

Salariés ineffectifs

A propos du jugement du Tribunal d'instance de Marseille
du 7 juillet 2011 (1)

par Jérôme PORTA,

Maître de conférences à l'Université Paris-Ouest Nanterre, Membre de l'IRERP

PLAN

I. Des aides juridiques à l'emploi incompatibles avec le droit européen

- A. L'exclusion des salariés
- B. La neutralisation des droits à l'information et à la consultation

II. Des obstacles

- A. L'existence d'un rempart constitutionnel ?
- B. La quête d'une norme européenne efficace

Face à l'activité judiciaire, la tentation est grande de caractériser les décisions en fonction de leur portée doctrinalement espérée – arrêt de principe ou d'espèce – ou désormais prétorienne (1 bis), promise par l'autorité de sigles P+B+R+I (2). Seules les décisions juridictionnelles ainsi appelées à *faire jurisprudence* ont alors la faveur des commentateurs (3). Pourtant, à l'heure de profonds bouleversements de la pratique judiciaire, il est une autre catégorie de décisions qui appellent l'attention, celle découvrant un peu de la fabrique du droit (4) qu'est le procès. Le jugement rendu le 7 juillet 2011 par le Tribunal d'instance de Marseille porte la trace de cette empirie, véritable cas d'école de la fabrication de la norme prétorienne dans ce contexte bouleversé de la supra-légalité, pris entre exigences de constitutionnalité et de conventionnalité. La difficile conjugaison des questions – prioritaire de constitutionnalité et préjudicielle – ouvre à un jeu complexe dont la raison est désormais moins hiérarchique que réticulaire (5). La compréhension de cette fabrication du droit implique un souci renouvelé de l'empirie judiciaire. Le bon niveau de lecture n'est plus alors celui de la généralité de la règle, mais plutôt de la situation contentieuse, du cas d'école, tant il est vrai que le juge semble davantage devoir mobiliser qu'appliquer la règle.

En l'espèce, le litige soumis au juge marseillais, relatif aux aides juridiques à l'emploi, portait sur une difficulté que l'on aurait pu croire réglée, si la transformation de l'ordonnancement du droit français soumis à un double mouvement de constitutionnalisation et d'eupéanisation n'en brouillait pas la solution attendue.

I. Des aides juridiques à l'emploi incompatibles avec le droit européen

Le Tribunal de Marseille était saisi d'un contentieux déjà trop connu, la contestation de la désignation du représentant de la section syndicale dans l'entreprise. Suite à la désignation par une organisation de la CGT d'un représentant au sein de l'Association de médiation sociale, l'employeur – réagissant à une intrusion qui lui était manifestement insupportable – prétendait que le seuil fatidique de cinquante salariés (6) pour la

désignation de ce représentant n'était pas atteint. Sur les 120 à 170 salariés employés par l'association, seuls huit d'entre eux étaient susceptibles d'être comptabilisés. Pour parvenir à ce surprenant résultat, nulle erreur d'arithmétique. L'employeur se prévalait d'une règle de soustraction aux effets dévastateurs pour l'efficacité du droit du travail, celle de l'article L. 1111-3 du Code du travail. Cette règle a un objet univoque : exclure du calcul

(1) Reproduit ci-après p. 720.

(1 bis) Sur l'usage de cet adjectif, C. Wolmark, *La définition prétorienne, Etude de droit du travail*, Dalloz 2007 p. 5.

(2) A propos de la communication prétorienne, F. Guiomard, Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation, RDT 2006, p. 222.

(3) E. Serverin et A. Jeammaud, Concevoir l'espace jurisprudentiel, RTD Civ. 1993, p. 91.

(4) Pour reprendre la formule métaphorique de B. Latour ; B. Latour, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2004.

(5) Pour reprendre l'opposition métaphorique entre la pyramide et le réseau, F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

(6) Article L. 2142-1-1 du Code du travail.

de l'effectif certaines catégories de salariés. En vertu de cette règle de soustraction, la collectivité de travail se voit amputée d'une partie de ses salariés, ainsi rendus ineffectifs.

A. L'exclusion des salariés

Cette comptabilité à rebours des effectifs cristallise la rencontre de deux préoccupations du législateur, au détriment de l'efficacité du droit du travail.

D'une part, un souci de proportionnalité : l'importance des exigences et obligations que le droit du travail met à la charge de l'employeur dépend de la taille de l'entreprise (7). Nombreuses sont ainsi les règles protectrices des salariés dont l'application est conditionnée à l'atteinte de seuil d'effectif, telles la mise en place des institutions représentatives ou des règles du droit du licenciement. Signe de l'importance de ce décompte des effectifs, la question fait désormais l'objet d'un traitement unifié dès les premières dispositions du Code du travail recodifié (8). Cette mise en cohérence des règles de calcul n'en a toutefois pas complètement clarifié la portée. Il n'est, à dire vrai, pas aisé de jauger l'ampleur des dispositifs du Code du travail impactés par ces conditions de seuils (9).

D'autre part, des objectifs en matière d'emploi : l'article L. 1111-3 du Code du travail est un instrument au service de politiques de l'emploi censé favoriser l'embauche de certaines catégories de travailleurs. Les catégories visées par ce que l'on pourrait qualifier d'aide juridique à l'emploi évoluent au gré des objectifs de la politique de l'emploi, témoignant de l'attention portée au sort de tel ou tel public sur le marché du travail. À l'instar des aides financières (10), cette incitation juridique permet de réduire les contraintes juridiques pesant sur un employeur, lorsque celui-ci intègre dans sa politique de recrutement les priorités conjoncturelles de la politique de l'emploi : aujourd'hui, les apprentis, les titulaires d'un CIE, d'un CAE, d'un contrat de professionnalisation et, hier encore, le contrat d'insertion-revenu minimum d'activité ou le contrat d'avenir. L'embauche des salariés ressortant de ces catégories priorisées est encouragée, puisque

l'employeur qui y cède n'a pas à craindre que la protection des salariés au sein de son entreprise soit rendue plus efficace en raison de l'accroissement de la collectivité de travail. Le recours à ces incitations juridiques, qui ne grèvent pas directement le budget de l'État, est évidemment tentant pour le législateur. À l'inverse des aides financières, les aides juridiques – dont l'article L. 1111-3 du Code du travail est emblématique – offrent ce singulier avantage de reporter la charge de la politique de l'emploi sur les salariés de l'entreprise concernée : en raison de la composition de la collectivité de travail dont ils sont membres, les salariés d'une entreprise se voient privés d'une partie de leurs droits tant individuels que collectifs (11).

Le litige soumis au Tribunal d'instance de Marseille atteste d'une manière presque caricaturale des effets dévastateurs de ces mécanismes d'incitation à l'emploi. En dépit de l'importance de la collectivité de travail employée par l'Association de médiation sociale, l'ensemble des salariés se voit privé de toute représentation du fait de la présence de salariés rendus ineffectifs par l'article L. 1111-3 du Code du travail, le seuil minimum de 11 salariés n'étant même pas atteint. En quelque sorte, à salariés ineffectifs, droit du travail inefficace.

Toutefois, la pérennité de cette règle de soustraction est désormais bien incertaine, en raison de son incompatibilité avec le droit européen.

B. La neutralisation des droits à l'information et à la consultation

L'exclusion, même temporaire, de certaines catégories de salariés du décompte des effectifs est considérée comme étant de nature à priver l'ensemble de la collectivité des travailleurs du bénéfice des droits à l'information et à la consultation que lui confère le droit de l'Union européenne.

Tel est l'argument finalement retenu par le Tribunal d'instance de Marseille pour écarter en l'espèce l'application de l'article L. 1111-3 du Code du travail. S'inspirant d'un arrêt de la Cour de justice du 18 janvier 2007 (12), le tribunal a considéré que « *la marge*

(7) Contrairement à d'autres matières, la taille d'une entreprise dépend en droit du travail essentiellement de ses effectifs. Pareille conception de la taille d'une entreprise est ici singulièrement en retrait avec les définitions actuellement recommandées s'agissant des micro, petites et moyennes entreprises. La nouvelle définition européenne des PME paraît davantage soucieuse de la prise en compte des critères financiers, associant aux seuils des effectifs des seuils tenant au chiffre d'affaires annuel ou au total du bilan annuel ; en ce sens, Recommandation 2003/361/CE du 6 mai 2003, concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises.

(8) Non sans paradoxe toutefois, puisque le décompte des effectifs est introduit dans la première partie du Code de travail relative aux relations individuelles. Les modalités de décompte des effectifs ont également été uniformisées sur la définition du Code du travail pour des dispositifs aussi divers que la réduction Fillon, la déduction forfaitaire des cotisations patronales pour heures

supplémentaires, l'assujettissement au versement transport ou la participation à la formation, voir Circ. N° DSS/5B/2010/38 du 1^{er} février 2010 relative aux nouvelles modalités de décompte des effectifs.

(9) Pour une étude approfondie témoignant de la variété des dispositifs impactés, C. Sachs-Durand, *Les seuils d'effectif en droit du travail*, LGDJ 1985.

(10) Sur la distinction entre aides financières et aides juridiques, C. Willmann, *Les aides juridiques accordées au titre des politiques de l'emploi*, RDSS 2006, p. 624.

(11) *Ibid.*

(12) CJCE 18 janvier 2007, aff. C-385/05 ; Dr. Ouv. 2007, p. 197, n. M. Bonnechère ; V. Bonnin, *L'exclusion des travailleurs de moins de 26 ans et le droit communautaire*, D. 2007, p. 776 ; C. Willmann, *L'exclusion du calcul des effectifs des jeunes de moins de 26 ans*, Dr. Soc. 2005, p. 1142.

d'appréciation dont les États membres disposent en matière de politique sociale ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre d'un principe fondamental du droit communautaire ou d'une disposition de ce même droit et que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2002/14 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui exclut, fût-ce temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre de travailleurs employés au sens de cette disposition » (13).

En effet, la Cour de justice avait été interrogée sur l'interprétation des directives 2002/14/CE et 98/59/CE (14) par le Conseil d'État (15), qui était saisi d'un recours en annulation à l'encontre de l'ordonnance 2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de calcul des effectifs des entreprises. L'ordonnance prévoyait la neutralisation temporaire des salariés âgés de moins de 26 ans du décompte des effectifs. La règle de soustraction ainsi créée ne se distinguait d'ailleurs pas des dispositifs « bénéficiant » à d'autres catégories de salariés ineffectifs de l'article L. 1111-3 du Code du travail. Pareille modalité de calcul pouvait-elle satisfaire aux exigences de pleine application du droit communautaire ? Certes, les définitions nationales des règles de décompte des effectifs n'ont pas été harmonisées et relèvent donc de la marge d'appréciation des autorités nationales en charge de la transposition des directives 2002/14/CE et 98/59/CE. Mais ce renvoi au droit national ne peut s'entendre comme d'un blanc-seing. Pour la Cour de justice, les règles de décompte définies par les États membres ne doivent pas priver le droit de l'Union de son effet utile (16). Or un tel mode de calcul des effectifs, qui exclut – même temporairement – certaines catégories de travailleurs, « a pour conséquence de soustraire certains employeurs aux obligations prévues par la directive 2002/14 et de priver leurs travailleurs des droits reconnus par ladite directive, [et] est de nature à vider lesdits droits de leur substance et ôte ainsi à la directive son effet utile » (17).

Certes, la règle de soustraction en cause ne déniait pas formellement la vocation des salariés à être titulaires des droits à l'information et à la consultation. En effet, les salariés rendus ineffectifs par ces règles de soustraction n'en conservent pas moins le droit à l'électorat et à l'éligibilité. En quelque sorte neutralisés lors de l'appréciation des conditions d'exercice de ces droits, les

salariés ineffectifs pourront pleinement les exercer, s'il y a encore lieu..., après ce décompte à rebours de la collectivité de travail. Toutefois, l'entrave susceptible d'être imposée à l'effet utile des droits à l'information et à la consultation est évidente. Sans attenter à la vocation à bénéficier de ces droits, la règle de soustraction en sape les conditions d'exercice, vidant ces droits de leur substance. Les circonstances de fait soumises en l'espèce au Tribunal d'instance de Marseille sont symptomatiques de ce danger. Ici tout particulièrement, le respect de la norme européenne n'est pas satisfait par la seule conformité du droit national, mais suppose une attention aux conditions de sa réalisation. La mise en œuvre du droit communautaire n'impose pas seulement aux autorités nationales de transcrire, mais plus avant de garantir la pleine application des normes européennes. Cette dernière exigence impose d'adapter le système juridique national à l'exercice effectif du droit de l'Union, au-delà de la seule reprise dans le droit interne des prescriptions posées par les directives européennes. Cette exigence d'implémentation (18) du droit européen a de longue date été affirmée par la Cour de justice. Déjà à l'occasion du contentieux de la mise en œuvre de la directive 75/129/CEE relative aux licenciements collectifs et de la directive 77/187 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise dans le droit anglais, la Cour de justice avait pu montrer la portée de cette obligation. À l'instar des textes européens invoqués devant le Tribunal d'instance de Marseille, ces directives dites structurelles (19) imposent l'introduction dans le droit national d'une procédure obligatoire d'information et de consultation des représentants des travailleurs. Dans un arrêt du 8 juin 1994, la Cour a considéré que le Royaume-Uni n'avait pas satisfait à ses obligations de mise en œuvre, alors même que le législateur national avait correctement transcrit les directives en cause dans le droit interne (20). En effet, fondé sur le simple volontariat de l'employeur, ce système national de représentation des travailleurs n'était pas apte à garantir l'effet utile de l'obligation d'information, l'employeur ayant la possibilité d'empêcher la désignation de représentant des salariés. Aussi, quand bien même les directives 75/129 et 77/187 n'avaient pas pour objet une telle harmonisation, l'exigence de pleine application du droit communautaire imposait un aménagement du système national de représentation des travailleurs.

(13) TI Marseille, 7 juillet 2011, préc.

(14) 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 ; Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.

(15) CE 6 juillet 2007, n° 283892.

(16) CJCE 18 janvier 2007, préc., pt. 35.

(17) Ibid., pt. 38.

(18) J. Porta, *La réalisation du droit communautaire*, LGDJ 2007, spéc. p. 150 et ss.

(19) G. et A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, Dalloz, 1993, p. 303 et ss.

(20) CJCE 8 juin 1994, *Commission / Royaume-Uni*, aff. C-382/92 et C-383/93, D. 1994, IR. 176.

La décision du Tribunal d'instance de Marseille écartant l'application de l'article L. 1111-3 du Code du travail s'inscrit bien dans cette logique européenne. Seule une telle adaptation des règles de décompte des effectifs paraît de nature à garantir que les droits à l'information et à la consultation des travailleurs reconnus par les normes

européennes ne se muent pas en tigres de papier, vidés de leur substance. Pour autant, faut-il déduire de sa contrariété aux exigences du droit de l'Union la possible mise à l'écart de l'article L. 1111-3 du Code du travail ? C'est ce qu'a cru pouvoir décider le Tribunal d'instance de Marseille.

II. Des obstacles

Une compréhension hiérarchique de l'ordonnement du droit du travail français inviterait à passer en quelque sorte mécaniquement de ce constat d'une contrariété à la norme européenne à celui du rétablissement de la légalité européenne. Pareille croyance se révèle trompeuse et masque mal la fragilité du droit de l'Union européenne, dont la pleine application dépend d'abord du juge national, « *juge communautaire de droit commun* » (21). Deux obstacles pourraient bien surgir contre la mise en conformité du droit interne au droit de l'Union européenne, révélateur chacun de la complexité d'un ordonnancement pluraliste. Mais avant de rendre les armes, encore faut-il en apprécier la portée.

A. L'existence d'un rempart constitutionnel ?

Le premier obstacle est de nature constitutionnelle. En l'espèce, probablement soucieux du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, le juge marseillais s'était dans un premier temps enquis de la constitutionnalité de l'article L. 1111-3 du Code du travail. La question prioritaire de constitutionnalité ici posée souligne la divergence des positions du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice de l'Union européenne concernant la validité des aides juridiques à l'emploi fondées sur la neutralisation d'une partie des effectifs de l'entreprise.

L'exclusion de certains travailleurs en contrats aidés est-elle compatible avec les principes constitutionnels d'égalité devant la loi, de liberté syndicale, et avec le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ? Dans une décision du 29 avril 2011, le Conseil constitutionnel a répondu à la question prioritaire de constitutionnalité transmise par le Tribunal

d'instance de Marseille en affirmant la conformité de l'article L. 1111-3 du Code du travail à la Constitution (22), soulignant par là la divergence des positions du Conseil et de la Cour de justice.

En premier lieu, ces exclusions ne méconnaissent pas le principe d'égalité devant la loi, qui ne s'oppose pas à ce que le législateur « *déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général* » (23). Or les exclusions en cause ont bien pour objet d'« *améliorer l'emploi des jeunes et des personnes en difficulté et leur faire acquérir une qualification professionnelle* ». Pour le Conseil, « *les différences de traitement qui peuvent en résulter entre catégories de travailleurs ou catégories d'entreprises répondent à ces fins d'intérêt général et ne sont pas, dès lors, contraires au principe d'égalité* ».

En second lieu, pas plus que sur le terrain de l'égalité devant la loi, les critiques de la constitutionnalité de l'article L. 1111-3 du Code du travail fondées sur la violation des droits à la participation n'ont prospéré, puisque cet article est sans conséquence sur la titularité des droits à participation. Les salariés, exclus du calcul des effectifs, n'ont pas moins que les autres salariés le droit d'être électeurs ou éligibles au sein des instances représentatives du personnel de l'entreprise dans laquelle ils travaillent (24). Aussi, pour le Conseil constitutionnel, il n'y a pas là d'atteinte au principe de participation (25).

A dire vrai, si n'était intervenu entre temps l'arrêt de la CJCE du 18 janvier 2007, la solution retenue par le Conseil constitutionnel tant sur le terrain de l'égalité que du respect du droit à la participation ne surprendrait pas, tant elle est conforme à un raisonnement maintes fois rappelé par le Conseil en matière de politiques de l'emploi. Déjà dans une décision du 5 juillet 1977 (26),

(21) Selon l'expression devenue emblématique, TPI 10 juillet 1990, *Tetra Pak Rausing/Commission*, aff. T-51/89, pt. 42 ; Voir O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Dalloz 2001.

(22) Cons. Const., 29 avril 2011, *Syndicat CGT et autre*, n° 2011-122 QPC.

(23) Décision n° 2011-122 QPC, préc., pt. 3.

(24) Décision n° 2011-122, QPC, préc., pt. 8. C'est ce même raisonnement qui justifie une toute autre sévérité à l'égard de l'exclusion des salariés mis à disposition de la collectivité de travail. Par une décision du 28 décembre 2006, le Conseil constitutionnel avait imposé la prise en compte de ces derniers dans la détermination de l'effectif et au corps électoral ; Cons.

Const., 28 décembre 2006, loi du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, DC n° 2006-545 ; M.-L. Morin, Effectif et électoralat : de la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007, RDT 2007, p. 229 ; A. Lyon-Caen, Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail, RDT 2007 p. 84.

(25) Là encore, le Conseil constitutionnel reprend une solution constante dans sa jurisprudence, déjà, décision n° 75-574, préc.

(26) Cons. Const., 5 juillet 1977, loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la Sécurité sociale, DC n° 77-79.

se prononçant sur la constitutionnalité de dispositions législatives prévoyant, au motif de favoriser l'emploi des jeunes, leur exclusion du décompte des effectifs, le juge constitutionnel avait considéré que cette exclusion ne contenait aucune discrimination susceptible de porter atteinte au principe d'égalité devant la loi. À la suite, ce préjugé de faveur ne s'est pas démenti (27), encore récemment confirmé par la décision du 22 juillet 2005 qui valide la loi du 26 juillet 2005 qui, toujours et encore pour favoriser le recrutement des jeunes âgés de moins de 26 ans, habitait le gouvernement à aménager le décompte des effectifs (28).

L'écart ainsi avéré entre le raisonnement du Conseil constitutionnel et celui de la Cour de justice est riche d'enseignements. D'une part, il n'est pas sûr que le dialogue des juges (29), ailleurs loué, soit la grille de lecture la plus pertinente de la confrontation ouverte par le mécanisme de la QPC entre constitutionnalisation et européanisation du droit français. La nature et l'objet du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel trace indubitablement les limites d'une telle description des relations entre juridictions nationales et supranationales. D'autre part, cet écart met en lumière la différence profonde des conceptions constitutionnelles et européennes s'agissant de la protection attachée à un droit fondamental, tel le droit à la participation. Alors que le Conseil s'attache à la titularité du droit, au bénéfice formellement reconnu des droits à la participation, le juge européen veille à leur effectivité. Pour le juge européen, la seule reconnaissance du droit fondamental n'est pas une garantie suffisante. Pour que ces droits ne puissent être privés de leur effet utile à l'égard de tous les salariés de l'entreprise, il importe de veiller à leurs conditions d'exercice. Enfin, et là n'est pas le moindre enseignement, cet écart témoigne probablement de l'influence des règles de procédure sur l'interprétation des énoncés juridiques et en particulier de ces énoncés de grande généralité que sont les droits fondamentaux. Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, les faits de l'espèce lui restent tus (30). Aussi est-ce *in abstracto* que le Conseil se prononce sur la constitutionnalité des

dispositions législatives critiquées. A l'inverse, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, la Cour de justice est quant à elle saisie des circonstances du litige. Au nom du principe de coopération, le juge national doit informer la Cour tant du contexte juridique que factuel du litige dans le cadre duquel la question de l'interprétation ou de la validité d'une norme européenne doit être tranchée (31). Par contraste, on pressent que la possibilité ou non de prononcer un jugement contextué, c'est-à-dire informé des circonstances de fait du litige, influe sur l'interprétation même des droits fondamentaux et de leur garantie.

D'importance, l'écart entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice sur la validité de l'article L. 1111-3 du Code du travail n'est toutefois pas un obstacle dirimant au respect de la légalité communautaire. Au juge national tant administratif que judiciaire s'impose le respect du droit européen en raison de sa primauté sur le droit national, fut-il constitutionnel (32).

A la suite de l'arrêt de la Cour de justice du 18 janvier 2007 précédemment évoqué, le Conseil d'État avait, au demeurant, logiquement annulé les dispositions de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 excluant les salariés de moins de 26 ans du calcul des effectifs en raison de leur contradiction avec le droit de l'Union européenne (33).

Mais une fois l'obstacle constitutionnel franchi, un autre obstacle pourrait bien encore se dresser contre la mise en conformité du droit français aux exigences européennes. Pour que la contrariété du droit national au droit de l'Union puisse être sanctionnée par le juge, encore faut-il qu'existe dans la situation contentieuse dont le juge est saisi un conflit de normes. À défaut, le juge national ne peut écarter l'application du droit interne qui s'impose à lui.

B. La quête d'une norme européenne efficace

Si l'incompatibilité de la règle de calcul des effectifs avec le droit de l'Union semble difficilement contestable, conférerait-elle le pouvoir au juge national d'écarter le droit

(27) C. Willmann, Des règles spéciales en attente de justification solide, RDT 2010, 342.

(28) Cons. Const., 22 juillet 2005, loi habitant le gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi, DC n° 2005-52.

(29) Sur cette idée d'un dialogue des juges, notamment, P. Brunet, « Les juges européens au pays des valeurs », La Vie des idées, 9 juin 2009, ISSN : 2105-3030. URL : <http://www.laviedesidees.fr/Les-juges-europeens-au-pays-des.html> ; M. Sweeney, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Université Paris-X, Thèse 2010, spéc. p. 37 et ss.

(30) L'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique du Conseil constitutionnel impose en effet qu'à peine d'irrecevabilité, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est présenté « dans un écrit distinct et

motivé ». De cette exigence, le Conseil constitutionnel en déduit que « le Conseil constitutionnel n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, seuls l'écrit ou le mémoire « distinct et motivé » ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question prioritaire de constitutionnalité doivent lui être transmis » (Cons. const. 3 décembre 2009, n° 2009-595).

(31) CJCE 6 mars, 2007, *Placanica*, aff. C-338/04, pt. 34.

(32) Par exemple, écartant une disposition constitutionnelle allemande contraire à une directive, CJCE 11 janvier 2000, *Kreil*, aff. C-285/98.

(33) CE 6 juillet 2007, n° 283892 ; I. Odoul Asorey, *Négociation collective et droit constitutionnel. Contribution à l'étude de la constitutionnalisation des branches du droit*, Thèse Paris-X, 2008, spéc. p. 460 et ss.

interne ? En effet, la contrariété des normes internes au droit de l'Union ne peut être sanctionnée qu'à la condition que, dans la situation contentieuse soumise au juge national, existe un conflit de normes, c'est-à-dire que plusieurs normes incompatibles aient effectivement vocation à s'appliquer en l'espèce.

En l'espèce, le Tribunal d'instance de Marseille a recherché dans le droit de l'Union européenne un fondement pour écarter la mise en œuvre de la règle nationale de calcul des effectifs, estimant que « *l'article 1111-3 du Code du travail qui est de nature à priver le salarié titulaire d'un contrat aidé des droits de bénéficiaire d'institutions représentatives, n'est pas conforme au droit communautaire qui détermine une protection minimale à laquelle les États ne peuvent déroger qu'en adoptant des mesures nationales plus favorables aux travailleurs* » (34). La difficulté vient de ce que le litige soumis au juge marseillais est un litige horizontal, entre un salarié et un employeur privé. Pour justifier le recours au droit européen, le juge marseillais s'est fondé sur l'exigence d'interprétation conforme du droit national aux dispositions des directives 2002/14/CE et 98/59/CE. *A priori*, il y a là une voie possible pour l'invocation des normes européennes. Certes, une directive ne saurait avoir un effet direct dans le cadre d'un litige entre particuliers (35). Toutefois, dans le cadre d'un litige horizontal y compris, le juge national a l'obligation d'interpréter le droit national conformément aux dispositions d'une directive, qu'elle ait ou non été correctement transposée. Cette obligation est d'autant plus pressante que « *les autorités nationales ainsi que les juridictions des États membres doivent, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition desdites directives, non seulement interpréter leur droit national d'une manière conforme à ces dernières, mais également veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de ces directives qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux* » (36). Toutefois, le remède n'a qu'une portée limitée. L'obligation d'interprétation conforme n'autorise pas le juge national à

une interprétation *contra legem* (37). Aussi, ce remède risque-t-il de demeurer sans efficacité lorsque la contrariété du droit national aux dispositions de la directive est formulée en des termes univoques (38).

Aussi, l'effet conféré par le Tribunal d'instance de Marseille aux dispositions des deux directives invoquées semble davantage s'apparenter à un effet d'éviction qu'à celui d'interprétation conforme. La référence à une directive peut effectivement justifier d'écarter l'application de la norme nationale contraire au droit de l'Union européenne. Que l'effet d'éviction soit distinct de l'effet direct ne fait pas de doute (39). Mais est-ce à dire que l'effet d'éviction des dispositions d'une directive puisse être invoqué dans le cadre d'un litige horizontal ? La Cour de justice a parfois semblé l'admettre. Dans un arrêt *Unilever* (40), la Cour a ainsi accueilli l'invocation d'une directive dans le cadre d'un litige opposant des particuliers au sujet de droits et obligations de nature contractuelle. Mais la solution a été rendue dans un contexte assez spécifique. En l'espèce, la directive se limitait à poser des exigences procédurales relatives à l'adoption d'une réglementation. L'invocation de la directive aux fins d'éviction de la norme nationale était admise dès lors que la directive « *ne définit nullement le contenu matériel de la règle de droit sur le fondement de laquelle le juge doit trancher le litige devant lui* » (41). Aussi, cette solution a parfois été interprétée comme ne remettant pas en cause le rejet de l'effet direct horizontal des directives, mais donnant à l'invocation de la directive un effet procédural (42). En l'absence de prise de position définitive de la Cour de justice, l'admission de l'effet d'éviction n'en continue pas moins d'être vigoureusement défendu (43).

Ajoutons encore, que, plus rigoureusement, une autre voie moins incertaine devrait être encore préférée – fut-ce d'office – par le juge judiciaire pour imposer le respect de la légalité européenne face à l'inertie du législateur. Le juge judiciaire ne pourrait-il pas directement se référer à un droit fondamental du droit de l'Union européenne ? En l'espèce, les dispositions de l'article L. 1111-3 du Code du

(34) TI Marseille, 7 juillet 2011, préc.

(35) CJCE 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, Dr. Ouv. 1995 p. 37, n. M. Bonnechère.

(36) CJUE, ord., 19 février 2009, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH*, aff. C-557/09, pt. 29.

(37) Selon la Cour, « *cette obligation d'interprétation conforme concerne l'ensemble des dispositions du droit national et trouve ses limites dans les principes généraux du droit, notamment dans celui de sécurité juridique, en ce sens qu'elle ne peut pas servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national* », CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-12/08, *Mono Car Styling SA*, pt. 61.

(38) D. Simon, L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ?, Europe 2010, Étude n° 3.

(39) L'effet d'exclusion n'est pas soumis aux conditions de l'effet direct, exigeant que le contenu des dispositions soient

inconditionnelles et suffisamment précises ; en ce sens, D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^e éd. 2001, spéc., n° 292.

(40) CJCE 26 septembre 2000, aff. C-443/98, Europe 2000, n° 343, comm. D. Simon.

(41) CJCE 26 septembre 2000, *Unilever*, préc., spéc. pt. 51.

(42) D. Simon, Revue Europe 2000, n° 343

(43) A l'occasion de l'affaire *Kücükdeveci* (CJCE 19 janvier 2010, aff. C-555/07, Dr. Ouv. 2010 p. 457, n. M. Bonnechère), les conclusions de l'avocat général Y. Bot invitaient à opérer cette distinction entre effet d'éviction et effet direct. Il exposait que « *la directive 2000/78 doit donc, à notre sens, pouvoir être invoquée dans un litige entre particuliers en vue d'exclure l'application d'une disposition contraire au droit communautaire* » (conclusion de l'avocat général Y. Bot, pt. 87) ; également D. Simon, L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ?, Europe n° 3, mars 2010, étude 3.

travail sont effectivement susceptibles de porter atteinte à l'effet utile du droit fondamental à l'information et à la participation des salariés au sein de l'entreprise, tel que désormais confirmé par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Or, il est constant – comme le rappelait au demeurant le Tribunal d'instance de Marseille – que « *la marge d'appréciation dont les États membres disposent en matière de politique sociale ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre d'un principe fondamental du droit communautaire* » (44). Face à une telle atteinte, le juge national n'est pas démuné. Il lui est possible d'invoquer directement un droit fondamental, y compris lorsque le juge est appelé à trancher un litige horizontal. À l'instar des autres normes du droit primaire (45), les droits fondamentaux sont d'application directe. Dans un arrêt *Kücükdeveci* (46), la Cour a clairement admis l'invocation d'un droit fondamental reconnu par la Cour en tant que principe général du droit communautaire. Que le litige en cause soit un litige horizontal, opposant un salarié à un employeur privé, n'a ici pas fait obstacle à l'effet d'éviction.

Constatant que la directive 2000/78 (47) « *ne fait que concrétiser, sans le consacrer, le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail* », le juge européen fonde l'obligation d'écarter l'application du droit national non sur la directive, mais directement sur le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, réaffirmé en tant que principe général du droit de l'Union (48). En effet, selon la Cour, « *il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige entre particuliers, d'assurer le respect du principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78, en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire de la réglementation nationale* » (49).

Ce droit à la participation qui pourrait se voir neutraliser s'il n'était supporté que par les simples dispositions d'une directive trouverait là, par ce changement de support textuel, une voie d'accomplissement. Témoignage, s'il en était besoin que la répétition sous de multiples supports textuels d'un même droit fondamental est loin d'être insignifiante.

Jérôme Porta

(44) CJCE 18 janvier 2007, aff. C-385/05, pt. 29, *prec.*

(45) Dans un arrêt *Defrenne* déjà, la Cour a considéré que l'article 119 CEE (devenu 157 TFUE) fondait un droit à l'égalité entre travailleurs féminins et travailleurs masculins pouvant être invoqué devant le juge national, peu important que l'employeur soit public ou privé. Selon la Cour, « *l'article 119 est susceptible d'application directe et peut donc engendrer, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions doivent sauvegarder* » (CJCE 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, pt. 24). Cet effet direct est non seulement vertical mais également horizontal, puisque le principe trouve à s'appliquer « *non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toute convention visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux*

contrats entre particuliers » (Ibid., pt. 39) ; également CJCE 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93 ; CJCE 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, pt. 40, note S. Robin-Olivier et E. Pataut, RDT 2008, p. 80.

(46) CJUE 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07, *prec.*

(47) Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

(48) CJCE 19 janvier 2010, *prec.*, pt. 50 ; déjà CJCE 22 novembre 2005, aff. C-144/04, Dr. Ouv. 2006 p. 362, n. M. Bonnechère.

(49) Ibid., pt. 56.

Annexe

LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX – Participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail – Effectivité – Contrats aidés – Exclusion du décompte des effectifs (art. L. 1111-3 CT) – Privation du bénéfice de représentation du personnel – Contrariété avec le droit communautaire – Inapplicabilité du droit interne – Désignation d'un RSS – Validité (oui) – Concomitance d'un licenciement – Fraude (non).

TRIBUNAL D'INSTANCE DE MARSEILLE 7 juillet 2011

AMS contre Union locale CGT des quartiers Nord de Marseille et a.

FAITS, PROCÉDURE, MOYENS ET PRÉTENTIONS DES PARTIES :

Par jugement en date du 18 novembre 2010, auquel il conviendra de se reporter pour l'exposé des faits et de la procédure jusqu'à cette date, le tribunal a transmis à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité présentée et sursis à statuer sur les autres demandes.

Par arrêt du 16 février 2011, la Cour de cassation a renvoyé la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Par arrêt du 29 avril 2011, le Conseil constitutionnel a décidé que l'article L. 1111-3 du Code du travail était conforme à la Constitution.

L'affaire ayant été remise au rôle de l'audience du 16 juin 2011, l'association AMS a fait valoir :

La désignation de M. L. est manifestement frauduleuse. M. L., lors de sa désignation, était sous le coup d'une procédure disciplinaire.

En outre, le syndicat ne peut créer de section syndicale, l'association ne comportant pas 50 salariés au sens de l'article L. 1111-3 du Code du travail.

L'arrêt du Conseil constitutionnel du 26 mai 2010 a confirmé la constitutionnalité de ce texte.

L'association AMS demande au tribunal de condamner M. L. et la CGT à verser chacun la somme de 3 000 euros à l'association AMS au titre de l'article 118 du Code de procédure civile, sur le fondement du dilatoire.

A titre principal :

La désignation de M. L. eu qualité de représentant de la section syndicale est frauduleuse, annuler la désignation de M. L. en qualité de représentant de la section syndicale, annuler la création de la section syndicale CGT au sein de l'AMS (...).

M. L., l'union locale des syndicats CGT des quartiers nord, défenseurs, ainsi que l'union départementale des syndicats CGT des Bouches-du-Rhône et la Confédération générale du travail (CGT), intervenants volontaires, font valoir :

Ils se désistent de leur demande en nullité de la procédure.

Sur les 120 à 170 salariés de l'entreprise, 8 seraient susceptibles d'être comptabilisés dans les effectifs au sens de l'article L. 1111-3 du Code du travail.

Ce texte, jugé constitutionnel, n'est pas conforme au droit communautaire et aux engagements internationaux de la France.

Les défendeurs demandent au tribunal de :

Donner acte à l'union départementale des syndicats «CGT» des Bouches-du-Rhône et au syndicat national de la «Confédération générale du travail» (CGT) de leur intervention volontaire dans le cadre de la présente instance, y faire droit et déclarer lesdites interventions volontaires recevables,

Rappeler, en tant que de besoin, que la création d'une « section syndicale » n'exige aucun effectif minimum,

Dire que l'article L. 111-3 du Code du travail, en sa rédaction applicable, et dont se prévaut l'association demanderesse pour exciper de son effectif à l'appui de la demande d'annulation de la désignation de M. L. par le syndicat défendeur, est contraire :

1) aux engagements européens et internationaux de la France, en ce qu'il :

- institue une discrimination injustifiée,

- prive, concrètement, les salariés titulaires des contrats qu'il vise du droit à une représentation syndicale, puisqu'ils ne sont pas pris en compte dans les effectifs au seul motif tiré de la nature particulière de leur contrat de travail,

- les prive également du droit d'accéder à une « organisation » et à une « négociation » collective,

2) au droit communautaire, et notamment à la Directive du 11 mars 2002, n° 2002/14/CE, établissant un « cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs », telle qu'interprétée par la CJCE (C 385-05, Dr. Ouv. avril 2007, p. 197 et suiv.) et le Conseil d'Etat (CE, 6 juillet 2007, n° 283892), selon laquelle « l'article 3 paragraphe 1 s'oppose à une réglementation nationale qui exclut, fut-ce temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre des travailleurs employés au sens de cette disposition ».

En tout état de cause, dire que la désignation de M. L. en qualité de représentant de la « section syndicale », en ce qu'elle émane d'une union locale affiliée à un syndicat représentatif, est possible même dans une entreprise comptant un effectif inférieur à 50 salariés ; dire que les effectifs exacts de l'association ne sont pas établis, faute pour la défenderesse de communiquer, de façon exhaustive :

- la nature de ces contrats de travail,

- leur durée,

- la durée de la convention conclue avec l'Etat, ou la (les) collectivité(s) concernée(s).

En conséquence, dire l'association « AMS » infondée en sa demande et l'en débouter.

A titre reconventionnel, la condamner au paiement de la somme de 5 000 € à titre d'indemnité du fait de l'absence de représentation du personnel, sauf production d'un procès-verbal de carence. L'enjoindre, sous astreinte de 500 € par jour de retard à compter de la notification du jugement à intervenir, d'avoir à organiser sans délai des élections aux fins de mise en place d'institutions représentatives du personnel en son sein.

MOTIFS DE LA DÉCISION :

La désignation d'un représentant syndical peut être contestée par l'employeur, au motif qu'il s'agirait d'une désignation frauduleuse, dès lors qu'elle serait intervenue alors qu'un licenciement était décidé ou envisagé et afin de lui faire échec.

La preuve de la fraude appartient au demandeur et ne peut être présumée.

M. L. a été désigné en qualité de représentant de la section syndicale du syndicat CGT des quartiers nord, selon courrier daté du 4 juin 2010. C'est par courrier daté du 9 juin 2010 que l'association AMS a convoqué M. L. à un entretien préalable au licenciement. Il existe une discussion sur la date à laquelle l'un et l'autre courrier ont été reçus.

Le courrier manuscrit de désignation de M. L. mentionne le numéro de la lettre recommandée : 1 A 03887055125, mention qui est de la main du rédacteur dudit courrier. Une copie du bordereau du recommandé est produite par les défendeurs. Elle ne comporte aucune date de distribution, mais seulement la date d'expédition, le 5 juin 2010, et la signature du destinataire. Les bordereaux joints par le demandeur à la copie du courrier de désignation ne portent pas le même numéro et, par conséquent, ne correspondent pas à cet envoi. D'ailleurs, le destinataire en est M. L. Il s'agit vraisemblablement du courrier de convocation à l'entretien préalable dont l'avis de réception, également produit, mentionne la date du 11 juin 2010.

Par ailleurs, est produit par l'employeur un courrier manuscrit de la main de M. L. daté du 8 juin 2010 faisant référence à une mise à pied conservatoire du même jour.

Le courrier de désignation ayant été expédié le 5 juin 2010 et M. L. ayant été mis à pied le 8 juin 2010, à défaut de prouver que M. L. a voulu faire échec à un licenciement projeté, l'association AMS n'établit pas le caractère frauduleux de la désignation, peu important que l'employeur produise l'historique de la lettre recommandée n° 1 A 03887055125 faisant apparaître une distribution le 9 juin 2010, dans la mesure où la date d'expédition est antérieure au 8 juin 2010.

Il résulte de l'article L. 2142-1-1 alinéa 1 du Code du travail les dispositions suivantes :

« Chaque syndicat qui constitue, conformément à l'article L. 2142-1, une section syndicale au sein de l'entreprise ou de l'établissement de cinquante salariés ou plus peut, s'il n'est pas représentatif dans l'entreprise ou l'établissement, désigner un représentant de la section pour le représenter au sein de l'entreprise ou de l'établissement. »

L'association AMS fait valoir que ses effectifs sont de 8 salariés en application de l'article L. 1111-3 du Code du travail qui comporte les dispositions suivantes :

« Ne sont pas pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise :

1° Les apprentis ;

2° Les titulaires d'un contrat initiative-emploi, pendant la durée de la convention prévue à l'article L. 5134-66 ;

3° (Abrogé) ;

4° Les titulaires d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi pendant la durée de la convention mentionnée à l'article L. 5134-19-1 ;

5° (Abrogé) ;

6° Les titulaires d'un contrat de professionnalisation jusqu'au terme prévu par le contrat lorsque celui-ci est à durée déterminée ou jusqu'à la fin de l'action de professionnalisation lorsque le contrat est à durée indéterminée.

Toutefois, ces salariés sont pris en compte pour l'application des dispositions légales relatives à la tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles. »

L'association AMS emploie, en effet, un nombre important de salariés, plus de cent, selon différents contrats aidés. Il en résulte que le seuil de 50 salariés au sens de l'article précité n'est pas atteint et que, par conséquent, il ne peut être nommé de représentant de la section syndicale dans l'entreprise en application de l'article L. 2142-1-1 du Code du travail.

C'est vainement que les défendeurs soutiennent que l'article L. 1111-3 du Code du travail serait anticonstitutionnel, en l'état de l'arrêt du Conseil constitutionnel en date du 29 avril 2011 qui déclare ce texte conforme à la Constitution.

Par ailleurs, les défendeurs soutiennent également que l'article L.1111-3 du Code du travail serait contraire aux engagements européens et internationaux de la France, et notamment à la directive du 11 mars 2002 n° 2002/14/CE.

L'association AMS est une association d'insertion qui a pour objet, en concluant des contrats aidés visés à l'article L. 1111-3 du Code du travail, de favoriser l'insertion professionnelle des personnes sans emploi ou rencontrant des difficultés sociales et professionnelles d'accès à l'emploi.

Les défendeurs estiment que les titulaires de ces contrats étant exclus des effectifs de l'entreprise par le texte litigieux, il s'ensuit une discrimination des bénéficiaires de ces contrats et une violation des dispositions de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui dispose :

« *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* »

Les défendeurs énoncent que l'article litigieux introduit une discrimination puisque les bénéficiaires de ces contrats (contrat d'apprentissage, initiative-emploi, contrat d'accompagnement dans l'emploi, contrat unique d'insertion, contrat de professionnalisation) ne sont pas comptabilisés dans les effectifs de l'entreprise, sans toutefois préciser en quoi le fait de ne pas être comptabilisé dans les effectifs de l'entreprise au sens du texte contesté constituerait une discrimination, et en quoi consiste objectivement la discrimination alléguée dès lors que le calcul des effectifs au sens de l'article litigieux est sans effet sur le droit d'adhérer à un syndicat, sur le droit à l'expression d'un salarié dans l'entreprise, sur son droit d'être électeur ou éligible aux instances représentatives, de participer à la détermination des conditions de travail ou à la gestion.

Par contre, l'existence de certaines institutions représentatives (comité d'entreprise, comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) est soumise à une condition d'effectif, de même la désignation par les syndicats d'un représentant de section syndicale, d'un délégué syndical. Dans ce cas, le décompte des effectifs en application du texte litigieux n'est pas dépourvu d'effet.

Pourrait, également, donner lieu à une contestation identique l'article L. 1111-2 du Code du travail qui prévoit une prise en compte des salariés dans les effectifs de l'entreprise selon la nature du contrat de travail (contrat de travail à durée déterminée, contrat de travail intermittent, salarié mis à disposition, salarié à temps partiel), disposition qui distingue les salariés selon le temps passé dans l'entreprise. Néanmoins, il s'agit, en l'espèce, d'une prise en compte proportionnelle et non d'une exclusion de certains salariés du calcul telle qu'elle résulte de l'article L. 1111-3 du Code du travail.

Les défendeurs soutiennent également que l'article contesté ne serait pas conforme au droit communautaire, notamment tel qu'il résulte de l'article 3 de la directive 2002/14/CE, ainsi que de l'interprétation qu'en donne la Cour de justice des Communautés européennes.

Bien que les directives communautaires n'aient pas d'effet direct en droit interne et ne puissent se substituer à la loi nationale applicable, toutes les autorités des Etats membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles, ont l'obligation d'atteindre le résultat prévu par elles, et ont le devoir, en vertu de l'article 10 du Traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 4 § 3 du Traité sur l'Union européenne, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation.

L'article 3 § 1 de la directive 2002/14/CE est ainsi rédigé :

« *La présente directive s'applique, selon le choix fait par les États membres :*

a) *aux entreprises employant dans un État membre au moins 50 travailleurs, ou*

b) *aux établissements employant dans un État membre au moins 20 travailleurs.*

Les États membres déterminent le mode de calcul des seuils de travailleurs employés. »

En vertu de ce texte, les États membres déterminent le mode de calcul des seuils de travailleurs employés pour l'application de la directive dans les entreprises, et si le Conseil d'Etat a annulé l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 par arrêt du 6 juillet 2007, c'est, en se référant à l'interprétation donnée par la Cour de justice des Communautés européennes de l'article précité et de l'article 10 § 1, sous a) de la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998.

La CJCE, saisie d'une question préjudicielle par le Conseil d'Etat, a dit pour droit dans l'arrêt du 18 janvier 2007 que la marge d'appréciation dont les États membres disposent en matière de politique sociale ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre d'un principe fondamental du droit communautaire ou d'une disposition de ce même droit et que l'article 3, § 1, de la directive 2002/14 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui exclut, fût-ce temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre de travailleurs employés au sens de cette disposition.

L'ordonnance annulée prévoyait l'exclusion temporaire des effectifs de l'entreprise des salariés de moins de 26 ans. Il est constant que, comme les salariés de moins de 26 ans, les bénéficiaires de contrats d'apprentissage ou de contrats aidés constituent une catégorie déterminée de travailleurs et ne peuvent, en application de la directive précitée, être exclus des effectifs de l'entreprise, exclusion qui aurait pour effet de les priver des droits relatifs à l'information et à la consultation des travailleurs ainsi que de ceux bénéficiant aux travailleurs en cas de licenciement collectif en application de la directive 98/59 CE. En conséquence, l'article L. 1111-3 du Code du travail, qui est de nature à priver le salarié titulaire d'un contrat aidé des droits précités et, en particulier, du droit de bénéficier d'institutions représentatives, n'est pas conforme au droit communautaire qui détermine une protection minimale à laquelle les Etats ne peuvent déroger qu'en adoptant des mesures nationales plus favorables aux travailleurs.

Dans ces conditions, il ne saurait être fait application des dispositions de l'article L. 1111-3 du Code du travail à la présente espèce. Le calcul des effectifs devant s'opérer en tenant compte de tous les contrats de travail, il est manifeste au regard du registre d'entrée et de sortie du personnel que l'association emploie régulièrement plus de 50 salariés. En conséquence, M. L. pouvait être régulièrement désigné en qualité de représentant de la section syndicale. Les demandes de l'association AMS seront rejetées, y compris celle relative à une action dilatoire qui n'est nullement établie.

Il n'entre pas dans la compétence du juge de l'élection d'enjoindre à l'employeur, sous astreinte, d'organiser des élections aux fins de mise en place d'institutions représentatives du personnel.

Aucune considération d'équité ou de nature économique ne justifie l'allocation d'une somme quelconque au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

Reçoit l'union départementale des syndicats CGT des Bouches-du-Rhône et la Confédération générale du travail (CGT) en leur intervention volontaire,

Constate que les défendeurs se désistent de leur demande en nullité de la procédure,

Rejette la requête de l'association AMS.

(M. Mons, prés. - M^{es} Franzis, Ferraro, av.)