

Le déplacement vers le Tribunal de grande instance de l'action syndicale au bénéfice des salariés

par *Marianne KELLER LYON-CAEN*,
Maître de conférences honoraire à l'Université de Paris-I Panthéon-Sorbonne

PLAN

I. Nature du litige et compétence de la juridiction

- A. Incertitude et arbitraire de la *summa divisio* du droit du procès du travail
- B. Inconvénients de l'exclusivité de la compétence du CPH

II. Recevabilité de l'action du syndicat

- A. Actions syndicales en exécution de la convention collective
- B. Recevabilité de l'action syndicale dans l'intérêt collectif, en annulation ou exécution de la convention collective au bénéfice d'un ensemble de salariés

III. Portée pour le syndicat et les salariés de la condamnation de la société

- A. Exécution de la condamnation par l'employeur
- B. Refus patronal d'exécuter la condamnation
- C. Rôle essentiel de l'astreinte dans le règlement définitif du litige

IV. Généralisation jurisprudentielle du dispositif procédural *Sofaco* à l'entier domaine de l'action syndicale dans l'intérêt collectif ?

- A. Action du syndicat garante de la régularité de la consultation du comité d'entreprise sur la mesure de gestion économique patronale et de la licéité de l'acte de gestion individuelle des contrats de travail par l'employeur
- B. Responsabilité des organisations syndicales dans la lutte contre le travail précaire.

V. Propositions d'amélioration législative de l'action de groupe du droit français

- A. Suppression de la compétence exclusive du CPH et consécration d'une compétence alternative
- B. Affirmation législative de la recevabilité de l'action collective sollicitant l'entier règlement du litige par le même juge, CPH ou TGI le premier saisi

A toi, l'ami Francis

Le débat actuellement le plus épineux du droit du procès du travail est celui du choix par le syndicat, dès lors qu'il passe de son action sur le terrain à l'action en justice pour la défense des droits des salariés, du tribunal devant lequel porter son action, particulièrement lorsque le syndicat s'oppose à l'accord d'entreprise violant les dispositions salariales d'une convention collective de branche. C'est tout l'intérêt du jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Lille le 24 novembre 2011 à la demande des fédérations syndicales à l'encontre de la société Auchan France (1).

Le syndicat va-t-il porter son action devant le CPH (en choisissant d'intervenir dans l'intérêt collectif (1 bis) ou se substituer aux salariés dans les cas où la loi lui en donne le droit (2)) ? Ou bien saisira-t-il le TGI ? Et alors sur quel fondement – l'intérêt propre du syndicat signataire de la convention (3) ou l'intérêt collectif que tout syndicat, signataire ou non, et même non représentatif, a qualité pour défendre devant toutes les juridictions (4) ?

La demande du syndicat avait plus précisément pour objet l'annulation des accords d'entreprise Auchan, et l'affirmation, en conséquence, de leur inopposabilité aux salariés, la régularisation de la situation de l'ensemble des salariés par le versement du salaire légal et l'allocation de dommages et intérêts (5). Le TGI de Lille retient sa compétence, contestée par la société Auchan, et reçoit l'intégralité de la demande. Il affirme la nullité des accords d'entreprise, alloue des dommages et intérêts au syndicat et, dépassant la frontière traditionnelle de la distinction entre litige individuel et collectif,

(1) Reproduit ci-après p. 499. Le jugement a fait l'objet d'une action en rectification, la présence de la fédération CGT du commerce et des services ayant été omise par erreur. Ce recours n'a pas d'influence sur la portée juridique de la décision.

(1 bis) Art. L. 2132-3 (ex-L. 411-11), C. trav.

(2) Art. L. 2262-9 (ex-L. 135-4 al. 1), C. trav.

(3) Art. L. 2262-11 (ex-L. 135-5), C. trav.

(4) Art. L. 2132-3 (ex-L. 411-11), C. trav. Sur l'ensemble des actions en justice du syndicat v. *infra*, II A.

(5) Le syndicat, agissant en défense de l'intérêt collectif, demandait d'abord au TGI de constater la nullité des accords d'entreprise mis en œuvre par la société Auchan depuis la loi *Aubry* de 2000 au motif que ces derniers, en incluant les pauses dans le salaire, violent la convention collective nationale du commerce de détail et de gros relative à l'application des 35 heures, comme les dispositions légales sur le SMIC (les articles D. 3231-5 et D. 3231-6 du Code du travail exigeant que le temps de pause soit retranché du taux horaire pour savoir si le salarié bénéficie du SMIC) (sur ce débat, v. Soc. 21 mars 2012, Dr. Ouv. 2012 p. 453, n. J.P. Leduc). La recevabilité de l'action en annulation de la convention est acquise en droit positif, de même qu'est admise la demande syndicale de DI en réparation du préjudice collectif résultant de l'inexécution de la convention (v. *infra* II). Mais le syndicat demandait également au juge d'ordonner, en conséquence de l'annulation des accords, la régularisation de la situation des salariés par le versement d'un salaire composé du SMIC mensuel légal augmenté des 5 % correspondant au forfait pause prévu par la convention collective nationale. C'est évidemment cette demande portée par le syndicat devant le TGI qui constitue l'enjeu essentiel du débat.

condamne la société Auchan à « la régularisation de la situation de l'ensemble des salariés ». L'illicéité des mesures de gestion patronales, de l'accord collectif comme de ses effets individuels sur les contrats de travail, est ainsi envisagée dans sa globalité : l'arbre empoisonné produit des fruits empoisonnés qui doivent être « détruits ». Et c'est l'intégralité de cette condamnation au rétablissement de la légalité violée que le TGI assortit d'une astreinte persuasive de 5 000 euros par jour.

La décision du TGI lillois pourrait, dès lors, être emblématique d'une avancée procédurale d'importance dans le combat pour l'effectivité du droit du travail (6). En effet, la tendance qui a dominé pendant la plus grande partie du XX^e siècle était, au cas où, comme en l'espèce, le litige est susceptible d'être porté devant le CPH ou le TGI, celle de la « prud'homisation » (7). Si le TGI fut plus souvent saisi à partir des années 1970, ce fut par volonté de faire, d'abord, trancher la partie collective du litige, la contestation de la régularité de la procédure de licenciement économique par exemple, avant sa partie individuelle relative à l'effet de l'irrégularité procédurale sur les licenciements subséquents, tranchée dans un second temps devant le CPH (8). Ce que l'on observe aujourd'hui, c'est que le choix syndical de porter l'action devant le TGI, qui reste statistiquement minoritaire (9), est fait non plus avec la seule volonté de faire trancher le litige collectif avant le litige individuel, mais avec la prétention de voir l'entier litige tranché par le juge de droit commun. Et ce, dans des domaines de plus en plus nombreux du contentieux du travail (10). Signifie-t-il un changement de stratégie judiciaire des syndicats (11) ? Toujours est-il que le présent jugement est représentatif d'un déplacement vers le TGI de l'action syndicale en justice opéré

(6) L'antériorité du règlement du litige sur la norme légale de fond est une caractéristique tout à fait générale du droit du travail, qui la rapproche au demeurant du droit anglo-saxon de la *Common Law* selon lequel les recours créent le droit (*Remedies precede rights*). Ainsi les conditions du licenciement ont été sources de litiges alors même qu'aucune norme ne précisait le régime juridique du licenciement. Ce primat du règlement judiciaire du litige sur la norme de fond perdure aujourd'hui encore malgré les progrès du droit substantiel (pour ex. la sanction judiciaire par la nullité du licenciement économique décidé dans le cadre d'une procédure nulle en l'absence de plan social a été prononcée avant l'affirmation légale de la nullité des licenciements subséquents...).

Il peut également y avoir antériorité de la norme procédurale sur la norme de fond : ainsi, c'est en l'absence de tout droit du salaire que, dès 1804, l'article 1781 du Code civil, prévoyant l'hypothèse d'un différend sur son montant, énonçait la règle de preuve selon laquelle « le maître doit être cru sur son affirmation ». L'action syndicale dans l'intérêt collectif a été consacrée par la loi du 25 mars 1919 à la demande, au demeurant, de groupements patronaux, avant même la consécration d'un véritable droit du travail et sa « découverte » progressive par les syndicats de salariés.

Il y a, enfin, antériorité du moyen technique procédural utilisé pour régler le litige sur son éventuelle légalisation ultérieure. L'espèce est révélatrice de l'imagination créatrice des acteurs du procès qui portent ici devant le TGI une nouvelle action syndicale en justice à vocation plurielle. Faut-il rappeler que la pratique judiciaire (Ch. réunies, 5 avr. 1913, D. 1914, rapp. Falcimaigne, concl. Sarrut.) avait forgé l'instrument procédural de « l'action en justice dans l'intérêt collectif de la profession » avant sa consécration légale par la loi du 25 mars 1919 (et la loi du 12 mars 1920 lui faisant écho pour reconnaître « le droit d'intervention dans l'intérêt collectif »), v. *infra* II.

(7) Le néologisme « prud'homisation » exprime la tendance générale (dès 1937 : Civ. 19 oct. 1937, DH 1937, 581) de la jurisprudence de retenir une compréhension large de la compétence prud'homale, de même qu'une notion extensive du litige individuel. V. *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz 4^e éd. n° 18-26, p. 103.

(8) V. M. Keller, « La compétence du TGI dans les litiges du travail », RGDP, 1999, pp. 444 et s.

(9) La proportion respective de la saisine du TGI et du CPH est de 1% à 97%. V. « Le droit du travail en perspective contentieuse - 1993 à 2003 - Rapport de la Cellule Études et Recherches du ministère de la Justice » par B. Munoz Perez et E. Serverin, juin 2005 (disp. sur le site de La Documentation française). Il serait intéressant de vérifier s'il a augmenté en faveur du TGI entre 2004 et 2012.

(10) Tels les litiges relatifs au licenciement économique, au respect, comme en l'espèce, du droit conventionnel, à l'inopposabilité

aux salariés des chartes éthiques disciplinairement contraignantes (après celle du règlement intérieur illicite), à la contestation d'un transfert d'entreprise, à la mise en cause de la responsabilité de la société mère...

(11) Pour la première analyse approfondie des stratégies judiciaires syndicales, v. Alain Supiot, in *Traité G.H. Camerlynck, Les juridictions du travail*, Dalloz 1987, n. pp. 45 et s. « Luites juridiques et stratégie judiciaire offensive ». Plusieurs raisons peuvent expliquer le déplacement de l'action du CPH vers le TGI :

- Lors de la création des CPH, les juges prud'hommes, patrons comme salariés, étaient des hommes de terrain ayant le plus souvent négocié la convention collective applicable aux litiges qui leur étaient soumis et donc à même de se mettre d'accord pour concilier les parties ou trancher le litige. Les juges des différentes sections sont désormais des techniciens du droit du travail (au moins en principe, la formation juridique à l'heure actuelle assurée nécessitant un autre débat). D'où une « judiciarisation » du règlement des différends du travail (au sens de renforcement du pouvoir d'appréciation du juge sur le pouvoir du chef d'entreprise) V. *Judiciarisation/Déjudiciarisation*, A. Jeammaud in *Dictionnaire de la Justice*, Loïc Cadet (dir.) PUF 2004. Et une « juridictionnalisation » (notion distincte, v. Jeammaud, préc.) soumettant le procès prud'homal, jusque-là « autonome » dans ses pratiques, aux principes du Code de procédure civile. V. également T. Grumbach « Procéduralisation et processualisation en Droit du travail », *Mélanges Jean Pélissier*, Dalloz 2004, 253.

- Mais la « juridictionnalisation » du droit du procès prud'homal, telle l'obligation pour le syndicat se substituant au(x) salarié(s) de dévoiler l'identité du (des) demandeur(s) salarié(s) dès le début de l'instance depuis l'arrêt du 3 nov. 1972 (v. *infra*), peut avoir des effets négatifs. Dans l'exemple cité, elle prive l'action du syndicat devant le CPH de sa fonction de bouclier du recours du salarié contre le risque de rétorsion patronale. Et l'on verra que la longue quête par le syndicat, devant le TGI, d'une action à la fois plurielle et préservant l'anonymat des salariés commence après ce revirement de 1972 (v. *infra* II. Recevabilité devant le TGI de l'action syndicale en exécution de la convention).

- La crise du syndicalisme explique pour partie, elle aussi, le recours plus grand au juge, dès lors que l'action dans l'entreprise recule et que les syndicats négocient souvent sur les revendications patronales de compétitivité au moindre coût.

- La crise de la « loi » du travail enfin, et c'est une raison prépondérante de l'évolution en cours, élaborée par des politiques soucieux des seuls intérêts du capital ou incapables de propositions sociales véritablement alternatives, renforce le rôle du juge gardien de la démocratie sociale : v. déjà *Action juridique CFDT, « La stratégie judiciaire de la CFDT. Une stratégie pour les temps où la droite est au pouvoir »*, n° 4, juillet-août 1978, en note l'analyse de Jean-Paul Murcier.

avec succès. D'où la demande du *Droit Ouvrier* d'analyser le jugement du TGI lillois, conformément à la « tradition » de cette revue, dont Francis Saramito (12) fut le vaillant passeur, de commenter et diffuser les décisions novatrices du juge du fond ; parce qu'elles constituent la matrice du droit en devenir, d'où naîtra souvent un arrêt de principe de la Cour de cassation, pendant que d'autres combats judiciaires sont déjà engagés devant d'autres juges du fond.

L'affaire semble si simple et rondement menée, le choix du syndicat de porter l'action devant le TGI, au lieu, comme c'est plus souvent le cas, d'intervenir (13) au nom de l'intérêt collectif dans l'action du salarié devant le CPH, voire, plus rarement, de se substituer à lui dans son action prud'homale (14), apparaît si évident que l'on se prend à s'étonner d'avoir eu à attendre 2012 pour se féliciter de l'audace de l'action syndicale se donnant pour objet la sanction de l'accord collectif en même temps que des droits individuels des salariés, comme de l'audace du jugement lillois qui la reçoit.

Ce serait oublier que le combat pour le droit exige temps et persévérance et que de nombreuses années ont séparé la consécration légale, intervenue à l'aube du XX^e siècle, des différentes actions syndicales en justice en exécution de la convention collective et leur intégration par le droit positif jurisprudentiel. Si la recevabilité de l'action de droit commun du syndicat signataire de la convention collective (sur le fondement de l'article 31 du CPC), et celle de l'action de substitution syndicale au(x) salarié(s) (15) n'ont pas connu de difficultés majeures dans l'histoire du contentieux, il en fut tout autrement pour l'action dans l'intérêt collectif (16). Ce n'est qu'en 2001 que la Cour de cassation, dans son arrêt *Eurodisney* (17) admit la recevabilité devant le TGI de l'action du syndicat en exécution de la convention collective sur le fondement de l'article L. 2132-3 du Code du travail, mais en la limitant, curieusement, à l'exécution de la convention étendue, alors que l'action dans l'intérêt collectif a, depuis 1919 !, pour objet la sanction de toute norme, légale ou conventionnelle, du travail. Il fallut encore six ans pour qu'en 2007 l'arrêt *Sofaco* (18) affirme la recevabilité de l'action du syndicat dans l'intérêt collectif pour obtenir l'exécution de toute convention collective, fût-elle non étendue.

Le jugement lillois s'inscrit, on le voit, dans la ligne de la jurisprudence *Sofaco* de 2007 en affirmant la compétence du TGI (I) comme la recevabilité de l'action syndicale devant ce dernier (II), en des termes donc désormais connus du juriste du travail. Mais cette jurisprudence, fût-elle acquise, ne dispense pas du débat théorique sur l'inadéquation du critère de répartition de la compétence entre le CPH et le TGI. Car la jurisprudence *Sofaco* n'apporte qu'un remède partiel aux limites de l'effet de l'action syndicale au bénéfice individuel de l'ensemble des salariés concernés ; en effet, la difficulté de l'exécution individualisée de la condamnation obtenue persiste si l'employeur se refuse à la mettre en œuvre (III). Le jugement lillois amène évidemment à s'interroger sur la question majeure de la possible transposition de la solution *Sofaco* (à savoir la recevabilité devant le TGI de l'action dans l'intérêt collectif aux fins d'obtenir la condamnation à « la régularisation de la situation de l'ensemble des salariés concernés », qui constituerait alors une sorte « d'action class » à la française) aux autres litiges, à la fois individuels et collectifs, que je nommerai « mixtes » (19) dans la suite de l'analyse. (IV). Comme l'on peut malheureusement s'en douter, quelques nécessaires propositions de modification législative concluront l'analyse (V).

I. Nature du litige et compétence de la juridiction

Le premier moyen de défense de la société, aux termes duquel « les demandes présentées par la fédération syndicale ont un caractère purement individuel... et relèvent donc de la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes », est au cœur du débat.

En effet, la difficulté de la distinction entre litige individuel et collectif traverse tout le droit du procès du travail français, en même temps qu'elle en constitue un enjeu central. Cet enjeu, qui s'étend de la théorie de la compétence à celle de l'action en justice jusqu'à celle de

(12) Francis est mort au moment où je commençais cet article.

(13) Sur le fondement de l'article L. 2132-3 ou de l'article L. 2262-10, C. trav.

(14) Sur le fondement de l'article L. 2262-9, C. trav.

(15) Loi du 12 mars 1920, article L. 2262-9, C. trav.

(16) Loi du 25 mars 1919, article L. 2132-3 C. trav. (ex-L. 411-11).

(17) Soc. 12 juin 2001, n° 00-14435, *Société Eurodisney c/ CGT*.

(18) Soc. 3 mai 2007, n° 05-12340, *Sofaco*, Dr. Ouv. 2007, p. 326, n. M. Henry, et du même auteur chronique p. 112.

L'intervention du syndicat dans l'intérêt collectif avait été admise, sans hésitation d'abord, sur le fondement de la loi de 1920, qui l'avait consacrée dans le corps des actions propres au contentieux de la convention collective (actuel art. L. 2262-10), alors que c'est plus tard seulement que fut admise la recevabilité de l'action dans l'intérêt collectif, pourtant consacrée un an auparavant et de façon générale par la loi du 25 mars 1919 (actuel L. 2132-3).

(19) J'ai utilisé pour la première fois ce néologisme dans l'article « La compétence du TGI dans les litiges du travail » ci-dessus cité à la RGDP 1999, 444 et s., p. 460.

l'instance, est primordial. Car nous le verrons, du choix initial de la juridiction dépendra toute la figure juridique du procès, son déroulement, sa durée, son coût et l'efficacité du règlement juridictionnel du litige qui le clôture.

Malgré son incertitude, voire son arbitraire (A) et ses inconvénients (B), la distinction du caractère individuel ou collectif du litige préside aujourd'hui encore à la répartition des contentieux entre les juges du travail (20) que sont le CPH d'une part, le TGI d'autre part.

A. Incertitude et arbitraire de la *summa divisio* du droit du procès du travail

Le premier moyen de défense invoqué par la société pour s'opposer à la demande portée par la fédération syndicale devant le TGI est celui de l'incompétence de la juridiction de droit commun pour connaître d'un litige qui est individuel, puisqu'il a pour objet la régularisation du salaire légalement dû à chacun des salariés concernés. La compétence pour en connaître serait donc celle du CPH, et exclusivement la sienne.

Le syndicat y répond par l'allégation inverse de la compétence du TGI pour recevoir son action introduite dans l'intérêt collectif de l'ensemble des salariés victimes de la mesure patronale querellée. Un tel litige est collectif par le nombre des acteurs concernés (l'ensemble des salariés), par l'objet de la demande portant sur l'accord d'entreprise, acte juridique collectif, par la qualité du demandeur, le syndicat qui agit en son nom propre et non par substitution aux salariés (au demeurant même l'action de substitution exercée au profit des salariés est une action « *personnelle au syndicat et non une action par représentation des salariés* » comme l'a précisé l'arrêt *Servair* en 2000) (21).

La difficulté, pour le juge comme pour le commentateur de sa décision, est... que les deux parties ont raison. Comme au demeurant dans tous les litiges du travail hybrides, à la fois individuels et collectifs et que nous proposons de qualifier de litiges « mixtes » (22). Et

ils sont en vérité les litiges du travail les plus nombreux. Ainsi des litiges nés à l'occasion de la mise en œuvre de la responsabilité dans la grève, litiges individuels quant à la responsabilité disciplinaire des grévistes ayant répondu au mot d'ordre syndical d'occupation, mais litiges collectifs quant à la responsabilité civile ou pénale du syndicat. Ainsi encore des nombreux litiges suscités par l'irrégularité ou la nullité de la procédure d'un licenciement économique, litiges individuels lorsqu'est en cause la réparation du licenciement irrégulier ou nul de chacun des salariés, litiges collectifs lorsque le syndicat demande au TGI la régularisation de la procédure de consultation du comité d'entreprise (23), à défaut de laquelle les licenciements subséquents sont irréguliers ou nuls, le litige redevenant *in fine* « individuel ».

La jurisprudence des TGI, souvent saisis en référé de litiges nés des « charrettes » de licenciements économiques depuis les années 1970, exprime l'incertitude de la distinction. Ainsi, à chaque fois que le TGI interdit la rupture ou la modification de tout contrat de travail pendant la suspension de la procédure de consultation (du comité d'entreprise ou du comité d'entreprise européen, bref de l'institution qui, à tel moment du processus de gestion patronale, doit être consultée) jusqu'à ce que cette dernière soit régularisée, et qu'il assortit sa décision d'une astreinte prononcée autant de fois qu'il y a « *d'infractions constatées* », c'est-à-dire de licenciements ou de modifications prononcés, il tranche en fait un litige individuel, une série plus précisément de litiges individuels, en même temps que le litige collectif (24). A l'inverse, le CPH est compétent pour ordonner l'exécution et, au besoin, pour interpréter les clauses de la convention collective sur le fondement desquelles le salarié peut demander le respect de ses droits conventionnels (25). Il tranche alors un litige collectif en même temps que le litige individuel. De même, lorsque le CPH reçoit la demande de réintégration de salariés licenciés économiques et, après avoir constaté la nullité du plan social affectant la procédure dans son ensemble, en déduit que les licenciements sont nuls (26). Les exemples

(20) Parmi les différentes juridictions appelées à intervenir dans le règlement des litiges du travail, seuls le CPH et le TGI les tranchent véritablement (l'intervention directe du TI, et encore plus du Tribunal de commerce, demeurant minime. Quant au juge pénal, il sanctionne la violation de la loi pénale et le Tribunal administratif apprécie la légalité de l'acte administratif).

(21) Soc. 1^{er} févr. 2000, n° 98-46201, n. E. Jeuland, JCP, éd. G 2001, 33 et s., Dr. Ouv. juin 2004, p. 127, en annexe à M.-L. Dufresne-Castets, « Actualité des actions de substitution et des actions collectives » disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>.

(22) Sur ce néologisme, v. *supra*, n. 19.

(23) Le fonctionnement des IRP est un domaine privilégié de l'action syndicale dans l'intérêt collectif depuis longtemps. Dès 1959, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, rejoignant la Chambre sociale (Soc. 2 mai 1958), affirma que les entraves aux IRP mettaient « *de plein droit* » en jeu l'intérêt collectif de la profession. V. J.-M. Verdier, *Traité de droit du travail*, GH Camerlynck (dir.), *Syndicats et droit syndical*, vol. I, Dalloz 1987, n° 212 et s. Pour des exemples de jurisprudence plus

récents, v. *Les grands arrêts du droit du travail* par J. Péliissier et a., 4^e éd. 2008, n° 31-34. V. égal. obs. E. Lafuma, Dr. Ouv. 2011 p. 682.

(24) V. par exemple, TGI de Nanterre (réf.), 16 nov. 1993, IBM, Dr. soc. 1994, 870, extrait de l'ordonnance p. 876 : « *Il doit être fait défense à la SA IBM de poursuivre la procédure de licenciement collectif sous peine d'astreinte de 250 000 francs par infraction constatée consistant dans la rupture du contrat de travail intervenant dans le cadre de cette procédure* ».

(25) La solution est affirmée dès 1937 : Cass. civ. 1937, D. H. 1937, 581. La solution a sans cesse été réaffirmée depuis. Pour des exemples plus récents : Soc. 2 mai 1974, Dr. soc. 1974, 417 : le syndicat, intervenant à l'occasion d'une demande individuelle, sollicite devant le CPH l'application d'un accord collectif de mensualisation ; ou Soc. 15 janv. 2002, RJS 4/02, n° 467 : la formation de référé du CPH est compétente pour interpréter une convention. Dernièrement : Soc. 28 sept. 2011, p. n° 09-72.942.

de litiges « mixtes » pourraient être multipliés (27).

Parmi les litiges « mixtes », ceux qui portent sur l'exécution de la convention collective sont sans doute les plus révélateurs de l'artifice, donc de l'arbitraire (28), de la *summa divisio* rigidement entendue. Ils sont en effet intrinsèquement hybrides, indivisiblement individuels et collectifs. Ils sont individuels parce qu'à l'évidence « nés à l'occasion du contrat de travail », selon la formule de l'article L. 1411-1 du Code du travail définissant la compétence du CPH, et ils relèvent de sa compétence. Mais ils sont tout aussi évidemment collectifs. La Cour de cassation l'a reconnu par deux arrêts de 1997 et 1998 (29) affirmant la compétence du TGI pour connaître de la demande d'un salarié à bénéficiaire d'une convention collective différente de celle que l'employeur appliquait à son contrat de travail. Selon la jurisprudence actuelle, il faut distinguer selon que le salarié invoque à son profit un droit particulier né de la convention (30) ou l'application générale de la convention. Est-ce vraiment possible ? Ou bien le salarié, demandant à bénéficier de telle convention plutôt que de telle autre, ne demande-t-il pas nécessairement en même temps à être rempli de ses droits individuels nés de la convention dont l'employeur lui refuse le bénéfice ? Et l'on voit bien alors que, si la qualification de litige individuel ou collectif peut ici être affirmée avec la même évidence, c'est l'automatisme de son effet, à savoir l'attribution de compétence au CPH ou au TGI selon les espèces, donc l'incertitude et l'insécurité juridique qui font difficulté, car les pouvoirs de sanction de l'une et l'autre juridiction ne sont pas les mêmes.

L'espèce rapportée vérifie le constat. Selon le point de vue dont on l'envisage, le litige porté devant le juge dans l'affaire *Auchan* est individuel ou bien collectif.

Le litige est individuel dans la mesure où il concerne le droit au salaire légal et conventionnel de chaque salarié. Et, à cet égard, l'histoire du contentieux de la convention collective montre bien l'arbitraire de la distinction entre l'individuel et le collectif car, pendant longtemps, ce contentieux de l'exécution de la convention collective a constitué la part la plus grande du contentieux du contrat de travail, dont le CPH est le juge naturel et exclusif.

Mais ce droit au salaire légal et conventionnel étant celui de l'ensemble des salariés lésés par l'acte patronal illicite, il est aussi collectif, surtout collectif devrait-on dire,

car l'on pressent que, derrière ce litige opposant le syndicat à la société Auchan, se profile un enjeu de principe dangereux financièrement pour toute la grande distribution, précisément en raison de son caractère collectif.

Les arrêts de 1997 et 1998 (31) reprennent alors leur place dans l'évolution de la jurisprudence dans la mesure où, alors qu'ils aboutissaient à une impasse quant au règlement individualisé du litige, la jurisprudence *Sofaco* de 2007 (32) et le jugement lillois qui se coule dans son moule apportent une réponse peut-être satisfaisante à la défense menée de front de l'intérêt collectif et des intérêts individuels par la reconnaissance du bénéfice de la convention collective à « l'ensemble des salariés concernés ».

Le TGI lillois saisi par le syndicat sur le fondement unique de l'intérêt collectif, de la demande en nullité de l'accord d'entreprise illicite (demande caractérisant à l'évidence un litige collectif), comme de la demande de régularisation de la situation de l'ensemble des salariés concernés (demande que le bon sens qualifie d'individuelle, malgré sa formulation « neutre »), la reçoit en effet globalement. Ce faisant, il tranche un litige en l'espèce « mixte », dans le cadre donc d'une seule instance (au lieu des deux instances traditionnellement nécessaires, devant le TGI pour la partie collective du litige, puis devant le CPH pour la partie individuelle).

Quelles sont les chances d'un recours pour la société Auchan si elle décidait de le faire ou les risques pour le syndicat ? Si l'on peut désormais parler de « jurisprudence » *Sofaco*, le jugement ne peut être que confirmé quant à la recevabilité de l'action syndicale. L'on se souvient que, dans l'affaire *Sofaco*, le syndicat demandait et obtenait, sur le fondement de l'intérêt collectif comme en l'espèce, la condamnation de la société à « constituer une réserve spéciale de participation », conformément à la convention collective inéxecutée, d'une part, et « à la répartir entre les salariés de l'entreprise conformément au contrat de participation », d'autre part.

La deuxième partie de la demande syndicale de l'espèce est, on le voit, ciselée avec soin sur le modèle de l'arrêt *Sofaco* de 2007. Elle ne prétend pas à « des droits déterminés au profit de salariés nommément

(26) Soc. 30 mars 1999, *Alepa*, Dr. soc. 1999, 593, n. G. Couturier, Dr. Ouv. 1999, p. 365, n. H. Tourniquet.

(27) Pour d'autres exemples, tels le maintien des contrats de travail au cas de transfert d'entreprise, la lutte contre le travail précaire irrégulier, etc., v. *infra* IV.

(28) Pour une illustration récente, v. Soc. 12 juill. 2006, *Association Centre culturel d'Argentières*, n° 04-47550. Pour une illustration plus ancienne, v. Soc. 30 avr. 1997, *Gosse et a.*, à propos de la demande portée devant le TGI en nullité d'un tableau de service par des salariés ne sollicitant aucun avantage individuel, cité par M. Henry in Dr. Ouv. 2007, p. 112, n. 3.

(29) Soc. 30 avr. 1997, Bull. n° 153, RJS 6/97, n° 725 ; Soc. 6 mai 1998, RJS 6/98, n° 768.

(30) Et ce même s'il est demandé à la formation de référé prud'homale d'interpréter la convention : Soc. 15 janv. 2002, RJS 4/02, n° 467.

(31) V. *supra* n. 29.

(32) Soc. 3 mai 2007, n° 05-12340, Dr. Ouv. 2007, p. 326, n. M. H. ; v. l'étude de Michel Henry, « L'action syndicale en exécution des conventions collectives », Dr. Ouv. mars 2007, p. 112, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>.

désignés », mais à la « régularisation de la situation de l'ensemble des salariés concernés ».

Cependant, la subtilité de la formulation, qui permet au syndicat de porter sa demande d'exécution de la convention collective devant le TGI, en évitant l'écueil de la compétence exclusive du CPH, pour connaître d'une demande salariale, si elle trouve ainsi une issue à l'entrave de la *summa divisio*, ne la remet pas en cause. D'où le risque toujours grand de voir perdurer les effets négatifs de cette dernière et ce même dans le contentieux de l'exécution de la convention s'il n'est pas d'initiative syndicale, la demande étant, par exemple, celle d'un collectif de salariés qui décident de la porter devant le TGI. Et les « dégâts » de la *summa divisio* perdurent, on le verra (33), dans tous les autres litiges « mixtes » du droit du travail où l'indivisibilité des demandes collective et individuelle est moins solide qu'en matière d'exécution de la convention collective. Le débat sur le principe même de la *summa divisio* ne saurait donc être écludé.

L'inadéquation de la distinction est une séquelle de l'histoire du règlement des conflits du travail. Elle était apparue dans la loi du 27 décembre 1892 organisant les premières procédures de conciliation et d'arbitrage des conflits collectifs du travail, mais surtout dans les lois du 31 décembre 1936 et du 4 mars 1938 qui rendirent ces procédures obligatoires. La jurisprudence de la Cour supérieure d'arbitrage (CSA), créée en 1939, devait préciser, au fil des espèces, la distinction entre les conflits individuels, toujours juridiques, réglés par les CPH, et les conflits collectifs, tantôt juridiques, portant sur l'application du droit, tantôt économiques, ayant pour objet la modification du droit, telle la réclamation d'une augmentation de salaire. Elle avait alors dégagé un critère du conflit collectif convenant au conflit juridique comme au conflit économique. Elle le trouva dans la réunion de deux éléments : l'identité des parties, d'une part (le conflit collectif opposant des groupements ou des collectivités), l'objet de la contestation, d'autre part (le conflit collectif mettant en jeu un intérêt commun à un ensemble de salariés). L'on ne s'étonnera pas que le critère forgé pour englober les conflits juridiques et économiques ne corresponde plus à la répartition, devenue nécessaire après la disparition de l'arbitrage obligatoire, des litiges individuels ou collectifs. Les litiges relatifs au contrat de travail sont demeurés de la compétence exclusive de la juridiction prud'homale d'exception, alors que les litiges collectifs, qui n'en relèvent pas aux termes du Code du travail, se sont

trouvés alors « sans juge » et ont donc « naturellement » été renvoyés devant la juridiction de droit commun.

Peut-on substituer à cette *summa divisio* critiquable un critère plus opératoire ? Ce n'est pas certain, car la distinction proposée (34) entre litiges « contractuels » (nés du contrat de travail) et litiges « institutionnels » (opposant l'entreprise et un collectif représentant les salariés), si elle permet une qualification plus exacte, ne résout, pas plus que la *summa divisio*, la difficulté d'une répartition simple et rigoureuse de tous les litiges du travail entre le CPH et le TGI. Et ce parce que les litiges « mixtes » (« contractuels » et « institutionnels » tout à la fois), tel celui de l'espèce, relèvent aussi bien de l'une que de l'autre de ces juridictions, selon le choix des acteurs du procès de saisir le juge d'une demande « individuelle » ou d'une demande « collective ». Avec les inconvénients, toutefois, d'un règlement alors nécessairement partiel du litige.

Et l'on comprend que la seule véritable difficulté du règlement des litiges « mixtes » est l'exclusivité de la compétence du CPH (le CPH est « seul » compétent, énonce l'article L. 1411-4 du Code du travail) pour régler « les litiges nés à l'occasion du contrat de travail ». Elle seule, en effet, interdit au TGI de régler l'entier litige dans tous les cas où le litige « mixte » a été porté d'abord devant lui. L'exclusivité de la compétence du CPH étant, par ailleurs, définie en droit positif comme une compétence limitée au litige individuel (ce que l'on peut contester), le juge prud'homal se voit à son tour interdire de connaître de l'entier litige... d'où, là encore, l'insatisfaction d'un règlement partiel du litige « mixte ».

Cependant, ce clivage entre litige individuel et collectif perdure en droit positif, malgré ses inconvénients pratiques nés du caractère juridiquement contestable de la compétence exclusive du CPH pour connaître des litiges « individuels », alors que le code parle de litiges « nés à l'occasion du contrat de travail ».

B. Inconvénients de l'exclusivité de la compétence du CPH

L'inconvénient principal de la saisine préalable du TGI est celui de la nécessité d'une double saisine dans tous les cas où la partie individuelle du litige n'est pas « spontanément » réglée par l'employeur, convaincu ou inquiet de « l'autorité » (35) de la décision du juge de droit commun sur le jugement éventuel ultérieur du CPH. Et ce pourrait bien être la limite de l'efficacité du jugement du TGI en l'espèce, si la société opposait l'inertie à l'exécution individualisée et chiffrée (36) que requiert le jugement lillois pour trancher effectivement le

(33) V. *infra* IV.

(34) V. M. Keller in RGDP, 1999, préc., pp. 460 et s.

(35) Simple autorité de fait dès lors que les parties au litige ne sont pas les mêmes.

(36) Droits différents selon l'ancienneté, la qualification, etc. de chacun des salariés « bénéficiant » du jugement.

litige au bénéfice de chacun des salariés concernés. A défaut, chacun des salariés concernés devra, sur nouveaux frais, saisir le CPH exclusivement compétent pour se voir rempli de ses droits. D'où un surcoût du procès, le retard dans le règlement du litige, le renoncement, « acheté » ou pas par l'employeur de certains salariés, et le risque « d'éclatement » du règlement d'un litige, à l'origine collectif, en solutions individuelles contradictoires.

Ce risque de solutions contradictoires n'est pas tant entre celles du CPH et du TGI, dont le jugement, s'il a été saisi le premier, aura nécessairement une certaine « autorité » sur celui à venir du CPH en raison de l'implication des deux décisions et ce, même si cette autorité ne peut être celle de chose jugée en raison de l'absence d'identité des parties (37). Il est plutôt de contradictions entre les décisions prud'homales elles-mêmes, du fait des multiples compétences territoriales et professionnelles des CPH et des sections susceptibles d'être saisies selon le choix différencié des plaideurs, choix que la loi leur accorde (38).

Un tel constat rend indispensable la révision des règles de la compétence du CPH, que la seule lecture moins rigide du texte de l'article L. 1411-1 du Code du travail pourrait rendre moins difficile qu'on ne croit (39). La modification du droit positif, non plus seulement de la compétence, mais encore de la recevabilité de l'action syndicale, est d'autant plus nécessaire que, comme on va le voir maintenant (40), la distinction de l'individuel et du collectif concerne également la recevabilité de l'action en justice du syndicat, qui ne peut pas formuler les mêmes demandes devant le CPH ou le TGI. D'où résultent des difficultés procédurales semblables à celles constatées pour l'action en justice des salariés, mais également propres à l'action syndicale dans l'intérêt collectif qui, devant le CPH, ne peut être, à l'heure actuelle, qu'une intervention (41). Avec des conséquences, évidemment, sur l'effectivité du règlement judiciaire du litige : partiel ou global, garantissant le rétablissement de la légalité violée ou se limitant à une réparation financière et protégeant, ou pas, les salariés du risque de rétorsion (42) que la mise en cause de l'employeur devant le juge recèle toujours pour eux.

II. Recevabilité de l'action du syndicat

Après la mise en cause de la compétence du TGI, la société Auchan, dans un deuxième moyen, conteste le droit comme la capacité à agir du syndicat.

Sur ce dernier point, le syndicat ayant, conformément à ses statuts, désigné son secrétaire général pour mener à bien son action, l'argument du défaut de capacité est vite écarté (42 bis).

L'on regrette par contre le caractère confus et lacunaire de la défense patronale, tout autant que l'absence de motivation solide du tribunal pour affirmer la qualité et l'intérêt du syndicat à agir.

L'espèce était pourtant l'occasion pédagogique pour le TGI de mettre en œuvre les dernières avancées jurisprudentielles, claires désormais sur les questions les plus discutées du contentieux de l'application de la convention collective. Le droit positif est, en effet, fixé sur

le régime juridique des différentes actions en justice que le Code du travail consacre pour garantir au syndicat, comme aux salariés, la « bonne exécution » de la convention (A). Il l'est également, depuis 2007 (43), sur la question particulière de la recevabilité de l'action syndicale sur le fondement de l'atteinte à l'intérêt collectif aux fins d'obtenir l'exécution de la convention, fût-elle non étendue, comme il l'est, définitivement depuis l'arrêt *Michelin* de 2004 (44), pour obtenir l'annulation de la convention illégale. La recevabilité de l'action syndicale aux fins d'obtenir réparation du préjudice porté indirectement à l'intérêt collectif du fait de l'application, depuis plusieurs années, d'un accord d'entreprise illégal ne saurait donc désormais plus être discutée. La question du bien-fondé de la demande de réparation du préjudice nous retiendra plus longtemps (B).

(37) V. J. Normand, RTD civ. 1978.415 sur l'autorité des motifs, soutiens nécessaires du dispositif.

(38) Compétence territoriale du CPH, art. R. 1412-1, C. trav.

(39) V. *infra* V, Propositions de réforme.

(40) V. *infra* II, Recevabilité de l'action.

(41) Ce que certains critiquent, v. *infra* V, Propositions de réforme.

(42) La protection du salarié contre le risque de rétorsion à son action en justice est récente et incomplète. Elle est légalement consacrée pour l'action en faveur du principe d'égalité homme/femme (art. L. 1144-3, C. trav.) et dans toutes les hypothèses d'actions en justice contre une discrimination prohibée (art. L. 1134-4, C. trav.). Bien que la Chambre sociale de la Cour de cassation ait affirmé par son arrêt *France Telecom* du 13 mars 2001 (Dr. Ouv. 2001, p. 301) le pouvoir du juge d'annuler un licenciement au cas de violation des libertés fondamentales, la Cour de cassation n'a pas encore reconnu à ce jour la mise en œuvre de ce principe en le reconnaissant

violé dans une espèce. Un arrêt de la CA de Paris du 15 sept. 2011 vient de relancer le débat en l'affirmant fermement et ordonne la réintégration d'un salarié licencié après son action en justice tendant à la requalification de son contrat à durée déterminée irrégulier. Il fait l'objet de vives controverses (v., d'une part, concl. P. Henriot et article M. Poirier, Dr. Ouv. 2011, p. 698, dans le même sens CA Versailles 7 fév. 2012, Dr. Ouv. 2012 p. 448, n. M. Poirier ; d'autre part, G. Couturier, SSL, 17 oct. 2011, n° 1509, p. 10).

(42 bis) Sur cette question v. par ex. obs. A. Mazières sous CA Toulouse 21 sept. 2011, Dr. Ouv. 2012 p. 39 et les références citées.

(43) Arrêt *Sofaco*, 3 mai 2007, n° 05-12340, Dr. Ouv. 2007 p. 326, et étude M. Henry, préc., Dr. Ouv. 2007, p. 112.

(44) V. l'étude de J.-M. Verdier, « La recevabilité de l'action dans l'intérêt collectif de la profession après les arrêts *Aventis Pharma* et *Michelin* », Dr. Soc. 2004, 845.

A. Actions syndicales en exécution de la convention collective

L'on sait la richesse du droit français de l'action en justice. C'est, au demeurant, son originalité dans la mesure où l'on peut dire que notre système a élaboré un droit du procès du travail, une juridiction dédiée au litige du travail, le CPH, et l'action en justice du syndicat dans l'intérêt d'autrui, dérogoire donc du droit commun procédural, avant même la promulgation d'un droit substantiel du travail (45). L'antériorité de la règle de procédure est tout à fait évidente en matière de contentieux dans le droit de la convention collective où, très tôt, est consacrée une pléthore d'actions en justice propres au contentieux de son exécution, la multiplicité des voies judiciaires de sa sanction étant significative de l'importance de la convention collective en tant que source du droit aux origines du droit du travail. Une première loi du 25 mars 1919 consacra l'action syndicale dans l'intérêt collectif de tout syndicat patronal (pour la défense économique des intérêts de la profession) et de tout syndicat de salariés (pour la défense dite "sociale" bien qu'elle ait des enjeux économiques évidents) dont le champ couvrant la défense de l'ensemble des droits des salariés est plus large que celui de la loi du 12 mars 1920 consacrant un an après six actions propres à la garantie de l'exécution de la convention collective dont certaines interfèrent avec la loi de 1919.

L'énumération chronologique des différentes actions en justice du droit de la convention collective (1°) permet de dégager une typologie des actions syndicales en exécution de la convention collective (2°).

1°) Chronologie des différentes actions

La première, affirmée à l'article L. 2262-11 (ex-L. 135-5) du Code du travail, est l'action dite « contractuelle » du groupement signataire, dont le syndicat puise le droit dans l'intérêt propre qu'il a à voir respecter par l'autre partie signataire le « contrat » qui les engage sur le fondement de l'article 1134 du Code civil.

La loi instaure également (article L. 2262-11) l'action du groupement contre ses propres membres (un patron membre du syndicat et indiscipliné) qui ne respecterait pas la convention signée ; cette action s'apparente à une action disciplinaire.

L'action que chacun des groupements signataires peut exercer contre toute personne liée par la convention, telle l'action d'un syndicat de salariés contre un employeur qui, bien que lié par la convention, ne la respecte pas, affirmé au même article L. 2262-11 du Code du travail, s'apparente, elle, à l'action syndicale dans l'intérêt collectif reconnue un an avant par la loi de 1919, avec cette précision que le texte la réserve au syndicat signataire. Mal compris, cet article paralysa pendant longtemps l'action dans l'intérêt collectif du syndicat non-signataire (46) agissant sur le fondement normatif, et non contractuel, de la convention.

L'article L. 2262-12 du Code du travail, qui énonce le droit pour toute personne bénéficiaire de la convention collective d'agir en dommages et intérêts ou en exécution forcée, peut fonder l'action prud'homale d'un salarié contre l'employeur tenu par la convention. Mais il n'apporte, en vérité, aucune garantie supplémentaire à l'action que le salarié tient de son contrat de travail, automatiquement et impérativement régi par la convention collective.

L'article L. 2269-9 du Code du travail (article 31 t, devenu l'article L. 135-4, alinéa 1), qui consacre la première action syndicale de substitution, présente par contre une grande originalité.

La substitution du syndicat représentatif au salarié (47), si ce dernier, informé du projet syndical, ne s'y est pas opposé (48), pour obtenir du juge le respect de ses droits conventionnels, déroge au droit commun du procès pour lequel l'intérêt personnel à agir constitue la première condition de l'action (49).

Par contre, l'article L. 2262-10 du Code du travail (ex-article L. 135-4, alinéa 2), en rappelant que, dans tous les cas d'action née de la convention et intentée par une personne ou un syndicat, le syndicat, dont les membres sont liés par la convention, a le droit d'intervenir à raison de l'intérêt collectif dans l'action en cours, ne présente pas, en tout cas plus aujourd'hui (50) depuis que l'action, et donc l'intervention, dans l'intérêt collectif sur le fondement de l'article L. 2130-3, fondateur de cette action dès 1919, sont accordées à tout syndicat, même non représentatif et non-signataire de la convention devant le TGI ou le CPH. Cet article L. 2262-10 a

(45) V. n. 6.

(46) V. *infra* II B.

(47) Le syndicat peut évidemment se substituer à l'ensemble des salariés concernés.

(48) Exigence devenue constitutionnelle depuis la décision DC n° 89-257 du 25 juill. 1989 du Conseil constitutionnel : contrôle de la constitutionnalité de l'action de substitution en matière de licenciement économique. Le droit au recours est une liberté personnelle du salarié qui a valeur constitutionnelle autant que la liberté syndicale. Que le salarié soit informé du projet

d'action syndicale de substitution et ne s'y soit pas opposé est la garantie du respect de cette liberté personnelle.

(49) Pour une liste complète des actions de substitution syndicale légalement consacrées, v. Précis Dalloz, *Droit du travail*, J. Pélissier et a., n° 912.

(50) Selon J.-M. Verdier, *in traité Syndicats et droit syndical*, Dalloz 1987, vol. I, p. 596, les deux « interventions » dans l'intérêt collectif ont un champ différent car l'article L. 135-4, al. 2 la réserve aux syndicats dont les membres sont liés par la convention, alors que l'art. L. 411-11 ne comporte pas cette condition.

toutefois permis, encore en 2001 (51), à un syndicat non-signataire d'intervenir dans l'intérêt collectif devant le CPH aux côtés des salariés en exécution de la convention collective. Il fut donc un chaînon de l'évolution jurisprudentielle dans le combat judiciaire pour le respect patronal de la convention collective, un chaînon dont on peut aujourd'hui se passer.

2°) Typologie des actions en exécution de la convention collective.

En systématisant le droit positif actuel de l'action en justice, le syndicat avait ainsi à sa disposition trois voies d'action pour saisir le juge aux fins de bonne application de la convention collective :

– L'action contractuelle, qui permet au syndicat patronal ou de salariés d'agir sur le fondement de l'article L 2262-11 – ex L135-5 - du C. trav. – dans son intérêt propre de personne morale signataire de la convention collective, contre une autre partie ayant manqué à ses obligations, l'employeur contre un autre employeur par exemple, ou encore le syndicat de salariés contre l'employeur. Le syndicat, en l'espèce la fédération des services CFDT, signataire des accords d'entreprise, aurait pu l'utiliser, car il est désormais admis que même le syndicat signataire peut demander la nullité de la convention illicite (52).

– Dans l'intérêt d'autrui, le syndicat (mais seulement le syndicat de salariés, et à condition d'être représentatif) peut se substituer au salarié lié par la convention collective pour obtenir, à sa place et à son bénéfice, s'il ne s'y est pas opposé, l'exécution de la convention collective sur le fondement de l'article L. 2262-9 du Code du travail. Cette action est généralement portée devant le CPH, juge privilégié de l'action en justice des salariés ; elle l'est parfois devant le juge pénal (53). Elle pourrait tout aussi bien être portée devant le TGI dans tous les cas de demande dite collective, telle l'application de principe de la convention collective ou la cessation du travail précaire irrégulier... (la société Auchan croyait se défendre contre une action en substitution violant les conditions légales, mais que le syndicat n'a pas choisie en l'espèce. En effet, l'action de substitution, qui oblige le syndicat à préciser les noms des salariés dès le début de l'instance, ne présente pas l'intérêt majeur de l'anonymat que garantit l'action dans l'intérêt collectif).

– Dans l'intérêt d'autrui, toujours, le syndicat de salariés (comme le syndicat patronal) et tout syndicat, même non représentatif (54), pourra encore soit agir aux fins d'exécution de la convention collective dans l'intérêt collectif des salariés sur le fondement de l'article L. 2132-3 (ex-L. 411-11) du Code du travail, soit intervenir sur le fondement de l'article L. 2262-10 du même code.

3°) Nature de l'action choisie et objet de la demande syndicale.

En l'espèce, les syndicats, assignant la société Auchan devant le TGI de Lille, ont choisi d'agir sur le fondement de l'article L. 2132-3 du Code du travail, l'intérêt collectif étant lésé par l'application à l'ensemble des salariés de l'entreprise des accords d'entreprise illicites. La demande syndicale a pour objet le rétablissement de la légalité violée. Quelles sont ses chances d'aboutir ?

B. Recevabilité de l'action syndicale dans l'intérêt collectif, en annulation ou exécution de la convention collective au bénéfice d'un ensemble de salariés

La recevabilité de l'action de tout syndicat en annulation ou en exécution de la convention collective, sur le fondement de l'atteinte à l'intérêt collectif, ne présente plus désormais de difficulté de principe dans la mesure où elle est (enfin !) clairement distinguée de l'action contractuelle n'appartenant qu'au syndicat signataire de la convention. La société, apparemment, confond l'action syndicale dans l'intérêt collectif ici choisie avec l'action de substitution intrinsèquement différente, dont le régime juridique est, pour la plus grande part, éclairci en droit positif (55), et dont l'étude est ici hors sujet. Par contre, revenir sur l'histoire de la recevabilité respective des actions « contractuelle » et dans l'intérêt collectif demeure intéressant, notamment pour la formulation de propositions de réforme envisagées en fin d'analyse (56) (1°). Par ailleurs, l'étude de la recevabilité de l'action syndicale de l'espèce impose le débat sur la question de l'étendue de la réparation du préjudice collectif que peut solliciter le syndicat (2°).

(51) Soc. 14 févr. 2001, *Moulinex*, Dr. Soc. 2001, 572, obs. M. Miné ; D. 2001, Somm. 2172, obs. B. Géniaut ; Dr. Ouv. 2001, p. 174, n. M.-L. Dufresne-Castets et T. Le Paon.

(52) V. *infra* II B 1°.

(53) Pour un ex. en matière de travail temporaire, Cass. Crim. 15 nov. 1983, Dr. Ouv. 1984, p. 477.

(54) Soc. 18 mai 1982, n° 81-60746 : tout syndicat, même non représentatif dans l'entreprise, qui y a des adhérents peut demander la nullité des élections au comité d'entreprise. Tout syndicat, même de site, est recevable à agir dans l'intérêt collectif en cas de projet de transfert d'activité et de personnel

d'un établissement vers d'autres établissements de l'entreprise : Soc. 21 janv. 2004, n° 02-12712.

(55) V. n. d'E. Jeuland ss Soc. 1^{er} févr. 2000, *Servair*, (pour l'approche d'un spécialiste de procédure civile) « Modalités de l'action en substitution d'un syndicat devant la juridiction prud'homale », JCP (G) n° 1, 3 janv. 2001, p. 33 et F. Petit (analyse d'un travailleur), « L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur », Dr. soc. 2004, p. 262. V. aussi M. Keller sur la concurrence des actions (personnelle au salarié, de substitution et dans l'intérêt collectif) devant le CPH au regard de l'unicité de l'instance, RDT 2008, p. 404.

(56) V. *infra* V.

1°) La difficile ascension de l'action syndicale en annulation ou exécution de la convention collective

Dans l'histoire du contentieux de la convention collective, l'action de substitution fut la première utilisée pour obtenir l'application de la convention collective. Et elle le fut, devant le CPH, comme une action plurielle anonyme (57) ! C'est un point tout à fait essentiel à avoir en mémoire pour comprendre que les propositions de réforme (58) qui seront faites ne sont qu'un retour aux sources. Après le revirement de 1972 (59) qui, en « civilisant » l'action de substitution, lui fit perdre ses deux qualités, l'anonymat et son bénéfice à l'ensemble des salariés, les actions syndicales « contractuelles » et dans l'intérêt collectif prirent le relais. Mais, portées alors par le syndicat devant le TGI avec une demande ne pouvant être que de principe quant à l'application de la convention et, en cas d'inexécution, d'allocation de dommages et intérêts au profit du syndicat, seule partie à l'instance, elles ne garantirent plus l'effet individualisé de la sanction de l'ancienne action syndicale devant le CPH. Les syndicats firent au TGI deux sortes de demande en annulation (1-1) ou en exécution de la convention (1-2). Nous en distinguerons l'étude car, pendant plusieurs années, l'action en annulation fut plus largement ouverte aux syndicats que l'action en exécution, réservée aux syndicats signataires de la convention collective. La demande syndicale de l'espèce porte d'abord sur l'annulation des accords, puis sur l'application de l'accord conforme aux exigences légales.

1-1) *Recevabilité de l'action en annulation de la convention : du fondement contractuel à l'atteinte à l'atteinte à l'intérêt collectif.*

La Cour de cassation mit d'abord une condition à la recevabilité de l'action syndicale en annulation de la convention collective illicite ou irrégulière sur le fondement de l'atteinte à l'intérêt collectif. Elle n'était recevable qu'en cas de nullité absolue (60). Et le débat sur cette condition fut vif lorsque se développa, devant de nombreux TGI (61), l'action « négative » en annulation de la convention, plus facile à mettre en œuvre que le

droit d'opposition à l'accord dérogatoire consacré par la loi Aubry (62).

Le paradoxe, souvent souligné, de la contradiction de la jurisprudence réservant l'action en exécution au seul syndicat signataire, alors que l'action en annulation était ouverte à tout syndicat, n'existe qu'en apparence. La théorie contractuelle de l'action syndicale sous-tend les deux solutions. En effet, en droit des contrats, seule la nullité absolue d'intérêt général peut être invoquée par des tiers (63) au contrat, d'où la condition mise à l'action syndicale en annulation du contrat qu'est la convention collective. Et il fallut attendre 2004 pour qu'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 26 mai (64) admette, dans une affaire *Michelin*, la recevabilité devant le TGI de l'action syndicale en annulation d'un accord d'entreprise sur le fondement de l'atteinte à l'intérêt collectif de l'article L. 2132-3 (ex-L. 411-11) du Code du travail, en faisant disparaître la référence au caractère absolu de la nullité invoquée.

1-2) *Evolution des fondements de l'action en exécution de la convention collective.*

Les étapes de l'évolution du droit positif peuvent être ainsi présentées, sans simplification trop réductrice et avec intérêt pour l'analyse contemporaine de l'action syndicale en justice, comme pour les propositions d'amélioration qui seront proposées à la fin de l'exposé.

La recevabilité de l'action, pourtant créée à l'aube du 20^e siècle, ne fut admise qu'à la fin du siècle (1-2-3.), les syndicats ayant d'abord eu recours à l'action de substitution (1-2-1.) puis à l'action contractuelle (1-2-2.).

1-2-1) *L'action de substitution de « feu » l'article 31 t) du Code du travail*

L'essentiel du contentieux du travail portait à l'origine, et a longtemps porté, sur l'application de la convention collective demandée devant le CPH, juge naturel du contrat de travail (65). Le CPH était alors saisi du recours individuel des salariés, avec ou sans l'aide du syndicat intervenant dans l'intérêt collectif à leurs côtés, ou bien saisi par le syndicat dans le cadre de son action de

(57) C'est-à-dire une action intentée anonymement par le syndicat au bénéfice de tous les salariés. V. *infra*. 1-2-1, l'action de substitution de « feu » l'article 3-1 t) du Code du travail.

(58) V. *infra* V.

(59) Soc. 3 nov. 1972, n° 71-40728, v. *infra*, n. n° 71.

(60) Soc. 9 juill. 1996, *IBM*, n° 95-13.010, Dr. Ouv. 1997, p. 30, D. 1996 IR 199, Bull. civ. V, n° 269, p. 189.

(61) V. par ex., TGI Paris 28 sept. 1999, n° 99-7655, *CGT c/SA Sagem*, RPDS 2000, n° 665, p. 279 ; TGI Paris (1^{re} ch., 1^{re} sect. soc.) 19 déc. 2000, *CFDT des Banques c/Sté Diac*, Dr. Soc. 2001, p. 249.

(62) Droit d'opposition de l'ex-art. L. 132-7, C. trav.

(63) V. F. Gaudu et R. Vatinet, *Traité des contrats du travail*, LGDJ 2001, n° 590, p. 518.

(64) *In* Dr. Soc. 2004. 845, chr. J.-M. Verdier, extraits de l'arrêt, p. 851. Encore s'agissait-il d'une action d'un syndicat d'entreprise jointe à celle de la fédération dont il était adhérent,

laquelle fédération avait, elle, participé à la négociation. Mais l'arrêt est rendu au visa de l'ex-article L. 411-11 (L. 2132-3) C. trav. et non de l'article L. 2262-10 autorisant l'intervention dans l'intérêt collectif depuis la loi de 1920. On peut donc considérer que l'intervention du syndicat d'entreprise est ici une « action principale jointe » et non une intervention accessoire, selon la formule de l'arrêt de principe de la Chambre sociale de la Cour de cassation, le 25 oct. 1961, nos 60-40.423, 60-40424 et 60-40425, D. 1962, 3, n. J.-M. Verdier ; si bien que le désistement de la partie principale n'interdit pas au syndicat qui est intervenu dans l'instance de poursuivre celle-ci. Du même auteur, v. « Accords collectifs et action « syndicale » en justice : le rôle fondateur de l'article L. 411-11 du Code du travail », D. 2002, chr. 503.

(65) V. l'arrêt de principe Soc. 23 juin 1960, *Toussaint*, Dr. soc. 1961, 48 et les nombreuses références citées *in* *Grands arrêts*, Dalloz 2008, pp. 95 et s.

substitution (à la place d'un ou plusieurs salariés), sur le fondement de l'ex-article 31 t, devenu L 135-4 al. 1 et actuellement L 2262-9 du Code du travail.

La pratique de l'action de substitution alors mise en œuvre sur le fondement de l'article 31 t du Code du travail présentait une figure originale, à mi-chemin entre l'action dans l'intérêt collectif et l'action de substitution, ne s'embarassant guère des limites de la compétence prud'homale, aujourd'hui cantonnée de façon rigide aux litiges individuels.

En effet, le syndicat demandait, dans un premier temps, aux juges (salariés et employeurs) de trancher, dans son principe, le différend portant sur l'application de la convention collective, son interprétation, sa licéité... Lors de la saisine du CPH, le syndicat ne mettait pas en cause nommément les salariés concernés (66). La procédure préservait, à ce stade, leur anonymat et les protégeait donc du risque de représailles patronales à l'action. C'était seulement si l'employeur ne faisait pas bénéficier l'ensemble des salariés concernés du jugement obtenu (quand il était favorable) que l'instance était complétée par une nouvelle phase comportant la fixation de ce qui était dû à chacun, les nom et qualité des salariés bénéficiaires n'étant communiqués qu'à ce moment-là.

Il est difficile de savoir si le risque de rétorsion patronale s'effaçait alors derrière la condamnation. On veut le croire (le monde était plus beau « *au bon vieux temps* »), la condamnation ayant été décidée paritairement, en toute connaissance de cause, par des juges le plus souvent membres des syndicats signataires de la convention violée. Il est possible, par ailleurs, que le pouvoir disciplinaire du syndicat sur ses adhérents récalcitrants, consacré par l'ex-article L. 135-3 du Code du travail (67), ait pu ainsi indirectement protéger le droit au recours des salariés... par l'effet de la menace d'une sanction disciplinaire du groupement qu'une loi du 31 décembre 1946 déclara garant de l'exécution loyale de la convention.

Cet article, devenu l'article L. 2262-4 du Code du travail, a été modifié et précise seulement désormais que les « *organisations de salariés et d'employeurs ou les employeurs individuellement sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à compromettre l'exécution loyale de la convention* ». Un jugement du TGI de Paris en date du 17 novembre 1987 (68), saisi par une fédération CGT, a retenu la responsabilité pour défaut de loyauté dans

l'exécution de la convention (art.L. 2262-4) d'une fédération patronale qui, dans la semaine de sa signature, en donnait par circulaire interne diffusée auprès de ses adhérents une interprétation erronée manifestement destinée à la « torpiller » en prônant un calcul au rabais de l'indemnité conventionnelle de congés payés prévue par le texte. Dans cette affaire, le TGI alloue au bénéfice du syndicat CGT des dommages et intérêts conséquents avec des observations intéressantes sur l'évaluation du préjudice matériel et moral du syndicat. Ne pourrait-on pas « redécouvrir » les possibilités de l'article L. 2262-4 afin de garantir la cohérence, et donc la sécurité juridique, de la hiérarchie des conventions, alors que se développent, avec les accords « dérogoires », des pratiques déloyales d'entreprises méconnaissant la hiérarchie des conventions et négociant, comme en l'espèce, un accord d'entreprise contraire à la convention nationale de branche ? Les entreprises adhérentes de la fédération patronale (l'on sait que les fédérations patronales assurent l'information juridique et le conseil des employeurs) pourraient-elles aussi y recourir dans tous les cas où, sur les conseils de leur fédération, elles ont appliqué à leurs salariés un accord illicite et se sont trouvées assignées par la suite par ces derniers devant le CPH ? La fédération, voire la confédération syndicale, ne pourrait-elle pas, par ailleurs, se porter plus souvent « garante » de l'exécution par ses adhérents de la convention hiérarchiquement supérieure, comme l'article L. 2262-4 du Code du Travail lui en donne toujours la possibilité ?

Si l'on revient au « passé » de l'action syndicale en exécution de la convention devant le CPH, l'on remarquera qu'une telle pratique faisait fi de la distinction rigide de l'individuel et du collectif, que les deux temps de l'action du syndicat devant le CPH bousculent à deux titres : aussi bien quant à la compétence de la juridiction prud'homale qu'à la recevabilité de l'action syndicale. Cette dernière, ayant pour objet de faire trancher le litige né de l'application générale et de principe de la convention, relèverait aujourd'hui de la seule compétence du TGI, juge du litige dit « collectif », le syndicat ne pouvant qu'intervenir et non agir dans l'intérêt collectif devant le CPH (contradiction procédurale interne dont, au demeurant, ni la doctrine, ni les praticiens ne s'étonnent généralement, bien qu'en droit

(66) Dans son étude exhaustive sur « L'action syndicale en exécution de la convention collective » in *Procès du travail, travail du procès*, ouvrage collectif, M. Keller (dir.), LGDJ, Institut André Tunc, Lextenso édi., 2008, pp. 157 et s., Michel Henry rappelle que « *L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 1^{er} mai 1923 dans l'affaire des Mines de Carmaux, recevant l'action du syndicat sans exigence d'aucun mandat formel... avait été salué par le monde syndical* » et « *...que le 17 avr. 1953 (Dr. Ouv. 1954, p. 68, Dr. Soc. 1953, 407) la Cour de cassation réaffirmait l'inutilité d'indiquer le nom de ses adhérents pour le syndicat* ».

(67) Les résultats de l'analyse sociologique de l'utilisation passée et actuelle de ce pouvoir disciplinaire du syndicat patronal sur ses adhérents récalcitrants pourraient nous renseigner utilement sur la cohérence de ce régime initial de la négociation des rapports sociaux.

(68) Dans une affaire *Filpac-CGT*, Dr. Ouv. 1988, p. 273, n. Gérard Lyon-Caen.

positif l'intervention du syndicat ait été qualifiée « *d'action principale jointe* » (70).

Cependant, cette pratique traditionnelle de l'action prit fin avec les trois arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 3 novembre 1972 (71) qui exigea du syndicat d'indiquer le nom des salariés dès la saisine de la juridiction prud'homale. Et ce au nom de la limitation de sa compétence à la connaissance des seules demandes individualisées et chiffrées des parties au contrat de travail, d'une part, et de l'effet relatif de la chose jugée (72), exigeant que les bénéficiaires de l'action soient identifiés au seuil de l'instance, d'autre part.

La jurisprudence de 1972 changea fondamentalement la figure de l'action de substitution prud'homale, qui perdit la vocation d'action plurale et anonyme qui était la sienne dans le premier temps de l'instance. Premier temps qui était souvent le dernier, comme à chaque fois que le différend du travail trouve une solution rapide en fait à laquelle, dans un deuxième temps, l'accord des parties (employeur/salariés) donnera son caractère juridique et définitif. Ce constat, maintes fois réaffirmé, non plus à propos du contentieux de l'exécution de la convention, mais à l'occasion de la jurisprudence de l'urgence et de la voie de fait devant le président du TGI en référé, initiée pendant les années 1968 par les demandes patronales d'expulsion des grévistes occupants, donna lieu à la systématisation de l'efficacité du règlement « à chaud » et anonyme du conflit sous le regard du juge (73).

Désormais, le salarié bénéficiaire de l'action de substitution syndicale est identifié et sa demande chiffrée dès l'assignation devant le CPH. Dès lors, le caractère plural et anonyme de l'action ayant disparu, le syndicat dut chercher une nouvelle voie pour obtenir du juge l'exécution de la convention collective par la mise en œuvre d'une action qui permettrait d'obtenir d'un seul juge le règlement de l'entier litige. Sa quête de la voie efficace parce que collective, en même temps que protectrice de l'anonymat des salariés, se tourna alors vers le TGI. Elle dura de longues années, car elle fut enlisée dans un contentieux procédurier jouant en

« cercle vicieux » de la distinction entre l'action contractuelle et l'action dans l'intérêt collectif.

1-2-2) *L'action « contractuelle » du syndicat en exécution de la convention*

L'action consacrée par l'article L. 2262-11 (ex-L. 135-5) du Code du travail est, par définition, réservée aux syndicats signataires de la convention collective, et donc inutilisable par le syndicat non-signataire. C'est ce qu'affirmait encore la Chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt *Sollac* du 10 mai 1994 (74), par lequel elle refusa à la CGT, qui n'était pas signataire de la convention, d'agir sur le fondement de l'action contractuelle pour demander au juge de condamner l'employeur au respect de ses engagements violés. La solution fut confirmée par la suite dans un certain nombre d'affaires où la CGT, souvent non-signataire des « accords donnant-donnant » qui se sont développés avec la crise, et par le biais desquels les syndicats négocient souvent les revendications patronales de réduction des avantages salariaux contre un hypothétique maintien de l'emploi (75), décide d'agir en justice pour faire respecter le volet emploi de l'accord non exécuté par l'employeur.

Les deux voies, celle de la substitution exercée devant le CPH dans les conditions antérieures au revirement de 1972 d'action plurale et anonyme, comme l'action contractuelle présentant des vertus semblables devant le TGI, lui étant désormais fermées, le syndicat non-signataire pouvait-il recourir à l'action dans l'intérêt collectif de l'article L. 2132-3 (ex-L. 411-11) du Code du travail pour demander au juge de droit commun l'exécution de la convention collective ?

1-2-3) *L'action en exécution de la convention dans l'intérêt collectif*

Dans son arrêt *Sollac* de 1994 précité, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait, on s'en souvient, et la motivation était incontestable, refusé à la CGT non-signataire de la convention collective d'agir sur le fondement de l'action « contractuelle » pour demander l'exécution de la convention collective. Mais la Cour de cassation lui refusa, en outre, d'agir sur le fondement de

(70) Soc. 25 oct. 1961, n. J.-M. Verdier, D. 1962, 3.

(71) Soc. 3 nov. 1972, *CFDT c/Total* (Bull. V, n° 595, Dr. Ouv. 1973, p. 214, Syndicalisme CFDT, 4 nov. 1973, n° 1426, n. Émile Gaudillère : « Feu l'article 3-1 t) » qui casse l'arrêt de la CA de Paris ayant admis la recevabilité de l'action, aux motifs que « le syndicat demandeur, qui n'avait pas indiqué les noms de ses adhérents, n'avait même pas précisé le nombre, la qualité exacte et la rémunération de ceux de ses membres au nom desquels il déclarait agir, ce qui rendait impossible la détermination de leurs droits individuels » (comme la vérification du respect des conditions de la substitution syndicale)... « qu'il s'ensuivait que la demande avait pour objet de faire trancher une difficulté de principe... » que, dès lors, la CA avait violé les exigences du Code du travail.

(72) Articles 1351 du Code civil, 480, al. 1 CPC, d'où le terme de « civilisation » de l'action syndicale.

(73) V., pour un des premiers exemples de cette jurisprudence des référés, liant le règlement de l'occupation à l'ouverture de négociations, n. l'aff. *Rateau* portée devant le TGI Bobigny (réf.) 12 févr. 1974, D. 1974, 783, et M. Bonnechère, *Les enseignements du conflit Rateau (La Courneuve), protection de l'emploi et sauvegarde de la propriété*, Dr. Ouv. 1975, p. 191. V. aussi M. Keller, *L'occupation d'entreprise*, Thèse Paris 1, 1984.

(74) V. RJS 6/94.

(75) C'est l'idéologie du partage du travail des lois *Aubry* sur le temps de travail, la flexibilité et l'aménagement du temps de travail, qui se veut préventive de licenciements et source de futures embauches. L'article L. 2262-11 (ex L. 135-5), ensemble l'art. L. 2262-12 (ex-L. 135-6) a justifié la sanction au bénéfice des salariés de la violation par un employeur d'un engagement de maintien de l'emploi : Soc. 22 janv. 1998, *Briou*, Dr. Ouv. 1999, p. 321.

l'article L. 2132-3 (ex-L. 411-11) du Code du travail en raison de l'atteinte à l'intérêt collectif que la non-application de la convention constitue à n'en pas douter. Ce que l'on ne comprend plus.

La Cour de cassation méconnaissait ici la nature hybride de la convention collective, contrat au moment de sa formation et règlement au moment de son exécution, le syndicat ayant évidemment pour fonction de veiller, par l'action dans l'intérêt collectif, au respect de l'effet normatif de la convention, comme à celui de toute autre norme du Code du travail. La jurisprudence était d'autant plus incertaine que, curieusement, l'intervention du syndicat devant le CPH à raison de l'intérêt collectif était, elle, admise sur le fondement, il est vrai non de l'ex-article L. 411-11 du Code du travail issu de la loi de 1919, mais sur celui de l'ex-article L. 135-4, al. 2 (devenu L. 2262-9) du Code du travail issu de la loi de 1920, qui affirma le droit d'intervention du syndicat dans l'intérêt collectif aussi bien devant le juge de droit commun que devant le CPH. Ainsi d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 28 novembre 1995 affirmant la recevabilité, sur le fondement de l'intérêt collectif, de l'intervention syndicale aux côtés d'un salarié réclamant au CPH le paiement de sommes en application de la convention collective (76).

Cependant, l'action prud'homale étant introduite par un (ou les) salarié(s) concerné(s), l'intervention du syndicat à leurs côtés perdait toute vertu d'anonymat et la modicité des dommages-intérêts alloués au syndicat en réparation du préjudice collectif tout caractère dissuasif. A cela s'ajoutait le caractère partiel, individuel, du règlement d'un litige en réalité collectif.

La contradiction de la jurisprudence à admettre la recevabilité de l'intervention du syndicat, alors qu'elle rejetait son action, ne pouvait pas durer. Ce qu'annonce l'arrêt *Moulinex*, rendu le 14 février 2001 (77) (quelques mois avant l'arrêt *Eurodisney* opérant, lui, le véritable revirement en admettant la recevabilité de l'action), qui admit devant la juridiction de droit commun l'intervention du syndicat dans l'intérêt collectif, jusque-là consacrée devant le seul CPH. « *L'intervention aux côtés des syndicats signataires agissant eux en exécution de la convention, des syndicats, signataires ou non* », est déclarée recevable « *à raison de l'intérêt collectif de leurs membres* ». Cet arrêt était rendu, comme l'arrêt de 1995 relatif à l'intervention devant le CPH, au visa de l'article

L. 2260-10 (ex-L. 135-4, alinéa 2) du Code du travail, réplique modeste de l'article L. 2132-3 (ex-L. 411-11), qui limite le droit au recours à une simple intervention, et le choix du fondement de l'intervention propre au contentieux de la convention collective, au lieu de viser le texte normatif général, marque, là encore, la difficulté de l'ascension de l'action dans l'intérêt collectif dans ce domaine contentieux.

Le 12 juin 2001, l'arrêt « séisme » *Eurodisney* (78) vint ouvrir une première brèche à la recevabilité de l'action dans l'intérêt collectif, mais en la limitant à la demande d'exécution d'une convention étendue. La Cour de cassation énonce, en effet, « *qu'indépendamment des actions réservées au syndicat par les articles L. 2262-9 et L. 2262-10 (ex- L. 135-4 et L. 135-5) du Code du travail, les syndicats professionnels sont recevables, en cas d'extension de la convention seulement, à en demander l'exécution sur le fondement de l'article L. 2132-3 (ex-L. 411-11) du Code du travail* ». Cette limite, théoriquement injustifiable, dit la difficulté à appréhender clairement la double nature de la convention collective, de toute convention, fût-elle étendue ou non, nature contractuelle d'une part, réglementaire (79) et donc normative, d'autre part. L'analyse de l'arrêt *Eurodisney* fut pourtant encore confirmée en 2003 (80) et ce n'est qu'en 2007 que l'arrêt *Sofaco* du 3 mai 2007 (81) consacra la recevabilité de l'action syndicale en exécution d'une convention ou d'un accord collectif de travail, même non étendu, sur le fondement explicite de l'article L. 2132-3, avec un attendu de principe clairement affirmatif : « *L'inapplication de tout accord cause nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession* ». L'année d'après, un arrêt du 16 janvier 2008 (82) confirma cette solution dans une affaire concernant un accord d'entreprise sur la réduction du temps de travail.

Le droit positif étant désormais fixé, à la fois sur la recevabilité de l'action en annulation comme en exécution de la convention sur le fondement de l'intérêt collectif, les demandes syndicales de l'espèce en annulation de l'accord illégal, tout comme celle, subséquente, d'exécution de l'accord purgé de ses vices, est acquise. Mais qu'en est-il de la recevabilité de la demande syndicale de réparation, en nature au bénéfice des salariés, d'une part, et financière par l'allocation de dommages et intérêts à son bénéfice, d'autre part ?

(76) V. Soc. 28 nov. 1995, D. 1996 IR 12. Doit être cassé le jugement rejetant l'intervention du syndicat dans l'action engagée par un salarié contre son employeur en paiement de sommes par application de la convention collective, au motif que le syndicat n'a pas d'intérêt à agir, le préjudice collectif n'étant pas établi.

(77) Préc. ; solution confirmée encore l'année d'après par Soc. 9 av. 2002, Bull. civ. V, n° 124.

(78) V. l'étude générale préc. de M. Henry sur « L'action syndicale en exécution des conventions collectives », Dr. Ouv. 2007, p. 112.

(79) Le monopole syndical de conclusion de la convention collective, source de droit, est un pouvoir réglementaire délégué par la loi.

(80) Soc. 18 févr. 2003, Bull. civ. V, n° 60.

(81) Préc. n. 32.

(82) Soc. 16 janv. 2008, n° 07-10.095.

2°) Recevabilité de l'action syndicale au bénéfice d'un ensemble de salariés.

Au cas d'espèce, la société Auchan, en prétendant que « nul ne plaidant par procureur, le syndicat ne justifie d'aucun droit ni intérêt à agir puisqu'il défend en son nom propre les intérêts individuels des salariés », confond (ou joue de la confusion qui a jusqu'alors régné en la matière) toutes les actions syndicales en l'espèce utilisables – l'action propre contractuelle, l'action de substitution et l'action dans l'intérêt collectif, voire le droit d'opposition, comme le donne à penser l'attendu du tribunal en réponse à la défense de la société, affirmant qu'il « ne s'agit nullement du droit d'opposition ».

L'action syndicale ayant été introduite sur le fondement de l'atteinte à l'intérêt collectif, l'on ne saurait lui reprocher de ne pas respecter les conditions de l'action de substitution énoncées à l'article L. 2262-9 (représentativité du syndicat, information des salariés et absence d'opposition de ces derniers à l'initiative syndicale). Et le TGI d'affirmer la recevabilité de l'action syndicale, en énonçant que « la défense de l'intérêt collectif fonde l'intérêt à agir pour voir annuler des accords d'entreprise et en interdire l'application à quelque salarié de l'entreprise que ce soit ». La controverse sur la recevabilité de principe de l'action syndicale dans l'intérêt collectif aux fins d'exécution de la convention ayant définitivement pris fin avec la jurisprudence *Sofaco* de 2007, l'on ne saurait s'étonner de la recevabilité admise en l'espèce par le TGI de Lille. La recevabilité est, en effet, distinguée du bien-fondé de l'action. Le débat est tranché depuis un arrêt du 11 juillet 2000 (83). Qu'en est-il en l'espèce du bien-fondé de l'action syndicale ?

La question demande un débat contradictoire à un double titre. Quant à la possibilité, déjà rapidement évoquée lors de l'analyse de la compétence du TGI et qui ne nous retiendra donc pas longtemps, pour le syndicat de demander au TGI (en dehors d'une action de substitution de l'article L. 2262-9) la régularisation de la situation des salariés, d'une part (2-1.). Quant à la demande syndicale de réparation financière du préjudice

porté à l'intérêt collectif, ajoutée à celle de réparation en nature de la situation des salariés, d'autre part (2-2.).

2-1) La recevabilité devant le TGI de la demande syndicale de régularisation de la situation des salariés.

La question a été l'objet, elle aussi, tout comme la question de la recevabilité de principe de l'action syndicale en exécution de la convention collective dans l'intérêt collectif, de vives controverses pendant de longues années ; non pas que le contentieux ait été quantitativement important (84) sur la question, mais passionné et virulent dans ses termes, comme à chaque fois qu'est en cause la reconnaissance d'un moyen d'action syndicale dont l'effectivité heurte de front le pouvoir patronal.

Le débat sur la question de la recevabilité de la demande syndicale de régularisation de la situation des salariés se pose évidemment dans les mêmes termes, qu'il s'agisse de la demande faite à l'employeur par le syndicat signataire de la convention collective d'exécution des engagements contractés sur le fondement de l'article L. 2262-11 CT (ex- L. 135-5), ou de la demande, sur l'initiative de tout syndicat, d'application des dispositions normatives de la convention sur le fondement de l'article L. 2132-3 CT (ex-L. 411-11).

a) Les étapes de la construction de la jurisprudence. La jurisprudence qui permet aujourd'hui de répondre de façon positive à cette question s'est construite parallèlement dans le cadre des deux actions « contractuelle » d'une part, « réglementaire » (85) d'autre part, à travers un certain nombre d'arrêts (86).

– Par un arrêt du 20 juin 1990, la Chambre sociale de la Cour de cassation (87) cassait encore l'arrêt de la Cour d'appel qui, en même temps qu'elle recevait la demande d'interprétation de la convention collective (88) sollicitée par le syndicat, avait ordonné le rappel individualisé des salaires conventionnels dus aux salariés. La cassation intervient aux motifs que les dispositions de l'article L. 2262-11 (ex-art. L. 135-5) du Code du travail, ne permettaient au syndicat que d'obtenir « l'exécution des engagements contractés » et non le rappel de salaires ! Que signifie l'exécution de la convention

(83) Soc. 11 juill. 2000, RJS 2000, 817, n° 1262 : l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action, laquelle est née d'une contestation sur l'application d'un accord collectif de travail. V. Soc. 23 févr. 2005, nos 02-40913, 02-41075 : dit l'action du syndicat en dommages et intérêts du fait de la requalification d'un contrat précaire irrégulier « recevable mais non fondée » (cassation sans renvoi, art. 627, al. 2 du CPC). V. *supra*, Introduction : nous considérons la nullité des accords Auchan comme un acquis, même si la décision sur le fond devait être remise en cause à l'issue d'un recours.

(84) M. Henry souligne dans son article au Dr. Ouv. 2007, p. 112, la pauvreté quantitative du contentieux. Elle est, en effet, regrettable au regard de ses enjeux pratiques et de théorie juridique.

(85) La notion d'action syndicale en justice « réglementaire » est significative du pouvoir réglementaire délégué des syndicats, qui ont le monopole de l'élaboration de la convention, source du droit.

(86) Pour leur étude exhaustive et limpide, v. M. Henry, préc. « L'action syndicale en exécution des conventions collectives », Dr. Ouv. 2007, p. 112.

(87) CGT c/Pari Mutuel Hippodrome PMH, Bull. Civ. V, n° 308.

(88) Demande sollicitée, en l'espèce, par le syndicat signataire de la convention collective sur le fondement donc de l'ex-article L. 135-5 du Code du travail et non sur le fondement de l'atteinte à l'intérêt collectif, mais la difficulté de l'individualisation de la demande devant le TGI est évidemment la même dans tous les cas d'action « collective » du syndicat pour le respect des droits des salariés.

collective sans le paiement des salaires dus sur son fondement ?

– Le revirement se fit par deux arrêts de 2006. Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 22 février 2006, dans une affaire *Sigma Kalon* engagée par la fédération CGT de la chimie (89), affirma la recevabilité de l'action syndicale engagée sur le fondement de l'article L. 2132-3 (ex-L. 411-11) pour demander la condamnation de l'entreprise « à procéder aux augmentations salariales prévues [...] au bénéfice d'une catégorie de cadres ». Car, énonce la Cour de cassation, « la demande du syndicat ne tendait pas au paiement de sommes déterminées à des personnes déterminées, mais avait pour objet l'application de l'accord ».

Quelques mois après, un arrêt du 20 septembre 2006, dans l'affaire *AJD* (90) engagée par le syndicat CFTD de l'association AJD sur le fondement, cette fois, de l'article L. 2262-11 du Code du travail (ex-L. 135-5) (90 bis), affirma le pouvoir du président du TGI d'ordonner en référé, à la demande du syndicat membre de la fédération signataire de l'accord-cadre, le paiement sous astreinte d'un élément de salaire conventionnel aux salariés.

La jurisprudence est désormais fixée sur la formulation orthodoxe de la demande syndicale d'exécution de la convention au bénéfice des salariés devant le TGI, lui évitant de tomber sous le coup d'une exception d'incompétence au profit du CPH. Aux termes de l'arrêt *Sofaco* de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 3 mai 2007 (91) (qui a lui-même intégré la formulation des arrêts antérieurs d'un an *Sigma Kalon* et *AJD* de 2006), cette formulation est que les bénéficiaires de l'accord collectif doivent être « identifiables », mais « non individuellement identifiés » et que tous les éléments de leur demande doivent être énoncés, mais non « chiffrés ».

b) La demande syndicale dans l'affaire *Auchan* a pour objet la « régularisation de la situation de l'ensemble des salariés concernés en leur servant le salaire légal et conventionnel ». Une telle demande respecte, on le voit, presque mot à mot la formulation désormais de droit

positif. Sa recevabilité ne pourra donc qu'être confirmée à l'issue d'un éventuel recours de la société Auchan. Mais qu'en est-il des autres chefs de la demande syndicale de réparation du préjudice collectif ?

2-2) *La demande syndicale de réparation en nature et financière du préjudice.*

En cas de préjudice direct subi par le syndicat, non-attribution d'un local syndical par exemple, le groupement agit sur le fondement de son action propre de personne morale pour demander la réparation de « son » préjudice personnel. Mais la loi a, en outre, confié au syndicat « procureur » les intérêts des salariés et, par exception à l'article 31 du CPC, la mission majeure d'agir en justice pour demander réparation du préjudice collectif résultant de l'éventuelle atteinte aux droits des salariés légalement consacrés. La loi précise que le préjudice est « direct ou indirect ». Jean-Maurice Verdier a éclairé le sens de cette formule, qui a permis à certains de dire que « l'action syndicale échappait à l'exigence de droit commun relative au caractère direct du préjudice ». La formule légale, explique-t-il, « ne concerne pas le lien de causalité, mais certains aspects particuliers du préjudice collectif... cet intérêt collectif est lésé en même temps que des intérêts individuels, et le plus souvent il l'est à travers eux » (92). Pour autant, l'intérêt individuel et collectif (pas plus que l'intérêt général) ne sauraient ni s'exclure, ni se confondre, comme la jurisprudence l'a affirmé (93). C'est, on le sait, la spécificité de cette action en justice, si difficile à comprendre par les processualistes de droit commun, de Planiol (94) à Héron (95), qui ne connaissent que le préjudice individuel ou l'addition de préjudices individuels.

Mais le principe de l'action syndicale en défense de l'intérêt collectif une fois admis, reste posée l'épineuse question de la réparation. La condamnation au rétablissement de la légalité violée (la réintégration du délégué irrégulièrement licencié) garantissant la réparation du préjudice direct, objet véritable de l'action du syndicat a été logiquement évincée, et lorsqu'une réparation financière était accordée à ce dernier c'était le plus souvent l'allocation du franc symbolique de dommages et intérêts. Mais la Cour de cassation vient

(89) N° 04-14771.

(90) N° 04-10765, Dr. Ouv. 2007, p. 96, n. P. Batten.

(90 bis) Et non sur celui du droit de substitution reconnu aux syndicats par l'article L. 2262-9 (ex-L. 135-4), auquel l'employeur – effrayé par le spectre d'une substitution collective comme en l'espèce ? – prétendait réduire l'action syndicale.

(91) L'arrêt *Sofaco* affirme la recevabilité de l'action syndicale ayant pour objet « la condamnation de l'employeur à constituer une réserve spéciale de participation d'un certain montant pour chacun des exercices litigieux (1995, 1996 et 1997), ainsi qu'à sa répartition entre les salariés de l'entreprise ». Et la Cour de cassation de préciser qu'une telle demande « n'ayant pas pour objet la constitution de droits déterminés au profit de salariés

nommément désignés, la cour d'appel en a exactement déduit que le syndicat ne défendait pas en son nom propre les intérêts individuels des salariés ».

(92) Traité Dalloz, 1987, préc., *Syndicats et droit syndical*, vol. I, n° 211 et s.

(93) V. Précis Dalloz, *Droit du travail*, préc., nos 913 et s.

(94) V. ses notes au D. 1898, II, 129 et D. 1909.I, 129.

(95) V. la controverse ss Ch. Réunies, 5 avr. 1913, D. 1914.I, 65, rapp. Falcimaigne, concl. Sarrut ; S.1920.I, 49, n. A. Mestre. V. J. Héron, selon lequel « il y a ici une dérive du système judiciaire », précis *Droit judiciaire*, Montchrestien, 2^e éd. T. Le Bars (dir.), nos 74 et s., n. n° 78.

d'affirmer, dans l'arrêt de sa Chambre sociale du 18 novembre 2009 (96), que la réparation du préjudice collectif doit être intégrale. Le débat se centre alors sur l'évaluation du préjudice porté à l'intérêt collectif.

La doctrine, syndicale comme universitaire (hormis les auteurs qui nient sa réalité), s'est peu penchée sur la question de l'évaluation du préjudice collectif. Seul Jean-Maurice Verdier, orfèvre depuis toujours de cette question, s'y est attaché (97). C'est pourtant la difficulté dans laquelle se sont engouffrés les adversaires de l'action syndicale, qui soit nient la réalité d'un préjudice collectif distinct de l'intérêt individuel, ou plus souvent de la somme des intérêts individuels, soit le considèrent comme un préjudice de principe, abstrait donc (98). Cette question de l'évaluation est-elle la faille de l'institution, comme ces derniers l'affirment, ou attend-elle seulement la réflexion qui lui donnera son régime juridique ?

Le préjudice collectif apparaît, en vérité, souvent comme un préjudice moral, une fois que la réparation des préjudices individuels dont il dérive est assurée. La difficulté de l'évaluation tient essentiellement au caractère de « principe » du préjudice ; la jurisprudence a longtemps qualifié l'atteinte à l'intérêt collectif de préjudice moral, d'où le franc symbolique de dommages et intérêts, désormais écarté par la Cour de cassation. Or, l'évaluation du préjudice moral, comme du *pretium doloris*, est, on le sait, une difficulté générale du droit de la responsabilité (99). Le progrès de l'action en justice que la jurisprudence *Sofaco* réalise pour l'effectivité de l'action syndicale au bénéfice des salariés, progrès que le TGI de Lille poursuit en ordonnant à la fois la régularisation de la situation des salariés et l'allocation de dommages et intérêts au syndicat, oblige à se pencher sur la question de l'évaluation du préjudice collectif dont le syndicat demande réparation.

En effet, le préjudice collectif étant constitué par la violation des droits des salariés, sa meilleure réparation semble être, à l'évidence, la réparation du préjudice des salariés individuellement lésés dans leur droit à un salaire légal ; et, à l'évidence encore, c'est le rétablissement de la légalité violée, en l'espèce le versement aux salariés d'un salaire respectueux des exigences légales et conventionnelles, qui l'assure. Remarquons qu'ici rétablissement de la légalité violée et réparation

financière se confondent, ce qui simplifie certainement l'issue favorable du litige (100). Toujours est-il que telle est l'ambition de l'action syndicale de l'espèce et qu'elle triomphe par la condamnation « à la régularisation de la situation de l'ensemble des salariés concernés ». Mais... le préjudice collectif n'est-il pas dès lors « entièrement » réparé ? Et, sinon, quel est ce préjudice collectif supplémentaire et différent que la demande d'allocation de dommages et intérêts au bénéfice du syndicat aurait pour objet de réparer ?

Outre les frais du procès, pour couverture desquels le TGI lillois condamne la société Auchan à verser à la fédération syndicale la somme de 3 000 euros qu'elle demandait sur le fondement de l'article 700 du CPC (101), comment évaluer ce préjudice ?

Le syndicat sollicitait également la réparation financière du préjudice par l'allocation de 30 000 euros de dommages et intérêts, sans explication aucune sur la part de préjudice autre, matériel, moral, que la régularisation des salaires (la remise en état) ne couvrirait pas et donc, *a fortiori*, sans preuve aucune des différents éléments du préjudice dont il demande réparation.

Le TGI condamne la société Auchan à verser à la fédération syndicale 10 000 euros sans aucune motivation du chiffre qu'il retient. C'est à regretter, en droit comme en fait, car une telle condamnation est « trop ou trop peu » chiffrée ! On sait, depuis l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 18 novembre 2009 (102), qu'il n'est plus possible de réparer le préjudice subi par le syndicat gardien de l'intérêt collectif des salariés par l'allocation du franc, désormais euro, symbolique de dommages et intérêts, et que l'entier préjudice doit être réparé. Dès lors, soit la réparation en nature du préjudice direct coïncide avec celle du préjudice indirect (ce qui aboutit à reconnaître la thèse des détracteurs de l'action dans l'intérêt collectif) et il n'y a pas lieu à réparation financière supplémentaire. Soit le préjudice existe et il faut l'évaluer pour fixer le montant des dommages et intérêts assurant la réparation intégrale. Dans ce cas, il y a tout lieu de penser que 10 000 euros sont loin d'y suffire. Car, outre l'indemnisation du temps nécessaire au syndicat et à leurs conseils pour déterminer l'articulation juridique des différents textes conventionnels et légaux applicables aux contrats de travail des salariés d'Auchan, c'est du temps

(96) N° 08-43523, Dr. Ouv. 2011, p. 253 n. V. Vieille.

(97) V. J.-M. Verdier, in *Traité de Droit du travail*, Dalloz, 1987, « L'action syndicale en justice dans l'intérêt collectif de la profession », pp. 660 à 663.

(98) V. J. Héron, préc., n. 93.

(99) V. G. Viney et P. Jourdain in *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, J. Ghestin (dir.), 2e éd. 2001, n° 58-1 et nos 146 et s.

(100) En raison de l'indivisibilité absolue des préjudices individuel et collectif. Sur la notion procédurale d'indivisibilité du litige, v.

in III « L'astreinte dont le syndicat est le seul créancier et la garantie des droits des salariés ». Mais v. *infra* IV, les difficultés de transposition de la jurisprudence *Sofaco* à la solution d'autres litiges « mixtes ».

(101) Somme notablement insuffisante si l'on pense aux heures de travail juridique passées par le(s) syndicat(s) et leur(s) avocat(s) sur les différents textes conventionnels « tricotés et détricotés » par l'ingénierie juridique de la direction juridique d'Auchan, et au dépouillement arithmétique des dossiers de l'ensemble, donc de chacun, des salariés concernés.

(102) N° 08-43.523, préc.

qu'il faudra consacrer au chiffrage de la demande individualisée de chacun des salariés qui souhaiteraient voir cette dernière réalisée à l'issue de l'instance, est à l'évidence largement supérieure à 10 000 euros.

L'on peut considérer que le préjudice collectif, préjudice de principe au premier titre, ne peut, « par nature même », être quantifié. Mais l'on peut, à l'inverse, espérer qu'une condamnation financière à de lourds dommages et intérêts est la meilleure garante de la fin des pratiques déloyales de négociation de la société Auchan, gravement attentatoires à « l'intérêt collectif ». Parce qu'elles pervertissent au sein de l'entreprise les rapports de travail en les engluant dans la division syndicale (entre les syndicats signataires ou non des accords), comme dans les difficultés et les lenteurs du combat judiciaire procédurier devenant ultérieurement, quand « le mal est fait », l'ultime chance de « sortir » de

cette division dont le principal effet est de laisser à l'abandon la défense des droits des salariés. Comment chiffrer pareil préjudice, non seulement collectif, mais de masse, si l'on considère qu'il s'étend par capillarité à l'ensemble des politiques salariales de la grande distribution...? La discussion à mener entre les meilleurs spécialistes du droit de la responsabilité et les militants syndicaux, non seulement à l'échelle de la branche, mais de la nation, voire au-delà... ne sera pas aujourd'hui poursuivie.

Il faut, par contre, maintenant s'interroger sur la portée pratique de la condamnation à exécuter la convention purgée de ses vices à l'égard du syndicat partie au procès et des salariés « intéressés » au premier titre par la décision du juge, mais néanmoins demeurés objectivement tiers à l'instance en dépit de leur présence « virtuelle ».

III. Portée pour le syndicat et les salariés de la condamnation de la société

L'apport décisif du jugement du TGI est que, précisément, il pourrait ouvrir une troisième voie au règlement du litige « mixte » (103) du travail, en le sortant de l'impasse actuelle qui l'enferme dans l'alternative du règlement prud'homal d'un seul cas (alors qu'un ensemble de salariés subissent le même préjudice), ou du règlement du différend collectif par le TGI lequel, hormis l'allocation de dommages et intérêts au syndicat demandeur, demeure un règlement de principe sans impact effectif pour les salariés.

Le TGI de Lille, après avoir « dit » les accords d'entreprise négociés entre 2000 et 2005 « *nuls et de nul effet* », et les avoir déclarés « *inopposables aux salariés de l'entreprise* », condamne la société Auchan à « *régulariser la situation de l'ensemble des salariés en leur servant un salaire composé du SMIC mensuel légal augmenté de 5 % correspondant au forfait pause prévu par la convention collective nationale* », et ce « *sous astreinte de 5 000 euros par jour de retard passé le délai d'un mois suivant la signification de la présente décision* ».

Il condamne également la société à « *payer à la fédération des services CFDT la somme de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts* », aux dépens et à « *la somme de 3 000 euros* » au titre de l'indemnisation des frais irrépétibles de l'article 700 du CPC.

Quelle est l'efficacité de la réparation du préjudice ordonnée par le TGI au profit des salariés et du syndicat ?

Pour l'apprécier, convenons d'abord de le faire à l'aune des trois critères suivants :

- le rétablissement de la légalité violée, qui peut, comme en l'espèce, et c'est le cas le plus simple, coïncider avec la réparation financière, mais exige, dans un grand nombre de cas, la mise en œuvre d'une obligation de faire (réintégrer le(s) salarié(s)) ou de ne pas faire (ne pas licencier ou ne pas modifier le contrat de travail avant de faire une proposition de reclassement ou de formation) ;

- le caractère « collectif » du règlement du litige qui doit, pour assurer effectivement la réparation, bénéficier à l'ensemble des salariés concernés ;

- la protection des salariés contre le risque de rétorsion patronale à leur action en justice (104).

Quelles sont, parmi ces conditions d'effectivité du règlement juridictionnel de tout litige, celles que le jugement du TGI garantit au bénéfice des salariés et du syndicat ?

Au bénéfice des salariés, la protection contre le risque de rétorsion est ici assurée par l'anonymat de l'action du syndicat (comme elle l'était, autrefois, par l'action de substitution devant le CPH). Sont également assurés le rétablissement de la légalité violée et son effet étendu à l'ensemble des salariés, mais en principe seulement, la mauvaise volonté de l'employeur à exécuter le jugement réduisant à néant l'effet bénéfique de celui-ci à l'égard des salariés, puisqu'ils ne sont pas parties à l'instance et

(103) Néologisme ci-dessus explicité, n. 19.

(104) Sur la protection contre le licenciement de rétorsion, v. *supra* n. 41.

que, même s'ils étaient intervenus aux côtés du syndicat, le juge de droit commun est incompétent pour ordonner directement le versement individualisé des salaires.

Quelle est, au bénéfice du syndicat, l'effectivité de la sanction judiciaire ici ordonnée ? La question est essentielle depuis que la Cour de cassation ordonne la réparation de l'entier dommage résultant de l'atteinte à l'intérêt collectif. L'on retrouve, à ce stade de l'analyse, la difficulté d'identifier les éléments spécifiques du préjudice et donc de l'évaluer. Ces difficultés résultent de l'intrication des intérêts individuels et collectifs défendus par le syndicat, qui ont alimenté, depuis le début du 20^e siècle, le débat sur l'artifice ou la réalité du préjudice porté à l'intérêt collectif. Pour certains, la condamnation à la régularisation de la situation salariale dans l'entreprise assure en même temps la réparation du préjudice collectif. Mais, à l'inverse, si la société n'exécute pas le jugement, la violation de la convention collective et de la loi ne risque-t-elle pas, finalement, d'échapper à toute sanction du fait que le syndicat, bénéficiaire direct de la condamnation, n'est pas titulaire des droits lésés (ici le non-paiement de la rémunération due aux salariés qui, eux, ne sont pas parties au litige porté par le syndicat devant le TGI) ? Si bien que ni le préjudice des salariés, ni celui du syndicat ne seront finalement réparés ?

Si l'on considère que le préjudice collectif est, en outre, constitué d'éléments spécifiques, que la réparation du préjudice direct, fût-elle assurée, ne couvre pas, la réparation financière accordée en l'espèce par le TGI répare-t-elle l'entier préjudice collectif ?

L'apport du jugement du TGI de Lille pourrait être plus riche de substance qu'il n'y paraît, grâce notamment à la condamnation à l'astreinte dont il assortit son jugement.

Pour le comprendre, envisageons d'abord les deux réponses possibles de la société Auchan : l'exécution de la condamnation, d'une part (A), le refus d'exécution, d'autre part (B), et demandons-nous quelle peut être l'influence de l'astreinte sur le choix que fera, *in fine*, l'employeur (C).

A. Exécution de la condamnation par l'employeur

Que signifie cette exécution concrètement pour les salariés (1°) et pour le syndicat (2°) ?

1°) La réparation du préjudice et le paiement des salaires dus.

L'on a compris qu'il ne peut s'agir que d'une réparation « en fait », non pas juridictionnelle, mais

« volontairement » effectuée par l'employeur au bénéfice des salariés à l'issue de l'instance et, c'est à souhaiter, sous le contrôle du syndicat.

La remarque présente un intérêt théorique important. Celui de savoir si le règlement effectif du différend du travail n'est pas, d'abord, un règlement négocié. Un règlement du conflit plus que du litige (105). Un règlement intervenant « à chaud » dans l'entreprise et non *a posteriori*. A la condition, évidemment (évidence que tous ne partagent pas, et pour cause), que l'accord se fasse dans un rapport de forces garantissant « l'égalité des armes » dans la négociation employeur/salarié(s), égalité que seul le syndicat peut (ou pourrait) assurer. La négociation du salarié seul face au « privilège du préalable » (106) de l'employeur, que son privilège culturel et financier renforce, *a posteriori*, dans le procès, est un leurre, plus que jamais dans la situation de crise économique actuelle.

2°) La réparation du préjudice et l'allocation de dommages et intérêts au syndicat.

Le TGI lillois alloue au syndicat trois types de sommes. A savoir, des dommages et intérêts, d'une part ; le remboursement des dépens et l'indemnisation des frais irrépétibles de l'article 700 du CPC, d'autre part ; enfin, la somme virtuelle attendue de la liquidation de l'astreinte, au cas où la société n'exécuterait pas « volontairement » le jugement.

L'on regrette que le jugement ne motive pas la condamnation financière ordonnée au bénéfice du syndicat, car les différents éléments du préjudice supplémentaire propre au syndicat doivent être identifiés et prouvés (107). Le TGI ne nous dit rien sur le montant des dommages et intérêts qu'il alloue (en les réduisant de 30 000 euros demandés à 10 000 euros). Pas plus que l'on ne sait si l'indemnisation des frais irrépétibles couvre les frais véritablement engagés par l'action syndicale. Ce qui n'est pas évident si l'on imagine les heures de travail nécessaires à comprendre le dossier au fond avant d'assigner la société, et calculer le montant individualisé des sommes dues à chacun des salariés qui sont, par définition, dans un statut salarial différent. Cette dernière charge de travail explique, pour une grande part, la rareté de l'action syndicale prud'homale de substitution aux salariés, seule action syndicale au bénéfice direct des salariés que le droit du procès du travail reconnaisse jusqu'à ce jour devant le CPH, avec les insuffisances que l'on sait au regard des trois critères de l'effectivité de la réparation recherchée par l'action syndicale en justice

(105) Sur la distinction du conflit et du litige, v. M. C. Rivier, *in Dictionnaire de la justice*, L. Cadet (dir.), PUF 2004, pp. 196 et s.

(106) C'est en effet l'employeur qui prend la décision de licencier, de sanctionner, de ne pas payer, en l'espèce, le salaire dû, mettant le salarié en position de demandeur dans le procès.

(107) V. J. Héron, préc., n° 78 : le préjudice porté à « l'intérêt collectif » ?

syndicale. C'est dire l'importance de la question de l'évaluation du préjudice collectif à réparer, en l'espèce et de façon générale.

B. Refus patronal d'exécuter la condamnation

Il réduit à néant tous les espoirs mis dans l'action syndicale collective pour faire respecter efficacement les droits individuels des salariés (1°). Il enlève, en même temps, toute sa portée de principe à l'action syndicale portée devant le TGI, dans le litige présent, mais aussi dans la perspective de litiges à venir (2°).

1°) L'absence de réparation du préjudice individuel des salariés.

Les salariés peuvent y répondre par la saisine ultérieure du CPH, qui est la démarche classique dont nous rappellerons les grands traits.

Les salariés pourraient-ils décider d'intervenir volontairement devant le juge de l'exécution, aux côtés du syndicat, seul bénéficiaire direct de la condamnation ? Ils auraient pu le faire plus tôt devant le TGI, et devenir ainsi parties au litige, aux côtés du syndicat, avec la même demande de principe de régularisation de la situation de l'ensemble des salariés, car la demande d'exécution de la convention purgée de ses vices est une demande collective, même à l'initiative d'un seul, *a fortiori* si plusieurs salariés la décident (108). Pourquoi leur intervention ne le serait-elle pas devant le juge de l'exécution ? Nous essayerons d'envisager cette possibilité au moment de l'analyse (dans le point 3°) de la poursuite de la procédure devant le juge de l'exécution.

Dans la pratique actuelle du règlement juridictionnel des litiges « mixtes », après que l'action syndicale a été couronnée de succès devant le TGI, les salariés les plus déterminés décident de reprendre, sur nouveaux frais, devant le CPH, leur demande « individuelle ». Telle la demande de paiement de salaire dû sur le fondement de la convention telle qu'elle aurait dû être appliquée. L'on sait que le droit positif est fixé depuis longtemps dans le sens de la recevabilité devant le CPH de la demande du salarié de versement du salaire dû sur le fondement de la convention, et ce même si, pour trancher le litige, le juge prud'homal doit interpréter le corpus des textes conventionnels applicables (109). Le constat met en défaut, on le voit, les partisans de la conception rigide de la compétence prud'homale réduite au seul litige individuel, la question de la licéité de la convention faisant, selon cette même conception rigide, l'objet d'un

litige collectif. La saisine du CPH qui succéderait à celle du TGI a été à tort contestée au nom de l'autorité de la chose jugée par le TGI, elle est évidemment possible. Mais elle se fera alors avec tous les inconvénients qu'elle comporte : nouvelle attente pour voir le litige réglé, que la lenteur des procédures prud'homales aggrave ; portée individuelle du règlement, et ce même si le syndicat se substitue au(x) salarié(s) ou intervient dans l'instance prud'homale en défense de l'intérêt collectif, l'autorité relative de la chose jugée au bénéfice du salarié demandeur s'opposant ici à ce que l'éventuelle condamnation prud'homale bénéficie à l'ensemble des salariés concernés (sauf si le syndicat obtient, par la négociation, l'extension du bénéfice de la solution à tous. Mais l'on ne voit pas pourquoi l'employeur accepterait, sauf par lassitude, ce qu'il a refusé à l'issue du litige devant le TGI) ; risque de solutions contradictoires des différents CPH saisis pourtant de la même illégalité en raison des options laissées au(x) salarié(s) en matière de compétence territoriale (110), ou encore des différentes sections professionnellement compétentes ; risque de réparation inégalitaire du préjudice, pourtant identique, des salariés, en raison de propositions transactionnelles faites par la direction, au demeurant dissuasives pour les autres ; perte, enfin, de la protection de l'anonymat.

2°) L'amputation de la réparation du préjudice collectif

Sauf pour le syndicat à obtenir finalement la mise en œuvre globale du jugement du TGI devant le juge de l'exécution (v. *infra* 3°, la liquidation de l'astreinte), la réparation du préjudice collectif indirect est gravement amputée, puisque la réparation ne peut alors, si le syndicat en poursuit l'exécution, qu'être financière et partielle. Le « coup » le plus grave porté à l'action du syndicat étant, sans nul doute, la perte de son aura d'instrument du respect des droits et intérêts de l'ensemble des salariés.

Cependant, cette conclusion pessimiste doit être nuancée, car la pratique démontre que le maniement bien compris par les différents acteurs du procès de la technique de l'astreinte, dont le TGI assortit sa condamnation à la demande du syndicat ou d'office, permet des avancées non négligeables du règlement « collectif » du différend par le juge de droit commun, maître du règlement de l'entier litige dans le cadre d'une seule instance.

(108) V. *supra* bote 29.

(109) V. *supra* n. 7 et 25 : la « prud'homisation » initiale du contentieux de l'exécution de la convention collective.

(110) Article R. 1412-1 (ex-R. 517-1), C. trav.

3°) *L'astreinte au service de l'effectivité de la réparation des préjudices individuel et collectif*

Le TGI, on s'en souvient, a, en l'espèce, assorti sa condamnation à la régularisation de la situation des salariés d'une astreinte de 5 000 euros par jour de retard. La somme fixée par le juge de droit commun semble assez élevée pour « inciter » l'employeur à exécuter le plus vite possible la condamnation. Mais certaines conditions, notamment que le juge se soit réservé la liquidation de l'astreinte qu'il a prononcée pour garantir sa sentence, que le syndicat et les salariés concernés aient préparé le chiffrage de l'individualisation de la condamnation, sont requises pour que le règlement du litige au bénéfice du syndicat puisse devenir, en fait, le règlement du différend au bénéfice, également, des salariés, à l'issue de l'instance unique devant le TGI.

L'astreinte ne saurait évidemment l'assurer à elle seule. Car, juridiquement, elle est une garantie du respect du jugement au bénéfice du syndicat et, liquidée, sera versée à lui seul et non aux salariés, qui ne sont pas juridiquement bénéficiaires de la condamnation au profit du syndicat. Si le retard est grand et que le juge ne la réduit pas au moment de sa liquidation, l'astreinte peut, ajoutée aux dommages et intérêts ordonnés par le TGI, et éventuellement augmentés encore de ceux alloués par le juge de l'exécution, assurer au syndicat une réparation financière intéressante. L'on sait, en effet, que la liquidation n'exclut pas, en cas de résistance abusive, une condamnation à des dommages et intérêts par le juge de l'exécution et ce, bien qu'il n'ait pas le pouvoir d'apprécier le préjudice subi (111). L'astreinte et les dommages et intérêts se cumuleront alors (112). Mais le juge de la liquidation de l'astreinte, que ce soit le TGI ou le juge de l'exécution, n'a pas le pouvoir d'ordonner sous astreinte l'exécution individualisée de la condamnation à la régularisation que le juge ayant tranché le litige a ordonnée de façon générale. Et, à défaut de transaction acceptée par la société au moment de la liquidation de l'astreinte dans l'espoir de la voir réduite ou supprimée, l'action syndicale devant le TGI sur le fondement de l'atteinte à l'intérêt collectif aura donc échoué à assurer la réparation effective du préjudice subi par l'ensemble des salariés, l'autorité relative de la chose jugée au bénéfice du seul syndicat s'y opposant, dès lors que les salariés ne sont pas parties au litige.

En irait-il différemment si les salariés étaient intervenus aux côtés du syndicat devant le TGI, avec la demande semblable de régularisation de la situation de l'ensemble des salariés concernés ? L'on sait, en effet, qu'il leur est

possible de porter leur demande collective d'application de la convention par une action principale ou une intervention devant le TGI. Mais l'on sait également que le TGI ne saurait régler la question de l'individualisation de la sanction judiciaire qu'il prononce (113). Même si les salariés, parties devant le TGI, demeurent dans la procédure qui se poursuit devant le juge de l'exécution, l'individualisation de la sanction ne leur serait pas plus assurée, à cette phase ultime de l'instance où se réglerait le seul litige « collectif ». Ils se retrouveraient alors devant la même obligation de ressaisir le CPH.

Sauf à considérer que « l'indivisibilité » du litige aurait pu, ici, écarter l'interdiction de la prorogation de la compétence du TGI, conséquence de l'exclusivité de la compétence du CPH. Certains parmi les auteurs de droit judiciaire les plus écoutés affirment qu'au cas d'indivisibilité du litige, la prorogation de compétence devra être exercée par le juge sur une question prud'homale. Et si le CPH est en concours avec le TGI, c'est la compétence de la juridiction de droit commun qui devra être prorogée (114). Il faut admettre que la portée pratique de l'affirmation doctrinale est difficile à appréhender en l'absence de définition légale ou jurisprudentielle de l'indivisibilité sur laquelle s'appuyer. Le litige est dit indivisible, selon ces auteurs, lorsqu'il serait « impossible d'exécuter simultanément les deux décisions qui interviendraient, si les deux demandes n'étaient pas jugées par la même juridiction ». N'est-ce pas exactement le cas de l'espèce, car comment exécuter la condamnation par le TGI « à régulariser la situation de l'ensemble des salariés concernés par le versement du salaire légal » sans remplir chacun des salariés de ses droits ? L'astreinte pourrait alors être également garante de l'effectivité de la sanction au bénéfice des salariés. L'enjeu théorique et pratique du débat ne justifie-t-il pas de tenter la demande de prorogation de compétence du TGI dans une prochaine espèce semblable ?

Mais, en attendant les progrès à venir, la liquidation de l'astreinte, que seul le syndicat pourra venir demander au juge, ne doit pas faire sous-estimer les résultats concrets susceptibles d'être obtenus. Le juge de l'exécution, rompu à des comptes ardu, peut, en effet, s'appuyer sur les cas individuels des salariés bénéficiaires de la convention collective pour donner à sa sentence une grande efficacité, dès lors que le syndicat s'appuie sur les comptes individuels des salariés, en produisant par exemple leurs bulletins de paie, pour démontrer au juge que le jugement n'a pas été exécuté ou mal exécuté.

(111) Article 23 de la loi du 9 juill. 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. Cass. 3^e civ. 29 avr. 2009, n° 08-12952, D. 2010, 1307, obs. Leborgne.

(112) Soc. 2^e civ. 11 févr. 2010, n° 08-21787.

(113) V. *supra*, la compétence exclusive du CPH.

(114) Sur l'ensemble du débat, v. Alain Supiot *in* *Traité préc.* n°s 276 et s. citant Solus et Perrot, T. 2, n°s 550 et s. V. aussi l'importante analyse de synthèse de Jacques Normand à la RTD civ. 1978, 415.

C. Rôle essentiel de l'astreinte dans le règlement définitif du litige

La maîtrise par les acteurs du procès de la technique de l'astreinte lui donne en fait une place privilégiée dans le règlement définitif du litige. L'on sait que si, à l'origine, tout juge avait le pouvoir de liquider l'astreinte qu'il avait ordonnée, le régime juridique de l'astreinte (115) a été modifié par une loi du 9 juillet 1975, puis par la loi du 9 juillet 1991, venue remédier à certaines imperfections persistantes (116). La loi de 1991 énonce désormais que « l'astreinte, même définitive, est liquidée par le juge de l'exécution, sauf si le juge qui l'a ordonnée reste saisi de l'affaire (117) ou s'en est expressément réservé le pouvoir » (article 35 de la loi de 1991).

Le TGI de Lille ne s'étant pas réservé le pouvoir de liquider son astreinte, en cas de résistance de la société Auchan à la condamnation, seul le juge de l'exécution, saisi par le syndicat selon une procédure simplifiée (sans assistance obligatoire d'un avocat notamment), pourra liquider l'astreinte prononcée. Il la liquidera ou prononcera une autre astreinte, forgera sa conviction au regard des preuves données de la non-exécution du jugement ayant tranché le litige, identifiera « les salariés concernés en tant que catégorie », appréciera la période écoulée de résistance, le type de sommes ou le rappel de salaire dus...

On regrettera que le TGI ne se soit pas réservé, en l'espèce et de façon générale, le pouvoir de liquider « son » astreinte. Cela pour deux raisons. La première est que le TGI connaît en profondeur l'affaire et est le mieux à même d'ordonner la liquidation de l'astreinte à la hauteur de la mauvaise volonté de l'employeur comme, en cas de résistance de la société, d'apprécier son caractère abusif ou pas, à partir des éléments de fond que le débat devant lui mené lui donne, pour la condamner ou pas à des dommages et intérêts supplémentaires (118). La seconde tient à l'importance particulière de la fonction de conciliation du juge du travail tout au long de l'instance sur le fondement de l'article 21 du CPC. Or, le TGI, devant lequel le demandeur reviendra en cas de non-exécution de sa condamnation, est à cet égard, encore, le juge le mieux placé pour amener les parties à un règlement négocié devant lui du différend qui perdure. Le seul inconvénient de la liquidation par le juge qui a tranché le

litige apparaît en cas d'appel contre sa décision, car elle oblige alors le créancier (à supposer que la Cour n'ait pas infirmé cette décision et supprimé l'astreinte) à saisir de nouveau la juridiction de première instance (118 bis). Un autre inconvénient possible aurait pu être la non-conformité de cette procédure de liquidation par le juge ayant initialement tranché le litige, aux exigences de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Mais la Cour de cassation affirme que cette règle du droit de l'exécution ne méconnaît pas les exigences d'impartialité de la Convention (119).

Ainsi, le maniemment éclairé par les acteurs du procès de la technique de l'astreinte, dont le syndicat est le seul créancier en droit, peut constituer, en fait, un instrument concret du règlement du litige au bénéfice de tous, syndicat et salariés. Ce maniemment éclairé de l'astreinte par les différents acteurs du procès se concrétise de toutes sortes de façons : qu'il s'agisse de la fixation par le juge d'une astreinte assez élevée pour être incitative, de la demande que le syndicat doit penser à faire au juge de réserver son pouvoir de liquidation, de la mise en œuvre par le juge de son pouvoir d'astreinte combinée avec sa mission de conciliation, de la préparation par le syndicat de tous les éléments individuels du dossier à soumettre au juge de l'exécution afin de le convaincre de la « résistance » de l'employeur...

L'affirmation de Michel Henry selon laquelle « l'exécution effective, c'est-à-dire individualisée, de la condamnation peut être assurée par l'astreinte et la sanction pécuniaire ordonnées par le juge qui s'en est réservé le pouvoir ou le juge de l'exécution... » se vérifie alors. Car, si le juge ne peut pas, à l'occasion de la liquidation, apprécier le préjudice subi ni trancher à son tour le litige, il a le pouvoir de moduler la sanction financière selon la gravité de la résistance de la partie condamnée, pouvant ainsi « connaître de la régularisation des droits individuels à l'occasion de la liquidation de l'astreinte » (120). Le règlement du litige présente alors toutes les garanties d'un règlement efficace selon les critères précédemment énoncés : régularisation de la situation de chacun à l'issue d'une seule instance devant un seul juge et dans le respect du droit fondamental au recours. Alors que la liquidation par le juge de l'exécution, outre les inconvénients ci-dessus évoqués, présente, en outre, celui de la nécessité d'une

(115) V. l'étude « Astreinte » de F. Guerschon au Rép. Dalloz Proc. civ.

(116) Telle l'absence d'identification du juge investi du pouvoir de liquidation, la loi indiquant seulement que « le juge » opère la liquidation, ou la faculté restreinte, pour le juge des référés, à la liquidation des seules astreintes par lui prononcées.

(117) Certaines mesures, telles celles ordonnées par le(s) conseiller(s) rapporteur(s) ou par le bureau de conciliation du CPH sur le fondement de l'ex- article R. 516-18, al. 6 du Code du travail, n'emportent pas épuisement de la saisine du juge (contrairement à l'énoncé de l'article 481, al. 1 du Code de procédure civile, selon lequel « le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche ».

Le CPH demeurant saisi de l'affaire garde alors le pouvoir de liquider l'astreinte prononcée par le bureau de conciliation. La même remarque vaut pour toutes les mesures avant dire droit prononcées par le juge des référés.

(118) V. étude Guerschon, préc., n. 115.

(118 bis) En ce sens, refusant l'effet dévolutif, Soc. 9.5.2007, n° 05-46029, *Procédures* 2007 (11) comm. 247, note R. Perrot. *Contra*, semble-t-il, Civ. 2ème 21 mars 2002, *Procédures* 2002, comm. 135, note R. Perrot et RTD civ. 2002.561.

(119) V. étude Guerschon préc., n. 115.

(120) M. Henry, préc., Dr. Ouv. 2007, p. 112 et in *Procès du travail, travail du procès*, dir. M. Keller, LGDJ 2008, pp. 157 et s.

double saisine, même si les conditions en sont simplifiées, et peut, devant certains juges de l'exécution, allonger les délais du règlement définitif du litige (121).

Ainsi, malgré ses imperfections, le « modèle » de la jurisprudence *Sofaco* constitue une avancée procédurale importante vers l'effectivité de la sanction judiciaire des droits. L'on ne résiste pas, dès lors, à espérer qu'il puisse être étendu au règlement d'autres litiges « mixtes » du travail qui nécessitent, aujourd'hui encore, sous le joug de la *summa divisio*, la double saisine du TGI et du CPH aux fins d'obtenir le règlement de l'entier litige. L'action

syndicale dans l'intérêt collectif portée devant le TGI aux fins d'obtenir la « régularisation de la situation de l'ensemble des salariés concernés » ne pourrait-elle pas être généralisée et utilisée dans l'action judiciaire pour les droits des salariés dans le combat contre le travail précaire, les diverses pratiques patronales d'extériorisation de l'emploi, les restructurations et leurs cortèges de licenciements économiques, pour ne citer que ces exemples où l'action syndicale en justice dans l'intérêt collectif tient déjà une grande place (IV) ?

IV. Généralisation jurisprudentielle du dispositif procédural *Sofaco* à l'entier domaine de l'action syndicale dans l'intérêt collectif ?

Il n'est, évidemment, pas question d'envisager ici l'ensemble du champ ouvert à l'action syndicale dans l'intérêt collectif, mais de donner un aperçu de quelques contentieux significatifs des efforts faits par les syndicats acteurs de la défense judiciaire des droits des salariés pour transcender, dans leur action en justice, la distinction de l'individuel et du collectif. Efforts qui sont contrés par la défense juridique patronale corrélative, que la menace potentielle d'une action syndicale judiciaire devenant « trop efficace » parce que collective aiguise.

Nous retiendrons les quelques exemples contentieux « mixtes » (122) suivants. Ils sont nombreux à porter sur le rapport entre la régularité de la procédure de consultation du comité d'entreprise, dont le syndicat est le gardien vigilant à raison de l'intérêt collectif (123) dans d'innombrables contentieux (litige collectif), et la légitimité des conséquences sur le contrat de travail des salariés concernés *in fine* par la mesure de gestion patronale (litige individuel) (A). Nous envisagerons aussi l'action syndicale en justice contre le travail précaire irrégulier, plaie des politiques de l'emploi (B).

A. Action du syndicat garante de la régularité de la gestion économique et de son effet sur le contrat de travail

Le champ de la réflexion pourrait concerner l'ensemble des mesures de gestion patronale, puisque la fonction économique du comité est, aux termes de l'article L. 2323-1 du Code du travail, « l'expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives

à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise ». L'on s'en tiendra aux exemples les plus connus, réglés ou non devant la Cour de cassation.

1°) L'action en matière de licenciements économiques

L'exemple du contentieux le plus souvent porté devant les tribunaux est celui du licenciement économique obligatoirement précédé de la consultation du comité et les réponses données par la jurisprudence aux diverses tentatives faites pour lier les deux aspects, individuel et collectif, de ce contentieux.

1-1) Pouvait-on prétendre obtenir du juge le constat de la nullité des licenciements économiques, non prévue par le Code du travail, en arguant de la nullité de la procédure de licenciement économique, seule prévue par la loi (à l'article L. 1235-10 du Code du travail), en l'absence d'élaboration d'un plan social ou en cas de plan social nul car insuffisant ? Le point d'orgue de ce débat fut l'affaire *Samaritaine* en 1997 (124). La Chambre sociale de la Cour de cassation l'affirma le 13 février 1997, mettant fin à la farouche controverse entre partisans et adversaires de la nullité, sans texte alors, du licenciement économique prononcé dans le cadre d'une procédure nulle pour absence de plan social, dont l'enjeu était le droit à réintégration des salariés (que la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 affirma par la suite, mais que la loi du 18 janvier 2005 modifia dans un sens restrictif) (125).

1-2) Diverses actions collectives en justice, à l'initiative des comités d'entreprise non consultés ou mal informés,

(121) L'enquête sociologique pourrait ici nous renseigner sur les délais résultant de l'intervention du juge de l'exécution, comme sur les avantages et inconvénients « de fond » respectifs de la liquidation par l'un ou l'autre juge. Un ami avocat évalue le délai à 3-4 mois à Paris à l'heure actuelle.

(122) V. *supra*, I, la justification du néologisme.

(123) Dans la pratique, le syndicat joint son action dans l'intérêt collectif à celle du comité d'entreprise ou agit seul, mais avec

le soutien financier du comité, dont les moyens matériels permettent l'action en justice.

(124) D. 1997, 172, n. A. Lyon-Caen ; Dr. Ouv. 1997, p. 94, n. P. Moussy ; Dr. soc. 1997, 255, n. G. Couturier ; JCP 1997, n° 19-20, p. 230, n. F. Gaudu.

(125) Art. L. 1235-11, C. trav. La jurisprudence a, quant à elle, curieusement précisé que seuls les salariés déjà licenciés peuvent solliciter l'annulation du plan social (Soc. 15 janv. 2003, Bull. civ. V, n° 8).

et des syndicats dans le cadre d'actions principales jointes dans l'intérêt collectif, ont tenté alors d'étendre la solution à tous les cas de procédure irrégulière de consultation du comité d'entreprise, lorsque la loi ne la prévoit pas explicitement. Et ce plus souvent en référé qu'au fond, devant le TGI, sur le fondement du trouble manifestement illicite (126) fondant toute mesure qui s'impose pour y mettre fin. C'est ainsi que de nombreux juges des référés, et depuis longtemps, ont assorti leur condamnation de l'entreprise à suspendre la mesure économique irrégulière (fermeture d'un établissement, fusion...) jusqu'à ce qu'une procédure régulière soit reprise et menée à terme. Les juges des référés ont alors, très souvent, accompagné leur ordonnance de l'interdiction de rompre ou de modifier les contrats de travail, sous astreinte prononcée autant de fois qu'il y aurait d'infractions constatées (127).

Ce faisant, le président du TGI tranche, on ne le remarque pas assez, un litige individuel dans le cadre d'une seule instance. Certes, le règlement du litige est provisoire, mais l'intervention du juge des référés dans le conflit du travail garantit souvent un règlement en fait définitif. Parce qu'elle a rétabli un rapport de force plus favorable au syndicat, et donc à la reconnaissance des droits des salariés, l'employeur s'incline souvent devant l'ordonnance du TGI, le temps au moins du déroulement d'une procédure régulière. Et, parfois, l'intervention du juge, qui a rétabli une certaine « égalité des armes », permet une négociation transactionnelle durable sur le maintien de l'emploi, par exemple. Ce qui a pu permettre d'affirmer que le juge des référés a plus de pouvoir de contrôle sur la décision de gestion patronale que le juge du fond (128).

Devant le juge du fond, lié par le texte des sanctions légalement prévues par le Code du travail comme par la *summa divisio* quant à sa compétence, le lien entre l'irrégularité de la procédure et l'illicéité du licenciement économique prononcé dans le cadre de la procédure viciée n'est pas aussi clairement fait. L'on peut remarquer l'arrêt *Euridep* de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui, en 2003 (129), a affirmé que, la procédure de licenciement économique étant « nulle et de nul effet », la nullité s'étend jusqu'aux licenciements eux-mêmes, dès lors que l'irrégularité de la procédure a été relevée par le comité d'entreprise, avant la fin de la procédure, mais que l'employeur a passé outre et a opéré néanmoins les licenciements.

Mais l'on voit bien combien sera discutée la portée concrète de cet arrêt, considéré comme audacieux parce que le Code du travail n'affirme pas, dans ce cas, la nullité de la procédure résultant de la saisine irrégulière du comité. Comment entendre l'affirmation selon laquelle la procédure est « nulle et de nul effet » ? Faut-il en déduire que les licenciements eux-mêmes sont nuls ? La demande n'ayant pas été explicitement formulée, l'arrêt évidemment n'en dit rien. Quelles seraient les chances d'une demande en nullité des licenciements portée devant le CPH ? Tout à fait douteuses. Car la jurisprudence dominante affirme encore que seule l'absence de plan social, ou la nullité de celui-ci, entraîne la nullité de la procédure de licenciement, toute autre irrégularité de la procédure permettant seulement d'obtenir la suspension de la procédure de licenciement devant le TGI en référé si celle-ci n'est pas terminée ou, à défaut, l'allocation de dommages et intérêts, mais non la nullité du licenciement. Cette analyse « ligote » ainsi cyniquement l'avancée jurisprudentielle vers le contrôle et la sanction du juge *a priori* (en amont de la décision de licencier non encore prise), qui permettrait une sanction efficace de remise en état conciliant le droit constitutionnel à l'emploi des salariés et la liberté d'entreprise de même rang, au motif que la sanction *a posteriori* du licenciement irrégulier est définie par le code, lequel prévoit seulement une réparation financière en fonction du préjudice subi (article L. 1235-12 du Code du travail).

L'on est loin du pouvoir que l'arrêt *Sofaco* reconnaît au TGI au fond de « régulariser la situation de l'ensemble des salariés concernés », ici par le maintien des contrats de travail qui ne sauraient être rompus dès lors que le processus du licenciement économique est irrégulier. Et ce, bien que la logique du raisonnement, allant de la nullité de l'acte collectif de gestion patronale à la nullité de ses conséquences individuelles sur le contrat de travail, soit la même et que le TGI ait le pouvoir identique d'ordonner, sous astreinte dissuasive et pédagogique, « la régularisation de la situation de l'ensemble des salariés concernés » par la procédure irrégulière de licenciement.

La sanction des licenciements économiques touchant au pouvoir de licencier est une question beaucoup plus sensible que celle encore du contrôle des pratiques salariales de l'entreprise. Elle est, en effet, au cœur du pouvoir économique que le pouvoir du juge heurte de plein front, et peut-être trop tard, dans la mesure où la

(126) Art. 808 et 809, CPC.

(127) V. déjà en 1993 l'affaire *IBM préc.*, n. 24.

(128) Notamment P. Moussy dans de nombreuses analyses au Droit Ouvrier. Il s'agit, en réalité, d'un moment plus favorable, parce qu'*a priori*, de l'intervention du juge dans le processus de décision, comme de la spécificité du rôle du juge social, dont

l'intervention dans le conflit peut favoriser sa solution négociée entre protagonistes sociaux. V. notamment M. Keller in thèse *L'occupation d'entreprise*.

(129) V. Soc. 14 janv. 2003, Dr. Ouv. 2003, p. 152 n. M. Cohen, Dr. Soc. 2003, 344, obs. L. Millet. Solution confirmée par Soc. 7 avr. 2004, *BSN*, Dr. Soc. 2004, 668, obs. G. Couturier.

décision de licenciement est déjà prise, malgré l'hypocrisie du texte légal parlant de projet de licenciement (130).

Le pessimisme du constat doit, cependant, laisser place aux possibilités de l'intervention du président du TGI en référé ci-dessus mentionnées. L'intervention judiciaire sollicitée « à chaud » au début du processus de gestion susceptible d'avoir, à terme, des conséquences défavorables sur l'emploi, en permettant d'éviter ou de réduire ces derniers, assure, elle aussi, l'effectivité des droits des salariés. Avec cette différence que l'intervention du juge des référés permet seulement l'évitement du préjudice, non le rétablissement *a posteriori* de la légalité violée et que, par ailleurs, la « sanction » judiciaire n'est que provisoire.

2°) Autres exemples

L'analyse de la jurisprudence des juges du fond plus récente fait apparaître diverses tentatives de liaison des sanctions, collective et individuelles, de l'irrégularité de la consultation du comité d'entreprise dans d'autres domaines que le licenciement. Avec des avancées parfois audacieuses devant les juges du fond, mais non encore « bénies » à ce jour par la Cour de cassation.

2-1) Ainsi de la contestation par le comité d'établissement des conditions de l'application de l'article L. 1224-1 (ex-L. 122-12) du Code du travail et de l'inopposabilité aux salariés du transfert qui en découle.

Cette liaison contentieuse de deux demandes interdépendantes a été tentée en 1990, déjà, dans une affaire *Éboueurs de Nîmes* (130 bis) relative à la concession par la ville du service de nettoyage à une société privée, laquelle avait refusé de reprendre les salariés au motif que l'article L. 122-12 du Code du travail ne lui était pas applicable. Plusieurs syndicats CGT (le syndicat des éboueurs, l'union locale) avaient alors saisi en référé le TGI de Nîmes pour faire constater le transfert de plein droit des salariés au service de la société et demander sa condamnation sous astreinte à leur fournir du travail, ainsi qu'à leur payer leurs salaires. La question de l'interdépendance des demandes, collective et individuelles, qui ressurgit aujourd'hui dans maints contentieux, était posée. Elle devait le rester, le TGI s'étant déclaré incompétent à raison des contestations sérieuses soulevées par la société et ayant affirmé l'irrecevabilité de l'action syndicale en réclamation du paiement des salaires au bénéfice de chaque salarié.

Quelques années plus tard, dans une célèbre affaire *Perrier Vittel France* menée jusque devant la Cour de cassation (131), le comité d'entreprise avait, à l'inverse, contesté le jeu de l'article L. 1224-1 (ex-L. 122-12) du

Code du travail à l'occasion de l'externalisation de l'activité de la caisserie bois de l'établissement fabriquant et réparant les palettes, qui, étant un simple démembrement des services centraux, ne constituait pas une entité économique autonome au sens du Code du travail et de la Directive de 1977. Le comité demandait donc de dire qu'il n'avait pas à être consulté, l'externalisation envisagée ne répondant pas à la définition légale du transfert d'entreprise. En première instance, le TGI, déclarant contraire à l'article L. 122-12 le projet de transfert, avait ordonné non seulement l'arrêt de la consultation, mais également affirmé « *inopposable aux salariés toute substitution d'employeur visée par le projet* ». Mais, dans la suite de l'instance, seule avait été tranchée la question de fond de la qualification de l'opération projetée, à laquelle la Cour de cassation avait refusé la nature de transfert d'entreprise. Les deux questions qui nous intéressent de la recevabilité de l'action du comité d'entreprise, d'une part, de l'incidence pour les salariés de l'opération de gestion irrégulière, d'autre part, n'ayant pas été posées à la Cour de cassation, elle n'avait pas eu à y répondre. Le comité ayant été seul dans l'action, sa recevabilité n'était qu'implicitement admise, quant au sort des contrats de travail, l'arrêt n'en dit rien. D'où la fragilité juridique de « l'exemple » des arrêts *Perrier*.

Une décision de la Cour d'appel de Paris du 10 novembre 2005 est venue relancer le débat en admettant la recevabilité de l'action du comité d'entreprise en contestation de l'application de l'article L. 1224-1 (ex-L. 122-12) du Code du travail à l'occasion d'une cession partielle d'un fonds de commerce, et en déclarant le transfert inopposable aux salariés (132). Le comité était ici seul dans l'action, mais l'espèce mérite d'être signalée pour illustrer les possibilités de l'action du syndicat se joignant à celle du comité, voire agissant seul, en défense de l'intérêt collectif que la consultation du comité, irrégulière car la mesure de gestion qui, soi-disant, la motive, n'existe pas, lèse évidemment, par principe comme par les effets sur les contrats de travail d'un transfert irrégulier. La décision de la cour d'appel est audacieuse à tous les égards (133). La doctrine traditionnelle cantonne l'action du comité à la défense de ses intérêts propres, très étroitement limitée à son mode de fonctionnement, ses budgets, voire sa survie. La Cour d'appel de Paris élève, au contraire, l'intérêt à agir du comité à la défense de la collectivité de travail sur le fondement même de l'article L. 2323-1, définissant ses prérogatives de contrôle sur l'ensemble des « *décisions*

(130) Art. L. 1233-8, L. 1233-28, L. 2323-15, C. trav.

(130 bis) CA Nîmes, 22 nov. 1990, Dr. Ouv. 1991.77, n. E. Wagner.

(131) Soc. 18 juill. 2000, Dr. Soc. 2000, 845, n. G. Couturier.

(132) CA Paris, 18^e ch. C, 10 nov. 2005, n° 04-10978, SSL n° 1241 du 19 déc. 2005, obs. F. Champeaux.

(133) Comp. CA Paris, 18^e ch. C, 18 déc. 2008, Dr. Ouv. 2009, p. 449, n. E. Lafuma.

relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise ».

Une telle montée en puissance de l'action du comité venant renforcer celle du syndicat divise évidemment la doctrine. Le débat est vif entre les tenants d'une défense collective, à condition d'être respectueuse du caractère personnel du droit au recours du salarié, qui doit évidemment donner son accord à l'action collective, dès lors qu'elle en arrive au stade de l'individualisation des droits de chacun (134), et ceux pour lesquels les droits d'agir en justice des salariés, du syndicat comme du comité doivent rester propres à chacun de ces acteurs du procès (135).

2-2) De nombreux arrêts récents témoignent de l'importance des enjeux du débat de fond, derrière les arguments procéduraux contradictoires relatifs à la recevabilité et au bien-fondé de l'action du comité et/ou du syndicat tendant au contrôle du pouvoir économique du chef d'entreprise

Ainsi d'un arrêt *Vivéo* de la Cour d'appel de Paris en date du 12 mai 2011, qui affirme le pouvoir du TGI d'annulation d'un plan de sauvegarde de l'emploi pour défaut de motif économique (136), alors que la jurisprudence de la Cour de cassation y semblait hostile (137). La demande émanait du comité d'entreprise, mais le syndicat aurait pu s'y joindre. La solution est, pour ses détracteurs, « une catastrophe économique » (138). Ne devrait-on pas, au contraire, approuver et souligner le caractère novateur de l'analyse de la cour d'appel parisienne ? En des temps où les politiques des différents pays de l'Union européenne envisagent d'assouplir les règles trop sociales du licenciement économique, prétendument responsables de l'absence de compétitivité de nos entreprises, l'interdiction du détournement par le chef d'entreprise de son pouvoir de licencier (139), qui consiste à élaborer un plan social (destiné normalement à éviter ou limiter les licenciements !), alors que les licenciements envisagés le sont sans motif économique et ne répondent dès lors pas à la définition légale de l'article L. 1233-3 du Code du travail, ne restera-t-elle pas la seule et incontournable règle juridique à respecter ? La Cour de

cassation vient de casser l'arrêt parisien avec une motivation "orthodoxe" qui cependant n'enraie pas la résistance du juge du fond (139 bis).

Dans le sens toujours de l'extension à des domaines nouveaux de l'action collective, l'on peut mentionner l'arrêt *EDF c/ CGT* en date du 24 juin 2008, affirmant la recevabilité de l'action du syndicat, même agissant seul, aux fins d'obtenir du juge des référés du TGI la suspension de la mise en œuvre de la réorganisation de la sous-traitance tant que la consultation des comités des entreprises impliqués n'a pas été légalement effectuée (140). Le champ ici ouvert est prometteur, mais la demande syndicale en restait à la sanction de l'irrégularité de procédure, sans que soit sollicitée l'inopposabilité aux salariés des effets sur leur contrat de travail de la décision économique irrégulière. L'apport de l'arrêt est classiquement modeste.

Ces avancées n'éloignent pas les retours en arrière des frontières procédurales archaïques et rigides de la *summa divisio*. Ainsi de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 23 janvier 2008, qui énonce l'irrecevabilité de l'action syndicale engagée dans l'intérêt collectif devant le TGI par la CFDT d'Air France contre les sociétés Amadeus France SA et SNC, entre lesquelles une UES a été reconnue (140 bis). La demande syndicale avait pour objet de faire juger que la reconnaissance de principe de la qualité de co-employeur de la société SNC permettra aux salariés de faire valoir, à son encontre, leurs droits lésés en matière d'emploi et de statut. Une telle action est irrecevable au motif que « la reconnaissance d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié » (141). Comment méconnaître, pourtant, la difficulté pour les salariés de la détermination de leur employeur (142), que les différentes pratiques d'externalisation de l'emploi par les entreprises rendent de plus en plus grande, et donc l'aide indispensable des institutions de représentation du personnel pour y parvenir ? Ce « besoin » qu'ont les salariés individuels des syndicats n'entraîne pas, pour autant, leur soumission à un quelconque pouvoir autoritaire du syndicat. Dans tous les cas d'action syndicale au bénéfice des salariés, ces

(134) V. la décision du Conseil Constitutionnel du 25 juill. 1989 relative à la constitutionnalité de l'action de substitution en matière de licenciement économique.

(135) V. Controverse M. Keller, P. Maynial, « Ne faudrait-il pas admettre plus largement l'action en justice du comité d'entreprise ? », RDT n° 7/8, 2007, p. 428 ; G. Couturier, « L'article L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d'externalisation », Dr. Soc. 2000, 845.

(136) CA Paris, Pôle 6, 2^e Ch., 12 mai 2011, n° 11/01547, Dr. Ouv. 2011, p. 537, n. A. Lyon-Caen. ; Add. P. Lokiec et A. Lyon-Caen, « Contre la violation efficace du droit au licenciement. A propos de l'affaire *Vivéo* », SSL 2012, n° 1532, p. 6.

(137) F. Champeaux, SSL n° 1493 du 23 mai 2011.

(138) V. S. Béal, « L'arrêt *Vivéo* ou la dernière étape d'une trilogie infernale », JCP éd. S 2012, n° 1065.

(139) V. déjà X. Lagarde, « La nature juridique de la cause de licenciement », JCP éd. G, 2000.1, 254, montrant que le

recours à la théorie de la cause, mécanisme contractuel, est inadapté au contrôle de l'acte unilatéral qu'est le licenciement, et orientant la réflexion vers un contrôle de proportionnalité, à l'instar de celui exercé par le juge administratif.

(139 bis) Soc. 3 mai 2012, n° 11-20741, SSL 2012, n° 1537.12, *contra* TGI Créteil 22 mai 2012, n° 12-01498.

(140) Soc. 24 juin 2008, n° 07-11.411, P+B+R, Dr. Ouv. 2008, p. 626, n. C. Ménard.

(140 bis) P. n° 05-16.492.

(141) Cette conception réductrice critiquable fonde encore la solution de l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 18 nov. 2009, n° 08-44.175, affirmant qu'est irrecevable la demande syndicale de réparation du préjudice collectif, inexistant dès lors que le manquement par l'employeur à son obligation de reclassement est individuel.

(142) La thèse d'Isabelle Vacarie, *L'employeur*, Sirey, 1979, demeure d'actualité plus de 30 ans après sa soutenance.

derniers, informés du projet syndical d'assignation de l'employeur et éclairés sur son bien-fondé, retrouvent leur liberté fondamentale d'agir ou pas aux fins de formuler, le moment venu, leur demande personnelle d'individualisation de la sanction collective de principe rendue sur la demande du syndicat. Et, c'est à souligner, le processus *Sofaco* est à cet égard plus protecteur du droit au recours personnel du salarié que le mécanisme légal de la substitution, exigeant qu'il révèle son identité dès l'assignation en justice de l'employeur.

B. Responsabilité des organisations syndicales dans la lutte contre le travail précaire.

L'on remarquera enfin, rapidement (car on ne peut faire le tour du sujet, inépuisable, dans le cadre de cet article) que, dans le domaine si important et négligé de la lutte contre le travail précaire, les demandes syndicales de condamnation des pratiques abusives des entreprises en la matière (auxquelles le comité pourrait plus souvent apporter son concours en contrôlant sérieusement les pratiques de l'entreprise) (143), demeurent timides (144) et, par conséquent, les solutions du droit positif

très en retrait par rapport au règlement du litige que le « dispositif *Sofaco* » pourrait permettre.

La jurisprudence *Sofaco* pourrait constituer un moyen de contrôle efficace du recours abusif au travail précaire, largement entendu. Qu'il s'agisse de l'intérim, de l'utilisation massive des contrats à durée déterminée, de la systématisation des contrats à temps partiel dans lesquels jeunes et femmes sont enfermés abusivement, la condamnation de l'entreprise à « *la régularisation de la situation de l'ensemble des salariés concernés* », sous astreinte dissuasive, donnerait corps au droit constitutionnel à l'emploi. Or, la jurisprudence en reste à la solution de 1991 dans l'affaire *Aéro-Maritime* (145). Deux contentieux différents doivent être engagés, l'un par les salariés devant le CPH compétent, pour prononcer ou non la requalification des contrats irréguliers, l'autre par le syndicat devant le TGI, aux fins d'obtenir réparation du préjudice collectif par l'allocation de dommages et intérêts souvent dérisoires, et toujours inadéquats quant à la sanction effective du préjudice.

D'où la proposition, nécessaire semble-t-il, de recourir au législateur pour tenter d'améliorer le régime juridique de l'action collective, aux fins de la rendre plus efficace dans le combat pour le droit, qui est sa fonction (V).

V. Propositions d'amélioration législative de l'action de groupe du droit français

Cette inadéquation du droit français du procès à assurer la réparation effective du préjudice plural intéresse, évidemment, les débats actuels sur l'introduction en France d'une *class action* inspirée du droit anglo-saxon et québécois (146), afin de permettre à chaque salarié de se prévaloir du jugement rendu sur l'action collective anonyme.

Nombreux sont les auteurs et praticiens travaillistes à refuser une telle modification de notre droit du procès du travail (147). Sans entrer ici dans les arcanes du débat technique sur les avantages et les inconvénients de la *class action*, nous tenterons seulement de proposer les améliorations nécessaires à l'efficacité des différentes voies d'action collective en justice, que notre système d'ores et déjà consacre et ce depuis l'origine du droit du travail.

N'est-il pas possible, sans bouleversement majeur, de donner à l'action syndicale les vertus conjuguées de l'anonymat et d'une vocation plurale, tout en respectant le caractère personnel du droit de chaque salarié à saisir par lui-même le CPH dans tous les cas où il ne souhaite pas la protection de l'action-bouclier du syndicat ?

Ainsi, dans les cas de plus en plus nombreux où la loi protège le droit fondamental (148) au recours individuel du salarié par la nullité de la mesure de rétorsion à son action, protection qui rend peut-être (?), lorsqu'elle existe, l'action du syndicat moins nécessaire. Mais le droit au recours prud'homal du salarié agissant seul, ou le syndicat se substituant à lui, aux fins d'application de la convention collective (ou de l'une de ses clauses) à son contrat de travail, ou au contraire pour faire annuler la

(143) Toute extériorisation de l'emploi (telle la sous-traitance) relève de la consultation de l'article L. 2323-19, C. trav.

(144) V. les arrêts rendus à l'encontre de sociétés automobiles : *Sovab*, Soc. 21 janv. 2004, n° 03-42.754, Dr. Ouv. 2004, p. 340, n. R. Blindauer et analyse du conseiller référendaire A. Martinel in RJS 2004, 194 ; *Renault* – Soc. 24 janv. 2007, n° 04-47.469 ; *Peugeot*, CA Versailles, 14e ch., 28 mars 2007, n° 06/7198 (dans cette affaire, les salariés avaient agi d'abord devant le CPH, alors que la démarche inverse est plus fréquente, et la CA prend soin de préciser que ses jugements de requalification des contrats ne lient pas le juge du collectif... ce que tout juriste sait, mais qui souligne le regrettable éclatement des règlements contradictoires du litige, auquel le dispositif *Sofaco* remédie de façon si satisfaisante).

(145) Aff. *Aéromaritime*, CA Versailles 22 mars 1991, Dr. Soc. 1991, 706.

(146) V. V. Magnier, Rev. Lamy Dr., civ., nov. 2006, n° 2287, p. 54 pour la présentation du rapport sur les actions de groupe. V. encore l'intervention du syndicat de la magistrature au colloque du SAF, doc. 19. 3. 19991 (site du syndicat).

(147) V. n. A. Lyon-Caen, « Action de groupe et droit du travail », Rev. Lamy Dr. Civ., déc. 2006, n° 2332, p. 77, qui récusait fermement l'introduction de la *class action* en droit français du travail, sans toutefois nous convaincre.

(148) V. n. M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, « Le souci de l'effectivité du droit », D. 1996, chr. 301.

convention ou telle de ses clauses illégales, ne bénéficie pas d'une telle garantie. Pas plus l'action personnelle du salarié ou l'action de substitution du syndicat en cas de demande de requalification du contrat précaire irrégulier ou de contestation d'une modification... Et la jurisprudence, qui tend à étendre le champ de la nullité du licenciement (ou de toute autre mesure de rétorsion) à l'action en justice liberté fondamentale de la personne, peine, on le sait, à se fixer (149).

Au demeurant, la protection du droit d'agir en justice de la personne du salarié, serait-elle acquise, que l'action syndicale plurale reste indispensable au règlement effectif de tout litige « mixte », individuel et collectif, concernant le statut d'un ensemble de salariés.

D'où l'intérêt majeur, on l'a vu, de l'action syndicale collective pour l'exécution de la convention, parce qu'elle garantit l'anonymat des salariés concernés ; parce que le litige sur l'application de la convention est, par définition, collectif et exige donc un règlement unifié et le plus rapide possible, afin d'éviter l'enlisement dans des règlements individuels éparpillés et contradictoires s'éternisant dans le temps.

Mais l'on a vu aussi que, malgré les progrès réalisés, notamment par les arrêts *Eurodisney* en 2001 et *Sofaco* en 2007, et malgré l'utilisation judicieuse des règles de l'astreinte et de sa liquidation permettant de peser sur la « bonne » volonté de l'employeur d'exécuter, l'individualisation de la condamnation générale à exécuter la convention collective demeure difficile à obtenir. Non pas parce que l'action syndicale adéquate n'existe pas, la formulation de l'arrêt *Sofaco* démontrant bien qu'un petit pas de plus suffirait à faire de la demande portée devant le TGI de régularisation de la situation salariale d'un « ensemble de salariés identifiables », une demande individuellement chiffrée au bénéfice de salariés "identifiés".

L'analyse ayant montré la difficulté d'une affirmation jurisprudentielle du mécanisme de la prorogation de compétence, ce petit pas ne peut être fait sans l'intervention du législateur, précisant plus clairement le régime juridique de la compétence du CPH pour connaître selon le droit positif des litiges « individuels ».

Car seule, en vérité, la règle de la compétence exclusive du CPH pour trancher les litiges nés du contrat de travail interdit au juge de droit commun de recevoir une action plurale engagée par le syndicat au nom de

l'intérêt collectif en vue d'obtenir l'exécution individualisée, au profit de l'ensemble des salariés concernés, des dispositions normatives de la convention. L'exclusivité de la compétence prud'homale paralyse, en effet, le jeu normal de la prorogation légale de compétence de l'article 51 du CPC, comme elle interdit l'application de la règle selon laquelle « *le juge de l'action est le juge de l'exception* » de l'article 49 du CPC (150). L'exclusivisme de la compétence du CPH interdit ainsi que l'action en exécution de la convention collective soit portée devant le TGI par le syndicat dans l'intérêt collectif, par l'ensemble des salariés concernés, leur demande portant d'abord sur l'application de principe, puis sur son bénéfice individualisé. Il interdit encore l'action collective de substitution syndicale avec la même demande.

Bref, la règle de la compétence d'attribution exclusive du CPH interdit toute action qui permettrait le rétablissement de la légalité violée au bénéfice de tous les salariés dont les droits sont lésés, dans le cadre d'une seule instance devant le TGI. A la satisfaction des directions d'entreprise, dont la crainte majeure est la reconnaissance de la compétence du juge de droit commun, rompu à l'exercice de ses pouvoirs d'instruction, de qualification, comme au maniement technique de l'astreinte dont il assortit sa *jurisdictio*. La défense de la société Auchan, reprochant au(x) syndicat(s) la violation des règles de la substitution individuelle pour s'opposer à leur action dans l'intérêt collectif, dit bien sa hantise de voir cette dernière se transformer en « substitution collective » du syndicat aux salariés, permettant à un seul juge de trancher l'entier litige rapidement et effectivement par le jeu de l'astreinte coercitive. Et pourtant, la modification législative à opérer pour que ces entraves soient levées est modeste.

A. Suppression du caractère exclusif de la compétence du CPH

La compétence est traditionnellement réduite aux litiges individuels. On peut en douter.

Le qualificatif « individuel », mentionné autrefois dans le titre de la division consacrée à la compétence de la juridiction, a disparu avec la recodification du nouveau Code du travail (151). Au demeurant, le texte de l'article L. 1411-1, qui définit la compétence en raison de la matière et a seul valeur juridique, mentionne non pas les litiges individuels, mais « *les différends qui peuvent*

(149) V. de l'arrêt *France Telecom* du 13 mars 2001 aux audaces de l'arrêt de la CA de Paris du 15 sept. 2011, en passant par l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 20 févr. 2008 (*Alcateh*) ; v. les références *supra* n. 42.

(150) La difficulté a été identifiée depuis longtemps : v. J. Normand qui s'interrogeait dans la RTD Civ. 1978, 415, « *La compétence du Tribunal de grande instance peut-elle être prorogée pour connexité lorsque la demande connexe relève*

de la compétence du Conseil de prud'hommes ? » et répondait par la négative en l'état du droit positif, tout en le regrettant et en constatant que certaines décisions de la Cour de cassation traduisent parfois le malaise qui résulterait d'un exclusivisme de la compétence du CPH entendue de façon trop rigide.

(151) On ne la trouve plus que dans l'intitulé de la première partie du Code du travail : « Les relations individuelles de travail ».

s'élever à l'occasion de tout contrat de travail ». Cette rédaction est plus exacte juridiquement et susceptible d'englober un grand nombre de litiges « mixtes » (application de la convention, licenciement économique, transfert d'entreprise...). Par ailleurs, l'exclusivité de la compétence du CPH n'est pas mentionnée telle quelle, elle résulte, en droit positif, de l'interprétation jurisprudentielle de la phrase de l'article L. 1411-4 du Code du travail selon laquelle le CPH est « seul » compétent pour connaître des différends mentionnés à l'article L. 1411-1. La règle de l'exclusivité pourrait être reconsidérée car, selon les processualistes, tel le professeur Jacques Normand, l'interprétation du texte ne l'imposait pas nécessairement (152). Il suffirait donc de supprimer l'adjectif « seul » pour que toutes les entraves à l'action syndicale dans l'intérêt collectif portée devant le TGI en cas de litiges mixtes disparaissent, de même celles à l'action syndicale directement portée devant le CPH (alors que, de façon discutable, seule l'intervention dans l'intérêt collectif est actuellement admise)

Cependant, nous l'avons vu, les règles de la compétence et de la recevabilité de l'action sont intrinsèquement liées. La modification de la règle de compétence ne suffit donc pas, à elle seule, à lever tous les obstacles à l'effectivité de la sanction judiciaire des droits demandée au juge par le syndicat. Un petit pas de plus est encore nécessaire pour parfaire le régime juridique de l'action collective du syndicat. Et, là encore, la modification législative peut être simplement mise en œuvre, sans chambardement ni implantation d'une *class action*... venue d'ailleurs.

B. Affirmation législative de la recevabilité de l'action collective sollicitant l'entier règlement du litige du travail par le même juge, CPH ou TGI le premier saisi

Le développement du recours des syndicats au TGI dans un nombre important de contentieux du travail témoigne de la volonté de la défense salariale d'aller, le plus souvent possible, vers un règlement global et individualisé à la fois (au profit de tous et de chacun) dans le cadre d'une instance unique. Des décisions dans ce sens sont rendues, nous l'avons vu (153), par un certain nombre de juges du fond, de même que par des présidents de TGI en référé, qui assurent une sanction effective des droits dans des domaines très différents du droit du travail.

Mais, jusqu'à aujourd'hui, la Cour de cassation n'a pas encore consacré d'action plurale au bénéfice, par exemple, d'un ensemble de salariés précaires auxquels

une seule action devant le TGI garantirait, en même temps, l'interdiction de la pratique irrégulière de l'intérim dans l'entreprise, la requalification de leurs contrats de travail ; ou, au bénéfice de salariées victimes de la violation du principe « à travail égal, salaire égal », la régularisation de leur situation (salaire et carrière) ; ou, au bénéfice des salariés licenciés dans le cadre d'une procédure de licenciement économique irrégulière ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi nul, la nullité de leur licenciement. Car « manque dans le procès du travail le maillon intermédiaire d'une action collective à portée plurale », comme le constate Yves-Marie Serinet en conclusion de son analyse de la « Comparaison des actions à caractère collectif en procédure civile et droit du travail » (154).

L'histoire de l'action syndicale en exécution de la convention collective précédemment retracée pourrait donner la clef d'une modification législative nécessaire, et pourtant simple. Le « modèle » de l'action de substitution syndicale devant le CPH, jusqu'en 1972, « rencontrant » la proposition de Serge Guinchard en matière de litiges de la consommation (155), très proche en vérité de l'ancien modèle prud'homal tombé en désuétude, peut dessiner la figure de la nouvelle action collective. La modification législative consisterait à créer une action, déclaratoire dans un premier temps, pour demander au juge, en cas de préjudice lésant des victimes encore indéterminées, mais déterminables, une déclaration de responsabilité. Le jugement de principe obtenu, s'ouvrirait alors une deuxième phase. La suspension de l'instance permettrait alors de procéder à la publicité du jugement et laisserait le temps aux victimes de prendre la décision d'une intervention volontaire (art. 328 et s. CPC) aux fins de présenter leur demande de réparation en nature ou financière.

La proposition est transposable dans le procès du travail. Elle permettrait la « réunion de ce qui est aujourd'hui désuni » (selon la formule, encore, d'Yves-Marie Serinet), en donnant la possibilité au syndicat de demander, dans l'intérêt collectif, « la régularisation de la situation de l'ensemble des salariés » bénéficiaires de la convention collective, victimes de l'intérim illégal, salariées discriminées... bref, dans tous les cas de litige « mixte ». Les salariés « intéressés » par le règlement obtenu à l'issue de l'action syndicale interviendraient volontairement pour faire individualiser la sanction à leur bénéfice. Cette action portée par le syndicat serait recevable devant le TGI, dès lors que l'exclusivité de la compétence du CPH ne s'opposerait plus à sa recevabilité.

(152) V. J. Normand, in RTDC 1978, 415, préc.

(153) V. *supra*, IV.

(154) In *Procès du travail, travail du procès*, dir. M. Keller, préc., pp. 131 et s.

(155) D. 2005, chr. 2180.

Ce droit nouveau du syndicat devant le TGI ne remettrait pas, pour autant, en cause l'action du salarié ou du syndicat, en substitution ou dans l'intérêt collectif, devant le CPH, si les acteurs du procès décidaient de faire le choix du règlement prud'homal de leur différend. Car la juridiction compétente pour connaître de cette action serait indifféremment la première saisie, la compétence du CPH et du TGI étant indifférenciée pour résoudre ces litiges « mixtes » qui, depuis toujours, sans fondement juridique clair, et donc dans l'insécurité du jeu procédurier de l'exception d'incompétence, font l'objet de stratégies judiciaires de prud'homisation ou de déplacement vers la juridiction de droit commun. Le nouveau régime de la compétence et de l'action, outre qu'il permettrait au syndicat de porter son action dans l'intérêt collectif devant le CPH, alors qu'à l'heure actuelle, de façon contestable, seule son intervention est admise, ne porterait pas ombrage à l'institution prud'homale. La juridiction prud'homale a, en effet, toujours su reprendre à son compte les avancées jurisprudentielles acquises, grâce à l'intervention des magistrats de carrière, qu'il s'agisse du TGI, de la Cour d'appel ou du juge départiteur. Ils ont ainsi, auprès des juges élus, une fonction pédagogique, particulièrement dans le règlement, difficile pour les juges paritaires élus, des litiges dont les enjeux sont de principe en raison de la

confrontation des droits fondamentaux des salariés et des employeurs (tels le droit à l'emploi et la liberté d'entreprise) qu'ils impliquent. Ainsi, la solution de principe nouvelle étant acquise devant le juge de droit commun, le CPH la consoliderait en l'appliquant à son tour, et le TGI serait saisi de nouveaux recours ayant pour objet les prochains progrès de l'action judiciaire (156). La modification envisagée pourrait même mettre le CPH à l'abri des propositions récurrentes d'échevinage (157), qui se voudraient remède aux difficultés toujours plus grandes, de fond comme de procédure, du procès du travail, que la juridiction élue et paritaire peine à appréhender.

L'action collective, ainsi aménagée dans le respect des exigences constitutionnelles de la personnalité du droit d'agir des salariés (158), deviendrait l'instrument efficace de stratégies judiciaires syndicales propres au contentieux du travail, lequel est subordonné à l'inégalité des « armes » des parties, dans le contrat de travail comme dans le litige, que l'action collective corrige dans l'entreprise comme au Palais de justice.

Ainsi, l'action du syndicat profiterait à l'ensemble et à chacun séparément.

Marianne Keller Lyon-Caen

(156) Sur la distinction entre stratégie judiciaire défensive de sauvegarde des intérêts matériels immédiats des salariés devant le CPH et celle offensive de transformation du droit devant le juge professionnel (ex. la construction jurisprudentielle du statut protecteur des délégués), v. A. Supiot, *Traité préc.*, nos 50 et s.

(157) V. en ce sens, *Procès du travail, travail du procès, préc.*, LGDJ Lextenso, éditions 2008, la proposition de Loïc Cadiet, p. 30.

(158) V. Cons. Constit. 25 juill. 1989, n° 89-257 DC.

ANNEXE

TRIBUNAUX – Compétence – Action syndicale devant le TGI – Nullité des accords d'entreprise – Respect du SMIC – Régularisation de la situation de l'ensemble des salariés.

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE LILLE (1^{re} ch.) 24 novembre 2011
Fédération du commerce et des services CGT et a. contre Auchan France

EXPOSÉ DU LITIGE :

La société Auchan Hyper France est une entreprise spécialisée dans la grande distribution qui compte plus de 140 établissements répartis sur l'ensemble du territoire national. Elle compte près de 65 000 salariés.

La fédération des services CFDT estime que, depuis le passage au 35 heures, au 1^{er} janvier 2000, la société Auchan viole les dispositions de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire, en s'abstenant de procéder au paiement du forfait pause de 5 % en sus de la garantie minimum de rémunération devant être versée à chaque salarié.

Elle a donc agi devant le tribunal de céans par acte en date du 28 janvier 2010.

Aux termes de ses dernières conclusions en date du 31 décembre 2010, elle demande donc non seulement que soit jugé que la société Auchan viole la convention collective, mais encore que les accords d'entreprise des 28/08/2000, 11/10/2000, 2/10/2001, 4/10/2002, 7/7/2003, 9/7/2004 et 9/9/2005 sont nuls en CE qu'ils contreviennent aux dispositions légales relatives au SMIC, les déclarer inopposables aux salariés, condamne, en conséquence la société Auchan à régulariser, depuis le 1^{er} janvier 2000, la situation de chacun des salariés concernés en leur versant un salaire composé du SMIC horaire légal pour 35 heures, assorti du complément de rémunération visé à l'article D. 3531-5 du Code du travail et ce sous astreinte, la condamner à cette régularisation pour l'avenir à compter du 1^{er} janvier 2005 également sous astreinte, la condamner au paiement de la somme de 30 000 € à titre de

dommages et intérêts et de 3 000 € sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

MOTIVATION :

Sur la recevabilité :

La société Auchan soutient d'abord que les demandes présentées par la fédération ont un caractère purement individuel puisqu'elles tendent avant tout à une régularisation de salaire. A ce titre, elles relèvent donc, selon elle, de la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes.

Selon la fédération, il s'agit de la défense de l'intérêt collectif de la profession.

En l'espèce, il apparaît que la demande portant sur la question de savoir si les accords d'entreprise pris depuis 2000 respectent ou non la convention collective relative à l'application des 35 heures ainsi que les dispositions légales est bien recevable devant le tribunal de céans à ce titre.

Ensuite, la société Auchan vient prétendre que, nul ne plaçant par procureur, la fédération ne justifie d'aucun droit à agir.

Or la fédération a, conformément à ses statuts, désigné son secrétaire général M. Brule afin de mener à bien son action, de sorte qu'elle est recevable à agir.

La société Auchan soutient enfin que la fédération ne démontrerait aucun intérêt à agir puisqu'elle défend en son nom propre les intérêts individuels de la profession.

Or, la fédération défend bien les intérêts collectifs de la profession et à ce titre a bien intérêt à agir pour voir annuler des accords d'entreprise et en interdire l'application à quelque salarié de l'entreprise que ce soit

Il convient enfin de préciser, comme le relève justement la fédération, qu'il ne s'agit ici nullement de l'exercice du droit d'opposition, mais d'une demande tendant à voir annuler des accords de 2000 à 2005, étant précisé encore que les accords des années 2004 et 2005 sont bien visés.

Au total, la fédération est bien recevable à agir devant le tribunal de céans.

Sur le fond :

Le litige porte sur le respect par la société Auchan des dispositions légales relatives au SMIC et des dispositions conventionnelles accordant aux salariés un temps de pause rémunéré et notamment sur l'exclusion du temps de pause du calcul de la rémunération.

Ainsi, la fédération estime que, depuis le passage au 35 heures, la société Auchan a, par le biais des accords d'entreprise et pour la première fois en 2000, considéré que le forfait pause qui existait avant le passage aux 35 heures pourrait correspondre au complément de salaire de la garantie mensuelle de rémunération (GMR) prévue par la loi, de sorte qu'elle ne paie plus le forfait pause en sus du temps de travail et viole ainsi la loi et la convention collective.

Tel n'est pas le point de vue de la société Auchan qui soutient respecter la loi et la convention collective.

En l'espèce, l'article L. 3231-2 du Code du travail et l'article L. 3231-4 du même code assurent aux salariés un salaire minimum garantissant leur pouvoir d'achat.

La loi Aubry II est venue instituer un complément différentiel de rémunération pour assurer au salarié une garantie mensuelle de rémunération (GMR) égale au SMIC 39 heures correspondant à la date de passage aux 35 heures.

Ce complément a été prévu dans l'article D. 3231-5 du Code du travail pour les salariés dont le salaire est inférieur au SMIC, de façon à le porter au niveau de ce SMIC.

Il a été également prévu que ce complément est amené à diminuer au fur et à mesure de l'augmentation du taux horaire afin de permettre à tous les salariés d'avoir un salaire horaire correspondant au SMIC au 1^{er} juillet 2005.

En vertu de l'article 5-4 de la convention collective de branche du 12 juillet 2001 reprenant l'article 26 de la convention collective du 12 mars 1958, tout travail continu dépassant cinq heures donnera lieu à un repos payé d'un quart d'heure, tout travail continu d'une durée de huit heures ou plus donnera lieu à un repos payé d'une demi-heure.

Cette convention collective a prévu qu'une pause payée est attribuée à raison de 5 % du temps de travail effectif et a défini la pause comme un temps de repos payé ou non, compris dans le temps de présence journalier dans l'entreprise, pendant lequel l'exécution du travail est suspendue.

Depuis le 1^{er} juillet 2003, un accord d'entreprise prévoit en son article 2-7 que le paiement du temps de pause est réalisé par intégration dans le taux horaire de base de chaque salarié, à compter de la paie de novembre 2003 : c'est à cette date que le temps de pause égal à 5 % est désormais intégré dans le taux horaire.

Il convient de rechercher si, comme le soutient la fédération, le taux horaire, hors forfait pause, est ou non inférieur à la GMR, dès lors que la société Auchan le fait correspondre au complément de salaire GMR prévu par la loi.

La fédération vient d'abord avancer, sans être contredite sur ce point, que le salaire mensuel horaire GMR doit être de 7,92 € + 5 %, en application de la convention collective et de la loi, alors qu'il est de 7,57 € forfait pause inclus dans la société Auchan.

Elle en conclut que, d'une part, la société Auchan ne verse pas de différentiel de salaire pour assurer la GMR au mépris de la loi et que, d'autre part, elle verse un taux horaire, hors forfait pause, de 7,21 € alors que le taux horaire de la GMR est de 7,55 € pour 35 heures.

La société Auchan, quant à elle, reconnaît que le forfait pause est payé au titre du complément de salaire, invoquant à ce titre les adaptations à la convention collective résultant de ses avenants, mais aussi des accords d'entreprise.

Or, comme il l'a été rappelé ci-dessus, la convention collective a bien prévu la rémunération d'un temps de pause en tant que tel, différencié sur le bulletin de salaire.

A ce propos, il convient de rappeler qu'en ce qui concerne l'avenant du 2 mai 2005, l'avis de la commission nationale de la négociation collective a été sollicité et que ses conclusions retiennent clairement qu'il convient de retrancher le temps de pause du taux horaire pour savoir si le salarié bénéficie ou non du SMIC.

Par ailleurs, les dispositions légales (article D. 3231-5 du Code du travail) assurent aux salariés dont le salaire horaire est inférieur au SMIC un complément calculé de façon à porter leur rémunération au montant dudit SMIC.

Or, en incluant le temps de pause à la rémunération, la société Auchan non seulement ne respecte pas la convention collective prévoyant le versement des pauses comme un avantage conventionnel prévu au sein de l'entreprise en sus du salaire et figurant sur le bulletin de salaire sur une ligne distincte, mais, encore, elle n'assure pas la GMR prévue lors du passage aux 35 heures.

Au surplus, la jurisprudence retient de manière constante que les temps de repas et les temps de pause ne sont considérés comme du temps de travail effectif que lorsque le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives, sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. En l'espèce, la convention collective nationale précise que l'exécution du travail est suspendue pendant le temps de pause.

Ainsi, en incluant le temps de pause dans la rémunération, remplaçant le complément de salaire légalement payé par les temps de pause payés, la société Auchan viole à la fois les dispositions conventionnelles sur la pause et celles légales sur la GMR puisque, comme il l'a été indiqué ci-dessus, en incluant le temps de pause dans le calcul du salaire, celui-ci devient inférieur à la GMR.

Selon accord conclu en février 2008, la société Auchan a du reste prévu une grille de salaire minima conventionnel de la branche qui comprend un temps de pause rémunéré à 5 % de la rémunération du temps de travail effectif en plus de celui-ci avec un salaire de départ de 1 344 € par mois (soit le SMIC), de sorte qu'elle a ainsi reconnu que le temps de pause prévu par la convention collective devait être payé en sus du SMIC.

Par ailleurs, la fédération verse aux débats un arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 juillet 2010 dont il résulte que le temps de pause ne correspond pas à du temps de travail effectif, que les primes le rémunérant ne sont pas la contrepartie du temps de travail et que la rémunération du temps de pause ne peut entrer dans l'assiette du salaire devant être comparée au SMIC.

Dans un arrêt du 26 octobre 2010, la Cour a en outre précisé que la rémunération du temps de pause ne pouvait constituer la contrepartie devant être versée par l'employeur au titre de la GMR et, enfin, dans un arrêt en date du 9 novembre 2010, elle a retenu que l'employeur ne peut exiger que le salarié soit présent 159,66 heures dans l'entreprise sans avoir à rémunérer en sus les huit heures représentant les pauses.

En conséquence, et dans la mesure où les accord collectifs conclus depuis le 28 août 2000 sont défavorables aux salariés en ce qu'ils incluent les pauses dans le calcul du salaire, qu'ils sont au surplus contraires à la loi, il convient de les déclarer nuls et de nul effet et, par voie de conséquence, de dire les dispositions qui y sont énoncées sur ces points inopposables aux salariés.

Il convient donc de condamner la société Auchan à régulariser depuis le 1^{er} janvier 2000 la situation de l'ensemble des salariés concernés en leur servant un salaire composé du SMIC horaire légal pour 35 heures de travail assorti du complément de salaire visé à l'article D. 1231-5 du Code du travail, pour assurer la GMR II applicable au sein de l'entreprise, augmentée de 5 % correspondant au forfait pause prévu à la convention collective nationale applicable, et ce sous astreinte de 5 000 € par jour de retard passé le délai d'un mois suivant la signification de la présente décision.

A compter du 1^{er} juillet 2005, alors qu'il n'existe plus de complément différentiel et que seul le SMIC est applicable, alors que la société Auchan a intégré clairement le forfait pause dans le salaire mensuel, il convient de la condamner

à régulariser la situation de l'ensemble des salariés concernés en leur servant un salaire composé du SMIC mensuel légal augmenté de 5 % correspondant au forfait pause prévu par la convention collective nationale et ce sous astreinte de 5 000 € par jour de retard passé le délai d'un mois suivant la signification de la présente décision.

La société Auchan est du reste revenue sur cette situation depuis 2008.

Sur le préjudice à l'intérêt collectif de la profession :

En l'espèce, en intégrant, depuis les accord de 2000 et en pratique depuis juillet 2003, le forfait pause dans le calcul du salaire, la société Auchan a causé un préjudice à l'intérêt collectif de la profession qu'il convient d'indemniser en la condamnant au paiement de la somme de 10 000 € à titre de dommages et intérêts.

Sur les demandes annexes :

La société Auchan qui succombe sera déboutée de sa demande formée sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile et condamnée de ce chef à payer à la fédération la somme de 3 000 €.

Elle sera également condamnée aux dépens de l'instance.

PAR CES MOTIFS :

Déclare recevable l'action de la fédération des services CFDT,

Dit que la société Auchan a violé les dispositions de la convention collective nationale relative au forfait pause rémunéré et les dispositions de la loi relatives au SMIC,

Dit que les accords d'entreprise des 28 août 2000, 11 octobre 2000, 2 octobre 2001, 4 octobre 2002, 7 juillet 2003, 9 juillet 2004 et 9 septembre 2005 sont nuls et de nul effet,

Les déclare inopposables aux salariés de l'entreprise,

EN CONSÉQUENCE :

Condamne la société Auchan à régulariser depuis le 1^{er} janvier 2000 la situation de l'ensemble des salariés concernés en leur servant un salaire composé du SMIC horaire légal pour 35 heures de travail assorti du complément de salaire visé à l'article D. 3231-5 du Code du travail, pour assurer la GMR II applicable au sein de l'entreprise, augmenté de 5 % correspondant au forfait pause prévu à la convention collective nationale applicable et ce sous astreinte de 5 000 € par jour de retard passé le délai d'un mois suivant la signification de la présente décision,

La condamne également à compter du 1^{er} juillet 2005, à régulariser la situation de l'ensemble des salariés concernés en leur servant un salaire composé du SMIC mensuel légal augmenté de 5 % correspondant au forfait pause prévu par la convention collective nationale et ce sous astreinte de 5 000 € par jour de retard passé le délai d'un mois suivant la signification de la présente décision,

La condamne à payer à la fédération des services CFDT la somme de 10 000 € à titre de dommages et intérêts,

La déboute de sa demande formée sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

(Mme Polle-Senaneuch, prés. - M^{es} Ducrocq, Kadri, Marquet de Vasselot, Duquesne, av.)