

L'ACTION EN JUSTICE DES SYNDICATS

Hélène Tissandier, maître de conférences à l'Université Paris-Dauphine, membre de l'Institut Droit Dauphine

L'action en justice du syndicat est l'une des expressions de l'action syndicale que l'on peut décomposer en deux pans indissociables. L'action collective sur le terrain et l'action judiciaire sont « interdépendantes et complémentaires en raison de leur finalité commune: mettre en œuvre l'ensemble des instruments garantis par le droit, voire en susciter de nouveaux, aux fins d'instaurer un contrepoids salarial au pouvoir patronal »¹. Si l'action en justice ne saurait être la voie principale de l'action syndicale, elle en est un instrument privilégié dans la réalité concrète. Aussi cette question ancienne ne cesse-t-elle de revenir sur le devant de la scène, et aujourd'hui comme hier, incite à étudier tant les formes que les figures de l'action. Action syndicale et action en justice sont liées. L'action en justice du syndicat dans l'intérêt collectif de la profession a été l'une des prérogatives historiquement revendiquée par ce dernier et consacrée par la Cour de cassation puis le législateur. Et depuis, l'action du syndicat s'est déployée dans des formes procédurales complexes, héritage de l'histoire, fruit de textes épars juxtaposant des logiques diverses et parfois incertaines, et nécessitant des articulations délicates et multiples entre le syndicat (partie principale, partie jointe ou intervenante, partie civile, substitué) et le(s) salarié(s)... Mais l'interrogation demeure: cette action, qui se déploie aujourd'hui dans le contexte d'une défiance à l'égard du juge en même temps que d'un certain affermissement du rôle et des pouvoirs de celui-ci, est-elle un instrument de protection effective des droits des salariés? L'interrogation invite à revisiter le droit processuel pour le confronter à l'action en justice du syndicat (I). Elle conduit à s'intéresser aux différentes « figures » de l'action du syndicat et sur les évolutions envisageables (II).

I. Les voies de l'action

L'action en justice est subordonnée, en droit processuel, à la qualité pour agir et à un intérêt à agir (en principe personnel, direct et légitime). La présence du syndicat au procès est multiple, en raison de la composition des conseils de prud'hommes, de la faculté d'assistance des parties au procès prud'homal²... mais le syndicat peut surtout être acteur du procès. Il a qualité pour agir, de trois manières différentes. La première, issue de l'article 6 de la loi du 21 mars 1884, est souvent appelée « action corporative »³. Le syndicat, comme toute personne morale, peut agir en défense de ses intérêts propres⁴, même s'il est dépourvu de représentativité. Mais trois autres types d'action méritent l'attention, dont deux semblent exorbitantes du droit commun. Le syndicat est habilité à agir pour la défense de l'intérêt collectif de la profession. Il peut également se substituer au salarié au nom duquel il exercera l'action. Il peut enfin agir en exécution d'une convention collective.

1 M. Keller, « Action syndicale sur le terrain et action en justice: deux démarches complémentaires pour le syndicat », *Droit ouvrier* 2009, p. 363 et s.

2 Art. R. 1453-2 C. trav.

3 P.-Y. Verkindt, « Action en justice et action de groupe », in V. Magnier, (dir.), *L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétés*, PUF, CEPRISCA, 2004, p. 39 et s.

4 Art. 31 NCPC

L'action en défense des intérêts propres du syndicat ne présente pas de réelle originalité, quoiqu'elle puisse être d'une grande efficacité pour la défense du droit syndical. Il suffira au syndicat d'établir que ses intérêts (ceux de la personne morale ou de ses adhérents) sont en cause: revendication d'éléments de patrimoine à la suite d'une scission syndicale, atteinte à la liberté syndicale d'un adhérent, demande d'annulation d'une élection professionnelle où il a présenté des candidats, contestation de la qualité syndicale d'un groupement créé par un parti politique... L'action en exécution de la convention collective⁵, quoique spécifique, relève de la même logique le syndicat « lié par la convention » pourra en réclamer l'exécution, cette action ne produisant, comme la précédente, aucun effet direct pour les salariés.

La diversité des actions est une incitation forte à saisir les tribunaux; il convient de distinguer les deux formes principales des actions personnelles du syndicat. L'action dans l'intérêt collectif de la profession, qui conduit à s'intéresser à l'intérêt à agir, et l'action de substitution qui mobilise également la qualité pour agir.

A. La défense de l'intérêt collectif de la profession: action syndicale « de principe »?

Selon l'article L. 2132-3 C. trav., les syndicats peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile, concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. Cette action, innovation de la Cour de cassation, ne cesse de prendre de l'ampleur.

Naissance et croissance de l'action syndicale

« Pas d'intérêt, pas d'action », « nul ne plaide par procureur »: ces maximes n'ont pas été un obstacle à la reconnaissance du droit d'action syndicale. Les faits sont bien connus. La loi du 21 mars 1884, créatrice de la catégorie juridique du syndicat, l'a assigné à résidence professionnelle en lui reconnaissant comme objet exclusivement « l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles ». Toutefois cette loi ne lui accordait nullement la capacité d'agir en justice sauf pour défendre un intérêt qui lui est propre, tout intérêt collectif étant par ailleurs nié depuis 1789. Néanmoins, dès 1913, l'existence d'une communauté, la profession, dont les membres ont des intérêts communs, ne pouvait guère être mise en doute. Il était aisé d'affirmer que le syndicat représentait des intérêts professionnels. Pourtant la loi ne permettait pas de voir en lui le représentant d'une communauté professionnelle. En 1893, la Cour de cassation rejeta l'action d'un syndicat ouvrier en considérant que si le syndicat est apte à conclure une convention au nom de ses adhérents, c'est à ceux-ci qu'il revient de poursuivre l'action. La somme des actions individuelles des adhérents épuisait l'intérêt des syndicats à agir. Pourtant, réduire l'intérêt de la profession à la somme des intérêts de ses membres revenait plus ou moins à considérer que la loi Le Chapelier n'avait pas été abrogée. Aussi, pas à pas, la cour de cassation a consacré l'action dans l'intérêt collectif de la profession. D'abord en admettant l'action en défense des intérêts professionnels, l'intérêt défendu devant être commun au plus grand nombre des membres de la profession. Puis en admettant une action collective « supérieure » à celle des membres de la profession. Si une partie de la doctrine s'insurgea contre cette évolution, arguant que « nul ne plaide par procureur », et que la chambre criminelle opposa une ferme résistance se traduisant par l'exigence d'un préjudice personnel et direct, l'arrêt des Chambres réunies du 9 avril 1913 mit un terme à toute divergence avant d'être consacré par la loi du 12 mars 1920: « l'action civile n'a pas pour objet de donner satisfaction aux intérêts individuels d'un ou plusieurs de ses membres, mais bien d'assurer la protection de l'intérêt collectif de la profession envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat dont la personnalité juridique est distincte de la personne de chacun de ceux qui la composent »⁶. Cette reconnaissance marquait le terme d'un long combat judiciaire des syndicats, mais également le point de départ de stratégies syndicales judiciaires. Bien qu'utilisé en premier lieu par les syndicats non-salariés, cette action est désormais surtout exercée par les syndicats de salariés contre des employeurs. Le syndicat, ou l'union de syndicats, peut désormais agir au nom d'une collectivité plus vaste que celle de ses membres. Quarante-deux ans nous séparent de l'arrêt des chambres réunies et la solution n'a cessé de prospérer.

⁵ Art. L. 2261-11 C. trav.

⁶ Ch. Réunies 9 avril 1913, Sirey 1920, I, 49, note Mestre.

Recevabilité de l'action

La recevabilité de l'action est soumise à la preuve d'un intérêt professionnel spécifique et collectif. Là est la principale difficulté, l'intérêt collectif pouvant se confondre avec l'intérêt général et l'intérêt individuel. L'action est recevable que le préjudice soit moral ou matériel, que l'atteinte soit directe ou indirecte, et même si le préjudice n'est de prime abord qu'individuel mais collectif par contrecoup.

L'intérêt collectif se distingue d'abord de l'intérêt général, même si une même affaire peut atteindre les deux. La doctrine est unanime à considérer que cet intérêt dépasse l'intérêt du groupement à agir mais qu'il ne confère pas la mission de défendre l'intérêt général, réservée au parquet. L'action est recevable dès que l'intérêt d'une collectivité professionnelle est en jeu : « la circonstance qu'un texte a été édicté dans un intérêt général ne saurait faire échec à l'application de l'article (L.411-11) » L2132-3 C. trav.⁷. En revanche, l'action sera rejetée lorsque seul l'intérêt général est en jeu. La distinction est nette en matière pénale, en cas de constitution de partie civile d'un syndicat. Le syndicat doit d'abord agir dans le respect du double cadre, strict, de sa spécialité qui ne lui permet pas d'agir en dehors du domaine professionnel⁸ et de ses statuts qui déterminent les intérêts défendus. De surcroît, la chambre criminelle subordonne la recevabilité l'existence d'un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession. Le préjudice indirect est celui subi par la profession par contrecoup de l'infraction commise dont est victime un membre de la profession. L'action publique sera déclenchée, en concurrence avec le parquet, chaque fois que pourra être allégué un manquement à une législation pénalement sanctionnée, même s'il ne s'agit pas d'une disposition du code du travail. Les arrêts sont nuancés. Si l'on prend des exemples dans les décisions récentes, a été reconnue recevable la constitution de partie civile d'un syndicat en raison d'un manquement à la sécurité des travailleurs du fait de l'effondrement du terminal d'un aéroport, sans qu'il soit nécessaire qu'un des salariés représentés par le syndicat ait subi un préjudice direct et personnel⁹. En revanche, dans un cas de viol et harcèlement sexuel sur le lieu de travail par un supérieur hiérarchique, car, malgré l'atteinte à la dignité de la personne, l'absence de préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession a conduit à rejeter l'action syndicale¹⁰.

L'intérêt collectif est également distinct de l'intérêt individuel. « L'action syndicale et l'action individuelle, quoiqu'elles procèdent du même fait dommageable, n'ont ni la même cause, ni le même objet » ; « ces deux actions ne peuvent ni s'exclure, ni se confondre »¹¹. Le syndicat pourra également, devant toutes les juridictions, intervenir à l'action engagée par un travailleur si un intérêt collectif est concerné. La tendance actuelle de la chambre sociale semble être de considérer que le non-respect par l'employeur de droits individuels de salariés, en violation de la réglementation ou des engagements pris, peut engendrer, outre le préjudice direct subi par les salariés victimes de ce comportement, un préjudice indirect subi par la profession, ouvrant ainsi la porte à l'action du syndicat professionnel. Les exemples abondent de l'irrecevabilité de la demande en raison de la lésion du seul intérêt individuel. Citons la reconnaissance du contrat de travail qui est un droit exclusivement attaché à la personne qui se prétend salarié et dont le syndicat ne peut faire la demande¹², ou encore la demande d'annulation de ruptures conventionnelles. Suivant une logique contractuelle qui tend à exclure l'intérêt collectif de la profession, la Cour de cassation a récemment considéré que « le comité d'entreprise et les syndicats n'étaient pas recevables, faute de qualité, à demander l'annulation de conventions de ruptures auxquelles ils n'étaient pas parties, une telle action ne pouvant être exercée que par les salariés concernés »¹³. Si la tendance de la Cour semble être d'admettre largement l'action, quelques ambiguïtés subsistent. Ainsi, le syndicat n'est pas recevable à agir en cas de manquement à l'obligation de reclassement¹⁴. De même l'action du syndicat n'est recevable en cas d'atteinte à la vie privée d'une personne ou de cas d'abus de biens sociaux ou de délits financiers¹⁵, le préjudice étant purement individuel selon la Cour de cassation malgré l'impact que ces délits peuvent avoir sur la

7 Crim. 20 nov. 1980, n° 80-92.344

8 P. Canin, Action civile collective et spécialité des personnes morales, Rev. sc. crim. 1995, p. 751

9 Crim. 11 oct. 2005, pourvoi n° 05-82.414 ; Dr. soc. 2006, 43, note F. Duquesne. Dans cette même affaire le CHSCT s'est vu refuser la constitution de partie civile au motif qu'il ne pouvait se prévaloir d'un intérêt direct et personnel.

10 Crim. 23 janv. 2002, Bull. crim. n° 12

11 Civ. 28 nov. 1916, DP 1922, jurispr. p. 165

12 Soc. 23 janvier 2008, pourvoi n° 05-16.492

13 Soc. 9 mars 2011, pourvoi n° 10-11.581

14 Soc. 18 nov. 2009, pourvoi n° 08-44.175

15 Crim. 11 mai 1999, Bull. crim. n° 89

rémunération ou l'emploi des salariés¹⁶. En revanche, l'action est recevable pour poursuivre l'annulation de l'autorisation de licenciement d'un représentant du personnel mais pas pour la réintégration sauf mandat donné par le salarié.

Généralisation de l'action ?

La Cour de cassation montre une faveur accrue pour ce fondement juridique de l'action syndicale. Il suffit en définitive que soit soulevée une question de principe¹⁷ ou de portée générale pour que soit reconnu l'intérêt à agir du syndicat, même s'il n'est pas nécessaire qu'une question de principe soit posée¹⁸. On remarquera en ce sens la prospérité de la formule selon laquelle une question déterminée « cause nécessairement un trouble à l'intérêt collectif de la profession » qui se traduit par une recevabilité de principe de l'action syndicale. Il en va ainsi du défaut de consultation du comité d'entreprise en cas de licenciement économique qui est « en lui-même générateur d'un préjudice subi par la profession auquel appartient le personnel de l'entreprise »¹⁹. L'entrave à l'exercice par le salarié d'un mandat représentatif « porte nécessairement atteinte à l'intérêt collectif de la profession »²⁰. Il en va de même pour des faits de harcèlement moral²¹, la violation de l'article L. 1224-1 C. trav.²², la contestation des conditions de négociation du protocole d'accord préélectoral²³, la nullité des élections professionnelles²⁴ ou l'inexécution d'une convention collective²⁵.

Cette dernière action est emblématique de la propagation de l'action fondée sur l'article L. 2132-3 C. trav., quoique malgré des résistances de la Cour suprême, probablement générée par la coexistence de textes spéciaux relatifs à l'action en exécution de la convention collective. Dès lors, la jurisprudence a longtemps réservé aux seuls syndicats signataires ou adhérents la possibilité d'agir en leur nom propre en exécution d'un accord collectif, un syndicat non signataire n'ayant pas qualité pour agir. Une première atténuation, considérable, a été reconnue lorsque la Cour de cassation a admis la recevabilité de l'action d'un syndicat non signataire aux fins d'obtenir l'exécution d'un accord étendu²⁶. Le pas a, toutefois, été définitivement franchi, les juges admettant désormais que l'inapplication de la convention collective, même non étendue, cause nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession²⁷. L'action est désormais ouverte à tous les syndicats, représentatifs ou non, signataires ou non de l'accord²⁸.

Le bien fondé de l'action n'a pas à être démontré. Bien que la formule de l'art. L.2132-3 paraisse subordonner la recevabilité de l'action à la preuve d'un préjudice, cette recevabilité ne dépend évidemment que de l'intérêt à agir. Il suffit que les faits soient « de nature à »²⁹ porter atteinte à cet intérêt. Si l'intérêt collectif n'est pas lésé, le juge ne peut déclarer la demande irrecevable mais seulement non-fondée³⁰.

16 E ce sens, J.-M. Verdier, A. Coeuret et M.-A. Souriac, *Droit du travail*, vol. 1, *Rapports collectifs*, Ed. Dalloz, Mémentos, 15^e éd., 2009, p. 69

17 Soc. 2 juin 1983, n° 81-40.103 et n° 81-40.489; Crim., 16 février 1999, pourvoi n° 98-81.621, Bull. crim. 1999, n° 18: un syndicat est recevable à intervenir dans une instance lorsque celle-ci soulève une question de principe dont la solution, susceptible d'avoir des conséquences pour l'ensemble de ses adhérents, est de nature à porter un préjudice, même indirect, à l'intérêt collectif de la profession

18 Soc. 23 sept. 2009, n° 08-42.109, JCP soc. 2009, 1584, obs. J.Y. Kerbouc'h

19 Soc. 24 juin 2008, n° 07-11-411

20 V. par ex. Soc. 29 nov. 2006, n° 04-48.086

21 Soc. 15 mars 2011, n° 09-88.627

22 Soc. 23 sept. 2009, n° 08-42.109, JCP soc. 2009, 1584, obs. J.Y. Kerbouc'h

23 Soc. 23 sept. 2009, n° 08-60.535, JCP S 2010, 1050, note H. Guyader

24 Soc. 12 juill. 2006, n° 05-60.353, JCP 2006, II, 10186, note F. Duquesne

25 Soc. 30 nov. 2010, n° 09-42.990: « l'inapplication d'une convention ou d'un accord collectif de travail, même non étendu, cause nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession ».

26 Soc. 12 juin 2001, *Eurodisney*, J.-M. Verdier, « Accords collectifs et action syndicale en justice », D. 2002, p. 503; H. Tissandier et P. Rémy, D. 2002, p. 361

27 Soc. 3 mai 2007, n° 05-12.340, JCP soc. 2007, 1918, note R. Vatinet. L'auteur se demande si la réforme de la représentativité ne devrait pas conduire à reconsidérer l'étendue des droits d'action en justice des syndicats, du moins une jurisprudence qui « est de nature à accroître l'effet délétère du pluralisme syndical ».

28 Sur cette question, M. Henry, « L'action syndicale en exécution des conventions collectives », Dr. ouvr. Mars 2007, p. 112.

29 Crim. 7 mars 1996, n° 95-82.659.

30 Soc. 11 janvier 2000, Bull. civ.V, n° 275; 23 février 2005, Bull. civ.V, n° 71; JCP E 2001, 379, note C. Puigelier. Voir également Soc. 5 mars 1997, n° 95-11.109

Enfin, bien que conçue sur le modèle de l'action civile en dommages-intérêts, l'action syndicale a désormais davantage une fonction préventive³¹ et répressive que réparatrice. « L'admission du préjudice direct ou indirect montre que la finalité de l'action syndicale n'est aucunement indemnitare. Le préjudice apparaît donc secondaire sans l'exercice de l'action »³². Bien souvent n'est invoqué qu'un principe de préjudice, ou un préjudice moral et non matériel, et seulement indirect. Nombreuses sont les condamnations à payer un euro « symbolique ». Toutefois le juge, dans le respect de l'art. 1382 du code civil, demeure tenu d'évaluer le préjudice réel et d'accorder une réparation intégrale³³.

Pourtant, certaines questions demeurent hors de portée de l'action syndicale. Certaines parce qu'elles sont considérées comme ne mettant en cause qu'un intérêt individuel. Ainsi, un syndicat n'est pas recevable dans son action en vue de voir juger la qualité de co-employeur d'une société constituant une unité économique et sociale déjà reconnue avec la société employeur des salariés dont il défend l'intérêt collectif. Pourtant « l'action engagée par le syndicat tendait à faire juger qu'il a été porté atteinte à l'emploi des salariés et à leur statut ». Mais la Cour de cassation refuse d'y voir « une question de principe susceptible d'entraîner des conséquences pour l'ensemble de la profession dont le syndicat assure la défense » : « la reconnaissance d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié »³⁴. Dans l'hypothèse où la reconnaissance de la qualité de co-employeur pourrait avoir un impact sur l'appréciation de la justification économique du licenciement, l'intérêt collectif de la profession devrait être admis³⁵. Mais c'est surtout en matière de législation économique, en cas de violation du droit des sociétés, pour abus de biens sociaux, que l'action du syndicat demeure exclue par la chambre criminelle qui considère que le délit ne préjudicie qu'à la société et à ses actionnaires et non aux salariés, ce qui paraît très contestable³⁶. Les syndicats sont considérés comme des tiers qui n'ont pas d'intérêt, même indirect, dans la défense du patrimoine de l'entreprise³⁷.

Sous cette réserve, l'extension de l'action dans l'intérêt collectif de la profession, ouverte à tous les syndicats sans exigence de représentativité, est remarquable, spécialement à l'heure où les conditions de la représentativité sont bouleversées et renforcées. Mais cette action demeure soumise à l'effet relatif de la chose jugée et ne devrait pas produire d'effet direct pour les salariés. Toute autre est l'action en substitution.

B. Le syndicat, « procureur des intérêts individuels des salariés » ? L'action de substitution

« Nul en France ne plaide par procureur » : sans mandat, nul ne peut exercer une action en justice au nom et pour le compte d'une autre personne. L'action en défense de l'intérêt individuel du salarié appartient donc en principe exclusivement à ce dernier, même si elle peut se conjuguer à une action dans l'intérêt collectif de la profession. Toutefois, ce principe connaît des exceptions : le syndicat peut exercer les actions individuelles des membres de la profession dans certains cas énumérés par la loi. De telles actions dites « de substitution » tendent à garantir le respect des droits d'actions du salarié, elles tendent à la protection des droits substantiels de ceux-ci. Ces dérogations se sont multipliées, sans qu'il y ait d'ailleurs eu de revendications syndicales en ce sens. On constate toutefois leur faible utilisation.

31 En ce sens Soc. 16 janv. 2008, JCP S 2008, 1599, note B. Gauriau. Les juges admettent la recevabilité de l'action en exécution de la convention collective en raison d'une mauvaise exécution, et prononcent la suspension de la mesure patronale prise en violation de l'accord

32 A. Coeuret, E. Fortis, *Droit pénal du travail Litec*, 3^e éd. 2004, n° 218

33 Soc. 18 nov. 2009, n° 08-45.523 : « en se bornant à allouer une somme à titre symbolique, la cour d'appel qui n'a pas procédé comme il lui appartenait à l'évaluation du préjudice réel subi par le syndicat, a violé les textes susvisés ».

34 Soc., 23 janvier 2008, n° 05-16492.

35 Voir Soc. 18 janvier 2011, n° 09-70.310. dans cette affaire toutefois, c'est le délégué syndical qui est « monté au front » pour contester la justification économique du licenciement, en agissant contre la société qu'il qualifiait de « co-employeur ».

36 Crim. 27 nov. 1991, Bull. crim., n° 439 ; 11 mai 1999, Bull. crim. n° 89 ; 23 février 2005, Dr. soc. 2005, 588, obs. F. Duquesne. F. Crost, La recevabilité de l'action syndicale en justice en matière de délits dits financiers, SSL 28 juin 1999. Sur ce caractère contestable, J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 24^e éd., n° 849, p. 1081

37 E. Dockès, E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, Dalloz, 5^e éd., 2010, n° 691, p. 470

Les actions de substitutions³⁸

L'action de substitution n'est pas générale. Elle est prévue dans des cas particuliers, dans lesquels la faiblesse du salarié est patente, au point que l'on peut douter de l'effectivité de son droit d'agir en justice pour le respect de ses droits. Parmi les nombreux exemples, citons l'action en application de la convention collective à laquelle le salarié est soumis³⁹, la défense des travailleurs à domicile⁴⁰, des travailleurs étrangers⁴¹, des salariés sous contrat à durée déterminée⁴², des intérimaires⁴³, les salariés victimes d'agissements graves de l'employeur (harcèlement⁴⁴, discrimination⁴⁵, égalité entre hommes et femmes⁴⁶, prêt de main-d'œuvre illicite⁴⁷) ou placés dans une situation particulièrement difficile tel un licenciement économique⁴⁸. Certaines actions ne sont possibles qu'au bénéfice de salariés qui sont membres de l'organisation (travailleurs à domicile, ou action en exécution de la convention collective). Mais depuis 1981, la tendance est à ne pas exiger cette condition d'appartenance. L'action de substitution pourra être exercée au profit de salariés qui n'appartiennent pas au syndicat. On peut dès lors considérer que les actions de substitution procèdent de la même logique que l'action dans l'intérêt collectif de la profession. Le syndicat se voit reconnaître qualité pour agir en défense de l'intérêt purement individuel parce qu'il représente la profession, une collectivité plus vaste que celle de ses adhérents. On remarquera qu'en droit européen, la tendance à imposer aux droits nationaux la mise en place de telles actions est marquée, du moins dans les directives protectrices des droits des travailleurs, telles les directives de lutte contre les discriminations. L'effectivité des droits est subordonnée à la possibilité d'action en justice pour en revendiquer le respect, cette action devant être ouverte tant aux salariés victimes qu'aux organisations habilitées à agir. Ainsi, l'article 17 §2 de la directive 2006/54/CE relative à légalité entre hommes et femmes dispose que « *Les États membres veillent à ce que les associations, les organisations ou les autres entités juridiques qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à veiller à ce que les dispositions de la présente directive soient respectées puissent, au nom ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive* ».

Toutefois, même dans ces hypothèses, la législation nationale doit fixer les critères permettant de déterminer les syndicats ayant qualité pour agir. Or, toutes les actions de substitution requièrent la représentativité du syndicat. Cette exigence peut être justifiée dès lors que les actions de substitution peuvent être exercées sans que l'intéressé ait donné un mandat au syndicat.

Certains souhaitent la généralisation de cette faculté du syndicat de se substituer à un salarié⁴⁹. Cela conduirait toutefois probablement à renforcer les conditions de l'action, peut-être en réservant son bénéfice aux adhérents du syndicat.

Une action personnelle du syndicat

Le salarié n'est pas dépossédé de sa propre action : même si le syndicat agit en se substituant au salarié, celui-ci conserve la possibilité d'intervenir à l'instance engagée, il peut d'ailleurs mettre fin au procès. L'action se caractérise par la dissociation du droit lésé et de la qualité pour agir. De la jurisprudence peuvent être tirés trois enseignements.

38 M. Cohen, Le droit de substitution, un cadeau empoisonné aux syndicats, Dr. soc. 1990, 790 ; F. Petit, L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur, Dr. soc. 2004.262 ; H. Peschaud, Le droit de substitution et les garanties des salariés, Dr. ouvr. 2000.478 ; E. Jeland, L'action de substitution des syndicats à la place des salariés, JCP E, 2001, p. 35.

39 Art. L. 2262-9 C. trav.

40 Art. L. 7423-2 C. trav.

41 Art. L.8255-1 C. trav.

42 Art. L.1247-1 C. trav.

43 Art. L. 1251-59 C. trav.

44 Art. L. 1154-2 C. trav.

45 Art. L1134-2 C. trav.

46 Art.; L. 1144-2 C. trav.

47 Art. L.8233-1 C. trav.

48 Art. 1235-8 C. trav.

49 F. Petit, préc.; A. Supiot, Dr. soc. 1985.774 ; E. Wagner, Le rôle des syndicats dans la défense des droits et l'accès à la justice des salariés, Dr. ouvr. 1990, p. 291.

L'action en substitution est une action personnelle du syndicat, ainsi que l'a affirmé l'arrêt *Servair* en 2000⁵⁰: l'action de substitution est personnelle au syndicat et non une action par représentation du salarié. Le syndicat n'agit pas « au lieu et place » de celui-ci. La Cour peut en déduire que les salariés n'ont pas à être identifiés dans le pourvoi. Mais ils doivent être prévenus et doivent pouvoir s'opposer à l'action. À défaut, l'action serait irrecevable. Tout appel sera également formé contre le syndicat, et non contre les salariés. Toutefois, dans ce cas, le syndicat n'est pas tenu d'informer les salariés comme en première instance. Cette qualification explique enfin que le salarié, n'étant pas partie à l'instance, conserve le droit d'intervenir. Il peut notamment opérer un désistement d'action. En revanche, le bénéfice du jugement reviendra au salarié même s'il n'intervient pas « car c'est son droit substantiel qui est discuté »⁵¹.

Puisque l'action en substitution étant une action personnelle du syndicat, une distinction entre intérêt à agir et qualité à agir doit être opérée. Le syndicat défend un intérêt individuel, celui du salarié, mais il doit avoir également qualité pour agir et intérêt (personnel) à agir. Deux actions se conjuguent: l'action personnelle du salarié, qui demeure possible et que le syndicat exerce en se substituant au salarié, et l'action personnelle du syndicat. Par conséquent, et en toute logique, la recevabilité des deux actions soit être examinée. L'action personnelle du salarié sera subordonnée à un intérêt à agir – l'action présente-t-elle une utilité à son égard, le salarié aurait-il pu agir en justice? Celle du syndicat sera également subordonnée à sa qualité pour agir – issue des textes précités, et de son intérêt à agir – dont on peut « avancer qu'il se confond avec l'inaction du salarié: le syndicat aura intérêt à agir si le salarié n'engage pas l'action »⁵². Cela justifie l'exigence que le salarié soit « averti par lettre recommandée avec accusé de réception et ne pas s'y être opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention ». Les prétentions du syndicat doivent par ailleurs être limitées à ce qui est indiqué dans la lettre envoyée au salarié.

L'action de substitution n'est pas l'action personnelle du salarié. Si cette affirmation paraît aller de soi, elle n'a été affirmée que par un arrêt du 12 février 2008⁵³: « *L'opposition d'un salarié à ce qu'un syndicat exerce à son bénéfice une action de substitution ne saurait valoir renonciation de ce salarié au droit d'intenter l'action personnelle dont il est titulaire pour obtenir la requalification de ses contrats à durée déterminée irréguliers, la règle de l'unicité de l'instance ne pouvant être opposée à l'intéressé alors qu'il n'a pas été partie à la première instance* ». Dès lors, le désistement du syndicat, même s'il est la conséquence de l'opposition du salarié, est inopposable à l'action exercée postérieurement par ce dernier, tout comme lui est inopposable la règle de l'unicité de l'instance⁵⁴. La substitution du syndicat est une « substitution de personne processuelle »⁵⁵. Cette action est distincte de l'action syndicale dans l'intérêt collectif. La même décision de 2008 déduit en effet également du caractère personnel de l'action la recevabilité de l'intervention prud'homale du syndicat qui s'est précédemment substitué au salarié. Si le salarié intervient à l'action, pour en devenir « maître », le syndicat peut poursuivre mais en changeant de qualité: il interviendra désormais aux côtés du salarié, non plus en défense de l'intérêt individuel, mais en défense de l'intérêt collectif de la profession. « *Le désistement par le syndicat de l'action de substitution ne fait pas obstacle à ce que, dans le cadre de l'instance engagée postérieurement par le salarié afin d'obtenir la requalification de ses contrats, le syndicat, exerçant ses droits sur le fondement de l'article L. 411-11 du Code du travail, demande réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession* ». La règle de l'unicité de l'instance ne peut être opposée à l'action du syndicat dans l'intérêt collectif à raison de son action antérieure en substitution. Toutefois, l'interdépendance des actions peut conduire à rendre impossible l'action syndicale. Un lien de droit subsiste entre elles. Comme le souligne un auteur, « si le salarié accepte une transaction proposée par l'employeur, toute possibilité pour le syndicat de se maintenir dans l'instance ou de la reprendre disparaît, que ce soit en substitution ou dans l'intérêt collectif. La dépendance de son action par rapport à celle du salarié est alors totale et cette dépendance paralyse toute défense de l'intérêt collectif devant le conseil de prud'hommes. La seule voie qui reste alors ouverte au syndicat est d'agir dans l'intérêt collectif devant le tribunal de grande instance »⁵⁶.

50 Soc. 1^{er} févr. 2000, *Servair*, JCP 2001. 33, note E. Jeuland

51 E. Jeuland, préc.

52 E. Jeuland, préc.

53 Soc. 12 février 2008, n° 06-45.397, obs. M. Keller, RDT 2008, p. 404

54 M. Keller, préc.

55 V. note E. Jeuland, préc.

56 M. Keller, préc.

Ces actions sont riches de potentialités. Leur impact va croissant. Encore faut-il apprécier leur(s) fonctions(s), et se demander si d'autres formes d'actions ne seraient pas envisageables.

II. Des stratégies d'action en justice ?

Contrairement à une idée répandue, le droit social ne fournirait pas un exemple clair de judiciarisation des rapports sociaux⁵⁷. Le volume du contentieux demeure stable. La faiblesse du contentieux est souvent dénoncée. Celui-ci concerne pour l'essentiel le contentieux de la rupture du contrat de travail, devant le juge prud'homal. Toutefois, depuis près de cinquante ans, les organisations syndicales, réticentes dans un premier temps, ont su développer des stratégies d'action en justice, « qui permettent à la fois d'obtenir le respect des accords collectifs et de faire évoluer favorablement le cadre juridique des relations de travail par le biais des revirements de jurisprudence. Le succès évident de ces pratiques a conduit l'ensemble des organisations syndicales à adopter des politiques juridiques conçues comme le prolongement d'autres stratégies d'action collective »⁵⁸. Pourtant une « barrière sociale et culturelle sépare les syndicats (...) de l'institution judiciaire », « les syndicats et les militants syndicaux sont à cent lieues de pouvoir et vouloir utiliser correctement l'institution judiciaire »⁵⁹.

A. Les figures de l'action

L'action en justice est-elle un instrument de protection effective des droits des salariés et de leurs représentants ?

Les finalités des actions

Qu'il s'agisse de l'action « syndicale » ou de l'action de substitution, le syndicat est d'abord un défenseur de la légalité. La jurisprudence s'en fait l'écho, qui admet que l'action syndicale est recevable dès lors qu'est posée une « question de principe ». Le préjudice n'a pas à être avéré. Un « risque de préjudice » suffit. La jurisprudence, très compréhensive, relative à la définition de l'intérêt collectif de la profession, si elle est difficile à synthétiser, semble expliquée par cette fonction dévolue au syndicat : il doit faire respecter la légalité propre au droit du travail, ce qui lui confère une « place prééminente dans le fonctionnement de la justice sociale, (...) sans équivalent dans la justice civile »⁶⁰. Dès lors, les limites fixées par la Cour de cassation, qui n'admet pas la recevabilité de l'action en cas d'abus de biens sociaux commis dans l'entreprise, malgré l'atteinte aux intérêts professionnels, sont peu cohérentes. Mais, sous cette réserve, on peut s'étonner que cette action ne soit pas réservée aux syndicats représentatifs puisque la représentativité est la qualité reconnue à un syndicat d'être le porte-parole d'une collectivité plus vaste que celle de ses membres. Deux explications peut-être à cette large ouverture de l'action. D'abord, l'ancienneté des dispositions, antérieures à l'émergence de l'exigence de la qualité représentative pour l'exercice des principales prérogatives syndicales. Ensuite, la nécessité d'ouvrir largement l'action, même aux syndicats non représentatifs, pour garantir une meilleure protection de la légalité. Et le succès dans cette fonction est évident. Il suffit de rappeler, par exemple, combien les syndicats ont su, malgré une méfiance initiale, exploiter le droit communautaire de la discrimination, conduisant la Cour de cassation, avant le législateur, à reconnaître les notions de discrimination indirecte et directe, ou à élaborer des modes de réparation intégrale originaux, tel la réparation du préjudice de carrière subi par les militants victimes de discrimination syndicale. Mais on peut évoquer encore la jurisprudence relative au périmètre du reclassement en cas de licenciement économique.

Dans cette action « défensive », le syndicat est le « bouclier » du salarié. Le droit processuel s'en fait l'écho : la recevabilité de l'action est certes subordonnée à l'intérêt à agir du syndicat, mais celui-ci est admis dès lors que la légalité est en cause. Ce sont alors les droits substantiels des salariés qui sont protégés par l'action syndicale. Ainsi, l'action en exécution de la convention collective, obtenue devant le tribunal de grande instance, bénéficiera à tous les salariés. Il en va de même de l'action en détermination de l'étendue

57 F. Guiomard, *Syndicats : évolution et limites des stratégies d'action collective*, Mouvements, 2003/4

58 lb.

59 lb.

60 P. Rennes, *Mouvement syndical et droit du travail : interactions*, Dr. ouvr. 2008, p. 57 et s. spéc. p. 61.

des droits acquis après dénonciation d'un accord collectif⁶¹. La finalité de l'action de substitution est fort proche. Le syndicat se fera le porte-parole du salarié, identifié sans équivoque. Ce faisant, l'action syndicale en justice est un instrument de syndicalisation.

L'action peut également être offensive, et avoir pour objet la contestation de la légalité et la recherche de droits nouveaux. Elle est alors l'un des instruments dont dispose le syndicat pour faire évoluer la règle de droit. Le meilleur exemple en est la contestation du contrat nouvelle embauche sur le fondement des conventions de l'OIT.

Enfin, l'action syndicale en justice est un instrument de la lutte syndicale. Il en va ainsi d'une action en nullité de la convention collective, qui peut être menée par un syndicat non représentatif, et donc pas hypothèse non-signataire...

Une mise en œuvre contrastée

Malgré ces succès, il semble que les syndicats n'utilisent pas de façon très fréquente les prérogatives qui leur sont offertes. Un auteur⁶² expose plusieurs explications à cet état de fait. D'abord, toutes les actions ne sont pas recensées dans les statistiques, ainsi les actions de substitution. Ensuite, « les syndicats peuvent favoriser l'action en justice de leurs membres par divers moyens (conseils juridiques, conseillers syndicaux, etc.) sans utiliser les prérogatives propres qui leur sont reconnues ». Il est également des cas dans lesquels le délégué syndical agira en son nom propre, peut-être de crainte que l'intérêt collectif de la profession ne soit pas reconnu. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt du 18 janvier 2011⁶³, c'est le délégué syndical qui est « monté au front » pour contester la justification économique du licenciement, en agissant contre la société qu'il qualifiait de « co-employeur ». Par ailleurs, « il est probable que la difficulté, le coût et un certain scepticisme par rapport au fonctionnement de la justice conduit les syndicats à demeurer prudents sur l'utilisation de cette forme d'action. Il est d'ailleurs à noter que, malgré les prérogatives très étendues reconnues aux syndicats, aucun système d'aide juridictionnelle n'a été mis en place pour favoriser l'exercice de leur droit d'agir ».

D'où le regret de certains d'une « sous-utilisation de l'action syndicale en justice devant toutes les juridictions, en particulier le tribunal de grande instance, pour régler les litiges du travail »⁶⁴. Car l'action est exercée principalement devant le conseil de prud'hommes⁶⁵. L'action devant le TGI porte pourtant en elle « la potentialité de la prévention du préjudice (par la suspension de la mesure irrégulière – tel le projet de restructuration non soumis à l'information-consultation du CE) »⁶⁶.

De surcroît, l'action de substitution est peu utilisée, alors qu'elle est le gage du respect des droits substantiels des salariés les plus fragiles, en permettant aux syndicats d'obtenir une réparation en nature à leur profit. Il est vrai qu'elle doit demeurer exceptionnelle, et que le salarié peut hésiter à encourir un risque de représailles dès lors qu'il pourra être identifié par l'employeur.

Toute stratégie syndicale d'action en justice devrait toutefois intégrer une combinaison des différents niveaux pour une action plus efficace. Pour exemple, l'action en contestation de la régularité de la procédure de licenciement pour non-respect des obligations d'information et de consultation du comité d'entreprise. L'action peut certes être menée devant le conseil de prud'hommes après notification des licenciements, mais on sait que l'impact est alors faible puisque le licenciement est « seulement » qualifié d'irrégulier. Tandis que lorsque l'action est menée en cours de procédure, devant le juge des référés – du TGI- le juge pourra suspendre la procédure voire les licenciements prononcés malgré la demande de suspension. Et cette action en justice favorisera également l'action collective, voire la négociation, dans le cadre du projet de licenciement économique, dès lors qu'elle garantira une meilleure information du comité. C'est alors tant le rétablissement de la légalité que l'appui à l'action collective qui seront recherchés. L'action en justice doit être un instrument majeur de l'action syndicale, en complément ou en soutien de toute autre forme d'action collective. À cette fin, d'autres instruments pourraient être élaborés, inspirés de la « class action ».

61 Soc. 2 déc. 2008, n° 07-44.132

62 F. Guiomard, préc.

63 Soc. 18 janvier 2011, n° 09-70.310.

64 Soc. 18 janvier 2011, n° 09-70.310.

65 Selon M. Keller, préc., le contentieux est à 97 % prud'homal, contre seulement 1 % devant le TGI. Sur ces chiffres, E. Serverin et B. Munoz-Perez, *Le droit du travail en perspective contentieuse*, La Documentation française, 2005.

66 M. Keller, préc.

B. Pour une action de groupe en droit du travail?

Les différentes actions syndicales de justice n'ont pas fait l'objet d'une élaboration coordonnée. Elles ont été inscrites dans le code du travail à des moments différents, pour répondre à des finalités distinctes. À tel point que l'on peut se demander si, au-delà de l'action groupée bien connue devant le conseil de prud'hommes, l'opportunité d'une nouvelle action ne pourrait pas être admise, l'action de groupe, ou action collective – inspirée de la « class action » américaine ou canadienne.

L'action de groupe peut être définie comme « l'action par laquelle une personne est habilitée à représenter en justice un groupement de personnes, sans avoir obtenu préalablement leur accord ». La recevabilité de l'action, en Amérique du Nord, est soumise à des conditions strictes. Le juge doit en particulier vérifier que le recours à une action de groupe s'impose en l'espèce, c'est-à-dire notamment si les membres du groupe ont un intérêt à exercer un recours en commun de préférence à des recours individuels. De plus, l'action n'a, telle qu'elle est conçue, qu'une vocation indemnitaire, quoiqu'elle puisse également permettre d'obtenir des injonctions ou l'annulation de certaines clauses. Elle présente toutefois l'avantage de réduire considérablement les frais de procédure et d'obtenir un jugement unique sur des questions qui sont susceptibles de réponses variées selon le tribunal saisi.

L'action de groupe est peu connue en droit français, elle n'a été invoquée qu'en droit de la consommation, sans d'ailleurs connaître de véritable consécration, même en ce domaine. Pourtant, le droit du travail pourrait être un terrain favorable. L'action dans l'intérêt collectif de la profession ne permet qu'indirectement le respect des droits substantiels des salariés, et un salarié ne pourra obtenir réparation individuelle qu'à la condition d'exercer son droit d'action en justice. L'action de groupe permettrait le rétablissement d'une légalité concrète, et non plus abstraite.

Pourraient appartenir à un même groupe tous les salariés ayant subi un préjudice identique et qui ne se sont pas expressément opposés à cette action. Le groupe sera la somme d'intérêts individuels concordants, à la différence de l'action en défense d'un intérêt collectif. L'action de groupe serait, somme toute, intermédiaire entre l'action de substitution et l'action syndicale. Le syndicat pourrait assez légitimement prétendre être le représentant, sans d'ailleurs être le seul.

On reproche souvent à l'action de groupe les dérives qui sont celles du système américain. Mais l'action engagée contre Wal-Mart est également un exemple frappant. Six femmes ont intenté une action en représentant 1,6 million de femmes qui sont ou ont été employées par l'entreprise depuis décembre 1998, en demandant en leur nom des dommages-intérêts pour discrimination sexuelle en matière de salaires et de carrières. À tout le moins, un tel exemple devrait conduire à discuter de la pertinence de ces actions en droit français...

Les directions d'entreprise n'hésitent pas à investir les prétoires pour faire valoir leur interprétation des règles de droit, voire, comme dans les affaires Laval et Viking, pour faire prévaloir les libertés économiques sur le droit de grève et la négociation collective. L'action syndicale n'a d'autre choix que de répondre sur ce même terrain.