

Paris, le 23 janvier 2017

**AUX UNIONS DEPARTEMENTALES
AUX FEDERATIONS NATIONALES**

JCM/DP//CM/WT

Circulaire n°005-2017

Secteurs : **Juridique/Conventions collectives**Objet : **Représentation équilibrée femmes/hommes aux élections professionnelles : mode d'emploi**

Cher(e)s Camarades,

Sous prétexte de favoriser une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les élections professionnelles, la loi Rebsamen n° 2015-994 du 17 août 2015 a fixé un certain nombre de règles qui, de par leur caractère trop contraignant, risquent, à l'occasion de la confection des listes de candidatures, de générer plus de difficultés que de bénéfices.

Nous avons décidé, il y a un an, de vous décrypter ces nouvelles règles, dans la mesure du possible, et d'attirer votre attention sur les difficultés auxquelles vous risquez d'être confrontés.

Cette obligation est pleinement entrée en vigueur le 1^{er} janvier.

Vous trouverez dans cette circulaire les éléments qui vous permettront de préparer au mieux vos premières élections professionnelles placées sous le signe de cette représentation équilibrée.

1. Quelles seront les nouvelles obligations en matière de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ?

Jusqu'à présent, pesaient sur les négociateurs du PAP (protocole d'accord préélectoral) une obligation de moyens pour parvenir à une représentation équilibrée puisqu'ils devaient simplement examiner, à l'occasion de la négociation du protocole d'accord préélectoral, les voies et moyens permettant d'atteindre cet équilibre sur les listes de candidatures (art. L 2324-6 du code du travail). Aucune sanction n'ayant été prévue, cette obligation est restée peu contraignante.

Dans le nouveau dispositif prévu par les articles 7 et 8 de la loi Rebsamen, les organisations syndicales vont se retrouver soumises à une obligation de résultat dans la mesure où cette obligation devient plus impérieuse et plus précise. Elle vaut pour chaque collège électoral, pour chaque élection (art. L 2314-24-1 du code du travail pour les élections DP et art. L 2324-22-1 pour les élections du CE), concerne tant les listes de titulaires que de suppléants et s'applique au premier et au deuxième tour.

Ainsi, les listes de candidatures, dès lors qu'elles comportent plusieurs candidats devront être composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la part de femmes et d'hommes inscrits sur la liste électorale et correspondant au collège concerné.

Si le nombre de candidats à désigner pour chaque sexe, calculé dans ces conditions n'aboutit pas à un nombre entier, il y aura lieu de l'arrondir dans les conditions suivantes :

- à l'entier supérieur si la décimale est \geq à 5 (ex : 1,6 = 2);
- à l'entier inférieur s'il est $<$ à 5 (ex : 1,4 = 1).

En outre, ces listes devront alterner un candidat de chaque sexe, jusqu'à épuisement des candidats de l'un des deux sexes. Cela signifie que, après épuisement des candidats de l'un des deux sexes, la liste sera complétée avec les candidats de l'autre sexe.

Enfin, en cas de nombre impair de sièges à pourvoir et de stricte égalité entre les hommes et les femmes, la liste pourra, indifféremment comporter un homme ou une femme supplémentaire. Ainsi par exemple, s'il y a trois postes à pourvoir, 50% de femmes et 50% d'hommes, la liste pourra être établie, au choix, comme suit :

- un homme, une femme, un homme
- une femme, un homme, une femme.

Du moment que l'alternance est bien respectée, il importe donc peu de mettre en tête de liste un homme ou une femme. Les organisations syndicales pourront ainsi bénéficier d'une petite latitude quant à la composition de leurs listes de candidats et au choix des candidats mis en position d'être élus ou non...

2. Quelles seront les obligations préalables à l'établissement de ces listes de candidatures ?

Puisque la loi impose que les listes de candidatures soient établies en tenant compte de la proportion de femmes et d'hommes inscrits dans chaque collège électoral, il est impératif qu'au préalable, cette répartition soit connue.

Pour rappel, la répartition du personnel dans les collèges électoraux doit faire l'objet d'un accord ou, à défaut, être effectuée par l'autorité administrative (art. L 2314-11 et L 2324-13 du code du travail). Désormais, il est prévu que cet accord, s'il est conclu, mentionne la proportion de femmes et d'hommes composant chacun des collèges qu'il aura déterminés.

Dans tous les cas, accord ou décision administrative, il appartiendra à l'employeur d'informer les salariés de la part de femmes et d'hommes composant chaque collège.

Cette information pourra se faire par tout moyen, l'essentiel étant que le moyen utilisé puisse donner à cette obligation une date certaine (nouveaux articles L 2314-24-2 et L 2324-22-2 du code du travail).

3. Comment appliquer concrètement ces règles lors de l'établissement des listes de candidatures ?

Il est important d'illustrer ces règles par un exemple concret.

Election CE/ 2^{ème} collège

Nombre d'inscrits sur la liste électorale : 58 salariés dont :
- 18 femmes
- 40 hommes
Nombre de sièges à pourvoir : 3 (3 titulaires et 3 suppléants)

Il existe deux possibilités de calcul :

1^{ère} possibilité :

On calcule d'abord en pourcentage la proportion de femmes et d'hommes puis on l'applique au nombre de sièges à pourvoir

- * Proportion de femmes :
- $\frac{18}{58} \times 100 = 31,03\%$

* Proportion d'hommes :

$$- \frac{40}{58} \times 100 = 68,96\%$$

*nombre de candidates femmes :

$$3 \text{ (sièges)} \times 31,03 \% = 0,93 \text{ soit } 1 \text{ siège de titulaire et } 1 \text{ siège de suppléant}$$

*nombre de candidats hommes :

$$3 \text{ (sièges)} \times 68,9 \% = 2,06 \text{ soit } 2 \text{ sièges de titulaires et } 2 \text{ sièges de suppléants.}$$

2ème possibilité :

On calcule directement le nombre de candidats de chaque sexe en calculant la proportion de femmes et d'hommes par rapport au nombre de sièges à pourvoir :

*nombre de candidates femmes :

$$\frac{3 \text{ (sièges)} \times 18}{58}$$

$$= 0,93 \text{ soit } 1 \text{ siège de titulaire et un siège de suppléant}$$

*nombre de candidats hommes :

$$\frac{3 \text{ (sièges)} \times 40}{58}$$

$$= 2,06 \text{ soit } 2 \text{ sièges de titulaires et } 2 \text{ sièges de suppléants.}$$

Quel que soit le mode de calcul utilisé, chaque liste devra donc être composée alternativement :

- | | | |
|---------------------------|-----------|---------------------------|
| - d'un candidat homme ; | ou bien : | - d'une candidate femme ; |
| - d'une candidate femme ; | | - d'un candidat homme ; |
| - d'un candidat homme ; | | - d'un candidat homme. |

4. Quelles seront les élections concernées par ce dispositif ?

La loi vise expressément les élections de délégués du personnel et de comité d'entreprise. Rien de tel ne semble être prévu, s'agissant du CHSCT.

Toutefois, la loi du 17 août 2015 prévoit la possibilité, dans les entreprises de moins de 300 salariés, de mettre en place une délégation unique incluant ces trois institutions, et composée des représentants du personnel élus dans les conditions prévues pour l'élection des membres du comité d'entreprise (art. L 2326-2 du code du travail). Par conséquent, chaque fois qu'une telle DUP sera mise en place, le CHSCT sera, *de facto*, concerné par cette représentation équilibrée.

Il est également désormais possible, dans les entreprises de plus de 300 salariés de regrouper, par accord majoritaire, le CE, les DP et le CHSCT, ou seulement certaines de ces institutions.

Dans ce cas, un nouvel article L 2392-3 du code du travail prévoit que les élections des membres de l'instance se déroulent en tenant compte des règles applicables aux élections CE si l'instance inclut le CE et de celles applicables aux DP dans les autres cas.

Par conséquent, dès lors qu'une instance commune inclura le CHSCT, les règles de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes devant être appliquées pour l'élection de cette instance commune, le CHSCT sera, par voie de conséquence, également concerné.

5. Quand cette obligation de représentation équilibrée devra-t-elle être mise en œuvre pour la première fois ?

L'article 7 de la loi Rebsamen prévoit que ces nouvelles dispositions ne seront applicables qu'à partir du 1^{er} janvier 2017.

Une question pratique va cependant se poser au moment de l'entrée en vigueur de ces dispositions. Cette règle s'appliquera-t-elle aux élections postérieures au 1^{er} janvier 2017 mais dont le processus électoral aura été engagé antérieurement à cette date ? Ou bien ne concernera-t-elle que les élections dont la négociation du PAP est elle-même postérieure au 1^{er} janvier ?

La loi n'apporte absolument aucune précision sur ce point. Impossible, dans ces conditions de répondre avec certitude.

Dans la mesure où la loi modifie les règles relatives à la négociation du PAP puisque, à compter du 1^{er} janvier 2017, l'accord devra indiquer la répartition par sexe dans les collèges, on pourrait légitimement penser qu'elle ne s'appliquera pas aux protocoles conclus avant l'entrée en vigueur de la loi, même si le scrutin a lieu après cette date, dans la mesure où cette obligation ne sera pas encore applicable.

Seule l'obligation d'examen par les organisations syndicales des voies et moyens permettant d'atteindre cet équilibre sur les listes de candidatures demeure (art. L 2324-6 du code du travail). Comment, dans ces conditions, préparer des listes équilibrées, sans connaître la composition précise du collège ?

Toutefois, cette loi imposant également de respecter la proportionnalité et l'alternance dans la composition même des listes, on pourrait invoquer le fait qu'elle ne s'appliquera pas aux listes déposées avant l'entrée en vigueur de la loi, même si le premier tour de scrutin a lieu postérieurement. Par contre, il n'est pas certain que la loi ne trouve pas à s'appliquer en cas de dépôt des listes postérieur au 1^{er} janvier 2017...

Ces difficultés vont très certainement faire l'objet de contentieux dont il est difficile de prévoir l'issue.

Il faudra donc être prudent si une telle situation se produit et déjà tenter d'anticiper ces difficultés afin d'éviter tout risque d'annulation des élections et composer nos listes en tenant compte de ce risque.

6. Quelles seront les sanctions du non-respect de cette obligation ?

Le législateur a également prévu la sanction du non-respect des obligations de proportionnalité et d'alternance.

Les articles L 2314-25 et L 2324-23 sont modifiés de manière à rajouter à la compétence du juge d'instance les contestations relatives à la composition des listes de candidats en application des articles L 2314-24-1 et L 2324-22-1 du code du travail.

Mais la loi modifie également les articles L 2314-25 et L 2324-23 en leur ajoutant deux alinéas qui prévoient des sanctions différentes selon que l'irrégularité touche au respect de la parité ou bien à l'alternance entre les candidats des deux sexes.

Il est ainsi prévu que lorsque le juge constate, après l'élection, que la proportionnalité n'a pas été respectée, doit être annulée l'élection « *d'un nombre d'élus du sexe surreprésenté en surnombre sur la liste de candidats au regard de la part des femmes et des hommes que celle-ci devait respecter* ». Cette annulation se fera en suivant l'ordre inverse de la liste des candidats.

En outre, si le juge constate, après l'élection, que l'alternance n'a pas été respectée, il annulera l'élection du ou des élus dont le positionnement sur la liste ne respecte pas cette obligation.

On peut supposer également que le juge aura la possibilité de sanctionner à la fois le non-respect de la proportionnalité et celui de l'alternance.

EXEMPLE

Si l'on reprend notre exemple précédent dans lequel 3 sièges étaient à pourvoir dont un réservé aux femmes et deux aux hommes. La seule possibilité est, pour respecter parité et alternance de présenter une liste comportant un candidat, une candidate et un candidat ; ou bien une candidate et deux candidats.

Si la liste ne respecte pas ces deux possibilités, en admettant que cette liste ait obtenu les trois sièges, l'annulation se fera de la façon suivante, selon les cas :

** Si la liste ne comportait que des candidats hommes, le juge annulera alors l'élection du dernier candidat puisqu'il était possible d'avoir sur cette liste deux hommes. Mais, dans la mesure où l'alternance n'a pas été respectée, il pourra alors également annuler l'élection du second candidat...*

** Si la liste ne comportait que des candidates, l'élection de la candidate en 3^{ème} position, puis celle de la candidate en 2^{ème} position seront annulées.*

** Si sur la liste étaient présentés, dans l'ordre, un homme, un homme, une femme, bien que la parité ait été respectée, le second candidat ne pourra pas être élu puisque son positionnement sur la liste ne respecte pas l'obligation d'alternance.*

** Enfin, si la liste comporte une femme, une seconde femme et un homme, dans ce cas, l'élection de la seconde femme sera annulée, en sa qualité d'élue du sexe surreprésenté.*

Cet exemple permet de comprendre combien il sera important d'être attentif à la composition des listes afin d'éviter tout risque d'annulation, d'autant plus qu'il n'est pas exclu que de tels contentieux aient une incidence sur la représentation !

Se posera également la question de savoir comment et par qui seront pourvus les postes devenus ainsi vacants, du fait de l'annulation. Faudra-t-il refaire des élections pour pourvoir ces seuls postes ? Le juge aura-t-il la possibilité de proclamer élus d'autres candidats de la liste non élus ? Ou bien pourra-t-il donner les sièges à d'autres listes ?

La seule certitude que nous ayons est qu'il ne sera pas possible d'organiser des élections partielles si un collège électoral n'est plus représenté ou si le nombre des titulaires est réduit de moitié en raison de l'annulation de l'élection de délégués du personnel ou de membres élus du CE prononcée par le juge en cas de non-respect des obligations de parité et/ou d'alternance (art. L 2314-7 et art. L 2324-10 modifiés du code du travail). Ces postes seront-ils appelés à rester vacants ? Si tel est le cas, on peut aisément mesurer le prix que coûteront de telles erreurs (ou bien l'incapacité de certaines organisations à présenter des candidats des deux sexes, dans les proportions exigées), à la fois sur la présence de représentants du syndicat dans l'entreprise, mais également sur l'activité des institutions représentatives du personnel ainsi amputées d'une partie de leurs membres !

Une autre question va également se poser. La loi sanctionne expressément « *la constatation par le juge, après l'élection* », du non-respect de la proportionnalité et de l'alternance. Une telle contestation sera-t-elle possible avant l'élection, dans le cadre d'un contentieux préélectoral ? Et quelles en seront alors les conséquences sur le scrutin à venir ? Les listes seront-elles écartées dans leur ensemble, ou simplement modifiées ? Beaucoup de questions sans réponse qui vont certainement générer un lourd contentieux dès l'entrée en vigueur de ces obligations...

Enfin, il n'est pas non plus exclu que l'application de ces règles génère un contentieux, même en dehors de la période électorale. En effet, certaines questions sans réponse vont également se poser. Ainsi, faudra-t-il appliquer ces règles en cas de démission ou de départ d'un élu en cours de mandat et le remplacer par un suppléant du même sexe ? Mais que se passera-t-il alors s'il n'en existe plus ? On peut espérer, dans de telles circonstances que les règles classiques de remplacement faisant primer l'ordre de présentation des élus sur la liste trouvent bien à s'appliquer, mais ce n'est pas totalement certain.

Il est évident que ces obligations peuvent créer de réelles difficultés à beaucoup de syndicats qui ne seront pas toujours en mesure de présenter des candidats de tel ou tel sexe.

Si l'on peut considérer que l'objectif est louable, sa mise en œuvre risque de se frotter à des difficultés pratiques qui ne sont pas sans influence sur la représentation des salariés. De fait sous couvert d'une pseudo « *parité* » le législateur a, en réalité, donné un nouveau coup de canif à la liberté du syndicat de choisir ses représentants.

Une fiche technique sur le sujet est en préparation par le secteur Conventions collectives.

Amitiés syndicalistes.

Didier PORTE
Secrétaire Confédéral

Marie-Alice MEDEUF-ANDRIEU
Secrétaire Confédérale

Jean-Claude MAILLY
Secrétaire Général