



HAL
open science

L'action de groupe contre les discriminations au travail : une menace judiciaire au service du dialogue social ?

Alexis Bugada

► To cite this version:

Alexis Bugada. L'action de groupe contre les discriminations au travail : une menace judiciaire au service du dialogue social ?. *Chroniques du Travail*, 2018, L'égalité dans l'entreprise, 8, pp.191-203. hal-02019989

HAL Id: hal-02019989

<https://amu.hal.science/hal-02019989>

Submitted on 14 Feb 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

2.4 L'ACTION DE GROUPE CONTRE LES DISCRIMINATIONS AU TRAVAIL¹

Une menace judiciaire au service du dialogue social ?

Alexis Bugada

La France a finalement adopté l'action de groupe en droit du travail, alors que bien des pays européens l'avait précédée (Angleterre, Portugal, Allemagne, Italie, Suède). Cette action a deux ans d'âge² ; ce fut son anniversaire en novembre (*Loi dite de modernisation de la justice du XXI^e siècle*)³. Elle prolonge les apports de la loi adoptée en 2014 en droit de la consommation (loi dite « Hamon »)⁴. Cette innovation consacre de nouvelles opportunités procédurales, mais dont la portée reste incertaine⁵. Son domaine est exclusivement celui de la lutte contre les discriminations en entreprise s'agissant des dispositions consacrées dans le Code du travail⁶. D'autres dispositions ont vocation

à s'appliquer aux relations de travail dans le domaine public (droit administratif)⁷. La loi ne consacre pas, à proprement parler, de « *collective action* » (au sens du droit américain)⁸ dans le domaine des rémunérations ou dans l'atteinte de droits sociaux, hormis l'hypothèse d'un effet induit par des discriminations. Mais d'autres voies très efficaces demeurent pour compenser cette absence. C'est notamment le cas lorsque le conseil de prud'hommes est saisi de demandes multiples, qu'il y ait ou non jonction des instances. Ce fut précisément le cas pour l'affaire remarquable dite des « *Chibanis* » contre la SNCF qui illustre l'efficacité de l'action individuelle⁹. L'employeur a été condamné

1. Cet article est issu d'une communication dans le cadre d'une conférence portant sur « La lutte contre les discriminations dans le domaine de l'emploi : USA/France » (19 décembre 2017). Cet évènement a été organisé en partenariat avec le Centre de Droit Social (CDS EA 901), le Défenseur des droits et le Consulat Général des États-Unis à Marseille. La communication portait sur la l'action de groupe à la française contre les discriminations au travail. Elle a été mise en forme en vue de la présente publication dans ce numéro de *Chroniques du Travail*. L'approche didactique a néanmoins été maintenue.

2. À la date de parution de cet article en 2018.

3. Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016.

4. SERENO S. (2017), « Les actions de groupe issues de la loi J 21 : outils de modernisation de la justice (sociale) ? », *Gaz. Pal.*, n°20, p.86.

5. BEN ACHOUR S. (2016), « L'action de groupe n'aura aucune réalité judiciaire », *Sem. Soc. Lamy*, 1741, p. 6.

6. C. trav. art. L. 1134-6 et s.

7. BUGADA A. (2017), « L'action de groupe en matière de discrimination dans les relations de travail », *JCP S*, n° 4, 1028 ; *Procédures 2017*, n°2, étude 6.

8. Sur lesquelles : FIORENTINO A. (2012), « Les class actions en droit du travail américain », *JCP S*, 1415.

9. SERENO S. (2018), « Épilogue de la bataille judiciaire des Chibanis contre la SNCF (CA Paris, 31 janv. 2018) », *Gaz. Pal.*, n°20, p.70.

à verser plus de 160 millions d'euros pour indemniser 848 travailleurs marocains privés du statut de cheminot. On songe aussi aux actions formées par les syndicats, dans les litiges collectifs, portés devant le juge civil (ex. contentieux des conventions collectives). Cela étant posé, et par comparaison, l'action de groupe en droit du travail a une vocation limitée : celle de combattre les inégalités en s'appuyant sur des cas de discrimination illicite et systémique¹⁰, ce qui la distingue des autres actions judiciaires. Le maintien d'une diversité des possibilités processuelles dans la catégorie des litiges collectifs n'en fait qu'une action parmi d'autres, ce qui fait douter de son efficacité¹¹. Mais ce regard pourrait changer au regard des initiatives récentes de certaines organisations syndicales de salariés.

La réforme de 2016 a été conçue en tenant compte du pli culturel national. Le législateur a préféré rester prudent pour éviter les dérives contentieuses et l'emprise d'avocats spécialisés, habiles à mobiliser une procédure aux aspects médiatiques ravageurs (par comparaison aux USA). D'ailleurs, une résolution et une recommandation européennes (2012-2013)¹² ont tenté de dessiner un cadre commun aux recours collectifs,

éloigné du modèle américain. La France a entendu le message. Pour autant, deux ans après l'adoption de l'action de groupe, point de grande affaire judiciaire en ce domaine. Les procédures classiques demeurent préférées par les plaideurs (cf. l'affaire des « Chibanis », *préc.*). Par comparaison avec les USA, il n'y a pas encore l'équivalent des affaires *Texaco* (reconnaissant une discrimination raciale collective) ou *Walmart* (déniant la class action de 1,5 million de salariées). Il y a cependant des prémices plus modestes, mais notables. Deux actions ont récemment été publiquement annoncées. L'objectif vise surtout à marquer les esprits par captation médiatique, ce qui ne doit pas être minoré au titre de l'action syndicale. Ces deux cas sont connus.

Le premier résulte de l'initiative de la Fédération de la métallurgie CGT¹³. Celle-ci a mis en demeure *Safran Aircraft Engines* (du Groupe Safran). L'action vise à combattre une **discrimination syndicale** alléguée (évolution professionnelle des délégués syndicaux). L'argument peut se résumer ainsi : sur un site (un lieu d'exploitation), la comparaison effectuée en analysant les salaires et les coefficients de salariés embauchés à la même période jusqu'à l'engagement syndical, permettrait

10. Sur la notion : MERCAT-BRUNS M. (2015), « L'identification de la discrimination systémique », *RDT*, p. 672.

11. CHONNIER J.-M. & ROUSPIDE-KATCHADOURIAN M.-N. (2017), « L'action de groupe dans les relations de travail : un dispositif novateur à l'efficacité incertaine », *RJS*, n°1, p. 3. ADAM P. (2017), « L'action de groupe discrimination : sur la prudente audace d'une réforme majeure », *Dr. soc.*, n°7, p. 638. CLÉMENT E. (2017), « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *JCP S*, n° 38, p. 27. GUIOMARD F. (2016), « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *RDT*, n°1, pp. 52-56.

12. Résolution du Parlement européen, 12 janv. 2012, « vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif », n°A 7-0012/2012. Recomm. de la Comm. européenne, 11 juin 2013, relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, n°IP/13/524.

13. CHAMPEAUX F., EL YACOUBI M. (2017), « La première action de groupe est lancée », *Sem. Soc. Lamy*, n° 1771, p. 2

de dévoiler une discrimination dans le déroulement de la carrière. Le syndicat estime que l'extrapolation, construite selon la méthode « Clerc », concerne tous les sites de l'entreprise et que la discrimination se révèle systémique. D'où une mise en demeure adressée au chef de cette entreprise renommée. Ce serait, pour reprendre les médias, la **première action de groupe** initiée en France¹⁴. Après cette mise en demeure, le Tribunal de Grande Instance de Paris a été saisi aux fins de cessation de la discrimination¹⁵.

La seconde initiative concerne une action de groupe pour discrimination de **salariés handicapés** initiée par le syndicat Sud-Rail contre la *Société Nationale des Chemins de fer* (SNCF)¹⁶. Là encore, la démarche a largement été relayée¹⁷ par une communication soignée. Le syndicat estime que la rémunération moyenne globale de ces salariés serait inférieure de plus de 10% à celle des non-handicapés. Mais aussi que leur carrière serait freinée, l'aménagement des postes de travail serait négligé, qu'il y aurait des formations insuffisantes, voire une baisse des embauches sur ce public cible devant pourtant faire l'objet d'une mesure de discrimination positive (embauche à hauteur de 6% du personnel). La SNCF conteste. Elle a même proposé un **nouvel accord collectif Handicap**, mais que le

syndicat trouverait plus discutable encore que les précédents. Nous sommes ici dans un contexte de négociation obligatoire, mais de négociation tout de même. Ce serait - nous dit-on - la **première action collective française** fondée sur un cas de **discrimination indirecte** (discrimination résultant d'un critère neutre). À ce stade, cette initiative ne semble pas avoir dépassé la phase précontentieuse.

Une rapide analyse de cas illustre comment ces syndicats mobilisent la nouvelle action. Ce sont deux syndicats de type contestataire, mais habiles dans le traitement des conflits collectifs à partir de leur juridicisation et de leur médiatisation¹⁸. Leurs actions sont bien relayées avant même que la justice ne soit saisie ou n'ait tranché le litige. Le contexte est celui d'une prétendue discrimination dans le périmètre d'une négociation collective conflictuelle, ce qui donne à celle-ci une texture particulière¹⁹. Les objets de négociation disputés portent sur les parcours syndicaux d'une part, et le handicap d'autre part. L'action de groupe (médiatisée) est ainsi mobilisée en appui du dialogue social, mais aussi de la construction d'une image syndicale : celle de syndicats « en pointe » dans l'action revendicative, qui ainsi seraient les « premiers » de l'histoire syndicale française à utiliser l'action de groupe. Ces

14. [<http://cgt.fr/La-CGT-assigne-Safran-en-justice-dans-le-cadre-de-la-premiere-action-de-groupe.html>].

15. CARO M., CHAMPEAUX F. (2018), « La première action de groupe devant le TGI de Paris », *Sem. Soc. Lamy*, n°1809, p. 6.

16. [<https://sudrail.fr/SUD-Rail-lance-une-action-de-groupe-contre-la-discrimination-collective>].

17. Par ex. : France Info, Le Monde, Le Point, L'Express, Le Figaro...

18. Sur le plan sociologique, ces usages peuvent entrer dans la catégorie des procès orchestrés : DE BEAUFORT V., MASSON A. [dir.] (2011), *Lobbying et procès orchestrés*, éd. Larcier, coll. "Droit, Management et Stratégies", 182 p.

19. PASTOR E. (2017), *Essai sur le dialogue social conflictuel : contribution à l'étude de la résolution amiable des conflits collectifs du travail*, Th. Aix-Marseille Université, 4 déc. [<https://www.theses.fr/2017AIXM0526>].

annonces sont portées comme « symboliques » de la discrimination en France. On perçoit ici la course à l'image que l'on pourrait rechercher à corrélérer, pour quoi pas, aux cycles des élections professionnelles. La menace d'action de groupe relève d'une stratégie raffinée, ce qui se conçoit dans le rapport de force caractéristique de certaines relations de travail déléteres.

Les propos de responsables de la CGT, relayés par la presse, sont éloquentes : « Nous avons un rapport de force favorable grâce à l'action de groupe qui peut s'ensuivre. C'est une chance donnée à la négociation »²⁰. Car c'est bien un horizon négocié, par forçage du dialogue social dont il s'agit ici, plus que la recherche d'une résolution judiciaire. Le recours au juge est brandi comme une menace pour modifier ce rapport de force, au profit d'un objectif négociable en parallèle. Et si la justice « sociale » résulte plutôt d'un accord entre les parties, on perçoit tout l'intérêt de cette mise en contexte judiciaire et médiatique. Cela participe, selon nous, du développement des modes alternatifs de règlement des différends qui mérite d'être promu à condition que l'arme judiciaire soit brandie sans excès et ne soit pas qu'un outil de communication détourné. Ces deux cas illustrent bien la philosophie de l'action de groupe à la française. L'article L.1134-6 du Code du travail, issu de la loi de 2016, vise plutôt à faire cesser la discrimination et **prévenir le litige** plutôt que de le rechercher à des fins purement indemnitaires.

Cette voie d'action collective articule le dialogue social et le traitement judiciaire de façon innovante. Par le dialogue provoqué, elle est censée contribuer à éviter le procès pour combattre les discriminations à la source.

Plan. Une juste perception de l'action de groupe nécessite cependant un *focus* sur ses principaux éléments. Six points seront ici rapidement examinés de façon didactique : dans quel contexte juridique s'inscrit l'action de groupe (I) ? De quoi s'agit-il (II) ? Qui peut agir (III) ? Selon quelles modalités (IV) ? Comment se déroule la phase judiciaire (V) ? Quel est l'apport de cette nouvelle action en justice (VI) ? Le but de cette courte présentation consiste à donner les clefs de compréhension de ses usages potentiels dans une perspective critique. Il se pourrait, *in fine*, que l'efficacité de cette action réside davantage dans sa menace que dans ses réalisations judiciaires, ce dont il faut en déduire l'utilité.

I- Quel contexte juridique ?

En droit du travail, le droit de la non-discrimination s'est d'abord construit **essentiellement à partir des actions individuelles personnelles**. La preuve en ce domaine est réputée difficile à rapporter. Voilà pourquoi elle a été allégée par le législateur (le demandeur présente désormais des éléments de fait laissant supposer la discrimination). Lorsque les actions individuelles aboutissent, elles sont à forts dommages et intérêts, puisqu'elles réparent l'entier préjudice,

20. AIZICOVICI F. (2017), « La CGT passe à l'action de groupe contre les discriminations syndicales », *Le Monde Économie*, 23 mai.

le cas échéant sur toute la carrière du (des) salarié(s) concerné(s). En ce domaine, le barème limitatif des indemnités prud'homales est expressément écarté. Le salarié peut agir, le cas échéant, avec l'assistance ou l'intervention des syndicats (action en substitution) voire en se faisant assister ou représenter, devant le conseil de prud'hommes, par un défenseur syndical. En outre, le Défenseur des droits peut aider à la constitution du dossier et présenter des observations devant les juges du travail ; il peut aussi intervenir en entreprise pour inciter à recourir aux médiations qu'il jugerait utiles²¹. L'intervention de cette autorité constitutionnelle est souvent décisive pour la résolution du différend ou du litige.

La sensibilité sociale en ce domaine est considérable. L'une des réponses apportées par le législateur au fil des ans a été de multiplier les critères discriminants illicites, au point de fonder un politique illisible. Le texte clef est l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, qui a transposé le droit européen en ce domaine²², et a été incorporé à l'article L.1132-1 du Code du travail. Deux nouveaux critères sont apparus récemment. On songe à « *la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique apparente ou connue* » (loi du 24 juin 2016). Mais

également à « *la capacité de s'exprimer dans une langue autre que le français* ». Le droit français contient désormais 24 critères, mais le mode de comptabilité peut varier selon les auteurs et la façon de les aborder²³. On peut citer : l'origine, le sexe, la situation de famille, la grossesse, l'apparence physique, le patronyme, le lieu de résidence, l'état de santé, la perte d'autonomie, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, l'appartenance (vraie ou supposée) à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée. De quoi inviter aux débats sociétaux (et judiciaires) construits autour d'une conception extensive de la discrimination pour la rapprocher des perceptions évasives de l'égalité. L'action de groupe, dans ce contexte, structure un type d'action collective pour s'attaquer aux discriminations systémiques. Il s'agit de remettre en cause des pratiques managériales pathogènes, qu'elles fussent voulues ou non, calculées ou déduites d'un déficit de pilotage RH insuffisamment volontariste, en se fondant sur une approche procédurale distincte des litiges individuels précités.

II- De quoi s'agit-il ?

Dans ce cadre de lutte contre les discriminations prohibées par l'article

21. SERENO S. (2017), *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, PUAM, coll. "Centre de Droit Social", 914 p.

22. Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

23. D'autres textes ajoutent d'autres cas de sanctions, notamment en cas de discrimination en raison de l'exercice normal du droit de grève, en raison des fonctions de juré ou de citoyen assesseur, d'un refus de mutation dans un pays incriminant l'homosexualité. L'exercice du droit d'alerte et plus largement (pour la jurisprudence) l'atteinte à une liberté fondamentale bénéficient de protections comparables.

L.2232-1 du Code du travail, l'action de groupe est envisagée lorsque plusieurs salariés, placés dans une situation similaire, subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles. Trois conditions doivent donc être réunies :

- une pluralité de victimes placées dans une situation similaire (*c'est-à-dire* le groupe) ;
- une discrimination directe ou indirecte fondée sur un même motif ;
- une imputation commune à un même employeur.

L'action vise d'abord à faire cesser la discrimination directe ou indirecte et, le cas échéant, réparer le préjudice subi. La réparation indemnitaire n'est pas l'objectif premier de cette action. D'ailleurs, lorsqu'elle est envisagée, le préjudice couvert est doublement limité. D'abord il concerne celui qui est postérieur à la loi (non-rétroactivité de la loi nouvelle). Ensuite, il doit être postérieur à l'envoi d'une mise en demeure de faire cesser la situation discriminatoire (afin de résoudre le différend par le dialogue). La réparation ne couvre donc pas l'entier préjudice, ce qui en réduit l'intérêt par rapport aux actions individuelles intentées devant le Conseil des prud'hommes. L'action de groupe est une action spécifique, contribuant à la régulation des relations collectives de travail. Elle commence ainsi par une menace : celle d'agir en justice. Elle a d'abord une finalité fonctionnelle plus qu'indemnitaire, mais ne l'exclut pas.

III- Qui peut agir ?

À titre principal, ce sont les organisations syndicales qui sont concernées, du moins celles qui peuvent se prévaloir d'être **représentatives**. Cette condition interroge alors que, traditionnellement, tous les syndicats disposent de l'action civile, indépendamment de cette qualité. C'est sans doute un élément distinctif qui rattache l'action à la logique du dialogue social. Cela étant précisé, sont concernées les organisations syndicales représentatives de l'**entreprise**, mais aussi celles **extérieures** à l'entreprise (branche ou interprofession). La menace judiciaire peut donc être externe à la communauté de travail circonscrite à l'établissement ou l'entreprise. Cet élément conforte la position des acteurs du dialogue social négocié. Ce sont eux les titulaires de l'action (et non les salariés, simples bénéficiaires éventuels du jugement statuant sur la responsabilité). D'ailleurs l'adhésion du salarié au groupe ne vaut pas adhésion au demandeur à l'action. Il y a une nette distinction entre le public cible (personnes discriminées constitutives du groupe) et le titulaire de l'action de groupe (l'organisation syndicale). Cette séparation est saine. Elle évince le conflit d'intérêts et positionne le demandeur en surplomb d'un intérêt collectif circonscrit (lutte contre les discriminations dans l'entreprise).

Plus exceptionnellement, cependant, les **associations déclarées** (depuis 5 ans)²⁴ intervenant dans le domaine des discriminations et du handicap peuvent agir, mais dans un domaine très limité : au

24. Contrairement à d'autres d'actions de groupe, l'expérience (5 ans) a été préférée à l'agrément administratif.

profit des candidats à l'emploi ou à un stage, victimes de discriminations. Récemment le législateur a cependant procédé à un ajustement (janvier 2017)²⁵. Ces associations étant parfois très spécialisées et efficaces, il a considéré que l'organisation syndicale demandeuse à l'action pouvait solliciter l'**aide d'une telle association**. C'est une façon d'impliquer plus largement le monde associatif sans enfreindre le quasi-monopole syndical en ce domaine. Cependant, on ne sait pas comment cette aide se matérialise sur le plan procédural. Ces associations pourront-elles intervenir à l'instance ? Ou assister le demandeur, mais sans le représenter puisque la procédure applicable devant le juge civil nécessite la représentation par avocat (procédure civile ordinaire)²⁶. Reste que cet ajout permet aux organisations professionnelles de s'appuyer sur le savoir-faire d'associations militantes afin d'augmenter le coefficient d'efficacité de leur action.

IV- Selon quelles modalités ?

L'organisation syndicale doit d'abord demander à l'employeur de faire cesser la discrimination collective. Elle le fait par voie de mise en demeure²⁷. Dans le délai d'un mois, l'employeur informe le comité social et économique (CSE), lorsqu'il existe, ainsi que les organisations syndicales représentatives. À la demande de l'un ou l'autre, une **discussion** s'engage

afin de trouver les mesures permettant de faire cesser la discrimination. Cette activation des acteurs du dialogue social dans l'entreprise interroge l'efficacité de l'action de groupe lorsque l'entreprise est dépourvue d'institution représentative, soit en raison d'une carence, soit en raison d'un effet de seuil (nombre de personnels). Cette spécificité donne l'impression que l'action de groupe a plutôt été conçue en tenant compte du modèle des entreprises de taille suffisante pour engager un dialogue social interne pertinent. Cela dit, les remèdes aux discriminations sérielles sont suffisamment larges pour ne pas distinguer selon la taille de l'entreprise. En effet, le remède peut être contractuel, unilatéral ou résulter d'un accord collectif. Il peut s'induire d'une médiation par l'intermédiaire de l'Administration du travail ou du Défenseur des droits, voire celle d'un tiers. La loi de 2017 (précitée) pourrait contribuer à faire jouer un rôle aux associations déclarées en ce domaine. De plus, si un « accord » est trouvé, il n'a pas à faire l'objet d'une homologation par le juge de la procédure, comme cela est envisagé dans les dispositions sociales des autres actions de groupe orientées sur des fins indemnitaires²⁸. On comprend ainsi qu'aucun mode de résolution n'est privilégié, bien que ce soit une organisation syndicale représentative qui soit actrice de l'action de groupe. L'accord collectif

25. L. n°2017-86, 27 janv. 2017, relative à l'égalité et à la citoyenneté, art. 212.

26. Ce qui exclut la représentation par un défenseur syndical, contrairement à la matière prud'homale.

27. BOULANGER A., JONIN D. (2017), « La phase précontentieuse dans l'action de groupe en matière de discrimination en droit du travail », *Sem. Soc. Lamy*, n°1786, 12 oct., p. 5.

28. En ce domaine, la procédure collective d'indemnisation se rapproche de l'idée d'accord transactionnel, ce qui n'est pas nécessairement le cas pour l'action de groupe en droit du travail.

de droit commun n'est donc pas exigé pour mettre fin à la situation illicite. C'est un outil parmi d'autres, mais implicitement recommandé.

L'idée est simple. Elle consiste à laisser une marge de manœuvre importante aux acteurs pour mettre fin au différend. Si celui-ci persiste, l'action en justice pourra être engagée. Mais un délai doit être respecté. L'assignation ne peut être adressée moins de six mois après la demande (mise en demeure) ou à compter du rejet de cette demande par l'employeur, ce qui peut encore retarder la saisine du juge et conférer à l'employeur un pouvoir d'atermoiement relatif. Car le facteur temporel est essentiel. Il a vocation à conférer aux acteurs un délai utile au dialogue constructif et loyal, ce à quoi le juge saisi sera sensible. Le dispositif n'encourage pas la précipitation d'autant que la voie du référé demeure ouverte si besoin était, notamment sur le fondement du trouble manifestement illicite.

V- Selon quelle procédure ?

Cette phase se déroule devant le juge civil de droit commun (Tribunal de Grande Instance)²⁹, selon les canons de la procédure civile ordinaire contentieuse (représentation)³⁰. Aucun des textes du Code du travail n'écarte, en effet, les dispositions du code de procédure civile sur ce point.

De plus la demande en justice nécessite de s'appuyer sur un public cible pluriel qui permettra, ultérieurement, de circonscrire le groupe. Mais pour ce faire, il convient que plusieurs victimes acceptent de présenter au demandeur (*c'est-à-dire* le syndicat) des éléments au soutien de sa demande. Cela pose la question de la confidentialité ou de l'identification des individus concernés avant toute adhésion au groupe, qui correspond à une autre étape de la procédure. C'est d'autant plus délicat (ou dissuasif ?) que le décret du 6 mai 2017³¹ exige que l'assignation expose expressément, à peine de nullité, les **cas individuels** présentés par le demandeur au soutien de son action (le cas peut-il être individuel sans être identifié nommément ?). C'est donc que l'individualisation des discriminations est un élément clef de la validité de la procédure.

Cette étape franchie, le tribunal rend un jugement sur la cessation de la situation illicite et, le cas échéant, sur la responsabilité indemnitaire. Il y définit le **groupe** de personnes concernées et **identifie les éléments permettant de circonscrire ce groupe**. Cette étape pourrait être comparée à celle de la *certification* du droit américain. Le juge précise également les mesures à prendre pour faire cesser l'illicite, les éventuels préjudices à réparer³² et le délai dans lequel les

29. CPC, art. 826-3.-Le tribunal de grande instance territorialement compétent est celui du lieu où demeure le défendeur. Le tribunal de grande instance de Paris est compétent lorsque le défendeur demeure à l'étranger ou n'a ni domicile ni résidence connus.

30. CPC, art. 826-5.-La demande est formée, instruite et jugée selon les règles applicables à la procédure ordinaire en matière contentieuse.

31. Décret n°2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévus aux titres V et VI de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

32. Préjudices économiques et moraux (rappels de salaires, classification, primes, reconstitution de carrière), ce qui peut poser de délicat problème d'articulation entre les procédures civiles et prud'homales.

victimes peuvent adhérer au groupe (système de *l'opt in*). Il peut désigner un tiers pour apporter une aide technique à la résolution de la discrimination (le tiers est choisi parmi tout professionnel justifiant d'une compétence dans le domaine considéré), celui-ci devant s'en rapporter au juge. Une fois la **condamnation définitive**, le jugement fait l'objet de mesures de publicité pour permettre l'adhésion au groupe. Les demandes de réparation individuelle sont adressées au demandeur (syndicat) ou au défendeur (employeur condamné), selon les modalités arrêtées. L'indemnisation, si elle est admise, est donc individuelle. En cas de refus d'indemnisation par le débiteur condamné (l'employeur), la prétendue victime devra saisir le juge de la procédure de groupe pour obtenir condamnation (le juge vérifiera que sa situation correspond aux éléments caractéristiques du groupe)³³.

On conçoit que selon l'échelle du litige et les moyens de l'entreprise, la résolution du litige génère des **difficultés d'ordre socio-économique**. Voilà pourquoi le juge peut fixer un délai pour remédier à la situation et pour procéder par voie d'injonction. L'action de groupe peut donc avoir un effet majeur sur la santé de l'entreprise. Il paraît difficile pour le juge d'imposer verticalement des mesures systémiques sans avoir tous les éléments économiques et sociaux pour échelonner la mesure. Or dans la tradition française,

le juge civil n'est pas un juge gestionnaire (à l'instar du juge du droit des procédures collectives du droit des sociétés). L'action de groupe ne lui confère pas de pouvoirs de gestion particuliers. Et s'il est habilité par la loi à mettre fin à une situation illégale (discrimination), il n'a pas traditionnellement pour rôle d'établir un plan d'action en faveur d'une politique sociale dans l'entreprise orientée sur l'égalité de traitement. Cependant, l'action de groupe pourrait profondément bouleverser ce rôle, sous couvert de lutte contre les discriminations. La prudence obligera le juge saisi d'une telle action à veiller à ce que le remède ne soit pas pire que le mal pour tenir compte des capacités de l'entreprise.

On relèvera, ici, que les récentes réformes du droit du travail tendent à conférer au juge civil un rôle nouveau dans les contentieux sociaux. D'abord la loi dite « Justice 21 » institue des pôles sociaux au sein des tribunaux de grande instance, ce qui invite à une spécialisation des magistrats affectés à ces pôles. Ensuite, l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017 a clairement désigné ces tribunaux pour les actions en annulation des conventions et accords collectifs. Rapportée au contentieux des discriminations, la précision est importante. L'action en nullité doit être engagée dans le délai de deux mois³⁴ et le demandeur doit démontrer que l'accord contesté est illicite (la charge de la preuve n'est donc pas inversée)³⁵. Mais surtout,

33. Par exemple, s'il s'avère qu'ont été discriminées les femmes, seules, en état de grossesse sur une certaine période.

34. Conditions posées à l'art. L. 2262-14 C. trav.

35. C. trav. art. L.2262-13 : il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales que le régissent.

la loi précise les pouvoirs du juge en ce domaine³⁶. En cas d'annulation de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, il « peut » décider que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou moduler les effets de sa décision dans le temps. Naturellement l'action en annulation d'un accord collectif ne constitue pas une action de groupe ; elle s'en distingue, voire la concurrence. Pour autant, on perçoit que ces deux types d'action collective, s'ils peuvent s'avérer complémentaires, favorisent l'avènement d'un pouvoir de modulation réceptif aux impératifs de gestion³⁷.

VI- Quel apport ?

L'action de groupe en droit du travail offre un outil supplémentaire pour favoriser la cessation des discriminations collectives. Elle encourage les règlements négociés, mais sous la menace d'un jugement en reconnaissance d'un groupe victime. La dimension réparatrice est plus prospective que rétrospective. C'est ainsi que l'on conçoit ses promoteurs, notamment à partir du rapport Pécaut-Rivolier³⁸. L'action de groupe n'est pas déclinée sur le modèle de la « class action » qui fait dépendre la réparation individuelle intégrale de l'action

commune. En réalité, l'efficacité indemnitaire reste à rechercher sur le terrain prud'homal (litiges individuels) qu'il s'agisse d'annuler un licenciement ou de reconstituer une carrière. Le juge du contrat de travail est plus accessible en première instance (pas d'avocat obligatoire) et la preuve est facilitée (ce qui ne semble pas être le cas pour l'action collective)³⁹. L'action de groupe est donc complémentaire des actions en justice déjà existantes, y compris celles déjà confiées aux syndicats de salariés. Ceux-ci peuvent toujours agir en exécution d'une convention collective existante ou pour faire respecter un round de négociation obligatoire (tel que celui relatif au handicap, à l'égalité femmes/hommes). L'action de groupe n'entrave aucunement l'usage des procédures d'urgence (notamment le référé) pour la cessation d'une situation illicite. Les actions collectives, devant tous les tribunaux, au titre de la défense de l'intérêt collectif de la profession, n'en sortent pas diminuées, pas plus que l'action en intervention ou en substitution appuyant ou soutenant la demande d'un salarié dans un litige individuel.

Dans ce contexte, les deux cas présentés en introduction révèlent un usage socio-

36. C. trav. art. L.2262-15 : en cas d'annulation par le juge de tout ou partie d'un accord ou d'une convention collective, celui-ci peut décider, s'il lui apparaît que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, que l'annulation ne produira ses effets que pour l'avenir ou de moduler les effets de sa décision dans le temps, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées à la date de sa décision sur le même fondement.

37. Sur la dimension gestionnaire : MERCAT-BRUNS M. (2017), « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé », *Rec. D.*, n°5, p. 224

38. PÉCAUT-RIVOLIER L. (2013), *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport Public, décembre [http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-l-pecaut-rivolier-2013.pdf].

39. La question est discutée : BUGADA A. (2017), « L'action de groupe en matière de discrimination dans les relations de travail », *op.cit.*

logique de l'action de groupe. Elle est avant tout mobilisée comme aiguillon des *rounds* de négociation conflictuels et à des fins transactionnelles. Elle participe d'une stratégie de redistribution du rapport de force (modification du climat social, implication des médias, menace du coût d'un procès et mise en cause de l'image sociale de l'entreprise). Certes, négocier n'est pas nécessairement obtenir satisfaction, y compris s'agissant des négociations dites obligatoires. Mais leur physionomie pourrait changer en cas de menace d'action de groupe spécialement dans les domaines phares de négociation que sont les parcours syndicaux, les politiques du handicap et l'égalité femmes/hommes (triptyque carrière-rémunération-violence). C'est certainement peu par rapport à tous les critères figurant à l'article L. 1132-1 C. trav. (*cf. supra*). Mais c'est déjà beaucoup si des progrès sont réalisés en ces domaines décisifs et clairement délimités par des objets de négociation obligatoires. Cette hypothèse reste à vérifier, mais il semble possible de considérer que, sur le plan de la stratégie syndicale, l'action de groupe a été pensée comme un appui au dialogue social en général, et à la négociation en particulier, lorsqu'est caractérisée une discrimination systémique dans l'entreprise. À son sujet, l'expression d'« arme nucléaire » ou de « bombe atomique » est fréquemment relayée par les médias, notamment dans les deux affaires relatées en introduction. Cela en dit long quant à l'imagerie véhiculée, même si ces termes sont du registre de l'emphase. Plus que la réalisation du procès, c'est bien l'effet dissuasif qui est recherché, au profit de

la lutte négociée contre les discriminations. C'est une façon de mettre en responsabilité l'ensemble des acteurs du dialogue social plutôt que promouvoir une philosophie strictement judiciaire et probablement inadaptée.

2.4 BIBLIOGRAPHIE

Adam P. (2017), « L'action de groupe discrimination : sur la prudente audace d'une réforme majeure », *Droit Social*, n°7, p.638

Ben Achour S. (2016), « L'action de groupe n'aura aucune réalité judiciaire », *Semaine Sociale Lamy*, 1741, p.6

Boulanger A., Jonin D. (2017), « La phase précontentieuse dans l'action de groupe en matière de discrimination en droit du travail », *Semaine Sociale Lamy*, n°1786, 12 octobre, p.5

Bugada A (2017), « L'action de groupe en matière de discrimination dans les relations de travail », *Semaine Juridique Social*, n°4, 1028 ; *Procédures 2017*, n°2, étude 6

Caro M., Champeaux F. (2018), « La première action de groupe devant le TGI de Paris », *Semaine Sociale Lamy*, n°1809, p.6

Champeaux F., El Yacoubi M. (2017), « La première action de groupe est lancée », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1771, p.2

Chonnier J.-M. & Rouspide-Katchadourian M.-N. (2017), « L'action de groupe dans les relations de travail : un dispositif novateur à l'efficacité incertaine », *Revue de Jurisprudence Sociale*, n°1, p.3

Clément E. (2017), « L'action de groupe : un remède efficace contre les discriminations ? », *Semaine Juridique Social*, n°38, p.27

De Beaufort V., Masson A. [dir.] (2011), *Lobbying et procès orchestrés*, éd. Larcier, coll. "Droit, Management et Stratégies", 182 p.

Fiorentino A. (2012), « Les class actions en droit du travail américain », *Semaine Juridique Social*, 1415

Guiomard F. (2016), « L'action de groupe dans le projet de loi sur la justice du XXI^e siècle : un texte d'anesthésie ? », *Revue de Droit du Travail*, n°1, pp. 52-56

Mercat-Bruns M. (2017), « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé », *Recueil Dalloz*, n°5, p. 224

Mercat-Bruns M. (2015), « L'identification de la discrimination systémique », *Revue de Droit du Travail*, p. 672

Pastor E. (2017), *Essai sur le dialogue social conflictuel : contribution à l'étude de la résolution amiable des conflits collectifs du travail*, Th. Aix-Marseille Université, 4 déc. [<https://www.theses.fr/2017AIXM0526>]

Pécaut-Rivolier L. (2013), *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, Rapport Public, Ministère du Travail, Ministère de la Justice, Ministère des Droits de la femme, décembre [http://www.justice.gouv.fr/publication/rap-l-pecaut-rivolier-2013.pdf]

Sereno S. (2018), « Épilogue de la bataille judiciaire des Chibanis contre la SNCF (CA Paris, 31 janv. 2018) », *Gazette du Palais.*, n°20, p.70

Sereno S. (2017), *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, PUAM, coll. "Centre de Droit Social", 914 p.

Sereno S. (2017), « Les actions de groupe issues de la loi J 21 : outils de modernisation de la justice (sociale) ? », *Gazette du Palais*, n°20, p.86