

La « représentation équilibrée » sauvée par les normes européennes et internationales

Observations critiques sous les arrêts de la Cour de cassation du 13 février 2019

par Mélanie Schmitt, UMR 7354 DRES, Université de Strasbourg (1)

PLAN

I. La mobilisation des normes européennes et internationales par et devant la Cour de cassation	353
A. L'instrumentalisation des normes relatives à l'égalité et la non-discrimination liée au sexe	353
1. La mobilisation « forcée » du droit de l'Union européenne	354
2. L'instrumentalisation des normes du Conseil de l'Europe et de l'OIT	357
B. L'inattention réservée aux normes relatives à la liberté syndicale	359
1. La mobilisation de normes non pertinentes	359
2. La sous-exploitation des normes pertinentes	360
II. La résolution du conflit de droits fondamentaux d'égale importance	362
A. Une mise en balance déséquilibrée des droits fondamentaux en conflit	362
1. La mise en œuvre incomplète de la balance des droits	362
2. Une solution prévisible	364
B. L'éviction du principal problème : l'application indifférenciée de la représentation « équilibrée »	366
1. Un contrôle abstrait ignorant les effets produits par l'application de la loi	366
2. La mise en cause de la pertinence du système de « représentation équilibrée »	368
Annexe : Cour de cassation (Ch. Soc.) 13 février 2019 F3C-CFDT contre Syndicat CFE-CGC France Télécom Orange (p. n° 18-17.042 P+B+R+I)	370

La jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation révèle « une politique d'ouverture systématique sur l'extérieur » (2). Alors que la contestation du plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse montre que les juges du fond, aidés par des plaideurs organisés, sont prêts à suivre pareille politique, les vingt arrêts rendus par la Cour de cassation en date du 13 février 2019 confortent une telle analyse en l'appliquant au contentieux électoral. C'est, en effet, en s'appuyant sur de très nombreuses normes européennes et internationales que la Cour de cassation s'est prononcée sur l'interprétation et la portée des dispositions relatives à la « représentation équilibrée entre femmes et hommes » issues de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, dite loi *Rebsamen*. C'est surtout la mobilisation et la combinaison inédite de certaines normes qui méritent d'être relevées, dépassant la seule tendance – quantitative, mais profonde – à la multiplication des fondements européens et internationaux dans la jurisprudence de la Chambre sociale. Identique dans l'ensemble des décisions du 13 février 2019, la motivation marque, de plus, une évolution méthodologique significative de l'ouverture européenne de la Chambre sociale. Cette série de décisions n'en laisse pas moins une impression d'inachèvement. Face à la complexité des questions juridiques posées, la Cour de cassation a adopté une approche incomplète des contrôles de conventionnalité et de proportionnalité, permettant de préserver le droit français sans mettre en cause ses effets pervers.

Les contentieux ayant conduit aux arrêts du 13 février 2019 ont, à l'exception d'un seul (3), été initiés par la Fédération communication-conseil-

culture F3C-CFDT à la suite des élections des délégués du personnel et/ou des comités d'établissements (4) organisées en 2017-2018 dans une seule et même

(1) Par cette étude, je souhaite rendre hommage à Francis Meyer qui, par l'intermédiaire de la revue *Droit Ouvrier*, m'a offert ma première publication en 2001, déjà relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Je remercie également Fleur Laronze pour ses encouragements et ses observations toujours avisées.

(2) O. Dutheillet de la Lamothe, « Jean-Yves Frouin, un magistrat dans le siècle. 2014-2018, quatre ans de jurisprudence de la Cour de cassation », JCP éd. G n°7, 18 février 2019, doct. 182.

(3) FO a agi devant le Tribunal d'instance de Marseille (v. pourvoi n° 18-11.720).

(4) Dans une affaire était en cause également l'élection de la délégation unique du personnel (v. pourvoi n° 18-13.776).

entreprise, Orange. Dans toutes ces affaires, le tribunal d'instance saisi a annulé l'élection de candidates et/ou de candidats présentés par le syndicat CFE-CGC France Télécom Orange en tant que membres titulaires et/ou suppléants des institutions mises en places, sur le fondement des articles L. 2314-24-1 et L.2324-22-1 anciens du Code du travail. Rédigées en termes identiques, ces dispositions imposaient aux organisations syndicales, pour chaque collège électoral, d'établir des listes de candidature composées alternativement, et jusqu'à épuisement du sexe sous-représenté, d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la proportion des deux sexes inscrits sur la liste électorale du collège (5). La sanction prévue par le législateur était l'annulation de l'élection des représentants du sexe surreprésenté ou mal positionnés sur la liste de candidatures (6). Il est à noter que, si les faits de cette espèce sont soumis à ces anciennes dispositions relatives aux délégués du personnel et au comité d'entreprise, la solution retenue par la Cour de cassation vaut également pour l'élection des membres du comité social et économique (CSE), l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 ayant maintenu les exigences de représentation équilibrée des deux sexes pour l'élection des membres de l'instance unique (7).

Appelée à la plus grande publicité, l'une des vingt décisions a fait l'objet, en outre, d'une note explicative de la Cour de cassation (8). En l'espèce, en application de l'article L.2324-22-1 ancien du Code du travail, le protocole préélectoral prévoyait que, pour l'élection au comité d'établissement en cause, le troisième collège (ingénieurs et cadres) était composé de 77 % d'hommes et 23 % de femmes. Or, les listes des titulaires et des suppléants CFE-CGC France Télécom Orange comportaient cinq candidatures de femmes au lieu de quatre, excédant ainsi

la proportion conventionnelle dont la conformité à l'exigence légale n'était pas contestée. À l'image des autres affaires, l'annulation de l'élection des candidates surnuméraires résulte donc d'**une application à la lettre des dispositions légales**. L'argumentation principale du syndicat CFE-CGC, demandeur aux pourvois (9), consistait donc à contester ces dispositions elles-mêmes et, par conséquent, à mettre en cause le contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité opéré par le tribunal d'instance, afin que soit écartée leur application.

Rejetant ces prétentions, la Chambre sociale conclut à **la conformité des dispositions françaises litigieuses aux normes supérieures** mobilisées. Le moyen contestant leur **constitutionnalité** est ainsi jugé infondé, puisque, dans l'intervalle séparant le dépôt des pourvois et les décisions de la Cour, la décision du Conseil constitutionnel en date du 13 juillet 2018 (10) a validé ces dispositions, ne jugeant inconstitutionnelle que l'impossibilité d'organiser des élections partielles pour pourvoir aux sièges vacants. Fondé sur les normes européennes et internationales protégeant la liberté syndicale, le premier moyen – qui concentrera notre attention – est pareillement rejeté. La Haute juridiction fait prévaloir le principe d'égalité et de non-discrimination fondée sur le sexe, dont elle s'emploie à montrer l'importance en mobilisant des normes européennes et internationales de manière inédite. Par conséquent, c'est à bon droit que les tribunaux d'instance ont annulé les élections contestées, au motif que les listes CFE-CGC n'avaient pas respecté les articles L.2324-1 et/ou L.2324-22-1 anciens.

Si la solution semble logique, sa déclinaison dans les différents contentieux montre la contradiction qu'elle fait naître dans la pratique, puisque, au terme d'un raisonnement en tous points identique,

(5) Article L.2314-24-1 (créé par la loi n°2015-994 du 17 août 2015 et abrogé par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017) : « Pour chaque collège électoral, les listes mentionnées à l'article L.2314-24 [l'article L.2324-22-1 renvoie à l'article L.2324-22] 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. Lorsque l'application du premier alinéa du présent article n'aboutit pas à un nombre entier de candidats à désigner pour chacun des deux sexes, il est procédé à l'arrondi arithmétique suivant : 1° Arrondi à l'entier supérieur en cas de décimale supérieure ou égale à 5 ; 2° Arrondi à l'entier inférieur en cas de décimale strictement inférieure à 5. 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. Le présent article s'applique à la liste des délégués titulaires et à la liste des délégués suppléants ».

(6) Selon les termes de l'article L.2324-23, C. tr. : « La constatation par le juge, après l'élection, du non-respect par une liste de candidats des prescriptions prévues à la première phrase du premier alinéa de

l'article L.2324-22-1 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. Le juge annule l'élection des derniers élus du sexe surreprésenté en suivant l'ordre inverse de la liste des candidats (alinéa 3). La constatation par le juge, après l'élection, du non-respect par une liste de candidats des prescriptions prévues à la seconde phrase du premier alinéa du même article L.2314-24-1 entraîne l'annulation de l'élection du ou des élus dont le positionnement sur la liste de candidats ne respecte pas ces prescriptions (alinéa 4) ».

(7) V. les articles L.2314-30, L.2314-32 créés par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017.

(8) Cass. Soc. 13 février 2019, n°18-17.042.

(9) Rappelons que le juge d'instance statue en dernier ressort en matière électorale selon l'actuel article R.2314-23 C. tr. En l'espèce, était applicable l'ancien article R.2324-23, abrogé par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017.

(10) Décision n°2018-720/721/722/723/724/725/726 QPC du 13 juillet 2018.

se trouvent annulées des élections de candidats comme de candidates (11). Sont ainsi sanctionnées des pratiques syndicales qui réalisent – mieux que ne le permet notre législateur – l'égalité entre femmes et hommes, alors que l'objectif des dispositions litigieuses est précisément l'amélioration de l'égalité des chances au bénéfice des femmes ! Cette solution semble d'autant plus contradictoire qu'elle se fonde sur un corpus *a priori* imposant de normes européennes et internationales consacrant l'égalité et la non-discrimination entre femmes et hommes dans la vie professionnelle.

Au regard de **la conventionnalité du droit français**, les arrêts du 13 février 2019 révèlent toute la complexité du contrôle judiciaire, qui se trouve exacerbée par la particularité des contentieux qu'ils tranchent et la complexité des questions juridiques posées. Les décisions mettent, tout d'abord, en jeu un conflit entre deux droits fondamentaux d'égale valeur. Elles portent, de plus, sur des droits sociaux particuliers en ce qu'ils sont consacrés également comme des droits civils et politiques, ce qui explique la place

accordée à la Convention européenne de sauvegarde des libertés et des droits fondamentaux (CEDH) dans leur motivation (12). Par ailleurs, les arrêts du 13 février 2019 illustrent la difficulté d'intégrer les normes européennes et internationales dans un contexte national et une culture juridique spécifiques. Ils s'inscrivent ainsi dans un mouvement législatif et jurisprudentiel français convergent, tendant à restreindre l'étendue de la liberté syndicale. Une solution inverse ou plus nuancée aurait pu menacer l'édifice construit par la Chambre sociale en vue de conforter le système de représentativité issu de la loi du 20 août 2008 – particulièrement le seuil électoral de 10 % – et ses conséquences sur la liberté syndicale (13).

Afin d'éclaircir la complexité multidimensionnelle des décisions, il est, tout d'abord, indispensable d'explicitier les normes européennes et internationales mobilisées par et devant la Cour de cassation (I). C'est ensuite la résolution du conflit entre les deux droits fondamentaux en jeu qui fera l'objet d'une analyse critique approfondie (II).

I. La mobilisation des normes européennes et internationales par et devant la Cour de cassation

Dans la continuité de décisions de plus en plus nombreuses, la Cour de cassation s'évertue, dans les arrêts du 13 février 2019, à multiplier les normes européennes et internationales permettant de conférer une base solide, si ce n'est indiscutable, à sa solution. Comment comprendre le choix de ces normes relatives à l'égalité entre les femmes et les hommes ? Une analyse approfondie révèle une instrumentalisation très regrettable de ces normes (A). L'arrêt conduit à s'interroger également sur les normes relatives à la liberté syndicale, qui ne sont pas réellement incorporées dans le raisonnement de la Cour de cassation. La simple référence aux « *textes visés au moyen* » donne l'impression que les juges de la Haute juridiction ne se sont pas réellement intéressés à ces fondements juridiques (B).

A. L'instrumentalisation des normes relatives à l'égalité et la non-discrimination liée au sexe

Que la Cour de cassation se fonde sur des normes issues du droit de l'Union européenne n'est *a priori* guère surprenant, tant leur influence dans le domaine de l'égalité professionnelle est fondamentale. Les dispositions françaises en vigueur, codifiées aux articles L. 3121-1 et suivants du Code du travail, résultent ainsi des modifications successives apportées aux dispositions initiales de 1972 et 1975 par les nombreuses lois ultérieures assurant la transposition des directives européennes, notamment les lois *Roudy* du 13 juillet 1983, *Génisson* du 16 novembre 2001 et la loi du 27 mai 2008 (14). Pourtant, les fondements privilégiés se révèlent fragiles, leur choix

(11) Dans sept des vingt affaires jugées le 13 février 2019, l'annulation portait sur l'élection d'une ou plusieurs femmes ; dans neuf d'entre elles, l'annulation portait sur l'élection d'un ou plusieurs hommes ; dans quatre affaires, l'annulation portait à la fois sur l'élection d'hommes et sur l'élection de femmes.

(12) Les deux pactes internationaux des Nations-Unies de 1966 précèdent de la même façon.

(13) V. not. Cass. Soc. 14 avril 2010, n° 09-60.426, Dr. Soc. 2010, p. 647, obs. L. Pécaut-Rivolier ; RDT 2010, p. 374, obs. J.-F. Akandji-Kombé, et plus largement L. Pécaut-Rivolier, F. Petit, « Le redéploiement des forces syndicales. Enjeux et mesures de l'audience électorale », Dr. Soc. 2010, p. 1168.

(14) Loi n° 83-685 du 13 juillet 1983 portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, dite loi *Roudy* ; loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, dite loi *Génisson* ; loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

relevant d'un « forçage » résultant des conditions complexes – elles-mêmes critiquables – de l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (1.). Mobilisées de façon inédite par la Chambre sociale, les autres normes européennes et internationales ne fondent pas de manière plus solide la solution identique des vingt décisions rendues le 13 février 2019 (2.).

1. La mobilisation « forcée » du droit de l'Union européenne

Les fondements mobilisés. La Cour de cassation fonde sa décision, tout d'abord, sur l'article 21§ 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, aux termes duquel « (e)st interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe (...) ». Elle prend le soin de citer l'arrêt *Egenberger*, rendu par la Cour de justice en date du 17 avril 2018 (15) et qui concerne l'interdiction des discriminations liées à la religion dans le cadre des relations de travail. Comme l'indique la Cour de cassation, l'apport de cette décision est, en effet, de consacrer, de manière générale, l'effet direct de l'article 21 de la Charte, de sorte que cet article peut être utilement invoqué dans les litiges horizontaux (entre particuliers), tel ceux opposant deux organisations syndicales, comme dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts du 13 février 2019.

Ensuite, la Chambre sociale s'appuie sur l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, lequel complète l'article 21 et porte exclusivement sur l'égalité entre les femmes et les hommes. Aux termes de l'article 23, alinéa 1^{er}, cette dernière « doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération ». L'effet direct de cette disposition n'ayant pas (encore) été reconnu par la CJUE, la Chambre sociale se garde bien de statuer en ce sens. Cependant, elle ne marque aucune différence dans les effets qu'elle fait produire aux deux articles de la Charte. L'interdiction des discriminations liées au sexe résulte, en effet, de l'un comme de l'autre, ne constituant qu'une expression spécifique du principe général d'égalité (16). Il aurait sans doute été plus approprié de souligner le caractère complémentaire de l'article 23, dont la formulation générale et vague conduit à envisager une appréciation de la CJUE potentiellement différente quant à l'effet (direct) qu'il pourrait produire.

L'applicabilité contestable de la Charte des droits fondamentaux. Aux termes de l'article 51 § 1 de la Charte, ses dispositions « s'adressent aux (...) États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Ce n'est que si cette condition est remplie – ce qu'il incombe à la juridiction nationale de vérifier – les États sont alors tenus des obligations énumérées ensuite et selon lesquelles ils « respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités ». Le premier attendu de principe des arrêts commentés montre que la Chambre sociale a saisi l'importance décisive de cette étape préalable du raisonnement, puisqu'elle a vérifié que les dispositions françaises « mettent en œuvre, au sens de l'article 51 de la Charte, la directive 2002/54 ».

La condition tenant à la mise en œuvre du droit de l'UE par l'État membre reçoit une acception large en jurisprudence, selon la position de principe adoptée par la CJUE en 2013 : « les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union (... ou) lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union » (17). Reprenant cette seconde formulation à propos des articles 21 et 23 de la Charte, les arrêts du 13 février 2019 prolongent le mouvement jurisprudentiel d'extension de l'applicabilité de la Charte. Pour ce faire, la Cour de cassation s'est efforcée de « trouver » un texte issu du droit de l'UE qui pouvait être « mis en œuvre » dans le cadre de ces litiges. Selon elle, « les dispositions du Code du travail relatives aux modalités d'élection des représentants du personnel (...) mettent en œuvre la directive 2002/14 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne ». Par conséquent, les droits fondamentaux garantis par la Charte seraient applicables aux litiges tranchés le 13 février 2019. Cette position nous apparaît très contestable, fragilisant d'autant la solution qu'elle fonde.

La justification contestable de l'application de la Charte à l'égard des États membres. Si la CJUE a pu conclure à l'applicabilité de la Charte dans des affaires où la réglementation nationale mise en cause ne consistait pas à mettre en œuvre, *stricto sensu*, le

(15) CJUE 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16 ; Europ.2018, n° 6, p.5, n. D. Simon ; Sem. Soc. Lamy 2018, n°1828, p.7 ; n. G. Calvès ; Juris. soc. Lamy 2018, n°454, p.4, n. M. Hautefort. Confirmation CJUE 11 septembre 2018, *IR c. JQ*, C-68/17, Dr. Soc. 2018, p.915, obs. J. Mouly.

(16) V. déjà CJCE 9 octobre 1977, *Rückdeschel*, aff. 117-76, p.7. Sur l'articulation des deux principes, v. not. D. Martin, *Égalité*

et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste, Bruylant, 2006.

(17) CJUE 7 mai 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, v. pts 19 à 21. V. F. Picod, « Article 51 », in F. Picod et S. Van Drooghenbroeck, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, 2018, pp. 1067 et s.

droit de l'UE, une telle ouverture caractérise des situations mettant en jeu le cœur du système de l'UE, *i.e.* le marché intérieur et les règles économiques (18). Dans les affaires portant sur la politique sociale ou des mesures de (simple) coordination, en revanche, la CJUE se montre plus prudente (19).

Les arrêts du 13 février procèdent à un « forçage » contestable de cette notion. Il est, en effet, constant que le droit de l'Union européenne ne régit ni la désignation, ni la composition, ni même la forme que doit prendre la représentation collective des salariés dans les entreprises nationales. Depuis 1975, toutes les directives qui consacrent des droits à l'information et à la consultation des travailleurs (20) ont en commun de renvoyer à la législation nationale le soin de définir les représentants des travailleurs, préservant donc la compétence des États membres s'agissant de l'élection des représentants des travailleurs. Même la directive 2002/14, dont l'unique objet est pourtant la mise en œuvre du droit à l'information et à la consultation des représentants, procède de cette manière. Selon son article 2, sous e), elle vise « *les représentants des travailleurs prévus par les législations et/ou pratiques nationales* ». Confortant ce renvoi, le considérant 15 dispose que « (l)a présente directive ne porte pas atteinte aux systèmes nationaux dans le cadre desquels l'exercice concret de ce droit implique une manifestation collective de volonté de la part des titulaires de celui-ci » (21).

Il résulte très clairement de la directive 2002/14 que non seulement elle ne régit pas les modalités d'élection des représentants du personnel, mais qu'elle exclut même expressément toute obligation à l'encontre des États membres, en préservant leur compétence dans cette matière. Le droit de l'UE n'imposant pas la mise en place d'une représentation collective par la voie de l'élection, il est erroné d'affirmer que les dispositions françaises encadrant l'établissement des listes de candidats aux élections

du CSE mettent en œuvre la directive 2002/14 au sens de l'article 51 § 1 de la Charte. Même en optant pour une conception extensive de cette exigence, il n'est pas correct de considérer que le législateur français a agi dans le champ d'application du droit de l'UE, puisque, précisément, la directive a exclu les modalités de la mise en place des représentants des travailleurs dans les entreprises nationales de ses propres dispositions (22). S'il est certes possible de « découvrir » une influence des directives européennes sur la représentation nationale des travailleurs, les normes issues de ces textes n'impliquent aucune action des États quant aux modalités de mise en place de la représentation (23).

Un obstacle plus important encore à la position de la Cour de cassation réside dans **l'article 153 § 5 du traité sur le fonctionnement de l'UE** (TFUE), lequel exclut expressément le « *droit d'association* » - c'est-à-dire le droit syndical entendu largement - de la compétence de l'Union européenne. Il est donc inexact de considérer que des dispositions qui, dépassant la thématique de l'information-consultation, relèvent du droit d'association, mettent en œuvre le droit de l'UE.

La question se pose alors de l'existence d'autres fondements juridiques qui auraient été davantage pertinents pour fonder l'application de la Charte.

Fonder l'application de la Charte sur les textes de l'UE relatifs à l'égalité entre les femmes et les hommes : une voie plus pertinente ? L'égalité et l'interdiction des discriminations entre hommes et femmes dans le travail et l'emploi font l'objet d'une consécration dans les traités - égalité des rémunérations depuis 1957, au sein de l'actuel article 157 TFUE - et, depuis 1975, dans de nombreuses directives, « refondues » en dernier lieu au sein de la directive 2006/54 relative à l'égalité des chances et de traitement entre les femmes et les hommes en matière d'emploi et de travail (24). Les normes

(18) E. Spaventa, *The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures*, étude pour le Parlement européen, 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556930/IPOL_STU\(2016\)556930_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556930/IPOL_STU(2016)556930_EN.pdf)

(19) Comme cela est le cas lorsque la Cour est interrogée sur la conformité de mesures nationales d'austérité à la Charte. En ce sens, A. Koukiadaki, *Application (Article 51) and Limitations (Article 52(1))*, in F. Dorssemont, K. Lörcher, S. Clauwaert and M. Schmitt, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Hart-Bloomsbury, 2019.

(20) Il en est ainsi des directives sur le licenciement collectif, sur le transfert d'entreprise ou encore la directive-cadre relative à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs.

(21) Le considérant suivant oriente l'interprétation dans le même sens : « (16) La présente directive ne porte pas atteinte aux systèmes prévoyant l'association directe des travailleurs, tant que ceux-ci ont toujours la liberté d'exercer leur droit à l'information et à la consultation à travers leurs représentants ».

(22) Ce qui n'est bien entendu pas le cas de la représentation transnationale des travailleurs au sein du comité d'entreprise européen, dont la mise en place est prévue par la directive 94/45, révisée par la directive 2009/38 du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (refonte), JOCE n° L. 122, 16 mai 2009, p. 28.

(23) S. Laulom, *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Publications de l'université de Saint-Etienne, 2005.

(24) Directive 2006/54 du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JOCE n° L. 204, 26 juillet 2006, p. 23.

contraignantes en résultant imposent des obligations aux États, de sorte qu'ils mettent nécessairement en œuvre le droit de l'UE. Suivant l'article 51 § 1 de la Charte, les articles 21 et 23 ont ainsi vocation à s'appliquer dans des situations purement nationales couvertes par ces normes contraignantes. En aucun cas, donc, ces articles, comme tous les articles de la Charte, ne s'adressent aux États de manière automatique et inconditionnelle : l'applicabilité de l'article 21 à leur égard est subordonnée à l'existence d'un lien de rattachement entre la situation litigieuse et le champ d'application du droit de l'UE (25). Ainsi en est-il de l'article 23, qui impose pourtant l'égalité hommes-femmes « dans tous les domaines » (alinéa 1^{er}) et prévoit, en outre, à son alinéa second, que « le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté (...) » (alinéa 2).

La question de l'application des normes européennes sur l'égalité et la non-discrimination sexuelle aux modalités d'élection des représentants. Il est certain que ces normes ne prévoient pas expressément leur application aux modalités de mise en place des représentants des travailleurs. Peuvent-elles, dès lors, recevoir une interprétation permettant de couvrir l'établissement des listes de candidats aux élections des délégués du personnel, du comité d'entreprise et, aujourd'hui, du comité social et économique ? La notion de conditions d'emploi et/ou de conditions de travail pourrait offrir une perspective en ce sens.

Une interprétation extensive inédite de la notion de « conditions d'emploi et de travail ». L'article 157 TFUE n'apparaît pas pertinent dans la mesure où, d'une part, il ne couvre, de manière contraignante pour les États, que la rémunération (bien que définie très largement) et où, d'autre part, il ne contient, en matière d'égalité des chances et de traitement, qu'une base juridique permettant à l'Union d'adopter des directives mettant en œuvre ces principes en matière d'emploi et de travail. Reste cependant le §4 de l'article 157 selon lequel, « Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Cette formulation se révèle très proche de l'article 23, alinéa second, de la Charte, ce qui ne saurait surprendre, les Explications relatives à la Charte précisant que « (l) second alinéa reprend, dans une formule plus courte, l'article 157, paragraphe 4 », sans toutefois modifier cet article. Dans le même sens, **la directive 2006/54** définit son champ d'application de manière large, sans toutefois englober explicitement la désignation de la représentation des travailleurs, ni, plus généralement, les relations collectives de travail. En vertu de son article premier, les domaines couverts sont : « a) l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation professionnelle ; b) les conditions de travail, y compris les rémunérations (...) ». Plus précisément est proscrite, aux termes de l'article 14 de la même directive, toute discrimination en ce qui concerne non seulement « c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement, ainsi que la rémunération, comme le prévoit l'article 141 du traité [157 TFUE] ».

Les précisions contenues dans ces textes et celles apportées par la Cour de justice cantonnent l'application de ces dispositions aux relations individuelles de travail. Seule une interprétation novatrice très extensive de la notion de conditions d'emploi et/ou de travail permettrait d'y inclure la présence d'un.e salarié.e sur une liste de candidatures aux élections professionnelles. La directive 2006/54 fournit un fondement supplémentaire à cette interprétation, en incluant dans son champ d'application « l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs (...), y compris les avantages procurés par ce type d'organisation » (26). L'application du principe d'égalité et de non-discrimination à ces éléments relevant de la liberté syndicale et du droit syndical conforterait la conception extensive des conditions de travail et d'emploi (selon la directive 2006/54 et une jurisprudence constante de la CJUE (27)), ainsi que de la vie et de la carrière professionnelles (selon l'article 157 § 4). Plus explicitement encore, le considérant 20 de la directive 2006/54 renforce une telle interprétation (28), en disposant que « (a)u nombre des mesures visées au sens de l'article 141, paragraphe 4, du traité [157 TFUE], peuvent figurer l'adhésion à une organisation ou à un syndicat, ou la poursuite d'activités en leur sein, lorsqu'ils ont pour objectif principal de promouvoir, dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement entre

(25) V. E. Bribosia, I. Rotive et J. Hislaire, « Article 21 », in F. Picod et S. Van Droogenbroeck, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, op. cit., p. 498.

(26) Art. 14 d), directive 2006/54.

(27) (V. S. Hennion, M. Le Barbier, M. Del Sol, J.-Ph. Lhernould, *Droit social européen et international*, 3^{ème} éd., PUF, Thémis, spéc., p. 378.

(28) *Ibid.*

(25) V. E. Bribosia, I. Rotive et J. Hislaire, « Article 21 », in F. Picod et S. Van Droogenbroeck, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, op. cit., p. 498.

(26) Art. 14 d), directive 2006/54.

(27) (V. S. Hennion, M. Le Barbier, M. Del Sol, J.-Ph. Lhernould, *Droit social européen et international*, 3^{ème} éd., PUF, Thémis, spéc., p. 378.

(28) *Ibid.*

hommes et femmes ». L'ensemble de ces dispositions révélerait la volonté du législateur de l'Union de saisir tous les éléments des relations de travail et d'emploi lorsqu'il s'agit de faire respecter le principe d'égalité entre hommes et femmes.

Une telle interprétation apporterait une nouvelle dimension à la jurisprudence de la CJUE, qui confère une portée maximale au droit fondamental à ne pas être discriminé en raison du sexe, notamment en reconnaissant un effet direct vertical et horizontal à ses fondements juridiques – l'article 157 TFUE (29) comme l'article 21 de la Charte. Il serait alors possible de considérer que les articles litigieux du Code du travail, en imposant le respect des principes de représentation équilibrée pour l'établissement des listes de candidats aux élections professionnelles, mettent en œuvre l'article 157 TFUE et la directive 2006/54. Bien que hardi et prospectif, ce « rattachement » (30) permettant de fonder l'application des articles 21 et 23 de la Charte se révèle, dans tous les cas, plus pertinent que celui opéré par la Cour de cassation.

Au contraire, le premier attendu de principe des arrêts du 13 février 2019 relève d'un « forçage » tel qu'il met en cause la solution de l'arrêt. Il révèle que la Cour de cassation n'a pas réussi à saisir et à surmonter la complexité qui caractérise aujourd'hui le droit du travail de l'Union européenne, notamment l'articulation délicate – et critiquable à maints égards – entre les normes de droit dérivé et la Charte des droits fondamentaux (31). Cela est d'autant plus regrettable et incompréhensible que les deux attendus suivants proposent une interprétation, surprenante au premier abord, des autres normes européennes et internationales mobilisées.

2. L'instrumentalisation des normes du Conseil de l'Europe et de l'OIT

La Cour de cassation tente de consolider les fondements juridiques issus du droit de l'UE en mobilisant d'autres normes internationales, qui, selon elle, imposent l'interdiction des discriminations liées au sexe dans le contexte de la vie professionnelle. Plus précisément, l'instrumentalisation qu'en font les juges du droit apparaît pour le moins audacieuse en ce qu'elle inclut implicitement, dans la notion de conditions de travail, d'emploi ou de profession, la

représentation sexuelle proportionnée sur les listes syndicales de candidat.e.s aux élections professionnelles.

La Convention européenne des droits de l'Homme. Selon le deuxième attendu de principe, « *il résulte de la combinaison des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales que toute discrimination entre les sexes en matière de conditions de travail est prohibée* ». Illustrant une nouvelle fois l'application horizontale de la Convention, cette affirmation semble aussi surprenante qu'elle est laconique. Quel raisonnement permet, en effet, de considérer que la CEDH, qui consacre des droits civils et politiques, proscrit toute discrimination sexuelle en matière de conditions de travail ? Si l'article 14 CEDH prohibe, en effet, toute discrimination liée, notamment, au sexe (32), il n'a pas de vie autonome dans le système normatif de la Convention, même si la Cour de Strasbourg montre un assouplissement certain de sa jurisprudence à cet égard. Il reste que cette disposition ne peut être mobilisée qu'en vue de conforter la jouissance d'un (autre) droit issu de la convention. « *L'article 14 n'est jamais applicable isolément. Il est toujours applicable conjointement avec un autre article de la Convention énonçant un droit ou une liberté* » (33). Pour que l'article 14 puisse être mobilisé dans le présent contentieux électoral, il convenait donc de le combiner à un autre droit de la Convention susceptible d'être appliqué aux domaines des relations de travail et, potentiellement, à l'établissement des listes de candidat.e.s aux élections professionnelles. La Cour de cassation trouve ce droit dans l'article 8 CEDH, qui protège le droit de toute personne au respect « *de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ».

Pourtant, l'affirmation n'est pas dénuée de tout fondement. La jurisprudence récente de la Cour EDH montre, en effet, un élargissement de la notion de « *vie privée* ». Loin de se limiter à un « *cercle intime* », où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise, et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle, la vie privée s'étend aux activités professionnelles, dans la mesure où les relations d'emploi et de travail sont fréquemment le seul moyen pour une personne de nouer et développer des relations sociales avec ses semblables et le monde extérieur,

(29) CJCE 15 juin 1978, *Defrenne III*, aff. 149/77.

(30) Selon la formule issue de CJUE 7 juin 2012, *Vinkov*, C-27-11, p. 59.

(31) V. par ex., les commentaires sous l'arrêt CJUE 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12 de P. Rodière, « Un droit, un principe, finalement rien ? », Sem. Soc. Lamy, 17 février 2014, n°1618, p. 11 et I. Meyrat, « Le droit fondamental à l'information et à la consultation des travailleurs : quelle justiciabilité ? », Dr. Ouvr. 2014, p. 547.

(32) Art. 14 CEDH : « *La jouissance des droits et liberté reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe (...)* ».

(33) F. Edel, L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'Homme n° 22, 2010, p. 18.

qui est protégé au titre de la vie privée (34). Ainsi, la perte d'un emploi par une mesure injustifiée de licenciement peut être analysée comme une violation de l'article 8, car elle prive l'individu non seulement des ressources suffisantes pour assurer la subsistance de sa famille, mais encore de la possibilité de développer une vie sociale et des relations personnelles au-delà du cercle familial (35). Si d'autres décisions se situent dans la même perspective et concernent toutes des aspects relevant des relations individuelles de travail, il semble très excessif de tirer de la jurisprudence européenne un principe général selon lequel toute discrimination liée au sexe est interdite par la CEDH en matière de « conditions de travail ». En tous les cas, **l'article 8 CEDH** n'a pas encore été mobilisé dans le contexte de la représentation syndicale au sein de l'entreprise. Cette limitation n'est pas illogique et se justifie par la nature essentiellement individuelle du droit protégé par cette disposition.

Cependant, dans le contexte national, la mobilisation de l'article 8 CEDH peut prendre appui sur une précédente solution jurisprudentielle de principe, selon laquelle « l'adhésion du salarié à un syndicat relève de sa vie personnelle » (36). Destinée à empêcher l'employeur d'obtenir du syndicat la communication de l'identité de ses membres au sein de l'entreprise, cette jurisprudence *Okaidi*, bien que fondée sur l'article 11 de la CEDH, se trouve fort opportunément en position de renforcer et de développer l'interprétation extensive de l'article 8 par la Cour EDH. Cette connexion relève à nouveau de l'instrumentalisation des normes européennes, utilisées tantôt pour fonder, tantôt pour limiter la protection de la liberté syndicale. L'élément décisif de la divergence des solutions réside dans la dimension de la liberté syndicale dont la protection est recherchée, la liberté individuelle de se syndiquer étant bien mieux protégée que ne l'est la dimension collective de la liberté syndicale. Or, dans les vingt affaires jugées le 13 février 2019 (37), le contentieux revêtait une dimension collective, puisque les syndicats ont fait valoir leurs propres intérêts. Bien que les représentants dont l'élection a été annulée aient parfois également saisi le juge d'instance, leur argumentation ne reposait pas sur la violation de leur propre liberté

syndicale. La mobilisation de l'article 8 nous semble, par conséquent, pour le moins audacieuse et, en tous les cas, très incertaine.

La Convention de l'OIT n°111. La Cour de cassation mobilise ensuite la Convention n°111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (adoptée par l'OIT en 1958), dont l'article 2 impose aux États liés par elle, dont la France, de viser l'objectif d'« éliminer toute discrimination ». Les arrêts du 13 février reprennent la définition contenue à l'article 1^{er} § 1, aux termes duquel « le terme discrimination comprend : a) toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur (...) le sexe, (...) qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession ». À l'image des dispositions du droit de l'UE, le champ d'application matériel de cette convention recouvre l'accès à la formation professionnelle, l'accès à l'emploi et aux différentes professions, ainsi que les conditions d'emploi (38). À nouveau, il apparaît que le principe de l'interdiction des discriminations est conçu pour s'appliquer dans le cadre de la relation individuelle de travail, le concept de « conditions d'emploi » ne s'étendant pas aux relations collectives de travail et, partant, à l'établissement des listes électorales. Il semble que l'article 20 de la Charte sociale européenne révisée, absent dans les attendus de principe des arrêts du 13 février 2019, ne soit pas davantage utile. Bien que garantissant le droit de tous les travailleurs à « l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe », il s'applique, selon le Comité européen des droits sociaux, à toutes les étapes de la vie professionnelle, également entendue comme la relation individuelle de travail et d'emploi (39).

Il convient donc de souligner la fragilité des fondements juridiques mis en avant par la Cour de cassation, dont le raisonnement est contestable s'agissant aussi bien de l'**applicabilité formelle** des normes invoquées (en l'occurrence, les droits de la Charte des droits fondamentaux de l'UE) que de leur **applicabilité substantielle** (la EDH et la Convention OIT n°111). Quant aux normes relatives à la liberté syndicale, la Cour de cassation ne fournit aucune précision.

(34) CEDH 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. n° 13.710/88, § 29. V. J. Mouly, « Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant Nemesis, 2005, p. 279.

(35) CEDH 19 octobre 2010, *Özpinar c. Turquie*, req. n° 20.999/04 ; CEDH 15 mai 2012, *Fernandez Martinez c. Espagne*, req. n° 56.030/07.

(36) Cass. Soc. 8 juillet 2009, n°s 09-60.011, 09-60.031, 09-60.032, *Okaidi*, Sem. Soc. Lamy 2010, n° 1439, p. 24, obs. G. Borenfreund ; RDT 2009, p. 729, obs. M. Grévy.

(37) V. I. Van Hiel, « The right to Form and Join Trade Unions Protected by Article 11 ECHR », in F. Dorssemont, K. Lörcher, I. Isabelle, *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart, 2013, p. 287.

(38) Art. 1^{er} § 3 de la Convention n° 111.

(39) Digest de jurisprudence du comité européen des droits sociaux, 2018, pp. 190 et s. <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-fr/1680939fa8>.

B. L'inattention réservée aux normes relatives à la liberté syndicale

La Cour de cassation renvoie « *aux textes européens et internationaux visés au moyen* », sans préciser le contenu du « *principe de la liberté syndicale* » que ces mêmes textes auraient en commun de garantir, ni même les citer. Ces lacunes dans la motivation des décisions sont d'autant plus regrettables que la Cour de cassation les intègre toutes dans son raisonnement lorsqu'elle statue sur la conciliation des droits fondamentaux en cause. Sans anticiper sur nos futurs développements qui seront consacrés à cette question, intéressons-nous plus précisément aux normes invoquées par le syndicat CFE-CGC à l'appui de sa prétention. Que nous révèlent ces normes, leur choix par le syndicat et le traitement qui leur est réservé par la Cour de cassation ? Il convient, tout d'abord, d'expliquer la mobilisation de normes non pertinentes dans les contentieux qui nous occupent (1.). Nous pourrions ensuite nous concentrer sur les normes pertinentes et leur « sous-utilisation » par la Cour de cassation (2.).

1. La mobilisation de normes non pertinentes

Le syndicat CFE-CGC conteste la conventionnalité des dispositions sur la représentation équilibrée en invoquant de nombreuses normes européennes et internationales garantissant, selon lui, la liberté syndicale. Or, certaines s'avèrent impertinentes, car relatives au droit à la négociation collective et au droit de grève. Le débat (sans fin) sur la faible autorité dont jouiraient ces normes dans l'ordre juridique français n'est donc pas ici la difficulté majeure. Tel est le cas de la Charte sociale européenne (révisée) (40) (ci-après CSE(R) (41)), dont l'article 6 protège les droits de négociation collective et de grève, sur le modèle de la Convention OIT n°98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, adoptée en 1949. Suivant l'article 4 de cette Convention, tel qu'interprété par les comités de l'OIT

et également invoqué par le syndicat CFE-CGC, la négociation collective doit être libre et volontaire et respecter le principe de l'autonomie des parties ; mais les États ont l'obligation de prendre des mesures pour le développement de la négociation collective (42). Dans ces deux systèmes normatifs, le droit d'organisation et de négociation collective doit être analysé comme le complément de la liberté syndicale (43), donc distinct de celui-ci.

Une telle analyse distinctive doit également être retenue à propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont l'article 28 complète la liste des normes européennes invoquées par le syndicat CFE-CGC. Critiquée (44), la séparation de la liberté syndicale (article 12 de cette Charte) et du droit de négociation et d'action collectives incluant le droit de grève (article 28) y est encore plus marquée, la liberté syndicale demeurant à l'écart des droits sociaux de dimension collective. Dès lors, il est incontestable que l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux ne garantit pas la liberté syndicale.

Comment expliquer la mobilisation de ces fondements ? Le choix erroné de ces fondements juridiques résulte très certainement de la simple duplication, par le syndicat, des fondements déjà retenus à plusieurs reprises devant et par la Cour de cassation, bien que sans succès, lorsqu'il s'est agi de contester les limites portées à la liberté syndicale par la loi du 20 août 2008. Dans l'arrêt fondateur du 14 avril 2010 (45), la Chambre sociale s'était ainsi fondée (notamment) sur l'article 28 de la Charte de l'UE pour conforter le critère de l'audience électorale comme condition restreignant la liberté des syndicats de choisir leur délégué syndical. Celui-ci disposant, de droit, du pouvoir de négocier les accords collectifs avec l'employeur, il était pertinent, dans ce contentieux, de mobiliser l'article 28. L'invoquer dans les vingt affaires jugées le 13 février 2019 se révèle d'autant plus impertinent que, selon son énoncé, les droits de négociation collective et de grève s'exercent « *conformément au*

(40) Considérée comme le pendant de la CEDH dans le système juridique du Conseil de l'Europe, cette Charte est un traité international contraignant qui consacre les droits sociaux comme des droits de l'homme, tout en mettant en place des mécanismes inédits dans les instruments de protection des droits de l'homme. Elle constitue un système normatif complexe, de sorte que, d'une part, certains États sont soumis à la Charte initiale adoptée en 1961, tandis que les autres (à l'exception de la Suisse et du Liechtenstein, qui n'ont ratifié aucune des deux chartes) sont soumis à la Charte révisée en 1996, notamment pour accroître les droits protégés et, d'autre part, les États n'étant pas tenus d'accepter toutes les dispositions de la Charte (système « à la carte »), aucun droit de cette Charte n'est absolument obligatoire pour la totalité des États parties. Ces particularités, auxquelles il convient d'ajouter l'inexistence d'un contrôle judiciaire semblable à celui opéré par la CEDH, fondent en grande partie la vision majoritaire d'un instrument ineffectif.

(41) Les art. 1 à 19 sont identiques dans les deux Chartes, ce que représente l'abréviation « CSE(R) ».

(42) Art. 4 Convention OIT n°98 : « *Des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi* ».

(43) BIT, Étude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, 2008, Rapport de la CEACR, Rapport III (partie 1B), 2012, § 164.

(44) F. Dorssemont, « Article 12(1) », in S. Peers et al. (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights, a commentary*, Hart, 2014, p. 341 ; P. Rodière, « Article 28 », in F. Picod et S. VanDrooghenbroeck, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, op. cit., p. 626.

(45) Cass. Soc. 14 avril 2010, n°09-60.426, préc., n. 13.

droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ». Même si l'article 28 était applicable, cette réserve permettrait donc de subordonner le libre choix des candidats aux élections professionnelles au respect du principe de l'égalité entre les femmes et les hommes, tel qu'il est consacré en droit de l'UE et tel qu'il est décliné en droit français.

L'apport de l'article 5 de la Convention n° 135 de l'OIT concernant la protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et les facilités à leur accorder (adoptée en 1971) mériterait sans doute d'être davantage discuté. Visant à préserver la situation des syndicats et des représentants syndicaux dans les entreprises qui comptent également des représentants élus (46), cette disposition a pu être mobilisée par les juges français pour conforter le pouvoir de négociation des délégués syndicaux (47). En revanche, l'article 5 de la Convention n° 135 n'est pas conçu pour régir l'établissement par les syndicats de leurs listes de candidats aux élections des représentants du personnel, mais pour éviter que des représentants élus non syndiqués puissent nuire aux prérogatives des représentants syndicaux. Cela étant, l'annulation de l'élection de candidat.e.s surnuméraires ou mal positionné.e.s pourrait avoir une incidence dans le cas où la négociation collective est confiée au conseil d'entreprise mis en place conventionnellement, ou dans celui de la mise en œuvre des dispositifs de négociation dérogatoire avec les élus. Cette question, non soulevée par le syndicat CFE-CGC, pourrait donc être développée à l'avenir à l'appui de prétentions relatives à une négociation d'entreprise. La Convention n° 135 ne nous semble pas constituer un fondement nécessaire dans les vingt contentieux qui nous intéressent. D'autres normes, en revanche, bien que pertinentes, ont été bien peu exploitées au regard de leurs potentialités.

2. La sous-exploitation des normes pertinentes

Comme le soutient justement le syndicat CFE-CGC, le libre choix par le syndicat de ses candidats est garanti, au niveau international, par la Convention n° 87 de l'OIT et, au niveau européen, par l'article 5 de la Charte sociale européenne (révisée) et l'article 11 de la CEDH. C'est donc à l'aune de ces normes que

les juges d'instance auraient pu conclure à l'inconventionnalité des dispositions françaises en cause, en ce qu'elles portent une atteinte excessive à la liberté syndicale.

Contenu de la liberté syndicale. En totale synergie, ces normes déterminent le contenu de la liberté syndicale comme comportant le droit, pour les organisations de travailleurs, non seulement d'organiser librement leurs activités et leurs actions, mais encore de choisir librement leurs représentants, notamment au sein des entreprises.

L'article 3 de la Convention OIT n° 87 protège le droit des syndicats « *d'élire librement leurs représentants* ». Cette disposition est interprétée de manière extensive, de sorte à conférer la plus grande portée à cette Convention « *fondamentale* » selon la Déclaration de l'OIT de 1998 (48). S'il s'applique principalement aux élections internes au syndicat en vue d'en choisir les dirigeants, le Comité de la liberté syndicale a eu l'occasion d'en faire application pour la désignation des représentants du syndicat au sein de l'entreprise. C'est précisément dans le cadre d'une plainte contestant l'obligation faite aux syndicats français de prendre en compte le seuil de 10 %, lors du choix de leur délégué syndical ou du représentant de leur section syndicale, que le Comité de la liberté syndicale a considéré que « *le choix du représentant d'une section syndicale devrait obéir aux principes d'autonomie vis-à-vis des autorités publiques consacrés par l'article 3 de la Convention n° 87 (...), la désignation et la durée du mandat du représentant d'une section syndicale devraient découler du libre choix du syndicat concerné et conformément à ses statuts. Il revient au syndicat de déterminer la personne la plus à même de le représenter au sein de l'entreprise et de défendre ses membres dans leurs réclamations individuelles* » (49).

Inspiré de cette Convention, **l'article 5 de la Charte sociale européenne (révisée)** énonce logiquement le droit des travailleurs (et des employeurs) de constituer des syndicats et d'y adhérer et protège également la liberté d'organisation et de fonctionnement des syndicats, ainsi que le droit de choisir leurs propres membres et leurs représentants (50). Au regard de sa jurisprudence, le libre choix par les syndicats de leurs

(46) Art. 5 Convention OIT 135 : « *Lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants, et pour encourager la coopération, sur toutes questions pertinentes, entre les représentants élus, d'une part, et les syndicats intéressés et leurs représentants, d'autre part* ».

(47) Cass. Soc. 14 avril 2010 préc. ; Cass. Soc. 23 mai 2011, n° 10-60.185.

(48) Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence internationale du travail à sa quatre-vingt-sixième session, Genève, 18 juin 1998 (Annexe révisée le 15 juin 2010). Ce texte stipule que ces droits sont universels et qu'ils s'appliquent à tous les peuples et tous les États, quel que soit leur niveau de développement économique, qu'ils aient ou non signé et ratifié les conventions en question.

(49) Comité de la liberté syndicale, 362^{ème} rapport, cas n° 2750, § 952 ; 377^{ème} rapport, cas n° 2750, § 34.

(50) Conclusions XIII-3 (1995) – Royaume-Uni.

candidats aux élections professionnelles est, sans nul doute, couvert par l'article 5 de la CSE(R).

Quant à l'article 11 CEDH, qui consacre la liberté syndicale comme une forme de la liberté d'association (51), la Cour européenne des droits de l'Homme a progressivement précisé le contenu de ce droit en étoffant la liste des « éléments essentiels de la liberté syndicale ». Au « droit d'être entendu et [à] la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci », garantis depuis un arrêt fondateur de 1975 (52), la Cour de Strasbourg a ajouté le droit de négociation collective et le droit de grève (53). Est également protégé par l'article 11 de la CEDH le « droit pour les syndicats d'établir leurs propres règlements et d'administrer leurs propres affaires », ce qui inclut le droit de tout syndicat de choisir ses membres (54). Il ne fait aucun doute que l'article 11, doté d'une vocation générale, englobe également le libre choix des représentants et des candidats qui représenteront le syndicat aux élections professionnelles de l'entreprise. Notons que l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE doit recevoir la même interprétation, dès lors qu'il constitue un « droit correspondant » à l'article 11 CEDH (55). Cependant, l'article 12 CDFUE, non invoqué dans le contentieux électoral ici commenté, ne trouverait à s'y appliquer que dans la mesure où l'on pourrait considérer que le législateur français est intervenu dans le champ d'application du droit de l'UE. Or, cette hypothèse est très largement contestable.

La mobilisation de ces normes pertinentes ne surprend guère, bien au contraire, dès lors que la Cour de cassation a déjà mobilisé ces dispositions dans le contentieux portant sur les conditions imposées aux syndicats lors de la désignation du représentant de la section syndicale (article L.2142-1-1 ancien du Code du travail). Ainsi, dans un arrêt du 14 novembre 2013, la Chambre sociale approuve le tribunal d'avoir refusé d'écarter l'application de cette disposition, au regard de l'article 3 de la Convention n° 87 de l'OIT : « l'interdiction faite aux syndicats non représentatifs

de désigner à nouveau, au sein de l'entreprise ou de l'établissement, en qualité de représentant de section syndicale, le salarié désigné antérieurement aux dernières élections professionnelles à l'issue desquelles le syndicat n'a pas obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés, ne heurte aucune prérogative inhérente à la liberté syndicale et, tendant à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise, ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical » (56). Plus généralement, le libre choix par le syndicat de ses représentants est protégé par le droit français, la Cour de cassation jugeant que le syndicat est le seul à même de déterminer les personnes les plus aptes à le représenter. Il en est ainsi, par exemple, de la désignation du délégué syndical. Le syndicat dispose de toute liberté pour nommer en cette qualité un salarié non permanent (57). Dans le même sens, « il n'appartient qu'au syndicat désignataire d'apprécier s'il est en mesure de remplir sa mission, peu important que ce salarié ait précédemment exercé des fonctions de représentant d'un autre syndicat ou qu'il ait été élu lors des dernières élections sur des listes présentées par un autre syndicat » (58). Mais, loin d'être absolue, cette prérogative syndicale s'exerce dans le cadre des prescriptions légales, lesquelles ont été considérablement renforcées par la loi du 20 août 2008. En imposant la représentation équilibrée des sexes sur les listes syndicales, la loi du 17 août 2015 ajoute une nouvelle exigence et, partant, une restriction supplémentaire à la liberté syndicale.

Restrictions à la liberté syndicale. Les normes pertinentes ont en commun de prévoir et encadrer les restrictions pouvant valablement être apportées par les États à l'exercice de la liberté syndicale.

Révélatrice à cet égard, l'invocation de l'article 11 § 2 de la CEDH au sein de la première branche du premier moyen met d'emblée l'accent sur l'élément central du pourvoi : la contestation de la restriction apportée par la loi française à la liberté syndicale. En vertu de cette disposition, « (l')exercice de ces droits

(51) Art. 11 § 1 CEDH : « Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ».

(52) CEDH, 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, req. n° 44.64/70.

(53) CEDH, Gr. Ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 147 ; AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss ; D. 2009. 739, chron. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; RDT 2009. 288, étude N. Hervieu ; CEDH 21 avril 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, req. n° 68.959/01, v. J. Mouly et J.-P. Marguénaud, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit de grève », RDT 2009. 499.

(54) ComEDH, 7 mai 1990, *Johansson c/ Suède*, req. n° 13.537/88.

(55) Selon les Explications relatives à l'article 52 de la Charte, *op. cit.*

(56) Cass. Soc. 14 novembre 2013, n° 13-11316, JCP S. 2014 n° 12, p. 37, obs. B. Bossu (nous soulignons).

(57) Cass. Soc. 17 mars 1976, Bull. civ. V, n° 187, et 23 mars 1982, Bull. civ. V, n° 215 (salarié sous CDD successifs) ; Cass. Soc. 5 novembre 1982, Bull. civ. V, n° 604 (salarié occasionnel) ; Cass. Soc. 4 décembre 1991, Bull. civ. V, n° 555 ; RJS 1992. 116, n° 169 (salarié à temps partiel) ; Cass. Soc. 5 mars 1997, Bull. civ. V, n° 99, et 27 mai 2009, n° 08-60.569, Bull. civ. V, n° 140, RDT 2009. 530, obs. E. Peskine (salarié détaché).

(58) Cass. Soc. 17 avril 2013, n° 12-22.699, Dr. Soc. 2013. 560, obs. F. Petit ; RDT 2013. 495, obs. M. Grévy ; D. 2013. 2599, obs. P. Lokiec et J. Porta. V. déjà Cass. Soc. 29 juin 2011, n° 10-60.394, Dr. Soc. 2011. 1129, obs. F. Petit ; D. 2012. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta.

ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». L'encadrement des restrictions est propre aux droits protégés par l'article 11 § 1, notamment la liberté d'association syndicale (59). Il est à noter que la Charte sociale européenne (révisée) conforte l'article 11 § 2 CEDH, les droits protégés par l'article 5 CSE(R) étant également susceptibles de restrictions ou limitations « prescrites par la loi et (...) nécessaires, dans une société démocratique, pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé

publique ou les bonnes mœurs » (60). Également invoqué par le syndicat CFE-CGC, **l'article 8 de la Convention OIT n°87** est moins précis, indiquant, dans son paragraphe second, que « (l) a législation nationale ne devra porter atteinte, ni être appliquée de manière à porter atteinte aux garanties prévues par la présente convention ».

La conventionnalité de la restriction apportée par l'article L.2324-22-1 est ainsi contestée, plus fortement au regard de l'article 11 de la CEDH, tant dans son objectif que dans l'effet que produit son application. Ces deux prétentions trouvent leur place dans le cadre de la réponse apportée par la Cour de cassation au conflit entre liberté syndicale et principe d'égalité et de non-discrimination.

II. La résolution du conflit de droits fondamentaux d'égale importance

L'un des apports importants de l'arrêt du 13 février 2019 est d'ordre méthodologique. La Cour de cassation y fait évoluer son « mode opératoire » de la résolution de conflits des libertés et droits fondamentaux, en adoptant la méthode de mise en balance des droits développée par les Cours européennes. La mise en œuvre de cette méthode montre toutefois des hésitations, au point que l'on peut mettre en doute l'équilibre trouvé par la Chambre sociale (A). De plus, comme cela a pu être relevé, par ailleurs, à propos de la jurisprudence de la CJUE (61), la solution demeure identique à la jurisprudence antérieure, en défaveur de la liberté syndicale. Surtout, en validant l'annulation de l'élection des deux salariées « surnuméraires » au nom de l'égalité entre femmes et hommes, la Cour de cassation manque l'occasion d'interroger la pertinence des dispositions françaises en cause au regard de leur objectif, qui est précisément l'égalité entre femmes et hommes (B).

A. Une mise en balance déséquilibrée des droits fondamentaux en conflit

Pour la Cour de cassation, « les dispositions en cause ne constituent pas une atteinte disproportionnée au principe de la liberté syndicale reconnu par les textes européens et internationaux visés au moyen et procèdent à une nécessaire et équilibrée conciliation avec le droit fondamental à l'égalité entre les sexes

instauré par les dispositions de droits européen et international précitées ». Cette solution était prévisible (2.), mais elle résulte d'un raisonnement très incomplet de la Cour de cassation dans la mise en œuvre de la méthode de la balance des droits (1.).

1. La mise en œuvre incomplète de la balance des droits

Inspirée de la jurisprudence de la Cour EDH, la méthode mise en œuvre par la Cour de cassation est celle de la « balance des intérêts » selon laquelle, lorsqu'un droit fondamental entre en conflit avec un droit d'égale valeur, il importe de trouver un équilibre raisonnable entre les deux droits, de telle sorte que l'exercice de chacun d'entre eux ne subisse qu'une limitation minimale. Ainsi que cela ressort explicitement des arrêts du 13 février 2019, **la logique est celle d'une conciliation des droits** en opposition, opération qui s'effectue au stade de l'appréciation des atteintes ou restrictions aux droits fondamentaux. C'est en appliquant le **principe de proportionnalité** que la Chambre sociale parvient à valider l'atteinte apportée à la liberté syndicale par la loi du 17 août 2015. En combinant les deux mécanismes (balance et proportionnalité), *a priori* distincts, la Cour de cassation se place dans le sillage tracé par la Cour de Strasbourg. D'importants travaux consacrés à la question des conflits de droits devant la Cour EDH

(59) Art. 11 § 1 CEDH : « Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts ».

(60) Aux termes de l'art. G de la CSE(R).

(61) À propos de l'arrêt CJUE 15 juillet 2010, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, C-271/08, RJS 12/10, p.809, obs. M. Schmitt, dans lequel la Cour de justice affirme rééquilibrer la conciliation entre une liberté fondamentale et un droit social fondamental, alors que l'application du contrôle conduit à une solution identique à celle résultant d'une conciliation privilégiant *ab initio* la liberté économique.

montrent, en effet, une évolution de sa jurisprudence dans le sens d'une « hybridation des techniques de résolution des conflits » (62). Si le contrôle de proportionnalité peut alors être analysé comme « la forme terminale de la mise en balance des intérêts, lorsque tous les arguments au fondement des intérêts auront été exposés sur le plateau de la balance afin que la pesée puisse être réalisée avec justesse » (63), la jurisprudence strasbourgeoise demeure fluctuante.

De manière semblable, la jurisprudence de la CJUE impose au juge national d'appliquer le principe de proportionnalité, en lien avec la méthode de mise en balance, tout en demeurant ambiguë quant à leur articulation. Dans son arrêt *Commission contre Allemagne* en date du 15 juillet 2010, elle affirme ainsi que « l'exercice du droit fondamental de négociation collective doit (...) être concilié avec les exigences découlant des libertés [fondamentales] protégées par le traité FUE, et être conforme au principe de proportionnalité » (64). Dans le contexte de la transposition d'une directive, déclenchant l'application de la Charte des droits fondamentaux en vertu de son article 51, la CJUE a, en effet, dit pour droit que « (...) lorsque plusieurs droits fondamentaux sont en conflit, il incombe aux États membres (...) de veiller à se fonder sur une interprétation de celle-ci qui permette d'assurer un juste équilibre entre les droits fondamentaux applicables, protégés par l'ordre juridique de l'Union. Puis, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de cette directive, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres (...) de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celle-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec (...) le principe de proportionnalité » (65). Consacré par la Charte des droits fondamentaux elle-même, à l'article 52 § 1 (66), le principe de proportionnalité détermine la portée des droits en posant, selon les termes de la Cour de justice, une « exigence de juste équilibre à trouver (...) entre tous les droits fondamentaux applicables » (67). Dans ses décisions du 13 février 2019,

la Cour de cassation développe un raisonnement semblable à celui de la CJUE, en intégrant la vérification de la conciliation équilibrée des droits dans le contrôle de proportionnalité de l'atteinte au principe de la liberté syndicale.

Plus précisément, il ressort des instruments et des jurisprudences européens que la conciliation des droits commande un **double contrôle de justification et de proportionnalité des atteintes**.

La restriction (ou l'« ingérence » étatique dans le cadre de la CEDH) sera justifiée si elle poursuit un but légitime. En présence d'un conflit entre deux droits protégés par la CEDH, cette condition est alors nécessairement et théoriquement remplie. Dans le même sens, au sein du système de l'Union européenne, « la restriction d'une liberté fondamentale doit être considérée comme justifiée si cette restriction s'est produite dans l'exercice d'un droit fondamental communautaire » (68). De surcroît, les deux Cours européennes se rejoignent pour considérer que l'objectif poursuivi par une législation nationale, particulièrement en matière de politique sociale (69), relève avant tout d'un choix politique des États. La très grande marge d'appréciation laissée aux États permet d'expliquer l'affirmation laconique des arrêts du 13 février 2019, la Cour de cassation se contentant de souligner « l'objectif légitime d'assurer une représentation des salariés qui reflète la réalité du corps électoral et de promouvoir l'égalité effective des sexes » (70). Dans ces conditions, il est inutile de vérifier plus avant la légitimité de l'objectif poursuivi par la loi du 17 août 2015, cette exigence étant satisfaite par la reconnaissance juridique européenne et internationale du principe d'égalité et de non-discrimination entre les femmes et les hommes. Les dispositions françaises en cause tirent donc leur légalité et leur légitimité de cette reconnaissance par un ensemble convergent de textes supra/internationaux qui s'imposent dans l'ordre juridique français.

(62) V. not. P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005 ; P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2011, spéc. ? pP. 391 et s. ; O. Martelly, « L'indifférenciation progressive dans le choix des outils de résolution des conflits de droits », in F. Sudre (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Anthemis, 2014, pp. 202 à 223.

(63) P. Muzny, *op. cit.*, pp. 167 et s.

(64) CJUE 15 juillet 2010, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, préc., p. 48. Nous soulignons.

(65) CJUE 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06, pt 68.

(66) Art. 52 § 1 CDFUE : « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans

le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

(67) CJUE 29 janvier 2008, *Promusicae*, préc., pt 63.

(68) Concl. de l'AG dans l'aff. *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, préc., p. 192.

(69) En ce sens, J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « La CEDH et les droits sociaux : entre crise économique et crise politique », RDT 2017, p. 12, à propos des décisions rendues à la fois par la CJUE et par la CEDH sur les mesures d'austérité appliquées par les États européens.

(70) L'objectif est « d'« améliorer la représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les institutions représentatives du personnel », selon l'exposé des motifs du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, n° 2739, 22 avril 2015, p. 10.

Il incombait encore à la Cour de cassation de contrôler la proportionnalité de l'atteinte apportée à la liberté syndicale par les dispositions législatives mettant en œuvre le principe d'égalité et de non-discrimination entre femmes et hommes. Pour ce faire, la Chambre sociale insiste tout d'abord sur **la portée limitée de cette atteinte**, le législateur n'ayant prévu qu'une « *proportionnalité des candidatures au nombre de salariés masculins et féminins* », et non une « *parité abstraite* », qui aurait imposé 50 % de candidats de chaque sexe. On comprend que, pour la Cour, dès lors que le nombre de candidat.e.s de chaque sexe doit correspondre uniquement à la proportion de salarié.e.s appartenant au sexe sous-représenté dans le corps électoral considéré, il subsisterait, au profit des syndicats, une liberté suffisante dans le choix de leurs candidat.e.s, alors qu'une parité abstraite serait excessive ou disproportionnée dans cette perspective. Ce raisonnement peine à convaincre, tant la rigidité dont fait preuve la Cour de cassation dans l'application des dispositions en cause ne laisse, en réalité, aucune marge de manœuvre aux syndicats : ils doivent respecter strictement les proportions définies dans les accords préélectorales en application de la loi et ne sauraient se montrer plus favorables à la « cause féminine », en augmentant la proportion des femmes sur leurs listes de candidats, sous peine de voir l'élection des éventuelles élues surnuméraires annulée. C'est bien l'apport, limpide, de l'unique arrêt publié en date du 13 février 2019 ! Dès lors, sous cet angle, la liberté des syndicats de choisir leurs représentants n'est pas plus importante que celle dont ils bénéficieraient si le législateur avait imposé une parité abstraite stricte. La différence entre les deux systèmes de représentation (« équilibrée » ou paritaire) se mesure davantage au regard du principe d'égalité et de non-discrimination : ainsi que nous le verrons plus loin, la conception neutre et abstraite qu'en retient la Cour de cassation implique, en effet, de considérer comme étant discriminatoire l'imposition d'une surreprésentation d'un sexe, quel qu'il soit, par rapport à la proportion de salarié.e.s de ce sexe au sein du corps électoral.

L'absence de disproportion résulte également de la « **sanction limitée** à l'annulation des élus surnuméraires de l'un ou l'autre sexe », sanction qui préserve l'élection des candidat.e.s du même syndicat précédant les élus surnuméraires au sein de la liste litigieuse. La sanction prévue par la loi résidait donc, pour le syndicat, dans la perte d'un.e élu.e et partant, potentiellement, dans l'amointrissement du poids de ce syndicat par rapport aux autres organisations disposant également d'élus.e.s au sein de l'institution représentative. Pour

la Cour de cassation, le caractère limité de la sanction est, en outre, renforcé par la possibilité, désormais imposée par le Conseil constitutionnel, de procéder à l'organisation d'élections partielles dans le cas où ces annulations conduiraient à une sous-représentation trop importante au sein d'un collège.

Au terme d'un raisonnement relativement succinct, les arrêts du 13 février 2019 concluent à la conformité, aux normes européennes et internationales mobilisées, des dispositions françaises relatives à la représentation équilibrée. De cette conventionalité normative et abstraite, la Cour de cassation tire la conséquence, automatique, de ce que les tribunaux d'instance n'ont fait qu'appliquer la loi, validant ainsi l'annulation de l'élection de tous les élus, mais aussi, donc, de toutes les élues, surnuméraires figurant sur des listes syndicales établies en violation des dispositions légales sur la représentation équilibrée.

2. Une solution prévisible

Le contentieux traité dans les vingt affaires jugées le 13 février 2019 était, sans nul doute, particulier en ce qu'il opposait un droit social primordial : la liberté syndicale, pouvant être considéré comme un droit fondamental matriciel, à un droit fondamental transversal qui tend à prendre une place et à occuper un rang prédominants : le principe d'égalité et de non-discrimination. Cette confrontation met en scène également la dialectique, fondatrice du droit social, entre le collectif et l'individuel : la prévalence du droit à vocation individuelle (même appliqué dans le contexte des relations collectives) au détriment du droit à vocation collective, révélant l'une des évolutions profondes du droit du travail français et européen. La solution est alors prévisible, tant au regard de la conception restrictive de la liberté syndicale au sein de l'ordre juridique français que de la conception extensive de l'égalité et la non-discrimination entre femmes et hommes.

Au regard de la conception française restrictive de la liberté syndicale. Les arrêts du 13 février 2019 prolongent la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la liberté des syndicats de choisir d'autres représentants que sont les délégués syndicaux et les représentants de la section syndicale (71). Certes, il s'agissait alors, pour la Chambre sociale, de conforter les dispositions de la loi du 20 août 2008, imposant la prise en compte des suffrages obtenus aux précédentes élections professionnelles lors de la désignation de ces deux représentants syndicaux. Le lien entre ces deux séries de décisions est plus fort encore, l'objectif du système de « *représentation équilibrée* » visant également, quoique par une voie différente, à établir

(71) Cass. Soc. 14 avril 2010 et Cass. Soc. 23 mai 2011, préc.

un lien plus étroit entre le représentant et la base électorale.

Plus généralement, comme le souligne Laurence Pécaut-Rivolier, « *fondamentale et multiple, la liberté syndicale n'est pas totalement sortie de son paradoxe d'origine* » inscrit dans sa loi fondatrice et selon lequel « *favoriser la liberté syndicale, c'était favoriser la paix sociale, donc autoriser les revendications en les contenant dans certaines limites préfixées (...) pour chacune de ses expressions, il y a immédiatement des limites fixées à son exercice* ». Si ces limitations sont partagées par toutes les autres libertés fondamentales, selon cet auteur, « *elles revêtent, pour la liberté syndicale, un caractère systématique, (...) presque automatique* » (72).

Sur le modèle du « *contenu essentiel* » des droits fondamentaux de la Charte de l'UE, dont l'exercice doit être assuré (73), il semble que la jurisprudence française s'oriente vers la garantie d'une sorte de noyau dur minimal, ne privilégiant la liberté syndicale au détriment d'autres droits et intérêts que lorsqu'un syndicat risque de se voir privé de tout représentant. Cette approche est perceptible, s'agissant tant de la désignation d'un délégué syndical (74) que de celle d'un représentant de la section syndicale (75). Rendue précisément au sujet des dispositions en cause dans les arrêts du 13 février 2019, la décision du Conseil constitutionnel, QPC en date du 19 janvier 2018 (76), conforte une telle analyse (77). Le Conseil a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité au motif que « *l'application de la disposition contestée [la règle de l'arrondi permettant de déterminer le nombre de représentants de chaque sexe], dont l'objectif est de favoriser une représentation équilibrée des femmes et des hommes dans les listes de candidatures constituées pour les élections des membres du comité d'entreprise, peut conduire à l'exclusion de toute candidature aux élections des salariés d'un même sexe* ». Il en résulte que « *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* ».

Au regard de l'importance du droit à l'égalité professionnelle et à la non-discrimination. Les arrêts du 13 février 2019 ajoutent une pierre supplémentaire à l'édifice français, déjà conséquent mais toujours en construction, de l'égalité professionnelle et de la non-discrimination entre les femmes et les hommes. Conformément à la conception développée par le droit de l'Union européenne, ils illustrent la portée générale du principe, dont le champ d'application couvre les relations individuelles comme les relations collectives, s'imposant à l'employeur comme aux organisations syndicales dans leurs actions individuelles et actes unilatéraux comme dans leurs relations conventionnelles (78). La multiplication des normes européennes – de surcroît dotées de l'effet direct – reflète l'autorité juridique maximale de ces principes, qui remplissent une fonction structurante et conceptuelle essentielle dans le système normatif de l'UE visant l'égal accès de tous au marché du travail (79). La Cour de cassation pouvait ainsi se prévaloir de l'influence du droit de l'Union européenne, étant tenue, comme l'ensemble des juridictions nationales, au respect du principe de primauté du droit de l'Union et à une obligation d'interprétation conforme des dispositions françaises à la lumière des dispositions pertinentes du droit de l'UE. L'arrêt rendu par la Chambre sociale en date du 12 juillet 2017 en constitue une illustration des plus explicites : « *en application des articles L. 1142-4, L. 1143-1 et L. 1143-2 du Code du travail, interprétés à la lumière de l'article 157, paragraphe 4, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, un accord collectif peut prévoir, au seul bénéfice des salariées de sexe féminin, une demi-journée de repos à l'occasion de la journée internationale pour les droits des femmes, dès lors que cette mesure vise à établir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes* » (80).

Dès lors, la prévalence du principe d'égalité et de non-discrimination entre femmes et hommes, au détriment de la liberté syndicale dans le contentieux électoral, ne saurait étonner. Le droit – primaire et dérivé – de l'Union européenne, conforté par une jurisprudence « militante » de la CJUE, place en

(72) *Ibid.*

(73) En vertu de l'art. 52 § 1 de la Charte de l'UE.

(74) Cass. Soc. 27 février 2012, n°s 12-15.807, 12-17.221 et 12-18.828, Dr. Soc. 2013. 468, obs. F. Petit.

(75) Cass. Soc. 25 septembre 2013, n° 12-26.612, D. 2013. 2279 ; Dr. Soc. 2013. 1059, obs. F. Petit

(76) Décision n°2017-686 QPC du 19 janvier 2018, *Confédération générale du travail – Force ouvrière et autres* ; v. A. de Tonnac, « Sur la conformité constitutionnelle de la représentativité proportionnée aux élections professionnelles », La Revue des

droits de l'Homme [En ligne], <http://journals.openedition.org/revdh/3789>.

(77) O. Bui-Xuan, *op. cit.*

(78) V. P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} éd., LGDJ-Lextenso, 2014, pp. 183 et s.

(79) Sur l'essence économique du principe de non-discrimination dans le système normatif de l'UE, v. la démonstration convaincante de G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ-Lextenso, 2014.

(80) Cass. Soc. 12 juillet 2017, n° 15-26.262 P+B+R+I.

effet le principe d'égalité de traitement et son corollaire indissociable, le principe de non-discrimination, sur un quasi-piédestal (81). Le rayonnement du principe d'égalité et de non-discrimination entre hommes et femmes tient, par ailleurs, à ses multiples dimensions reconnues par le droit de l'Union européenne : « *égalité de traitement* », « *égalité des chances* », « *égalité réelle* » sont autant de facettes du principe permettant d'en favoriser une conception extensive au-delà de l'égalité formelle et d'élargir son application en le déclinant dans de multiples mesures et actions au niveau national, de la branche et de l'entreprise. Le concept de discrimination indirecte, qui implique l'éventuelle mise en cause de nombreux dispositifs législatifs et conventionnels, comme celui d'action positive, révèlent les potentialités perturbatrices importantes de ce principe (82), ainsi que le démontre une lecture approfondie des arrêts du 13 février 2019. Il est même permis de se demander si, par sa vocation transversale et matricielle, mais également par sa fonction primordiale dans le système de l'UE, le principe d'égalité et de non-discrimination n'est pas dorénavant placé à un rang supérieur aux autres droits fondamentaux, relançant, par la même occasion, le débat relatif à la hiérarchisation des droits fondamentaux. Le protocole n° 12 (article 1^{er}) à la CEDH peut être analysé comme contribuant à asseoir cette approche, en faisant du principe de non-discrimination un droit de l'homme autonome dans le système conventionnel, tout en maintenant sa vocation transversale. Il conforte l'« *idée* » de non-discrimination, qui lui était déjà propre de par l'article 14, mais dont la portée a été amoindrie par une interprétation exagérément extensive du caractère accessoire de cet article (83).

Si leur solution était prévisible au regard, notamment, de l'importance des principes d'égalité et de non-discrimination dans les systèmes normatifs européens, les arrêts du 13 février 2019 développent une motivation formelle très incomplète au regard de ces mêmes normes, qui commandent d'étendre le contrôle à l'application concrète de la loi.

B. L'éviction du principal problème : l'application indifférenciée de la représentation « *équilibrée* »

La Cour de cassation refuse de s'intéresser aux conséquences concrètes de l'application de la loi. En

se cantonnant à un contrôle abstrait de conventionnalité, elle passe ainsi à côté du principal problème soulevé dans plusieurs affaires jugées le 13 février 2019 (1.). Comment expliquer ce refus ? Il peut être avancé qu'une telle démarche aurait mené la Cour de cassation à mettre en question le système de la « *représentation équilibrée* » et, partant, les dispositions législatives elles-mêmes (2.).

1. Un contrôle abstrait ignorant les effets produits par l'application de la loi

Rejet du double contrôle de conventionnalité. La validation, au regard des nombreuses normes européennes et internationales mobilisées, des dispositions législatives en cause résulte d'un contrôle abstrait de la conventionnalité de la loi française. Il s'agit d'un contrôle de la norme par lequel la Cour de cassation a considéré que le législateur avait lui-même procédé à une conciliation nécessaire et équilibrée du principe de la liberté syndicale, d'une part, et du principe de l'égalité et de la non-discrimination entre les femmes et les hommes, d'autre part. Si la motivation est insatisfaisante, cette solution abstraite aurait pu être admise au nom du choix que doit nécessairement opérer le législateur en faveur d'une valeur et au détriment d'une autre, dès lors que les deux valeurs sont traduites dans deux droits « *d'égale importance* », tout aussi fondamentaux l'un que l'autre (84). Il reste que, si, en théorie, il était admissible de considérer que la restriction apportée à la liberté syndicale était justifiée, l'application des dispositions contestées a conduit, dans certains cas, à un résultat opposé à celui recherché par le législateur. Cette argumentation est, fort justement, développée par la CFE-CGC au sein de la quatrième branche du premier moyen de son pourvoi, ainsi que cela ressort de l'unique arrêt publié : le syndicat reproche au tribunaux d'instance de ne pas avoir recherché « *si l'application des dispositions de l'article L. 2324-22-1 du Code du travail, en ce qu'elle peut entraîner l'annulation de l'élection de candidates femmes aux élections professionnelles, comme en l'espèce, n'est pas contraire à l'objectif du législateur, qui est d'opérer un rééquilibrage de la représentation au bénéfice des femmes dans les instances représentatives du personnel et de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales* ».

(81) V. not. S. Hennion, M. Le Barbier, M. Del Sol, J.-Ph. Lhernould, *Droit social européen et international*, 3^{ème} éd., PUF, Thémis, spéc. pp. 365 et s.

(82) Sur les implications de la « *grammaire* » propre au droit de la non-discrimination, qui « *sonde autrement les catégories du droit privé* », v. M. Mercat-Bruns, « *Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline du droit privé ?* », D. 2017, p. 224.

(83) F. Edel, *op. cit.*

(84) Selon les précisions apportées par la Cour de cassation elle-même dans sa note explicative.

Les fondements du contrôle concret de conventionnalité. Qualifiée de « *surabondante* », cette argumentation a été balayée par la Cour de cassation. Ce faisant, les juges du droit ont refusé de procéder à un contrôle concret de conventionnalité, c'est-à-dire de rechercher si l'application de la loi ne conduisait pas à une atteinte disproportionnée à la liberté syndicale, de sorte qu'elle mettait en cause la conformité du « dispositif français ». La conséquence aurait alors été des plus lourdes : la solution aurait été l'exacte opposée à celle retenue par la Chambre sociale, puisque, en vertu de l'effet direct dont est revêtu le principe d'égalité et de non-discrimination, l'application de la loi française qui produit des effets non conformes au droit de l'Union européenne aurait dû être écartée. L'inconventionnalité des mêmes dispositions au regard de la CEDH, d'application horizontale, aurait conforté cette solution.

Pour s'en convaincre, il convient et il suffit de se référer aux textes européens et internationaux mobilisés dans les arrêts du 13 février 2019. Ainsi, **l'article 8 de la Convention OIT n°87** dispose, dans son second paragraphe, que « (l)a législation nationale ne devra porter atteinte, ni être appliquée de manière à porter atteinte aux garanties prévues par la présente convention ». Selon le Comité de la liberté syndicale de l'OIT, les organisations de travailleurs et d'employeurs devraient avoir le droit d'organiser librement leurs activités et de formuler leurs programmes, les autorités publiques devant s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal, et la législation nationale ne devant pas être de nature, ou « ne devant pas être appliquée de façon à compromettre la jouissance de ce droit » (85). Inspirée de cette même Convention, **la Charte sociale européenne (révisée), dans son article 5**, dispose que « les Parties contractantes s'engagent à ce que la législation nationale ne porte pas atteinte, ni ne soit appliquée de manière à porter atteinte à cette liberté ». Le Comité européen des droits sociaux, chargé du contrôle du respect et de la mise en œuvre de la Charte, veille à mettre au jour les ingérences étatiques excessives (86). Consolidant cette exigence d'un contrôle de l'application des législations nationales, **l'article G de la Charte** affirme, de manière générale, que « (l)es restrictions apportées en vertu de la présente Charte aux droits et obligations reconnus dans celle-ci ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ».

De ces normes, il ressort l'importance accordée à la fois à l'application concrète des lois et à leur aptitude à contribuer à la réalisation de l'objectif pour lequel elles ont été adoptées. Puisque la Cour de cassation se fonde précisément sur ces normes, elle aurait dû se conformer également aux exigences supplémentaires qu'elles instaurent relativement aux effets qui sont attendus et à ceux que produisent les dispositifs législatifs.

Refus du double contrôle de proportionnalité. De surcroît, pareille vérification aurait dû être menée en tant qu'elle constitue un élément relevant du contrôle de proportionnalité, tel que l'exigent les instruments et les jurisprudences européens sur lesquels la Haute juridiction française bâtit son raisonnement. Le principe de proportionnalité implique, en effet, un « triple test », la vérification que la « trilogie » des critères de proportionnalité est satisfaite. Selon la jurisprudence développée par la Cour de justice, « la juste conciliation entre droit fondamental et liberté fondamentale en cas de conflit n'est en effet assurée que si la restriction d'une liberté fondamentale par un droit fondamental ne peut pas aller au-delà de ce qui est **approprié, nécessaire et mesuré** aux fins de la réalisation du droit fondamental (et inversement) » (87). La Cour EDH procède d'une manière semblable sur la base du critère de nécessité, issu de l'exigence selon laquelle la restriction à un droit doit être « nécessaire dans une société démocratique ». Comme le résume Françoise Tulkens (88), les critères de légitimité et de nécessité « ouvrent la voie à l'irrésistible ascension du critère de proportionnalité [... dont] le contrôle s'effectue [...] au regard de trois exigences : le caractère approprié de l'ingérence, qui doit pouvoir protéger l'intérêt légitime mis en danger ; le choix de la mesure qui est la moins attentatoire au droit et/ou à la liberté en cause – donc une limitation la plus limitée possible et, inversement, l'absence d'autre moyen disponible pour réaliser le même objectif sans porter une atteinte aussi forte ou aussi coûteuse aux droits de la Convention ; et, enfin, sa proportionnalité au sens strict qui requiert une pondération des intérêts en présence ».

La Cour de cassation aurait ainsi dû s'interroger, en premier lieu, sur l'appropriation du système de « représentation équilibrée », c'est-à-dire sur l'aptitude des dispositions en cause à réaliser l'objectif poursuivi, ce qui impliquait nécessairement une appréciation *in concreto*, semblable à celle menée par

(85) Comité de la liberté syndicale, Recueil des décisions 2006, § 1005 ; 342^{ème} rapport, cas n° 2447, § 751 ; 344^{ème} rapport, cas n° 2502, § 1020 ; 365^{ème} rapport, cas n° 2820, § 995 (nous soulignons).

(86) Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, 2018, *op. cit.*, p. 95.

(87) Concl. de l'avocate générale Trstenjak, présentées le 14 avril 2010, aff. C-271/08, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, § 190. Nous soulignons.

(88) F. Tulkens, « Les conflits entre droits fondamentaux. Notes », https://www.ies.be/files/Fr.Tulkens.Notes_de_support_au_cours_du_16_f%C3%A9vrier_2007.pdf

la Cour EDH (89). De même, suivant la jurisprudence de la CJUE, « (u)ne mesure n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une **manière cohérente et systématique** » (90). Selon l'avocat général Bot, le juge doit, en premier lieu, « examiner le contenu de sa législation, telle qu'elle est écrite » (91). Cependant, « cet examen théorique ne suffit pas. Le juge national, en second lieu, doit également apprécier les conditions dans lesquelles sa législation nationale est appliquée concrètement. Il lui incombe ainsi de vérifier que, dans sa mise en œuvre par les autorités compétentes et, le cas échéant, par les opérateurs économiques, la législation en cause est appliquée (...) de manière proportionnée ». Un auteur a montré de manière lumineuse que « ce que la CJUE exige véritablement est de **comparer une des applications de la loi avec une autre** (...). De cette manière, la Cour parvient à corriger les effets excessifs d'une appréciation purement in concreto, tout en restant dans le terrain de l'appréciation purement factuelle » (92). Quand bien même l'exigence d'appropriation aurait été considérée comme satisfaite, la condition de nécessité aurait dû conduire la Cour de cassation à déterminer, en second lieu, si les obligations relatives à la représentation équilibrée n'allaient pas au-delà de ce qui est (strictement) nécessaire pour atteindre l'objectif visé (93).

Le risque de ce contrôle concret est que la mise en cause de l'application d'une loi abstraitement valide se répercute sur la loi elle-même. Dit autrement, le dispositif mis en place est-il réellement pertinent pour atteindre l'objectif du législateur ? Dans le contentieux électoral qui nous occupe, une réponse négative à cette question aurait dû conduire la Cour de cassation à écarter l'application de la loi française ou, selon une solution plus flexible, à retenir une interprétation de la loi qui autorise des exceptions à l'application stricte des dispositions mises en cause lorsque leur mise en œuvre aboutit à un résultat contraire à celui voulu par le législateur. Une conséquence plus radicale aurait

alors, vraisemblablement, pu en découler, telle que la modification du dispositif législatif ou, à tout le moins, sa qualification en tant qu'« action positive » en faveur des femmes au sens du droit de l'UE. Dans les deux hypothèses, il s'agit bien d'une mise en cause de la pertinence du système de « *représentation équilibrée* ».

2. La mise en cause de la pertinence du système de « *représentation équilibrée* »

Identification de l'objectif poursuivi. Le contrôle de proportionnalité aurait dû conduire la Cour de cassation à examiner le caractère approprié des dispositions imposant une stricte correspondance entre, d'une part, la proportion de salariés des deux sexes dans le corps électoral de chaque collège et, d'autre part, le nombre et la position des candidats de chaque sexe sur les listes syndicales aux élections professionnelles. Il s'agissait donc de vérifier l'aptitude de ces dispositions à réaliser l'objectif poursuivi. Revenons alors sur l'identification de cet objectif. La lecture des arrêts du 13 février 2009 montre que, dans la lignée d'une précédente décision déjà critiquée (94), **la Cour de cassation reformule l'objectif d'égalité professionnelle** qui, suivant l'exposé des motifs de la loi *Rebsamen*, fonde les dispositions contestées. Les travaux préparatoires sont menés à partir du constat d'un décalage entre la proportion de femmes travaillant dans le secteur privé (47,9 %) et leur proportion, nettement moindre, dans les institutions représentatives du personnel (36,42 %) (95). De plus, selon François Rebsamen, une plus grande proportion de femmes dans ces institutions « *permettrait de mieux prendre en compte dans les entreprises les questions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes* » (96). La loi du 7 août 2015 tente ainsi de « *remédier à la sous-représentation statistique [globale] des femmes dans les instances de décision, [... donc de viser] une meilleure participation des femmes dans ces instances, afin de partager les responsabilités entre les sexes. L'objectif est de corriger les inégalités* » (97).

(89) *Ibid.*

(90) CJUE 18 mai 2017, *Lahorgue*, C-99/16 ; CJCE 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07 ; CJCE 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, C-169/08 ; CJUE 3 mars 2011, *Kakavetsos-Fragkopoulos*, C-161/09. Nous soulignons.

(91) Concl. présentées dans l'aff. C-258/08, CJUE 3 juin 2010, *Ladbroke Betting & Gaming Ltd et Ladbroke International Ltd c. Stichting de Nationale Sporttotalisator*.

(92) A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, thèse de doctorat Université Panthéon-Sorbonne – Paris I, 2013, spéc., p. 146.

(93) CJUE 9 novembre 2010, *Volker und Schecke*, C-92/09 et C-93/09, p. 74. Dans un arrêt ultérieur, la CJUE a estimé qu'une réglementation dépassait le « *strict nécessaire* » (CJUE 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12 et C-594/12, p. 65).

(94) Cass. Soc. 9 mai 2018, n° 17-14.088, JCP éd. S 2018, n° 25, p. 25, obs. B. Bossu ; Jurisp. Soc. Lamy, n° 456, 29 juin 2018, obs. G. Henry ? qui souligne que la chambre sociale se réfère, dans sa note explicative, à un objectif de mixité.

(95) Rapport de C. Sirugue, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 21 mai 2015, p. 141, cité par O. Bui-Xuan, « « Représentation équilibrée » et « représentation proportionnée » des femmes et des hommes : convergence ou concurrence ? », AJFP 2018, p. 319.

(96) Examen de l'amendement n° 182 présenté par le Gouvernement en séance publique du 23 juin 2015 au Sénat, cité par O. Bui-Xuan, *op. cit.*

(97) *Ibid.* Selon cette autrice, au demeurant, plutôt que de représentation au sens juridique, il s'agit davantage de la présence des femmes sur les listes syndicales aux élections professionnelles, les élues n'étant pas les représentantes des (seules) salari.e.s, comme les élus ne représentent pas uniquement les salariés.

Égalité « effective » vs égalité réelle. La finalité correctrice visant à compenser une inégalité dans les faits est totalement occultée par la Cour de cassation, affirmant, dans les arrêts du 13 février 2019, que la loi *Rebsamen* poursuit l'objectif d'assurer une « *égalité effective* ». Cette notion est ambiguë et, à tout le moins, susceptible de deux interprétations. Elle peut, en effet, s'entendre à la fois du « rattrapage » dont doivent bénéficier les femmes dans le cadre de la représentation collective, dans lequel on constate une importante surreprésentation masculine, et d'une conception neutre, strictement proportionnelle, des membres élus de la représentation du personnel au regard de la composition du corps électoral. En faveur de la première interprétation intervient la conception de l'égalité réelle, telle que consacrée dans l'ordre juridique de l'Union européenne, sur le fondement notamment de l'article 23, alinéa second, de la Charte des droits fondamentaux, affirmant que « (l)e principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté » ; cette disposition permet de fonder des actions positives tendant à l'égalité des chances, dans un sens plus ouvert que ne l'est actuellement la jurisprudence de la CJUE (98).

Les arrêts du 13 février 2019 développent, au contraire, la seconde interprétation. La Cour de cassation procède par glissement : en redéfinissant l'objectif des dispositions contestées, elle substitue à l'objectif de l'égalité réelle celui de l'égalité effective ou formelle. Ce glissement traduit maladroitement la difficulté (insurmontable ?) à mettre en œuvre, concrètement et de manière pertinente, l'objectif de l'égalité réelle. Il convient, en effet, de procéder à un déplacement du niveau abstrait et global, auquel est effectué le constat d'une sous-représentation féminine dans les institutions représentatives du personnel, au niveau de l'entreprise, dont l'activité principale (et donc l'appartenance à un secteur d'activités) va influencer très fortement sur la composition du corps électoral au sein des différents collèges. L'approche abstraite retenue par la Cour de cassation permet de retenir une solution unique, générale, invariable en fonction du contexte spécifique de chaque entreprise, bien que l'application stricte des dispositions contestées se révèle injustifiée, impertinente, absurde au regard de l'objectif de l'égalité réelle. Pour la Chambre

sociale, il n'est donc pas question de retenir la qualification d'« action positive » au sens du droit de l'UE. Ces décisions du 13 février 2019 illustrent la « *lecture universaliste du principe juridique d'égalité [caractéristique de la jurisprudence française, qui] en favorise une conception formelle contre laquelle achoppent les mesures ciblées de certains mécanismes de la lutte contre les discriminations* » (99). Elles confirment que « (l)e cas des mesures favorisant l'accès des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives dans les instances politiques et professionnelles offre un modèle encore plus fourni de résistance juridictionnelle » (100).

Négation des effets pervers de la représentation « équilibrée ». La mise à l'écart de l'égalité réelle est d'autant plus regrettable qu'elle ouvrirait la voie à un examen des effets produits par l'application de la norme. En retenant une conception abstraite de l'égalité et en menant un contrôle tout aussi abstrait de proportionnalité, la Cour de cassation évite de s'intéresser aux effets pervers qui sont inhérents à tout système de « *représentation proportionnée* », tel que celui mis en place par la loi *Rebsamen*.

Déjà mentionnée, la décision du Conseil constitutionnel en date du 19 janvier 2018 orientait pourtant dans ce sens (101). En effet, le Conseil constitutionnel non seulement accepte de statuer sur l'application de la disposition litigieuse, mais, en outre, introduit de la souplesse dans cette application, considérant que « *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* ». De surcroît, la décision rattache ce système de représentation « *proportionnelle* » à l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 garantissant l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales (102). Le rattachement explicite de l'article L.2324-22-1 à l'article 1^{er} de la Constitution, donc à l'objectif d'égalité réelle entre hommes et femmes, était tout aussi pertinent dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt publié du 13 février 2019, quand bien même il ne s'agissait pas de garantir au minimum la présence d'un.e candidat.e du sexe sous-représenté.

(98) V. J. Cavalinni, « La discrimination positive en droit de l'Union européenne », JCP S 2019, n°10, p.1077 ; v. déjà M. Schmitt, « Une nouvelle approche du principe d'égalité professionnelle : les *actions positives* selon la CJCE », Dr. Ouvr. 2001, p. 56.

(99) V. Champeil-Desplats, « Le droit de la lutte contre les discriminations face aux cadres conceptuels de l'ordre juridique français », La Revue des droits de l'homme [En ligne], 9 | 2016, <http://journals.openedition.org/revdh/2049>.

(100) *Ibid.*

(101) O. Bui-Xuan, *op. cit.*

(102) Art.1^{er}, al. 2, issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : « (l)a loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». De cet alinéa, le Conseil constitutionnel a tiré un objectif de valeur constitutionnelle (Cons. const. 24 avril 2015, n°2015-465 QPC, AJDA 2015.1552, n. A. Legrand).

Il reste que, en préservant l'application neutre et uniforme des dispositions litigieuses jugées conformes aux normes européennes et internationales, la Cour de cassation s'épargne la tâche de statuer sur l'effet direct que produirait chacune des normes devant le juge français. Dès lors qu'est affirmée la conventionnalité du droit français, la question de savoir si chacune des dispositions européennes et internationales, prise isolément, « crée(...) des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir » (103) en vue d'écarter l'application du droit national incompatible avec le contenu de ces dispositions, ne se pose plus. Dépourvue d'implication juridique, l'accentuation par la Cour de cassation de l'effet direct de l'article 21 de la Charte de l'UE n'a alors d'autre

fonction que d'asseoir la solution dans sa dimension politique inhérente à la résolution d'un conflit de droits d'égale valeur. L'occasion manquée est également celle de lever l'ambiguïté entourant l'applicabilité des normes européennes et internationales devant le juge français, alors que leurs potentialités sont immenses. « *Applicabilité directe* », « *application directe* », « *effet direct* », « *invocabilité directe* »..., les concepts sont multiples, comme leurs implications contentieuses (104). Il est attendu de la Haute juridiction une clarification plus que jamais indispensable à la garantie de la sécurité juridique et de la protection des droits fondamentaux des justiciables.

Mélanie Schmitt

(103) CE 11 avril, *Gisti-FAPIL*, n° 322.326 (D. 2012, p. 1712, n. B. Bonnet ; RFDA 2012, p. 560, n. M. Gautier ; Constitutions 2012, p. 297, obs. A. Levade) : « *Considérant que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour*

déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

(104) J.-F. Akandji-Kombé, « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », *Dr. Soc.* 2012, p. 1014.

Annexe

ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES Représentation équilibrée – Conventionnalité de l'art. L.2324-22-1 ancien du Code du travail au regard des art. 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, des art. 8 et 14 de la CEDH et de l'article 1^{er} de la Convention n° 111 de l'OIT – Obligation répondant à un objectif légitime – Absence d'atteinte disproportionnée au principe de la liberté syndicale et conciliation nécessaire et équilibrée avec le droit fondamental à l'égalité entre les sexes – Conformité aux textes européens et internationaux (oui).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 13 février 2019

F3C-CFDT contre Syndicat CFE-CGC France Télécom Orange (p. n° 18-17.042 P+B+R+I)

Attendu, selon le jugement attaqué (tribunal d'instance de Villejuif, 9 mai 2018), que les élections au comité d'établissement direction technique et système d'information de l'unité économique et sociale Orange se sont tenues entre les 7 et 9 novembre 2017 ; que le protocole préélectoral signé le 22 septembre 2017 prévoyait que le troisième collège, ingénieurs et cadres, était composé de 77 % d'hommes et 23 % de femmes ; qu'estimant que la liste des titulaires et celle des suppléants CFE-CGC France Télécom Orange n'avait pas respecté les dispositions relatives à la représentation équilibrée des hommes et des femmes issues de la loi du 17 août 2015, en ce qu'elles comportaient cinq candidatures de femmes au lieu de quatre, la Fédération communication conseil culture F3C-CFDT a saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation de l'élection de Mmes C... et Q... ;

Sur le second moyen, qui est préalable :

Attendu que le syndicat CFE-CGC fait grief au jugement de prononcer l'annulation de l'élection de Mmes Q... et C... en qualité respectivement de membre titulaire et membre suppléant du comité d'établissement direction technique et système d'information, alors, selon le moyen :

1°/ que dans un mémoire distinct et motivé, le syndicat CFE-CGC France télécom Orange a contesté la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des articles L.2324-23 et L.2324-10 du code du travail, dans leur rédaction issue de l'article 7 de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, dès lors qu'ils imposent l'annulation de l'élection des représentants du personnel au comité d'entreprise du sexe surreprésenté ou mal positionné sur la liste de candidatures sans assortir cette sanction de

dispositions prévoyant le remplacement des sièges vacants selon des modalités permettant d'assurer l'effectivité de la représentation proportionnelle des deux sexes dans les instances représentatives du personnel voulue par le législateur et sans obliger l'employeur, dans cette hypothèse, à organiser de nouvelles élections si un collège électoral n'est plus représenté ou si le nombre de représentants du personnel titulaires est au moins réduit de moitié, ce qui porte atteinte à l'effectivité du principe d'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales garanti par l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, au principe de la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises garanti par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et au principe résultant de l'article 34 de la Constitution selon lequel l'incompétence négative du législateur ne doit pas affecter un droit ou une liberté que la Constitution garantit ; que la déclaration d'inconstitutionnalité que prononcera le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 entraînera, par voie de conséquence, la cassation du jugement attaqué pour perte de fondement juridique ;

2°/ que les dispositions de l'article L.2324-22-1 du code du travail, qui imposent pour chaque collège électoral des listes de candidature composées d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la proportion des deux sexes dans le collège, ont pour finalité d'assurer une représentation équilibrée entre hommes et femmes ; qu'en s'abstenant de rechercher, ainsi qu'il était invité à le faire, si l'annulation de l'élection de Mmes Q... et C... sans prévoir les modalités de leur remplacement dans le respect d'une représentation équilibrée des femmes et des hommes et l'impossibilité d'exiger de l'employeur l'organisation d'élections partielles pour pourvoir à leurs sièges vacants ne portent pas une atteinte disproportionnée au principe de participation prévu par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le tribunal d'instance a privé sa décision de base légale au regard des articles L.2324-22-1, L.2324-23 et L.2324-10 du code du travail ;

Mais attendu que dans sa décision n° 2018-720/721/722/723/724/725/726 QPC du 13 juillet 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution les mots « *ou s'ils sont la conséquence de l'annulation de l'élection de membres du comité d'entreprise prononcée par le juge en application des deux derniers alinéas de l'article L.2324-23* » du code du travail figurant au premier alinéa de l'article L.2324-10 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 ; que cette déclaration d'inconstitutionnalité, qui ne concerne que l'impossibilité d'organiser des élections partielles pour pourvoir aux sièges vacants, prévue

par l'article L.2324-10 du code du travail, ne rend pas sans fondement ou sans base légale le jugement qui prononce l'annulation de l'élection des deux élus au motif du non-respect des dispositions de l'article L.2324-22-1 du même code ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le syndicat CFE-CGC fait le même grief au jugement, alors, selon le moyen :

1°/ que les articles 3 et 8 de la convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail, 4 de la convention n° 98 de l'Organisation internationale du travail et 5 de la convention n° 135 de l'Organisation internationale du travail ainsi que les articles 11-2 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 et 6 de la Charte sociale européenne, 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, pris en leur ensemble, garantissent la liberté syndicale laquelle implique la liberté des organisations syndicales de choisir leurs représentants et d'organiser librement leur activité ; qu'il s'en évince que les organisations syndicales représentatives, qui disposent du monopole de présentation des candidats au premier tour des élections des représentants du personnel au comité d'entreprise, ont la liberté de présenter les candidats de leur choix ; que sont donc contraires à ces dispositions conventionnelles, celles de l'article L.2324-22-1 du code du travail qui contraignent les organisations syndicales à établir, pour chaque collège électoral, des listes composées, alternativement jusqu'à épuisement du sexe sous-représenté, d'un nombre de femmes et d'hommes correspondant à la proportion des deux sexes inscrits sur la liste électorale ; qu'en jugeant le contraire, le tribunal d'instance a violé les textes susvisés ;

2°/ que le droit des organisations syndicales d'organiser leur gestion et leur activité garanti aux articles 3 et 8 de la convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail comprend tant la liberté pour les organisations reconnues représentatives de choisir leurs représentants que celle de pouvoir présenter aux élections professionnelles les candidats de leur choix ; qu'en considérant que les dispositions de l'article L.2324-22-1, dès lors qu'elles n'avaient ni pour objet ni pour effet d'imposer à l'organisation syndicale le choix de son représentant, ne portaient pas atteinte aux articles 3 et 8 de la convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail, le tribunal d'instance a violé les articles susvisés ;

3°/ que seules des restrictions légitimes conformes à l'article 11, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme peuvent être portées à l'exercice de la liberté syndicale garanti par le § 1 ; que sont considérées comme des restrictions légitimes celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la

sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; que tel n'est pas le cas des dispositions de l'article L.2324-22-1 du Code du travail, lesquelles, en contraignant les organisations syndicales à présenter aux élections des représentants du personnel au comité d'entreprise des listes comportant alternativement des candidats des deux sexes à proportion de la part de femmes et d'hommes dans le collège électoral, restreignent, sans motif légitime au sens de l'article 11, § 2, leur liberté de choisir les candidats en fonction de leurs compétences et de la force de leur engagement pour la communauté des travailleurs ; qu'en décidant le contraire, le tribunal d'instance a violé l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

4°/ que si toute recherche de la volonté du législateur par voie d'interprétation est interdite au juge, lorsque le sens de la loi, tel qu'il résulte de sa rédaction, n'est ni obscur ni ambigu, et doit par conséquent être tenu pour certain, il y a exception si l'application du texte aboutit à quelque absurdité ; que l'objectif de la loi du 17 août 2015 est d'opérer un rééquilibrage de la représentation au bénéfice des femmes dans les instances représentatives du personnel ; qu'en s'abstenant de rechercher, ainsi qu'il était invité à le faire si l'application des dispositions de l'article L.2324-22-1 du code du travail, en ce qu'elle peut entraîner l'annulation de l'élection de candidates femmes aux élections professionnelles, comme en l'espèce, n'est pas contraire à l'objectif du législateur qui est d'opérer un rééquilibrage de la représentation au bénéfice des femmes dans les instances représentatives du personnel et de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales, le tribunal d'instance a privé sa décision de base légale au regard de l'article susvisé ;

Mais attendu, d'abord, qu'il résulte tant de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'effet direct (CJUE, 17 avril 2018, *Egenberger*, C-414/16), que de l'article 23 de ladite Charte, que, dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, est interdite toute discrimination fondée sur le sexe ; que les dispositions du code du travail relatives aux modalités d'élection des représentants du personnel mettent en œuvre, au sens de l'article 51 de la charte, les dispositions de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte de la combinaison des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que toute discrimination entre les sexes en matière de conditions de travail est prohibée ;

Attendu, enfin, qu'aux termes de l'article 1^{er} de la convention n°111 de l'Organisation internationale du travail concernant la discrimination, ratifiée par la France le 28 mai 1981, toute distinction, exclusion ou préférence fondée notamment sur le sexe, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, est interdite ;

Qu'il en résulte que l'obligation faite aux organisations syndicales de présenter aux élections professionnelles des listes comportant alternativement des candidats des deux sexes à proportion de la part de femmes et d'hommes dans le collège électoral concerné répond 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 ; qu'en ce que le législateur a prévu, d'une part, non une parité abstraite, mais une proportionnalité des candidatures au nombre de salariés masculins et féminins présents dans le collège électoral considéré au sein de l'entreprise, d'autre part, une sanction limitée à l'annulation des élus surnuméraires de l'un ou l'autre sexe, et dès lors que, par application de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juillet 2018, l'organisation d'élections partielles est possible dans le cas où ces annulations conduiraient à une sous-représentation trop importante au sein d'un collège, les dispositions en cause ne constituent pas une atteinte disproportionnée au principe de la liberté syndicale reconnu par les textes européens et internationaux visés au moyen et procèdent à une nécessaire et équilibrée conciliation avec le droit fondamental à l'égalité entre les sexes instauré par les dispositions de droit européen et international précitées ; que c'est dès lors à bon droit que le tribunal, sans avoir à effectuer la recherche visée à la quatrième branche du moyen, constatant que la liste déposée par le syndicat CFE-CGC ne respectait pas l'article L.2324-22-1 du code du travail, a fait droit à la demande d'annulation dans les conditions prévues par l'article L.2324-23 du même code ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en sa quatrième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

(M. Cathala, prés. - SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.)