagnerre Y. ; Dr. soc. 2021, p. 248, obs. Brunie J.), elle vient, à l'inverse, de confirmer la paralysie, au nom de cette même exigence, des candidatures uniques en cas de pluralité de sièges à pourvoir en refusant de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) sur le sens donné par la jurisprudence au dispositif légal en cette circonstance particulière.

On se souvient que la Cour de cassation, en convoquant la décision du Conseil constitutionnel du 19 janvier 2018 (Cons. const., 19 janv. 2018, n° 2017-686 QPC), avait considéré que lorsque deux sièges sont à pourvoir dans un collège électoral, chaque organisation syndicale concourant dans le cadre du scrutin devait présenter une liste comportant nécessairement une femme et un homme afin d'intégrer un membre du sexe sous-représenté dans le collège considéré (Cass. soc., 9 mai 2018, n° 17-14.088 : Cah. soc. juin 2018, n° 123f1, p. 300, note Canut F. ; Hebdo la lettre juridique, n° 743, 31 mai 2018, obs. Auzero G.). Cette solution apparaissait justifiée sur le principe dès lors qu'elle permettait d'empêcher un contournement du dispositif légal par la présentation d'une candidature unique. Mais elle se montrait excessive en ce qu'elle visait également le cas dans lequel l'application des règles légales d'arrondi accompagnant la technique de conversion des proportions de femmes et d'hommes en nombres de candidatures n'imposait pas la présence d'un candidat issu du sexe « ultra-minoritaire », c'est-à-dire lorsque l'un ou l'autre sexe a droit, au terme du calcul, à moins de 0,50 candidat.

On rappellera à ce propos que le Conseil constitutionnel avait, dans la décision précitée, seulement insisté sur la nécessité de maintenir, dans ce cas de déséquilibre manifeste dans la composition « sexuée » du collège électoral, une possibilité d'inscription sur la liste d'un candidat du sexe sous-représenté. Mais en donnant une coloration impérative à ce qui ne semblait être qu'une faculté, la Cour de cassation imposait dans toutes les configurations la présence d'un candidat du sexe sous-représenté y compris lorsque celui-ci s'avérerait « ultra-minoritaire ». Ce faisant, toute candidature unique était exclue quelle que soit la répartition mathématique des sexes dans le collège électoral. Cette radicalité entraine, qui plus est, en contradiction avec l'article L. 2314-30 du Code du travail tel qu'issu de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 dès lors que cette disposition prévoit désormais 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 registre facultatif de l'inscription sur la liste d'un candidat du sexe « ultra-minoritaire » devait finalement être repris par la Cour de cassation dans plusieurs arrêts en date du 11 décembre 2019. Modérant sa solution antérieure, la Haute juridiction jugea que si, en cas de pluralité de sièges à pourvoir, la liste présentée par chaque syndicat doit comporter au moins un candidat au titre du sexe sous-représenté, cette exigence se mue, pour les organisations syndicales, en simple faculté lorsque les règles de calcul aboutissent à exclure totalement la représentation de l'un ou l'autre sexe (Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 18-26.568, n° 19-13.037, et n° 19-10.855). Il en ressort que lorsqu'il concourt dans un collège électoral pour lequel deux sièges sont à pourvoir et au sein duquel les règles de calcul aboutissent à exclure la représentation d'un des deux sexes, le syndicat dispose de trois options : soit présenter deux candidats du sexe majoritairement représenté, soit présenter un candidat de chacun des deux sexes, soit présenter un candidat unique du sexe surreprésenté (V. encore : Cass. soc., 1^{er} juillet 2020, n° 19-17.615).

Reste à s'entendre sur la façon d'aboutir mathématiquement à l'absence de représentation obligatoire d'un des deux sexes, c'est-à-dire d'aboutir à un résultat d'opération donnant, pour l'un des deux sexes, moins de 0,50 candidat. Selon la Cour de cassation, il faut qu'ait été pris en compte, comme donnée du calcul, non pas le nombre de candidats effectivement présentés par le syndicat mais bien le nombre théorique de sièges à pourvoir dans le collège (Cass. soc., 11 déc. 2019, n° 19-10.826). On retrouve ici la préoccupation tenant à ce que le caractère incomplet de la liste de candidats ne constitue pas un subterfuge pour contourner le respect

des exigences légales. Si, « 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 », c'est à la condition que cette « liste respecte les prescriptions [légales] à proportion de la part des hommes et des femmes dans le collège électoral considéré » (Cass. soc., 17 avril 2019, n° 17-26.724). De telles prescriptions seraient affaiblies si le caractère incomplet de la liste permettait de recalculer le nombre de candidats devant être issus de chaque sexe ou si le caractère incomplet poussé à son paroxysme – candidature unique – venait matériellement paralyser la présentation d'un candidat du sexe sous-représenté.

Au regard du format amendé et rééquilibré de la jurisprudence de la Cour de cassation, la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) dont le sort est réglé par l'arrêt du 27 mai 2021 ne paraissait pas en mesure d'ouvrir une brèche dans la constitutionnalité du dispositif. En l'espèce, c'est à la suite de l'annulation par un tribunal judiciaire de l'élection de certains membres de CSE émanant de candidatures uniques, qu'un syndicat concerné par l'annulation de certains de ses candidats a, à l'occasion du pourvoi contre ce jugement, demandé le renvoi au Conseil constitutionnel d'une QPC mettant en cause la constitutionnalité de l'article L. 2314-30 tel qu'interprété par la Cour de cassation. Selon l'organisation requérante, ce texte et sa réception jurisprudentielle (dont le caractère constant donne prise à une QPC : Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC) interdisent aux syndicats, en contrariété avec les principes constitutionnels de liberté syndicale et de participation, de présenter aux élections professionnelles, lorsqu'au moins deux sièges sont à pourvoir au sein d'un collège électoral, une liste comportant un candidat unique appartenant au sexe « sur-représenté ».

Comme on pouvait s'y attendre, la QPC est balayée par la Cour de cassation qui lui dénie tout caractère sérieux et refuse, en conséquence, sa transmission au Conseil constitutionnel. Elle commence d'abord par énoncer qu' « il est permis au législateur d'adopter des dispositions revêtant un caractère contraignant tendant à rendre effectif l'égal accès des hommes et des femmes à des responsabilités sociales et professionnelles ». Puis, elle rappelle le contenu de sa jurisprudence telle qu'exposée ci-dessus avant de conclure que la disposition légale telle qu'interprétée par elle est « proportionnée à l'objectif de parité recherché par la loi et ne méconnaît ni la liberté syndicale ni le principe de participation des travailleurs ».

On aurait préféré que la Haute juridiction ne s'en remette pas au vocable de « parité » donnant prise aux critiques de sa jurisprudence en ce que celle-ci « interdit les candidatures uniques et impose une constitution des listes strictement paritaire, ce qui procède d'une

confusion entre représentation proportionnée et parité » (Cohen M. et Milet L., *Le droit des comités sociaux et économiques et des comités de groupe*, LGDJ, 2020, p. 361. – Adde Milet L., « L'art délicat de la représentation équilibrée », *RPDS* 2019, n° 887, p. 75). Car c'est moins l'objectif de parité qui agit que l'objectif de maintien de la représentation du sexe sous-représenté qui, hors candidature unique, aurait été normalement représenté. La préoccupation est la même qu'en cas de liste incomplète comportant plusieurs candidats. Simplement elle prend, dans ce cas précis où deux sièges sont à pourvoir, les apparences trompeuses de la parité.

En définitive, face au grief d'entorse au libre choix des représentants du syndicat et de la collectivité de travail, la Cour de cassation protège sa position, non sans raison dès lors qu'est sauvegardée, d'un côté, la possibilité de présenter des listes incomplètes et, de l'autre côté, la faculté de présenter des candidatures uniques lorsqu'un des deux sexes est « ultra-minoritaire » au point de ne pas atteindre le nombre de 0,50 candidat après application de la formule légale de calcul. Mais on admettra volontiers que le traitement préférentiel réservé par la Haute juridiction aux candidatures libres du second tour (Cass. soc., 25 novembre 2020, n° 19-60.222) peut crisper sur le terrain de la compétition électorale de second tour lorsque certaines candidatures uniques sont admises et pas d'autres dans le même collège. Malgré cela, ce n'est pas tant la constitutionnalité de l'interdiction affectant les uns qui doit interroger mais bien davantage la cohérence de la permission délivrée aux autres.

Christophe Mariano