

Effectif de l'entreprise (suite) : la Charte européenne des droits fondamentaux peut-elle avoir un effet direct ?

(à propos d'un renvoi à la Cour de Justice de l'Union européenne,
Cass. Soc. 11 avril 2012, PBR)

par *Marie-Laure Morin*, ancien Conseiller à la Cour de cassation

PLAN

I. La controverse sur
la notion d'effectif
de l'entreprise

II. La Charte européenne
peut-elle être invoquée
dans un litige entre
particuliers ?

A. L'efficacité de la Charte en
tant qu'elle est intégrée
dans le Traité

B. La portée de la Charte en
tant qu'elle énonce des
droits fondamentaux

III. Les enjeux des effets
horizontaux de la Charte

Introduction

Quel est l'effectif d'une entreprise ? La réponse à cette question banale a des enjeux importants, socialement, économiquement et juridiquement. La situation des petites entreprises n'étant pas celle des grandes, nombre d'obligations de l'employeur, en droit interne et communautaire, sont soumises à des conditions de seuil (1).

En droit français, la définition et les règles de calcul de l'effectif sont fixées de façon uniforme par l'article L. 1111-2 du Code du travail, mais l'article L. 1111-3 exclut de ce décompte des salariés liés par des contrats de travail particuliers : aujourd'hui les contrats d'apprentissage, initiative emploi, d'accompagnement dans l'emploi ou de professionnalisation (2). Ces exclusions sont depuis très longtemps admises par le Conseil constitutionnel au nom de l'emploi (3). Le Conseil considère, en effet, que la promotion de l'emploi constitue un motif d'intérêt général suffisant à la rupture d'égalité. Le Conseil l'a réaffirmé en particulier en 2005 pour valider une loi d'habilitation du gouvernement pour prendre par ordonnance des mesures en faveur de l'emploi des jeunes de moins de 26 ans (le CPE, aujourd'hui abrogé) (4).

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est différente. Elle a été appelée à statuer sur ce point pour répondre à une question préjudicielle soulevée par le Conseil d'État sur la conformité à la directive n° 2002/14 du 11 mars 2002 de l'une de ces ordonnances qui excluait ces jeunes du décompte de l'effectif. Elle a alors dit pour droit, dans un arrêt du 18 janvier 2007 (5), que la directive « établissant un cadre général pour l'information et la consultation des travailleurs dans la communauté européenne » écartait toute possibilité d'exclusion « d'une catégorie entière de salariés ». La directive ne donne pas de définition de l'effectif, mais elle donne à l'article 2 celle des travailleurs, sans aucune exclusion (6), elle s'impose aux États comme toute définition. Comme le relève la Cour :

« Certes, l'article 3, paragraphe 1, second alinéa, de cette directive prévoit qu'il appartient aux États membres de déterminer le mode de calcul des seuils de travailleurs employés. Toutefois, cette disposition concerne la détermination du mode de calcul des seuils des travailleurs et non la définition même de la notion de travailleur. »

(1) C. Sachs-Durand, *Les seuils d'effectif en droit du travail*, LGDJ 1985.

(2) Tout en maintenant la prise en compte pour l'application des règles de tarification des accidents du travail.

(3) Cons. Const. 5 juillet 1977, DC n° 77-79, 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.

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

(5) 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 ; S. Laulom, SSL n° 1292, 2007.

(6) « Aux fins de la présente directive, on entend par : (...) «travailleur», toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi et conformément aux pratiques nationales ».

Or, la directive 2002/14 ayant défini le cadre des personnes à prendre en considération lors de ce calcul, les États membres ne sauraient exclure dudit calcul une catégorie déterminée de personnes rentrant initialement dans ce cadre. Ainsi, si ladite directive ne prescrit pas aux États membres la manière dont ceux-ci doivent tenir compte des travailleurs relevant de son champ d'application lors du calcul des seuils de travailleurs employés, elle prescrit néanmoins qu'ils doivent en tenir compte » (7).

Autrement dit les États peuvent moduler le mode de calcul de l'effectif, mais pas son assiette, laquelle doit comprendre tous les travailleurs. La raison de cette solution est simple et importante : il s'agit de l'effet utile de la directive. La Cour de justice relève d'abord que « si la promotion de l'emploi est un objectif légitime de politique sociale », « la marge d'appréciation dont les États membres dispose (...) ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance un principe fondamental du droit communautaire ou d'une disposition de ce même droit » (§ 28 et 29). Elle constate ensuite que l'article L. 1111-3 du Code du travail « 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 » (point 35).

Compte tenu du maintien de l'article L. 1111-3 du Code du travail, les choses ne pouvaient en rester là.

Rappelons brièvement les développements ultérieurs qui ont donné lieu à un jugement du Tribunal d'instance de Marseille du 7 juillet 2011, analysé par Jérôme Porta dans cette revue (8).

L'union locale CGT avait désigné un représentant de la section syndicale dans une association employant seulement 8 salariés en CDI et entre 120 et 170 salariés en contrats d'accompagnement dans l'emploi. Le Tribunal d'instance de Marseille, saisi d'une contestation de cette désignation, et reconventionnellement d'une demande d'élection d'un comité d'entreprise, a d'abord transmis une QPC relative à la constitutionnalité de l'article L. 1111-3 du Code du travail fondée sur le principe d'égalité et sur le principe de participation. Dans une décision du 29 avril 2011 (9), le Conseil constitutionnel a maintenu sa jurisprudence antérieure relative au principe d'égalité ; il a par ailleurs considéré que le principe de participation n'était pas méconnu puisque les salariés en cause pouvaient être électeurs et éligibles.

Logiquement, la question de la conformité de l'article L. 1111-3 du Code du travail aux engagements internationaux et européens de la France a été à nouveau soulevée. Le Tribunal d'instance de Marseille a estimé, dans le jugement précité, que si les directives n'ont pas d'effet direct, les États comme les juridictions, dans le cadre de leur compétence, ont, en application de l'article 4 § 3 TUE, l'obligation d'atteindre le résultat prévu par elles, en laissant au besoin inappliquée une disposition nationale contraire. Le tribunal a donc validé la désignation contestée. Le Tribunal d'instance a ainsi donné à une directive, sinon un effet direct, au moins un effet d'éviction d'une disposition nationale contraire, ce qui ne paraît pas être admis avec certitude (10).

Mais, en réalité, et compte tenu des termes du précédent arrêt de la CJCE du 18 janvier 2007, le débat ne portait pas tant sur l'application d'une directive que sur celle d'un principe fondamental du droit de l'Union, reconnu comme tel par la CJUE, et énoncé par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (10 bis). Si une directive n'a pas d'effet direct, un droit fondamental peut-il l'avoir ? Plus précisément, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne peut-elle être invoquée dans un litige entre particuliers pour écarter une disposition nationale contraire ? Telle sont les questions préjudicielles posées par l'arrêt remarqué de la Cour de cassation du 11 avril 2012 (11) :

« Le droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, reconnu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel que précisé par 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 à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, peut-il être invoqué dans un litige entre particuliers aux fins de vérifier la conformité d'une mesure nationale de transposition de la directive ?

Dans l'affirmative, ces mêmes dispositions doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une disposition législative nationale excluant du calcul des effectifs de l'entreprise, notamment pour déterminer les seuils légaux de mise en place des institutions représentatives du personnel, les travailleurs titulaires des contrats suivants : apprentissage, contrat initiative-emploi, contrat d'accompagnement dans l'emploi, contrat de professionnalisation ? ».

(7) CJCE 18 janvier 2007, préc., § 33 et 34.

(8) « Salariés ineffectifs, à propos du jugement du Tribunal d'instance de Marseille du 7 juillet 2011 », Dr. Ouv., décembre 2011, p.714, jugement du Tribunal d'instance de Marseille, ibid., p. 720.

(9) n° 2011-122 QPC du 29 avril 2011, DC, Commentaire au cahier du Conseil constitutionnel.

(10) J. Porta, préc.

(10 bis) La Charte est reproduite au Dr. Ouv. 2001 p. 105.

(11) Reproduit ci-après p. 704 ; H. Tissandier, RJS 6/12 n° 601 ; SSL n°1535, 23 av. 2012, obs. S. Laulom.

La réponse à la première question, déjà soulevée par J. Porta dès son commentaire de la décision de première instance, est essentielle pour mesurer l'efficacité des droits fondamentaux dans l'Union européenne (11 bis).

Sur le fond, l'adoption de la Charte, comme l'évolution de la jurisprudence tant interne que communautaire, participe du mouvement contemporain de promotion des droits fondamentaux comme une catégorie juridique ayant une efficacité propre dans le mouvement de mondialisation qui est le nôtre (12). En particulier, les droits sociaux fondamentaux, qu'ils soient affirmés dans des déclarations des droits ou des traités internationaux, qu'ils aient une source constitutionnelle ou encore qu'ils soient dégagés par le juge, apparaissent comme des éléments de résistance à la réversibilité du droit du travail (13), dans le cadre de cette mondialisation.

Dans l'Union européenne, et compte tenu de l'adoption de la Charte qui a désormais la même valeur que le Traité, ces principes ont-ils seulement pour objet d'encadrer

l'action de la puissance publique, celle de l'Union et les États ? Ou sont-ils des droits que les citoyens de l'Union peuvent mobiliser et si oui, à quelles fins : sont-ils seulement des éléments d'argumentation juridique guidant l'interprétation de dispositions qui leur sont subordonnées, ont-ils un « effet d'éviction », permettant d'écarter les dispositions nationales ou peuvent-ils nourrir des obligations nouvelles, en permettant de substituer les règles européennes qui les mettent en œuvre au règles nationales contraires, spécialement s'il s'agit de directives (14) ? Il y a là des enjeux très importants dans l'affirmation du modèle social européen.

Avant de préciser ces enjeux (III), il convient dans un premier temps de rappeler les termes matériels de la controverse entre le Conseil constitutionnel et la CJUE sur la notion d'effectif (qui sous-tend la seconde question préjudicielle de la Cour de cassation) (I), pour aborder ensuite les éléments du débat en droit européen sur la portée juridique de la Charte (II).

I. La controverse sur la notion d'effectif de l'entreprise

L'ouverture de la question prioritaire de constitutionnalité a été l'occasion d'un vif débat sur les conséquences de la coexistence sur un même texte d'une QPC et d'un contrôle de conventionnalité (15). Si le juge saisi des deux questions doit d'abord examiner, et éventuellement transmettre, la QPC, la solution de cette dernière ne préjuge en rien de la solution du contrôle de conventionnalité. Les deux solutions sont indépendantes l'une de l'autre. Mais, en pratique, et pour les justiciables, la solution de droit européen doit l'emporter, en application de l'article 88-1 de la Constitution. En l'absence de toute hiérarchie, on peut souhaiter le développement du dialogue des juges (16) pour harmoniser les solutions, mais cela ne peut exclure des divergences, surtout au niveau constitutionnel, comme le montre le présent litige ; l'Union n'est pas une fédération et le principe de subsidiarité est un élément central de la construction du droit de l'Union.

Matériellement, la controverse porte sur deux points, aussi bien en droit français qu'en droit de l'Union. Le premier concerne l'application du principe d'égalité, le second, sur laquelle porte la question préjudicielle, est relatif au champ d'application du droit à l'information et à la consultation des travailleurs. La décision du Conseil constitutionnel de 2011 les distingue, la Cour de justice ne le fait pas ou plutôt ne traite que du second, ce qui rend inutile l'examen du premier.

Sur le principe d'égalité, le Conseil constitutionnel admet l'existence de différence de traitement, lorsque des personnes ne sont pas dans la même situation au regard de la règle en cause, à condition que cette différence soit justifiée et en rapport avec l'objet de la loi. En l'espèce, la promotion de l'emploi constitue pour le Conseil un motif d'intérêt général suffisant pour exclure certains travailleurs du décompte de l'effectif. Ce n'est qu'après

(11 bis) Add. J. Porta : « Droits fondamentaux et libre circulation dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : quelques développements récents », RDT, 2011, p. 589.

(12) E. Picard : « L'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA, 1998, p. 6 ; M.-A. Moreau : « Les droits fondamentaux des travailleurs dans l'Union européenne », in I. Daugareilh, *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant 2005, p. 57 ; P. Rodière : « Le juge, les droits fondamentaux et l'enchevêtrement normatif : extension des droits fondamentaux ou déconstruction du droit social », dans M.-A. Moreau, H. Muir Watt et P. Rodière (dir.) : *Justice et mondialisation en droit du travail : du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010, p. 15.

(13) G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1997.

(14) Sur les conséquences juridiques résultant de la notion de principes généraux du droit tirée des traditions constitutionnelles communes, et le contrôle que peuvent exercer les juridictions constitutionnelles sur le droit de l'Union par rapport aux déclarations des droits constitutionnels, P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ 2008 pp. 156 et s. On relèvera que le Conseil constitutionnel a décidé que l'introduction de la Charte dans le Traité, ni par son contenu, ni par les effets sur l'exercice de la souveraineté nationale, n'était contraire à la Constitution : Cons. Const. 19 novembre 2004, DC n° 2004-505.

(15) J.F. Akandji-Kombé : « Les juges du fond, les parties et la QPC, stratégie contentieuse entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », D. 2010, p. 725.

(16) T. Aubert Montpeyssen (coord.) : actes du colloque *Pluralisme des sources et dialogue des juges*, Toulouse, février 2012, à paraître.

avoir donné cette solution, qui se suffit à elle-même, que le Conseil examine la conformité du dispositif au principe de participation. Il procède ici à une analyse individuelle des droits que les travailleurs tirent de ce principe, puisqu'il relève que l'exclusion de l'effectif ne prive pas les salariés en cause de l'électorat et de l'éligibilité.

La démarche de la CJCE, dans sa décision de 2007, est bien différente. En partant de l'effet utile du droit à l'information et à la consultation des travailleurs, pour en déduire que tous les travailleurs doivent être compris dans l'assiette de l'effectif sans aucune exclusion, la Cour adopte sur le fond une démarche collective. Ce n'est, en effet, qu'en considérant l'effectif compris comme l'ensemble des travailleurs de l'entreprise que l'on peut mesurer l'effet de l'exclusion de certaines catégories d'entre eux. Ne pas tenir compte de certaines catégories peut priver, en effet, l'ensemble de la collectivité de travail du droit à l'information et à la consultation, quel que soit l'électorat ou l'éligibilité, droit qui n'apparaît qu'une fois déterminé l'effectif. Sur ce point, tous les travailleurs sont égaux, quelle que soit leur situation.

On peut regretter que le Conseil constitutionnel n'ait pas, dans le cas précis, pris en compte la dimension collective du principe de participation. D'autant plus que c'est en se fondant sur le concept de communauté de travail qu'il a décidé que les salariés mis à disposition d'une entreprise sont électeurs et éligibles dans cette entreprise, en censurant une loi qui les excluait du corps électoral, mais aussi du décompte des effectifs. Et, sur ce point, la décision du Conseil relève que la question des effectifs était inséparable de celle de la constitution du corps électoral. La Chambre sociale a souligné, de la même

manière, que l'intégration dans la communauté de travail, qui justifie le décompte des salariés mis à disposition dans l'effectif (17), justifiait au même titre l'électorat et l'éligibilité (18). L'électorat et l'éligibilité n'existent pas indépendamment de la participation à une collectivité, dont l'effectif (qui est un nombre) donne la dimension (l'assiette) et la composition (le mode de calcul).

Au demeurant, il n'est pas certain qu'au regard du principe de non-discrimination, la Cour de justice n'aurait pas adopté la même solution. En effet, les contrats dont les titulaires sont exclus de l'effectif sont des contrats à durée déterminée ou qui comporte une période déterminée, or la Cour de justice considère qu'il y a lieu d'appliquer à ces contrats un principe d'égalité de traitement, énoncé à l'article 20 de la Charte (19). Mais cette dernière approche ne rend pas compte de ce qui a fondé la décision de la Cour de justice de 2007, l'effet utile d'un droit fondamental collectif en l'occurrence.

Il y a donc peu de doute sur la contrariété de l'article L. 1111-3 du Code du travail au droit communautaire. Et l'on peut regretter que le Conseil constitutionnel s'en soit tenu à sa jurisprudence traditionnelle, éludant la question de l'effectif pour s'en tenir à une approche individualiste des droits de participation

Mais c'est bien la première question posée par la Cour de cassation qui est la plus intéressante : si les directives ne lient que les États, dans les domaines de compétences partagées entre l'Union et les États, le juge interne peut-il se fonder sur la Charte des droits fondamentaux dans un litige entre particuliers pour vérifier la conformité du droit national (effet horizontal) et, si oui, quelles peuvent être les conséquences d'une éventuelle contrariété ?

II. La Charte européenne peut-elle être invoquée dans un litige entre particuliers ?

Cette question est essentielle, car elle conditionne la portée juridique de la Charte et ses effets, qu'il s'agisse d'un effet d'éviction ou d'un effet de substitution (cf. *infra* III).

L'arrêt posant la question préjudicielle est particulièrement motivé, car il liste de façon très explicite les différents éléments de la question sur lesquels la Cour

de justice est ainsi invitée à s'expliquer ; en réalité cette dernière avait déjà été saisie de la question de l'effet direct de la Charte, mais elle avait refusé dans un premier temps de se prononcer.

Dans une configuration proche de la nôtre, en matière de droits à congé, où il était constant que la réglementation française n'était pas conforme à la directive communautaire

(17) Ce que la loi et la jurisprudence admettaient avant l'adoption de la loi censurée (Cons. Const. 28 décembre 2006, 2006-545 DC, Rec. p. 138).

(18) Soc. 28 février 2007, n° 06-60.171, Bull. Civ. V, n° 34 ; Soc. 13 novembre 2008, n° 07-60495, Bull. Civ. V, n° 219, Dr. Ouv. 2009, p. 20, n. P. Masson ; M.-L. Morin « Effectif et électorat : 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.

(19) CJCE 13 septembre 2007, *Del Cerro Alonso*, aff. C307/05, Rec. p. I7109, point 27 ; CJCE 22 décembre 2010, *Rosa María Gavieiro Gavieiro*, aff. C444/09 et C456/09, § 41.

correspondante, la question de savoir si l'article 21 de la Charte, qui pose le droit à congé, pouvait avoir un effet direct, a en effet été débattue (20) ; les conclusions de l'Avocat général, qui concluaient que la Charte ne peut avoir cet effet, sont à cet égard riche d'enseignements sur la sophistication des argumentations possibles (21). L'arrêt *Dominguez*, sans répondre à cette question, rappelle que le juge interne doit, dans toute la mesure du possible, procéder à une interprétation du droit national pour aboutir à un résultat conforme au droit communautaire, sauf si cette interprétation est *contra legem*. Dans ce cas, la disposition nationale doit prévaloir. En l'espèce, la Cour a estimé l'interprétation conforme possible.

Les motifs de l'arrêt du 11 avril 2012 de la Cour de cassation viennent prolonger le débat ouvert par l'Avocat général, et peuvent apparaître comme une réponse possible à ses arguments :

« Attendu qu'aux termes de l'article 51 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les dispositions de la Charte s'adressent aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ; que, selon l'article 6 § 1 du Traité sur l'Union européenne, la Charte a la même valeur juridique que les traités ;

Attendu qu'il est de jurisprudence constante que les droits fondamentaux de l'Union européenne peuvent être invoqués dans un litige entre particuliers aux fins de vérifier le respect par les institutions de l'Union et les États membres, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, de ces mêmes droits fondamentaux ; que les articles 51 et 52 de la Charte ne comportent aucune limitation de l'invocation des dispositions de la Charte, que celles-ci contiennent des principes ou des droits, aux litiges de nature horizontale, pas plus que les Explications ad article 51 et ad article 52, lesquelles sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres en application de l'article 52 § 7 de la Charte ; que les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme sont applicables dans les litiges entre particuliers ; qu'aux termes de l'article 53 de la Charte, aucune disposition de la Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales reconnus notamment par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que l'article 6 § 3 du Traité sur l'Union européenne dispose que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions

constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ;

Attendu qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice que les principes généraux du droit, tels que précisés par une directive de l'Union européenne, peuvent être invoqués dans un litige entre particuliers (CJCE, 22 nov. 2005, Mangold, aff. C-144/04 ; CJUE, 19 janv. 2010, Küçükdeveci, aff. C-555/07) » (21 bis).

Deux lignes d'argumentation se dégagent de cette motivation, la première, formelle, invite à examiner l'efficacité des différentes normes communautaires ; la seconde invite à s'interroger sur la portée des droits énoncés dans la Charte en tant que droits fondamentaux.

A. L'efficacité de la Charte en tant qu'elle est intégrée dans le Traité

Quels sont les textes applicables ?

L'article 6 du Traité indique que :

« 1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités.

Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités.

Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions. »

L'article 51 de la Charte indique de son côté : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives ».

Le droit à l'information et la consultation des travailleurs, énoncé à l'article 27 qui fait partie du titre IV relatif à la « Solidarité » de la Charte, dispose que « Les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales ».

(20) CJUE 24 janvier 2010, n° C-282/10, *Maribel Dominguez*.

(21) Conclusions de l'Avocat général V. Trstenjak, disp. sur le site de la Cour.

(21 bis) Préc. reproduits p. 704-705.

L'information et la consultation des travailleurs faisaient déjà partie des domaines (article 153 TUE) dans lequel l'Union soutient et complète l'action des États membres pour remplir les objectifs de l'Union dans le domaine social, énoncés à l'article 151 TUE. Selon ce texte, les États membres, conscients des droits fondamentaux tels qu'énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 (dont le droit à l'information et la consultation des travailleurs) (21 ter), ont pour objectifs « *la promotion de l'emploi* »... « *le dialogue social* » (22), etc.

Les explications (23) qui accompagnent l'article 27 de la Charte rappellent que ce droit a déjà été énoncé dans les instruments visés ci-dessus et l'importance de l'acquis de l'Union en la matière.

Au vu de cette architecture, quel peut être l'effet de la Charte ?

On sait que le droit primaire, c'est à dire le Traité lui-même a un effet direct non seulement vertical, vis-à-vis des États, mais aussi horizontal, en ce sens que les particuliers peuvent l'invoquer pour fonder une solution juridique. En l'espèce, le droit d'information et de consultation résulte bien de normes de droit primaire. L'une, la Charte, en fait une norme de fond ; la seconde, le Traité, en fait un domaine d'action pour répondre à des objectifs communautaires.

La portée de la norme de fond doit être appréciée à la lumière de l'article 6 § 1 qui renvoie au chapitre VII de la Charte (articles 51 et 52). Selon l'art. 51, la Charte n'a pas pour objet de modifier les compétences de l'Union, et selon le suivant, elle s'adresse aux États et à l'Union, tenus de les respecter dans le cadre de leurs compétences respectives ; la Charte n'a donc de portée que dans le cadre du droit de l'Union. Mais le fait qu'elle s'adresse aux États et à l'Union, veut-il dire qu'elle ne s'adresse pas aux particuliers, ou alors seulement de façon indirecte, comme élément d'interprétation du droit primaire ou du

droit dérivé ? Cette thèse, tirée de l'architecture textuelle du droit de l'Union, est l'argument central à l'encontre de l'effet direct de la Charte. Reconnaître un effet direct à la Charte serait reconnaître un effet direct aux directives qui mettent en œuvre ces droits, ce qui aboutirait à outrepasser les compétences de l'Union, au mépris du principe de subsidiarité.

L'arrêt rapporté de la Cour de cassation suggère une autre interprétation : si la Charte s'adresse à l'Union et aux États, qui ont le devoir de la respecter, cela veut-il dire que les citoyens de l'Union ne peuvent se prévaloir de ces droits que contre les États ou l'Union s'ils les méconnaissent, ou cela signifie-t-il que « *la Charte fait naître dans le chef des justiciables des droits que les juridictions doivent sauvegarder* » (24), lorsque le droit de l'Union est en cause ? Autrement dit, dans ce champ, les particuliers peuvent-ils les soulever dans un litige entre particuliers ? Quel est alors l'effet d'une telle invocation ? A vrai dire, la réponse à ces questions dépend de la portée que l'on attache au caractère fondamental d'un droit.

B. La portée de la Charte en tant qu'elle énonce des droits fondamentaux

1. Sources et portée des droits fondamentaux

L'article 6 du Traité, qui intègre la Charte dans le Traité, énonce deux autres sources de droits fondamentaux : « *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* » (25).

Or la Cour de justice, depuis longtemps, considère que les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit dont elle a pour mission d'assurer le respect dans le cadre des objectifs et de la structure de la communauté (26). Elle reconnaît à ces droits un effet direct horizontal. C'est en tout cas ce qu'elle a fait pour le

(21 ter) La Charte de 1989 est reproduite au Dr. Ouv. 1990, p. 131.

(22) Le progrès social fait partie des objectifs de l'Union affirmés par l'article 3 du Traité.

(23) « *Explication ad article 27 — Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise : « Cet article figure dans la Charte sociale européenne révisée (article 21) et la Charte communautaire des droits des travailleurs (points 17 et 18). Il s'applique dans les conditions prévues par le droit de l'Union et les droits nationaux. La référence aux niveaux appropriés renvoie aux niveaux prévus par le droit de l'Union ou par les droits nationaux et les pratiques nationales, ce qui peut inclure le niveau européen lorsque la législation de l'Union le prévoit. L'acquis de l'Union dans ce domaine est important : articles 154 et 155 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, directives 2002/14/CE (cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne), 98/59/CE (licenciements collectifs), 2001/23/CE (transferts d'entreprises) et 94/45/CE (comités d'entreprise européens) ».*

(24) CJCE 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, point 24. Dans cet arrêt, 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. Elle dit pour droit que « *l'article 119 est susceptible d'application directe et peut donc engendrer, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions doivent sauvegarder* ».

(25) L'adhésion prévue à la CEDH est complétée par l'article 52-3 de la Charte des droits fondamentaux qui précise que, dans la mesure où les droits énoncés dans la Charte correspondent à des droits garantis par la Convention EDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention.

(26) CJCE 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, rec. p. 1125.

principe d'égalité entre les hommes et les femmes (27) qui peut être invoqué dans un litige entre particuliers, s'agissant non seulement d'une réglementation étatique, mais aussi d'une convention collective.

2. Les questions actuelles

Au vu de cette jurisprudence, trois questions se posent.

Premièrement, lorsqu'un principe général du droit fait l'objet d'une directive, quelles en sont les conséquences ?

Dans un premier arrêt rendu en matière de discrimination selon l'âge, régie par la directive 2000/78/CE, la Cour a considéré que le principe de non-discrimination était un principe général du droit communautaire dont la directive était le prolongement, de sorte que le juge national pouvait écarter les dispositions nationales contraires dans un litige entre particuliers (28). Ce mécanisme permet de contourner l'absence d'effet direct de la directive pour censurer une disposition nationale contraire (effet d'éviction). Plus précisément, ce qui est censuré n'est pas tant la contrariété avec la directive elle-même, que dans le champ de la directive qui « concrétise le principe », la contrariété de la disposition nationale au principe lui-même (28 bis).

Deuxièmement, l'article 6 du Traité distingue trois sources d'énonciation des droits fondamentaux : la Charte d'un côté, la Convention européenne des droits de l'Homme et les traditions constitutionnelles communes de l'autre. Ces deux dernières ont valeur de principes généraux du droit communautaire. La portée de la première est discutée ; celle des deux suivantes ne l'est pas, elles ont un effet direct. La Cour de justice a depuis longtemps reconnu que les droits énoncés à la Convention EDH ont la valeur de principe général du droit communautaire (29). Il résulte d'ailleurs de l'article 1^{er} de la CEDH qu'elle a un effet direct horizontal ; ce sont, en effet, les individus qui sont titulaires des droits qu'elle énonce, il ne s'agit pas seulement d'encadrer l'action des États qui y adhèrent.

Il est fréquent que tel ou tel droit fondamental résulte de ces différentes sources. Ce n'est pas étonnant, car le caractère fondamental d'un droit ne résulte pas du support dans lequel il est proclamé, mais de sa substance même qui nourrit différentes énonciations ou différentes mises

en œuvre, dont il forme le socle (30). Et c'est pourquoi il peut y avoir des droits fondamentaux non écrits que le juge infère d'un ensemble de dispositions (ce qui a été le cas initialement pour le droit à l'information et la consultation) (31).

La Charte des droits fondamentaux elle-même participe de ce mouvement, puisque sa rédaction a été décidée par le Traité de Cologne afin de codifier les droits fondamentaux au niveau de l'Union et de leur donner une plus grande visibilité. On trouve donc dans la Charte (qui pour la première fois réunit des droits politiques, civils, économiques et sociaux), nombre de droits fondamentaux auquel il avait déjà été reconnu la valeur de principe fondamental par la CJCE. On y trouve aussi nombre de droits qui sont énoncés dans d'autres déclarations des droits et particulièrement dans la Convention EDH.

Dans ces conditions, ne faut-il pas adopter, pour l'ensemble des droits énoncés dans la Charte, la solution retenue pour les principes généraux du droit communautaire ? La Cour de cassation semble le penser : on peut interpréter en ce sens la référence dans l'arrêt commenté à l'article 53 de la Charte, selon lequel aucun élément de la Charte ne peut être interprété en sorte de justifier une limitation ou une atteinte aux libertés fondamentales ou aux droits de l'Homme, reconnus par le droit de l'Union, les conventions internationales, telle la Convention EDH, ainsi que la Constitution des États membres (32). Une telle solution aurait le mérite de la clarté et de la simplicité.

C'est aussi ce que paraît admettre aujourd'hui la CJUE, bien qu'elle ne se soit pas prononcée explicitement sur l'effet de la Charte. L'arrêt *Mangold* précité a en effet été suivi par l'arrêt *Kücükdeveci* (33) qui, pour écarter une discrimination selon l'âge résultant d'une disposition législative, se fonde cette fois directement sur l'article 21 de la Charte. Il pourrait donc en résulter que, lorsqu'une directive met en œuvre un droit fondamental énoncé dans la Charte, ce droit que la directive « concrétise » commande la mise à l'écart des dispositions nationales contraires. On pourrait évidemment dire que le principe de non-discrimination est un principe général du droit communautaire, de sorte que c'est à ce titre qu'il a cet effet. L'Avocat général, dans l'affaire *Dominguez* précitée,

(27) CJCE 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, préc.

(28) CJCE 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, point 21, Dr. Ouv. 2006, p. 362, n. M. Bonnechère.

(28 bis) J. Porta, RDT 2011, préc.

(29) CJCE 18 octobre 1975, aff. 36/75, *Rutili*, Dr. Ouv. 1976, p. 103 et 1989, p. 316, n. M. Bonnechère.

(30) CJCE 18 janvier 2007, préc., rappelant les différentes sources d'énonciation du droit à l'information et à la consultation dans les textes de l'Union ; E. Picard, 1998, préc.

(31) P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, p. 152.

(32) L'article 52-3 précisant que, lorsqu'un droit est énoncé dans la Charte et la Convention EDH, il a le sens et la portée que lui reconnaît cette Convention.

(33) CJUE 19 janvier 2010, Dr. Ouv. 2010, p. 457, n. M. Bonnechère ; D. Simon : « L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ? », Europe 2010, Étude n° 3.

a pris soin, en effet, de distinguer les principes généraux du droit communautaire, qui auraient un effet direct, des droits fondamentaux énoncés dans la Charte, qui ne permettraient pas de passer outre l'effet des directives.

La réponse à cette question n'est pas certaine. On peut seulement constater que la CJUE a apporté récemment une solution voisine à celle retenue dans les arrêts que nous venons d'évoquer en matière de congé payé, là où l'arrêt *Dominguez* ne s'était pas prononcé. Depuis l'arrêt *Bectu* (34), le droit à congé payé est en effet un « principe de droit social de l'Union ayant une importance particulière ne souffrant aucune dérogation », le statut de « principe fondamental de l'Union » a été confirmé par un arrêt *KHS* (35). Or, dans un arrêt du 21 juin 2012 (36), où la CJUE était interrogée sur question préjudicielle sur la contrariété d'une convention collective espagnole au droit communautaire en la matière, dans un litige entre particuliers, la CJUE rappelle d'abord que le droit à congé est un principe fondamental de l'Union, et elle ajoute : « *En deuxième lieu, il convient de noter que le droit au congé annuel payé revêt, en sa qualité de principe du droit social de l'Union, non seulement une importance particulière, mais qu'il est aussi expressément consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle l'article 6, paragraphe 1, TUE reconnaît la même valeur juridique que les traités (arrêts KHS, précité, point 37, et du 3 mai 2012, Neidel, C-337/10, non encore publié au Recueil, point 40). Le droit au congé annuel payé ne saurait, en troisième lieu, être interprété de manière restrictive (points 19 et 18).* » La Cour en déduit que l'article 7 de la directive en cause s'oppose à une disposition nationale critiquée.

De ces jurisprudences concordantes, il résulte que, lorsqu'une directive concrétise un droit fondamental de l'Union, par ailleurs énoncé dans la Charte, ce droit fondamental s'oppose à toute disposition nationale contraire, ce dont il se déduit que le juge national doit l'écarter. A minima, l'énonciation d'un droit dans la Charte ne saurait diminuer l'effet d'un droit fondamental déjà reconnu comme principe fondamental de l'Union, peu important qu'il soit concrétisé dans une directive. N'est-ce pas ce que dit l'article 53 de la Charte ?

Ce qui vaut pour le droit à congé devrait donc valoir pour le droit à l'information et à la consultation des travailleurs, puisque la configuration institutionnelle est exactement la même : principe fondamental du droit de l'Union, principe

énoncé dans la Charte, directive de mise en œuvre, disposition contraire nationale privant d'effet utile le droit en cause.

S'agissant de ce droit particulier, on peut aussi relever que la privation de l'effet utile de la directive résulte d'une rupture du principe d'égalité de traitement pour certaines catégories de salarié, principe qui, on l'a dit, est à la fois un principe général du droit communautaire et un principe énoncé dans la Charte. Cette argumentation reste dans l'épure de l'arrêt *Kücükdeveci*.

Troisièmement, quelle est la portée de la distinction opérée par la Charte entre les principes et les droits ?

La portée du droit à l'information et à la consultation peut, en effet, dépendre de la question de savoir si la norme en cause contient l'énoncé d'une liberté, d'un droit ou d'un principe, selon les termes de l'article 6 § 1 du traité.

Ces distinctions ont été essentielles lors de l'élaboration de la Charte pour arriver aux compromis nécessaires (37), et spécialement la distinction entre les principes et les droits, dont l'article 52 de la Charte précise la portée en donnant des effets différents aux droits et aux principes (38).

L'article 52-2 précise que les droits qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites précisées par ceux-ci ; selon l'article 52-5, les dispositions de la Charte qui contiennent des principes sont mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions et par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, « leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation ou le contrôle de la légalité de tels actes ».

Selon les rédacteurs de la Charte, celle-ci consacre directement des droits subjectifs, déjà reconnus par les traités, qui sont, en tant que tels, directement mobilisables (droit d'accès aux documents administratifs, par exemple). N'est-ce pas dire que la Charte a ici un effet direct ? En revanche, les principes nécessitent des textes intermédiaires de mise en œuvre pour pouvoir être invoqués, il s'agirait davantage d'objectifs (à l'instar des objectifs constitutionnels) (39) ; ils renvoient donc à l'action médiatrice de l'Union et des États que le principe permet d'interpréter et de contrôler (ex. droit au travail). Ceci justifierait pour ces derniers l'utilisation de la formule « conformément au droit communautaire et aux

(34) CJCE 26 juin 2001, Dr. Ouv. 2002, p. 85, n. M. Bonnechère.

(35) CJUE 22 novembre 2011, aff. C-214/10, point 39, Dr. Ouv. 2012, p. 304, n. V. Lacoste-Mary.

(36) CJUE 21 juin 2012, *Anged/Fasga e.a.*, aff. C-78/11, communiqué de presse CJUE n° 87/12.

(37) Les États craignaient, en effet, les conséquences possibles de l'énoncé de droit de créance, sans contenu précis, et les charges financières supplémentaires qui pourraient en résulter.

(38) G. Braibant, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Dr. Soc. 2000, p. 73.

(39) Le Conseil constitutionnel a expliqué, dans sa décision du 19 décembre 2004, que la Charte comporterait, à côté des droits directement mobilisables devant les juridictions, des principes qui constitueraient des objectifs et qui ne pourraient être invoqués qu'à l'encontre des actes relatifs à leur mise en œuvre (Europe, février 2005, p. 6, n. D. Simon).

droits et pratiques nationales » (40). A s'en tenir à cette explication et à la lettre de l'article 52, l'effet des principes étant médiatisé, ils empruntent l'efficacité juridique des instruments qui les mettent en œuvre, c'est-à-dire les directives.

Mais ce critère formel de distinction n'est guère efficace ; à le suivre, la plupart des droits sociaux seraient des principes, notamment l'information et la consultation des travailleurs. Or, dans la mesure où ces « principes » sont énoncés dans le traité, fut-ce pour déterminer les compétences partagées de l'Union et des États pour remplir les objectifs énoncés par le traité, notamment « le dialogue social », ne faut-il pas en déduire qu'il s'agit de droits, chaque fois que le principe est concrétisé par une directive ? Autrement dit, pour un principe comme pour

un droit, n'y a-t-il pas lieu de permettre à un particulier d'invoquer la Charte en justice pour apprécier la conformité du droit national, chaque fois que les conditions de son exercice en droit communautaire ont été précisées ? Qu'il s'agisse de droits ou de principes, la question se pose en réalité dans les mêmes termes, comme le souligne la Cour de cassation.

Et, au-delà du foisonnement des qualifications : droit fondamental, principe fondamental, principe général du droit communautaire, etc... n'est-ce pas toujours à partir du caractère fondamental de la norme en question qu'il convient d'apprécier son efficacité juridique ? Et c'est sur ce point, nous semble-t-il, que les enjeux de la reconnaissance de l'effet de la Charte se cristallisent.

III. Les enjeux des effets horizontaux de la Charte

Les difficultés d'adoption de la Charte des droits fondamentaux, le fait qu'elle ait été seulement annexée au Traité de Lisbonne, même si elle a la même valeur, et la discussion sur les droits et les principes soulignent assez les difficultés qu'ont rencontrées les rédacteurs de la Charte et les gouvernements pour clarifier la portée de cette déclaration de droits. Mais la reconnaissance de la portée juridique de droits fondamentaux est toujours une affaire difficile, dans la mesure où précisément ils protègent les individus contre la puissance publique, et c'est le plus souvent le juge qui, au fil des contentieux, en dégage la portée. Quoi qu'il en soit, l'adoption de la Charte, le fait que la valeur de traité lui ait été reconnue traduisent bien la volonté d'affirmer l'existence d'un modèle démocratique européen (sinon encore d'un modèle social européen où les droits sociaux viendraient contrebalancer les libertés économiques) (41).

Juridiquement, en tout cas, l'affirmation de droits fondamentaux peut avoir de nombreux objectifs.

Il peut, en effet, seulement s'agir de définir des objectifs, des programmes d'action. De tels droits, souvent formulés comme des « droits à » (42), se réalisent dans les dispositions de droit positif qui les mettent en œuvre. La catégorie de principe dans la Charte paraît avoir cette finalité. De tels objectifs n'ont pas, en eux-mêmes, d'effet positif, tout au plus peuvent-ils servir comme

ressource d'interprétation pour apprécier la conformité des dispositions légales aux objectifs énoncés. Dans ce cas, la Charte, en ce qu'elle énonce des principes, ne pourrait être qu'une ressource d'interprétation qui ne modifie ni les compétences de l'Union et des États, ni la portée des instruments communautaires. Bref, la Charte ne serait qu'une ressource argumentative dans des litiges concernant l'Union ou les États dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Cette limitation de la portée de la Charte n'exclut évidemment pas que des particuliers puissent les invoquer devant le juge à l'appui d'une argumentation pour interpréter le droit positif applicable.

Mais les droits fondamentaux peuvent être aussi des droits des citoyens qui tracent les limites de l'action des pouvoirs publics. Traditionnellement, c'est la fonction des libertés publiques, mais les droits sociaux fondamentaux ont aussi ce rôle dans le contexte de mondialisation qui est le nôtre (43). Les droits sociaux fondamentaux apparaissent alors comme des éléments de résistance, souvent fragiles, à l'action des États. La déclaration des droits fondamentaux de l'OIT de 1998 relève de cette logique. L'importance contemporaine des droits fondamentaux reconnus dans la Convention EDH en relève aussi. Dans l'Union européenne, la jurisprudence exigeante de la Cour de justice sur le droit à congé participe de ce mouvement, il convient de protéger le droit au repos. De la même façon, du côté de la Cour EDH, le principe de la liberté syndicale,

(40) P. Rodière : « Les droits sociaux fondamentaux à l'épreuve de la Constitution européenne », J.C.P. G 2005, I, 136.

(41) Sur ce point, l'excellent mémoire de Myriam Castel, « Droit sociaux fondamentaux et marché unique, le juge et la construction de l'Europe sociale », Université de Toulouse 1.

(42) Pour une réflexion sur l'émergence de droits nouveaux, énoncés comme des « droits à » : A. Jemmaud, « Consécration

de droits nouveaux et droit positif, sens et objet d'une interrogation », in *Consécration et usage de droits nouveaux*, CERCRIID, Université de St-Étienne, 1985.

(43) O. de Schutter, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », RUDH 2000, p. 33.

qui inclut le droit de négocier collectivement, ne permet pas aux États de priver certaines catégories de travailleurs du droit à la négociation collective (44), etc. Ici, les droits fondamentaux peuvent être contrôlés par un juge pour censurer telle ou telle action des pouvoirs publics ; l'article 51-1 de la Charte ne dit pas autre chose, qu'il s'agisse de droits ou de principes, au sens de la Charte.

Le juge, saisi dans un litige entre particuliers, peut-il aussi appliquer un tel droit ou un tel principe pour apprécier la conformité d'une disposition nationale qui serait applicable ? Au vu de la jurisprudence récente rappelée ci-dessus, et en particulier de l'arrêt précité du 21 juin 2012 (44 bis), la réponse paraît être positive dans tous les cas, même lorsqu'il s'agit, dans un litige entre particuliers, d'apprécier la conformité du droit national à une directive.

Reste à savoir ce que peut alors faire le juge, c'est-à-dire les conséquences possibles de cette invocation. Il y a, à cet égard, au moins trois niveaux d'action.

Le premier est celui de l'interprétation des dispositions litigieuses à la lumière du droit fondamental. Ceci ne pose pas de difficultés particulières et peut donner lieu à des solutions tout à fait intéressantes. C'est précisément ce qu'a fait la CJUE lorsqu'elle a invoqué le droit à l'information et la consultation pour interpréter la notion de « travailleur » dans la directive pour en conclure à la contrariété du droit français. C'est encore ce que préconise la Cour de justice à propos du droit à congé, lorsqu'elle invite le juge interne à faire une interprétation du droit national conforme au droit communautaire. Le droit fondamental peut alors venir au secours de lacunes du droit national (44 ter)...

Dans la confrontation entre le droit fondamental et le droit interne, cette ressource interprétative peut-elle permettre l'éviction d'une disposition nationale contraire ? Comme on l'a dit, la question ne se pose que si l'interprétation conforme n'est pas possible et que subsiste en droit interne une disposition contraire au principe. Mais l'efficacité du principe ou du droit suppose qu'il puisse conduire à l'éviction de la disposition nationale contraire.

Cet effet d'éviction, à la demande de particulier, est admis en droit interne. Lorsqu'il s'agit de disposition constitutionnelle, la question prioritaire de constitutionnalité permet aujourd'hui au justiciable de l'obtenir. S'agissant de traités internationaux liant la France et emportant déclarations de droits, en application de l'article 55 de la Constitution, le juge est tenu d'écarter la disposition

nationale contraire, mais encore faut-il qu'un effet direct soit reconnu au traité en cause. La Cour de cassation n'hésite pas à le faire (45). Mais lorsque des incertitudes subsistent pour apprécier l'effet direct de tel ou tel instrument, le juge saisi peut aussi procéder à une combinaison des normes permettant de donner effet au droit fondamental (46). Autrement dit, les droits fondamentaux et le foisonnement normatif qui les caractérise ouvrent de larges espaces à l'action du juge, aussi bien pour préciser les conditions permettant d'assurer le respect des droits fondamentaux que pour évincer les dispositions normatives contraires, quelle qu'en soit la source. Cet effet d'éviction est d'ailleurs la conséquence possible de l'application d'un traité, dans la mesure où il a une valeur supérieure à la loi.

Ce qui vaut pour un traité, devrait valoir pour la Charte à laquelle la même valeur que les traités est reconnue, non seulement pour les droits, mais aussi pour les principes. En effet l'article 52-5 de la Charte précise que l'invocabilité des principes devant le juge n'est admise que « pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ». N'est-ce pas dire que indépendamment de l'existence d'une directive concrétisant un principe, ce dernier peut être invoqué directement par un particulier devant le juge national pour évincer une disposition nationale ? (46 bis). Autrement dit et au regard de l'article 52-5 de la Charte, et comme l'arrêt de la Cour de cassation le relève, s'agissant de l'effet d'éviction il ne devrait pas y avoir de différence entre les principes et les droits.

C'est d'ailleurs sur cet effet que porte la question préjudicielle soulevée par la Cour de cassation. On en comprend immédiatement l'utilité pratique en droit communautaire. Lorsqu'il est patent qu'une disposition est contraire au droit communautaire, faut-il que le justiciable attende le résultat d'une action en manquement ou que l'État accepte de mettre son droit en conformité pour que les conditions d'exercice du droit fondamental soient respectées ? Et, d'un point de vue plus juridique, en droit communautaire, et lorsqu'il suffit d'écarter la disposition nationale contraire à un droit fondamental, qu'est-ce qui s'oppose à cette éviction, alors qu'il ne s'agit pas de substituer les dispositions d'une directive aux dispositions nationales, mais seulement d'évincer la norme nationale en ce qu'elle restreint un droit fondamental ou le prive de son effet ?

Cette question est particulièrement sensible en matière de droits sociaux, car il s'agit de droits qui régissent les

(44) CEDH 12 novembre 2008, *Demyr Baykaya/ Turquie*, n° 34503/97, Dr. Ouv. 2009, p. 352, n. M. Bonnechère.

(44 bis) Préc. note 36.

(44 ter) Après l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Dominguez*, la cour de cassation a donné une interprétation conforme au droit communautaire du droit national, sans s'en expliquer : Soc. 3 juillet 2012 (n° 0844834, reproduit ci-après p. 727, n. T. Durand).

(45) Sur cette jurisprudence : M.-L. Morin, « L'application des normes internationales et européennes par le juge interne », contribution au colloque *Pluralisme des sources et dialogue des juges*, Toulouse, 9 février 2012, préc.

(46) Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, PBR, Dr. Ouv. mars 2012, p. 171, obs. A. Lyon-Caen.

(46 bis) Nous devons cette observation à J. Porta qui a bien voulu relire cet article et nous a fait cette remarque.

rappports entre les salariés et les employeurs et qui sont donc, en général, invoqués dans des litiges entre particuliers (ou lorsque l'État est employeur (47)). Les dispositions litigieuses peuvent, en outre, résulter aussi bien de dispositions légales que d'une convention collective... Or, il appartient à l'État et à l'ensemble des institutions de faire respecter les droits fondamentaux dans les rapports privés. Il importe donc que les dispositions contraires du droit national puissent être écartées simplement, sous réserve évidemment de l'intervention de la CJUE, gardienne de l'interprétation du droit communautaire.

Le troisième niveau d'action est ce que l'on appelle l'effet de substitution. Il s'agit de substituer à la norme évincée une autre norme, directement applicable. C'est ce que le droit communautaire écarte vigoureusement s'agissant des directives, puisque celles-ci ne font pas naître de droits pour les particuliers, mais seulement une obligation de mise en conformité du droit national. La disposition d'une directive n'est donc pas applicable par elle-même.

Selon l'article 52-2 de la Charte, un droit énoncé dans la Charte ne peut se suffire à lui-même, il faut qu'il y ait des dispositions dans le Traité. Autrement dit, chaque fois

qu'un droit fondamental a la valeur de droit dans la Charte, il existe des normes de droit communautaire qui ont un effet direct et qui permettent de mobiliser ce droit. On ne voit pas ce qui s'oppose ici à un effet de substitution. C'est beaucoup plus douteux pour les principes, dans la mesure où les directives et le droit national sont nécessaires pour préciser les conditions d'exercice du droit en cause. Dans cette hypothèse, autant on peut censurer une disposition contraire, autant il est difficile d'admettre qu'un juge puisse dégager des obligations nouvelles qui ne résultent pas des règles applicables ou de leur interprétation.

Les énonciations du Traité et de la Charte des droits fondamentaux sont le fruit de compromis ; elles n'ont pas la clarté requise de déclarations des droits. Mais l'auraient-elles qu'en toute hypothèse, l'efficacité des droits fondamentaux est dans la main des juges (48). Reste à espérer que, face au foisonnement de déclarations de droits, qui manifestent la difficile résistance aux forces du marché, le juge remplisse son office qui est, dans les litiges très concrets et pratiques, d'assurer la vitalité de ces droits. Elle passe par des chemins divers.

Marie-Laure Morin

(47) Mais il semble qu'il n'y a pas alors d'obstacle à l'effet direct...

(48) A. Lyon-Caen, Conclusion au colloque de Toulouse, février 2012, préc.

Annexe

LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX Représentation des travailleurs – Effectivité – Contrats aidés – Exclusion du décompte des effectifs (art. L. 1111-3 CT) – Privation du bénéfice de représentation du personnel – Compatibilité avec le droit communautaire – Question préjudicielle – Interprétation des actes pris par les institutions de l'Union – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs (art. 27) – Opposabilité à une disposition législative nationale.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 11 avril 2012

Association de médiation sociale contre Union locale CGT de Marseille Nord et a. (pouvoir n°11-21.609)

Vu l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Attendu, selon le jugement attaqué (Tribunal d'instance de Marseille, 7 juillet 2011), que le 4 juin 2010, l'Union départementale des syndicats CGT des Bouches-du-Rhône (le syndicat) a désigné M. Laboubi en qualité de représentant de la section syndicale créée au sein de l'Association de médiation sociale (l'AMS) ; que contestant notamment le fait que l'effectif de l'association permette la désignation d'un représentant de section syndicale, l'AMS a saisi le Tribunal d'instance d'une demande d'annulation ; que le syndicat a demandé à titre reconventionnel qu'il soit enjoint à l'association, sous astreinte, d'organiser les élections aux fins de mise en place d'institutions représentatives du personnel en son sein ; que le Tribunal d'instance a transmis à la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les dispositions de l'article L. 1111-3 du code du travail ; que le Conseil constitutionnel, saisi par la Cour

de cassation de cette question (Soc., 16 février 2011, n° 10-40.062), a dit que les dispositions de l'article L. 1111-3 du code du travail n'étaient contraires à aucune disposition constitutionnelle ; qu'en statuant à nouveau, le Tribunal d'instance a écarté l'application des dispositions de l'article L. 1111-3 du code du travail comme n'étant pas conformes au droit communautaire et validé la désignation de M. Laboubi en qualité de représentant de section syndicale après avoir constaté que s'il n'était pas mis en œuvre les exclusions instituées par l'article L. 1111-3, l'effectif de l'association, qui selon l'employeur était de moins de onze salariés, passait largement au-dessus du seuil de cinquante salariés ;

Attendu que l'AMS fait grief au jugement d'avoir dit que son effectif était supérieur à cinquante salariés, en dépit des termes de l'article L. 1111-3 du code du travail excluant du décompte de l'effectif certaines catégories particulières de salariés ;

Attendu que selon l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux, portant sur le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise, les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ; que, d'autre part, l'article 3 paragraphe 1 de la Directive 2002/14/ CE, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 18 janvier 2007, *CGT*, aff. C-385/05), s'oppose à ce qu'une réglementation nationale exclut, fût-ce temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre de travailleurs employés au sens de cette disposition ;

Que l'article L. 1111-3 du code du travail constitue la mise en œuvre de la Directive 2002/ 14/ CE ;

Attendu qu'aux termes de l'article 51 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les dispositions de la Charte s'adressent aux Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ; que, selon l'article 6 § 1 du Traité sur l'Union européenne, la Charte a la même valeur juridique que les traités ;

Attendu qu'il est de jurisprudence constante que les droits fondamentaux de l'Union européenne peuvent être invoqués dans un litige entre particuliers aux fins de vérifier le respect par les institutions de l'Union et les Etats membres, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, de ces mêmes droits fondamentaux ; que les articles 51 et 52 de la Charte ne comportent aucune limitation de l'invocation des dispositions de la Charte, que celles-ci contiennent des principes ou des droits, aux litiges de nature horizontale, pas plus que les Explications ad article 51 et ad article 52, lesquelles sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des Etats membres en application de l'article 52 § 7 de la Charte ; que les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sont applicables dans les litiges entre particuliers ; qu'aux termes de l'article 53 de la Charte, aucune disposition de la Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales reconnus notamment par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que l'article 6 § 3 du Traité sur l'Union européenne dispose que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ;

Attendu qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice que les principes généraux du droit tels que précisés par une directive de l'Union européenne peuvent être invoqués dans un litige entre particuliers (CJCE, 22 nov. 2005, *Mangold*, aff. C-144/ 04 ; CJUE, 19 janv. 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/ 07) ;

Attendu que la désignation d'un représentant syndical dans l'entreprise ou dans l'établissement par les organisations syndicales, soit en application de l'article L. 2142-1-1 du code du travail s'agissant des organisations syndicales non représentatives, soit en application de l'article L. 2143-3 du code du travail, s'agissant des organisations syndicales représentatives, est subordonnée à la présence au sein de l'entreprise ou de l'établissement de cinquante salariés ou plus ; que la mise en place des institutions représentatives du personnel est également subordonnée à une condition d'effectifs, des délégués du personnel devant être élus, en

application de l'article L. 2312-1 du code du travail, dès lors que l'entreprise compte onze salariés et plus, et un comité d'entreprise devant être créé, en application de l'article L. 2322-1 du code du travail, dans les entreprises de cinquante salariés ou plus ;

Que l'association de médiation sociale, qui emploie plus d'une centaine de salariés, a un effectif pris en compte, en application de l'article L. 1111-3 du code du travail, de moins de onze salariés dès lors que sont exclus du calcul des effectifs :

- les apprentis,
- les titulaires d'un contrat initiative-emploi, pendant la durée de la convention,
- les titulaires d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi, pendant la durée de la convention,
- 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 ;

Que se pose dès lors la question de savoir si le droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, reconnu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel que précisé par 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 à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne peut être invoqué dans un litige entre particuliers aux fins de vérifier la conformité d'une mesure nationale de transposition de la directive, et dans l'affirmative, si ces mêmes dispositions doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une disposition législative nationale excluant du calcul des effectifs de l'entreprise, notamment pour déterminer les seuils de mise en place des institutions représentatives du personnel, les travailleurs titulaires des contrats suivants : apprentissage, contrat initiative-emploi, contrat d'accompagnement dans l'emploi, contrat de professionnalisation ;

Par ces motifs :

Renvoie à la Cour de justice de l'Union européenne les questions suivantes :

1°/ le droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, reconnu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel que précisé par 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 à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, peut-il être invoqué dans un litige entre particuliers aux fins de vérifier la conformité d'une mesure nationale de transposition de la directive ?

2°/ dans l'affirmative, ces mêmes dispositions doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une disposition législative nationale excluant du calcul des effectifs de l'entreprise, notamment pour déterminer les seuils légaux de mise en place des institutions représentatives du personnel, les travailleurs titulaires des contrats suivants : apprentissage, contrat initiative-emploi, contrat d'accompagnement dans l'emploi, contrat de professionnalisation ?

Sursoit à statuer jusqu'à la décision de la Cour de justice de l'Union européenne ;

(M. Lacabarats, prés. - Mme Pécaut-Rivolier, rapp. - M. Cavarroc, av. gén. - SCP Didier et Pinet, SCP Lyon-Caen et Thiriez, av.)