



**Université des sciences et technologies de Lille**

Faculté des sciences économiques et sociales

Ecole Doctorale SESAM (Sciences économiques, sociales, de l'aménagement et du management)

Laboratoire CLERSE (Centre Lillois d'Etudes et de Recherches Sociologiques et Economiques)

**THESE**

Pour obtenir le grade de

**Docteur de l'université des sciences et technologies de Lille**

Sociologie

**Présentée et soutenue publiquement le 29 mars 2010 par**

Nicolas SWIERCZEK

**L'INSTITUTION PRUD'HOMALE,  
CETTE EXCENTRIQUE QUE L'ON VOULAIT RATIONALISER**

**Directeur de thèse**

**Claude GIRAUD**, Professeur de sociologie, Lille I

**Membres du jury**

Monsieur **Jean Pierre BONAFE-SCHMITT**, Chargé de recherche en sociologie au CNRS, MODYS  
(Rapporteur)

Monsieur **Dominique DUPREZ**, Directeur de recherche en sociologie au CNRS, CLERSE

Monsieur **Sébastien JAKUBOWSKI**, Maître de conférences en sociologie, ENESAD, Dijon

Monsieur **Philippe ROBERT**, Directeur de recherche émérite en sociologie au CNRS, CESDIP  
(Rapporteur)

### **L'INSTITUTION PRUD'HOMALE, CETTE EXCENTRIQUE QUE L'ON VOULAIT RATIONALISER**

Institution hybride et singulière, la juridiction prud'homale évolue à l'intersection de trois univers institutionnels : le système judiciaire, le monde du travail et l'espace syndical. Les conseillers prud'hommes, poly-engagés, aux profils variés, gèrent les difficultés pratiques à concilier les attentes et valeurs propres à chacune de leurs sphères d'appartenance en régulant de façon normée leur action autour d'un commun, dont ils peuvent s'éloigner de manière séquencée. La récente série de réformes de la juridiction prud'homale, introduisant une logique de rationalisation du traitement du contentieux, bouscule les fondements identitaires d'une institution déjà fragilisée par un affaiblissement des croyances dans son efficacité et dans la légitimité de son action. Confrontés à des incertitudes croissantes, les conseillers se trouvent contraints d'orienter leur action vers un objectif instrumental d'efficacité, laissant définitivement entrer l'organisation au sein de l'institution prud'homale. Les désaccords entre conseillers, relatifs aux moyens et limites à apporter à ce processus de rationalisation, perturbent la dimension paritaire de l'institution, déjà ébranlée par l'arrivée de conseillers d'un genre nouveau, dont l'identité de collège est peu déterminée. La déstabilisation des référentiels communs, la perturbation de la parité, auxquelles s'ajoute une évolution de la nature des conflits portés devant les prud'hommes, affaiblissent l'institution et conduisent à reconsidérer ses rôles et sa mission.

**Mots clefs :** Sociologie, Individualisme méthodologique, Organisation, Institution, Conseils de prud'hommes, Justice du travail, Réformes, Légitimité, Identités collectives.

---

### **THE FRENCH LABOUR COURT, THIS ECCENTRIC INSTITUTION WHICH ONE WANTED TO RATIONALIZE**

The French Labour Court is a formal legal jurisdiction where several institutional spaces meet. Judges have to deal with various influences. On the one hand, they are supposed to represent the law in the legal system ; on the other hand, they are elected workers and may be trade-unionists. It makes the conflict resolution process sensitive for the judges. They attempt to keep common definitions of problems to promote the same ideas, customs, rules and interests, in normative terms (this is what we call the « common » of the judges). They may wander from this « common » in special cases. The recent reforms of the institution, driven by the Ministry of justice, introduce some procedural rules and a formal quality control. Reforms, when the legitimacy of the institution is already shaken, call into questions the foundations of the judges identity. Facing the crisis and growing uncertainties, judges have to concentrate on instrumental actions. The institution of French Labour Court has to deal with the formal organization. The dissensions between judges, related to the means and limits to bring to this process of rationalization, disturb the « joint » governance of the institution. When, in addition, new kinds of conflicts are carried in front of the institution, the “common” of the judges are hurt. Thereby, the institution becomes weaker and weaker. It results in reconsidering its roles and its mission.

**Keywords :** Sociology, Methodological individualism, Institution, Organization, French Labour Court, Labour law, Reforms, Legitimacy, Identity negotiation.

---

## REMERCIEMENTS

---

Avant l'académisme de la thèse, je souhaite vivement remercier les personnes ayant contribué à ce travail, même si toutes ne pourront être citées ici.

D'abord, mon directeur de Thèse, Claude Giraud, dont les remarques m'ont été précieuses au cours de ces années. Que soient particulièrement remerciés ici sa confiance, son soutien, et la disponibilité constante qu'il a montrée pour suivre ce travail.

Ensuite, l'université de Lille 1, pour m'avoir accordé un monitorat d'enseignement supérieur puis un poste d'ATER, ainsi que le CLERSE et la MESHS, m'ayant accueilli dans leurs équipes de recherche et apporté une aide matérielle indispensable. Je souhaite remercier tout particulièrement Bruno Duriez, pour son soutien et ses précieux conseils, ainsi que Juliette Verdière, Blandine Mortain et Hélène Ducourant. Merci également à toute l'équipe du programme de recherche MECIT.

Hélène Michel et Laurent Willemez, ainsi que tous les membres de l'ACI jeunes chercheurs « *Les prud'hommes : actualités d'une juridiction du travail bicentenaire* », pour m'avoir intégré à leurs recherches et avoir considérablement enrichi, par là même, ce travail.

Evidemment, mes remerciements s'adressent tout particulièrement aux conseillers prud'hommes, avocats, greffiers et magistrats rencontrés dans le cadre d'un travail de terrain passionnant. Merci à eux pour m'avoir accordé de leur temps.

Mes parents, Caroline, Emmanuel, Marie, mes amis, à qui j'ai fait endurer depuis de trop longs mois un temps de travail que j'espère ne jamais connaître à nouveau.

Merci, enfin, à mes relecteurs, et tout particulièrement à Claudine Dubois.

Madeline a fait partie de ces relecteurs. Mais c'est pour bien plus que cela que je souhaite la remercier. Je ne saurai jamais le faire assez et me contenterai, sur le papier, de lui dédier ce travail.

## **TABLE DES MATIERES**

---

<b>RESUME / SUMMARY</b>	<b>2</b>
<b>REMERCIEMENTS</b>	<b>3</b>
<b>INDEX DES ABREVIATIONS</b>	<b>13</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>14</b>
<b>Une institution en mouvement</b>	<b>15</b>
<b>L'émergence de l'organisation et la question de la légitimité de l'institution</b>	<b>16</b>
<b>L'énoncé de la problématique</b>	<b>17</b>
<b>Les temps du raisonnement</b>	<b>19</b>
<b>NOTES METHODOLOGIQUES</b>	<b>21</b>
<b>La délimitation du champ d'investigation</b>	<b>21</b>
<b>Le choix des acteurs rencontrés</b>	<b>23</b>
<b>Le choix de la méthode de l'entretien</b>	<b>24</b>
<b>L'orientation des entretiens</b>	<b>25</b>
<b>La chronologie de l'enquête</b>	<b>25</b>
<b>Le déroulement des entretiens</b>	<b>26</b>
<b>L'analyse des entretiens</b>	<b>28</b>
<b>Les interactions de recherche</b>	<b>29</b>
<b>L'observation des audiences en bureau de jugement</b>	<b>31</b>
<b>L'analyse des décisions prud'homales</b>	<b>32</b>
<b>Les autres matériaux bibliographiques</b>	<b>33</b>

**Chapitre 1 : Les prud'hommes et le règlement du contentieux du travail : une mise en perspective historique et comparative 35**

1. Les mutations de l'institution prud'homale	36
1.1. La genèse de l'institution : 1806-1905	36
1.2. L'essor des prud'hommes : 1905-1979	38
1.3. Les réformes de 1972 et 1982	40
2. La compétence des conseillers prud'hommes en matière de traitement des conflits du travail	41
2.1. La notion de conflit « individuel » du travail	42
2.2. Les modes non juridictionnels de règlement des conflits	44
2.2.1. Du problème au conflit	44
2.2.2. Du conflit au litige	45
2.2.3. Les modes volontaires de résolution des litiges	46
2.3. Les modes juridictionnels de règlement des litiges	48
2.3.1. Le mode non décisionnel ou négocié	48
2.3.1.1. La conciliation prud'homale	48
2.3.1.2. Les mesures dessaisissant la juridiction	49
2.3.2. Le mode décisionnel	50
2.3.2.1. La procédure de référé	50
2.3.2.2. Le bureau de jugement	50
2.3.2.3. Le délibéré prud'homal	51
2.3.2.4. Le départage prud'homal	52
2.3.2.5. Les voies de recours	53
3. Le contentieux du travail et la justice non professionnelle : éléments de comparaison	54
3.1. Le règlement du contentieux du Travail en Europe	54
3.2. Les juridictions « non professionnelles »	55

**Chapitre 2 : Une juridiction à l'intersection de trois espaces institutionnels 58**

1. La lecture institutionnelle de la juridiction prud'homale	58
1.1. L'institution, un terme polysémique	58
1.2. La dialectique institution/organisation	61
2. Les conseillers prud'hommes, entre travail et justice	64
2.1. Les compétences de la chancellerie et du ministère de l'emploi en matière prud'homale	65
2.2. Une intégration problématique au monde judiciaire	65
2.2.1. L'appartenance de la juridiction prud'homale à l'ordre judiciaire	66
2.2.2. Une identification partielle aux acteurs du monde judiciaire	67

2.2.2.1. Le rapport au greffe	67
2.2.2.2. Le rapport au juge départiteur	69
2.2.2.3. Le rapport aux juges de profession	71
2.2.2.4. Le rapport aux avocats	73
2.3. L'intégration à l'univers professionnel.	76
3. L'institution prud'homale et les organisations syndicales et patronales : « en être sans en être »	77
3.1. L'intervention des organisations syndicales et patronales aux prud'hommes.	77
3.1.1. Les élections prud'homales	78
3.1.2. La formation des conseillers	79
3.1.3. La défense syndicale	80
3.1.4. Les consignes syndicales aux conseillers	82
3.2. Les prud'hommes, un enjeu majeur pour les organisations syndicales et patronales	84
3.2.1. L'attachement des organisations syndicales et professionnelles à l'institution prud'homale	84
3.2.2. Les stratégies judiciaires	85
3.2.3. L'enjeu des élections prud'homales	87
<b>Chapitre 3 : La figure singulière du conseiller prud'homme</b>	<b>90</b>
1. Des profils et parcours sociaux variés	91
1.1. Données générales	91
1.1.1. Des conseillers âgés	91
1.1.2. Un faible taux de féminisation	92
1.1.3. Le niveau scolaire	92
1.1.4. La situation professionnelle	93
1.1.5. La répartition des forces syndicales	93
1.2. Une proximité variable aux organisations syndicales et patronales	94
1.3. Des frontières parfois minces entre collègues	95
1.4. Les critères de sélection des conseillers par les syndicats	98
2. Un engagement bénévole	99
2.1. Comprendre l'engagement	100
2.2. Les rétributions matérielles	101
2.2.1. Engagement prud'homal et carrière professionnelle	101
2.2.2. Engagement prud'homal et carrière syndicale	103
2.3. Les rétributions immatérielles	104
2.4. Le sens donné à l'engagement	106
2.5. Un engagement militant ?	110

3. Des conseillers peu contraints	112
3.1. L'absence de liens hiérarchiques	112
3.2. Contraintes individuelles et collectives	114
4. Un positionnement identitaire délicat	114

## **DEUXIEME PARTIE : LOGIQUES D'ACTION DES CONSEILLERS PRUD'HOMMES 118**

### **Chapitre 4 : La coordination et la constitution d'un commun 119**

1. La normalisation des relations entre conseillers.	120
1.1. Une entente surprenante ? Les premiers mois aux prud'hommes.	120
1.2. Le départage et la mesure de la conflictualité.	123
1.3. La stigmatisation des pratiques « déviantes »	125
1.4. La transmission des pratiques et normes de comportement	128
2. L'attention portée à l'efficacité procédurale de la juridiction	130
3. L'expertise professionnelle	132
3.1. La compétence technique	132
3.2. La connaissance des pratiques managériales et des conditions de travail	134
3.3. L'implantation locale des conseillers	135
4. Les conseillers prud'hommes et le droit du travail	137
4.1. Droit et valeurs	137
4.2. L'argument du tout juridique comme rempart à toute forme de partialité	140
4.3. L'expérience juridique	145
4.4. La volonté de réparation des injustices	146
4.5. L'intentionnalité et la responsabilité du justiciable	150
4.5.1. Le « bon » et le « mauvais » patron	150
4.5.2. Le salarié et son mérite	152
4.5.3. La responsabilité des victimes	152
4.5.4. L'intentionnalité des parties	154
4.6. Le droit comme ressource et contrainte	155
4.7. La méfiance vis-à-vis de la jurisprudence	157

### **Chapitre 5 : La place de la négociation dans la décision prud'homale 160**

1. La décision prud'homale et le compromis	161
2. La délibération prud'homale comme conclusions successives d'accords	165
3. La délibération prud'homale comme ajustements par négociations	168
3.1. Les espaces de négociation	168
3.1.1. L'évaluation de la pertinence des moyens de fait et de droit.	169
3.1.1.1. L'évaluation de la preuve	169

3.1.1.2. L'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement	171
3.1.1.3. L'évaluation du niveau de la faute	172
3.1.2. L'évaluation des indemnités et sanctions	173
3.2. Un investissement séquentiel	175
3.2.1. L'épargne et la dépense	176
3.2.2. L'investissement selon la nature du conflit.	177
3.2.3. L'investissement selon l'expérience professionnelle vécue	177
3.2.4. L'investissement selon la distance syndicale	178
3.2.5. L'investissement selon la situation des parties	179
3.2.6. L'investissement selon la composition de la formation de jugement	181
4. L'investissement en dehors du délibéré	182
4.1. Le référé : un espace d'autonomie très limité	183
4.2. L'art de la conciliation	184
4.2.1. La conciliation comme médiation	184
4.2.2. Les obstacles à la conciliation	186
4.3. La conduite des audiences en bureau de jugement	186

## **TROISIEME PARTIE : L'EMERGENCE DE L'ORGANISATION** **190**

### **Chapitre 6 : Une institution touchée dans sa légitimité** **191**

1. La remise en cause de la capacité des conseillers à traiter les conflits individuels du travail	193
1.1. Paritarisme et partialité	193
1.1.1. La parité garante de l'impartialité	193
1.1.2. L'impartialité objective	195
1.1.3. L'échevinage et l'harmonisation Européenne	197
1.2. Des compétences contestées	198
1.2.1. Les compétences juridiques	199
1.2.1.1. Les connaissances juridiques	199
1.2.1.2. Les formations prud'homales	201
1.2.1.3. L'insuffisante motivation des jugements	202
1.2.2. La disparité des jugements rendus	204
2. Les dysfonctionnements de la procédure prud'homale	205
2.1. La durée de l'instance prud'homale	206
2.2. Le nombre de renvois	209
2.3. Le faible taux de conciliation	210
3. Les conflits de compétence	212
4. Le taux d'appel des décisions rendues et la valeur du jugement prud'homal	213

5. La remise en cause de la légitimité liée à l'élection	216
<b>Chapitre 7 : Les formes de l'introduction de la rationalisation</b>	<b>220</b>
1. Le renforcement du contrôle de l'activité prud'homale	221
1.1. La réforme de l'indemnisation des conseillers	222
1.1.1. Les principes de la réforme de l'indemnisation	222
1.1.2. La comptabilisation de l'activité juridictionnelle : l'affaire dite « de Thonon »	223
1.1.3. La mobilisation des conseillers contre la forfaitisation	225
1.2. Le renforcement de l'évaluation statistique	227
2. La réforme de la carte judiciaire	228
2.1. Les principes du redécoupage	229
2.2. La mobilisation des conseillers contre la réforme de la carte judiciaire	230
2.3. Les effets induits du redécoupage	231
2.3.1. Les effets relatifs à la baisse du nombre de conseillers	231
2.3.2. Les effets relatifs à la baisse du nombre de conseils	232
2.3.3. Les effets relatifs à l'implantation géographique des conseillers	233
3. La rationalisation de la gestion des stocks et des flux d'affaires	235
3.1. Les arrangements informels entre conseillers	235
3.1.1. La rédaction des décisions	235
3.1.2. La déclaration des temps de jugement	237
3.2. La hiérarchisation des activités	237
3.2.1. La conciliation comme formalité	238
3.2.2. Le recours peu fréquent aux mesures d'instruction	239
3.3. La managérialisation du contentieux	239
3.3.1. La réaffectation des conseillers et la spécialisation des audiences	239
3.3.2. La revendication de moyens supplémentaires	240
3.3.3. Le classement des affaires permettant de décharger la juridiction	241
3.3.4. La lutte contre les renvois	241
3.4. Le rapport à l'écrit	242
<b>QUATRIEME PARTIE : LES EFFETS DE LA TRANSFORMATION DU CADRE DE REFERENCE</b>	<b>245</b>
<b>Chapitre 8 : Les référentiels communs bousculés par l'organisation</b>	<b>246</b>
1. L'opposition entre les « institués », les « experts » et les « électrons libres »	246
1.1. Le conseiller « institué »	247
1.2. L'émergence de la figure du conseiller « expert »	248
1.3. La banalisation de l'« électron libre »	250

2. Les conflits de rationalité	252
2.1. L'équitable et l'efficace	252
2.2. La confrontation entre le monde civique et les mondes industriel et marchand	253
2.3. Vers un recours généralisé au compromis	253
3. Le glissement des sphères d'identification	255
3.1. La parité perturbée	255
3.1.1. L'émergence des employeurs de l'économie sociale	255
3.1.2. L'expert et son collègue	257
3.2. L'identification à la section	257
<b>Chapitre 9 : L'évolution progressive de la mission de l'institution</b>	<b>260</b>
1. L'institution prud'homale face aux évolutions du droit du travail	260
1.1. La modernisation du marché du travail et le rétrécissement de l'espace d'intervention des conseillers	260
1.1.1. Les principes de l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail	261
1.1.2. La rupture conventionnelle ou la renonciation aux droits du licenciement	261
1.1.3. La conciliation prud'homale vidée de sa substance	262
1.2. La recodification du code du travail	263
1.2.1. Une réécriture à droit constant ?	264
1.2.2. Du législatif au réglementaire	265
1.3. Vers un affaiblissement des protections garanties par le droit du travail	266
1.4. La complexité accrue du droit du travail	268
2. Les conseillers face à l'évolution de la nature des litiges portés aux prud'hommes	270
2.1. L'insuffisance professionnelle	270
2.2. La démission	271
2.3. Le harcèlement moral	272
2.4. Le licenciement pour motif économique	273
2.5. L'affaiblissement du pouvoir jurisprudentiel des conseillers	277
3. L'épisode du Contrat Nouvelles Embauches comme symptôme	278
3.1. Le rôle joué par les conseillers dans le lent déclin du CNE	279
3.2. Le traitement des litiges relatifs au CNE par les conseillers	281
3.3. Le risque contentieux et le risque juridique	282
<b>CONCLUSION : L'INSTITUTION PRUD'HOMALE, CETTE EFFRONTÉE</b>	<b>285</b>
<b>Une problématique en suspens</b>	<b>287</b>

<b>L'augmentation de la conflictualité au travail</b>	<b>288</b>
<b>Juridicisation et judiciarisation</b>	<b>289</b>
<b>L'accès à la justice prud'homale</b>	<b>291</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>295</b>
<b>Ouvrages</b>	<b>295</b>
<b>Articles / Contributions</b>	<b>297</b>
<b>Communications</b>	<b>299</b>
<b>Thèses / Mémoires</b>	<b>300</b>
<b>ANNEXES</b>	<b>301</b>
Annexe 1A : Liste des entretiens	302
Annexe 1B : Grille d'observation	305
Annexe 1C : Grille d'entretien	306
Annexe 1D : Indicateurs d'activité des conseils étudiés	310
Annexe 1E : Répartition des forces syndicales au sein des conseils étudiés	310
Annexe 1F : Salaires nets annuels région Nord pour les emplois à temps complet	311
Annexe 1G : Nombre d'établissements selon le secteur	311
Annexe 1H : Répartition des effectifs salariés par secteur d'activité	312
Annexe 1I : Répartition de la population par tranche d'âge	312
Annexe 1J : Taux de chômage trimestriel	313
Annexe 2 : Répartition des forces syndicales (collège salarié)	314
Annexe 3 : Répartition des forces professionnelles (collège employeur)	315
Annexe 4 : Répartition par sections (collège salarié et employeur)	316

Annexe 5 : Répartition par collègue	<b>317</b>
Annexe 6 : Répartition par genre	<b>317</b>
Annexe 7 : L'organisation de la justice en France	<b>318</b>
Annexe 8 : Le déroulement du procès en matière prud'homale	<b>319</b>
Annexe 9 : Répartition du contentieux prud'homal selon l'objet des demandes	<b>320</b>
Annexe 10 A : Résultats de l'élection prud'homale du 03.12.08 toutes sections confondues	<b>321</b>
Annexe 10 B : Résultats de l'élection prud'homale du 03.12.08 par sections	<b>322</b>
Annexe 11 : Evolution du taux de départition (Taux B) entre 1983 et 2007	<b>325</b>
Annexe 12 : Evolution des demandes d'emploi enregistrées à l'ANPE selon le motif	<b>326</b>
Annexe 13 : Evolution du nombre de demandes introduites devant la juridiction prud'homale pour motif économique rapporté au nombre de licenciés économiques.	<b>327</b>
Annexe 14 : Les dispositions législatives du droit du licenciement	<b>328</b>
Annexe 15 : Evolution du nombre de jours de grève (conflits localisés) (1996-2004)	<b>329</b>
Annexe 16 : Evolution du nombre d'affaires nouvelles introduites au fond (1970-2007)	<b>330</b>

## INDEX DES ABREVIATIONS

---

AEES	Association des employeurs de l'économie sociale
ANI	Accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail
CA	Cour d'appel
CASS	Cour de cassation
CE	Conseiller(s) prud'hommes du collège Employeur
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CNE	Contrat nouvelles embauches
CPE	Contrat premières embauches
CPH	Conseil de prud'hommes
CS	Conseiller(s) prud'hommes du collège salarié
DARES	Direction de l'Animation de la Recherche et des Etudes Statistiques
LMP	Licenciement pour motif personnel
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile
OSP	Organisations syndicales et professionnelles
PME	Petites et moyennes entreprises
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TPE	Très petites entreprises

## INTRODUCTION

---

« Non, vous n'êtes pas des juges de seconde zone ! »

C'est en ces termes que débute le discours du président du conseil de prud'hommes de *Ville A*<sup>1</sup>, lors de l'audience solennelle de rentrée, en janvier 2005. Face à lui, deux journalistes médusés, quelques magistrats de carrière et une quarantaine de conseillers, apparemment surpris de voir leur président taper aussi vigoureusement du poing sur la table.

Il est vrai que l'institution prud'homale, souvent qualifiée de « *singulière* », d'« *originale* », voire d'« *excentrique* »<sup>2</sup>, ne jouit pas d'une reconnaissance unanime. Pour certains praticiens du droit, les conseillers prud'hommes, ces juges bénévoles, non professionnels, élus sur listes syndicales ou patronales et « *insuffisamment formés* », rendent une justice « *au rabais* »<sup>3</sup>. D'autres juristes s'indignent contre la dimension paritaire des formations de jugement, « *source principale des maux prud'homaux* »<sup>4</sup>. Les justiciables salariés, quant à eux, s'inquiètent parfois des « *arrangements nébuleux* »<sup>5</sup> orientant certaines décisions, tandis que les employeurs peuvent regretter que cette juridiction du travail soit « *à ce point favorable aux salariés* »<sup>6</sup>.

Clarifions d'entrée de jeu ce dernier point : il est difficile d'évaluer dans quelle mesure une décision est « favorable » ou « défavorable » au salarié. Ce dernier n'obtient en effet que très rarement l'intégralité de ses prétentions. Une décision attribuant au salarié la moitié de ses prétentions lui est-elle favorable ? Par ailleurs, dans 99,3% des cas<sup>7</sup>, la saisine du conseil est réalisée par un salarié demandant le rétablissement de ses droits. C'est la raison pour laquelle, contrairement à ce qui est communément admis, on ne peut considérer les prud'hommes comme étant une juridiction « favorable » aux salariés ou « défavorable » aux employeurs. Pour être très caricatural, cela reviendrait à dire, toute proportion gardée, que la Cour d'assises est « favorable » aux victimes et « défavorable » aux meurtriers. Cette qualification de « favorable » ou de « défavorable » est dépourvue de sens, ou

---

<sup>1</sup> Dans un souci de confidentialité des propos recueillis dans le cadre de ce travail, les références permettant de localiser les conseils étudiés, et par là même d'identifier certains des conseillers rencontrés, ont été effacés dans cette version publique de la thèse. Seuls l'auteur et les membres du jury disposent d'une version complète. Pour toute information, contacter l'auteur : [swierczeknicolas@voila.fr](mailto:swierczeknicolas@voila.fr)

<sup>2</sup> « Les prud'hommes », *Personnel*, n°434, novembre 2002.

<sup>3</sup> Helfre H., « Conseils de prud'hommes : pour en finir avec le moyen-âge. Est-il urgent d'attendre ? », *La gazette du Palais*, 23 octobre 1999.

<sup>4</sup> Poissonier G., Duhamel J.-C., « Plaidoyer pour l'échevinage prud'homal », *Jurisprudence sociale Lamy*, n°117, 2003.

<sup>5</sup> Linhart V., *Enquête aux prud'hommes*, Paris, Stock, 2000.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Source : ministère de la Justice, SDSE. Répertoire général civil, 2007.

du moins non mesurable. Quoi qu'il en soit, c'est un fait, l'institution prud'homale a toujours eu ses détracteurs, depuis sa création, il y a plus de 200 ans<sup>8</sup>.

Mais revenons au président du conseil de *Ville A*, et découvrons la suite de son discours : « *Vous n'êtes pas des juges de seconde zone, vous l'avez brillamment montré, et le montrerez avec plus d'évidence encore en 2005. Nous vivons une époque étrange, où nous devons toujours tout justifier, toujours tout prouver, aussi vous demanderai-je, mes chers collègues, mes chers amis, de toujours garder à l'esprit que la qualité de la justice prud'homale ne sera jamais aussi bien démontrée que par vous-mêmes* ». Ces propos ne prennent tout leur sens qu'une fois restitués dans un contexte particulier : on ne compte plus, en effet, les mesures venant perturber l'institution et affecter son fonctionnement. Soit directement, telles la loi<sup>9</sup> encadrant la procédure d'indemnisation des conseillers ou la réforme de la carte judiciaire, soit indirectement, telles la réécriture du code du travail ou l'introduction de la rupture conventionnelle. A ce titre, le rôle joué par les conseillers dans le déclin puis l'abrogation du Contrat Nouvelles Embauches (CNE) apparaît comme symptomatique des tensions qui traversent l'institution. Mais quelles tensions, exactement ?

### **Une institution en mouvement**

Notre travail de terrain, dans le cadre de cette thèse, a débuté en janvier 2005. Ce terrain ne nous était pas étranger, car nous avons déjà modestement investi, un an auparavant, le milieu prud'homal, dans le cadre d'un mémoire de DEA. Notre problématique voulait alors interroger ce qu'il restait des pratiques syndicales dans l'exercice de l'activité prud'homale du conseiller salarié<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Nous évoquerons, au premier chapitre, les rares travaux d'historiens mettant à jour les crises traversées par l'institution. On retrouve cette pénurie de travaux au niveau des sociologues : l'institution prud'homale fait l'objet d'une littérature sociologique pour le moins succincte. A notre connaissance, le seul ouvrage de sociologie exclusivement consacré aux prud'hommes est le livre de Pierre Cam, rédigé juste avant la réforme de 1979 (Cam P., *Les prud'hommes, juges ou arbitre ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, Paris, Presses de la FNSP, 1981). L'auteur voyait dans les prud'hommes de son époque une institution perpétuant la domination des employeurs sur les salariés à travers, notamment, la conciliation. Aujourd'hui, cette étape de la procédure prud'homale a perdu, nous le verrons, l'importance qu'elle avait. Les rares articles sociologiques portant sur l'institution se focalisent souvent sur la difficile conciliation d'injonctions estimées contradictoires : l'impératif juridique et l'impératif syndical de défense des salariés ou des employeurs. Les conseillers, pris dans des impératifs juridiques et judiciaires, sont aussi élus par leurs pairs sur des listes syndicales et patronales, adhérents ou militants, et représentent par la même des salariés et employeurs. C'est le classique « paradoxe » du conseiller prud'homme, renvoyant finalement à l'idée de l'acteur « juge et partie ». Nous verrons comment cette apparente contradiction peut être dépassée. Quant aux travaux juridiques consacrés aux prud'hommes, ils semblent s'intéresser essentiellement aux arguments juridiques mobilisés par les conseillers, ainsi qu'aux effets des décisions prud'homales (Michel H., « L'expérience professionnelle des conseillers prud'hommes. Usages et enjeux d'une compétence « de terrain » », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008).

<sup>9</sup> Nous emploierons le terme de « loi » par commodité, bien qu'il s'agisse, le plus souvent, d'articles inscrits dans une loi.

<sup>10</sup> « L'engagement prud'homal salarié : un engagement militant ? Evaluation des représentations, enjeux et modes d'actions du conseiller prud'homal salarié », Nicolas SWIERCZEK, 2004 (Mémoire de DEA).

Alors que nous réalisons les premières observations et entretiens pour cette recherche, au début de l'année 2005, donc, nous avons très vite remarqué un certain déplacement des préoccupations des conseillers : quelque chose semblait avoir évolué dans le discours, plus défensif, et les pratiques. En somme, le terrain étudié nous apparaissait sensiblement différent. Le discours évoqué plus haut a constitué, par exemple, un des premiers faits à l'origine de notre étonnement. Bien entendu, il ne s'agissait que d'une impression, évidemment subjective, cette évolution nous semblant peu probable dans un intervalle de temps si réduit. En outre, nous ne disposions pas de données empiriques suffisantes nous permettant de mesurer une quelconque évolution dans les propos ou le comportement des conseillers. Mais, très vite, nous avons sensiblement modifié l'orientation des entretiens, le discours des conseillers se précisant par là même. En juin 2005, nous décidons de remanier l'objet de notre recherche.

A l'origine, ce travail se voulait une continuité de la problématique soulevée en DEA. Nous souhaitions saisir la manière dont l'institution prud'homale gère le poly-engagement de ses membres (au niveau prud'homal, syndical, professionnel), en examinant les contraintes pesant sur ce poly-engagement, les normes et valeurs entrant en contradiction. Dit autrement, nous souhaitions voir comment les différentes identités<sup>11</sup> des conseillers prud'hommes sont mises en cohérence, en analysant les logiques d'action<sup>12</sup>, les mécanismes de coordination entre ces conseillers insérés dans une pluralité d'espaces institutionnels<sup>13</sup>. Or, il nous est apparu que ces mécanismes de coordination évoluaient progressivement, alors que l'institution prud'homale voyait émerger l'organisation.

### **L'émergence de l'organisation et la question de la légitimité de l'institution**

Les institutions créent du lien entre les individus autour de croyances communes et de valeurs partagées<sup>14</sup>. Leur finalité est de fonder l'action des individus qui les composent à partir des valeurs ou principes qui sous-tendent leur existence. C'est le sens du programme institutionnel cher à François Dubet : « *Le programme institutionnel peut être défini comme le processus social qui transforme des valeurs et des principes en action et en subjectivité par le biais d'un travail professionnel spécifique*

---

<sup>11</sup> Nous aurons à nous exprimer, au sein du troisième chapitre, sur la notion d'identité.

<sup>12</sup> Par « logiques d'action », nous entendons les pratiques, mais aussi les modes de justification. Saisir les logiques d'action des acteurs permet de rendre explicite les comportements et les modes de rationalité qui les sous-tendent.

<sup>13</sup> Le système judiciaire, représenté par la chancellerie, les avocats, les greffiers, qui constituent des acteurs à part entière de l'institution prud'homale / Le monde du travail, représenté par le ministère du travail, les justiciables, les inspecteurs du travail / L'espace syndical et patronal, constitué des acteurs des organisations syndicales et patronales, des défenseurs syndicaux, des formateurs. L'institution prud'homale ne peut être saisie, conceptuellement, en tant qu'institution, que si on la situe par rapport à ces trois univers institutionnels, eux-mêmes imbriqués les uns aux autres, nous y reviendrons.

<sup>14</sup> « *Dans une organisation, les individus contractent, entrent pour des considérations éclatées, ont la possibilité de faire défection, reçoivent un salaire en échange d'un travail. Dans l'institution, les individus intègrent par adhésion à un système de croyances qui dépassent le cadre contractuel et l'équilibre entre une charge de travail et une indemnisation attendue* ». Giraud C. (dir.), *De l'institution à l'organisation de la Gendarmerie Nationale : les effets induits sur le métier de gendarme*, Rapport final étude C2SD, Université de Lille 1.

*et organisé* »<sup>15</sup>. Il y a donc programme institutionnel quand des valeurs ou principes orientent « *une activité spécifique et professionnelle de socialisation conçue comme une vocation* »<sup>16</sup>, et quand cette activité « *a pour but de produire un individu socialisé et un sujet autonome* »<sup>17</sup>. Le programme institutionnel désigne un type de relation à autrui, en considérant que « *le travail sur autrui est une médiation entre des valeurs universelles et des individus particuliers* »<sup>18</sup>. Lorsque les valeurs perdent leur unité et que la vocation se heurte aux exigences d'efficacité, on peut parler de déclin de ce programme : il ne constitue plus le cœur de l'activité des acteurs de l'institution.

Les exigences d'efficacité apparaissent au sein de l'institution prud'homale à travers un certain nombre de réformes encadrant davantage l'activité des conseillers. Les temps indemnisés d'étude des dossiers et de rédaction des jugements ont par exemple été limités, tandis que le nombre, la précision et l'importance des indicateurs évaluant l'activité des conseillers ont été multipliés de manière considérable. Or, parallèlement, un processus de remise en cause de l'action des conseillers s'est fait jour. Face à un affaiblissement des croyances dans l'efficacité, voire dans la légitimité de l'action de l'institution prud'homale, les conseillers ne peuvent plus faire l'économie d'un travail de justification et adoptent pour partie la logique de rationalisation instrumentale portée par une organisation qu'ils ne peuvent plus ignorer.

L'organisation se manifeste notamment dans une institution sous la forme d'un ordonnancement de l'action : les moyens sont affectés en fonction de la rationalité dominante<sup>19</sup>. Or, les institutions et les organisations ne manipulent pas les mêmes symboles. Aux notions de loyauté ou d'équité de l'institution s'opposent les notions d'intérêt ou de rationalisation de l'organisation.

## **L'énoncé de la problématique**

Notre interrogation part d'un postulat initial selon lequel les réformes entreprises au sein de l'institution prud'homale, en introduisant une logique de rationalisation de l'activité prud'homale propre à l'organisation, affectent l'institution. Avec l'objectif d'accélérer le traitement du contentieux dans le cadre, notamment, de l'application à la juridiction des critères de la Loi Organique relative aux Lois de Finances (LOLF), le législateur et les instances décisionnelles, au premier lieu la chancellerie, ont fragilisé l'institution. Il s'agira ainsi de comprendre en quoi et dans quelle mesure l'organisation déstabilise l'institution, en examinant l'évolution des mécanismes de coordination entre conseillers. Car la coordination au sein d'une institution paritaire comme l'institution prud'homale est

---

<sup>15</sup> Dubet F., *Le déclin de l'institution*, Le seuil, collection L'épreuve des faits, Paris, 2002.

<sup>16</sup> Ibid

<sup>17</sup> Ibid

<sup>18</sup> Ibid

<sup>19</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, Paris, L'Harmattan, 2008.

centrale. C'est sur cette coordination que repose l'accord qui permettra aux conseillers salariés et employeurs de produire leur décision. Sans cet accord, la procédure prud'homale est purement et simplement bloquée, les conseillers étant contraints de s'en remettre à un acteur extérieur à l'institution, le juge départiteur<sup>20</sup>. On constate que le recours à ce juge départiteur a sensiblement augmenté ces dernières années.

De ce fait, il s'agira de voir en quoi la rationalisation procédurale de l'activité prud'homale modifie la structure des relations et les logiques d'action des conseillers. Il s'agira de voir si les conseillers acceptent ce processus de rationalisation, pour quelles raisons ils l'acceptent ou dans quelle mesure ils le refusent, le contournent ou se le réapproprient.

Les conseillers semblent structurer leurs comportements, leurs actions autour de valeurs susceptibles de dépasser les éventuels antagonismes de collège, autour d'un « commun » à même de les rassembler. Dès lors, on peut se demander en quoi l'organisation se heurte aux valeurs et aux normes constituant ce « commun » ? Plusieurs hypothèses peuvent être avancées. On peut penser que l'organisation favorise la concurrence entre conseillers, et nuit par là même à leur entente. Les bénéfices engendrés par des conduites individuelles seraient supérieurs à ceux tirés de l'action commune. On peut aussi penser que l'organisation diffuse des messages contradictoires, perturbant les mécanismes de coordination entre conseillers. Enfin, on peut émettre l'hypothèse que les logiques de l'organisation ne sont pas acceptées par tous les conseillers, la résistance d'un faible nombre étant suffisant pour perturber considérablement le fonctionnement d'une juridiction paritaire.

Si l'on admet que la production des décisions prud'homales repose sur la coordination entre conseillers, et que l'émergence de l'organisation perturbe cette coordination, on accepte l'idée selon laquelle l'organisation influe sur les pratiques de jugement. En d'autres termes, l'introduction d'une logique de rationalisation instrumentale du traitement du contentieux modifie la manière dont sont réglés les litiges. Il s'agira ainsi de se demander en quoi les réformes touchant directement ou indirectement l'institution prud'homale modifient le contenu, voire l'orientation, des décisions de justice concernant le contentieux individuel du travail en France.

Mais ces réformes touchant « indirectement » l'institution sont bien souvent des réformes relatives au droit du travail. Elles ont ainsi, par là même, des incidences sur la nature des litiges portés devant les prud'hommes. Il nous faudra donc articuler différents niveaux d'observation, le micro (les conseillers et leurs interactions en face à face), le méso (les groupes, l'institution, l'organisation) et le macrosociologique (les transformations juridiques, socio-économiques ou encore politiques)<sup>21</sup>.

Notre démarche s'inscrit dans une sociologie de l'action, faisant des individus en situation, de leurs interactions, de leurs actes, la principale clef de lecture des phénomènes sociaux, en modérant

---

<sup>20</sup> Le juge départiteur, nous le verrons, est un magistrat professionnel intervenant pour statuer sur les litiges à propos desquels les conseillers n'ont pu parvenir à une décision collégiale.

<sup>21</sup> Sur les variations d'échelle d'analyse en sciences sociales, voir Gribaudi M., « Echelle, pertinence, configuration », in Revel J. (dir.), *Jeux d'échelle, la micro-analyse à l'expérience*, Le Seuil, 1996.

très fortement les explications à partir d'entités collectives abstraites qui s'imposeraient à l'individu de l'extérieur : « *Les phénomènes collectifs sont toujours le résultat d'actions individuelles, lesquelles sont inspirées au sujet par des sentiments et des raisons que les sciences sociales ont pour fonction principale de reconstituer, mais jamais par ces forces occultes, si généreusement évoquées, qui auraient la capacité de manipuler les consciences* »<sup>22</sup>. Notre démarche sera donc compréhensive, et s'inscrira plus précisément dans le courant de l'individualisme sociologique cher à Max Weber et Raymond Boudon. L'individualisme méthodologique consiste à expliquer les phénomènes sociaux à partir de l'analyse des comportements individuels, tout en faisant de ces phénomènes sociaux les résultats de l'agrégation de ces mêmes comportements. Nous considérerons l'acteur au sens de Boudon, c'est-à-dire doté d'intentionnalité mais d'une rationalité limitée : « *l'acteur intentionnel est doté de préférence et cherche toujours des moyens appropriés ou acceptables pour atteindre ses objectifs, tout en considérant qu'il ne peut être totalement conscient du contrôle qu'il est en mesure d'avoir sur les éléments de sa situation* »<sup>23</sup>. De ce fait, le corollaire de l'individualisme méthodologique est aussi l'existence d'effets pervers<sup>24</sup>, c'est-à-dire non recherchés par les acteurs sociaux. Nous préciserons bien entendu, tout au long de ce travail, ce qui vient d'être rapidement esquissé.

### **Les temps du raisonnement**

Notre thèse comportera quatre parties. La première aura pour objectif de cerner la singularité de l'institution prud'homale, et par là même les difficultés résultant de sa position et de son mode de fonctionnement inédits. Exception française, la juridiction prud'homale, dont nous rappellerons brièvement les modalités de procédure, est le produit d'une histoire hésitant entre plusieurs modèles de justice du travail (chapitre 1). Une des particularités de l'institution prud'homale réside à ce titre dans son inscription indéterminée dans plusieurs univers institutionnels, ce qui complique la lecture institutionnelle de la juridiction. Plusieurs modèles institutionnels sont ainsi disponibles pour les conseillers, faisant des prud'hommes une institution frontière à la légitimité complexe (chapitre 2). Au cœur de ce modèle, la figure singulière du conseiller prud'homme, dont nous tenterons de cerner le profil et comprendre l'engagement, et dont nous essaierons d'appréhender le positionnement identitaire (chapitre 3).

Une deuxième partie s'intéressera aux logiques d'action des conseillers, ce qui nous permettra de saisir les mécanismes de production des décisions prud'homales. Nous verrons dans quelle mesure la coordination entre les conseillers repose sur un système de croyances et de représentations

---

<sup>22</sup> Boudon R., *Le Juste et le Vrai : études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Paris, Fayard, 1995.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Boudon R., *Effets pervers et ordre social*, Paris, Quadrige, 1993.

communément partagées et en analyserons les éléments constitutifs, ainsi que le rapport au droit que ce système induit (chapitre 4). Les conseillers peuvent s'éloigner de ce commun en s'investissant dans un litige de manière séquencée, réactivant ainsi de façon normée leur appartenance de collègue (chapitre 5).

Nous examinerons, dans une troisième partie, les éléments explicatifs et les formes de l'émergence de l'organisation au sein de l'institution. Nous verrons que l'institution prud'homale est une institution fragilisée, touchée dans sa légitimité par une série d'évènements et de supposés dysfonctionnements remettant en cause l'efficacité de son action (chapitre 6). De ce fait, la rationalisation procédurale du traitement du contentieux, introduite par une série de mesures réformant l'institution, est assimilée, reprise et amplifiée par une partie des conseillers (chapitre 7).

Enfin, une quatrième partie, suite à la fois logique et chronologique à cette étude, portera sur les effets de la transformation du cadre de référence. Il s'agira de croiser les postures des conseillers et les conflits de rationalité entre institution et organisation. Nous verrons que les référentiels communs sont bousculés par l'organisation, qui perturbe considérablement la dimension paritaire de l'institution, à partir de laquelle la coordination avait été rendue possible. Nous examinerons donc une institution qui se bloque progressivement (chapitre 8), alors que, dans le même temps, les récentes réformes du code du travail et l'évolution du contentieux prud'homal accentuent les incertitudes (chapitre 9).

Mais, dans un premier temps, l'explication du protocole de recherche apparaît comme un préalable indispensable à la compréhension de notre analyse.

## NOTES METHODOLOGIQUES

### ETUDIER L'INSTITUTION PRUD'HOMALE : TERRAINS ET METHODOLOGIES

---

Notre travail s'appuie sur une enquête qualitative s'étalant sur plusieurs années, au sein de quatre conseils de prud'hommes. Ce travail de terrain est étroitement lié à un autre, mené sur une toute autre échelle. Nous avons en effet eu l'opportunité d'intégrer, dès le mois de novembre 2004, le programme d'une ACI<sup>25</sup> jeunes chercheurs, menée par Hélène Michel et Laurent Willemez, au sein du CURAP<sup>26</sup>, intitulée « *Les conseils de prud'hommes, entre défense syndicale et action publique. Actualité d'une institution bicentenaire* ». Dans le cadre de cette mission de recherche, nous avons effectué 13 des 100 entretiens réalisés par l'ACI. Ces entretiens ont été complétés par un questionnaire envoyé à un échantillon de 3100 conseillers prud'hommes (1550 pour chaque collège), répartis dans les 41 conseils de prud'hommes de 10 départements français (dont le Nord). 806 questionnaires ont été recueillis et traités par Diane Delacourt et Florence Gallemand<sup>27</sup>. Nous avons eu l'opportunité d'exploiter certains de ces résultats. Notre participation à cette mission de recherche a sensiblement influencé la structure des relations établies avec les conseillers rencontrés dans le cadre de notre propre recherche. Avant d'aborder ces interactions, il semble indispensable de préciser les choix ayant structuré notre travail de terrain.

#### **La délimitation du champ d'investigation**

Pour des raisons d'accès au terrain, nous avons choisi de mener notre enquête dans le département du Nord, autrefois lieu central de la prud'homie industrielle, aujourd'hui en reconversion. Notre travail a ainsi été mené dans un bassin d'emploi particulièrement touché par le chômage (le taux de chômage s'élevant à 11,6% au premier trimestre 2007 contre 8,8% au niveau national<sup>28</sup>), à la population particulièrement jeune (les moins de 20 ans représentant 28% de la population contre 24,8% en France<sup>29</sup>). Le secteur industriel n'est pas sur-représenté en termes d'établissements, mais l'est en terme d'effectifs (33,1% pour le Nord Pas de Calais contre 30,6% en

---

<sup>25</sup> Action Concertée Incitative.

<sup>26</sup> Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie.

<sup>27</sup> Les principaux résultats sont publiés in Delacourt D., Gallemand F., « Les conseillers prud'hommes aujourd'hui : morphologie d'un groupe », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>28</sup> Source : INSEE et Direction régionale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle Nord-Pas-de-Calais.

<sup>29</sup> Source : INSEE-Recensement de la Population 1999

France<sup>30</sup>). Le salaire net annuel pour la région Nord est inférieur aux moyennes nationales pour toutes les catégories de salariés, même si l'écart est beaucoup plus marqué chez les cadres (10%<sup>31</sup>).

Nous avons essayé de corriger certains écarts en prenons en compte, pour le choix des conseils étudiés, certaines données socio-économiques. Notre effort s'est notamment porté sur le taux de chômage. Ainsi, le taux de chômage au sein des bassins d'emploi couverts par les conseils étudiés était, au quatrième trimestre 2003, de 9% pour le conseil de *Ville C*, 12% pour le conseil de *Ville B* et de 14,8% pour les conseils de *Ville A* et *Ville D*<sup>32</sup>. Ces données sont consultables en Annexes 1F à 1I.

Mais le choix des conseils a surtout été guidé par d'autres variables. Précisons que nous avons souhaité limiter le nombre de conseils étudiés, afin de saisir plus précisément les logiques en œuvre dans chacun d'entre eux. Nous avons donc cherché à obtenir la plus grande diversité possible en termes de taille du conseil (l'effectif étant de 32 conseillers à *Ville C*, 48 à *Ville A*, 70 à *Ville D* et 168 à *Ville B*), de nombre d'affaires nouvelles introduites chaque année (entre 266 et 1879 selon les conseils, en 2005), de taux de départage (entre 1% à *Ville D* et 74% à *Ville C*), de taux de conciliation (entre 12 et 18%), de taux d'appel des décisions rendues (entre 36% et 54%). Ces chiffres sont détaillés en annexe 1D<sup>33</sup>.

Il nous faut préciser une limite liée à notre choix de n'investir que des conseils situés dans le nord. En effet, la Cour d'appel (CA) de Douai, dont dépendent les conseils de *Ville C*, *Ville B*, *Ville A* et *Ville D*, présente la particularité d'avoir le plus grand nombre de conseils dans son ressort. Alors que la moyenne, au niveau national, est de 8,8 conseils par CA, la CA de Douai « gère »<sup>34</sup> 21 conseils<sup>35</sup>. On peut de ce fait penser que ceci modifie sensiblement les relations entre les magistrats de la CA de Douai et chacun des conseils dans son ressort, le suivi personnalisé de ces conseils étant plus difficile. Par ailleurs, nous le verrons, les documents évaluant l'activité des conseils sont des documents comparatifs. Ces comparaisons sont réalisées au niveau national, mais aussi au niveau de chaque cour d'appel. La matière et la portée de ces comparaisons n'est pas la même lorsqu'elle concerne 21 ou seulement 4 CPH, comme c'est le cas, par exemple, pour la CA de Limoges.

---

<sup>30</sup> Sources : INSEE - Répertoire Sirene ; « Les chiffres clés de la région Nord Pas De Calais », édition 2005, Direction régionale du travail, de l'emploi

<sup>31</sup> Source : DADS (exploitation au 01/12/04), Insee.

<sup>32</sup> Source : INSEE et Direction régionale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle Nord-Pas-de-Calais.

<sup>33</sup> Précisons que tous les entretiens et observations réalisées au sein de conseil de *Ville D* l'ont été lors de notre travail de DEA.

<sup>34</sup> Nous préciserons, au cours de ce travail, la manière dont intervient la CA sur le fonctionnement des conseils.

<sup>35</sup> *Les autres CA ayant le plus de CPH sous leur ressort sont les CA d'Aix-en-Provence, de Reims et de Versailles, chacune regroupant 14 conseils. Il s'agit également d'une des Cour d'Appel ayant la population la plus importante dans son ressort : près de 4 000 000 personnes, alors que la moyenne nationale s'établit autour de 2 000 000. Ceci, bien entendu, fait varier les délais séparant l'audience prud'homale et l'audience en appel.*

## **Le choix des acteurs rencontrés**

Précisons maintenant les spécificités et hypothèses qui ont guidé notre travail en ce qui concerne le choix des conseillers rencontrés. Nous avons souhaité diversifier autant que possible nos critères, afin de saisir toute éventuelle variation de discours selon les profils. Nous avons toutefois essayé, dans le même temps, de donner une certaine représentativité à notre échantillon. Plus exactement, ce n'est pas tant un souci de représentativité de notre étude qui a guidé nos choix, qu'une volonté de ne pas fonder notre analyse sur une catégorie d'acteurs minoritaires au niveau national. De fait, certaines catégories sont sur-représentées dans notre échantillon, parce qu'il nous fallait augmenter le nombre d'entretiens afin d'appréhender totalement les logiques en œuvre chez les conseillers appartenant à ces catégories, tandis que d'autres sont sous-représentées, le choix des entretiens suivants s'étant porté sur d'autres variables, à partir du moment où nous pensions avoir saisis ces logiques.

C'est donc surtout lors de l'analyse des entretiens que nous avons pondéré le poids de certains discours et pratiques, par rapport aux différentes variables et à leur place au niveau national. A ce titre, les présidents et vice-présidents de conseils et de sections sont très fortement sur-représentés au niveau de notre échantillon, par comparaison à la proportion de conseillers ayant ce type de mandat au niveau national. Il nous semblait en effet indispensable de rencontrer tous les présidents de conseils et de sections, pour chacun des conseils étudiés, car nous avons très vite mis en évidence le rôle primordial que jouaient ces conseillers, rôle bien plus important que celui qui leur est attribué sur le papier.

Nous ne savions pas précisément, a priori, quelles variables pouvaient être clivantes, aussi avons-nous pris soin, parmi les plus évidentes, de n'en négliger aucune. Bien entendu, la variable du collège d'appartenance a été centrale. Nous avons rencontré, à quelques conseillers près, le même nombre de salariés et d'employeurs. La variable la plus importante était, selon nous, l'appartenance syndicale ou patronale des conseillers<sup>36</sup>. Ainsi, la proportion des différentes organisations syndicale et patronales de notre échantillon ne trahit pas la répartition au niveau national<sup>37</sup>, même si, par exemple, la CGT a été sous représentée. Précisons qu'il n'a pas toujours été évident de connaître avant l'entretien l'appartenance syndicale ou patronale des conseillers. Nous la demandions aux conseillers rencontrés lorsqu'ils nous recommandaient certains de leurs collègues, mais ils n'étaient pas toujours en mesure de nous la donner. Par ailleurs, un grand nombre de conseillers, essentiellement au sein du collège employeur, se sont déclarés « sans étiquette », la présentation sur la liste d'une organisation syndicale ou patronale n'ayant constitué pour eux qu'une formalité. Parmi les autres critères retenus

---

<sup>36</sup> Finalement, il nous est très vite apparu que, même élus sur des listes syndicales ou patronales, les conseillers sont avant tout, dans l'exercice de leur mandat prud'homal, des salariés et des employeurs.

<sup>37</sup> Nous nous sommes bien entendu basés sur les résultats obtenus à l'élection prud'homale de 2002. Par un fait du hasard, notre échantillon s'est rapproché des résultats nationaux suite à l'élection prud'homale de décembre 2008.

se trouve la section d'appartenance. Ayant constaté, au cours de notre travail de DEA, l'importance de la section d'appartenance des conseillers, nous tenions à ne pas trop sur-représenter certaines sections, comme la section agriculture, qui ne représente que 10% des conseillers au niveau national. Nous n'avons pas tenu compte de la variable du sexe, que nous pensions et pensons non structurante, même si la proportion de femmes parmi les conseillers rencontrés reflète globalement la proportion de femmes exerçant en France un mandat prud'homal.

En définitive, le choix des personnes rencontrées s'est révélé guidé, pour les premiers entretiens, par les opportunités se présentant à nous puis, dans un second temps, par un « bricolage » nous permettant, d'un entretien à un autre, de réajuster le poids des différentes variables dans notre échantillon. Le choix des derniers entretiens nous a permis d'atteindre un certain équilibre.

### **Le choix de la méthode de l'entretien**

La méthode centrale adoptée est celle d'une enquête qualitative par entretien. On oppose souvent l'entretien de type « compréhensif », permettant de mettre à jour les représentations des acteurs et par là même tenter d'expliquer leurs pratiques, à celui de type « récit de vie », qui a vocation à reconstituer des séquences historiques, des processus d'action collective, en restituant la succession des positions occupées et des choix effectués par les acteurs<sup>38</sup>. Nous avons essayé de croiser ces perspectives, en évoquant au cours des entretiens, dans un premier temps, le parcours des conseillers rencontrés, afin de saisir notamment le sens de leur engagement, puis en orientant l'entretien vers des mises en situation, nous permettant de saisir les formes de raisonnement latent, les rationalités structurant leurs pratiques. Car si la trajectoire biographique ne permet pas de tout expliquer, les systèmes de croyances ou d'intentions des acteurs ne peuvent être saisis indépendamment d'une histoire, qu'elle soit personnelle, professionnelle ou encore syndicale.

Nous souhaitons travailler à partir des discours qui portent sur les pratiques de jugement, sur le positionnement identitaire des conseillers, leur rapport à chacun des univers institutionnels dans lesquels ils s'inscrivent. En somme, nous souhaitons travailler sur les représentations des acteurs, c'est-à-dire, au sens de Raymond Boudon, sur les croyances intériorisées, faisant sens et expliquant en partie leurs comportements ou leurs actions. Il nous fallait donc analyser des argumentaires, recomposer des liens entre des discours et des croyances, des pratiques et des intentions, saisir les différents aspects d'une réalité sociale à travers ces discours. C'est la raison pour laquelle l'entretien, qui « *se prête particulièrement bien à l'analyse du fonctionnement d'une institution, à la*

---

<sup>38</sup> Pinson G., Sala Pala V., « Les usages de l'entretien en sociologie de l'action publique : entretien compréhensif ou récit de vie ? », communication au 15ème congrès de l'Association Française de Science Politique, Lyon, 15 septembre 2005.

*compréhension de phénomènes collectifs et à la saisine des représentations subjectives des individus* »<sup>39</sup> a constitué notre méthode d'enquête privilégiée.

### **L'orientation des entretiens**

La grille d'entretien utilisée, ainsi que le questionnaire préalable distribué à chaque conseiller, est consultable en annexe 1C. La distance par rapport à cette grille a été variable, selon les personnes rencontrées et la situation chronologique de l'entretien au cours de notre travail de terrain. Nous nous en sommes en effet de plus en plus éloignés à mesure qu'avancait le processus d'enquête, alors qu'augmentait notre connaissance du terrain et notre maîtrise des différents thèmes abordés. D'une façon générale, les entretiens avaient pour objectif de saisir le quotidien des conseillers, les ressources dont ils disposent, la manière dont se construit la coordination. Nous nous sommes particulièrement attardés, au cours des entretiens, sur les opérations socio-cognitives formant leur activité de conseillers, en leur demandant de décrire les opérations par lesquels ils rédigeaient une décision, leurs manières de lire le code du travail ou encore leurs descriptions de ce qu'est la jurisprudence. Il s'agissait de saisir le travail d'appropriation des outils, des catégories, du vocabulaire dominant.

### **La chronologie de l'enquête**

Notre entrée sur les différents terrains s'est faite en deux temps. Dans un premier temps, nous avons essayé de nous « imprégner » des lieux en nous rendant régulièrement au conseil de prud'hommes (CPH), en assistant aux audiences publiques, en discutant avec les greffiers, les parties en présence et éventuellement les avocats. Cette rapide immersion nous a permis de nous familiariser avec les lieux et de repérer les éventuelles « figures » du CPH, qu'il s'agisse des conseillers, des avocats, des défenseurs syndicaux ou des entreprises locales régulièrement assignées. Ce n'est que dans un second temps que nous avons mené l'enquête proprement dite.

Nous pensons ainsi avoir commis l'erreur de réaliser notre travail de terrain conseil après conseil, au lieu d'investir en même temps les différents conseils sélectionnés. En d'autres termes, c'est seulement après avoir réalisé tous les entretiens à *Ville A* que nous avons débuté notre enquête sur *Ville B*, et ainsi de suite. Ceci présentait l'avantage d'une immersion totale, pendant quelques semaines voire quelques mois, au sein d'un seul conseil, nous permettant une connaissance accrue des terrains et des acteurs y évoluant. Ce choix a notamment été guidé par la nécessité de réaliser dans un

---

<sup>39</sup> Jakubowski S., « D'une institution d'Etat à une organisation : le cas de l'armée de terre française professionnalisée. Contribution à une sociologie de l'autorité et des processus de transformation », thèse de sociologie, université des sciences et technologies de Lille, 2005.

intervalle de temps réduit les entretiens au sein du conseil de *Ville A*, dans le cadre de la mission de recherche de l'ACI jeunes chercheurs. Cependant, il semble que nous aurions gagné à ne pas procéder de la sorte. Par exemple, l'orientation des entretiens réalisés au sein du dernier conseil investi, celui de *Ville C*, varie très sensiblement par rapport aux entretiens réalisés à *Ville A*. D'abord parce que nos modèles théoriques avaient évolué, mais aussi parce que l'actualité à laquelle était soumise la juridiction prud'homale influençait, avec ou malgré nous, l'orientation des propos des conseillers. Ainsi, en période de mobilisation contre la réforme de l'indemnisation des conseillers, les personnes rencontrées à *Ville A* ont insisté sur les temporalités structurant leur activité, tandis que les conseillers de *Ville C*, se sentant menacés par la réforme de la carte judiciaire qui venait d'être annoncée, ont tenu un discours défensif basé sur leurs résultats. Nous avons ainsi, par exemple, obtenu un plus grand nombre de réaction face à la réforme de la carte judiciaire de la part de conseillers exerçant leur mandat prud'homal dans un petit conseil que dans un grand conseil. Or, si les conseillers de *Ville C* se sont sentis directement menacés par cette réforme, ce n'est pas le cas pour les conseillers de *Ville B*. Nous avons essayé de corriger en partie cette erreur en réalisant une dernière série d'entretiens, essentiellement au sein des deux premiers conseils investis.

### **Le déroulement des entretiens**

Au total, 90 entretiens ont été menés, dont 83 avec des conseillers prud'hommes. Nous avons également rencontré certains acteurs de l'univers judiciaire, avocats et juge départiteur, afin de pouvoir pondérer certains propos concernant les pratiques de jugement et saisir de manière plus précise les relations entre ces professionnels du droit et les conseillers prud'hommes. Trois greffiers ont également été rencontrés afin d'évaluer de manière pratique l'étendue de leur intervention au sein des conseils, mais aussi pour préciser la structure des relations les unissant aux conseillers. Notre travail empirique s'est arrêté lorsque le recueil des données n'apportait plus rien de significatif à l'étude. Nous n'avions en effet pas déterminé, a priori, la taille de notre échantillon, mais avons utilisé le principe de saturation<sup>40</sup>, selon lequel la taille adéquate d'un échantillon est celle qui permet d'atteindre la saturation théorique. Cette saturation théorique est atteinte lorsqu'on ne trouve plus d'information supplémentaire capable d'enrichir la théorie, lorsque « *l'apprentissage incrémentiel est minime, les chercheurs observant des phénomènes déjà constatés* »<sup>41</sup>.

Nous sommes entrés en relation avec les conseillers de trois manières. La première a consisté à contacter les présidents et les vice-présidents des conseils étudiés, ainsi que les présidents et vice-

---

<sup>40</sup> Savoie-Zajc, L., « La saturation », in Mucchielli A. (dir.), *Dictionnaire des méthodes qualitatives en sciences humaines et sociales*, Paris, Armand Colin, 1996.

<sup>41</sup> Hlady Rispal M., *La méthode des cas, application à la recherche en gestion*, Bruxelles, Editions de Boeck, 2002.

présidents de sections, sections qui constituent de plus en plus, nous le verrons, de véritables juridictions dans la juridiction. Il s'agissait de présenter notre recherche et de nous assurer un accès plus facile au terrain, en leur demandant notamment des noms de conseillers à contacter. La deuxième manière d'aborder les conseillers a été de solliciter des entretiens à l'issue des observations d'audience, ce qui a été rendu possible par le fait que les conseillers, bien souvent, restaient quelques minutes dans la salle à la fin de l'audience. Une dernière manière a été de demander aux conseillers, à l'issue de chaque entretien, les coordonnées de deux ou trois collègues qu'ils nous recommandaient de rencontrer. Nous avons privilégié, dans un premier temps, la première et la dernière option, avant de nous rendre compte que nous restions parfois enfermés dans un réseau de « connaissances », certaines catégories de conseillers, les plus indépendants ou les moins impliqués dans la vie du conseil, par exemple, nous échappant. La deuxième option fut ainsi ensuite privilégiée. Dans tous les cas, nous essayions d'observer le conseiller en bureau de jugement avant de le rencontrer, afin d'échapper aux discours trop généraux ou théoriques, et de pouvoir faire commenter certains incidents observés en audience voire même parfois, lorsque le conseiller l'acceptait, de revenir sur certaines affaires. En couplant ainsi directement les observations aux entretiens, nous avons pu recueillir non seulement des récits de pratiques, qu'il était aisé d'apprécier grâce aux observations des séances, mais aussi des réactions circonstanciées à l'égard des autres acteurs concernés, qu'il s'agisse du demandeur, des avocats, des défenseurs du salarié ou des autres conseillers.

Une première série de 11 entretiens a été menée dans le cadre de notre travail de DEA, en mars 2004. Une seconde série de 64 entretiens a été réalisée entre janvier 2005 et juin 2006. Il nous a semblé nécessaire de réaliser, plus d'un an plus tard, une troisième vague d'entretien, suite à la découverte de faits nouveaux, couplée à une évolution particulièrement marquée, durant cette période, des dispositions législatives et réglementaires encadrant l'activité prud'homale. Nous avons sélectionné huit conseillers parmi ceux rencontrés lors de la seconde vague d'entretien, selon leur rapport à l'institution<sup>42</sup>, afin de préciser certains points et éventuellement cerner l'évolution de leurs discours. La liste des personnes rencontrées est consultable en annexe 1A.

Les entretiens ont eu une durée moyenne d'une heure trente. Douze ont dépassé les deux heures, tandis que trois, particulièrement difficiles, ont duré moins de quarante minutes. Ils ont eu lieu au domicile des conseillers, dans des cafés, sur les lieux de travail ou directement au sein des conseils, bien souvent après une audience. Nous avons évité autant que possible (et y sommes parvenus à l'exception de trois cas) que les entretiens soient réalisés dans les locaux de l'organisation syndicale ou patronale du conseiller, cette configuration étant susceptible d'orienter le discours des personnes rencontrées. Plusieurs entretiens ont eu lieu en présence de tiers, collègues (deux cas), conjoint(e) (deux cas) ou mère du conseiller rencontré (un cas).

---

<sup>42</sup> Une typologie à ce sujet sera exposée au chapitre 8.

Tous les entretiens ont été enregistrés, sauf lorsque les conseillers le refusaient (quatre cas) ou lorsqu'un problème technique nous en empêchait, dans deux autres cas (micro mal branché ou piles déchargées). Ces six entretiens ont été en partie reconstitués d'après nos notes.

## **L'analyse des entretiens**

Les trente neuf premiers entretiens ont été intégralement retranscrits par nos soins<sup>43</sup>, neuf autres l'ont été par des membres de l'ACI jeunes chercheurs avec laquelle nous travaillions<sup>44</sup>. Les quarante deux derniers entretiens n'ont été retranscrits que partiellement, certains propos revenant presque invariablement d'un entretien à l'autre. La taille du corpus des entretiens intégralement retranscrits dépassait les mille pages, et il nous était de plus en plus difficile de nous repérer. Nous avons donc quitté notre logiciel de traitement de texte pour découper les entretiens et ne placer que certains extraits dans un tableur, catégorisé selon différentes variables (comprenant une contextualisation des propos tenus). Les 48 premiers entretiens intégralement retranscrits ont subi le même traitement.

Suite à une analyse « diagonale » des entretiens nous ayant permis de construire et de tester la validité des modèles théoriques construits au cours de notre recherche, nous avons effectué un travail de découpage de ces entretiens, selon les thématiques abordées et les variables nous semblant structurantes. Ce travail a été facilité par l'utilisation d'*Excel*, et par l'utilisation permanente de sa fonction de tri des données.

Il convient de préciser le statut, tant épistémologique qu'heuristique, du discours des personnes rencontrées. Dans le cadre d'une sociologie dite « critique », il est essentiel de saisir, au-delà du propos des acteurs, le véritable sens, caché, de ce qu'ils entreprennent. A l'inverse, la sociologie « non critique », adoptée, notamment, par Luc Boltanski et Laurent Thévenot<sup>45</sup>, prend le parti de s'en tenir aux justifications de ces acteurs : la signification des justifications qu'ils avancent est la seule qui puisse être reconnue<sup>46</sup>. Nous pensons que les individus sont, tout autant que le chercheur, compétents pour évaluer la nature des situations dans lesquelles ils agissent. Il s'agit donc d'éviter tout regard surplombant, occultant la capacité des acteurs à avoir du recul sur leur situation, minimisant leur aptitude à analyser leurs propres pratiques, tout en prenant en considération les nombreux effets de contexte.

---

<sup>43</sup> Dont 11 dans le cadre de notre travail de DEA.

<sup>44</sup> Pour des questions de délais, dans le cadre de la remise d'un rapport intermédiaire, ces entretiens ont dû être retranscrits en quelques jours. Nous n'étions techniquement pas capables de réaliser ces retranscriptions dans le délai imparti. L'ACI a donc pris en charge neuf de ces retranscriptions.

<sup>45</sup> Boltanski L., Thévenot L., *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

<sup>46</sup> Amblard H., Bernoux P., Herreros G., Livian Y.F., *Les nouvelles approches sociologiques des organisations*, Paris, Le Seuil, 1996.

## Les interactions de recherche

Il convient de s'attarder quelques instants sur les perceptions dont nous avons fait l'objet de la part des conseillers rencontrés. Dans le cadre de notre participation à l'ACI jeunes chercheurs, nous avons insisté auprès des acteurs du conseil afin que ces derniers renvoient les questionnaires qui leur ont été transmis. De ce fait, nous avons été très vite « assimilés » à cette enquête, passant du statut d'étudiant faisant un « mémoire » à celui d'« enquêteur » dans le cadre d'une mission de recherche. Aussi avons-nous parfois ressenti, de la part des conseillers rencontrés, une crainte certaine, disparaissant la plupart du temps une fois l'anonymat total assuré et le malentendu dissipé.

De manière générale, nous avons été surpris de la facilité avec laquelle nous avons obtenu les différents entretiens. Certains conseillers semblaient même « flattés » et heureux de pouvoir faire part de leur expérience :

*« Je vous dis, moi, ça ne me dérange pas, c'est même un plaisir de parler de tout ça. Ça montre qu'il y a des gens qui s'intéressent, que mon travail, il est reconnu et ça me fait plaisir. J'ai déjà eu deux lycéennes l'année dernière, je suis quelqu'un de très demandé (rires) »<sup>47</sup>.*

Au fur et à mesure qu'avancait la série d'entretiens, un nombre grandissant de conseillers, même ceux que nous n'avions pas encore contactés, savaient qu'un « étudiant » réalisait des entretiens au sein du conseil. Ceci apparaissait de manière évidente lorsque nous contactions, souvent par téléphone, les conseillers, et que ceux-ci répondaient par l'intermédiaire d'un « Ah oui, on m'en a parlé ». Nous avons par ailleurs été abordés spontanément à plusieurs reprises, à la fin d'observation d'audience en bureau de jugement, par des conseillers nous demandant quels étaient les « critères » dans le choix des personnes rencontrées :

Le président d'audience s'approche alors vers moi, et me demande « Ah, c'est vous la personne qui fait des interviews ? C'est pour quoi, exactement ? ». Je lui réponds, il hoche de la tête et ajoute : « Et comment vous choisissez ? Parce que si vous avez besoin, vous n'hésitez pas, hein, je prendrai le temps pour vous ». Il me laissera spontanément son numéro de téléphone<sup>48</sup>.

Parfois même, les conseillers étaient au courant des thèmes abordés avant qu'ils ne le soient au cours des entretiens, comme ce conseiller m'interpellant au milieu de l'entretien :

*« Et à moi, vous ne me demandez pas ce que j'en pense du CNE, parce que j'aurais beaucoup de chose à dire »<sup>49</sup>.*

Nous avons été amenés, pendant les entretiens, à parler des relations entre conseillers, parfois de manière nominative. Certains, à cet égard, ont tenu des propos très sévères au sujet d'un ou

---

<sup>47</sup> Entretien A23, CS/Industrie.

<sup>48</sup> Observation conseil n°1, 26 juin 2006.

<sup>49</sup> Entretien B30, CS/Activités diverses.

plusieurs de leurs collègues. Une partie des conseillers rencontrés semblaient savoir que ce point était évoqué au cours des entretiens. C'est le sens des propos de ce conseiller du collège employeur, qui, avant même que la première question lui soit posée, me confie :

*« - Je suis content que vous m'ayez appelé, parce que je sais que vous avez vu M., et je me doute un peu des conneries qu'il a pu dire sur moi... »*

- [déstabilisé et gêné, je fais semblant, dans un premier temps, de ne pas comprendre] Vous savez, c'est euh... c'est anonyme, donc...

- [me coupant] Bref, en tout cas, pour vous, c'est bien, ce sera l'occasion d'avoir deux points de vue, parce que je tiens à ce que vous connaissiez mon avis »<sup>50</sup>.

Nous avons par ailleurs fait l'objet d'usage diversifiés. Certains conseillers ont par exemple profité de l'entretien pour tenter d'obtenir des informations sur l'avis d'autres conseillers :

*« Et je me demandais si vous saviez ce qu'il en pense, M., de l'altercation entre T. et Mr F., il vous a pas dit ce qu'il comptait faire ? [...] Parce que je trouve ça grave, j'ai pas l'occasion de le voir souvent, mais si vous le revoyez, vous pouvez lui dire que je trouve qu'il faut faire quelque chose, sanctionner, c'est certain ».*

Enfin, une partie des conseillers s'est montrée très réservée lorsque, au cours de l'entretien, était évoqué individuellement un membre du conseil :

*« Ca ne vous regarde pas, comment je suis avec le président, c'est entre lui et moi »<sup>51</sup>*

Ces quelques remarques sur les interactions ayant eu lieu lors des entretiens menés avec les conseillers sont utiles pour préciser le sens qu'ont pris ces entretiens pour certains d'entre eux. Ces significations ne sont pas anecdotiques, en ce sens qu'elles permettent de contextualiser les propos, voire d'en expliquer certaines orientations, de saisir les effets de la relation d'enquête. Il s'agit de contrôler les effets de l'enquête elle-même. Pour Pierre Bourdieu, saisir les effets de la relation d'entretien, c'est *« tenter de connaître les effets que l'on peut produire sans le savoir par cette sorte d'intrusion toujours un peu arbitraire qui est au principe de l'échange (notamment par la manière de se présenter et de présenter l'enquête, par les encouragements accordés ou refusés, etc.); c'est essayer de porter au jour la représentation que l'enquêté se fait de la situation, de l'enquête en général, de la relation particulière dans laquelle elle s'instaure, des fins qu'elle poursuit, et d'explicitier les raisons qui le poussent à accepter d'entrer dans l'échange. C'est en effet à condition de mesurer l'ampleur et la nature du décalage entre l'objet de l'enquête tel qu'il est perçu et interprété par l'enquêté, et l'objet que l'enquêteur lui assigne, que celui-ci peut essayer de réduire les distorsions qui en résultent, ou, du moins, de comprendre ce qui peut être dit et ce qui ne le peut pas,*

---

<sup>50</sup> Entretien B12, CE/Industrie.

<sup>51</sup> Entretien A18, CS/Commerce.

*les censures qui empêchent de dire certaines choses et les incitations qui encouragent à en accentuer d'autres* »<sup>52</sup>.

Nous verrons que le discours des conseillers varie sensiblement selon les thèmes abordés. Régulièrement, certains propos plus « défensifs » en contredisent d'autres, tenus quelques minutes plus tôt. Aussi, prendrons-nous soin de préciser, lorsque nous reprendrons les paroles tenues par certains conseillers, le contexte de l'interaction.

### **L'observation des audiences en bureau de jugement**

L'observation des audiences semble constituer pour le sociologue une manière peu coûteuse d'accéder à la justice et à ce qui se joue dans le travail de décision juridique. L'intérêt du travail d'observation des audiences est accru par l'impossibilité d'observer les autres moments de la procédure et de la décision (en particulier, pour les prud'hommes, la conciliation et le délibéré). Par ailleurs, le dispositif d'observation est très simple à mettre en place : l'observateur n'a pas à y négocier sa place, les audiences étant ouvertes au public<sup>53</sup>.

Il faut cependant réaliser de nombreuses observations pour saisir les différentes logiques structurant le procès prud'homal. De plus, l'observation ne fait qu'ouvrir des hypothèses que seuls les entretiens permettent de valider. En cela, l'observation ne peut être utile que prise dans un dispositif plus large.

Nous avons ainsi réalisé une série de 49 observations d'audiences en bureau de jugement, souvent de manière parallèle aux entretiens, et quatre observations d'audience solennelle de rentrée et d'investiture. Notre grille d'observation, élaborée après la cinquième séance, est consultable en annexe 1B. Ces audiences en bureau de jugement s'étendaient en moyenne sur deux heures, certaines ayant duré moins de trente minutes et une plus de cinq heures. Nous avons essayé, autant que possible, d'observer les « temps morts », suivant et précédant l'audience proprement dite, profitant des discussions informelles remplissant ces temps. De manière générale, les propos, postures et attitudes des conseillers, du greffier, des parties et des avocats ont retenu notre attention, ainsi que la nature des litiges et les arguments avancés par les avocats au cours de leur plaidoirie : les conseillers montrent-ils de l'ennui ou de l'intérêt ? Qui regardent-ils ? Y-a-t-il des micro-échanges entre eux ? Le président est-il directif ? Les questions sont-elles nombreuses ? De qui viennent-elles ? Quelles sont les relations entre avocats et conseillers ? Les avocats arrivent-ils à l'heure ? Comment plaident-ils les

---

<sup>52</sup> Bourdieu P.(dir.), *La misère du monde*, Paris, Le Seuil, 1993.

<sup>53</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

renvois ? De quelle manière s'adressent-ils aux conseillers ? Se montrent-ils courtois, hautains ? Comment le président leur donne-t-il la parole ? Etc.

Dans tous les cas, c'est lorsqu'un incident se produisait que notre position d'observateur prenait tout son sens, les incidents de procédures permettant de mettre à jour l'écart entre le fonctionnement réel de l'institution et son fonctionnement théorique.

Nous consultions quelques mois plus tard, sur simple demande au greffe, les décisions rendues par les conseillers concernant les litiges ayant retenu notre attention lors des observations.

Nous aurions aimé pouvoir, en complément aux entretiens et observations d'audiences, observer les pratiques de délibération. Nous avons à ce titre demandé aux premiers conseillers rencontrés s'il était envisageable, dans le cadre de ce travail, et de manière exceptionnelle, d'assister à certaines de leur délibération. Certains conseillers n'ont pas répondu de suite par la négative, mais l'obligation d'obtenir l'accord des quatre conseillers de la formation a rendu la chose beaucoup plus difficile, pour ne pas dire impossible. Après une discussion avec le greffier en chef du premier conseil étudié, pour qui cette observation en délibéré n'était absolument pas envisageable, nous avons été contraints d'abandonner. Ces observations isolées de quelques cas de délibération n'auraient eu, de toutes les manières, qu'une portée très réduite dans le cadre de notre travail. On peut par ailleurs penser que notre présence en délibéré aurait fortement influencé le comportement des conseillers.

En complément à ces données empiriques recueillies lors des entretiens et des observations, d'autres matériaux ont complété notre enquête.

### **L'analyse des décisions prud'homales**

Une analyse de 62 motivations écrites de jugement a été réalisée. Nous avons examiné la construction des décisions ainsi que leur motivation. Nous ne sommes pas juristes, et ne prétendons pas, de ce fait, avoir perçu de manière exhaustive l'ensemble des points intéressants qu'un praticien du droit aurait décelé aisément. Les résultats de cette analyse qualitative de contenu ont été mis en relation avec les discours des conseillers recueillis lors des entretiens, concernant leur activité en délibéré et les modes de justification des décisions rendues. Ces motivations nous ont été remises par certains conseillers lorsque nous le leur demandions, ou communiquées par le greffe lorsqu'un litige observé en bureau de jugement avait retenu notre attention. Dans huit cas, nous avons obtenu copie d'un jugement rendu en dehors des conseils étudiés, après avoir eu connaissance de ce jugement dans la presse. Ce fut le cas, par exemple, pour certains jugements relatifs au Contrat Nouvelles Embauches. Par la manière dont ils ont été « collectés », ces jugements ne peuvent prétendre à une

quelconque représentativité, mais constituent un outil précieux, lorsqu'ils sont reliés à des discours, pour tenter de reconstituer les pratiques de délibération.

### **Les autres matériaux bibliographiques**

Nous avons par ailleurs demandé aux conseillers, à la fin des entretiens, s'il leur était possible de nous communiquer les derniers documents qu'ils avaient reçus de la part de leur organisation syndicale ou patronale. Nous photocopions ces documents puis les leur retournions quelques jours plus tard. Ainsi, nous avons pu analyser une série de revues, notes internes ou bulletins syndicaux et patronaux destinés aux conseillers ou aux défenseurs syndicaux. La plupart ne présentaient qu'un intérêt très réduit, mais certains nous ont permis de saisir plus précisément les champs d'intervention des ces organisations aux prud'hommes. Nous pensions, dans un premier temps, rencontrer certains acteurs syndicaux dans le cadre de notre enquête afin, notamment, d'examiner les rapports entretenus par les différentes organisations aux conseillers et à l'institution prud'homale. Mais le discours des conseillers à ce sujet et ces différents matériaux bibliographiques sont très vite apparus satisfaisants.

Nous avons par ailleurs régulièrement consulté diverses publications juridiques, telles la revue Droit du travail ou la semaine sociale Lamy, en retenant les rares articles consacrés aux décisions prud'homales ou au fonctionnement de l'institution. Au-delà de cette presse spécialisée, la presse dite généraliste a constitué une importante source d'information. Nous avons à ce titre utilisé le service d'alertes électroniques d'un moteur de recherche bien connu, ayant ainsi eu accès à tous les articles recensés contenant le terme « prud'hom\* »<sup>54</sup>.

Rappelons, enfin, qu'il nous a été permis d'exploiter les résultats de l'enquête par questionnaire réalisée dans le cadre de la mission de recherche de l'ACI jeunes chercheurs.

---

<sup>54</sup> Il est intéressant de noter que plus d'un tiers des alertes reçues en près de quatre ans concernaient des litiges introduits par d'anciens candidats à diverses émissions de télé réalité.

## **PREMIERE PARTIE**

### L'INSTITUTION PRUD'HOMALE, CETTE EXCENTRIQUE

## Chapitre 1

### Les prud'hommes et le règlement du contentieux du travail :

#### une mise en perspective historique et comparative

---

Soumise à une actualité particulièrement riche au moment où la rédaction de cette thèse s'achève, l'institution prud'homale est dans une période marquante de son histoire. C'est du moins ce que nous nous efforcerons de démontrer. Il semble ainsi bienvenu de prendre de la distance en réinscrivant l'institution dans un cadre historique. On connaît en effet, depuis Durkheim et Weber, l'importance de la lecture historique pour construire et délimiter les objets d'une recherche<sup>55</sup>.

Un tel détour s'avère particulièrement intéressant dans le cas des prud'hommes. Il n'y a en effet pas grand-chose de commun entre le premier conseil ouvert à Lyon en 1806 et la juridiction que nous connaissons aujourd'hui. L'institution prud'homale, bicentenaire et maintes fois réformée, a traversé de multiples crises et a été touchée, à plusieurs reprises, dans ses fondements identitaires. Si la mission de l'institution a peu changé<sup>56</sup>, son identité, sa structure, ses pratiques ont connu plusieurs évolutions importantes, voire radicales. Il ne s'agira pas ici d'être exhaustif<sup>57</sup> mais de revenir sur les transformations marquantes à l'origine de la forme actuelle de l'institution. Les tensions qui traversent actuellement les prud'hommes ne peuvent en effet se lire qu'à travers les réformes successives dont ils ont fait l'objet<sup>58</sup>. L'adoption d'une perspective diachronique nous permettra de prendre la mesure des réformes qui, peu à peu, ont donné à l'institution prud'homale sa figure actuelle.

Nous rappellerons ensuite sommairement les principes encadrant actuellement le traitement du contentieux du travail en France, ces principes constituant le produit de cette histoire. Nous verrons ainsi que la singularité de la juridiction prud'homale repose sur la production de jugements paritaires, par des juges élus, sans échevinage, en matière de droit social. Ceci nous permettra, dans un dernier temps, d'examiner de plus près les juridictions pouvant être rapprochées de l'institution

---

<sup>55</sup> Nous pouvons mentionner les travaux de Durkheim sur la famille ou ceux de Weber sur les religions.

<sup>56</sup> En adoptant la vision la plus large possible, à savoir la régulation des relations de travail.

<sup>57</sup> Parmi les recherches historiques sur la prud'homie, peu nombreuses, citons les travaux de Marcel David, Alain Cottureau ou Norbert Olszak : David M., « L'évolution historique des conseils de prud'hommes en France », *Droit social*, février 1974 ; David M., « Les prud'hommes : XIXe-XXe siècle », *Le Mouvement social*, n°141, octobre 1987 ; Cottureau A., « Droit et bon droit. Un droit des ouvrier instauré, puis évincé par le droit du travail », *Annales HSS*, vol. 57, 2002 ; Olszak N., « Les conseils de prud'hommes : un archétype judiciaire pour le mouvement ouvrier ? », *Le Mouvement social*, n° 141, oct.-déc. 1987.

<sup>58</sup> A ce titre, cette première sous-partie s'inspire du panorama réalisé par Hélène Michel et Laurent Willemez : Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

prud'homale, qu'il s'agisse des autres juridictions paritaires en France ou des juridictions sociales en dehors de nos frontières.

## 1. Les mutations de l'institution prud'homale

Tous les historiens ne proposent pas la même lecture en ce qui concerne les origines de la prud'homie : « nouvelle forme de corps intermédiaire héritée des corporations d'ancien régime » pour les uns, « radicale nouveauté au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, qu'il s'agisse de l'élection des juges ou du caractère révolutionnaire de la représentation des ouvriers »<sup>59</sup> pour les autres.

Certains auteurs n'hésitent pas à remonter au XIII<sup>ème</sup> siècle pour trouver l'origine des « prud'hommes » : les « probi-homines », nommés par Philippe le Bel, assistent les échevins et le prévôt des marchands dans le contrôle des maîtres. Sous l'ancien régime, les prud'hommes, élus parmi les maîtres, présents au sein des corporations de métiers, sont chargés de régler les conflits entre leurs pairs<sup>60</sup>. Cette conception de l'institution prud'homale comme survivance du corporatisme de l'Ancien Régime a été vivement combattu par Marcel David<sup>61</sup>, rejoint par Alain Supiot<sup>62</sup>. Pour ces auteurs, cette interprétation relève du « mythe », les conseils de prud'hommes étant « nés dans les flancs du capitalisme »<sup>63</sup>.

Au-delà de ces débats doctrinaires, les historiens s'accordent sur une chronologie sommaire permettant de distinguer trois périodes : la genèse de l'institution, de 1806 à 1905, sa « judiciarisation » et sa « syndicalisation » progressive, de 1905 à 1979, et l'instauration de sa forme actuelle, à partir de 1979.

### 1.1. La genèse de l'institution : 1806-1905

Le premier conseil de prud'hommes est institué par la loi du 18 mars 1806. Le législateur s'inspire d'un tribunal lyonnais chargé de la conciliation entre patrons et ouvriers au sein des fabriques de soieries. De nouveaux conseils peuvent être créés sur le territoire national dès que le besoin s'en ressent. 25 ans plus tard, il existe déjà 53 conseils de prud'hommes, qui reçoivent alors la mission de « trancher sans retard et par voie de conciliation les petits différends qui s'élèvent

---

<sup>59</sup> Michel H., Willemez L., « Les prud'hommes et la représentation du monde du travail : Etat et partenaires sociaux dans la réforme d'une juridiction du travail », in Duclos L., Groux G, Mériaux O. (dir), *La dynamique des relations professionnelles*, Paris, LGDJ, 2007.

<sup>60</sup> Ray J.E., *Droit du travail, droit vivant*, 8<sup>ème</sup> édition, Paris, Ed. Liaisons, 2000.

<sup>61</sup> David M., « La juridiction du travail en France », *Droit social*, 1974.

<sup>62</sup> Supiot A., *Les juridictions du travail*, Paris, Dalloz, 1987.

<sup>63</sup> David M., *op. cit.*

*journallement soit entre des fabricants et des ouvriers, soit entre des chefs d'atelier et des compagnons apprentis* »<sup>64</sup>. Mais nous sommes bien loin ici de l'institution paritaire que nous connaissons : les patrons doivent toujours avoir un représentant de plus que les chefs d'atelier, les contremaîtres et les ouvriers réunis<sup>65</sup>. Par ailleurs, on ne peut parler de droit du travail à cette époque : si le code civil napoléonien évoque, dès 1804, le contrat de louage de services, c'est la loi du 22 mars 1841, interdisant le travail des enfants de moins de huit ans et fixant la durée maximale de travail à douze heures par jour pour les enfants de 12 à 16 ans, qui peut être caractérisée de première loi sociale<sup>66</sup>. Dans ce contexte, les conseils de prud'hommes, loin de l'espace judiciaire, très proches du mode de fonctionnement des corporations, ne sont qu'un lieu de régulation des professions en interne, réglant les litiges liés à la fixation des salaires (les « tarifs »), aux règlements d'atelier, à la protection des dessins et modèles<sup>67</sup>. Cette proximité « fonctionnelle » entre corporations et conseils de prud'hommes est d'ailleurs présentée par Durkheim alors qu'il tente de défendre le modèle corporatiste à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>68</sup>.

Il faudra attendre le décret du 27 mai 1848 pour que les conseillers siègent en nombre égal et que soit ainsi consacré le paritarisme prud'homal. Le décret établit par ailleurs le principe du suffrage universel<sup>69</sup>.

Durant cette période, les conseils de prud'hommes échappent « à la codification et à l'emprise des professionnels du droit »<sup>70</sup>, jugeant « en équité avant de juger en droit, à partir des usages plutôt qu'à travers des textes, et dans un souci de conciliation plutôt que de sanction »<sup>71</sup>. La conciliation, étape obligatoire, actuellement, de la procédure prud'homale, constitue au XIX<sup>ème</sup> siècle la principale raison d'être de l'institution. A défaut de conciliation, les prud'hommes doivent juger, mais les conflits du travail dont ils sont saisis sont réglés dans plus de 90% des cas à l'amiable<sup>72</sup>. La juridiction se veut alors un « lieu neutre » au sein duquel « l'antagonisme de classe

---

<sup>64</sup> Loi du 18 mars 1806.

<sup>65</sup> Décrets du 11 juin 1809.

<sup>66</sup> Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, Thèse en sciences de gestion, Aix Marseille III, 2005.

<sup>67</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

<sup>68</sup> Durkheim E., *Leçons de sociologie*, Paris, PUF, 1950, cit. in Supiot A., « Actualité de Durkheim : notes sur le néo-corporatisme », *Droit et société*, n°6, 1987.

<sup>69</sup> Si les conseils de prud'hommes adoptent dès leur début le principe de l'élection des juges, la révolution de 1848 rend électeurs et éligibles les acteurs du monde du travail, ouvriers compris (les femmes ne seront cependant éligibles qu'à partir de 1908).

<sup>70</sup> Lemerrier C., « Juges du commerce et conseillers prud'hommes face à l'ordre judiciaire (1800-1880). La constitution des frontières juridiques », in Michel H., Willemez L. (dir.), *La justice au risque des profanes*, Paris, PUF CURAPP, 2007.

<sup>71</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense et action publique*, op.cit.

<sup>72</sup> Thomas E., *Les conseils de prud'hommes, leur histoire et leur organisation*, Paris, Thèse de Droit, Paris, 1887, cité in Schekler E., *Le départage prud'homal (théorie et pratique)*, Thèse de droit, Nantes, 2004.

*n'a plus court* »<sup>73</sup>. Pourtant, loin de l'espace idéal de discussion et de délibération entre patrons et ouvriers, la conciliation s'accompagne d'une asymétrie et d'une domination importante des employeurs et de leurs représentants<sup>74</sup>. Institution paternaliste<sup>75</sup>, les prud'hommes constituent alors, comme le montre Pierre Cam, un lieu de dissimulation des rapports de classe portée par la possibilité de l'accord ou du consensus<sup>76</sup>.

De nombreuses tensions parcourent l'institution au XIX<sup>ème</sup> siècle, concernant notamment la désignation des présidents et vice-présidents de conseil. Nommés par Napoléon III à partir de 1853<sup>77</sup>, les conseillers retrouvent le droit d'élire leurs propres présidents en 1880<sup>78</sup>. Le président est alors assisté en bureau de jugement par un vice-président de l'autre collège, et vice-versa. Le bureau de conciliation est présidé, alternativement, par un patron et par un ouvrier<sup>79</sup>. Si cette loi, introduisant plus de transparence et de démocratie, renforce la crédibilité de l'institution prud'homale, elle ne permet pas de mettre fin aux tensions qui, au contraire, grandissent.

Les normes applicables de l'époque étant d'ordre coutumier, les conseillers produisent une jurisprudence abondante<sup>80</sup>. Le patronat remet alors systématiquement en cause l'institution et tente d'en limiter les compétences. L'appel devant le tribunal de commerce infirme alors régulièrement les jugements prud'homaux. Le mouvement ouvrier, et les porteurs des prémices du syndicalisme, interviennent de plus en plus régulièrement aux prud'hommes, en prenant position au sein des conseils. De nombreux conflits éclatent en 1884, aboutissant à des démissions collectives. Une réforme globale de l'institution semble indispensable.

## 1.2. L'essor des prud'hommes : 1905-1979

Les lois du 15 juillet 1905 et du 27 mars 1907 établissent les principales bases du système actuel : reconnaissance de l'institution prud'homale comme juridiction du travail<sup>81</sup>, intervention du juge civil devenant le juge d'appel en lieu et place du tribunal de commerce, compétences élargies aux employeurs et salariés du commerce. Par ailleurs, l'introduction du juge départiteur dans la

---

<sup>73</sup> Cam P., *Les prud'hommes, juges ou arbitre ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, Paris, Presses de la FNSP, 1981.

<sup>74</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense et action publique*, op.cit.

<sup>75</sup> Lire à ce sujet Dubois B., « Les prud'hommes et la discipline industrielle au XIX<sup>ème</sup> siècle », in *Juges et criminels, Etudes en hommage à René Martinage*, Hellemes, Ester, 2000.

<sup>76</sup> Cam P., *Les prud'hommes, juges ou arbitre ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, op.cit.

<sup>77</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1853.

<sup>78</sup> Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, op. cit.

<sup>79</sup> Loi du 7 février 1980.

<sup>80</sup> L'historien Alain Cottureau parle des prud'hommes, pour la période 1800-1860, comme « une sorte de *common law* du travail », avec un « souci d'équité et de réciprocité des marchandages individuels ». Cottureau A., « Sens du juste et usages du droit du travail : une évolution contrastée entre la France et Grande Bretagne au XIX<sup>ème</sup> siècle », *Revue d'histoire du XIX<sup>ème</sup> siècle*, n°33, 2006.

<sup>81</sup> La loi du 27 mars 1907 est une loi de codification intégrant des jurisprudences issues d'un siècle de pratiques prud'homales. Cf. Schekler E., *Le départage prud'homal (théorie et pratique)*, Thèse de droit, Nantes, 2004.

procédure constitue une innovation majeure<sup>82</sup>. Le président n'a plus de voix prépondérante, comme c'était le cas jusqu'à présent. Les conseillers, longtemps hostiles au juge départiteur, finissent par l'accepter comme « *mal nécessaire* » au fonctionnement des conseils<sup>83</sup>.

Les prud'hommes prennent donc véritablement leur essor à cette période. Le développement de lois de protection des ouvriers, la naissance d'institutions organisant les intérêts sociaux et professionnels, l'immixtion des syndicats au sein des conseils<sup>84</sup>, font glisser l'institution vers un lieu de « procès » judiciaire et vers un lieu d'expression des intérêts portés par les syndicats<sup>85</sup>.

La réforme de 1958<sup>86</sup> élève le taux de compétence en premier ressort, complique l'appel, crée la section « activités diverses ». Elle constitue une des dernières étapes de la juridicisation des prud'hommes avant 1979. En 1974, un décret introduit une procédure de référé<sup>87</sup>, en la confiant uniquement, comme c'est le cas dans les autres juridictions, au président. Le conseil d'Etat annulera cette procédure, en affirmant par là même clairement le principe de parité de l'institution<sup>88</sup>. Mais la baisse importante de la conciliation, la judiciarisation et la syndicalisation progressives de l'institution lui font perdre son caractère originel sans pour autant augmenter sa légitimité judiciaire (encore partielle) et syndicale<sup>89</sup>.

Les historiens reconnaissent la centralité de l'intrusion syndicale dans le développement de la prud'homie. La loi de 1979<sup>90</sup>, et sa réforme en 1982<sup>91</sup>, peuvent être considérées comme des moments clés de la « syndicalisation » des prud'hommes. Par ailleurs, un grand nombre de litiges ne relevaient pas de la juridiction prud'homale avant 1979, du fait d'une mauvaise répartition des conseils sur le territoire et d'une spécialisation excessive des sections sur la base du métier. La réforme de 1979 mettra fin à cette « *réglementation archaïque* »<sup>92</sup>. Il y a donc un « avant » et un « après » 1979 dans l'histoire de l'institution prud'homale.

---

<sup>82</sup> La loi du 25 mars 1907 met fin aux nombreux blocages de la procédure en prévoyant qu' « *en cas de partage, l'affaire est renvoyée dans le plus bref délai devant le même bureau de jugement, présidé par le juge de paix de la circonscription ou l'un de ses suppléants* ».

<sup>83</sup> David M., op. cit.

<sup>84</sup> Qui deviennent alors de véritables acteurs du droit et de la justice. Cf. Willemez L., « Quand les syndicats se saisissent du droit. Invention et redéfinition d'un rôle », *Sociétés contemporaines*, n°32, 2003.

<sup>85</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense et action publique*, op.cit.

<sup>86</sup> Ordonnance du 22 décembre 1958.

<sup>87</sup> Décret du 12 septembre 1974, annulé par le Conseil d'Etat le 11 février 1977.

<sup>88</sup> Olszak N., « Invention et défense du caractère paritaire de la juridiction prud'homale », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>89</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense et action publique*, op.cit.

<sup>90</sup> Loi du 18 janvier 1979, dite « loi Boulin ».

<sup>91</sup> Loi du 6 mai 1982.

<sup>92</sup> Cf. Bonafe-Schmitt, « Les prud'hommes : du conseil de discipline à la juridiction de droit commun du travail », *Le mouvement social*, n°141, 1987.

### 1.3. Les réformes de 1972 et 1982

Selon Robert Boulin, le ministre du travail à l'origine du texte, la loi de 1979 est chargée de donner « *une nouvelle vie aux prud'hommes* »<sup>93</sup> : la loi fixe en effet les prud'hommes tels qu'on les connaît aujourd'hui. Pour que l'institution devienne une juridiction de droit commun du travail, il fallait faire table rase du passé en imposant un modèle structurel uniforme.

La section encadrement est ainsi créée, le découpage des conseils en cinq sections institué (industrie, commerce, agriculture<sup>94</sup>, activités diverses et encadrement). Ceci met fin à l'existence de certaines sections spécialisées<sup>95</sup>, telle la section soierie du conseil de Lyon, qui avait, comme nous l'avons souligné, inspiré le législateur en 1806. L'institution repose désormais sur une généralisation territoriale et professionnelle. L'Etat (et non plus les municipalités) prend en charge les dépenses de personnel et de fonctionnement, ainsi que l'indemnisation et la formation des conseillers. Le greffe des conseils est assuré par des fonctionnaires du ministère de la justice. Les conseillers sont protégés contre le licenciement, les salariés inscrits d'office sur les listes électorales. Une importance accrue est donnée aux élections prud'homales, qui transforment le paysage syndical local : les conseillers sont désormais élus dans le cadre d'un scrutin par collège à la proportionnelle (plus forte moyenne). Par ailleurs, le référé prud'homal est à nouveau institué, de même que les conseillers rapporteurs. En 1982, l'échevinage<sup>96</sup> est supprimé en Alsace. Le pouvoir des bureaux de conciliation est par ailleurs considérablement augmenté, sur le papier en tout cas, car les conseillers peuvent désormais ordonner une mesure d'instruction. Le mandat des conseillers est fixé à 5 ans. En mars 1985, le Conseil Supérieur de la Prud'homie est installé<sup>97</sup>. Enfin, la loi du 30 décembre 1986, suite à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement économique, met en place une procédure d'urgence pour l'examen des litiges entrant dans ce cadre.

---

<sup>93</sup> Assemblée nationale, compte-rendu intégral des débats, 2 octobre 1979, Journal Officiel du 3 octobre 1979, cité in Michel H., Willemez L., « Les prud'hommes et la représentation du monde du travail : Etat et partenaires sociaux dans la réforme d'une juridiction du travail », op. cit.

<sup>94</sup> La loi du 30 décembre 1986 institue une section agricole unique dans le ressort de chaque tribunal de grande instance.

<sup>95</sup> Bonafe-Schmitt, « Les prud'hommes : du conseil de discipline à la juridiction de droit commun du travail », op. cit.

<sup>96</sup> L'échevinage est un « *procédé d'organisation des tribunaux, consistant à réunir au sein d'une juridiction collégiale un ou plusieurs magistrats professionnels et des personnes ayant une profession ou une qualité en relation avec la nature des affaires jugées* ». Nous pouvons citer, à titre d'exemple, l'échevinage de la cour d'assises, composée de magistrats de profession et d'un jury. Cornu G., *Vocabulaire juridique*, PUF, collection Quadrige, 4<sup>ème</sup> édition, 2003.

<sup>97</sup> Le conseil supérieur de la prud'homie est un organe consultatif, comprenant deux représentants du ministère du travail, deux de la chancellerie, un du ministère de l'agriculture, ainsi que des représentants, en nombre égal (neuf), des organisations syndicales et professionnelles « représentatives ». Il a souvent été présidé par de « grands juristes ». Il est appelé à formuler des avis et des suggestions ainsi qu'à effectuer des études sur l'organisation et le fonctionnement des conseils de prud'hommes. Il est consulté sur certains projets de loi.

La réforme de 1979 transforme donc en profondeur la prud'homie en contribuant à judiciariser définitivement l'institution et, dans le même temps, à en faire un enjeu central sur le plan syndical. Il s'agit donc d'un moment important de pérennisation de l'institution. Les prud'hommes passent de « *l'âge du métier* » à celui de « *l'organisation scientifique du travail* »<sup>98</sup>. La réforme Boulin permet de concilier la pluralité des conceptions des prud'hommes : ils sont à la fois une juridiction, un lieu de négociation et une instance de représentation des intérêts. Cependant, on retrouve encore aujourd'hui, dans le discours de certains conseillers prud'hommes, des références à un « idéal prud'homal » renvoyant aux premières heures de l'institution : une institution proche du système corporatiste, composée d'experts prenant leur distance avec le droit positif, portant un idéal de conciliation, sans syndicats<sup>99</sup>.

A l'heure où l'on célèbre les 200 ans de l'institution, on ne compte plus, comme nous l'avons évoqué en introduction, les mesures venant la perturber. Nous serons bien entendu amenés à y revenir, mais nous pouvons d'ores et déjà noter que des mesures comme la réforme de la carte judiciaire, l'évolution du statut des conseillers en ce qui concerne leurs indemnités ou les transformations du droit du travail réactivent ces débats très anciens sur la place et le rôle des conseils de prud'hommes comme juridiction d'exception.

Après avoir réalisé ce court détour, et vu par là même dans quelle mesure les débats autour de l'institution prud'homale s'inscrivaient dans un processus historique, il semble nécessaire de discerner les attributions actuelles de la juridiction. Ceci nous permettra de revenir plus précisément sur certaines notions évoquées plus haut et, surtout, de pouvoir qualifier la nature du contentieux prud'homal. Car si la juridiction dispose d'une compétence étendue en matière de droit social, une grande partie des conflits du travail lui échappe.

## **2. La compétence des conseillers prud'hommes en matière de traitement des conflits du travail**

Aujourd'hui, les prud'hommes comptent 14 445 conseillers exerçant au sein de 210 conseils. L'institution est compétente en matière de conflits individuels du travail<sup>100</sup>. Entre 150 000 et 190 000 contentieux sont enrôlés chaque année<sup>101</sup>. Seule la moitié sera tranchée par un jugement sur le fond.

---

<sup>98</sup> Cf. Bonafe-Schmitt, « Les prud'hommes : du conseil de discipline à la juridiction de droit commun du travail », op. cit.

<sup>99</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

<sup>100</sup> Plus précisément, trois conditions sont nécessaires pour admettre la compétence prud'homale : la validité du lien de droit doit être vérifiée (la jurisprudence a notamment dégagé le fait qu'une promesse de contrat de travail autorise la saisine de la juridiction prud'homale), l'existence d'un lien de subordination juridique doit être

Il existe en effet deux modes de résolution d'un litige<sup>102</sup> : le mode « décisionnel » (ou « non négocié ») et le mode « non décisionnel » (ou « négocié »). Dans le premier cas, le litige est soumis au juge, les parties sont départagées par un jugement ou un arrêt. Le bureau de jugement prud'homal relève, par exemple, de ce mode. Dans le second cas, le litige est maintenu entre les mains des parties qui recherchent, avec ou sans l'aide d'un tiers, à mettre fin au conflit par elles-mêmes. Le bureau de conciliation prud'homal, notamment, relève de ce mode.

Nous pouvons par ailleurs distinguer, en ce qui concerne le règlement des conflits, les modes juridictionnels (faisant intervenir un magistrat ou un arbitre) et non juridictionnels (les divers modes de règlements amiables, qui sont aussi qualifiés de modes volontaires de résolution du litige)<sup>103</sup>. Ainsi, la conciliation prud'homale, par exemple, constitue un mode « juridictionnel » mais « non décisionnel » de règlement des conflits. Mais avant de nous pencher sur ces différents modes de résolution de conflits, et par là même sur les types de litiges traités au sein des conseils de prud'hommes, il convient de préciser la notion de conflit « individuel » du travail.

## **2.1. La notion de conflit « individuel » du travail**

La répartition du contentieux du travail en France semble relativement simple au premier abord : les contestations d'ordre individuel relèvent du conseil de prud'hommes, le contentieux de la sécurité sociale du tribunal des affaires sociales, les conflits relatifs aux élections des représentants du personnel du Tribunal d'Instance (TI), et les conflits collectifs (pour faire simple) du Tribunal de Grande Instance (TGI)<sup>104</sup>. Les conseils de prud'hommes sont ainsi compétents sur tous les litiges individuels nés du contrat de travail ou d'apprentissage, soumis aux dispositions du code du travail, quelle que soit l'activité économique de l'employeur<sup>105</sup>.

En réalité, on constate un éclatement du contentieux du travail au niveau des juridictions de première instance : le conseil de prud'hommes, le conseil de prud'hommes pêcheurs, le tribunal de commerce, le TI, le TGI peuvent intervenir en matière de conflit du travail. Par ailleurs, la distinction

---

contrôlé et le litige, qui doit avoir un caractère individuel, ne peut être relatif qu'à l'exécution du contrat de travail.

<sup>101</sup> Les chiffres varient sensiblement selon qu'il s'agisse de chiffres officiels ou provenant d'études de la DACS (Direction des Affaires Civiles et du Sceau).

<sup>102</sup> Le terme « litige » n'est pas utilisé par le code du travail. Nous le considérerons dans un sens restrictif, comme une contestation, des prétentions opposées, un désaccord de volontés, donnant lieu à un procès ou à un arbitrage. Le conflit précède ainsi le litige.

<sup>103</sup> Doriat-Duban M., Deffains B., « Le temps de la justice : analyse comparative de la durée des litiges selon leur mode de règlement », in Kirat T., Serverin E., *Le droit dans l'action économique*, Paris, 2000.

<sup>104</sup> Les conflits collectifs mettent en jeu des procédures instituées par la loi du 11 février 1950 et reprises par la loi du 26 juillet 1957 et le Règlement de l'Administration Publique du 18 juillet 1958 modifié par décrets des 23 août 1968, 20 juillet 1978, lois des 13 juillet 1971 et 13 novembre 1982 repris aux articles L. 523-1 et suivants du code du travail.

<sup>105</sup> Un tableau présentant cette répartition du contentieux est consultable en annexe 7.

entre conflits individuels et conflits collectifs est beaucoup plus délicate qu'on pourrait le penser : tout litige individuel est virtuellement collectif. En pratique, la tendance serait plutôt de retenir le caractère individuel toutes les fois que cela est possible. Les litiges collectifs sont en effet le plus souvent portés devant le conseil de prud'hommes à l'occasion d'un litige individuel<sup>106</sup>. Dans le cas d'affaires multiples concernant une même entreprise, les conseillers peuvent prononcer une ordonnance de jonction de dossiers, même si les affaires présentent quelques différences. Les dossiers, dans ce cas, ne sont pas forcément comptabilisés comme un seul pour les statistiques. Notons à ce sujet que la dimension collective des conflits portés devant la juridiction rend parfois délicate la lecture statistique de l'activité prud'homale : une section enregistrant 50 départages sur l'année peut très bien n'avoir eu recours qu'une seule fois au juge départiteur, sur une même affaire portée par 50 salariés d'une même entreprise. Ainsi, le conseil de prud'hommes de *Ville C* enregistre, en 2005, un taux de départage de 74% suite à une jonction de 143 dossiers<sup>107</sup>. Cette dimension du contentieux prud'homal peut aussi poser problème concernant les temps d'étude et de rédaction de jugement alloués aux conseillers<sup>108</sup>, nous le verrons.

La complexité de la distinction entre conflits individuels et conflits collectifs rend ainsi difficile toute mesure statistique (les conflits collectifs ne se traduisant pas forcément par une jonction de dossiers). Nous n'avons de ce fait pu trouver de statistiques nous permettant de quantifier la proportion de conflits à dimension collective au sein du contentieux prud'homal. Cependant, les conflits collectifs aux prud'hommes constituent incontestablement une grande part du contentieux. Ces conflits collectifs portés individuellement devant la juridiction peuvent concerner un nombre considérable de salariés. Nous pouvons citer, en ne retenant que les conflits les plus récents et les plus « médiatisés »<sup>109</sup> : les 397 dossiers de salariés du groupe Doux enregistrés au CPH de Quimper<sup>110</sup>, les 275 dossiers du groupe Valéo<sup>111</sup>, les 900 dossiers de salariés du groupe Hewlett-Packard<sup>112</sup>, ou les 597 salariés du groupe Moulinex devant le conseil de prud'hommes de Caen<sup>113</sup>.

---

<sup>106</sup> Auchere A., Charpentier I., Rainitsimba B, « Les juridictions du travail en Europe », *Personnel*, n°434, 2002.

<sup>107</sup> Cf. Annexe 1D.

<sup>108</sup> Cf. chapitre 7, point 3.

<sup>109</sup> Nous prendrons soin, au cours de ce travail, de citer avec la précaution qui s'impose certains jugements mis en avant médiatiquement. Ces jugements « extra-ordinaires » dans la « masse » des affaires traitées quotidiennement ne peuvent prétendre au rang « d'argument » mais peuvent avoir pour vertu l'illustration.

<sup>110</sup> 397 salariés du groupe Doux ont déposé 397 demandes auprès du conseil de prud'hommes de Quimper, réclament le paiement de leurs 30 minutes de pause quotidienne *Le monde*, édition du 16/12/08. Le groupe Doux a été condamné par le conseil de Quimper le 3 mai 2009 à verser une provision de 2000 € à 237 salariés concernés.

<sup>111</sup> 275 salariés du groupe Valéo ont engagé une action pour « discrimination » devant les prud'hommes de Montauban *Libération*, édition du 11/05/06.

<sup>112</sup> 900 salariés de Hewlett Packard ont déposé une demande devant le conseil de Vienne, réclamant le paiement d'une prime supprimée par la direction américaine du groupe. *L'humanité*, édition du 10/04/07.

<sup>113</sup> Les 597 plaignants, qui contestaient la régularité des licenciements prononcés, ont obtenu le paiement de primes allant de 1 000 à 57 000 euros. *Dépêche AFP*, le 11 septembre 2007.

Précisons que la pratique consistant à transformer un conflit collectif en une somme de conflits individuels peut constituer une stratégie de la part des salariés. Il s'agit de la pratique dite des séries : si un conflit collectif a échoué devant la commission de conciliation<sup>114</sup>, les demandeurs peuvent le transformer en une pluralité de conflits individuels pour choisir leur juridiction. Un salarié engage alors un procès « test » devant le conseil de prud'hommes afin d'obtenir un jugement qui aura vocation à être transposé à tous les salariés ou employeurs se trouvant dans une situation juridique identique<sup>115</sup>.

Ainsi, même si la juridiction prud'homale est amenée à traiter de nombreux conflits collectifs, certains de ces conflits collectifs lui échappent. Mais d'autres conflits en matière sociale ne sont pas soumis aux conseillers : les conflits réglés de manière non juridictionnelle.

## 2.2. Les modes non juridictionnels de règlement des conflits

Précisons dans un premier temps, au risque de ne souligner que l'évidence, qu'une majeure partie des conflits du travail échappent totalement à la juridiction : les conflits pour lesquels la juridiction prud'homale n'est pas compétente, certes, mais aussi les conflits ne s'étant pas traduits par un litige, c'est-à-dire non portés devant les tribunaux, ainsi que les conflits non réglés, en cours. Nous pouvons également évoquer, en allant plus loin, le cas des conflits n'ayant pas été concrètement traduits comme tels, c'est-à-dire n'étant pas passés à l'étape de la réclamation.

### 2.2.1. Du problème au conflit

Nous pouvons, en reprenant l'étude de Richard Abel, William Felstiner et Austin Sarat<sup>116</sup>, distinguer trois moments dans la naissance d'un conflit : le « *naming* », c'est-à-dire l'identification du problème, le « *blaming* », autrement dit l'identification de la personne responsable, et le « *claiming* », c'est à dire la réclamation devant la personne responsable. Ainsi, à titre d'exemple, l'insatisfaction ou le mécontentement peuvent rester à l'étape du « *blaming* » par résignation (résignation pouvant être portée par une incertitude quant aux résultats de la réclamation ou une stratégie d'indifférence). La

---

<sup>114</sup> Les conflits collectifs du travail peuvent être soumis à une procédure conventionnelle de conciliation devant des commissions nationales ou régionales. Ces commissions de conciliation regroupent des représentants des organisations les plus représentatives des employeurs et des salariés, ainsi que des représentants des pouvoirs publics. Art. L.2522-1 et s. du Code du travail.

<sup>115</sup> Schekler E., *Le départage prud'homal (théorie et pratique)*, op. cit.

<sup>116</sup> Abel R., Felstiner W., Sarat A., « The emergence and transformations of disputes : naming, blaming, claiming », *Law and society review*, 15-631, 1980-1981, cit. in Serverin E., *Sociologie du droit*, La Découverte, coll. «Repères», 1999.

juridiction prud'homale statuant dans plus de 65%<sup>117</sup> des cas sur des affaires relatives à la rupture du contrat de travail, il serait de ce fait intéressant d'examiner les ruptures contraintes du contrat de travail n'ayant pas donné lieu à conflit. Evidemment, de telles statistiques n'existent pas, mais nous pouvons citer le travail, en cours, d'Evelyne Serverin : une évaluation (à confirmer) laisse apparaître environ deux millions de personnes perdant leur travail de façon contrainte chaque année (fin de CDD ou de contrat d'intérim, démission contrainte...) <sup>118</sup>. Moins de 10% de ces ruptures contraintes seraient portées devant la juridiction prud'homale, et moins de 5% seraient jugées. Il est difficile d'évaluer précisément ce que deviennent ces 95% de ruptures, mais ce chiffre permet de relativiser le rôle de régulateur des relations sociales que l'on attribue parfois aux prud'hommes : les conseillers ne traitent qu'un nombre, voire un type, limité d'affaires. Quoi qu'il en soit, lorsque le conflit a passé le stade du « *claiming* », la question du recours à la justice se pose.

### 2.2.2. Du conflit au litige

Les travaux d'Erhard Blankenburg sur les conditions du recours et du non recours à la justice<sup>119</sup> appréhendent la mobilisation du droit comme un processus dépassant le seul cadre du procès. L'auteur s'est intéressé au « *phénomène d'entonnoir* » entre la prise de conscience de l'aspect juridique d'un conflit et le recours à la justice. Erhard Blankenburg identifie alors différentes étapes. Ainsi, le « *problème* » doit avant toute chose « *être conceptualisé en terme de droit* ». Ensuite, la partie doit être « *motivée* » pour « *agir juridiquement* ». Lorsque le recours au droit est décidé, il faut identifier « *à qui incombe la charge d'engager le procès* » et ne pas « *abandonner en cours de route* ». Les « *besoins juridiques* » doivent être traduits en « *demandes juridiques* ». Le « *problème* » a notamment plus de chances de prendre une tournure juridique lorsque : la capacité à traiter avec les institutions judiciaires est grande ; les chances d'aboutissement du procès sont estimées importantes ; l'« *éloignement social* »<sup>120</sup> (lié à la taille et à l'effectif de l'entreprise) est important<sup>121</sup>.

On retrouve la variable de l'effectif de l'établissement en ce qui concerne la fréquence du recours à la justice dans les travaux de Benoît Lepley<sup>122</sup> et de Jean Pierre Bonafé-Schmitt<sup>123</sup>. La taille

---

<sup>117</sup> Source : annuaire statistique de la justice 2002-2003, édition 2004, *La documentation française*, Paris. La répartition du contentieux prud'homal selon l'objet des demandes est consultable en annexe 9.

<sup>118</sup> Evelyne Serverin, cit. in Grumbach T., « L'institution prud'homale en mouvement », in Michel H., Willemez L. (dir), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>119</sup> Blankenburg E., « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours à la justice », *Droit et société*, n°28, 1994.

<sup>120</sup> Selon Erhard Blankenburg, « l'éloignement social » fait état de la distance entre les deux parties, l'une d'entre elles pouvant être confrontée à l'anonymat de l'autre. C'est la raison pour laquelle la « *distance sociale* » relève souvent de la taille de l'organisme.

<sup>121</sup> Blankenburg E., « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours à la justice », op. cit.

<sup>122</sup> Lepley B., « La gestion des conflits dans les petites entreprises », in Denis J-M. (dir), *Le conflit en grève ? Tendances et perspectives de la conflictualité contemporaine*, Paris, La Dispute, 2005.

des établissements est ainsi l'un des premiers éléments à prendre en compte : plus les établissements sont petits, plus les recours aux prud'hommes sont importants. C'est un des premiers constats de Jérôme Pelisse, qui s'est intéressé aux conditions sociales du recours aux prud'hommes<sup>124</sup>, en analysant les résultats de l'enquête REPONSE de 2004/2005<sup>125</sup>. Les variables du type de secteur et du type de catégorie professionnelle majoritaire dans l'établissement semblent également significatives<sup>126</sup>. Mais la variable la plus intéressante dans notre cas concerne le poids de la présence syndicale, cette dernière renforçant la probabilité pour les établissements d'être confrontés aux prud'hommes. Il y a là un paradoxe évident, puisque les grands établissements, au sein desquels la présence syndicale est systématique, sont moins confrontés que les autres aux prud'hommes. Le paradoxe peut être dépassé en examinant la nature des collectifs de travail : « *là où s'expriment des formes de conflictualité collective n'impliquant pas d'arrêts de travail (via des manifestations, pétitions ou refus d'heures supplémentaires), [...] les salariés semblent individuellement subir le plus souvent une juridicisation répressive sous formes de sanctions, et recourir davantage à une judiciarisation individuelle des conflits qu'ils rencontrent* »<sup>127</sup>. A l'inverse, « *lorsque les salariés recourent à des formes d'action avec arrêt de travail (débrayages et/ou grèves plus ou moins longues), l'expression individuelle de la conflictualité semble comme canalisée par la présence, également plus fréquente dans ces situations, de représentants syndiqués et de collectifs autonomes* »<sup>128</sup>. Il y a donc une baisse du recours aux prud'hommes lorsque les salariés parviennent à résoudre collectivement les conflits individuels<sup>129</sup>.

Ces différentes variables ont ainsi une influence importante sur le choix des salariés ou employeurs entre différents modes de règlement des conflits. Quelque soit ce choix, des négociations précèdent souvent l'éventuel procès.

### 2.2.3. Les modes volontaires de résolution des litiges

---

<sup>123</sup> Bonafé-Schmitt J-P., « Le conseil de prud'hommes : la juridiction du licenciement », *Annales de l'IETSS*, XVII, université Lyon III, 1980.

<sup>124</sup> Pelisse J., « Judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », *Politix*, volume 22, 2009.

<sup>125</sup> L'enquête REPONSE est le seul outil quantitatif permettant de décrire le fonctionnement et l'articulation des institutions représentatives du personnel au sein des établissements et d'évaluer les rôles respectifs que les acteurs sociaux leur attribuent dans la pratique. Trois études ont été réalisées jusqu'à présent, en 1992-1993, 1998-1999 et 2004-2005, dans 3 000 établissements d'au moins 20 salariés.

<sup>126</sup> Les établissements « *du commerce, des services ou des transports, mais aussi ceux dont le salariat est composé majoritairement de cadres ou des commerciaux, ont significativement plus de chances de connaître des recours aux prud'hommes que les établissements industriels ou ouvriers* ». Pelisse J., « Judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », op. cit.

<sup>127</sup> Ibid.

<sup>128</sup> Ibid.

<sup>129</sup> L'association entre la contestation par pétitions/manifestations/refus d'heures supplémentaires et les formes individuelles de contestation étant favorisée par l'existence de « *collectifs flottants* ». Voir à ce sujet Pelisse J., « Judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », op. cit.

Les modes alternatifs de règlement des conflits sont dits « volontaires » en ce sens que la solution du litige émane de la volonté des parties. Nous pouvons distinguer la transaction<sup>130</sup>, la conciliation<sup>131</sup> et la médiation<sup>132</sup>. Ces deux derniers modes proposent deux situations proches mais distinctes en théorie : le médiateur possède un rôle plus actif que le conciliateur. Il peut donner son opinion à tout moment. Mais le médiateur comme le conciliateur restent des facilitateurs, des intermédiaires au service des parties en présence. Dans la pratique, certains conciliateurs ne se contentent pas d'être de simples catalyseurs et interviennent dans la discussion (interventions assorties de suggestions, voire de recommandations<sup>133</sup>). La transaction, quant à elle, est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ainsi, l'objectif de la transaction consiste non seulement à mettre fin au procès, mais aussi à l'éviter<sup>134</sup>. Les négociations intervenant après la rupture du contrat de travail sont appelées « négociations transactions ». La transaction se distingue par son caractère radical et définitif, sur le papier au moins. La menace du procès, bien souvent, devient un moyen de négociation<sup>135</sup>.

Attention cependant à ne pas opposer négociations et conflits. Cette opposition, avancée parfois par les organisations patronales, les dirigeants d'entreprise, les responsables politique voire certains acteurs syndicaux, ne correspond pas à la réalité des relations sociales. Négociations et conflits, bien souvent, se combinent. En effet, plus l'activité négociatrice est importante (fréquence des réunions ou ampleur du champ de la négociation, par exemple), plus les conflits sont généralement intenses, la négociation pouvant notamment favoriser l'expression de griefs et le déclenchement d'actions collectives<sup>136</sup>. La transaction est quoi qu'il en soit un mode de règlement des conflits se développant considérablement au sein des entreprises<sup>137</sup>.

De nombreux auteurs ont travaillé sur la phase de négociation précédant l'éventuel procès. Les asymétries d'information, lorsqu'elles sont importantes, peuvent empêcher la conclusion d'un accord. S'inspirant de la théorie des jeux, Swanson et Mason ont montré qu'en cas de conflit, lorsqu'une partie détient une information ignorée par l'autre, la première peut préférer attendre avant de révéler cette information. Ainsi, « *retarder l'arrangement sera la stratégie préférée quand le coût*

---

<sup>130</sup> Articles 2044 à 2058 du Code Civil

<sup>131</sup> Articles 127 à 131 du Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC)

<sup>132</sup> Articles 131-1 à 131-15 du NCPC

<sup>133</sup> Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, Thèse en sciences de gestion, Aix Marseille III, 2005.

<sup>134</sup> Les questions relatives à l'état des personnes, les délits réprimés par le droit pénal et les affaires liées à un intérêt d'ordre public sont exclus de la transaction.

<sup>135</sup> Blankenburg E., « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours à la justice », op. cit.

<sup>136</sup> Résultats basés sur l'enquête REPONSE 2004-2005. Cf. Bérout S., Denis J-M., Desage G., Giraud B., Pelisse J., *La lutte continue ? Les conflits du travail dans la France contemporaine*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du Croquant, 2008.

<sup>137</sup> Ibid.

de l'attente est compensé par le bénéfice de la crédibilité obtenue »<sup>138</sup>. Indépendamment de la nature de ce « désavantage informationnel », l'effet « dernière limite », démontré par Roth, Murnighan et Schoumaker<sup>139</sup>, montre qu'un pourcentage élevé d'arrangements amiables est observé juste avant l'échéance des négociations. En cas d'échec de ces négociations, le conflit est, sauf en cas d'abandon, porté en justice devant la juridiction compétente.

### 2.3. Les modes juridictionnels de règlement des litiges

L'exposé des modes juridictionnels de règlement des litiges nous permet de présenter, succinctement, les différentes étapes de la procédure prud'homale. Cet exposé peut sembler laborieux, mais l'évocation du cadre légal de la procédure est indispensable à la compréhension des écarts à la règle pratiqués par les conseillers. Ces pratiques seront développées plus loin<sup>140</sup>. Encore une fois, nous ne prétendons pas à l'exhaustivité et avons choisi de ne mentionner que les règles au fondement de la procédure ou sur lesquelles nous serons amenés à revenir plus tard. A cet effet, un schéma résumant les différentes étapes de la procédure prud'homale est consultable en annexe 8.

Puisqu'il est question de procédure, quelques mots sur la saisine du conseil : le conseil de prud'hommes est saisi par le justiciable soit par une demande écrite adressée au greffe, soit par la présentation volontaire des parties devant le bureau de conciliation. Le demandeur peut se présenter à l'accueil du greffe du conseil pour obtenir un formulaire de demande de convocation devant le bureau de conciliation. Car le passage préalable, obligatoire<sup>141</sup>, devant le bureau de conciliation est, nous l'avons vu, le principe fondateur de l'institution prud'homale<sup>142</sup>.

#### 2.3.1. Le mode non décisionnel ou négocié

##### 2.3.1.1. La conciliation prud'homale

---

<sup>138</sup> Mason R., Swanson T., « Non-bargaining in the Shadow of the Law », *International Review of Law and Economics*, Vol.18, 1998, cit. in Doriat-Duban M., Deffains B., « Le temps de la justice : analyse comparative de la durée des litiges selon leur mode de règlement », in Kirat T., Serverin E., *Le droit dans l'action économique*, Paris, 2000.

<sup>139</sup> Murnighan J., Roth A., Schoumaker F., « The deadline effect in Bargaining : some experimental evidence », *The American Economic Review*, vol. 78, 1988, cit. in Doriat-Duban M., Deffains B., « Le temps de la justice : analyse comparative de la durée des litiges selon leur mode de règlement », in Kirat T., Serverin E., *Le droit dans l'action économique*, Paris, 2000.

<sup>140</sup> Tentée dans une première version de ce travail, la présentation diffuse et progressive des règles s'est révélée confuse.

<sup>141</sup> Le référé est possible sans passage devant le bureau de conciliation, tout comme quelques exceptions, comme les demandes de requalification d'un CDD en CDI, le refus de congé sabbatique, le règlement judiciaire ou la liquidation de l'entreprise, qui seront portés directement en bureau de jugement. En dehors de ces cas, un bureau de jugement ne peut se prévaloir d'une affaire qui ne serait pas passée en conciliation.

<sup>142</sup> Art. L 1411-1 et R1454-10 du code du travail.

Le conseil de prud'hommes comprend un bureau de conciliation pour chacune des sections. Il est composé d'un conseiller employeur et d'un conseiller salarié. Tous les conseillers de la section peuvent siéger en conciliation. La présidence est assurée à tour de rôle. Les séances de conciliation ne sont pas publiques, et les propos des parties ainsi que les solutions trouvées doivent rester confidentielles. Le bureau a la possibilité d'ordonner une mission de conseiller rapporteur<sup>143</sup>, la délivrance de pièces<sup>144</sup>, des mesures nécessaires à la conservation des preuves, mais également le versement de provisions sur créances dues au salarié. En cas de non conciliation ou de conciliation partielle, l'affaire est renvoyée devant le bureau de jugement. Si le demandeur ne comparait pas sans avoir justifié d'un motif légitime, la demande et la citation sont déclarés caduques<sup>145</sup>. Si le défendeur ne comparait pas, il sera soit convoqué à une prochaine audience de conciliation, soit convoqué directement devant le bureau de jugement<sup>146</sup>. Précisons que depuis le 18 juillet 2008, le demandeur et le défendeur peuvent se faire représenter en bureau de conciliation selon des conditions plus souples<sup>147</sup>, ce qui risque de perturber profondément la procédure ; nous y reviendrons.

Le déclin de la procédure de conciliation est un fait marquant dans l'évolution de l'institution<sup>148</sup>. La chambre sociale de la cour de cassation a dû préciser, dans un arrêt du 28 mars 2000, que la conciliation est « *un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties* ». Ce déclin doit cependant être relativisé, car de plus en plus d'accords volontaires non juridictionnels interviennent en cours d'instance<sup>149</sup>. Nous serons amenés à nous pencher plus longuement sur les faits et pratiques pouvant expliquer le déclin de cette procédure.

### 2.3.1.2. Les mesures dessaisissant la juridiction

La radiation, l'acquiescement, la caducité, le désistement, l'incompétence ou l'irrecevabilité<sup>150</sup> sont des actes que l'on qualifie de non juridictionnels, dans la mesure où ils mettent fin à l'instance sans que les conseillers n'aient à statuer sur le fond. La décision de dessaisissement constate l'extinction de l'instance. La part du contentieux prud'homal s'achevant de cette manière est

---

<sup>143</sup> Communication de documents, audition de salariés dans l'entreprise etc.

<sup>144</sup> Bulletins de paie, certificat de travail, attestation ASSEDIC etc.

<sup>145</sup> La demande ne pouvant être alors réitérée qu'une seule fois. Art. R1454-12 du Code du travail.

<sup>146</sup> Lorsque le défendeur n'a pas été joint, sans faute de sa part, il sera à nouveau convoqué (par lettre recommandée). S'il a justifié en temps utile d'un motif légitime, il sera convoqué par simple lettre à une prochaine audience. En cas d'absence non justifiée, l'affaire est renvoyée devant le bureau de jugement.

<sup>147</sup> Le décret 2008-715 du 18 Juillet 2008 modifiant les articles R 1454-12 et R 1454-13 du code du travail.

<sup>148</sup> Supiot A., « Déclin de la conciliation prud'homale », *Droit social*, 1985.

<sup>149</sup> Villebrin J., Quétant G-P, *Traité de la juridiction prud'homale*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, 1998.

<sup>150</sup> La jonction également met fin à l'instance, mais de manière temporaire, puisqu'un nouveau dossier est créé.

très importante, puisqu'elle oscille entre 35 et 40%<sup>151</sup>. La majeure partie de ces actes ont pour origine un « abandon » de la part du demandeur, ce qui pose la question de l'accès à la justice prud'homale<sup>152</sup>.

### 2.3.2. Le mode décisionnel

Suite à la saisine du conseil, le greffe convoque les parties soit devant le Bureau de conciliation pour une procédure ordinaire au fond, soit à une audience de référé. La saisine de formation de référé est donc indépendante de la saisine du bureau de conciliation. Elle donne lieu à une instance distincte et autonome.

#### 2.3.2.1. La procédure de référé

La procédure de référé est une procédure rapide et simplifiée qui aboutit à une ordonnance exécutoire immédiatement. Elle ne concerne que les litiges ayant un caractère urgent et sans contestation sérieuse<sup>153</sup>. Même en présence d'une contestation sérieuse, la formation peut prescrire les mesures conservatoires qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Les référés représentent entre 15 et 25% du contentieux prud'homal<sup>154</sup>.

La formation de référé est constituée d'un conseiller de chaque collègue. La présidence est également confiée alternativement à l'un des deux collègues. Contrairement à la procédure de conciliation ou au bureau de jugement, il n'est pas fait référence à la section. Ce qui signifie qu'un conseiller de la section industrie, par exemple, peut être membre d'une formation de référé statuant dans une affaire concernant un cadre ou un chargé de clientèle. En cas de partage des voix, l'affaire est renvoyée devant la même formation présidée par le juge départiteur<sup>155</sup>.

#### 2.3.2.2. Le bureau de jugement

---

<sup>151</sup> En 2007, 15,6% des affaires se sont terminées par radiation, 12,2% par désistement, 4,1% par caducité, 2,9% par irrecevabilité ou incompétence. Source : *ministère de la justice, SDSE, répertoire général civil*.

<sup>152</sup> Voir à ce sujet le travail, en cours, d'Isabelle Astier et Jean François Laé, « Aller ou non aux prud'hommes ? Un accès difficile à la justice du travail », contrat de recherche, mission Droit et Justice, 2008-2010.

<sup>153</sup> En cas de contestation, le juge des référés se déclarera incompétent et l'affaire devra alors être examinée par le juge du fond en bureau de jugement. Les affaires généralement soumises en référé concernent essentiellement le non paiement des salaires.

<sup>154</sup> 41 278 référés pour 152 773 décisions en procédure au fond pour l'année 2007. Source : *ministère de la justice, SDSE, répertoire général civil*.

<sup>155</sup> En ce qui concerne le départage, voir le point 2.3.2.4. du présent chapitre.

L'audience en bureau de jugement suit l'étape de la conciliation en cas d'échec de celle-ci. Le bureau de jugement est composé de deux conseillers de chaque collège<sup>156</sup>. En cas d'absence d'un des conseillers, l'audience est reportée. Le président et le vice-président siègent alternativement. Si des chambres ont été créées<sup>157</sup>, elles fonctionnent sur le même principe, avec un bureau de jugement et un bureau de conciliation. Les parties doivent comparaître en personne<sup>158</sup>. Cette règle, qui semble pertinente pour la procédure de conciliation, pour laquelle les parties ont besoin de se retrouver face à face afin de négocier, semble l'être moins en bureau de jugement. En effet, dans la pratique, les parties représentées par un avocat s'expriment rarement. Par ailleurs, les personnes représentant les personnes morales ne sont pas toujours les plus compétentes pour parler de l'affaire. Les parties peuvent se faire assister, mais la présence d'un avocat ou d'un défenseur syndical n'est pas obligatoire. En pratique, moins de 5% des demandeurs se défendent seuls<sup>159</sup>.

La procédure en bureau de jugement est basée sur le principe du contradictoire et de l'oralité. Le principe de l'oralité de la procédure signifie que toute demande est recevable, l'établissement de conclusions écrites n'étant pas obligatoire<sup>160</sup>. Le principe du débat contradictoire est garant de l'équité du procès. Les parties doivent communiquer leurs moyens préalablement aux débats, afin que chacun puisse répliquer. En pratique, ce double principe montre ses contradictions, l'oralité des débats portant parfois atteinte au principe du contradictoire : nouvelles demandes formulées lors de l'audience, non communication de pièces etc. Les conseillers semblent relativement vigilants concernant le respect du contradictoire (rejet de pièces, renvoi de l'affaire etc.), mais ces précautions ne permettent pas toujours d'éviter les atteintes à ce principe<sup>161</sup>.

Après la clôture des débats, les plaideurs ne peuvent pas, en principe, communiquer de nouvelles pièces ou notes pour renforcer leur argumentation aux conseillers<sup>162</sup>. L'affaire est alors « mise en délibéré ».

### 2.3.2.3. Le délibéré prud'homal

Les conseillers « *devant lesquels l'affaire a été débattue* »<sup>163</sup> se réunissent alors en délibéré, bien souvent quelques semaines plus tard, dans le but de trancher le litige « *conformément aux règles*

---

<sup>156</sup> Théoriquement, les salariés et les employeurs doivent être en nombre égal et au moins deux par collège. Dans la pratique, les bureaux de jugement sont toujours constitués de quatre conseillers.

<sup>157</sup> Il faut au moins seize conseillers dans une section pour créer une chambre.

<sup>158</sup> Avec possibilité de se faire représenter en cas de motif légitime.

<sup>159</sup> Conseil supérieur de la Prud'homie, « Diagnostic de fonctionnement des conseils de prud'hommes », Paris, La documentation française, 1998.

<sup>160</sup> On retrouve cette disposition dans toutes les juridictions où la représentation n'est pas obligatoire au premier degré, le plaideur pouvant ainsi assurer sa défense sans recours obligatoire à un avocat.

<sup>161</sup> Villebrin J., Quétant G-P, op. cit..

<sup>162</sup> Art. 445 du NCPC.

<sup>163</sup> Art. 447 du NCPC.

de droit qui lui sont applicables »<sup>164</sup>. Les quatre conseillers doivent être présents, le nouveau code de procédure civile ne prévoyant aucune exception. Il n'a été porté à notre connaissance aucune exception à cette règle<sup>165</sup>. Le délibéré est par ailleurs secret<sup>166</sup>. Ainsi, le greffier ne peut être présent. La notion de « secret » s'applique aussi aux conseillers, qui ne peuvent en aucun cas évoquer la teneur des discussions ou la position de chacun<sup>167</sup>. La décision doit être prise à la majorité<sup>168</sup>. Dans le cas où aucune majorité ne se dégage, le partage des voix est formalisé par un procès verbal<sup>169</sup> et l'affaire est renvoyée en départage.

#### 2.3.2.4. Le départage prud'homal

C'est un magistrat du TI, le juge départiteur, qui « assistera » les conseillers en départage afin qu'une majorité puisse se dégager<sup>170</sup>. Les parties plaident à nouveau l'affaire, devant les conseillers et le juge départiteur. La départition-départage<sup>171</sup> est une épreuve, au sens où l'entendent Boltanski et Thévenot<sup>172</sup>, épreuve ayant pour but de résoudre la situation de blocage et de maintenir par là même le principe de continuité de l'instance<sup>173</sup>. On peut dire, en quelque sorte, que c'est la possibilité de l'imparité qui garantit le principe de parité de la juridiction. Cette caractérisation mérite d'être nuancée. On peut se demander, en effet, si le départage n'a pas pour fonction de dépasser le désaccord entre conseillers en permettant simplement au juge départiteur de prendre, seul, la décision que le bureau de jugement n'a pu trouver. La question de la coopération entre conseillers et juge départiteur dans l'élaboration du jugement en départage est ainsi centrale. Sur le papier, le juge départiteur se voit attribuer un rôle prépondérant lors de l'audience de départage, puisqu'il préside l'audience, mais redevient alter ego dans la phase de délibéré. Cependant, les pouvoirs du juge départiteur se trouvent considérablement modifiés lorsque la formation est incomplète, c'est-à-dire lorsque certains conseillers sont absents<sup>174</sup>. Il assure seul, dans ce cas, le pouvoir juridictionnel. Nous verrons que les formations incomplètes de départage sont plus fréquentes que les formations complètes.

---

<sup>164</sup> Art. 12 du NCPC.

<sup>165</sup> Si ce n'est dans une thèse de Hubert Rozes, datant de 1986 : « *on observe parfois dans la réalité que lors du délibéré, des bureaux de jugement sont incomplets. Ce type de comportement [...] n'est pas admissible* ». Rozes, H., *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse de droit, Paris Nord, 1986.

<sup>166</sup> Art. 448 du NCPC.

<sup>167</sup> La cour de cassation ayant annulé à plusieurs reprises des jugements où l'unanimité des juges était mentionnée.

<sup>168</sup> Art. 449 du NCPC.

<sup>169</sup> La décision constatant le partage des voix se situant entre le jugement et la mesure d'administration judiciaire. Elle ne fait que constater le désaccord.

<sup>170</sup> Le départage prud'homal est encadré par les articles. L 1454-2, L 1454-3, L 1454-4 et L 1454-31 du NCPC.

<sup>171</sup> Par commodité, nous emploierons les termes « départition » et « départage » de manière indifférenciée.

<sup>172</sup> Nous serons amenés à revenir sur la départition comme « épreuve ». Boltanski L., Thévenot L., *De la justification, les économies de la grandeur*, Les éditions Gallimard, Essais, Paris, 1991.

<sup>173</sup> Rappelons que le partage des voix est aussi possible en référé et conciliation.

<sup>174</sup> Ce qui n'empêche l'audience et la délibération de départage d'avoir lieu.

Une autre question, purement juridique, cette fois, se pose : lorsque les conseillers en délibéré n'aboutissent à un accord que sur certains points, l'affaire doit-elle être renvoyée en départage dans sa totalité ou seulement sur les points où une majorité ne s'est pas dégagée ? Dit autrement, le renvoi partiel en départage est-il possible ? Dans les textes, aucune obligation d'un renvoi total n'est mentionnée et la cour de cassation admet la légalité du départage partiel<sup>175</sup>. Cette question divise la doctrine<sup>176</sup> et renvoie à celle des limites de l'ingérence du juge départiteur au sein de la juridiction. D'autres points font débat concernant la procédure de départage, comme celui relatif à la possibilité, ou non, pour le demandeur de formuler de nouvelles demandes devant la formation de départition<sup>177</sup>.

#### 2.3.2.5. Les voies de recours

Les règles relatives à l'ouverture des voies de recours sont contenues dans le code du travail<sup>178</sup> et dans le nouveau code de procédure civile<sup>179</sup>. Les possibilités d'appel dépendent d'un taux de compétence en dernier ressort (souvent appelé « taux de ressort »), fixé par décret. Le « taux de ressort » du conseil de prud'hommes est fixé à 4 000 euros<sup>180</sup>. En dessous de ce seuil, les instances ne sont pas susceptibles d'appel. Seul un pourvoi en cassation est possible<sup>181</sup>. Ce taux est calculé séparément par chef de demande, et non pas en prenant en compte le chiffre global réclamé par le demandeur. Ainsi, pour qu'un jugement prud'homal soit susceptible d'appel, il est nécessaire qu'au moins un des chefs de demande excède 4 000 euros.

Le conseil des prud'hommes avait été institué pour juger des montants très faibles : sa compétence en 1806 avait été limitée à des sommes inférieures à 60 francs. Aujourd'hui, il est compétent quelque soit le montant des demandes. Le TI est quant à lui compétent pour les litiges dont le montant des demandes est inférieur à 10 000 euros. De ce fait, les conseillers prud'hommes sont souvent amenés à trancher des litiges mettant en jeu des sommes bien plus importantes que celles sur lesquelles statue le juge de profession au tribunal d'instance. Cette remarque s'applique ainsi au juge départiteur, qui se prononce sur des sommes plus importantes en départage que lorsqu'il siège au TI.

---

<sup>175</sup> Très peu utilisé, cependant : « *Il est plus confortable, voire plus simple, de renvoyer l'ensemble de l'affaire devant le juge départiteur [...], il est particulièrement délicat, sans risque d'erreur dans l'appréciation de l'ensemble du dossier, de diviser une affaire en plusieurs sous dossiers indépendants les uns des autres. [...]* Par ailleurs, le départage partiel est source de difficultés. A titre d'exemple, un jugement ayant tranché une partie des demandes est susceptibles d'appel immédiat, l'appelant se constituant sans attendre l'issue du jugement de départition saisi sur les points restant à trancher ». Schekler E., *Le départage prud'homal (théorie et pratique)*, Thèse de droit, Nantes, 2004.

<sup>176</sup> Villebrin J., Quétant G-P, op. cit..

<sup>177</sup> Lire sur ces points Schekler E., *Le départage prud'homal (théorie et pratique)*, op. cit..

<sup>178</sup> Art. L 1462-1 et suivants du Code du travail.

<sup>179</sup> Art. 37 à 40 du NCPC.

<sup>180</sup> Décret n°2005-1190 du 20 septembre 2005 modifiant les dispositions de l'article D. 517-1 du code du travail (ancienne codification) fixant le taux de compétence en dernier ressort des conseils de prud'hommes.

<sup>181</sup> La cour de cassation ne statuant pas sur le fond de l'affaire mais sur tout éventuel vice de forme.

Notons, enfin, que l'appel a un effet suspensif s'opposant, généralement, à la procédure d'exécution de la décision en première instance.

### **3. Le contentieux du travail et la justice non professionnelle : éléments de comparaison**

La procédure prud'homale, que nous venons d'évoquer dans ses grandes lignes, ne possède pas d'équivalent en Europe. Si on retrouve des juges « non professionnels »<sup>182</sup> dans un grand nombre de juridictions, cette configuration est unique en matière de droit social quand, à l'instar de la France, elle est associée sans échevinage à une composition paritaire du bureau de jugement.

#### **3.1. Le règlement du contentieux du Travail en Europe**

On trouve en Europe deux types de juridiction du travail. Un premier, minoritaire, est composé de magistrats de profession (Italie, Grèce ou Pays Bas). Ces juridictions sont la plupart du temps des juridictions de droit commun qui possèdent une section spécialisée en droit du travail. Chaque degré de juridiction est composé d'un nombre impair de juges professionnels. Un second système, plus répandu, est un système mixte, composé de magistrats de métier et de juges non professionnels, appelées échevins (Allemagne, Grande Bretagne, Danemark ou Belgique). Il est important de noter que dans tous les pays qui ont adopté l'échevinage, les juges professionnels ne sont pas élus mais désignés. Ce qui différencie donc l'échevinage du paritarisme français est la présence systématique d'un juge de profession ayant la capacité de trancher en cas de désaccord.

Les prud'hommes, à bien des titres, peuvent être rapprochés des « Labor courts » irlandaises<sup>183</sup>. Mais l'Irlande, seul pays d'Europe avec la France à avoir un système à composition paritaire sans échevinage en matière de droit social, ne possède cependant pas de juridiction spécialisée mais un ensemble d'instances réglant les litiges par des recommandations n'ayant pas, la plupart du temps, force de contrainte<sup>184</sup>. Signalons également le cas des tribunaux du travail d'Outre-mer, qui ont un système quasi identique à celui de la France mais dans une configuration d'échevinage. Les quatre « conseillers prud'hommes » sont ainsi des « assesseurs » assistés d'un magistrat de profession.

---

<sup>182</sup> Le terme de « juges non professionnels » signifie « non professionnels de la justice » et désigne ainsi les personnes exerçant une activité de juge mais dont ce n'est pas la profession. Il s'oppose à celui de juges ou magistrats de « métier », de « carrière » ou de « profession ». Une confusion lexicale parfois commise consiste à considérer les magistrats de métier comme « non professionnels » car n'exerçant pas, contrairement à une grande majorité de conseillers prud'hommes, d'activité professionnelle au sein d'une entreprise.

<sup>183</sup> Et, dans une moindre mesure, des tribunaux du travail suisses (instaurés par la moitié des cantons).

<sup>184</sup> Souvent suivies, cependant.

Ainsi, les juridictions ayant à leur charge le contentieux des relations de travail sont bien souvent des juridictions spéciales<sup>185</sup>. La mise en place d'un système particulier pour la résolution des litiges relevant du droit social répond essentiellement à deux besoins. Besoin, d'abord, d'une justice rapide, le salarié n'ayant souvent pour vivre que les revenus de son travail. Besoin, ensuite, d'une juridiction proche des plaideurs, composée de juges connaissant les pratiques et usages du milieu professionnel<sup>186</sup>.

Ceci constitue sans doute la raison pour laquelle autant de juridictions, sociales ou non, en France et à l'étranger, comptent en leur sein des juges non professionnels.

### 3.2. Les juridictions « non professionnelles »

Un rapide examen de ces juridictions « non professionnelles » apparaît comme nécessaire. D'abord parce que près d'un conseiller prud'homme sur cinq exerce une activité de jugement dans une juridiction non professionnelle en complément à son activité prud'homale<sup>187</sup>. Ensuite parce que ces juridictions rencontrent bien souvent des difficultés proches de celles de la juridiction prud'homale.

On retrouve au sein des pays anglo-saxons une majorité de juridictions où dominent les juges non professionnels, issus du corps social par la voie de l'élection. En France, le tribunal paritaire des baux ruraux, le tribunal de commerce, la commission de première instance de la sécurité sociale, le tribunal pour enfants sont autant de juridictions au sein desquelles exercent des juges non professionnels (avec ou sans magistrat de carrière).

Le tribunal de commerce constitue la juridiction que l'on rapproche le plus couramment du conseil de prud'hommes. Cette juridiction du premier degré est composée de juges élus, hommes et femmes d'affaire bénévoles parrainés par les syndicats patronaux<sup>188</sup>. Ces magistrats consulaires statuent sur les litiges qui opposent des commerçants à l'occasion de leurs relations professionnelles<sup>189</sup>. Les tribunaux de commerce ont, à plusieurs reprises, été « menacés »

---

<sup>185</sup> Même si ces dernières présentent de grandes disparités en termes d'organisation, de répartition des compétences et de procédure.

<sup>186</sup> Cf. «Le conseil de prud'hommes. Une juridiction originale au sein de l'Europe », actes de la journée d'études organisée par la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de la Vienne et la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers le 21 mai 1999 à Poitiers, PUF, Paris, 2000.

<sup>187</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

<sup>188</sup> Juges non professionnels au recrutement assez obscur et complexe, par cooptation entre juges consulaires. Lire à ce sujet les travaux d'Emmanuel Lazega, dont Falconi A\_M., Guenfoud K., Lazega E., Lemercier C., Mounier L., « Le contrôle social du monde des affaires : une étude institutionnelle », *L'Année sociologique*, vol. 55, 2005.

<sup>189</sup> Cependant, un demandeur non-commerçant peut aussi saisir cette juridiction pour un litige qui l'oppose à un commerçant.

d'échevinage. Le projet de réforme de la juridiction, porté par le rapport de la commission d'enquête sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce, débattu à l'assemblée nationale en 1999, en est l'illustration la plus évidente. L'objet des critiques touchait essentiellement à l'insuffisante connaissance du droit de la part de ces juges, ainsi qu'aux grands risques de conflit d'intérêts ou de manque de transparence. Le rapport est, à ce titre, lapidaire : « *La nécessité de l'échevinage en première instance est donc évidente. Le statu quo n'a plus lieu d'être* ». Les débats sont houleux, avec menaces de démissions collectives à la clef. Le quotidien *Libération* titre, dans son édition du 13 octobre 1999, « *Tempête sur les tribunaux de commerce* ». Arnaud Montebourg, rapporteur du rapport, y déclare : « *le gouvernement est bien décidé à mettre fin à cette exception française en Europe, d'une justice commerciale uniquement rendue par des juges élus* ». Le Sénat rejette le projet de loi le 14 février 2002. La réforme est abandonnée. A l'instar des tribunaux de commerce, la juridiction prud'homale, exception française, est elle aussi, nous le verrons, régulièrement « menacée » d'échevinage.

Il est marquant de constater à quel point l'impartialité de ces juridictions non professionnelles est constamment remise en cause. A ce sujet, une des affaires les plus représentatives concerne le tribunal des locations suédois, composé de juges professionnels et d'assesseurs échevins (nommés pour partie par la fédération suédoise des propriétaires d'immeuble). La Cour suprême<sup>190</sup> a dû se prononcer en 1982 sur l'indépendance et l'impartialité d'un assesseur échevin ayant siégé dans une affaire concernant l'association qui l'avait proposée. Elle a jugé qu'il n'y avait pas là motif à récusation, s'appuyant sur « *l'idée que tout membre très proche du mouvement des locataires a par là même une opinion préconçue lorsqu'il s'occupe d'un tel différend* »<sup>191</sup>. La cour européenne des droits de l'homme a infirmé cet arrêt en 1989<sup>192</sup>. Nous verrons que la partialité des conseillers prud'hommes est, elle aussi, inévitablement remise en cause, et ce de manière régulière.

Autre cas de juridiction non professionnelle : le tribunal pour enfants, qui juge les délits les plus graves et les crimes commis par les mineurs de moins de 16 ans. Son bureau de jugement est composé du juge des enfants et de deux assesseurs non professionnels. Les assesseurs sont recrutés par les magistrats de profession. Jean Noël Retière a constaté le rôle mineur joué par les assesseurs au cours de la procédure<sup>193</sup>. Le juge des enfants mène le jeu, pose les questions et connaît le dossier. Les assesseurs y sont « *soumis* ». Le cas des tribunaux pour enfants est intéressant car l'on peut retrouver la même prédominance du magistrat de profession lors de l'audience de départage de l'instance prud'homale. Comme ces assesseurs, les conseillers reconnaissent une plus grande maîtrise du juge de carrière en matière de droit. Cependant, l'affrontement entre professionnels et non professionnels

---

<sup>190</sup> Högsta domstolen.

<sup>191</sup> Arrêt du 21 septembre 1982, affaire nÖ600/81.

<sup>192</sup> Cour européenne des droits de l'homme, 22 juin 1989, Langborger c/ Suède.

<sup>193</sup> Retière J\_N., « La (bonne) volonté de juger des assesseurs au tribunal pour enfants » in Pierre H., Willemez L. (dir.), *Les juges non-professionnels : une légitimité contrariée*, Puf, 2008.

semblent moins vigoureux chez les conseillers que chez les assesseurs du tribunal pour enfant décrits par Jean Noël Retière ; nous y reviendrons.

—

Les différentes parties de ce premier chapitre nous ont permis de situer la juridiction prud'homale, de l'inscrire dans une histoire et d'observer ainsi ce qui faisait sa singularité : les réformes de 1979 et 1982 ont donné à l'institution sa forme actuelle, en tentant de concilier plusieurs modèles de justice du travail. Elles en ont fait à la fois un lieu de négociation, une instance de représentation des intérêts et une juridiction, à laquelle une grande partie des conflits du travail échappent cependant. De fait, l'institution prud'homale est une institution singulière et hybride, portée par des juges non professionnels, élus et statuant paritairement : la procédure prud'homale, en matière de droit social, ne possède pas d'équivalent en Europe.

Le portrait jusque là esquissé tend à présenter de façon disproportionnée l'inscription de l'institution prud'homale à l'ordre judiciaire. Or, les prud'hommes s'inscrivent autant dans le champ syndical et professionnel que dans le champ de la justice. Car si les institutions s'inscrivent dans l'histoire, elles s'inscrivent aussi dans l'espace. Ce sera l'objet de notre deuxième chapitre.

## Chapitre 2

### Une juridiction à l'intersection de trois espaces institutionnels

---

Les institutions n'existent pas dans un vide social. Elles sont aux prises avec des situations et avec des contraintes qui les dépassent et les enserrant. Toute institution est donc articulée à d'autres institutions. La détermination des frontières entre une institution et son environnement, centrale en ce qui concerne le choix du périmètre d'investigation, est de ce fait souvent problématique. La délimitation de l'institution prud'homale en tant qu'objet sociologique s'avère particulièrement délicate. Institution hybride, la juridiction prud'homale s'inscrit dans plusieurs champs institutionnels.

Avant de mesurer sa dépendance et son inscription dans l'univers judiciaire, professionnel et syndical, il convient de clarifier notre lecture institutionnelle de la juridiction.

#### 1. La lecture institutionnelle de la juridiction prud'homale

Une institution est à la fois un ensemble social et un ensemble de règles s'imposant de manière symbolique, culturelle et normative<sup>194</sup>. Sa fonction sociale est reconnue par la société. La juridiction prud'homale est une institution dans le paysage français : elle exerce une influence durable sur la relation salariés/employeurs en contrôlant l'application du droit du travail, en régulant une partie des relations professionnelles. Chargée symboliquement, bicentenaire, la juridiction prud'homale est la seule juridiction vers laquelle les salariés du secteur privé peuvent se tourner en cas de litige individuel avec leur employeur, afin de « *faire respecter leurs droits* »<sup>195</sup>. La juridiction prud'homale manie les symboles de justice, d'égalité. Les acteurs de la juridiction, les justiciables, les médias, les politiques reconnaissent dans la juridiction prud'homale une institution.

Cependant, le terme d'institution renvoie à des réalités, à des concepts aux usages et aux significations variés.

##### 1.1. L'institution, un terme polysémique

Il n'est pas aisé de définir le concept d'institution. Son usage de plus en plus banalisé et la diversité de ses conceptions rendent difficile son identification en tant qu'objet sociologique, chacun

---

<sup>194</sup> En ce sens, l'institution ne se réduit pas à ses acteurs. Elle se définit aussi par une forme juridique, un ensemble de structures, de moyens, de pratiques ou de règles de droit qui préexistent à leur action.

<sup>195</sup> Tract CGT *Ville A*, novembre 2008.

pouvant y projeter une signification particulière<sup>196</sup>. Pour Durkheim, « *on peut appeler institution toutes croyances et tous les modes de conduites institués par la collectivité* », la sociologie étant « *la science des institutions, leur genèse et leur fonctionnement* »<sup>197</sup>. Pour Weber, l'institution est un « *groupement comportant des règlements établis rationnellement* »<sup>198</sup>. François Dubet accole le mot « programme » à celui d'institution et insiste sur la caractéristique vocationnelle et la fonction socialisatrice des institutions. Le programme institutionnel est ainsi un « *processus social qui transforme des valeurs et des principes en action et en subjectivité par le biais d'un travail professionnel spécifique et organisé* ». Il y a programme institutionnel quand ces valeurs et principes « *orientent directement une activité spécifique et professionnelle de socialisation conçue comme une vocation* », et quand cette activité professionnelle « *a pour but de produire un individu socialisé et un sujet autonome* »<sup>199</sup>. La place des individus, leurs pratiques, sont ici reconnus, reflétant l'affirmation de Pierre Bourdieu selon laquelle une institution prend corps dans ses membres, qui s'identifient à elle autant qu'ils l'identifient à leurs intérêts individuels et collectifs<sup>200</sup>. Pour René Loureau, les institutions doivent satisfaire à deux principes : celui de l'incorporation, c'est-à-dire l'intériorisation de la règle institutionnelle par l'individu, et la personnification, c'est-à-dire une adhésion libre à l'institution<sup>201</sup>. Ainsi, les croyances dans le système institutionnel font le lien entre l'individu et l'institution.

Dans une acception moins large, l'institution se limite à l'institution d'Etat<sup>202</sup>. Pour René Loureau, les institutions sont marquées par les liens qu'elles entretiennent avec l'Etat<sup>203</sup>. L'Etat produit des institutions et s'incarne dans celles-ci. L'institution est une forme d'action sociale publique, portée, par une autorité politique considérée comme légitime. Elle détient de ce fait le monopole de ses activités<sup>204</sup>. Ainsi, les institutions d'Etat ne s'inscrivent pas dans un marché. L'Etat leur confère le droit exclusif de mettre en action leurs capacités. Ces institutions sont les instruments

---

<sup>196</sup> Lire à ce sujet le panorama dressé par François Dubet dans son ouvrage *Le déclin de l'institution* : Dubet F., *Le déclin de l'institution*, Le seuil, collection L'épreuve des faits, Paris, 2002.

<sup>197</sup> Durkheim E., *Règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 1963.

<sup>198</sup> Weber M., « Economie et Société », Paris, Plon, 1971, cit. in Dubet F., *Le déclin de l'institution*, op. cit.

<sup>199</sup> Dubet F., *Le déclin de l'institution*, op. cit.

<sup>200</sup> Bourdieu P., *La noblesse d'Etat : grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Editions de Minuit, 1989.

<sup>201</sup> Loureau R., *L'analyse institutionnelle*, Paris, Les éditions de Minuit, 1970.

<sup>202</sup> Afin de délimiter le champ de notre analyse, nous entendons principalement ici l'institution comme institution d'Etat, sans considérer pour autant que seules les institutions d'Etat puissent être des institutions. Nous considérons l'institution comme un ensemble social et un ensemble de règles, mais aussi comme une forme d'action publique qui s'impose à travers une histoire, une dimension symbolique forte, la mise en avant de pratiques immobilières, vestimentaires, réglementaires fortes.

<sup>203</sup> Loureau R., *L'analyse institutionnelle*, op. cit.

<sup>204</sup> Lorsque le monopole n'est pas total, comme dans le cas de l'éducation nationale, l'institution gouvernementale détient le monopole du recrutement, de la politique du secteur d'activité ou joue un rôle de référence pour l'exercice de cette activité.

de la puissance de l'Etat, mettant en action les capacités de ce dernier<sup>205</sup>. Elles ne connaissent pas de concurrence directe et leur organisation interne est rarement remise en cause.

L'institution prud'homale est une institution d'Etat, ou gouvernementale. Le processus d'étatisation des conseils de prud'hommes a trouvé son point d'orgue lors de la réforme de 1979, lorsque l'Etat prend à sa charge leurs coûts de fonctionnement. Les prud'hommes sont ainsi entièrement dépendants des moyens que l'Etat met à leur disposition. Mais les liens entre l'institution prud'homale et l'Etat ne s'arrêtent évidemment pas à ce niveau. Si l'Etat donne à ces institutions les moyens de leur action publique, il légitime également leur action. L'institution prud'homale est, comme nous l'avons vu, le produit de réformes orientées par différentes politiques gouvernementales. Au-delà des lois ou décrets déterminant ou modifiant plus ou moins directement l'organisation, les missions et les objectifs de la juridiction prud'homale, le contenu même du droit social exerce une influence non négligeable sur le fonctionnement de l'institution. D'abord parce que le droit constitue la « matière » du travail des magistrats. Le droit peut être considéré comme idéologie<sup>206</sup> en ce sens qu'il affecte la vie sociale non par la force ou par une volonté de transformation mais en imposant des idées<sup>207</sup>. Le magistrat compose de ce fait avec une idéologie qu'il peut approuver ou non. La plus ou moins grande précision des règles légales laisse par ailleurs des espaces de liberté ou d'interprétation variables. De ce fait, les modalités de contrôle de la bonne application du droit peuvent varier en fonction du contenu de ce droit. Nous serons amenés à y revenir. Ensuite parce que toute loi est susceptible de faire évoluer le champ de compétence d'une juridiction. Nous verrons par exemple comment l'instauration de la séparabilité à l'amiable a fait évoluer le champ de compétence de l'institution prud'homale, en permettant l'externalisation vers l'entreprise d'une partie de la procédure de négociation ou de conciliation entre salariés et employeurs. Ainsi, les évolutions du droit du travail marquent l'institution prud'homale.

Les institutions mettent en usage des pratiques de différenciation (comme capacité à se singulariser) et d'indifférenciation (l'appartenance à l'institution étant affirmée par le partage de rites, d'uniformes ou de modes d'expression). Pour Jean Gustave Padioleau, les pratiques de différenciation sont nécessaires à la survie des institutions : « *le destin de l'institution républicaine la condamne à*

---

<sup>205</sup> Jakubowski S., *D'une institution d'Etat à une organisation : le cas de l'armée de terre française professionnalisée. Contribution à une sociologie de l'autorité et des processus de transformation*, thèse de sociologie, université des sciences et technologies de Lille, 2005.

<sup>206</sup> Nous entendons ici l'idéologie au sens où l'entend Raymond Boudon, c'est-à-dire comme des systèmes de croyances, de valeurs et de justifications dont la finalité, plus ou moins consciente, plus ou moins « cynique », est de justifier un ordre social. L'idéologie repose sur une argumentation scientifique et s'acquiert par la socialisation au sein d'un collectif. Elle est dotée d'une crédibilité excessive ou non fondée. Boudon R., *L'idéologie ou l'origine des idées reçues*, Paris, Seuil, 1986, cit. in Bourdeau V. et Merrill R. (dir.), *Dictionnaire de théorie politique*.

<sup>207</sup> Voir à ce sujet les travaux du mouvement *Law and Society*, créé en 1964 au sein de l'université de Madison ou les travaux du mouvement des *Critical legal studies*, créé en 1977, dont l'objectif était de développer une critique de l'idéologie juridique. Pour un résumé, voir Serverin E., *Sociologie du droit*, La Découverte, coll. «Repères», 1999.

*faire valoir sa distinction* »<sup>208</sup>. En s'appuyant sur le sacré (l'intérieur) et le profane (l'extérieur), les membres de l'institution distinguent ce qui relève du juste, de l'équitable et de l'injuste. Les institutions élaborent ainsi « *une représentation du monde et une façon de penser ce monde qui sont dominantes* »<sup>209</sup>. Pour renforcer ce sentiment d'appartenance à l'institution, celle-ci est donc amenée à développer des pratiques d'indifférenciation. Parmi ces pratiques, le travail sur la symbolique de l'institution se révèle essentiel : il y a derrière toute institution l'idée de symbole, de statut, en tout cas dans l'imaginaire social<sup>210</sup>. Le passage de l'institution à l'organisation peut ainsi s'accompagner, pour les acteurs, d'un affaiblissement de la portée symbolique de leur fonction ou d'une perte de privilèges.

A ce titre, la dimension symbolique de l'institution prud'homale est forte. Portée par des symboles de justice, d'équité, l'institution prud'homale entretient cette force symbolique à travers certains rituels ou mises en scènes. Nous évoquerons, plus bas, le cas des audiences solennelles de rentrée ou le serment réalisé par les conseillers après chaque élection. Vestimentairement, la symbolique se donne à voir à travers le port de la médaille (Marianne au recto, le patron et l'ouvrier se donnant la main au verso, dorée pour le président, argent pour les assesseurs) ou du ruban bleu et rouge. L'ancienneté de l'institution lui donne par ailleurs une évidence symbolique.

Que l'on adopte une vision assez large des institutions, comme François Dubet, ou qu'on les réduise aux institutions d'Etat, l'institution prud'homale remplit les critères caractérisant une institution.

## **1.2. La dialectique institution/organisation**

L'organisation, comme l'institution, est une forme d'action. Elle ne peut en aucun cas se résumer à un agencement fonctionnel de postes et de tâches visant une efficacité technique. Elle est, pour Michel Crozier<sup>211</sup>, un construit social d'actions collectives qui tend à poursuivre un objectif donné, théâtre de relations stratégiques entre acteurs disposant de ressources asymétriques. Dans une

---

<sup>208</sup> Padioleau J.-G., *Le réformisme pervers*, Paris, PUF, 2002

<sup>209</sup> Jakubowski S., *D'une institution d'Etat à une organisation : le cas de l'armée de terre française professionnalisée. Contribution à une sociologie de l'autorité et des processus de transformation*, op. cit.

<sup>210</sup> Cornelius Castoriadis a montré que l'imaginaire est au cœur de la dimension institutionnelle. Le symbolique, sans lequel aucune institution ne peut rationaliser le réel, est tributaire de l'imaginaire collectif. Le symbolique peut donc justifier la soumission aux lois, ce qui nous condamne à une aliénation d'autant plus forte qu'elle est installée dans l'imaginaire : « *Le symbolisme ne peut être ni neutre, ni totalement adéquat, d'abord parce qu'il ne peut pas prendre ses signes n'importe où, ni n'importe quels signes* ». Castoriadis C., *L'institution Imaginaire de la Société*, Paris, Éditions du Seuil, collection « Esprit », 1975.

<sup>211</sup> Crozier M., *Le phénomène bureaucratique. Essai sur les tendances bureaucratique des systèmes d'organisation modernes et sur leurs relations en France avec la système social et culturel*, Paris, Le seuil, 1963 ; Crozier M., Friedberg E., *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*, Paris, Le seuil, 1977.

acception plus précise, elle est une traduction du modèle de rationalité instrumentale et « *s'entend d'une mise en commun de ressources visant à obtenir des avantages dans un positionnement spatial et temporel d'accès à des biens soit par inventivité, soit par normativité* »<sup>212</sup>. Elle est « *à la fois la résultante de l'action, c'est-à-dire, du comportement des individus qui la composent, et l'origine constamment renouvelée de cette action qui devient alors l'activité de l'organisation* »<sup>213</sup>. Témoignant d'une volonté managériale de contrôle du travail, elle se constitue en enjeu de pouvoir et de conflits<sup>214</sup>.

Mais l'organisation ne possède pas la « *puissance de contraintes normatives et cognitive des institutions* »<sup>215</sup>. Le registre d'action est différent. Si les institutions d'Etat sont productrices de normes, de contraintes, de règles et d'actions faisant sens au sein de l'Etat, les actions des organisations ne dépassent que très rarement leur environnement proche.

L'organisation se manifeste notamment dans une institution sous la forme d'un ordonnancement de l'action : les moyens sont affectés en fonction de la rationalité dominante<sup>216</sup>. Les travaux de Jean Gustave Padioleau sur le cas des sapeurs-pompiers<sup>217</sup> ont permis de distinguer institutions et organisations selon des fondements de rationalité différents : l'organisation est, selon l'auteur, « *dominée par les régulations des rationalités instrumentales/utilitaires et cognitives* »<sup>218</sup> alors que l'institution « *valorise une régulation commune du couple des rationalités instrumentales/utilitaires/cognitives avec d'autres rationalités principalement axiologiques mais aussi affectives et traditionnelles* »<sup>219</sup>. Les institutions rationalisent ainsi leur efficacité, leur utilité, par un raisonnement axiologique ou traditionnel permettant aux acteurs de trouver des croyances communes. Evidemment, les autres types de rationalités ne sont pas absents de l'organisation, mais le couple des rationalités instrumentales/utilitaires et cognitives constituent le « *phénomène décisif de l'organisation [...] Traditions, émotions, axiologies s'y soumettent, composent avec l'imperium* »<sup>220</sup>. Pour François Dubet, le passage de l'institution à l'organisation s'accompagne d'un transfert de l'autorité traditionnelle à l'autorité rationnelle légale. L'autorité rationnelle légale se démarque de l'autorité traditionnelle en ce sens qu'elle doit sans cesse justifier son rôle et sa légitimité. De ce fait, les bases de l'autorité ne sont plus des croyances mais des compétences.

---

<sup>212</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, Paris, L'Harmattan, collection Logiques Sociales, 2008.

<sup>213</sup> Ibid..

<sup>214</sup> Reynaud J.-D., « Les régulations dans les organisations : régulation de contrôle et régulation autonome », *Revue française de sociologie*, 1988.

<sup>215</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, op. cit.

<sup>216</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, op. cit.

<sup>217</sup> Padioleau J.-G., *Le réformisme pervers : le cas des sapeurs-pompiers*, op. cit.

<sup>218</sup> Ibid.

<sup>219</sup> Ibid.

<sup>220</sup> Ibid.

En conséquence, les institutions et les organisations ne manipulent pas les mêmes symboles. Les notions d'honneur, de culture ou de loyauté<sup>221</sup> de l'institution contrastent avec les notions d'efficacité, d'intérêt ou de rationalisation de l'organisation. Alors que l'institution est sensible à la concrétisation des principes de justice et de solidarité, au respect des émotions ou des traditions, revendique des missions ou des vocations, l'organisation semble davantage régie par des choix instrumentaux<sup>222</sup>. L'institution « *globalise, intègre, tient compte de la variété des agents individuels, des acteurs collectifs et des pratiques* », là où l'organisation « *découpe, parcellise, homogénéise, fonctionnalise* »<sup>223</sup>. L'organisation est un instrument<sup>224</sup>.

Si les institutions ont, jusqu'à présent, connu peu de problème organisationnels, c'est parce qu'elles n'avaient que peu d'intérêt à pallier leurs dysfonctionnements internes : les missions des institutions étaient légitimées et leurs dysfonctionnements n'étaient perçus que comme des problèmes de moyens<sup>225</sup>. Pour François Dubet, « *le principal facteur d'affaiblissement du programmes institutionnel est le recul du modèle bureaucratique et vocationnel, et le développement d'organisations complexes, ouvertes sur leur environnement et dans lesquelles ce programme a fini par se dissoudre* »<sup>226</sup>. Traversées par des « *normes contraires, par une diversification des usagers, par une professionnalisation des intervenants et par la concurrence d'organismes agissant dans les mêmes domaines* »<sup>227</sup>, les institutions, déstabilisées, découvrent l'organisation, au risque de perdre ce « *supplément d'âme qui tient à la légitimité ou à la légitimation de leur action* »<sup>228</sup>. Dès lors, la logique de l'organisation émerge lorsque les modèles de l'institution régressent. Les institutions sont déstabilisées par des questionnements relatifs à l'ordonnancement des moyens ou à l'utilité de leur action, et peuvent être alors parcourues de débats sur la justification de leur intérêt. Les débats institutionnels sur l'efficacité sont déjà un signe de dissolution de l'institution. Lorsque leur inscription dans la durée est remise en cause, les institutions peuvent perdre leur monopole, des organisations concurrentes apparaissant alors sur le marché. Quand les valeurs portées par l'institution

---

<sup>221</sup> La loyauté est une fidélité à une institution ou une organisation en dépit d'une insatisfaction ou d'un mécontentement éprouvé (nier les problèmes pour ne pas perturber cette organisation ou institution). La loyauté s'oppose, dans les modèles de comportements construits par Hirschman, à la prise de parole (« *voice* »), qui est une forme de contestation, et à la défection (« *exit* »), qui se traduit par une sortie de l'organisation, de l'institution ou bien par un retrait. Hirschman A.O., *Défection et prise de parole*, Paris, Fayard, 1995.

<sup>222</sup> Ibid.

<sup>223</sup> Ibid.

<sup>224</sup> Le débat concernant les tensions entre le modèle de l'institution et de l'organisation n'est pas nouveau. Quentin Skinner a montré qu'au XXII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècle, l'Eglise était, en Italie, au centre d'un débat théologique, les uns voyant l'Eglise comme une communauté de croyances, c'est-à-dire comme une institution, tandis que d'autres mettaient en avant sa dimension organisationnelle, à travers sa hiérarchie, son dispositif de récompense de la loyauté... Cf. Skinner Q., *Les fondements de la pensée politique moderne*, Paris, Albin Michel, 2001.

<sup>225</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, op. cit.

<sup>226</sup> Dubet F., *Le déclin de l'institution*, Le seuil, collection L'épreuve des faits, Paris, 2002.

<sup>227</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, op. cit.

<sup>228</sup> Ibid.

sont remises en cause, quand son prestige s'affaïsse et que son pouvoir d'emprise sur le social s'atténue, l'organisation apparaît dans l'institution<sup>229</sup>.

Attention, cependant, à ne pas opposer institution et organisation : les deux notions sont dialectiquement liées. L'émergence de l'organisation dans l'institution ne signifie pas la fin de l'institution mais une recomposition et un dépassement<sup>230</sup>. Autrement dit, si toutes les institutions ont besoin d'une organisation leur permettant de mettre en ordre leurs moyens (répartition des tâches à des fins d'efficacité productive, systèmes de communications, d'autorité...), la crise de légitimité que rencontrent certaines institutions met à jour leurs difficultés d'ordre organisationnel. Mais que reste-t-il de l'institution dans ce cas ? Comment mesurer un processus de désinstitutionalisation ? La dissolution totale de l'institution est-elle possible ? Pour Jean Gustave Padioleau, « *plus la perversité de l'organisation façonne les problèmes et les réponses du réformisme, plus les chances s'élèvent que l'institution régresse et s'efface* »<sup>231</sup>. Dans le cas où la trajectoire « perverse » de l'organisation déstabilise l'institution, trois voies peuvent être entrevues : soit l'organisation absorbe l'institution (option extrême), soit certains éléments de l'institution sont maintenus par l'organisation (option intégrative), soit l'organisation respecte certains domaines et territoires de l'institution (option des niches)<sup>232</sup>.

Nous verrons que l'organisation déstabilise l'institution prud'homale. Mais pour mettre à jour ces tensions, il est nécessaire de cerner la position singulière de l'institution prud'homale ainsi que le rapport qu'elle entretient à son environnement.

## 2. Les conseillers prud'homaux, entre travail et justice

Alain Supiot regrette que l'institution prud'homale soit une institution parcourue de contradictions. Cumulant les missions de « *juridiction d'Etat* » et de « *juridiction de la profession* », « *la juridiction prud'homale n'en satisfait véritablement aucune* ». « *Hybride, mal assise entre l'appareil d'Etat et l'appareil professionnel* »<sup>233</sup>, l'institution prud'homale ne serait intégrée de manière satisfaisante à aucun des espaces institutionnels au sein desquels elle s'insère.

Mais les prud'hommes ne constituent pas une instance de justice purement formelle ou strictement professionnelle. L'institution prud'homale est une juridiction particulière dans l'ordre judiciaire, notamment parce que ses magistrats ne sont pas des magistrats de profession, qu'ils sont

---

<sup>229</sup> Cf. Jakubowski S., *D'une institution d'Etat à une organisation : le cas de l'armée de terre française professionnalisée. Contribution à une sociologie de l'autorité et des processus de transformation*, op. cit.

<sup>230</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, op. cit.

<sup>231</sup> Padioleau J.-G., *Le réformisme pervers*, op. cit.

<sup>232</sup> Ibid.

<sup>233</sup> Supiot, A., « Actualité de Durkheim. Note sur le néo-corporatisme en France », *Droit et société*, 1987.

élus sur des listes syndicales ou professionnelles, et que leur intervention ne se limite pas à une sanction des droits (notamment par l'existence de la procédure de conciliation). Reste que la position de l'institution prud'homale, inconfortable, peut être problématique, ne serait-ce qu'en termes d'identification de ses agents ou acteurs.

## **2.1. Les compétences de la chancellerie et du ministère de l'emploi en matière prud'homale**

La répartition des compétences entre le ministère de l'emploi<sup>234</sup> et le ministère de la justice<sup>235</sup> concernant le financement de l'institution semble clairement établie : il incombe au ministère de l'emploi de prendre en charge les questions relatives à l'organisation des élections prud'homales<sup>236</sup>, à la formation des conseillers, et d'assurer le secrétariat du Conseil Supérieur de la Prud'homie. Il appartient à la chancellerie de prendre en charge les autres questions, notamment de gérer l'ensemble des aspects relatifs au fonctionnement de la juridiction (indemnités dues aux conseillers pour l'exercice de leur fonction, par exemple). Cette répartition pose cependant de nombreux problèmes. Dans un rapport au Président de la République en 2000, la cour des comptes a dressé le constat selon lequel « *la répartition actuelle des responsabilités entre le ministère de l'Emploi et de la solidarité et la Chancellerie ne favorise pas l'adaptation des règles dépassées ni de celles qui viendraient à apparaître inutilement onéreuses* ». <sup>237</sup> Ainsi, certaines formations sont assurées par les Cours d'Appel. Par ailleurs, les crédits destinés à l'indemnisation des conseillers « *servent parfois [...] au financement de la participation à divers types de formations* » <sup>238</sup>. De ce fait, la cour des comptes préconise une meilleure coopération entre les deux ministères.

## **2.2. Une intégration problématique au monde judiciaire**

---

<sup>234</sup> « Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville » au moment de la rédaction de cette thèse. Par commodité, nous l'appellerons indifféremment « Ministère de l'emploi » ou « Ministère du travail ».

<sup>235</sup> « Ministère de la justice et des libertés » au moment de la rédaction de cette thèse. Par commodité, nous l'appellerons indifféremment « Ministère de la justice » ou « Chancellerie ».

<sup>236</sup> Pour un coût d'environ 60 millions d'euros en 1997. L'organisation des élections est prise en charge par un service de la Direction des Relations du Travail qui dépend du ministère de l'emploi. L'organisation de ces élections s'accompagne depuis plus de 20 ans d'une importante (et problématique) campagne de communication visant à sensibiliser les électeurs. Lire à ce sujet les travaux de Thomas Heller, dont la communication « La construction d'une utopie industrielle. Les implications politiques de la démarche publicitaire ».

<sup>237</sup> Cour des comptes, *Rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations, collectivités, organismes et entreprises*, 2000.

<sup>238</sup> Ibid

Les relations entre la chancellerie et les conseils de prud'hommes sont difficiles en raison, notamment, du statut particulier de ces juges du travail élus par leurs pairs, de leurs compétences juridiques contestées, et de la présence des organisations syndicales et professionnelles au sein de l'institution. Pourtant, leur intégration au monde judiciaire semble incontestable.

### **2.2.1. L'appartenance de la juridiction prud'homale à l'ordre judiciaire**

Les conseillers ne dépendent pas de la chancellerie en termes de carrière, mais la présence de la hiérarchie judiciaire est relativement forte au sein des conseils : le greffe transmet les instructions de la chancellerie (obtenues par la cour d'Appel dont dépend le conseil) et les conseillers, en particulier les présidents et vice-présidents, rencontrent de manière régulière les magistrats de la CA ou du TI. Par ailleurs, rappelons le, les conseillers sont amenés à travailler avec le juge départiteur en cas de départage.

L'appartenance de l'institution prud'homale à l'ordre judiciaire est particulièrement marquée au cours des audiences solennelles de rentrée. En présence de l'ensemble de la hiérarchie judiciaire, parfois du maire de la ville, voire de députés, la rentrée « solennelle » l'est à plusieurs titres : médailles, rubans, robes et ceintures grenat pour les magistrats de profession et le procureur, lecture complète du procès verbal de l'assemblée générale ayant conduit à l'élection des présidents/vice-présidents (de conseil et de section) et de la formation de référé, discours chargés de lyrisme du procureur, des nouveaux présidents et vice-présidents. Le formalisme de cette audience est marquant, comme le montre cet extrait du discours d'un président de conseil :

*« Monsieur le procureur, je vous donne acte de vos réquisitions. Je déclare close l'année judiciaire 2004. Je déclare ouverte l'année judiciaire 2005. Je constate que les formalités de l'article R.711-2 du code de l'organisation judiciaire ont été remplies et déclare que du tout il sera dressé procès verbal »*<sup>239</sup>.

L'intégration des conseillers à l'ordre judiciaire est clairement signifiée ici. A ce titre, la rentrée solennelle constitue clairement un rite d'institution, au sens où l'entend Pierre Bourdieu<sup>240</sup>.

Les conseils de prud'hommes sont par ailleurs soumis, de manière de plus en plus pressante, nous y reviendrons, au même encadrement que les magistrats de profession en matière de résultats

---

<sup>239</sup> Discours du président du conseil de prud'hommes de *Ville A* lors de l'audience solennelle de rentrée, janvier 2005.

<sup>240</sup> Le rite d'institution « *marque solennellement le passage d'une ligne qui instaure une division fondamentale de l'ordre social, le rite attire l'attention de l'observateur vers le passage (d'où l'expression rite de passage) [...] L'acte d'institution est un acte de communication [...] qui signifie à quelqu'un son identité, mais au sens où à la fois il la lui exprime et la lui impose en l'exprimant à la face de tous* ». Bourdieu P., *Langage et pouvoir symbolique*, éditions du Seuil, 2001.

chiffrés, évaluant la « performance » ou la « qualité » de leur activité. Ils sont en outre tenus de renouveler leur serment après chaque élection (contrainte qui n'existe pas pour d'autres catégories de magistrats élus). Les contacts directs avec les acteurs du monde judiciaire se limitent essentiellement aux cas de figure évoqués ici et ne sont donc, de manière générale, qu'épisodiques.

L'attitude des conseillers envers la hiérarchie judiciaire semble ambivalente : fiers de pouvoir être considérés comme de véritables magistrats intégrés à l'ordre judiciaire, les conseillers tiennent cependant un discours parfois très dur envers les acteurs de la justice professionnelle.

### 2.2.2. Une identification partielle aux acteurs du monde judiciaire

Si les conseillers entretiennent une relation délicate avec les autres acteurs du monde judiciaire, l'entente avec le greffe des conseils semble avérée.

#### 2.2.2.1. Le rapport au greffe

Il faut rappeler que les greffiers sont d'abord des agents du service public de la justice, diplômés, pour la plupart, de l'École Nationale des Greffes. Le service de greffe est dirigé par un greffier en chef, assisté de plusieurs greffiers et agents administratifs.

Avant la réforme de 1979, les secrétaires de greffe assistaient au délibéré et rédigeaient les décisions. Depuis, le service de greffe semble confiné dans un rôle plus technique. Le greffier en chef administre le personnel, le répartit, l'affecte dans les différents services du conseil, il prépare et soumet au président le budget. Il est chargé de la gestion des crédits, de l'entretien, et du paiement des vacations des conseillers en fonction de leur temps de présence mensuel. Les demandes des justiciables sont formées au secrétariat greffe. Le personnel du secrétariat ne peut donner aucun renseignement au justiciable, ni porter une appréciation sur l'affaire. On constate cependant quelques écarts à ce principe. C'est ce que tend à montrer une note de service signée par le président salarié du conseil d'Arras, rappelant aux secrétaires qu'elles ne peuvent « *en aucun cas dispenser de conseils juridiques aux justiciables* », mais doivent se contenter de « *fournir [...] toutes les informations nécessaires à la compréhension de la procédure prud'homale* ». La présence d'un greffier ou d'un délégué du greffier est obligatoire lors des audiences, sans que ces derniers puissent intervenir. Ils ne peuvent pas non plu, rappelons le, assister au délibéré. Certains observateurs ont pourtant noté de régulières interventions du personnel de greffe : « *Dans la réalité du huis clos [...], le greffier ou la greffière n'hésitera pas à poser la bonne question au président ou à stimuler la réflexion* »<sup>241</sup>. Le

---

<sup>241</sup> Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, Thèse en sciences de gestion, Aix Marseille III, 2005.

personnel de greffe n'intervient que sur la mise en forme des décisions. Il n'est censé rédiger que la première partie (sur cinq) du jugement, c'est-à-dire le résumé de la procédure suivie et des formalités. Il met éventuellement en forme les quatre autres parties remises par le président d'audience. Le greffier en chef, parfois les greffiers, sont chargés de la confection des indicateurs permettant d'évaluer l'activité du conseil. Nous serons amenés à revenir sur ces indicateurs, devenus centraux depuis la loi organique relative aux lois de finances de 2001 (LOLF).

La position des greffiers est complexe au sein des conseils. Ils sont à la fois les représentants du champ judiciaire (ce qui les met parfois à distance des conseillers) et des acteurs centraux de la juridiction prud'homale (et en ce sens attachés à l'institution). Les greffiers ne dépendent pas directement des présidents et vice présidents de conseil, mais du premier président de la Cour d'appel (par délégation, du président du TGI et du procureur de la République). Leur relation aux conseillers est ainsi problématique. Seuls représentants officiels et quotidiens de la chancellerie dans les conseils, les greffiers sont aussi des fonctionnaires, se sentant éloignés de ce fait des conseillers prud'hommes<sup>242</sup>.

Bien souvent, les contacts entre greffiers et conseillers se limitent à de « *simple relations de politesse* »<sup>243</sup>. Si les greffiers semblent reconnaître dans l'ensemble le sérieux des conseillers dans l'accomplissement de leur tâche, tous s'accordent à constater, plus ou moins courtoisement, que « *le manque de formation des conseillers saute aux yeux* »<sup>244</sup>. Pour ce greffier en chef, certains conseillers se reposent sur d'autres, plus compétents :

*« Tout dépend des conseillers. Je ne vais pas vous dire qu'il faut tous les mettre dans le même panier. C'est comme dans la chanson, euh... comment, ils sont tous différents. Certains sont mêmes incollables sur le code du travail. Bon d'ailleurs, c'est eux que l'on retrouve souvent à rédiger les décisions »*<sup>245</sup>.

Souvent cordiales, les relations entre greffiers et conseillers peuvent parfois se compliquer lorsque le président de conseil dépasse le cadre de ses attributions, n'ayant pas en théorie autorité sur les greffiers. Par ailleurs, les greffiers semblent agacés par un certain nombre d'écarts à la procédure en conciliation, référé ou bureau de jugement, ainsi que par certaines décisions qui leur semblent mal fondées juridiquement.

*« Par rapport à ce que je disais, parfois, je me tire les cheveux [...]. Bon, l'orthographe, ça m'est égal. Mais quand je vois le raisonnement. Quand ça revient plusieurs fois, par la même formation, je ne peux pas m'empêcher d'en*

---

<sup>242</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

<sup>243</sup> Entretien G1.

<sup>244</sup> Entretien G1.

<sup>245</sup> Entretien G3.

*parler. C'est une sorte de rappel au droit, hein, je ne me permets pas de leur donner de cours ou bien d'orienter quoi que ce soit »*<sup>246</sup>.

Jean Pierre Bonafé Schmitt a constaté que les champs d'intervention des greffiers étaient variables selon la taille du conseil. Dans les plus grands conseils, « *la forte structuration des tâches* » entrave « *tout contact entre conseillers et personnels du greffe* »<sup>247</sup>. Dans les petits conseils, en revanche, « *les domaines d'activité des conseillers et de la greffe ne sont pas toujours rigoureusement délimités* »<sup>248</sup>. La plupart des études sur les conseils de prud'hommes reconnaissent le rôle essentiel du personnel de greffe, qui permet de « *maintenir une certaine cohérence dans les décisions du conseil, [...] de réduire les possibilités d'annulations de jugement par suite d'appel ou de pourvoi* »<sup>249</sup>. Quoiqu'il en soit, le greffier, en théorie comme en pratique, ne prend en aucun cas les décisions. Si l'intervention du greffe au sein des conseils de prud'hommes dépasse parfois l'intervention pratiquée dans d'autres juridictions, son rôle ne doit pas être exagéré.

#### 2.2.2.2. Le rapport au juge départiteur

Les juges départiteurs, de manière générale, insistent sur leur étroite collaboration avec les conseillers lors du délibéré de départage<sup>250</sup>, comme le confirme cette juge de profession ayant présidé plusieurs audiences de départage :

*« Les conseillers participent, certainement. Nous voyons ensemble ce qui a posé problème, nous examinons les faits, les prétentions, discutons, débattons. Je n'irai pas jusqu'à dire que la décision est prise ensemble, mais je porte une oreille attentive aux propos des conseillers »*<sup>251</sup>.

L'article 447 du NCPC précise en effet que le juge départiteur, au cours du délibéré, décide avec les conseillers présents de la solution à donner au litige qui lui est soumis. A en croire les conseillers, les situations semblent plus contrastées :

*« Je vous disais, je n'ai pas connu beaucoup de départage, mais quand c'est arrivé, j'ai plutôt un bon souvenir du juge départiteur. Enfin, disons qu'il mettait la forme. Je ne suis pas certain qu'on ait servi à grand-chose. Disons que si on*

---

<sup>246</sup> Entretien G2.

<sup>247</sup> Bonafé-Schmitt, « Les prud'hommes : du conseil de discipline à la juridiction de droit commun du travail », *Le mouvement social*, n°141, 1987.

<sup>248</sup> Ibid.

<sup>249</sup> Mac Pherson W.-H., « Les conseils de prud'hommes : une analyse de leur fonctionnement », *Droit social*, 1962.

<sup>250</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

<sup>251</sup> Entretien F1.

n'avait pas été là, ça aurait été la même chose. Il a écouté ce qu'on avait à dire, puis rien, il s'est retiré et a tout fait tout seul »<sup>252</sup>.

« Je juge pas. Je dis qu'elle est venue en magistrate, elle est venue en juge honnête, mais elle a travaillé avec ses outils à elle. Voilà. Donc je ne juge absolument pas ce qu'elle a fait, et ce qu'elle a fait était sérieux, elle est allée prendre de la doc. Parce qu'elle l'a dit, moi j'ai pas du tout de connaissances en droit du travail. Donc elle a pris les faits de l'affaire qui étaient pas bien compliqués, elle est allée voir les jurisprudences. Et après elle a fait comme elle fait dans les autres affaires qui sont les siennes au quotidien, elle est allée fouiller quoi. Elle a fait un amalgame. Et c'est là que j'en ai discuté avec elle, je lui ai dit : « Mais je comprends pas, ça se fait pas, ça, aux prud'hommes. C'est pas comme ça qu'on analyse le cas normalement. » Euh si une seule critique, si si il y a une critique là, euh elle discute pas. Alors normalement elle est là pour nous réunir, pour discuter, pour prendre une décision. Elle discutait pas. Elle savait tout. Elle avait tout préparé, c'était son truc »<sup>253</sup>.

Selon Hubert Rozes, le juge départiteur joue « rarement le jeu du délibéré collégial »<sup>254</sup>. Mais encore faut-il, nous l'avons évoqué, que les conseillers soient présents (ce qui est loin d'être toujours le cas), que « le ton de la discussion autorise un véritable débat »<sup>255</sup> et que « la discussion entre les conseillers prud'hommes et le juge d'instance atteigne un degré juridique acceptable »<sup>256</sup>. L'auteur, peu tendre envers le comportement des conseillers, justifie la posture des juges départiteurs : « Comment ne pas comprendre qu'il [le juge départiteur] juge inutile de prolonger une discussion stérile ? »<sup>257</sup>. Pour Guy Patrice Quétant, les juges départiteurs sont « peu habitués aux méthode de délibération collégiale des juges prud'hommes »<sup>258</sup>. Cette posture du juge départiteur est la cause de tensions mises en avant avec plus ou moins de vigueur par les conseillers :

« C'est quelque chose qui m'a mis hors de moi. Il nous regardait de haut, le style « vous n'y connaissez rien, laissez faire le pro ». Depuis ça, c'est vrai que je réfléchis à deux fois avant le départage. Si c'est pour être traité comme des moins que rien... »<sup>259</sup>.

Par ailleurs, quelques conseillers se sont dits agacés par le manque de concertation concernant la fixation de la date de l'audience. Le juge départiteur impose en effet souvent une date et une heure d'audience sans que les conseillers aient la possibilité d'obtenir, sauf exceptions, un changement<sup>260</sup>.

---

<sup>252</sup> Entretien B18, CE/Activités diverses

<sup>253</sup> Entretien A5, CE/Commerce.

<sup>254</sup> Rozes, H., *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse de droit, Paris Nord, 1986.

<sup>255</sup> Ibid

<sup>256</sup> Ibid

<sup>257</sup> Ibid

<sup>258</sup> Villebrin J., Quétant G-P, *Traité de la juridiction prud'homale*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, 1998.

<sup>259</sup> Entretien B37, CS/Agriculture

<sup>260</sup> Rozes, H., *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse de droit, Paris Nord, 1986.

Mais la relation parfois difficile au juge départiteur cache un ressentiment plus profond à l'égard des acteurs de l'univers judiciaire.

### 2.2.2.3. Le rapport aux juges de profession

De manière presque unanime, les conseillers prud'hommes dénoncent la relative incompétence des juges de carrière pour trancher les litiges du travail. Sans remettre en cause les compétences juridiques de ces derniers, ils pointent leur éloignement du monde du travail :

*« Je pense qu'un juge aujourd'hui n'a pas d'idée de ce qui peut se passer dans... Moi les cas de harcèlement je connais, j'ai vécu vraiment dans la pratique [...] Parce que le véritable harcèlement moral, c'est de la perversité. Par contre le stress peut générer auprès d'une personne une forme de harcèlement, qui peut être aussi perverse mais qui peut se corriger beaucoup plus facilement [...] Et ça à mon avis un juge normal, il comprendra jamais ce qui se passe. Il sait pas ce que c'est les changements perpétuels, il sait pas ce que c'est le toujours plus, il sait pas que si on est pas au top... »<sup>261</sup>.*

*« On a des juges qui connaissent rien à l'entreprise. Parce qu'on a des juges qui connaissent rien à l'entreprise. Rien de rien. Sur les quelques décisions qui s'éloignent du droit, où on est vraiment dans les faits, les juges sont perdus. Moi quand j'explique que telle caissière a manipulé frauduleusement la caisse pour piquer de l'argent, euh c'est la brasse coulée, donc voilà »<sup>262</sup>.*

Au-delà de ces critiques relatives à l'éloignement des magistrats professionnels du monde du travail, les conseillers se plaisent à évoquer leurs passages « malheureux » devant la justice professionnelle dans le cadre de l'exercice de leur profession ou de leur mandat syndical.

*« J'ai passé au tribunal d'instance la dernière fois, ils font des choses que les juges professionnels nous disent de faire que eux-mêmes ne font pas. Moi j'ai été déçu la première fois que j'ai été au tribunal d'instance pour faire rompre les élections des délégués du personnel. On a gagné, mais j'ai été déçu de la façon... les juges professionnels, j'ai dit : « chapeau ! ». Je l'ai dit à la greffière »<sup>263</sup>.*

*« Mais euh j'ai été confronté parfois dans ma vie, professionnelle cette fois, à d'autres juges. Mais j'avais vraiment des cons devant moi, mais quand je dis des cons... ou dans la vie privée, dans des soirées privées. A les écouter parler, je me dis : mais vraiment c'est ces mecs-là qui nous jugent ? L'homme reste l'homme, qu'il soit ouvrier, PDG ou juge. On y retrouve autant de gens biens, de cons, de pervers, enfin de pervers... d'esprits pervers »<sup>264</sup>.*

Nombreux sont les conseillers à regretter plus ou moins amèrement le manque de considération des juges professionnels à leur égard :

---

<sup>261</sup> Entretien D3, CE/Industrie

<sup>262</sup> Entretien A10, CE/Commerce

<sup>263</sup> Entretien A4, CS/Industrie

<sup>264</sup> Entretien A5, CE/Commerce.

« On est critiqués par une partie des magistrats professionnels. [...] La fameuse juge en question, qui finalement est une imbécile puisque elle aurait jamais dû s'exprimer ainsi devant nous, elle nous a lâché une phrase : « Ah oui on m'avait prévenu qu'aux prud'hommes c'était assez particulier comme façon de juger. » Mais c'était pas exactement les mots. Enfin ce qu'elle voulait dire [...] dans le sens secondaire, caché, dans l'esprit du texte, c'était : « Ah oui c'est vrai, je suis avec des glandus » quoi »<sup>265</sup>.

Parallèlement, quelques conseillers, appartenant essentiellement au collège employeur, s'insurgent contre le manque d'impartialité des magistrats de carrière.

« Je me tire les cheveux. Je hurle. Je hurle de leur irresponsabilité. La cour d'appel, c'est des gens qui n'ont aucune notion de l'entreprise. Ils ne veulent pas l'avoir. Ils disent qu'ils l'ont, mais ils ne l'ont pas. Ce sont des gens qui sont carrément à côté de leurs pompes. Ils règlent des comptes avec l'entreprise. Parce que l'entreprise, aujourd'hui, pour eux, pour ces imbéciles, les patrons, ce sont des escrocs. Point. Et je suis très méchant, mais je n'en ai rien à foutre. Ce sont des imbéciles. Devant n'importe quel juge de la cour d'appel, je dirais la même chose : « imbécile ». On règle des comptes même si on fait crever l'entreprise. Imbéciles. Je dis bien imbéciles, notez-le. Je suis pour le respect et la défense des salariés. Je suis contre des gens qui règlent des comptes. Voilà. La cour d'appel, elle règle des comptes. Point barre. Je suis très méchant, mais je tiens à le dire »<sup>266</sup>.

Par ailleurs, la plupart des attaques dont font l'objet les conseillers prud'hommes émanent de juristes ou de magistrats de profession, même si elles sont relayées ailleurs. A plusieurs reprises, les tribunes libres de *La gazette du Palais* ont été le lieu d'affrontements assez vifs entre conseillers et juges professionnels. Ainsi, en 1999, le président du tribunal d'instance de Saint-Etienne y titre « *Conseils de prud'hommes : pour en finir avec le Moyen Age* »<sup>267</sup>. Les conseillers seront nombreux à répondre dans les éditions suivantes. On retrouve ces prises de position dans nombre de revues jurisprudentielles, telle la *Jurisprudence sociale Lamy*, qui publie régulièrement des « plaidoyers » pour l'échevinage prud'homal<sup>268</sup>.

Cette opposition aux magistrats de profession peut en recouvrir d'autres, comme l'opposition entre travail manuel et travail intellectuel, entre le privé et le public ou encore entre le concret et l'abstraction du raisonnement juridique<sup>269</sup>. Si les conseillers ont besoin de se sentir intégrés à l'ordre judiciaire, en raison, notamment, de la légitimité que cela leur procure, ils savent qu'ils ne le seront jamais totalement. De ce fait, ils cherchent à se différencier des magistrats de carrière en proposant une autre hiérarchisation des compétences nécessaires au « bon » magistrat. Ainsi, leur connaissance du milieu professionnel, du terrain, leur « bon sens » sont valorisés. En d'autres termes, si les

---

<sup>265</sup> Entretien A5, CE/Commerce

<sup>266</sup> Entretien A6, CE/Industrie.

<sup>267</sup> *La gazette du Palais*, vendredi 22/samedi 23 octobre 1999.

<sup>268</sup> *Jurisprudence sociale Lamy*, n°117, février 2003 ou n°147, juin 2004.

<sup>269</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

conseillers ne peuvent prétendre à la même maîtrise juridique que les juges professionnels, ces derniers ne peuvent prétendre connaître aussi bien qu'eux le monde de l'entreprise. La relation tend à s'équilibrer de cette manière. Mais si, de manière générale, les conseillers reconnaissent volontiers l'honnêteté intellectuelle des magistrats, « *enfermés malgré eux dans des tonnes de lois et de codes* »<sup>270</sup>, il n'en est pas de même pour les avocats.

#### 2.2.2.4. Le rapport aux avocats

Les relations que les conseillers entretiennent avec les avocats sont, elles aussi, ambivalentes. Ces derniers les aident, bien souvent, à formaliser juridiquement un certain nombre d'éléments de l'affaire, et, par la symbolique de leurs robes, la mise en scène et le lyrisme, parfois, de leurs plaidoiries, mais surtout par la remise de conclusions écrites, renforcent leur appartenance à l'ordre judiciaire. C'est la raison pour laquelle, bien souvent, les conseillers voient d'un mauvais œil le remplacement de l'avocat par le défenseur syndical, dont ils jugent parfois les compétences juridiques et les plaidoiries « *catastrophiques* »<sup>271</sup>. Pourtant, les avocats sont souvent considérés comme des éléments perturbateurs de l'activité prud'homale par les conseillers. Leur « *mauvaise foi évidente* »<sup>272</sup>, leur utilisation « *hasardeuse* » de la jurisprudence, leurs tentatives de « *manipulation* », leur attitude parfois « *hautaine* » à l'égard des conseillers, leur refus de la conciliation (« *Je vais être clair, quand on concilie, c'est qu'il n'y a pas d'avocat* »<sup>273</sup>), leurs « *arrangements entre confrères* »<sup>274</sup>, ou leur responsabilité dans le nombre important de renvois sont souvent mis en avant. Pour cet ancien conseiller du collège salarié, retraité et défenseur syndical :

*« Les avocats font leur beurre aux prud'hommes. Surtout du côté patronal, parce que la plupart des avocats, en plus des honoraires fixes, demandent un pourcentage sur les sommes qu'ils font économiser aux employeurs. Si je demande dix-huit mois de salaire d'indemnité et que j'en obtiens huit, l'avocat mettra dans sa poche 10% de l'économie réalisée par le patron, soit un mois de salaire. Il ne faut pas s'étonner qu'ils poussent leurs clients à faire de la procédure au lieu de trouver un accord »*<sup>275</sup>.

Lors des observations que nous avons réalisées, nous avons parfois remarqué un comportement des avocats à l'égard des conseillers que nous pouvons qualifier de « supérieur », voire d'« arrogant ». C'est le cas de cet avocat glissant à un collègue, après avoir plaidé une demande de renvoi devant les conseillers, à propos de la présidente : « *Oui, ben elle a encore rien compris* »<sup>276</sup>.

---

<sup>270</sup> Entretien C2, CS/Industrie.

<sup>271</sup> Entretien A3, A15, B1...

<sup>272</sup> Entretien B11, CE/Encadrement.

<sup>273</sup> Entretien C6, CS/Commerce.

<sup>274</sup> Entretien A2, CS/Encadrement.

<sup>275</sup> Témoignage paru dans *Libération*, édition du 02/12/2008.

<sup>276</sup> Observation d'audience en bureau de jugement, *Ville A*, le 20/01/2006.

Cet autre avocat, discutant avec le salarié qu'il représente, à propos des conseillers s'étant retirés afin d'examiner une demande de renvoi : « - *Qu'est ce qu'ils font, maître ? – Rien, ils rectifient une erreur de virgule* »<sup>277</sup>. Un autre avocat : « *Ils savent que le code du travail, c'est un gros livre avec une couverture rouge* »<sup>278</sup>. Nombreux sont les avocats à regretter, entres eux, la prétendue partialité des conseillers :

*« - Tu verras, en commerce, c'est encore pire. L'autre fois, la présidente m'a dit « Ouais, je connais très bien la Redoute, parce que je travaille aux Trois Suisses et que je suis à FO » (rires)*

*- Je ne suis pas au bout de mes surprises, alors.*

*- Ben non, tu verras, tu vas pouvoir écrire un livre. J'aurais du compiler tout ça, un putain de best seller »*<sup>279</sup>.

Les conseillers se sentent ainsi mal considérés par les avocats, qui ne reconnaissent pas leurs compétences et savoir-faire. Au-delà de ces considérations, les conseillers regrettent parfois aussi leur comportement :

*« C'est quand même énervant, ils n'ont aucun respect, aucun respect. Les règles de courtoisie, les usages, tout ça. C'est quand même pas bien compliqué de laisser plaider d'abord les avocats les plus âgés, les plus loin, géographiquement je veux dire. [...] Ca se fait partout comme ça. Mais non, ça se crêpe le chignon pour passer avant tout le monde »*<sup>280</sup>.

*« Là où on est très sensible, c'est quand un avocat démolit la personne adverse. Et là je veux dire aussi bien du côté employeur que salarié. C'est-à-dire un avocat qui ne respecte pas l'intégrité de l'individu et qui a des propos par exemple en disant : ben celui-là il a pas retrouvé du travail, c'est pas étonnant vu les conneries qu'il a fait, voilà pourquoi il a été licencié. Ça on pardonne pas »*<sup>281</sup>.

*« Moi, ce que je comprends, des fois, c'est que les avocats ils nous prennent pour des imbéciles. Alors là, ça m'énerve. Parce qu'ils font vraiment ce qu'ils veulent. Il faut des fois pousser la gueulante. Ils n'ont pas affaire à des juges professionnels alors, ils en profitent. [...] Nous faire passer des vessies pour des lanternes, nous raconter n'importe quoi. Ou alors, je vous dis, ils nous téléphonent comme quoi ils vont venir à 17 heures : « excusez-moi, je vais arriver en retard, alors j'arrive à 17 heures... ». On n'est pas à leur disposition non plus ! Des trucs comme ça, vraiment, vraiment grave... En plus, ils racontent leur vie, des fois, on est obligé de gueuler... Ça résonne, vous êtes à l'étage au-dessus, vous entendez tout ce qu'ils disent. Il faut les faire sortir »*<sup>282</sup>.

Les avocats, qui manient souvent le droit avec virtuosité, le font dans un but qui dépasse le droit. Le droit constitue pour eux un outil, il est mobilisé dans un objectif bien précis : défendre les intérêts de leur client. Le terme « client » est important, car les conseillers ont bien conscience que les

---

<sup>277</sup> Observation d'audience en bureau de jugement, *Ville B*, le 30/01/2006.

<sup>278</sup> Observation d'audience en bureau de jugement, *Ville B*, le 14/02/2006.

<sup>279</sup> Observation d'audience en bureau de Jugement, *Ville A*, le 23/06/2005.

<sup>280</sup> Entretien B31, CE/Encadrement.

<sup>281</sup> Entretien A2, CS/Encadrement.

<sup>282</sup> Entretien A4, CS/Industrie.

avocats ne font que leur travail<sup>283</sup>. Nous pouvons d'ailleurs rapprocher la posture des avocats de celle des conseillers en délibéré, qui eux aussi, sont parfois amenés à utiliser le droit dans un but bien précis, mais le plus souvent avec des considérations d'équité dont ne peuvent se prévaloir les avocats, rémunérés pour défendre leurs clients quelle que soit leur perception de l'affaire.

Notons que leur position de juge donne aux conseillers une autorité, de fait ou au moins symbolique, par rapport aux avocats : ils ont le pouvoir de faire condamner leur client. Les propos de ce conseiller salarié, au sujet d'un avocat ayant contesté la décision en appel, sont à ce titre éloquentes : « *J'étais hyper content quand j'avais gagné, à chaque fois que j'ai gagné. Alors je disais « on est peut être des petits couillons mais en attendant, c'est toi qui a perdu », et ça me faisait un plaisir extrême* »<sup>284</sup>. Nous avons constaté lors de nos observations que les présidents d'audience se montraient parfois très directifs envers les avocats, notamment lors de leurs plaidoiries.

Les avocats, souvent plus jeunes aux prud'hommes que dans d'autres juridictions, peuvent privilégier la défense d'employeurs tandis que d'autres favorisent une clientèle composée de salariés, ce qui leur vaut une considération variable des conseillers selon les collègues. Parmi ces derniers, certains avocats dits « travaillistes » ou « militants » sont membres du syndicat des avocats de France, et entretiennent à ce titre des relations particulières avec les conseillers du collège salarié<sup>285</sup>.

Ces relations problématiques avec les acteurs du monde judiciaire se trouvent renforcées par de nombreux et récurrents conflits avec la chancellerie, à l'occasion, bien souvent, de réformes auxquelles les conseillers s'opposent, les « *attaques de la chancellerie* » contre l'institution prud'homale n'étant « *pas acceptables* »<sup>286</sup>. Ainsi, lors d'un colloque organisé au sein du conseil économique et social en 2006 à l'occasion du bicentenaire de la juridiction prud'homale<sup>287</sup>, la représentante du ministère de la justice sera huée, avant même son intervention, par une partie du public, composé en grande partie de conseillers prud'hommes. Pourtant, les réformes ou tentatives de réformes de l'institution prud'homale ne sont pas l'apanage de la chancellerie, le ministère du travail ayant, par exemple, joué un rôle primordial lors des réformes de 1979 et 1982<sup>288</sup>.

---

<sup>283</sup> « *Le barreau [...] est aussi un système déterminé par des contraintes objectives, institutionnelles ou économiques. On oublie trop souvent cette réalité de « fonds de commerce » qu'est le cabinet de l'avocat* ». Retière J.-N., « Les avocats », in Cam P., Supiot A. (dir.), *Les dédales du droit social*, Paris, PFNSP, 1986.

<sup>284</sup> Entretien A7, CS/ Activités diverses.

<sup>285</sup> Tonneau J.-P., « Entre légitimité juridique et légitimité politique. Les relations entre avocats et conseillers salariés aux prud'hommes », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>286</sup> Entretien A20, SS/Encadrement.

<sup>287</sup> Colloque organisé par le ministère du Travail, des Relations Sociales et de la Solidarité, *Les prud'hommes : actualités d'une juridiction du travail*, Paris, Conseil Economique et Social, 8 novembre 2006.

<sup>288</sup> Cf. Willemez L., Vauchez A., *La justice face à ses réformateurs (1980-2006)*, Paris, PUF, 2007.

En définitive, les conseillers ne peuvent s'identifier que partiellement aux acteurs de la justice professionnelle. Contestés au sujet de leurs compétences, de leur partialité, les conseillers, qui savent ne pouvoir être totalement intégrés à l'ordre judiciaire, remettent en cause ces professionnels du droit. Ils mettent de ce fait en avant un idéal de justice, leur idéal de justice, qui ne correspond pas, et ne pourra jamais correspondre, à celui des magistrats de carrière. Cherchant à se différencier, leur inscription dans le monde du travail est ainsi valorisée.

### **2.3. L'intégration à l'univers professionnel.**

Le ministère du Travail constitue l'interlocuteur privilégié des organisations syndicales et professionnelles, ces dernières ayant peu de contact avec la chancellerie (à l'inverse des conseillers qui, nous l'avons évoqué, ont plus de contacts avec les représentants du ministère de la justice que du ministère du travail). Ils ne rencontrent que rarement, voire jamais, les inspecteurs du travail ou les directions régionales des relations du travail<sup>289</sup>. L'inspection du travail « alimente » parfois les prud'hommes en créant les conditions (notamment en termes d'information aux salariés) d'un recours à la justice, mais nous ne pouvons pas parler de coopération entre les deux entités. Ainsi, si la double tutelle chancellerie/ministère du travail a tout son sens à l'échelon national, celle-ci doit être nuancée au niveau local. Quoiqu'il en soit, les propos tenus par les conseillers au sujet du ministère du travail et de ses représentants semblent beaucoup moins, voire pas du tout, conflictuels. Tout au plus peut-on signaler quelques rares conseillers employeurs évoquant des abus de la part des inspecteurs du travail :

*« On m'avait demandé de participer à une réunion pour préparer les élections. Nous n'étions que deux employeurs. Il y avait un inspecteur du travail, quelqu'un du Tribunal d'Instance, quelqu'un du syndicat... Bref, l'équité n'était pas respectée. Mais bon, si chacun avait bien fait son travail, il n'y aurait pas eu de problèmes. Mais l'employé de mairie se plaignait que certains employeurs ne renvoyaient pas les listes à temps. Mon collègue employeur a eu la mauvaise idée de dire : « est-ce que vous croyez que j'ai le temps de m'occuper de ça ? ». C'était maladroit, mais pas méchant. Après, l'inspecteur du travail m'a dit : « vous allez me donner ses coordonnées, je vais m'occuper de lui ». J'avais rencontré quelqu'un qui ne me disait que du bien des inspecteurs du travail, elle me disait que cette fonction était une belle fonction. En fait, ils abusent de leur autorité contre les employeurs. L'épisode m'a beaucoup choqué. « Je vais m'occuper de lui », vous vous rendez compte ? »<sup>290</sup>.*

Les conseillers tiennent à cette double tutelle et perdraient en légitimité en cas de tutelle unique, quelque soit leur ministère de rattachement. Mais pour saisir la position délicate de

---

<sup>289</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

<sup>290</sup> Entretien A12, SE/Industrie.

l'institution prud'homale, il nous faut encore saisir le rôle exercé par les organisations syndicales et professionnelles (OSP) aux prud'hommes.

### **3. L'institution prud'homale et les organisations syndicales et patronales : « en être sans en être »**

Les OSP réalisent, nous l'avons vu, les listes sur lesquelles les conseillers prud'hommes sont élus : avant d'être juges aux prud'hommes, les conseillers passent donc, sauf exceptions, par ces organisations. Pour certains, militants de longue date, la présentation sur ces listes signifie beaucoup. C'est le cas, bien souvent, pour les conseillers du collège salarié. Pour d'autres, éloignés de ces organisations, elle ne constitue qu'une simple formalité. On retrouve ce cas de figure essentiellement chez les conseillers du collège employeur. La relation des deux collèges à leurs OSP relève de logiques en de nombreux points différentes.

Si les OSP recherchent la loyauté des conseillers une fois qu'ils sont élus, cette loyauté ne peut se manifester, en pratique, de la même manière aux prud'hommes que dans le cadre de l'exercice d'un mandat syndical. Ceci renvoie à la question de la réinterprétation et de la manifestation « en actes » de la doctrine des organisations syndicales ou professionnelles aux prud'hommes. Dit autrement, la loyauté à ces organisations ne peut se maintenir (s'il y avait loyauté au départ et en supposant qu'elle puisse se maintenir) que par une adaptation au « terrain » prud'homal. Que reste-t-il, dans ce cas, des représentations véhiculées par ces organisations aux prud'hommes ? Nous ne pourrions répondre à ces questions qu'après avoir examiné les pratiques des conseillers dans l'exercice de leur fonction, notamment durant l'étape du délibéré. Cependant, il semble nécessaire de saisir, dans un premier temps, les champs d'intervention de ces organisations aux prud'hommes, ainsi que l'enjeu central que constitue pour elles la juridiction.

#### **3.1. L'intervention des organisations syndicales et patronales aux prud'hommes.**

L'investissement des OSP aux prud'hommes paraît aujourd'hui naturel, mais cela n'a pas toujours été le cas. L'émergence du syndicalisme a suivi « *un cheminement parallèle* »<sup>291</sup> à celui des prud'hommes, qui sont devenus au fur et à mesure de leur développement, un « *espace de constitution d'une représentation ouvrière* »<sup>292</sup>. Longtemps méfiants envers cette juridiction qui, nous l'avons vu, se caractérisait notamment par une domination écrasante des employeurs, les organisations ouvrières et le mouvement syndical ont manifesté de premiers signes d'adoption des prud'hommes à la fin des

---

<sup>291</sup> Olszak N., « Mouvement ouvrier et système judiciaire (1830-1950) », thèse pour le doctorat de droit, Université de Strasbourg 3, 1987.

<sup>292</sup> Ibid

années 1870<sup>293</sup>. De leur côté, les organisations patronales se sont peu intéressées aux prud'hommes jusqu'au début des années 1860, la fonction prud'homale étant à cette époque « *abandonnée à un certain volontariat, attirant surtout des artisans et des petits patrons [...] à l'heure de la retraite* »<sup>294</sup>. L'intégration progressive des OSP à l'institution, tout au long du XXème siècle, a été consacrée par les réformes de 1979 et 1982.

Aujourd'hui, l'intervention des OSP aux prud'hommes repose essentiellement sur la constitution des listes, la formation des conseillers et la défense syndicale en bureau de jugement.

### 3.1.1. Les élections prud'homales

Le choix du mode de scrutin pour les élections prud'homales fut une question centrale lors de l'élaboration des réformes de 1979 et 1982. Le RPR<sup>295</sup>, notamment, s'est positionné contre le mode de scrutin à la proportionnelle que l'on connaît actuellement<sup>296</sup>. Car ce mode de scrutin nécessite la constitution de listes, ce qui projette les organisations syndicales et patronales à la tête de l'organisation de ces élections. Plus tard, le débat s'est porté sur le mode de scrutin proportionnel, au plus fort reste ou à la plus forte moyenne, ce dernier mode favorisant les plus grandes organisations.

Si la loi ne prévoit aucun monopole syndical pour la présentation des candidats aux élections prud'homales, les conseillers sont élus dans une immense majorité des cas sur une liste constituée par une OSP. L'esprit de la juridiction prud'homale tend en effet à prohiber la présentation d'autres listes, ceci risquant de fausser la parité<sup>297</sup>. A ce titre, les listes à caractère politique se voient souvent invalidées par la justice, comme ce fut le cas pour les listes du front national en 1997<sup>298</sup>. Les frais engagés par les OSP pour les élections sont remboursés (frais de papier et bulletins de vote uniquement) si ces dernières obtiennent au moins 5% des suffrages exprimés dans chaque collège et chaque section.

Les campagnes des organisations syndicales pour les élections prud'homales diffèrent peu, du moins au niveau des messages diffusés. Ces dernières ne peuvent en effet que difficilement se démarquer les unes par rapport aux autres, la campagne servant à élire des conseillers qui, une fois en

---

<sup>293</sup> Ibid

<sup>294</sup> Cam P., *Les prud'hommes, juges ou arbitre ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, Paris, Presses de la FNSP, 1981.

<sup>295</sup> Rassemblement Pour la République.

<sup>296</sup> Michel H., Willemez L., « Les prud'hommes et la représentation du monde du travail : Etat et partenaires sociaux dans la réforme d'une juridiction du travail », in Duclos L., Groux G, Mériaux O. (dir), *La dynamique des relations professionnelles*, Paris, LGDJ, 2007.

<sup>297</sup> Villebrin J., Quétant G-P, *Traité de la juridiction prud'homale*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, 1998.

<sup>298</sup> L'idéologie d'exclusion liée au thème de la "préférence nationale" dont elles se réclamaient a été considérée contraire à l'impartialité attendue des conseillers prud'hommes.

fonction, ne pourront faire valoir leur appartenance syndicale. Ainsi, la communication des organisations syndicales n'a pas été adaptée pour l'élection prud'homale : on retrouve de ce fait, pour les élections de décembre 2008, le même type de slogans « indéterminés », ne faisant jamais référence à l'institution prud'homale, chez la plupart des organisations syndicales : « *Respectés* » pour la CFDT<sup>299</sup>, « *Une force à vos côtés* » pour la CGT<sup>300</sup>, « *Ne restez pas sans voix* » pour FO<sup>301</sup> etc. On retrouve bien entendu ce caractère flottant dans la communication des organisations patronales (« *Votons plus fort* »), d'autant plus que le MEDEF<sup>302</sup>, la CGPME<sup>303</sup>, la FNSEA<sup>304</sup>, l'UNAPL et l'UPA<sup>305</sup> ont proposé des listes communes dans une majorité de circonscriptions. Signalons tout de même la campagne de l'Association des Employeurs de l'Economie Sociale (AEES)<sup>306</sup>, qui s'est distinguée en axant sa campagne sur la valorisation du dialogue social.

### 3.1.2. La formation des conseillers

Les OSP jouent un rôle prépondérant dans l'apprentissage juridique des conseillers par les formations qu'elles assurent et les publications qu'elles diffusent. Ces formations et publications constituent un moment important pour les OSP, qui doivent en même temps transmettre aux conseillers un savoir faire juridique, une technicité, afin de leur permettre de remplir leur fonction de juges du travail, un « savoir être » afin de leur permettre de s'intégrer, tout en prenant soin de ne pas les éloigner de « l'idéologie » qu'elles véhiculent. Car en formant les conseillers, qui sont parfois « ses » militants, l'OSP prend le risque de les éloigner de l'organisation. Les organisations syndicales luttent en effet contre la figure du « professionnel », plaçant le droit, et uniquement le droit, au centre de ses pratiques de jugement<sup>307</sup>. Ainsi, former un conseiller, ce n'est pas seulement lui transmettre des compétences juridiques, c'est aussi le réintroduire dans un collectif, syndical ou professionnel, voire lui rappeler son lien de subordination à l'organisation.

Précisons que la formation n'est pas dispensée a priori, préalablement à la prise de fonction. Les journées de formation (six semaines prévues par la loi) s'étalent tout au cours du mandat. Les

---

<sup>299</sup> Confédération Française Démocratique du Travail.

<sup>300</sup> Confédération Générale du Travail.

<sup>301</sup> Force Ouvrière.

<sup>302</sup> Mouvement des Entreprises de France.

<sup>303</sup> Confédération Générale du patronat des Petites et Moyennes Entreprises.

<sup>304</sup> Fédération Nationale des Syndicats d'Exploitants Agricoles.

<sup>305</sup> Union Professionnelle Artisanale.

<sup>306</sup> L'AEES est une structure créée en vue des élections prud'homales de 2002, afin de présenter des listes communes aux syndicats d'employeurs de l'économie sociale (associations, mutuelles de santé et d'assurance, coopératives...). Elle réunit trois organisations du secteur social et solidaire, l'USGERES (Union de Syndicats et Groupements d'Employeurs Représentatifs dans l'Economie Sociale), le GEMA (Groupement des Entreprises Mutuelles d'Assurance) et l'UNIFED (Union des syndicats nationaux et fédérations d'employeurs sans but lucratif du secteur sanitaire, médico-légal et social). Elle représente plus de 750 000 établissements employant près de 2 millions de personnes.

<sup>307</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

conseillers ne sont pas tenus d'y assister, ce qui explique qu'un grand nombre d'entre eux, à la fin de leur mandat, n'ont pas suivi l'intégralité des stages proposés. Ces formations ne sont souvent ouvertes qu'aux conseillers, d'autres stages, différents, étant proposés aux militants, conseillers du salarié<sup>308</sup> ou défenseurs syndicaux<sup>309</sup>.

Le contenu de ces formations semble dépendre du formateur (souvent un conseiller, exerçant parfois au sein du même conseil que les conseillers formés<sup>310</sup>), tout autant que de l'OSP qui organise le stage. Les formations alternent théorie et pratique dans des proportions diverses. Un certain nombre de « tactiques », variables selon les conceptions syndicales et patronales du droit comme mode d'action, du rôle des prud'hommes dans l'action judiciaire, sont promues par l'intermédiaire de ces formations. Car il y a plusieurs façons d'appréhender un litige, en respectant dans tous les cas le droit du travail. Le « fonctionnel » est ainsi étroitement lié au « stratégique » dans le cadre de ces formations. Nous y reviendrons. Ainsi, pour les conseillers, la formation peut être perçue en même temps comme une ressource et comme une perturbation de la dynamique prud'homale, ces stages étant notamment susceptibles de « raviver certains antagonismes entre collègues »<sup>311</sup>.

Signalons que diverses actions de formation sont progressivement mises en place au plan local par les cours d'appel, visant à sensibiliser les conseillers prud'hommes aux problèmes rencontrés par le juge d'Appel. Ces formations, qui restent confidentielles pour le moment, pourraient constituer une alternative aux formations proposées par les OSP. Cependant, récemment encore, les organisations et conseillers ont manifesté leur hostilité à un projet de réforme ayant pour objectif de transférer la formation des conseillers aux CA. Ceci souligne l'enjeu central que constitue pour les OSP la formation des conseillers prud'hommes.

### 3.1.3. La défense syndicale

Nous l'avons vu, les avocats n'ont pas le monopole de la représentation ou de l'assistance aux prud'hommes. C'est pour cette raison que la procédure est orale. Dans la liste limitative des personnes habilitées<sup>312</sup>, on retrouve les délégués, permanents ou non, des organisations syndicales, ouvrières ou patronales. L'adhésion de la partie au syndicat n'est pas imposée. Le délégué peut appartenir à une autre branche d'activité. Les conseillers prud'hommes qui voudraient assister ou représenter une

---

<sup>308</sup> Militants chargés d'assister les salariés lors d'une procédure de licenciement.

<sup>309</sup> Militants syndicaux assurant la défense des intérêts des salariés devant les Conseils de prud'hommes et les chambres sociales des Cours d'appel.

<sup>310</sup> Brugnot T., Porte E., « La transmission du savoir-faire prud'homal : formation syndicale et rôle des pairs », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>311</sup> Ibid.

<sup>312</sup> Art. R1453-2 du Code du travail.

partie ne peuvent cependant le faire devant leur propre section<sup>313</sup>. Les défenseurs syndicaux sont formés par leur organisation syndicale, dans le cadre de stages spécialisés.

Le recrutement et la formation de ces défenseurs syndicaux, tous militants, sont essentiels pour ces organisations. En effet, la défense syndicale constitue l'une des parties les plus visibles de l'action syndicale aux prud'hommes. Ainsi, lors des élections prud'homales, plusieurs organisations syndicales, comme la CFDT et la CGT, communiquent sur le nombre de défenseurs syndicaux que ces organisations ont formés.

Cependant, il semble que ces formations soient insuffisantes. Au cours de nos observations d'audience en bureau de jugement, nous avons constaté que les plaidoiries de ces défenseurs syndicaux étaient parfois un peu « confuses », voire « laborieuses ». Les conseillers interrogés le confirment, et se sentent parfois mal à l'aise en face de ces militants qui bien souvent, comme eux, n'ont pour connaissances juridiques que celles transmises par leur organisation syndicale ou professionnelle :

*« Y'a vraiment une grande différence entre l'avocat et le défenseur. D'abord, dans la façon de défendre le salarié. D'ailleurs, parfois, ils se prennent vraiment pour je ne sais pas quoi. Ils sont... grandiloquents, comme à la télé. Ca, ça me fait rire, mais le problème c'est que le défenseur syndical, c'est vraiment le terre à terre. Les mots sont simples, tout est brouillé. C'est parfois catastrophique »<sup>314</sup>.*

*« Les défenseurs que j'ai vus, pour moi, ça aurait été mieux un avocat. Ils sont quand même très brouillons. Les plaidoiries s'éternisent, ils partent dans tous les sens. Qu'est-ce que c'est long, qu'est-ce que c'est long. Ils ne font pas le tri entre ce qui est important ou pas. Je peux vous dire qu'ils y en a certains qu'on appréhende d'avoir. [...] Oui, je pense qu'il vaut mieux avoir de vrais avocats. Même si, bon, c'est pas toujours génial non plus... »<sup>315</sup>*

Parfois, les conseillers du collège salarié ont affirmé être mal à l'aise en se retrouvant face à un défenseur syndical qu'ils connaissent, ce dernier les tutoyant. Ceci perturbe en effet la dynamique de l'audience, en rendant visible aux yeux des avocats et parties l'appartenance syndicale des conseillers :

*« Par contre, des fois, ce qui fait drôle, c'est que quand vous avez des gars qui vous connaissent et qui commencent à vous tutoyer. Là, ça fait un drôle d'effet devant les avocats adverses. Obligatoirement, vous êtes syndiqué. Vous allez manifester, vous tombez des fois sur des gars du coin, Hein ! On se connaît. Ils viennent plaider à ici et ils disent « au fait, J., tu... ». Moi je dis que non, l'avocat, il peut dire : « qu'est-ce que c'est que cette histoire ? » (rires...). On ne peut pas être juge et partie, mais des fois, l'avocat, il se demande quoi... »<sup>316</sup>*

---

<sup>313</sup> Ou leur conseil pour les présidents et Vice présidents. Cass. Soc., 3 juillet 2001, n°99-45.735.

<sup>314</sup> Entretien D1, CS/Commerce.

<sup>315</sup> Entretien C6, CS/Commerce.

<sup>316</sup> Entretien A4, CS/Industrie.

Maillon essentiel à la visibilité de l'action syndicale, élément parfois perturbateur aux yeux des conseillers, la plaidoirie du défenseur syndical affaiblit la force symbolique du « judiciaire » dans la procédure prud'homale. Mais l'influence des OSP sur l'activité prud'homale ne se limite pas à ces trois domaines.

### 3.1.4. Les consignes syndicales aux conseillers

De manière informelle, les OSP sont amenés à soumettre quelques « préconisations » aux conseillers. Les consignes concernant l'élection des présidents et vice-présidents (de conseil et de section) sont les plus communément admises. Ces derniers sont en effet principalement élus en fonction des rapports de forces syndicales et patronales au sein du conseil<sup>317</sup>. Des alliances entre organisations peuvent se lier, pour faire barrage à certains candidats, ou pour une répartition des présidences par section. Selon Hélène Michel et Laurent Willemez, il existe au sein des conseils « *une logique de conquête et d'attribution des postes très similaire à celle qui existe dans les assemblées parlementaires où les groupes politiques obtiennent ces « trophées » en fonction de leur force numérique respective* »<sup>318</sup>. Le respect des consignes de vote, en ce qui concerne l'élection des présidents et vice-présidents, est facilement vérifiable par les organisations, même si le vote se fait à bulletin secret, des simulations étant réalisées avant l'élection :

*« En fait je ne vote pas par conviction, je vote parce que j'ai une consigne. [...] Une consigne du syndicat. Bon je vais dire, dans une section, y'a... on est quatre salariés euh... quatre employeurs, bon y'en a deux de la CGT, un de la CFDT et puis euh... je sais plus euh... le quatrième euh... enfin bref, (long silence) euh... de FO euh... si y'a quelqu'un de la CGT qui se présente et puis qu'y'a deux voix pour FO euh... on sait tout de suite je vais dire hein, c'est un vote à bulletin secret mais dont on connaît qui a fait qui et qui a fait quoi hein. Donc euh... point quoi je vais dire. Donc euh... je ne peux pas euh... sinon j'en aurais le reproche de pas voter pour quelqu'un que mon syndicat va présenter. C'est clair. »<sup>319</sup>*

Cependant, il semble que l'appartenance syndicale des présidents ne soit pas réellement déterminante sur le fonctionnement des conseils et sections, l'appartenance à un collège structurant, nous le verrons, beaucoup plus les pratiques que l'appartenance syndicale.

Par ailleurs, les OSP semblent parfois communiquer des consignes aux conseillers par rapport à certaines affaires qu'elles considèrent comme étant particulièrement importantes, symboliquement,

---

<sup>317</sup> Le président et le vice président de conseil et de section est élu pour 1 an à la majorité absolue des membres présents (au moins 75% des membres doivent être présents), à la majorité relative au troisième tour. Les bulletins sont secrets et le huis clos obligatoire. Les postes sont réparties selon le principe de parité : il y a alternance entre salariés et employeurs en fonction d'un tirage au sort au moment de la création du conseil.

<sup>318</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

<sup>319</sup> Entretien A7, CS/ Activités diverses.

en terme jurisprudentiel ou de visibilité/médiatisation. Ces consignes ne s'apparentent pas à des interventions sur le contenu des décisions (nous n'avons du moins recueilli aucun témoignage allant dans ce sens), mais à des incitations au départage.

Le poids de la contrainte syndicale et patronale aux prud'hommes se mesure difficilement : le lien de subordination entre un conseiller et son OSP est difficilement perceptible. Cette subordination ne peut se mesurer qu'en termes de loyauté de la part des conseillers, cette loyauté pouvant être rétribuée par une nouvelle présentation sur les listes lors des prochaines élections ou une proposition de candidature à la présidence du conseil ou d'une section. On ne sait pas grand-chose des « retours » vers l'OSP de l'activité des conseillers. Tout au plus pouvons-nous citer les observations de Tiennot Grumbach, selon qui le MEDEF désigne des responsables, conseil par conseil, pour « *surveiller, parfois punir des juges employeurs qui ne comprennent pas la discipline de l'organisation dans la défense des droits de l'entreprise et des entrepreneurs. Ce « contrôle », décentralisé, s'exerce avec plus ou moins d'habileté et de discrétion au travers des délégations locales du MEDEF* »<sup>320</sup>.

Dans les deux collèges, les incidents sont remontés, mais les « bons conseillers », au sens où l'entendent les OSP, sont difficilement identifiables. Ainsi, nous pouvons sans trop de risques émettre l'hypothèse selon laquelle l'absence d'incidents ainsi que le respect des rares « consignes » syndicales et patronales constituent les critères centraux à la nouvelle présentation sur les listes. Ces critères sont cependant couplés à ceux qui ont influencés le « recrutement » initial du conseiller, notamment l'âge, l'implication militante, l'activité professionnelle du militant, sa disponibilité. Nous y reviendrons lorsque nous examinerons le profil des conseillers, et par là même la sélection réalisée par les OSP, au chapitre suivant.

Même si la plupart des conseillers rencontrés ont réfuté l'idée selon laquelle leurs organisations pouvaient constituer une aide précieuse en cas de difficultés rencontrées sur un dossier, certains ont déclaré se tourner occasionnellement vers elles.

*« Bon, si c'est trop difficile, là, il m'arrive d'en parler à mon union départementale. Je téléphone et là, c'est sur, j'ai des réponses. Ils me donnent la solution. Mais bon, au départ, c'est pas souvent »*<sup>321</sup>.

Cependant, les conseillers ont une contrainte légale par rapport à ce type de pratique, cette contrainte étant le secret du délibéré. Les conseillers semblent être très attachés à ce principe, même si on peut penser que certaines affaires sont tout de même évoquées avec les OSP.

Le plus souvent, lors des entretiens, les conseillers ont pris soin de rendre anonymes les parties dont ils parlaient, lorsqu'ils évoquaient une affaire particulière : « *je ne peux pas trop vous en*

---

<sup>320</sup> Grumbach T., « L'institution prud'homale en mouvement », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>321</sup> Entretien A18, CS/Commerce.

*parler, parce qu'il y a le secret du délibéré* »<sup>322</sup>. Le respect de ce principe, porté par un sentiment de « devoir », renforce le sentiment d'appartenance des conseillers à l'ordre judiciaire, ainsi qu'à l'institution prud'homale. Par ailleurs, le secret du délibéré constitue une ressource pour le conseiller, qui peut décider, ou non, de révéler certaines informations à son OSP. Ainsi, la loyauté envers l'OSP et la loyauté envers l'institution prud'homale sont, sur ce point en tout cas, contradictoires.

### **3.2. Les prud'hommes, un enjeu majeur pour les organisations syndicales et patronales**

Les prud'hommes ont joué un rôle moteur dans le développement de l'action juridique au sein du travail syndical. L'institution constitue aujourd'hui, à plusieurs titres, un enjeu majeur pour les OSP, qui y semblent très attachées.

#### **3.2.1. L'attachement des organisations syndicales et professionnelles à l'institution prud'homale**

Depuis le début du XXème siècle, les syndicats de salariés sont considérés comme les principaux défenseurs de la prud'homie. Alors que les projets ministériels de réformes se succèdent dans les années 70, la CGT (longtemps majoritaire aux prud'hommes, avec 70% des conseillers en 1979) et la CFDT jouent un rôle déterminant<sup>323</sup>. L'institution prud'homale doit beaucoup de sa forme actuelle à l'émergence des syndicats en son sein. Mais les organisations patronales, et au premier plan le MEDEF, y semblent également très attachées. Juridiction « *de qualité* », sa « *valeur ajoutée* » est la « *connaissance du monde de l'entreprise* »<sup>324</sup>.

Ne nous y trompons pas, cependant. Les syndicats et les organisations patronales sont attachés à deux versions différentes de l'institution prud'homale. Les uns défendent l'institution sous sa forme actuelle, et semblent ainsi réfractaires à tout projet de réforme, tandis que les secondes cherchent à imposer des réformes, « *indispensables à la survie de la juridiction* »<sup>325</sup>. Le MEDEF a souhaité, par exemple, pendant de longues années, la réforme de la carte judiciaire qui s'est produite en 2008.

C'est l'enjeu de contrôle de la production judiciaire qui motive principalement l'attachement des OSP à l'égard de l'institution prud'homale.

---

<sup>322</sup> Evoqué dans une vingtaine d'entretiens.

<sup>323</sup> Notamment concernant les modalités du recrutement des conseillers. La CGT et la CFDT ont soutenu le principe de l'élection des conseillers, contrairement au patronat, à la CFTC et à FO, qui défendait le principe de la désignation.

<sup>324</sup> Propos de Dominique Tellier, directeur des relations sociales au Medef, in *Personnel*, n°434, 2002.

<sup>325</sup> Propos de Dominique Tellier, directeur des relations sociales au Medef, op. cit.

### 3.2.2. Les stratégies judiciaires

Constatant que « *l'usage du droit apparaît comme une opportunité toujours plus utilisée par les syndicats pour contester nombre de décisions* », Jérôme Pélisse se demande si « *les formes d'action traditionnelles* » comme les grèves ou les occupations, ne seraient pas remplacées par d'autres, plus individuelles, « *comme le recours aux prud'hommes* »<sup>326</sup>. La généralisation de la procéduralisation sur le terrain social et dans les entreprises (avec le développement des conventions collectives, par exemple) a contraint les organisations militantes et les mouvements sociaux à renoncer à la violence, sauf de façon ritualisée, ce qui impose aux militants une discipline. La capacité à « tenir » une négociation est ainsi valorisée. Si une certaine culture militante « conflictuelle », fondée sur une idéologie de classe, reste à la base de la structuration identitaire de nombreux militants, ceux-ci ont su inventer de nouvelles formes d'action (tel ATTAC qui promeut un discours essentiellement économique en proposant un travail très intellectuel<sup>327</sup>). Le syndicalisme juridique, très implanté dans les organisations depuis les années 90<sup>328</sup>, constitue l'une de ces nouvelles formes d'action. Le conseiller prud'homme en est l'un des acteurs.

Ainsi, les prud'hommes constituent pour les organisations syndicales et patronales un des lieux centraux de leur action. Il s'agit d'élargir au niveau collectif chaque affaire singulière, afin de généraliser les décisions favorables aux travailleurs. Pour Laurent Willemez, il est question de produire du collectif à partir d'un droit fondamentalement individualiste. Pour l'auteur, les OSP doivent défendre ce caractère « *collectif et offensif* » du droit du travail afin qu'il reste un moyen efficace de protection des salariés<sup>329</sup>.

La CFDT souhaite ainsi pouvoir « *faire surgir et reconnaître de nouveaux droits non encore reconnus soit par les textes, soit par la jurisprudence* »<sup>330</sup>. Pour la CGT, il s'agit de chercher à travers l'institution prud'homale « *la consécration jurisprudentielle de principes juridiques nouveaux* »<sup>331</sup>. La mise en œuvre de ces politiques passe par la remise en cause de la logique de « compromis » parfois

---

<sup>326</sup> Pélisse J., « Judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », *Politix*, volume 22, 2009.

<sup>327</sup> Sawicki F., Siméant J., « La sociologie de l'engagement militant : un champ de recherches à décloisonner », communication au colloque « Comment penser les continuités et discontinuités du militantisme ? Trajectoires, pratiques et organisations militantes », Ifresi-Ceraps-Clersé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Lille, du 8 au 10 juin 2006.

<sup>328</sup> Willemez L., « Quand les syndicats se saisissent du droit. Invention et redéfinition d'un rôle », *Sociétés contemporaines*, n°32, 2003.

<sup>329</sup> Willemez L., *Le Droit du travail en danger. Une ressource collective pour des combats individuels*, Bellecombe-en-Bauges, Editions du croquant, collection savoir/agir, 2006.

<sup>330</sup> Gaullier J.M., « Nouveaux Prud'hommes », *Syndicalisme*, 9 octobre 1980.

<sup>331</sup> Supiot A., « Déclin de la conciliation prud'homale », *Droit social*, 1985.

en œuvre au cours du délibéré, nous y reviendrons, et par un recours plus fréquent au juge départiteur.

Mais peut-on réellement parler de stratégies jurisprudentielles ? Les débats théoriques autour de la création des normes juridiques reposent en partie sur une confrontation entre conceptions monistes et conceptions pluralistes<sup>332</sup>. La grande majorité des juristes défendent une conception moniste en matière de création de règles. S'ils acceptent l'idée que l'Etat n'est pas le seul acteur en matière de production de règles (négociations de conventions collectives par les OSP, par exemple), ils acceptent peu l'idée d'un pluralisme juridique, s'en tenant aux sources formelles de création de normes au sein de l'entreprise<sup>333</sup>. Les sociologues du travail ont accordé une plus grande attention que les juristes à ce « *foisonnement officieux de petites décisions et de para-négociations* »<sup>334</sup>. Mais la distinction entre normes juridiques et normes sociales n'a été que peu évoquée par ces derniers<sup>335</sup>. Les économistes, en dénonçant l'emprise du juridique, qui étranglerait la liberté d'entreprise, se sont penchés sur la déréglementation et la délégalisation<sup>336</sup>, ainsi que sur la normalisation technique, les normes techniques pouvant avoir une portée juridique<sup>337</sup>. On admettra ainsi que la réglementation des relations de travail ne peut se limiter au « droit externe » (étatique et conventionnel), en reconnaissant la portée du « droit interne » (règles édictée à l'intérieur de l'entreprise) et du « droit informel » (règles prenant la forme d'usages, de coutumes ou de pratiques)<sup>338</sup>. Nous dissociérons ainsi les stratégies judiciaires des stratégies jurisprudentielles, ces dernières ne constituant qu'une partie des premières.

Ces stratégies judiciaires varient selon le rapport qu'entretiennent les OSP au droit. En effet, il est possible de promouvoir la production de droit à travers la négociation d'accords, tout comme il est possible de mobiliser le droit pour contester des accords, en particulier leur validité juridique. Les organisations syndicales entretiennent des rapports différenciés au droit. Ainsi, la CFDT accompagnerait plutôt « *une évolution réflexive du droit* »<sup>339</sup> tandis que la CGT « *chercherait à imposer plus que négocier, ou du moins à garantir des normes substantielles* »<sup>340</sup>. On ne peut bien

---

<sup>332</sup> Bonafé-Schmitt J-P., « Pour une approche socio-juridique de la production des normes dans les relations de travail », *Droit et société*, 1994.

<sup>333</sup> Ibid.

<sup>334</sup> Reynaud J.D., *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, Paris, A. Colin, 1989, cit. in. Bonafé-Schmitt J-P., « Pour une approche socio-juridique de la production des normes dans les relations de travail », op. cit.

<sup>335</sup> Bonafé-Schmitt J-P., « Pour une approche socio-juridique de la production des normes dans les relations de travail », op. cit.

<sup>336</sup> Carbonnier J., *Sociologie juridique*, op. cit.

<sup>337</sup> Bonafé-Schmitt J-P., « Pour une approche socio-juridique de la production des normes dans les relations de travail », op. cit.

<sup>338</sup> Au sujet du « droit informel », Cf. Bonafé-Schmitt J-P., *La création des règles dans l'entreprise. Etude comparative France-USA*, Lyon, Glysi, 1984.

<sup>339</sup> Péglise J., « A la recherche du temps gagné. Sens et usages sociaux des règles autour des 35 heures », thèse pour le doctorat de sociologie, Université de Marne-La-Vallée, 2004.

<sup>340</sup> Ibid.

entendu pas affirmer que les organisations adoptent l'une ou l'autre de ces attitudes, mais elles se placent de manière variable entre le droit réflexif (qui consiste à recourir à la négociation pour produire de nouvelles normes) et l'instrumentalisation matérielle du droit. Mais la cohérence entre la ligne générale d'action et les types spécifiques d'interventions n'est pas toujours évidente. Par ailleurs, cette distinction minimise les logiques d'expérimentation de modes individuels et collectifs de défense des salariés.

Quelle que soient les attitudes adoptées, encore faut-il qu'il y ait consensus au sein de ces organisations, à leurs différents échelons, sur les notions à défendre. Ceci, on peut le constater sur nombre de sujets, n'est pas évident. De plus, ces organisations n'engagent pas systématiquement une réflexion globale sur les points de droit qu'elles souhaiteraient faire trancher par le juge pour infléchir la jurisprudence et le sens des règles. De ce fait, bien souvent, leurs stratégies jurisprudentielles semblent se limiter à des affaires particulières.

### 3.2.3. L'enjeu des élections prud'homales

L'élection prud'homale constitue un enjeu majeur pour les OSP dans le cadre de leurs stratégies judiciaires. Les élections prud'homales s'apparentent à une sorte de référendum social et syndical, puisqu'il en ressort une « pesée » du poids des partenaires sociaux. Le problème récurrent de la représentativité syndicale est au centre des débats. Comment désigner les organisations à même de participer à la négociation collective ? Selon Dominique Andolfatto, le faible de taux de syndicalisation en France, depuis une quinzaine d'années, conduit à s'interroger sur la notion de représentativité, en raison du « *décalage entre le pays légal et les réalités du syndicalisme et des relations du travail* »<sup>341</sup>. Depuis la loi du 20 août 2008, qui a modifié les règles de représentativité<sup>342</sup>, cette dernière est en principe fondée non sur les élections prud'homales mais sur les élections en entreprise (comités d'entreprise et délégués du personnel). Précisons que pour les organisations patronales, le scrutin n'a pas le même enjeu que pour les organisations de salariés, en raison de la constitution de listes communes dans une majorité de circonscriptions (regroupant notamment le MEDEF, l'UPA, la CGPME ou encore la FNSEA, nous l'avons vu).

Même si l'élection prud'homale reste centrale pour les OSP, car elle constitue la seule élection nationale leur permettant de mesurer leur audience, elle reste un médiocre indicateur. Elle ne permet pas, par exemple, d'évaluer les représentativités au niveau des branches professionnelles où s'élaborent les conventions collectives. Par ailleurs, on peut penser que les choix des électeurs sont parfois plus liés aux personnes qui se présentent qu'aux organisations syndicales ou patronales. De plus, de nombreux salariés découvrent le jour du scrutin qu'ils n'ont pas été inscrits sur les listes par

---

<sup>341</sup> Andolfatto D., « La représentativité syndicale en débat », *Regards sur l'actualité*, n° 267, janvier 2001.

<sup>342</sup> Loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

leur employeur<sup>343</sup>. Enfin, le système de vote, éloigné de l'entreprise, ne favorise pas la participation et le fort taux d'abstention conduit à un certain scepticisme à l'égard de la signification des résultats.

Un autre problème, relatif à la lecture des résultats, modifie le sens de cette élection. En effet, les résultats sont présentés, de manière générale, toutes sections confondues, alors que la logique professionnelle des élections prud'homales tend à donner tout son sens aux résultats par section. Une organisation comme la CGC, par exemple, a payé cher les conséquences de ce mode de lecture en 1979. Ayant concentré ses efforts sur la section encadrement, les modestes résultats obtenus dans le cadre d'une lecture ne tenant pas compte du découpage par section l'ont handicapée<sup>344</sup>.

Pour les « nouveaux venus », les élections prud'homales constituent un enjeu particulièrement important, même si cet enjeu apparaît moindre depuis la réforme de 2008. La place dans la représentation syndicale et professionnelle, par là même l'accès à l'Etat, mais aussi l'obtention de financements, d'aides à la formation syndicale dépendent des résultats obtenus aux élections prud'homales et professionnelles. Pour les syndicats les plus petits, la quête de candidats aux élections prud'homales se traduit également par le recrutement de nouveaux militants, comme l'a montré Benoît Verrier à propos de l'UNSA<sup>345</sup>. Non reconnue comme représentative, l'UNSA<sup>346</sup> a mis en œuvre en 2002 une stratégie électorale visant à sa reconnaissance<sup>347</sup>. L'objectif fixé par l'organisation était d'atteindre les 5% afin d'ouvrir les débats sur les critères de représentativité.

Au-delà de la concurrence entre OSP, l'élection prud'homale peut aussi se lire comme un test de légitimité du syndicalisme, même si cette lecture, qui avait tout son sens lors des élections de 1979, tend à perdre de sa pertinence. Quoiqu'il en soit, l'élection prud'homale constitue une vitrine de la bonne santé (ou non) des organisations syndicales ou professionnelles.



L'objectif de ce chapitre était de saisir la juridiction prud'homale en tant qu'institution d'Etat, à la légitimité complexe, inscrite de manière peu déterminée dans plusieurs univers institutionnels. Si l'influence du champ syndical reste très relative, la double tutelle de la chancellerie et du ministère du travail, problématique mais à laquelle les conseillers semblent tenir, les inscrits dans les champs judiciaire et professionnel. Ne pouvant s'identifier que partiellement aux acteurs du monde judiciaire, les conseillers semblent valoriser leur inscription dans le champ professionnel.

<sup>343</sup> Conseil supérieur de la Prud'homie, « Diagnostic de fonctionnement des conseils de prud'hommes », Paris, La documentation française, 1998.

<sup>344</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

<sup>345</sup> Verrier B., « Avoir ses conseillers aux prud'hommes. La stratégie électorale de l'UNSA », communication au 8<sup>ème</sup> congrès de l'AFSP, Lyon, 2005.

<sup>346</sup> Union des Syndicats Autonomes.

<sup>347</sup> Verrier B., « Avoir ses conseillers aux prud'hommes. La stratégie électorale de l'UNSA », op. cit.

On comprend ainsi pourquoi la position de l'institution prud'homale, inconfortable, peut être problématique pour ses agents ou acteurs : plusieurs modèles institutionnels sont disponibles. Il semble ainsi nécessaire, afin de saisir leurs logiques d'actions, de se pencher sur le positionnement identitaire des conseillers.

Si la juridiction prud'homale ne peut s'inscrire pleinement dans le champ judiciaire, son intégration dans le champ professionnel semble être centrale, permettant à l'institution de réguler un certain nombre de tensions. Nous l'avons évoqué, la mobilisation et la connaissance imparfaite du droit par les conseillers semblent balancées par une expertise professionnelle dont ne pourront jamais se prévaloir les magistrats de carrière. L'appartenance à l'univers professionnel semble de ce fait structurer l'identité des conseillers...

## Chapitre 3

### La figure singulière du conseiller prud'homme

---

Ni professionnels du droit, ni professionnels du syndicalisme, inscrits dans des champs professionnels variés, les conseillers prud'hommes n'ont pas le même rapport aux différents univers au sein desquels ils sont insérés. Leurs profils et parcours sociaux sont variés, tout comme le sens qu'ils donnent à leur engagement en prud'homie. Evoluant dans un milieu peu contraint, leur positionnement identitaire, autour de ces trois pôles, est délicat.

Il convient, avant d'aller plus loin, de préciser cette notion de positionnement identitaire et, par là même, de soulever la question de l'identité. La notion d'identité est intéressante car elle nous permet d'introduire « *la dimension subjective, vécue, psychique* »<sup>348</sup> au cœur de notre analyse et de raisonner en termes de représentations. A travers l'identité, il est en effet question de la représentation que les conseillers se font de leur fonction, de leur statut, ce qui a bien entendu des répercussions sur leurs pratiques. La question de l'identité des conseillers prud'hommes pose donc notamment la problématique de la vocation et du sentiment de justice.

Les référentiels communs, qui sont des régulateurs sociaux importants, forgent l'identité des conseillers. Or, l'éclatement des identités constitue, nous y reviendrons, une des conséquences de l'émergence de l'organisation au sein de l'institution. La question de l'identité est donc, à double titre, centrale.

L'identité est ce par quoi un individu se définit lui-même socialement. Mais le terme est polysémique<sup>349</sup>. Il peut se lire comme état, individuel ou collectif, mais également en tant que processus, se comprenant en termes de dynamiques et de stratégies identitaires.

L'identité, si on admet qu'elle soit celle d'un acteur, est forgée dans un système d'interaction. Elle s'établit par, avec et contre les autres. Elle peut être, selon les auteurs, héritée ou acquise, objective (statutaire) ou espérée, pour soi ou pour autrui... Pour Renaud Sainsaulieu, l'identité professionnelle se définit comme la « *façon dont les différents groupes au travail s'identifient aux pairs, aux chefs, aux autres groupes. [...] L'identité au travail est fondée sur des représentations collectives distinctes* »<sup>350</sup>. Elle est ancrée dans l'expérience relationnelle et sociale du pouvoir<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> Dubar C., *La socialisation. Construction des identités sociales et professionnelles*, Paris, Armand Colin, 1991.

<sup>349</sup> Rogers Brubaker montre toute l'ambiguïté de la notion d'identité, dont l'acception varie selon le contexte dans lequel elle est employée et selon la tradition théorique à laquelle se rattache son emploi. Elle peut ainsi être entendue comme un motif, un fondement ou un produit de l'action sociale ou politique, comme un phénomène spécifiquement collectif dénotant une similitude fondamentale entre les membres d'un groupe, comme une condition fondamentale de l'être social ou comme le produit évanescant de discours multiples et concurrents. Cf. Brubaker R., « Au-delà de l'identité », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°139, 2001.

<sup>350</sup> Sainsaulieu R., *L'identité au travail*, Paris, éditions Presses de Sciences PO, 2000.

Goffman distingue « *l'identité sociale virtuelle* » (qui correspond aux représentations projetées sur la base d'attributs manifestes, souvent mises en scène) à « *l'identité sociale réelle* » (qui correspond aux représentations d'attributs effectivement possédés)<sup>352</sup>. Les écarts perçus entre ces deux types d'identité sont porteur d'ambiguïtés. De ce fait, les acteurs « *conjuguent, isolent, mélangent, découpent les identités sociales virtuelles ou réelles au vu des circonstances, des intérêts et des buts poursuivis* »<sup>353</sup>. Les stratégies identitaires visent à réduire ces écarts.

## **1. Des profils et parcours sociaux variés**

Il ne s'agit pas, ici, de proposer une typologie sociale complète des conseillers prud'hommes, mais il semble cependant nécessaire de dégager les principales caractéristiques de ces juges du travail<sup>354</sup> afin, notamment, de mesurer leurs distances à l'univers syndical, judiciaire et professionnel. Il convient de distinguer le cas des conseillers salariés et employeurs. Cependant, les deux collèges présentent certaines caractéristiques communes.

### **1.1. Données générales**

#### **1.1.1. Des conseillers âgés**

L'âge moyen des conseillers est de 56,2 ans (53,3 ans pour le collège salarié, 59 ans pour le collège employeur). Ils sont relativement plus âgés que la population active qu'ils représentent : 12,66% des conseillers ont moins de 44 ans, alors que les moins de 44 ans représentent plus de la

---

<sup>351</sup> « *Il n'y a de valeurs sociales que parce que le sujet est acculé à la prise de conscience de ses moyens d'activité dans les relations de pouvoir où le plongent les appartenances sociales, pour faire reconnaître la part originale de son désir et constituer par là même son identité* ». Sainsaulieu R., *L'identité au travail*, op. cit.

<sup>352</sup> Goffman E., *Stigmate*, Editions de minuits, 1975, cit. in Padioleau J.-G., *Le réformisme pervers*, Paris, PUF, 2002

<sup>353</sup> Padioleau J.-G., *Le réformisme pervers*, op.cit.

<sup>354</sup> Nous utiliserons ici essentiellement les résultats de l'enquête menée par le Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie entre 2004 et 2007 dans le cadre de l'ACI (Action Concertée Incitative) jeunes chercheurs intitulées « Les conseils de prud'hommes, entre défense syndicale et action publique. Actualité d'une institution bicentenaire », à laquelle nous avons été intégrés. Dans le cadre de cette recherche, un questionnaire a été envoyé à un échantillon de 3100 conseillers prud'hommes (1550 pour chaque collège), répartis dans les 41 conseils de prud'hommes de 10 départements français (dont le Nord). 806 questionnaires ont été recueillis et traités par Diane Delacourt et Florence Gallemand. Il s'agira donc de prendre les chiffres exposés ici avec la précaution qui s'impose, ces derniers ne représentant que les résultats de l'enquête. Les résultats statistiques que nous citerons au sein de ce chapitre, sauf indication contraire, sont issus de cette enquête.

Les principaux résultats sont publiés, cf. Delacourt D., Gallemand F., « Les conseillers prud'hommes aujourd'hui : morphologie d'un groupe », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

moitié de la population active. Ce constat doit être relativisé si l'on considère l'âge des nouveaux recrutés et la durée des mandats. L'âge moyen d'accès à la fonction est 45 ans, 20% des conseillers salarié ayant accédé à ce mandat avant 35 ans.

60% des conseillers prud'hommes ont plus d'un mandat derrière eux. Nous ne disposons cependant pas de statistiques précises sur le « turn-over » des conseillers prud'hommes. Cette mesure serait pourtant intéressante si elle pouvait être réalisée année après année, afin de mesurer la proportion de conseillers démissionnant après leur élection<sup>355</sup>. Elle ne peut l'être : les listes nominatives de conseillers ne sont disponibles que pour chaque mandat, aucun recensement autre que local n'étant effectué dans l'intervalle. Le « turn-over » par mandat, et non pas par année, et mesurable, mais ne présente qu'un intérêt très limité, la volonté du conseiller et celle de son organisation ne pouvant être différenciées. En d'autres termes, il nous est impossible de distinguer les conseillers n'ayant pas souhaité se représenter des conseillers n'ayant pu le faire.

### **1.1.2. Un faible taux de féminisation**

Les femmes sont sous-représentées dans la population des conseillers prud'hommes, qui compte un peu plus de 24% de femmes<sup>356</sup>. La proportion d'hommes est sensiblement plus importante au sein du collège employeur (81% contre 71% pour le collège salarié). Le faible taux de féminisation des conseils peut paraître surprenant, étant donné que, nous l'avons vu, les femmes ont été précocement électrices et éligibles aux prud'hommes et que l'élection par collèges et par secteur d'activité aurait pu favoriser leur présentation sur les listes au sein des sections dans lesquelles elles sont majoritaires parmi les salariés (secteurs du commerce ou des services). Nous constatons tout de même que la répartition par genre est différente selon les sections : peu présentes au sein des sections industrie et encadrement (respectivement 18% et 23% des conseillers), les femmes le sont cependant plus au sein de la section activités diverses (34%, ce qui se rapproche de la répartition par genre de la population active) et, dans une moindre mesure, de la section commerce (26%)<sup>357</sup>.

### **1.1.3. Le niveau scolaire**

Les conseillers sont de manière générale plus diplômés que l'ensemble de la population. Plus de 67% des conseillers sont titulaires d'un diplôme égal ou supérieur au Bac (contre 45% de la population<sup>358</sup>). Le niveau scolaire varie selon le collège, plus de 56% des conseillers employeurs étant

---

<sup>355</sup> Les cas de déchéance des conseillers étant extrêmement rares.

<sup>356</sup> Enquête IRES, « La place des femmes dans les prud'hommes », 2002.

<sup>357</sup> Ibid.

<sup>358</sup> INSEE, Enquête RGP (Recensement général de la Population et de l'Habitat), 2004.

titulaire, au moins, d'un Bac+3 (contre 27% chez les salariés). Ceci implique un rapport particulier des conseillers au travail intellectuel, nous le verrons. Ces résultats doivent cependant être mis en parallèle avec la situation professionnelle des conseillers.

#### **1.1.4. La situation professionnelle**

Peu de conseillers sont à la recherche d'un emploi (moins de 2% pour le collègue employeur, moins de 4% pour le collègue salarié), la plupart occupant un emploi en CDI (64% pour le collègue employeur et 60% pour le collègue salarié). Ceci représente un contraste de taille par rapport à l'ensemble des salariés qu'ils représentent ou dont ils jugent les litiges (litiges pour une large part relatifs, rappelons le, à une rupture du contrat de travail). La proportion de retraités ou de pré-retraités est forte : 37% des employeurs et 24% des salariés. Ceci peut s'expliquer, nous le verrons, par la logique de substitution à l'activité professionnelle que représente l'activité prud'homale à l'âge de la retraite. Ce constat nous conduit à relativiser l'inscription dans le champ professionnel des conseillers.

Par ailleurs, les conseillers salariés sont majoritairement issus de grandes entreprises : 68% des conseillers du collègue salarié sont issus d'une entreprise de plus de 300 salariés<sup>359</sup>. Ce n'est le cas que pour 31% des conseillers du collègue employeur, ces derniers étant issus à plus de 38% d'une entreprise de moins de 20 salariés (18,64% d'une entreprise de moins de 5 salariés). Nous pouvons ainsi noter le contraste entre un patronat de TPE ou PME et un syndicalisme de « grande entreprise ». Ceci peut poser problème en raison, notamment, des modèles différents de relations sociales en vigueur au sein des petites et grandes entreprises.

Cependant, ce phénomène doit être relativisé. Plus la taille de l'entreprise ou de l'établissement est grande, plus les probabilités sont faibles que le conseiller employeur soit à la tête, ou à la direction, de son entreprise. Nous y reviendrons. Par ailleurs, la part de conseillers employeurs issus de TPE<sup>360</sup> a diminué de manière considérable. En 1985, 90% des conseillers du collègue employeur étaient issus d'une entreprise de moins de 10 salariés, contre 28% seulement en 2006. Cependant, le phénomène tend à s'accroître au niveau du collègue salarié (en 1985, 10% des conseillers du collègue salarié étaient issus d'une entreprise de moins de 10 salariés<sup>361</sup>, contre 2,3% en 2006).

#### **1.1.5. La répartition des forces syndicales**

---

<sup>359</sup> Ceci s'expliquant principalement, nous l'avons vu, par la variation de la présence syndicale selon la taille de l'entreprise.

<sup>360</sup> TPE : Très petite(s) entreprise(s) (de 0 à 9 salariés).

<sup>361</sup> Bonafé-Schmitt J.P., Dufour C., « Pour une sociologie du juge prud'homal », Annales de Vaucresson, n°23, 1985.

Les résultats détaillés des élections prud'homales du 3 décembre 2008 sont consultables en annexe 10A (toutes sections confondues) et 10B (section par section). Marquée par une abstention record, ces élections ont vu, pour le collège employeur, les listes de l'AEES progresser de manière importante (passant de 11% en 2002 à 19% en 2008), faisant baisser significativement la part des listes communes présentées par le MEDEF, la CGPME, la FNSEA, l'UNAPL et l'UPA (80% en 2002, 72% en 2008). Concernant le collège salarié, nous pouvons noter la relative stabilité de la CGT (32.1% en 2002, 34% en 2008, dont 42% dans la section industrie), de la CFTC (8,7% en 2008, 9,6% en 2002) et de la CFE CGC (7,1% en 2002, 8,2% en 2008 dont 28% dans la section encadrement), la montée des listes UNSA et Solidaires (respectivement 6,3% et 3,8% en 2008 contre 5% et 1,5% en 2002), ainsi que la baisse de la part de conseillers CFDT (21.8% en 2008 contre 25,2% en 2002) et FO (15,8% en 2008 contre 18,3% en 2002).

Cependant, ces résultats présentés en pourcentage des voix exprimées doivent être relativisés par le mode de scrutin proportionnel à la plus forte moyenne, qui favorise les plus grandes organisations. Ainsi, si les listes de l'AEES ont recueilli près de 19% des suffrages exprimés, les conseillers de l'économie sociale n'obtiennent que 462 sièges (dont 443 au sein de la section activités diverses) sur les 7219 à pourvoir au sein de la section employeur.

Malgré cela, même avec un nombre de sièges limité par le mode de scrutin, la montée de la proportion de conseillers issus de l'AEES et de l'UNSA et Solidaires n'est pas sans conséquences sur le fonctionnement des conseils, nous le verrons.

## **1.2. Une proximité variable aux organisations syndicales et patronales**

La proximité des conseillers aux OSP semble plus évidente au sein du collège salarié : seuls 1,27% des conseillers du collège salarié déclarent n'appartenir à aucune organisation syndicale. De plus, les conseillers du collège salarié sont, dans la majorité des cas, bien plus que de simples adhérents, contrairement aux conseillers du collège employeur.

Par ailleurs, seuls 8% des conseillers du collège salarié n'exercent aucune responsabilité syndicale au sein de leur entreprise (mandat de délégué syndical, de délégué du personnel, élu au CHSCT, membre du comité d'entreprise...), ce qui montre que les conseillers salariés sont notamment choisis par les organisations syndicales selon l'importance de leur engagement au sein de l'entreprise. On peut déduire de ces chiffres que les conseillers salariés sont des candidats déjà connus au sein de leur établissement, ce qui tend à montrer que le vote des salariés aux élections prud'homales n'est pas seulement fonction des organisations syndicales.

Le taux de politisation est relativement important pour le collège salarié : 17% des conseillers salariés (11% des conseillers employeurs) déclarent appartenir à une organisation politique. Près de

65% des conseillers salariés appartiennent à une association. Plus de 57% d'entre eux exercent au moins une activité juridique (défense syndicale, permanences juridiques, formation...), contre 7% pour les employeurs. D'une manière classique, on retrouve pour le collègue salarié des militants engagés simultanément dans de nombreuses organisations.

En ce qui concerne le collègue employeur, 33% des conseillers déclarent n'appartenir à aucune organisation professionnelle. Mais ce chiffre signifie peu. En effet, pour une large partie, les 67% restants sont, au mieux, adhérents. Nous avons été surpris, au cours de nos entretiens, par la part importante de conseillers du collègue employeur déclarant n'avoir aucun contact avec l'organisation professionnelle à laquelle ils déclarent appartenir. L'adhésion à l'organisation patronale ne constitue ainsi qu'une formalité nécessaire à l'élection :

*« C'est simple, il faut être sur une liste, alors j'ai juste contacté la maison des professions, enfin le Medef je veux dire. Ca s'est fait très simplement, j'avais un profil qui les intéressait, et puis voilà. Depuis, c'est pas bien, mais j'avoue que je classe verticalement tous les courriers qu'ils envoient. C'est un peu con parce que des fois, il y a des informations jurisprudentielles, etc., mais je ne pense pas en avoir besoin, j'ai tout ce qu'il faut ici »<sup>362</sup>.*

*« J'ai l'étiquette Medef, mais c'est juste une étiquette. J'ai aucun mandat, rien. Du coup, je suis pas du tout dans la même logique que mes collègues salariés. Le Medef, c'est bien beau, mais ça ne m'empêche pas de dormir la nuit »<sup>363</sup>.*

Ainsi, les conseillers du collègue salarié et employeur ne partagent pas les mêmes liens avec les organisations auxquelles ils appartiennent. La distance des conseillers employeurs aux organisations patronales s'explique notamment par leur profil : ceux-ci ne sont que rarement de véritables employeurs.

### **1.3. Des frontières parfois minces entre collèges**

Le patronat rencontre des difficultés à constituer des listes. De ce fait, on rencontre des profils variés au sein du collègue employeur, mais peu de véritables « patrons ». Pour reprendre la typologie dressée par Emmanuel Lazega dans le cadre de son travail sur les juges des tribunaux de commerce<sup>364</sup>, nous pouvons distinguer les cadres supérieurs, qui représentent la plus grande part des conseillers employeurs, des « juristes » d'entreprise ou responsable des Ressources Humaines, et, pour une part beaucoup moins importante, des chefs de PME. Peu de conseillers déclarent avoir une

---

<sup>362</sup> Entretien C5, CE/Industrie

<sup>363</sup> Entretien B20, CE/Encadrement

<sup>364</sup> Dont Lazega E., Mounier L., « Interlocking judges : on joint exogenous and self-governance of markets », in *Research in the sociology of Organizations*, vol 20, 2003 ou Falconi A\_M., Guenfoud K., Lazega E., Lemerrier C., Mounier L., « Le contrôle social du monde des affaires : une étude institutionnelle », *L'Année sociologique*, vol. 55, 2005.

participation au capital de leur entreprise. On peut donc dire que le collège employeur est constitué par une majorité de cadres supérieurs, cadres qui auraient tout aussi bien été en mesure d'intégrer le collège salarié de la section encadrement.

*« J'ai prêté serment en mars 2003 au Tribunal de Grande Instance de Nanterre, en qualité de conseiller prud'homme employeur appartenant à la section activités diverses. J'aurais pu également être élu en qualité de conseiller salarié de la section encadrement, mais le hasard et la nécessité en ont décidé autrement »<sup>365</sup>.*

Le cas de la section encadrement est, à ce sujet, problématique. En 1979, certains ont vu la création de cette section (qui était une revendication de la CGC) comme une « atteinte au paritarisme ». Il est vrai que, la grande majorité des cadres étant exclus des systèmes dirigeants, la proximité des cadres employeurs et des cadres salariés de la section encadrement met en lumière une section très homogène.

*« Donc, au moins dans la section encadrement, il n'y a pas de grandes différences entre les deux collèges [...] C'est sûr que dans les sections activités diverses ou industrie, c'est plus difficile [...], mais en encadrement il n'y a pas de problèmes. Puis, évidemment, le niveau de culture des gens qui siègent est tout de même plus élevé, par rapport aux autres sections, là, c'est sûr que... »<sup>366</sup>*

Ce débat renvoie bien entendu à la question de la définition des cadres<sup>367</sup>. Une double définition a été adoptée lors des débats parlementaires sur la réforme Boulin en 1979 : une définition en termes de stratification sociale, une autre en termes de place dans l'organisation du travail<sup>368</sup>. Mais la Cour de cassation, consultée à la suite de nombreux litiges, rejettera une conception extensive de l'encadrement en reprenant la définition traditionnelle des conventions collectives<sup>369</sup>. On retrouve ce même débat concernant la désignation de la section dans laquelle peuvent voter les salariés et employeurs lors des élections prud'homales<sup>370</sup>.

---

<sup>365</sup> Propos de Guy Champagne in Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, Thèse pour le doctorat de sciences de gestion, Aix Marseille III, 2005.

<sup>366</sup> Entretien A1, CS/Encadrement.

<sup>367</sup>. Sur la création de la catégorie « cadre », devenue durant les années 70 un « groupe accompli », institutionnalisé « dans une personne collective juridiquement définie », cf Boltanski L., *Les cadres, l'invention d'un groupe social*, Paris, éditions de minuit, 1982. Sur les définitions statutaires et les conceptions élargies, Cf Marin B., « Qu'est-ce que le patronat ? Enjeux théoriques et résultats empiriques », *Sociologie du travail*, n°88, 1988.

<sup>368</sup> Cf Michel H., Willemez L., « Les prud'hommes et la représentation du monde du travail : Etat et partenaires sociaux dans la réforme d'une juridiction du travail », in Duclos L., Groux G, Mériaux O. (dir), *La dynamique des relations professionnelles*, Paris, LGDJ, 2007.

<sup>369</sup> La seule assimilation aux cadres par un coefficient hiérarchique ou l'inscription dans le collège cadres pour les élections professionnelles ne suffisent pas pour justifier l'inscription dans la section encadrement. Cass. Soc. 9/12/82 ou Cass. 2° Civ. 4/12/97.

<sup>370</sup> L'article L1441-6 du code du travail énumère de manière peu précise les catégories de salariés relevant nécessairement de la section encadrement, quelle que soit l'activité de l'entreprise ou de l'établissement dont ils dépendent.

Par ailleurs, les conseillers de la section encadrement proviennent de secteurs d'activité variés. De ce fait, le cas de la section encadrement est particulier en ce qui concerne la mobilisation des compétences professionnelles. Les conseillers de cette section, à l'instar de ceux de la section activités diverses, ne peuvent en effet se prévaloir de l'expertise des conseillers des sections agriculture, commerce et industrie.

Il y a donc deux faits à distinguer : 1) les conseillers du collège employeur ne sont pas de véritables employeurs, ce qui réduit parfois les frontières entre les collèges à l'échelle du conseil 2) la difficulté à définir la notion de cadre tend à réduire les frontières entre les collèges à l'échelle de la section encadrement. Ceci soulève deux questions distinctes : A) Quelles différences peut-on relever entre les conseillers salariés et employeurs de la section encadrement ? B) Quelles différences peut-on relever entre les conseillers du collège employeur (toutes sections confondues) et les conseillers du collège salarié de la section encadrement ? Nous ne sommes pas en mesure de différencier précisément le profil de ces cadres supérieurs appartenant au collège salarié de la section encadrement et celui des cadres supérieurs du collège employeur (encadrement et toutes sections confondues). Cependant, il semble qu'il y ait très peu de hasard dans ses affectations, les conseillers du collège employeur étant « recrutés » par une organisation patronale, les conseillers salariés de la section encadrement par une organisation syndicale. Or, les logiques de recrutement sont différentes, nous le verrons plus bas. Le profil des conseillers rencontrés lors des entretiens nous amène à émettre l'hypothèse (sans que cette dernière ait pu être vérifiée pleinement de manière empirique) selon laquelle les cadres supérieurs du collège employeur sont plus souvent issus de la DRH d'une grande entreprise que les conseillers du collège salarié de la section encadrement, plus souvent juristes ou responsables RH au sein d'une entreprise plus modeste. Dit autrement, la proximité à l'institution prud'homale avant tout mandat semble être un critère déterminant dans le choix des candidats par l'organisation patronale, cette dernière privilégiant les cadres supérieurs ayant déjà été amenés à défendre leur employeur dans le cadre de litiges prud'homaux. Elle trouvera plus facilement ce type de profil au sein des directions RH des grandes entreprises. Ce conseiller employeur semble appuyer notre hypothèse :

*« Ils [le Medef] cherchaient des candidats et ils avaient comme impératif de chercher, de trouver plus exactement pour les mandats patronaux, des gens qui [...] avaient délégation de pouvoir pour pouvoir être considérés comme employeurs. Ça, ça fait quand même partie du... parce que moi je suis pas chef d'entreprise, je suis salarié, comme [...] ceux que vous avez rencontrés. Donc voilà, ils m'ont sollicité, moi ça m'a intéressé, ça m'a amusé et voilà. Voilà comment je suis arrivé à la prud'homie. Il y a pas de vocation particulière de ma part. Alors ce que j'avais comme expérience quand même, c'est que j'ai fait beaucoup de tourisme... j'appelle ça du tourisme prud'homal moi, c'est-à-dire que je connais beaucoup de prud'hommes de France. J'ai fait neuf ans chez C., ça fait six ans que je suis chez N., donc des contentieux prud'homaux on en a euh, pas deux cents par an mais on en a »<sup>371</sup>.*

---

<sup>371</sup> Entretien E10, CE/Commerce.

Il semble nécessaire, de ce fait, de cerner plus précisément les normes qui encadrent le « recrutement »<sup>372</sup> des conseillers<sup>373</sup>.

#### 1.4. Les critères de sélection des conseillers par les syndicats

Il convient de distinguer les critères des organisations syndicales et patronales. Comme l'a montré Jean-Pierre Bonnafé Schmitt, le critère fondamental pour le recrutement des conseillers salariés est « *celui du militantisme, et non la spécialisation* »<sup>374</sup>. Ainsi, la question des compétences juridiques est annexe, le problème pouvant être résolu par la formation dispensée aux conseillers au cours de leur mandat. L'examen de « l'ancienneté syndicale » des conseillers salariés avant leur premier mandat le montre de manière évidente. Plus de 60% des conseillers ont en effet au moins 10 ans d'ancienneté lors de leur première élection. Cette valorisation de l'engagement militant se retrouve chez la majorité des organisations syndicales, même si ce critère semble être mis en avant de manière plus explicite par la CGT, l'activité prud'homale étant vue comme « *une sorte de prolongement de l'action syndicale revendicative à l'entreprise* »<sup>375</sup>. Ceci renforce l'idée selon laquelle les OSP stigmatisent les conseillers témoignant d'une trop grande « professionnalisation » juridique en oubliant la dimension syndicale de leur engagement.

Le critère de la disponibilité a été avancé par un grand nombre de conseillers rencontrés, mais essentiellement par des conseillers à la recherche d'un emploi, retraités ou pré-retraités. Par ailleurs, il est difficile de savoir dans quelle mesure la disponibilité constitue un critère de recrutement pour l'organisation ou un critère de décision vers la candidature pour l'aspirant conseiller.

De plus, nous l'avons vu, la taille de l'entreprise et « l'expérience prud'homale » du candidat semblent constituer pour les organisations patronales un critère important. Ainsi, on constate que plus de 35% des conseillers employeurs ont entendu parler pour la première fois des prud'hommes à l'occasion d'un litige personnel ou par leur activité professionnelle, (contre 13,6% des conseillers salariés). On retrouve ce critère dans le discours de nombreux conseillers salariés de la CGC :

---

<sup>372</sup> Nous parlerons de « recrutement » comme « recrutement des candidats à l'élection ».

<sup>373</sup> Sont éligibles toutes les personnes inscrites ou remplissant les conditions pour être inscrites sur les listes électorales (art. L1441-16 et suivants du code du travail). Nous pouvons noter quelques exceptions à ce principe : les personnes de nationalité étrangère sont électeurs mais non éligibles, les retraités ne sont pas électeurs mais éligibles à condition d'avoir cessé toute activité professionnelle depuis moins de 10 ans.

<sup>374</sup> Bonafé-Schmitt J.P., Dufour C., « Pour une sociologie du juge prud'homal », *Annales de Vaucresson*, n°23, 1985.

<sup>375</sup> *Personnel*, n°434, 2002.

*« En fait, il y a beaucoup de gens qui veulent devenir conseillers prudhommaux. La confédération fixe des critères en fonction, comment dirais-je, en donnant la priorité aux gens dans l'entreprise. J'appartenais à une grosse entreprise, c'était donc un gros facteur de sélection »<sup>376</sup>.*

Les organisations disposent essentiellement, rappelons-le, de deux moyens pour rétribuer les conseillers qu'elles estiment être les plus « méritants » : la nouvelle présentation sur les listes, pour un mandat supplémentaire, et, par la suite, la proposition ou le soutien d'une candidature à la présidence ou vice-présidence de conseil/section (ce qui se traduit par la communication de consignes de vote aux autres conseillers). On constate ainsi que les présidents et vice-présidents sont très souvent des conseillers ayant exercé plusieurs mandats, c'est-à-dire ayant été « confirmés » par l'organisation à laquelle ils appartiennent à chaque élection. Ceci peut bien entendu également se lire en termes « d'expérience » du conseiller, mais l'accès à la présidence ou vice-présidence a été présenté par de nombreux conseillers comme une rétribution :

*« Ben on s'est réuni, quoi, si après, on voit en fonction de l'ancienneté... vu que c'est moi le plus ancien... c'est moi le plus ancien, c'est moi le meilleur (rires) »<sup>377</sup>.*

Au-delà de la distinction entre organisations patronales et syndicales, les modes de recrutement différent également en fonction du type d'organisation. Les organisations les plus institutionnalisées, qui ont les moyens de « travailler » les bonnes formes de l'engagement, peuvent se contenter d'un ajustement variable des individus recrutés par rapport à l'organisation, favorisant ensuite la promotion des militants dont les dispositions sociales sont les plus ajustées. D'autres organisations, au contraire, privilégieront le recrutement par affinité<sup>378</sup>.

Ainsi, les valeurs de référence des conseillers salariés, à leur entrée aux prud'hommes, semblent marquées par une expérience éprouvée du militantisme syndical. Sans parler de valeurs contradictoires, on peut cependant penser, à ce stade de notre travail, que les conseillers seront amenés à adapter ces valeurs dans le cadre de leur activité prud'homale. Mais la compréhension des modalités de leur engagement est à ce titre tout aussi importante que le mode de sélection des candidats par les OSP.

## **2. Un engagement bénévole**

---

<sup>376</sup> Entretien A5, CS/Encadrement.

<sup>377</sup> Entretien A4, CS/Industrie.

<sup>378</sup> Sawicki F., Siméant J., « La sociologie de l'engagement militant : un champ de recherches à décloisonner », communication au colloque « Comment penser les continuités et discontinuités du militantisme ? Trajectoires, pratiques et organisations militantes », Ifresi-Ceraps-Clersé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Lille, du 8 au 10 juin 2006.

L'engagement prud'homal, bénévole, peut se comprendre de différentes manières. La question des modes de lecture de l'engagement collectif dispose d'une production théorique abondante.

## 2.1. Comprendre l'engagement

Pour expliquer l'engagement militant ou la mobilisation collective, deux modes d'analyse sont généralement mobilisés : l'explication par les origines (l'histoire personnelle du militant) et l'explication par les débouchés (les bénéfices individualisés que le militant retire de son engagement)<sup>379</sup>. Le premier mode d'analyse, réducteur, reposera ainsi sur la socialisation, sur les parcours de vie des militants, sur leurs « dispositions militantes », tandis que le second s'appuiera sur les rétributions, acquises ou espérées<sup>380</sup>.

Ces rétributions peuvent être matérielles (professionnelles, notamment) ou symboliques. Mais l'analyse en termes de rétributions montre très vite ses limites. La théorie des « incitations sélectives » d'Olson<sup>381</sup>, qui a constitué un point de rupture par rapport aux explications du militantisme basées sur le contenu idéologique de la cause endossée, montre que l'existence d'un intérêt commun et la conscience de cet intérêt constituent des conditions non suffisantes à l'apparition de l'action collective. D'autres conditions doivent en effet être réalisées, l'action collective ayant plus de chances de se produire lorsque le groupe est restreint, fragmenté ou lié par une relation de loyauté, lorsque l'organisation de ce groupe est « exogène », lorsqu'il existe des mécanismes d'incitation indirecte, lorsque les coûts de la participation individuelle à l'action collective sont nuls ou négatifs<sup>382</sup> ou lorsqu'il y a asymétrie entre les intérêts et les ressources des participants<sup>383</sup>.

Mais Bourdieu, s'insurgeant contre la « naïveté » des théories utilitaristes, rappelle que le militantisme « *peut être à lui même sa propre fin et sa propre récompense* »<sup>384</sup>. Il rejoint en ce sens Hirschman, pour qui les sujets d'Olson « *sont dépourvus de toute histoire* ». Hirschman rappelle alors le « plaisir » du militantisme : « *l'action orientée vers le public [...] s'apparente ainsi à tout un groupe d'activités humaines qui comporte une recherche de solidarité, de beauté, de connaissance, de salut* »<sup>385</sup>. La frontière entre coûts et bénéfices devient de ce fait de moins en moins nette,

---

<sup>379</sup> Lire à ce sujet Duriez B., *Le militantisme extra-professionnel. Facteurs et évolutions*, CLERSE, Université Lille 1, 1994.

<sup>380</sup> Olson M., *Logique de l'action collective*, Paris, PUF, 1978.

<sup>381</sup> Pour Olson, si les groupes procurent des avantages collectifs à leurs membres, la participation à ces groupes représente des coûts, les membres n'ayant de ce fait que peu d'intérêt à participer à l'action collective. Ils cherchent de ce fait à se décharger de ces coûts sur d'autres. Olson M., *Logique de l'action collective*, Paris, PUF, 1978.

<sup>382</sup> Il est vrai que la question des coûts négatifs ou supposés négatifs a peu été traitée. En quoi le fait de n'avoir rien à perdre peut-il pousser quelqu'un à s'engager ?

<sup>383</sup> Boudon R., Bourricaud F., *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, Puf, 2004.

<sup>384</sup> Bourdieu P., *Homo academicus*, Paris, éditions de minuit, 1984.

<sup>385</sup> Hirschman A.O., *Bonheur privé, action publique*, Paris, Fayard, 1995.

notamment pour toutes les actions entreprises dans l'intérêt public. C'est en ce sens que l'on ne peut véritablement opposer les approches d'Olson et de Hirschman (certains auteurs considérant le « plaisir » du militantisme comme récompense immatérielle de l'engagement)<sup>386</sup>.

Le concept de rétribution peut ainsi être mobilisé dès lors que l'on accepte que les coûts peuvent être confondus avec les bénéfices et que : 1) les rétributions comportent à la fois une dimension objective et subjective (les rétributions effectivement retirées du militantisme ne sont pas forcément perçues par les acteurs) 2) elles peuvent être à la fois espérées avant l'engagement et poursuivies ensuite, mais aussi découvertes dans le cours de l'action 3) les rétributions varient selon l'évolution des contextes et des expériences individuelles<sup>387</sup>.

S'il n'est pas toujours aisé de savoir comment l'intentionnalité de l'acteur prend sa place dans le cadre de l'engagement, nous pouvons tout du moins considérer que l'envie<sup>388</sup> nourrit l'acte d'engagement. Elle s'articule autour d'un rapport à l'avenir portant « *un espoir, celui de la réalisation d'un plaisir futur, d'un bonheur à construire, d'une carrière à réaliser, etc* »<sup>389</sup>. Comment penser les incitations proposées par l'institution prud'homale ? S'agit-il d'incitation en valeur ? d'incitations objectives ?

## 2.2. Les rétributions matérielles

Les rétributions les plus évidentes de l'engagement prud'homal sont sans doute les rétributions matérielles. Il convient, d'abord, de mentionner les vacances<sup>390</sup> dont disposent les conseillers employeurs, ou les conseillers du collège salarié à la recherche d'un emploi ou retraités, ou bien étant amenés à siéger ou délibérer en dehors de leur temps de travail. Mais ces indemnités, relativement basses, ne semblent constituer qu'un facteur marginal, qui ne peut expliquer l'engagement. Ce dernier se comprend essentiellement, en ce qui concerne les incitations matérielles, en termes de carrière professionnelle ou syndicale.

### 2.2.1. Engagement prud'homal et carrière professionnelle

---

<sup>386</sup> Fillieule O., « Devenir militants », *Sciences Humaines*, N°144, décembre 2003.

<sup>387</sup> Fillieule O., « Devenir militants », op. cit.

<sup>388</sup> L'envie, au sens où l'entend Claude Giraud, s'articule sur des modèles de réussite sociale. Elle est une capacité à éprouver des sentiments, portée par une identification et une conformité interrogeant l'identité sociale. Giraud C., *Logiques sociales de l'indifférence et de l'envie*, Paris, L'Harmattan, collection Logiques Sociales, 2003.

<sup>389</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, Paris, L'Harmattan, collection Logiques Sociales, 2008.

<sup>390</sup> Il existe deux régimes d'indemnisation selon la période d'exercice de la fonction. Pendant les heures de travail, l'employeur des conseillers salariés est tenu de maintenir leur rémunération, l'Etat remboursant l'employeur ultérieurement. Les conseillers employeurs disposent de vacances au taux horaire majoré. En dehors des heures de travail (ou après 18h00 pour les employeurs), les conseillers disposent de vacation de la part de l'Etat (non majorée pour les conseillers employeurs).

L'engagement prud'homal permet aux conseillers de se soustraire à leur activité professionnelle (lorsqu'ils sont présents au conseil) et en même temps de la mettre en valeur. De ce fait, l'engagement prud'homal se comprend également dans les incitations ou désincitations liées à l'activité professionnelle. Il peut constituer un lieu permettant d'échapper pour un temps aux contraintes professionnelles, un lieu de valorisation de compétences insuffisamment reconnues par leur entreprise ou un lieu de « rattrapage » ou de reconversion<sup>391</sup>.

L'exercice de l'activité prud'homale constitue pour de nombreux conseillers du collègue employeur une sorte de « formation continue ». Elle renforce l'expertise juridique et contentieuse, développe le sens du dialogue et de la négociation avec les partenaires sociaux et permet une gestion préventive des conflits individuels. Ces compétences sont recherchées par les entreprises, qui valorisent de ce fait l'engagement prud'homal. Ceci constitue, du moins lorsque les conseillers sont cadres, une incitation à candidater :

*« Comment elle [la DRH du conseiller] a réagi ? Bien, bien , bien. C'est vrai que pour une entreprise, il y a un intérêt à ce que un de ses cadres soit au conseil des prud'hommes, surtout quand c'est en harmonie avec son job, c'est que lorsque l'on traite du droit, il faut aussi savoir ce qui se passe dans la mécanique judiciaire. [...] En droit du travail, quelqu'un peut commettre un agissement fautif dans son entreprise, être sanctionné par son propre employeur, et pourtant aux prud'hommes ou ailleurs l'employeur peut perdre, parce que il y a des exigences sur la preuve, il y a des exigences sur la procédure qui ne sont pas méconnaître. Et voilà. Donc pour mieux décider dans l'entreprise, pour mieux prendre des décisions dans l'entreprise, eh bien ça peut être un avantage pour l'entreprise d'avoir un de ses cadres qui connaît l'envers du décor. Et en tout respect, au contraire je trouve même que ça permet à l'entreprise d'être encore plus legaliste. D'avoir une interprétation plus complète de la loi. On le sait bien, il y a la loi, après il y a la jurisprudence, ben oui mais il y a aussi la pratique. Donc quand on allie la connaissance de la loi, celle de la jurisprudence et celle de la pratique, normalement on est une entreprise qui respecte au mieux les lettres et l'esprit de la loi. C'est quand même le minimum pour une entreprise »<sup>392</sup>.*

La continuité entre pratiques professionnelles et engagement prud'homal semble plus évidente dans le cas des conseillers employeurs que salariés. Bien souvent, l'engagement en prud'homie ne constitue pour les conseillers salariés un « ascenseur social », au niveau professionnel, que lorsqu'il se termine. En effet, les absences fréquentes des conseillers peuvent porter préjudice à leur carrière professionnelle, l'entreprise ne les considérant pas comme assez disponibles pour assurer des responsabilités :

*« On a y compris dans certains juges prud'homaux des gens qui perdent leur emploi, j'ai eu une collègue qui travaillait et bien tout simplement à ... enfin, les tapis du groupe M., là, et ben comme elle a perdu son emploi, pour retrouver un emploi quand on est conseiller prud'homme, c'est plus difficile. On doit dire « bah écoutez, faudra de temps en*

---

<sup>391</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

<sup>392</sup> Entretien A5, CE/Commerce.

*temps que je m'absente etc », donc elle a préféré démissionner de son mandat, pour retrouver. Ils ont été deux, hein, dans la section industrie, à démissionner pour ces raisons là. C'est pas évident »<sup>393</sup>.*

Par ailleurs, l'entrée en prud'homie peut effrayer certains employeurs, comme le montre cette conseillère, évoquant la réaction de sa direction :

*« Je pense que ça fait peur et d'une, et comme ils savent mon vécu par rapport au problème, donc ils savent très bien que je leur ferai pas de cadeau sur euh... moi je veux dire, je fonctionne avec le droit donc à aujourd'hui, je peux pas leur faire de cadeau sur quoi que ce soit par rapport au droit du travail quoi. Mais la réaction elle a été euh... mais j'ai senti de toute façon hein plus de frayeur et, je sais pas, y'a quand même eu un fossé entre eux et moi pendant un petit moment quand même. [...] Ben on sent de toute façon hein, parce que l'info elle est donnée dans toute l'entreprise comme quoi y'a un conseiller prud'homal au sein de l'entreprise quoi. Mais bon je veux dire mon comportement il a pas changé parce que je suis devenue conseillère prud'homale »<sup>394</sup>.*

### **2.2.2. Engagement prud'homal et carrière syndicale**

De nombreux auteurs contemporains insistent sur la professionnalisation de la gestion du militantisme<sup>395</sup>. Par professionnalisation, nous entendons<sup>395</sup>, pour reprendre les deux sens donnés à cette notion par Hoyle<sup>396</sup>, le processus d'amélioration et de rationalisation des savoirs (pour une plus grande efficacité) ainsi que la stratégie et la rhétorique déployées par le groupe professionnel pour revendiquer une élévation dans l'échelle des activités. L'importation des techniques de ressources humaines vers les militants est un signe de cette professionnalisation du militantisme.

Les savoirs juridiques détenus par les militants et les conseillers sont susceptibles de devenir l'enjeu d'une professionnalisation. Les catégories et le langage du droit créent une distance entre les experts et les « profanes ». De ce fait, la spécialisation des militants syndicaux atteint en premier lieu et de manière plus durable les juristes<sup>397</sup>.

Cependant, la place du conseiller prud'homme dans la hiérarchie syndicale est ambiguë. L'entrée en prud'homie ne constitue pas forcément une « promotion », le profil valorisé pour le recrutement des conseillers ne correspondant pas forcément au profil valorisé dans le cadre d'une carrière syndicale. Par ailleurs, les positions de pouvoir semblent s'acquérir d'avantage par d'autre

---

<sup>393</sup> Entretien A1, CS/Encadrement.

<sup>394</sup> Entretien A8, CS/Commerce.

<sup>395</sup> Andolfatto D., Labbé D., « La transformation des syndicats français. Vers un nouveau « modèle social » ? », *Revue française de science politique*, n°56, 2006.

<sup>396</sup> Cité in Dubar C., Tripiet P., *Sociologie des professions*, Paris, Arman Colin, 1998.

<sup>397</sup> Willemez L., « Savoirs et apprentissages militants. Entre promotion sociale et compétences techniques », communication au colloque « Comment penser les continuités et discontinuités du militantisme ? Trajectoires, pratiques et organisations militantes », Ifresi-Ceraps-Clersé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Lille, du 8 au 10 juin 2006.

biais, celui des fédérations notamment, que par le passage en prud'homie. Le mandat prud'homal, selon Benoît Verrier, revient notamment « à des syndicalistes dans la dernière partie de leur carrière professionnelle, ce qui signifie également la fin proche de leur carrière syndicale ou, au moins, une bifurcation »<sup>398</sup>.

### 2.3. Les rétributions immatérielles

Les conseillers salariés ont souvent conscience du caractère intellectuel de leur activité, renforcé par la formation, et de la promotion culturelle qu'elle leur procure. Nous avons également pu faire ce constat auprès de certains conseillers employeurs, notamment chez les « petits » chef d'entreprise<sup>399</sup>. L'acquisition ou le maintien d'un statut social semble ainsi central pour comprendre l'investissement bénévole des conseillers. Si les conseillers ne mettent pas souvent en avant cette dimension, on constate qu'ils évoquent avec plaisir différentes anecdotes dans lesquelles ils sont mis en scène et valorisés. Par ailleurs, quelques cas de notabilisation ont été rencontrés. L'arrivée à la présidence d'un conseil, par exemple, représente pour les conseillers issus des classes populaires une occasion d'accéder à de nouveaux milieux sociaux. On retrouve ici un mécanisme classique du mouvement ouvrier, pour qui le militantisme a toujours été une forme possible d'ascension sociale<sup>400</sup>.

Au-delà du développement d'un réseau ou d'une notoriété certaine, l'ascension sociale des conseillers ou la promotion culturelle se lit également à travers la figure du juge, dont nous avons déjà évoqué la portée symbolique. Ainsi, la cérémonie au cours de laquelle les conseillers sont « investis », qui a lieu au sein des TGI, est vécue par de nombreux conseillers comme un moment très impressionnant. Le serment<sup>401</sup> prêté devant « toutes ses robes noires » ayant ému certains conseillers « jusqu'aux larmes »<sup>402</sup>. Nous reviendrons sur le pouvoir que confère le statut de juge aux conseillers, mais nous pouvons évoquer le plaisir qui y est associé. Le plaisir « d'avoir le dernier mot »<sup>403</sup>, de « punir les crapules »<sup>404</sup> ou de « clouer le bec des avocats »<sup>405</sup>. Certains conseillers sont « impressionnés » en voyant « tout ces gens se lever » lorsqu'ils arrivent en bureau de jugement<sup>406</sup>.

---

<sup>398</sup> Verrier B., « Les conseillers prud'hommes : des syndicalistes éprouvés », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>399</sup> Le cas des conseillers employeurs est particulier à ce sujet, les profils de ces derniers étant, nous l'avons vu, moins homogènes.

<sup>400</sup> Cf. Willemez L., « Savoirs et apprentissages militants. Entre promotion sociale et compétences techniques », cit.

<sup>401</sup> « Je jure de remplir mes devoirs avec zèle et intégrité et de garder le secret des délibérations... »

<sup>402</sup> Entretien C6, CS/Commerce.

<sup>403</sup> Entretien C5, SE/Industrie.

<sup>404</sup> Entretien D1, CS/Commerce.

<sup>405</sup> Entretien B4, CS/Encadrement.

<sup>406</sup> Entretien A2, CS/Encadrement.

Puisque l'on évoque le plaisir « immédiat »<sup>407</sup> retiré à l'exercice du mandat, il convient de mentionner le plaisir intellectuel que procure, pour certains conseillers, le travail sur les dossiers :

*« C'est comme faire un puzzle. Franchement, j'aime ça, j'aime triturer dans tous les sens le dossier, construire mon argumentation. Ma femme me charrie parfois, parce que je parle tout seul, sur mon canapé, mais moi je suis complètement dedans. C'est frustrant, j'aimerais bien lui en parler, mais elle n'est pas du tout familière avec le droit (rires). Et puis il y a quelque chose d'excitant, je trouve. Il y a un enjeu derrière, c'est stimulant, bien plus que les échecs »*<sup>408</sup>.

D'autres conseillers insistent sur le plaisir retiré lors de l'audience, souvent très théâtrale, nous l'avons vu, comme ce conseiller pour qui certaines plaidoiries s'apparentent à « une bonne pièce de théâtre »<sup>409</sup>. Pour Guy Patrice Quétant, « la juridiction est une espèce de reality show passionnant révélant un aspect des relations humaines »<sup>410</sup>. D'autres évoquent la satisfaction d'avoir été choisis par les électeurs et mettent en avant la popularité dont ils jouissent au sein de leur entreprise : « même enfant, j'étais toujours élu délégué de classe, vous voyez »<sup>411</sup>.

Pour les retraités, l'engagement prud'homal permet de renouer ou de ne pas perdre contact avec l'univers professionnel. Il constitue aussi, pour certains, une occupation comme une autre :

*« Ben ça m'occupe. Plutôt que de rester enfermé chez moi, j' préfère m'occuper. Je vois de gens, ouais enfin y'en a certains que j' préférerais pas voir (rires) (silence). Mais je vois des gens. Et puis après, on est pris dans le truc, c'est... y'a beaucoup... y se passe plein de choses qui sont, ben intéressantes, on a envie de savoir comment ça va se passer avec les patrons, on se demande, on fait des arguments. Ca nan, je me vois pas rester enfermé chez moi. Et bon, c'est aussi une passion, hein... »*<sup>412</sup>.

Ayant un agenda moins chargé que leurs collègues, et étant de ce fait susceptibles de remplacer des conseillers indisponibles, certains conseillers à la retraite<sup>413</sup>, omniprésents au sein des conseils, deviennent de véritables « professionnels » des prud'hommes<sup>414</sup>. Ces conseillers développent une vision très « technique » de l'activité prud'homale (plus technique que la plupart de leurs collègues, nous y reviendrons).

---

<sup>407</sup> En opposition à l'objectif d'un plaisir futur, porté par l'envie, le plaisir « immédiat » n'implique pas de rapport à l'avenir. Le plaisir « immédiat » ne se comprend ainsi qu'après la prise de fonction.

<sup>408</sup> Entretien A15, CE/Activités diverse.

<sup>409</sup> Témoignage d'un conseiller prud'homme salarié in Linhart V., *Enquête aux prud'hommes*, Paris, Stock, 2000.

<sup>410</sup> Quétant G.P. (secrétaire général « Entreprise et droit social »), in *Personnel*, n°434, 2002.

<sup>411</sup> Entretien B22, CS/Commerce.

<sup>412</sup> Entretien B19, CS/Industrie.

<sup>413</sup> Ainsi que certains conseillers cumulant les détachements et heures de délégation.

<sup>414</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

Précisons que l'engagement ne peut uniquement se comprendre en termes d'incitations ou de rétributions, même symboliques. L'adhésion au système de croyances de l'institution a son importance dans l'analyse de l'engagement, même si l'on sait que l'on ne peut réduire l'explication de l'engagement à cette adhésion. Nous préciserons plus bas ces valeurs portées par l'institution prud'homale.

## 2.4. Le sens donné à l'engagement

La « satisfaction personnelle » à être conseiller est citée dans une majorité des entretiens, l'activité prud'homale répondant à un besoin « *d'épanouissement* »<sup>415</sup>. Par ailleurs, comme nous l'avons évoqué, on retrouve dans le discours de certains conseillers un plaisir évident à occuper la position de juge, cette position leur conférant un pouvoir certain, dont ils ne disposent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou syndicale. Au-delà de la distance relationnelle, c'est aussi l'énorme responsabilité relative au destin du justiciable qui « grandit » le conseiller :

*« J'avais pas une idée d'une importance qui était aussi énorme en tant que conseiller prud'homal, parce que à aujourd'hui ce que j'explique aux gens c'est que quand même on est les premiers à décider du sort du salarié. Donc si ça fonctionne bien ou mal, on est quand même les premiers à... à le juger. Même si après ça part en appel, on est quand même les premiers à traiter le dossier quoi. Et je trouve que c'est une grande part de responsabilité et puis euh... alors qu'avant j'aurais.... Je savais qu'il y avait une grande importance mais de la sorte, je pensais pas que c'était aussi important quoi. Aussi les choses confidentielles, aussi le... de... comment dire ? de ressenti quand on a les gens en face ou euh... quand on a les avocats en face on se dit quand même que on a un rôle important à jouer, et que c'est quand même un mandat qui est euh... je veux dire qu'on a beaucoup d'honneur d'être là quoi, parce que quelque part on est... on doit trancher mais que ce soit positif ou négatif on est les premiers à le faire quoi. Et je trouve que c'est un rôle très très important quoi. Je pense que pour moi c'est la chose la plus importante que j'ai appris depuis que je suis au conseil des prud'hommes quoi. Quelque part j'ai une part de responsabilité dans tous les dossiers que je touche »<sup>416</sup>.*

De ce fait, la présence des conseillers de l'autre collège constitue un frein à l'exercice de ce pouvoir. Partagé entre les quatre conseillers, le pouvoir de décision passe ainsi par un travail d'argumentation ou de négociation :

*« On fait pas ce qu'on veut, faut pas croire. Il y a toujours l'autre côté à convaincre. Moi, j'aimerais bien leur dire « on fait comme ça, c'est tout », mais je peux pas. Ben... c'est vrai que des fois, quand je vois la mauvaise foi de... du patron. Parce que des fois c'est des connards, faut pas croire. Mais alors... j'aurai bien envie de pouvoir décider tout seul,*

---

<sup>415</sup> Les conseillers se distinguent à ce titre des militants, dont l'engagement est rarement vécu sur le mode de la satisfaction d'intérêt.

<sup>416</sup> Entretien A5, CS/Commerce.

*mais vraiment, carrément, parce de l'autre côté, y voient pas toujours quand c'est vraiment un connard, ils te trouvent toujours des circonstances »<sup>417</sup>.*

On retrouve la notion de sacrifice dans le discours de quelques conseillers, essentiellement salariés :

*« Non, pas d'enfants. Ça serait pas compatible avec une vie de famille. Je préfère... je n'ai pas envie de me disperser, c'est un choix, un choix difficile, mais c'est un choix. Je vis avec quelqu'un, mais on n'est pas marié. Et déjà, c'est très dur, alors avec des enfants. C'est-à-dire que quand on s'engage, on va jusqu'au bout. Sinon, mieux vaut pas s'engager. Je dois potasser la jurisprudence, les évolutions de... du droit, je réfléchis aux dossiers chez moi, je rédige, c'est très difficile. Je dois dire qu'il y a des soirs, je suis... enfin, non, je ne me vois pas m'endormir sur le divan devant Julie Lescaut, c'est pas mon truc »<sup>418</sup>.*

Certains conseillers, minoritaires, justifient leur engagement en prud'homie par la volonté de défendre une idéologie. Ce discours se retrouve également essentiellement au sein du collègue salarié. Peu de conseillers du collège employeur ont tenu ce type de propos, si ce n'est certains dirigeants de PME. C'est le cas de cette conseillère, dont le discours constitue un cas extrême, évoquant sa décision d'entrer aux prud'hommes :

*« Clairement, c'était une vengeance. Je voulais me venger de la CGT qui, au lieu de sauver l'entreprise de mon mari, a complètement fait couler la boîte. Donc, c'est vrai que l'histoire démarre mal. Mais elle finit bien. Enfin, à peu près. En gros, quand on m'a proposé d'aller aux Prud'hommes, j'ai dit « oui » pour me venger (long silence). Pour me venger, et je ne dois pas être la seule dans ce cas, croyez-moi bien »<sup>419</sup>.*

Mais les justifications de l'engagement en prud'homie données par les conseillers dépassent non seulement les idéologies syndicales, mais aussi, bien souvent, la volonté de défendre un collègue. Ainsi, une grande partie des conseillers, dans leur discours, mettent à distance et minimisent leur engagement militant. C'est le classique « *aux prud'hommes, j'enlève ma casquette syndicale* », entendu à de nombreuses reprises. Cette distance aux syndicats apparaît nécessaire. D'abord, parce que le mandat impératif est interdit. Mais, surtout, parce que tout signe d'un rattachement à une organisation syndicale lors des audiences publiques<sup>420</sup>, aussi discret soit-il, nuit à la légitimité judiciaire du conseiller. C'est le cas, nous l'avons déjà évoqué, lorsqu'un défenseur syndical tutoie un conseiller salarié, ou fait référence à son organisation syndicale au cours de sa plaidoirie. Ces références à l'activité syndicale des conseillers n'ont pas leur place aux prud'hommes, en ce sens qu'elles peuvent apparaître comme inappropriées, voire ridicules :

---

<sup>417</sup> Entretien C2, CS/Industrie.

<sup>418</sup> Entretien B8, CS/Encadrement.

<sup>419</sup> Entretien E12, CE/Industrie.

<sup>420</sup> Ceci est moins pertinent concernant l'étape du délibéré, par exemple.

*« Avec E., d'ailleurs on avait ri une fois parce qu'il y avait un CGC qui plaçait, et en disant... il nous avait fait rire, en disant « regardez j'ai même une attestation de la CFDT, pourtant la CGC et la CFDT s'entendent pas ensemble ». Ah bon, avec E., on se regarde tous les deux, ça c'est les querelles nationales on en a rien à faire nous hein »<sup>421</sup>.*

Leur engagement est alors perçu comme utile à la collectivité, il produit des bénéfices collectifs relevant du bien commun :

*« Je me suis engagée parce que je suis passionnée par l'humain. Dans le monde d'aujourd'hui, qui évolue très fort, les prud'hommes sont une possibilité de faire respecter les droits de l'homme »<sup>422</sup>.*

*« Je ne vais pas me limiter uniquement à mon rôle de chef d'entreprise, de bobonne à la maison. C'était quand même bon que je trouve un peu de temps pour le service public »<sup>423</sup>.*

Le « sacrifice » évoqué par certains conseillers peut ainsi se lire comme « dévouement ». L'engagement prud'homal peut se comprendre comme engagement républicain :

*« C'est extrêmement simple, [je me suis engagé aux prud'hommes] par engagement républicain. En fait, c'est un peu comme dans la philosophie. L'homme est obligé de se réaliser lui-même pour lui-même. Et puis après c'est l'étape un peu au-dessus, Kierkegaard, en fait on se grandit que quand on réussit quelque chose pour les autres »<sup>424</sup>.*

Le républicanisme, au sens développé par Alexis de Tocqueville, se comprend comme engagement civique, guidé par de bonnes raisons permettant de concilier les préoccupations d'ordre privé et les intérêts collectifs. Ainsi, si l'engagement peut être éclairé à la lumière des calculs réalisés dans le cadre d'un échange utilitariste, les conseillers entretiennent également des rapports de solidarité sociale, ces rapports impliquant une loyauté à des principes, valeurs ou normes collectives. On retrouve de nombreuses références à ce principe dans le discours des conseillers, mais également en pratique, lorsque les conseillers prêtent serment, par exemple, ou lors de l'audience « solennelle » de rentrée. Les motivations écrites de jugement débutent par ailleurs souvent par la mention « *Au nom du peuple français, le jugement suivant a été prononcé* ». Bien entendu, cette dimension est atténuée lorsque les logiques de représentation d'un collègue refont surface, c'est-à-dire lorsqu'il y a impossibilité de s'entendre sur une représentation partagée du bien commun. Mais, nous le verrons, les conseillers y parviennent, ou y parvenait, la plupart du temps.

Ainsi, on retrouve une dimension vocationnelle, bien que variable, au sein de l'institution prud'homale. La vocation aux prud'hommes est rarement « héroïque », impliquant un sacrifice au nom de valeurs supérieures, elle se comprend surtout sous la forme d'un accomplissement de soi dans

---

<sup>421</sup> Entretien A2, CS/Encadrement.

<sup>422</sup> Entretien B34, CS/Activité diverse.

<sup>423</sup> Entretien A6, CE/Industrie.

<sup>424</sup> Entretien A5, CE/Commerce.

l'activité prud'homale, en faisant des valeurs de l'institution (qui restent encore à définir) une éthique personnelle<sup>425</sup>. Ainsi, l'activité prud'homale n'est pas une activité comme les autres. Il ne suffit pas de connaître le droit pour être un « bon » conseiller prud'hommes. La vocation constitue un argument de légitimation, au même titre que le respect des valeurs de la prud'homie (auquel la vocation incite).

Cet esprit vocationnel est variable, car l'engagement de nombreux conseillers se comprend aussi en termes d'inscription dans un réseau. Une part importante de conseillers s'est en effet engagée à la suite de sollicitations. La distinction entre le fait de se porter candidat et le fait de répondre favorablement à une sollicitation de candidature est centrale, car elle implique des motivations et un sens donné à l'engagement prud'homal différents, avant la prise de fonction du moins.

Seuls 35% des conseillers salariés et employeurs déclarent avoir candidaté spontanément auprès de leur organisation. 59% des conseillers salariés et 48% des conseillers employeurs affirment être entrés en prud'homie à la demande de leur OSP. Cependant, la part de ces candidatures par sollicitation, qui semblent être majoritaire, doit être relativisée, tant ces candidatures répondent à des logiques différentes. Il n'y a en effet rien de comparable entre un conseiller contacté par une organisation avec laquelle il n'a aucun lien, et auquel on propose la candidature, et un conseiller engagé dans son organisation avec lequel on évoque plus ou moins formellement la possibilité d'une candidature. Le profil des candidats, bien entendu, est différent, mais les modalités de la décision également. Par ailleurs, la vocation peut naître suite à la sollicitation. Or, ces cas de figure se confondent dans les résultats que nous venons d'évoquer. La frontière entre ces modes de recrutement semble très floue. Dit autrement, il serait nécessaire de mesurer l'ampleur de la sollicitation, ainsi que son rôle dans la décision (la sollicitation fonde-t-elle la candidature ou est-elle un simple élément déclencheur ?).

Nous pouvons cependant raisonner sur une autre échelle, celle de la facilité/difficulté à trouver des candidats. En effet, nous avons évoqué plus haut le fait que les organisations patronales ont plus de mal à constituer leurs listes que les organisations syndicales. On retrouve ces difficultés dans certaines sections du collège salarié, telles les sections encadrement et commerce :

*« Disons que je suis en commerce, et il y a pas assez de gens intéressés en commerce. Du coup, ils m'ont pris, moi. Je suis juste du CE dans mon entreprise, je ne connaissais pas vraiment de manière, euh... correcte le droit, mais ils m'ont pris moi. Après, euh... il y a peut être d'autres choses, mais c'est plutôt à eux qu'il faut demander pourquoi moi »<sup>426</sup>.*

Ainsi, contrairement à ce que l'on pourrait penser à la lecture des statistiques mentionnées plus haut, il semble que l'idée de postuler aux prud'hommes soit plus spontanée au sein du collège salarié qu'employeur. Les cadres supérieurs, « vivier » de candidats pour les organisations patronales, nous l'avons vu, ne se reconnaissent pas spontanément dans le collège employeur et ont une disponibilité souvent moins importante que les autres salariés. De ce fait, la sollicitation chez les

---

<sup>425</sup> Dubet F., *Le déclin de l'institution*, Le seuil, collection L'épreuve des faits, Paris, 2002.

<sup>426</sup> Entretien B15, CS/Commerce.

employeurs ne revêt pas la même dimension que chez les salariés, pour qui l'engagement prud'homal peut être lu comme une continuité de l'engagement syndical.

## 2.5. Un engagement militant ?

La question de savoir si l'engagement en prud'homie peut être considéré, dans le cas des conseillers du collège salarié<sup>427</sup>, comme un engagement militant<sup>428</sup> a mobilisé notre attention, nous l'avons déjà évoqué, dans le cadre d'un mémoire de DEA<sup>429</sup>. Nous y montrions, notamment, qu'il n'y a pas d'oppositions structurantes entre l'activité syndicale militante et l'activité prud'homale. Si cette dernière nécessitait un ajustement du contenu de l'action, elle permettrait d'atteindre des fins similaires. Même si de rares conseillers restent sur le registre de la conflictualité ouverte (« *on doit rester des juges amateurs, on est plus efficaces en distribuant des tracts* »<sup>430</sup>), de nombreux conseillers, lorsqu'ils sont interrogés au sujet de l'apport de leur engagement prud'homal, reconnaissent considérer plus fréquemment l'option de la négociation dans le cadre de l'exercice de leurs mandats syndicaux :

*« Mon activité prud'homale m'a énormément aidé dans mon activité syndicale. Je sais maintenant jusqu'où je peux aller. J'ai pu aussi revoir la manière dont je m'inscrivais dans le syndicat. Peut être que mon côté revendicatif acharné, il est toujours aussi fort, mais pas avec les mêmes méthodes. Je n'utilise plus les mêmes moyens. Les moyens comme le conflit direct avec mon employeur, il faut parfois les utiliser, comme la grève, la visite dans le bureau du directeur, les tracts, tout ça, ça a de l'impact. On garde quand même le volet que le syndicaliste se doit d'avoir, c'est-à-dire porteur de revendications. Mais ça, c'est plus la finalité pour moi. Ce que je vis aux prud'hommes me fait tempérer pas mal de choses, je vais au bout de la discussion. Avant, peut être qu'elle s'arrêtait trop tôt. Je suis autant utile dans les deux »<sup>431</sup>.*

---

<sup>427</sup> Le cas des conseillers employeurs est particulièrement délicat. Peut-on parler de « militantisme » patronal? Il est en effet délicat de trouver des intérêts communs aux employeurs et aux entreprises alors que ceux-ci sont en concurrence économique. Le MEDEF, en tant que fédération, est constitué d'intérêts divers et doit gérer cette hétérogénéité interne avant de pouvoir agir politiquement. Le cas de la CGPME est d'autant plus difficile à cerner que l'organisation se situe dans un espace frontière, loin du grand patronat, aux pratiques diversifiées, avec des représentations variables, par exemple, du libéralisme (l'organisation souffre d'ailleurs de difficultés d'identification et de visibilité, Cf. Guillaume S., « Un syndicalisme des classes moyennes : la C.G.P.M.E », *Vingtième Siècle*, n° spécial « Les classes moyennes », 1993). Les conseillers employeurs de l'AEES sont ceux que l'on pourrait le plus aisément rapprocher des formes « classiques » du militantisme.

<sup>428</sup> L'engagement militant étant considéré comme une forme durable d'investissement, aux noms de croyances, dans un souci d'aboutir à un partage de ces croyances, revêtant une dimension idéologique forte. Pour reprendre les trois logiques d'action développées par François Dubet, nous considérerons que le militantisme syndical relève d'une logique rationnelle de l'intérêt, d'une logique d'intégration par laquelle l'acteur se définit par ses appartenances et d'une logique de subjectivation par laquelle « *l'acteur se représente comme un sujet critique* » ayant pour objectif d'agir au niveau du « *système d'action historique* ». Dubet F., *Sociologie de l'expérience*, Paris, Le Seuil, 1994.

<sup>429</sup> Swierczek N., « L'engagement prud'homal salarié : un engagement militant ? Evaluation des représentations, enjeux et modes d'action du conseiller prud'homme salarié », Mémoire de DEA (Changement social), Université des sciences et technologies de Lille 1, 2004.

<sup>430</sup> Entretien D1, CS/Commerce.

<sup>431</sup> Entretien B5, CS/Encadrement.

Le développement des pratiques de négociations au sein des entreprises tend de ce fait à accentuer la « valeur » de l'engagement en prud'homie. Mais dans le cadre de leur mandat prud'homal, les conseillers salariés disposent de ressources dont ils ne disposent pas au sein de leur entreprise.

« - C'est une continuité différente mais une continuité.

- Différente dans quel sens ?

- Ben comment dire ? On a le pouvoir de prendre une décision. Syndicalement, on peut émettre que des avis tandis que là, on a le pouvoir. A quatre, mais au moins... J'aime bien ça aussi. C'est prenant. Là, notre étiquette de salarié joue son rôle »<sup>432</sup>.

Ainsi, les prud'hommes apparaissent aux yeux de certains conseillers salariés comme un lieu « idéal » où salariés et employeurs argumentent « d'égal à égal », ni les salariés ni les employeurs ne disposant d'autorité sur l'autre collègue. Ceci amène certains conseillers à comparer l'efficacité de l'engagement syndical et prud'homal :

« Je me suis rendu compte que le syndicat, c'était bien beau, mais... disons que c'est quand même un autre niveau, ici, j'ai l'impression d'être plus, je sais pas, utile, disons, à ce que je défends. C'est quand même autre chose, ça oui »<sup>433</sup>.

Il convient par ailleurs de ne pas sous-estimer le degré de technicité nécessaire à l'exercice de l'activité prud'homale. Il nous semble en effet pertinent de penser l'engagement prud'homal salarié comme une forme de militantisme « spécialisé » ou « expert », inséré dans les stratégies judiciaires des organisations<sup>434</sup>. Les conseillers sont considérés comme les « experts » en droit au sein des organisations syndicales, et assurent à ce titre, comme nous l'avons vu, défense syndicale, permanence juridique, voire formation.

Une grande partie des travaux contemporains en sociologie de l'engagement oppose de supposées nouvelles formes d'engagement à un militantisme ouvrier prétendument révolu, sur le mode de « l'avant » et de « l'après »<sup>435</sup>. Le modèle de l'engagement distancié, développé par Jacques Ion<sup>436</sup>, en est une illustration. L'engagement ne serait plus un « rôle social incorporé » mais une

---

<sup>432</sup> Entretien A9, CS/Activités diverses.

<sup>433</sup> Entretien B26, Cs/Industrie.

<sup>434</sup> Cf. Chap. 2.

<sup>435</sup> Avec une tendance à caractériser de « nouvelles » des formes d'engagement qui ne l'étaient pas, une certaine négligence à l'égard des effets d'organisation et du caractère inégalement objectivé et institutionnalisé des institutions militantes. Cf Sawicki F., Siméant J., « La sociologie de l'engagement militant : un champ de recherches à décloisonner », op. cit.

<sup>436</sup> « Le militantisme tel qu'il s'est exercé depuis un siècle n'est peut être qu'une modalité parmi d'autres de l'engagement [...] De nouvelles formes de participation sociale sont en gestation, correspondant à l'évolution des rapports entre la société et l'individu ». Ion J., *La fin des militants*, éditions de L'Atelier, 1997.

« attitude qui peut être aussi bien endossée que quittée »<sup>437</sup>. Les « militants d'aujourd'hui » seraient libérés de toute entrave institutionnelle et émancipés de toute socialisation. Ces analyses évolutionnistes, rattachées au développement de l'individualisme, reposent parfois sur une approche trop culturaliste de la société<sup>438</sup>. Les « militants d'aujourd'hui » sont en tout cas de plus en plus spécialisés. Ainsi, la prise de distance des conseillers prud'hommes salariés par rapport à leur organisation syndicale dans l'exercice de leur mandat est-elle nécessaire à cette spécialisation.

Continuité de l'activité syndicale pour les salariés, continuité de l'activité professionnelle pour les employeurs, moyen de valoriser une expérience professionnelle (ou une formation universitaire), de renouer avec une vocation contrariée de juriste, substitut à l'activité professionnelle, promotion culturelle, plaisir intellectuel, plaisir à endosser la fonction de juge, etc., les motifs possibles de satisfaction à exercer un mandat prud'homal sont nombreux et se comprennent autant dans une logique de plaisir immédiat (plaisir lors de l'audience, lors du délibéré, plaisir à se sentir « grandi » culturellement et socialement) que dans une logique de réalisation d'objectifs futurs. Ces « rétributions » ne sont pas toujours perçues par les conseillers avant leur prise de fonction mais sont parfois « découvertes » en cours de mandat. Si l'engagement des conseillers semble relativement stable et durable<sup>439</sup>, c'est que l'activité des conseillers remplit, d'une manière ou d'une autre, leurs attentes. Toutes ces rétributions (matérielles ou symboliques) ne constituent donc certes pas des incitations à l'engagement mais assurément des incitations à agir dans le respect des normes, un certain conformisme conditionnant le fait de pouvoir continuer à jouir de ces rétributions.

Ces rétributions sont centrales au sein d'une institution dont les acteurs semblent aussi peu contraints. Une étude rapide de l'organigramme des conseils de Prud'hommes suffit pour montrer un éclatement des lieux de pouvoir.

### **3. Des conseillers peu contraints**

#### **3.1. L'absence de liens hiérarchiques**

Les conseils de prud'hommes sont marqués par une absence de liens hiérarchiques. En effet, les relations entre présidents et conseillers ne sont pas fondées sur ce type de rapport et le greffe ne dispose pas non plus d'autorité hiérarchique sur les conseillers. Les présidents de conseil et de section ne disposent par ailleurs d'aucun pouvoir de sanction, mis à part leur pouvoir disciplinaire concernant

---

<sup>437</sup> Ion J., *La fin des militants*, Paris, Editions de l'atelier, 1997.

<sup>438</sup> Collovald A., *Pour une sociologie des carrières morales des dévouements militants*, Paris, PUF, 2002.

<sup>439</sup> Même si, nous l'avons évoqué, nous ne disposons de statistiques sur le « turn over » des conseillers que mandat par mandat.

les cas « extrêmes » de dysfonctionnement d'une section (le mandat impératif, par exemple). Leur influence est ainsi limitée en ce qui concerne le fonctionnement des sections et le comportement des conseillers. Ils ne peuvent par ailleurs contrôler qu'a posteriori et de façon relativement superficielle le travail du greffier en chef, en ne disposant d'aucun véritable pouvoir de sanction. Ceci est accentué par le fait que le greffier en chef est un permanent, alors que le président est remplacé chaque année.

En ce qui concerne les autres acteurs de l'institution prud'homale, que l'on peut qualifier de « non quotidiens », nous avons déjà évoqué le peu de ressources dont disposent les OSP pour contrôler l'activité des conseillers, même si ceci varie selon le degré d'intégration ou d'implication des conseillers dans leur organisation<sup>440</sup>, et selon la proximité à un certain nombre de responsables dans cette organisation. Le mandat impératif, consistant à recevoir et exécuter des ordres émanant d'un organisme syndical, professionnel, politique ou autre, est interdit<sup>441</sup>. Ce mandat impératif, qui peut entraîner l'inéligibilité, l'annulation de l'élection ou la déchéance du conseiller, peut être signalé par le président du conseil ainsi que par les parties elles-mêmes.

Nous avons évoqué, également, le fait que le Conseil Supérieur de la Prud'homie ne constitue qu'un organe de consultation. En ce qui concerne les avocats, ceux-ci ne disposent bien entendu d'aucune autorité sur les conseillers. Ces derniers peuvent recourir, théoriquement, à un certain nombre de moyens de pression sur les avocats (notamment pour la communication des pièces du dossier), mais se trouvent rapidement limités dans l'exercice de leur autorité (la seule sanction étant la radiation de l'affaire, qui pourra de toutes les manières être représentée).

Les conseillers peuvent cependant être dessaisis de certaines affaires. Les parties au procès peuvent en effet proposer la récusation d'un seul conseiller prud'homme<sup>442</sup>, quand ce dernier possède un intérêt personnel à la contestation, ou une requête en suspicion légitime qui, contrairement à la récusation, renvoie l'affaire devant une autre juridiction ou un autre conseil de prud'hommes<sup>443</sup>. Le dessaisissement suite à une requête en suspicion légitime présente ainsi un caractère collectif, lorsque le soupçon de partialité porte sur la formation dans son ensemble. Le président du conseil se prononce sur le bien-fondé de cette demande (ou la Cour d'appel si le président s'y oppose). Précisons que le mandat impératif, la récusation ou la requête en suspicion légitime sont des procédures très peu fréquentes, obéissant à des modalités procédurales facilement dissuasives.

---

<sup>440</sup> Ceci renvoie aux couronnes d'Annie Kriegel (qui distinguent les simples électeurs ou lecteurs de la presse syndicale, les cotisants, les adhérents, les militants, les responsables et les dirigeants), mais aussi à d'autres critères, plus ou moins liés au premier, plus ou moins objectifs, comme le temps passé, le niveau de responsabilité, etc. Kriegel A., *Les communistes français. Essai d'ethnographie politique*, le Seuil, 1970.

<sup>441</sup> Art. L.1442-11 du Code du travail.

<sup>442</sup> Art.R.1457-1 du Code du travail et art. 341 à 355 du NCPC.

<sup>443</sup> Art. 356 à 363 du NCPC.

### 3.2. Contraintes individuelles et collectives

Il existe ainsi peu de contraintes d'ordre réglementaire ou juridique sur les conseillers au niveau individuel. Ceci doit cependant être nuancé au niveau collectif. Car la « production » des conseillers prud'hommes est collective<sup>444</sup>, la formation de délibéré, comprenant quatre conseillers, rappelons-le, est responsable de ses jugements. Ainsi, le pouvoir du juge départiteur, du juge en CA ou en CASS, qui peut confirmer ou infirmer les décisions, ne s'exerce que sur la formation, et non pas sur le conseiller<sup>445</sup>. Mais le « contrôle » des décisions de la formation de délibéré (ou de référé) en appel ou cassation n'est assorti d'aucune sanction d'ordre légal ou réglementaire. Il en est de même pour les indicateurs évaluant l'activité des conseillers, qui ne mesurent qu'une activité collective sans pouvoir par ailleurs être assortis de sanctions directes. Ainsi, le contrôle possible de la CA ou de la CASS, ainsi que les indicateurs d'activité, constituent une incitation pour les conseillers dans la perspective d'une satisfaction personnelle (dont l'objet devra cependant être partagé collectivement<sup>446</sup>) ou dans la construction de leur réputation. Mais l'enjeu principal, au sujet de la production de jugement, se situe ailleurs.

La responsabilité des conseillers se comprend essentiellement par rapport aux parties elles mêmes. En effet, l'invalidation, par exemple, d'une décision en appel ou, autre exemple, l'allongement de la durée de la procédure, peuvent être lourds de conséquence pour les salariés ou employeurs ayant porté un litige devant les prud'hommes. Nous pouvons à titre d'illustration citer ces 36 ouvriers sommés par la cour d'appel d'Amiens de rembourser les sommes qu'ils avaient perçues de leur employeur à la suite d'une décision prud'homale<sup>447</sup>.

De ce fait, les conseillers sont avant tout contraints par la responsabilité qu'ils estiment avoir par rapport au sort des « usagers »<sup>448</sup> de l'institution. Il existe à ce titre un certain nombre de règles normatives que nous serons amenés à développer.

## 4. Un positionnement identitaire délicat

---

<sup>444</sup> S'il l'on admet que la mission principale des conseillers est de mettre un terme aux litiges individuels du travail, par conciliation ou jugement.

<sup>445</sup> Son pouvoir est atténué par le fait que la sanction d'un jugement se situe à une date éloignée du prononcé (entre 1 et 2 ans).

<sup>446</sup> D'autres versants de l'activité prud'homale, nous le verrons, permettent cependant aux conseillers « d'individualiser » leur action. Dit autrement, certaines actions peuvent être reconnues comme étant le fait d'un sujet individuel.

<sup>447</sup> Le conseil de prud'hommes de Compiègne avait estimé le licenciement de ces 36 ex-salariés de l'usine Lajous abusif, ce qu'a infirmé la cour d'appel. Les indemnités perçues, dont le remboursement a été demandé, variaient entre 2.000 et 5.000 euros par salarié. Libération, édition du 20/06/2008.

<sup>448</sup> En admettant que l'on puisse parler des parties au procès comme des « usagers » de la juridiction.

Les conseillers, qui sont inscrits, nous l'avons vu, dans une pluralité d'espaces sociaux, endossent de ce fait des rôles spécifiques selon les circonstances. Leur identité est le résultat d'un processus d'ajustement à ces différents rôles, notamment par des prises de distance variables. Comment, et dans quelle mesure, ces prises de distance se manifestent-elles ? En d'autres termes, comment les conseillers gèrent-ils leur pluri-appartenance ? Si on ne peut parler d'injonctions contradictoires, on peut admettre l'existence de certaines tensions identitaires, de faible cohérence des rôles ou, dit autrement, de difficultés pratiques à concilier les attentes et valeurs propres à chacune des sphères d'appartenance. Le conseiller n'est pas inséré dans un stock homogène de valeurs et d'identités.

L'identité collective, pour citer Renaud Sainsaulieu, est fondée sur le fait que « *les individus ont en commun une même logique d'acteurs* »<sup>449</sup>. La constitution d'une identité collective se donne à voir dans la création de normes relationnelles spécifiques. Mais jusqu'où peut-on parler d'identité « collective » aux prud'hommes ? On peut se demander, en effet, s'il n'est pas plus pertinent de parler d'identité de « collègue ».

Puisque l'on évoque cette identité de collègue, dissipons un malentendu. On parle souvent, au sujet des prud'hommes, du paradoxe selon lequel on ne peut représenter les intérêts d'un collègue et, en même temps, faire preuve d'impartialité. Comme l'a écrit Alain Supiot, « *le bon élu ne doit-il pas défendre les intérêts de ses mandants ? Et le bon juge ne doit-il pas être impartial ? Dès lors, le conseiller prud'homme n'est-il pas condamné à être soit un mauvais juge, soit un mauvais élu ?* »<sup>450</sup> (certains affirmeront même qu'il est, de ce fait, les deux à la fois). Evidemment, la figure du syndicaliste et la figure du juge ont peu en commun.

Mais l'impartialité dont il est question ne se comprend que par rapport à « l'entité » rendant le jugement. Or, « l'entité » qui rend le jugement n'est pas, dans le cas des prud'hommes, un juge unique mais une formation constituée de quatre conseillers. Ainsi, pour que le jugement soit impartial, il n'est pas nécessaire que chacun des conseillers le soit. C'est à la formation qu'il revient d'être impartiale. On postulera dès lors que la parité au sein de la formation assure cette impartialité ou, du moins, rééquilibre la partialité de chacun des conseillers<sup>451</sup> :

---

<sup>449</sup> Sainsaulieu R., *L'identité au travail*, Paris, éditions Presses de Sciences PO, 2000.

<sup>450</sup> Supiot A., « Prud'hommes : la consécration de la réforme Boulin », *Droit social*, 1982.

<sup>451</sup> On peut même se demander si une formation paritaire n'est pas moins « impartiale » qu'un juge unique. Précisons cependant que les éventuels rapports de force au sein de la formation nous amène à nuancer la portée de ce raisonnement : l'accord doit être unanime en prenant en compte le libre arbitre de chacun. Ceci renvoie au raisonnement de Hobbes pour qui la contrainte du ou des plus forts est le lot d'un état de nature, d'où le droit est par définition absent.

*« Je vous dis, c'est pour ça que c'est sain... On serait tous du côté employeur, on serait des juges professionnels, on penserait descendre de la cuisse de Jupiter, il y aurait plein de problèmes. Tandis que là, non, vu qu'on vient de deux places différentes »<sup>452</sup>.*

C'est justement cette parité qui permet d'articuler les notions d'identité collective et d'identité de collègue. Ainsi, si la logique de représentation d'un collègue ne doit pas être négligée, elle se situe en-dessous du principe de parité, structurant pour partie l'activité des conseillers prud'hommes. Dit autrement, la parité rend possible l'existence d'une identité collective aux conseillers prud'hommes, qu'ils appartiennent au collège salarié ou employeur. La parité permet de gérer, au niveau de l'institution, la diversité des sources de la production de l'identité des conseillers. La production de tout jugement paritaire nécessite la tenue de négociations ou bien la construction d'un référentiel commun permettant aux deux « entités » de s'entendre. Nous verrons que les conseillers prud'hommes se situent entre ces deux cas de figure.

Evidemment, on retrouve au sein de chaque conseil de prud'hommes un certain nombre de conseillers mettant exclusivement en avant la défense des membres de leur collègue. Mais, d'abord, ces conseillers n'ayant pas mis à distance leur appartenance syndicale ou professionnelle, sont très minoritaires. Ensuite, on sait l'écart entre l'identité sociale « réelle » et « virtuelle ». Enfin, les contraintes pesant sur les pratiques des conseillers, le mandat impératif, par exemple, rendent peu crédible ce type de positionnement. Evidemment, les conseillers peuvent se mobiliser dans l'optique de défendre un membre de leur collègue, mais cette mobilisation doit rester dans un cadre normatif précis. Dans le cas contraire, nous pouvons parler de « sortie de rôle ».

—

Nous avons vu dans ce chapitre que la question de l'identité des conseillers prud'hommes est particulièrement délicate : leurs profils et parcours sociaux sont aussi différents que leurs distances aux univers syndical, professionnel et juridique sont variées. Les conseillers évoluant, de plus, dans un environnement peu contraint, la dimension souvent vocationnelle de l'engagement et la jouissance de rétributions diverses jouent un rôle central dans la structuration de leur engagement. L'identité des conseillers est le résultat d'un processus d'ajustement à différents rôles, notamment par des prises de distance variables par rapport aux trois champs institutionnels auxquels ils appartiennent et dans lesquels ils évoluent, rendu possible par le caractère paritaire de la juridiction.

---

<sup>452</sup> Entretien A4, CS/Industrie.

Nous postulons, dans ce contexte, que la coordination entre conseillers ne peut se faire qu'à travers un commun, ce commun structurant leur identité collective, permettant les mobilisations interindividuelles. Nous verrons de quoi est constitué ce commun, mais pouvons d'ores et déjà avancer le fait que l'institution prud'homale mobilise des valeurs d'égalité et de justice sociale (sous la dimension du respect des droits et devoirs, pas uniquement légaux mais aussi moraux, des salariés et employeurs). Elle rétablit la relation inégalitaire entre salariés et employeurs, en ce sens qu'elle intervient pour réparer ou sanctionner des écarts pratiques, voire idéologiques, tout en rappelant aux salariés et aux employeurs leurs devoirs. Ce commun structure les logiques d'action des conseillers. Les conseillers partagent cette représentation de l'utilité de l'institution qui œuvre « *pour un monde du travail plus juste* »<sup>453</sup>, même si les représentations du « juste », et les conceptions des moyens nécessaires pour tendre vers ce « juste », peuvent être variables.

C'est donc sur ce commun que nous nous proposons de revenir dans le chapitre suivant.

---

<sup>453</sup> Entretien B29, CE/Industrie.

## **DEUXIEME PARTIE**

### **LOGIQUES D'ACTION DES CONSEILLERS PRUD'HOMMES**

## Chapitre 4

### La coordination et la constitution d'un commun

---

La coordination entre conseillers est nécessaire. Leur légitimité<sup>454</sup> en tant que juges du travail élus et non professionnels en dépend. Les conseillers comprennent très vite que l'appartenance au collège salarié ou employeur ne peut être le seul mode de structuration de leur activité. Il est donc bien souvent nécessaire aux conseillers de s'appuyer sur ce qui les rapproche plutôt que sur ce qui pourrait les séparer.

Les mécanismes de coordination aux prud'hommes ne peuvent relever ni de la supervision, les conseillers étant, nous l'avons vu, relativement libres et autonomes, ni d'une standardisation des qualifications ou des procédés<sup>455</sup>, les profils des conseillers étant, rappelons le, extrêmement variés. Ils relèvent principalement de l'ajustement mutuel, de l'argumentation, de la négociation. Cette coordination entre les conseillers, qui relève donc plus du bricolage que de la mise en œuvre raisonnée de moyens, les amène à trouver du « commun » au cœur du dissemblable<sup>456</sup>. Ce commun leur permet de « désactiver », de manière circonstancielle, les identités de collège, ce qui est nécessaire à la coordination. Il favorise l'intégration des conseillers dans leur fonction.

Le commun, au sens où l'entend Claude Giraud<sup>457</sup>, est une organisation sociale stabilisée qui suscite de la mobilisation ponctuelle. Il repose sur des façons normées d'être et d'agir<sup>458</sup>. Il permet une forme de routinisation du rapport aux autres. Il est une forme de loyauté faite de défections potentielles. Il se distingue du collectif, du communautaire ou de la transaction car il comprend des formes d'action « *non explicitement concertées* » et repose sur une implication relative, une contribution plutôt que sur un engagement. Par le commun, « *les individus se reconnaissent comme membres d'un même ensemble social à travers des façons d'être et des valeurs constitutives d'un patrimoine* »<sup>459</sup>. Ce commun n'homogénéise pas, il permet de gérer l'hétérogénéité. La gestion de cette hétérogénéité est essentielle au « bon » fonctionnement de l'institution, auquel les conseillers semblent attachés. Ni altruiste, ni égoïste, la solution consistant à s'accorder en s'appuyant sur un commun est « équitable ». Elle permet aux conseillers, tout en restant pragmatiques, d'inclure une dimension morale et éthique dans leurs jugements. Le commun est nécessaire, les conseillers en ont

---

<sup>454</sup> Nous reviendrons en détail sur la notion de légitimité. Cf. Chap. 6.

<sup>455</sup> Mintzberg H., *Structure et dynamique des organisations*, Paris, éditions d'organisation, 1998.

<sup>456</sup> Giraud C., Maurines B. (dir.), *Univers privés et publics. Dynamiques de recompositions*, Paris, L'Harmattan, 2000.

<sup>457</sup> Giraud C., *L'intelligibilité du social, Chemins sociologiques*, Paris, L'Harmattan, 1999.

<sup>458</sup> Il est un « *mode de création d'un savoir pratique producteur de processus sociaux de reconnaissance intersubjective (ou de dénominations)* », Giraud C., *L'intelligibilité du social, Chemins sociologiques*, op. cit.

<sup>459</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, Paris, L'Harmattan, collection Logiques Sociales, 2008.

conscience (ce qui relève d'un raisonnement essentiellement instrumental)<sup>460</sup> et permet l'appui sur certaines valeurs transcontextuelles (ce qui relève en grande partie de la rationalité axiologique).

Le commun permet la coordination de l'action des conseillers en introduisant une hiérarchisation de certaines valeurs, partagée par tous. L'entente autour du commun lors du processus de délibération<sup>461</sup> passe donc par l'intégration de ces valeurs par les conseillers ou, au moins, par une mesure du poids de ces valeurs au cours du délibéré. Il est donc question ici de hiérarchisation des fondements de l'argumentation des conseillers. En d'autres termes, si l'accord autour du commun n'est pas immédiat, les arguments avancés par les uns et les autres n'ont pas le même poids : certains arguments sont, pour la formation de jugement, plus recevables que d'autres. Certains sont valorisés tandis que d'autres sont dévalorisés.

Nous reviendrons en détail sur le processus de la délibération prud'homale, ainsi que sur les valeurs constituant ce commun, permettant une coordination des conseillers en délibéré. Nous pouvons cependant déjà préciser que les conseillers coordonnent leurs actions autour de valeurs liées à l'efficacité procédurale de leur juridiction, leur légitimité professionnelle (la connaissance du monde de l'entreprise) et une volonté de réparation des injustices.

Auparavant, il semble nécessaire de revenir sur l'expérience du commun : la normalisation des relations rendue possible par le commun surprend bien souvent les conseillers lors de l'entrée au conseil.

## **1. La normalisation des relations entre conseillers.**

### **1.1. Une entente surprenante ? Les premiers mois aux prud'hommes.**

Un grand nombre des conseillers rencontrés nous ont en effet fait part de leur étonnement lors de leur arrivée aux prud'hommes, surpris par « l'entente » entre conseillers du collègue salarié et du collègue employeur :

*« - Il y a des choses qui vous ont surpris les premiers jours ?*

*- C'est surtout le mode de relation qu'on a établi ou qui existait manifestement déjà avant, qui montrait que... bon, on pouvait travailler correctement même si on n'était pas d'accord ailleurs. Ce qui pour moi était un élément important... »<sup>462</sup>.*

---

<sup>460</sup> Même si le commun peut se créer et exister indépendamment de la volonté des acteurs. Cf. Giraud C., *L'intelligibilité du social, Chemins sociologiques*, op. cit.

<sup>461</sup> Même si, nous le verrons, l'entente autour du commun peut être effective au cours d'autres phases de la procédure prud'homale.

<sup>462</sup> Entretien A11, CE/Activités diverses.

« Moi, même rigoler avec un patron, tu vois, ça me choquait. J'avais jamais fait ça, pour moi, c'était... c'était pas... enfin ça m'a fait drôle. Je ne m'attendais pas à ça du tout, tu vois »<sup>463</sup>.

« Ce qui m'avait surpris, c'est pas tant les dossiers, c'est cette faculté de travailler en bonne harmonie avec nos représentants syndicaux salariés, alors que je m'attendais à des positions plus conflictuelles, plus tendues, et une intelligence des uns et des autres sur une capacité à passer au-delà des étiquettes et à travailler pour le bien commun, c'est-à-dire les gens qui nous ont sollicités pour qu'on trouve une réponse à leurs problèmes en fait. Donc ça, ça m'a surpris. C'est ça qui m'a surpris »<sup>464</sup>.

De manière générale, peu de conseillers ont déclaré avoir été en conflit ouvert avec un conseiller de l'autre collègue. L'entente est, pour reprendre des adjectifs souvent entendus, « cordiale », « bienveillante » ou « adulte ». Seuls 1.69% des conseillers employeurs et 3.66% des conseillers salariés affirment avoir des rapports « plutôt mauvais » ou « très mauvais » avec les membres de l'autre collègue<sup>465</sup>.

« Non, ça va. Je trouve que ça va avec les employeurs. Enfin dans ma section en tout cas, ça va. Attention, je dis pas qu'on va se boire une choppe ensemble à la sortie et tout ça, mais ça va. Par contre, quand y faut contrer ce qu'ils disent, tout ça, ça peut chauffer un peu, mais ça reste euh... normal »<sup>466</sup>.

Cette normalisation des comportements apparaît aux yeux des conseillers comme nécessaire, presque évidente :

« Donc ce qui est bien en fait dans le conseil de prud'hommes c'est qu'on n'a pas la possibilité de se dire... même si on se côtoie très souvent, on fait des affaires donc on écoute les affaires ensemble euh... on n'a pas la possibilité de dire « bon écoute c'est un de mes potes, fais gaffe », c'est impossible parce que c'est quand même... c'est deux et deux hein, deux employeurs deux salariés et euh... et si on s'amusait simplement euh... une seule fois à faire ce genre de truc ça nous retomberait forcément sur le coin de la tête un jour ou l'autre. Donc c'est impossible. On peut pas le faire. Et ça c'est euh... c'est bien »<sup>467</sup>.

Mais les prud'hommes ne sont pas pour autant un lieu « neutre » de « dissimulation des rapports de classe »<sup>468</sup>, mis en valeur par la possibilité d'accords, de consensus. Ils constituent un lieu d'expression de ces rapports sous une forme particulière. L'entente entre les conseillers ne constitue en aucun cas une rupture par rapport à leur appartenance syndicale ou patronale : il ne s'agit pas

---

<sup>463</sup> Entretien C1, CS/Industrie.

<sup>464</sup> Entretien A11, CE/Activités diverses.

<sup>465</sup> Enquête ACI Jeunes chercheurs cit.

<sup>466</sup> Entretien Entretien B19, CS/Industrie.

<sup>467</sup> Entretien A, CS/Activités diverses.

<sup>468</sup> Cam P., *Les prud'hommes, juges ou arbitre ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, Paris, Presses de la FNSP, 1981.

d'euphémiser le caractère parfois conflictuel des rapports entre conseillers salariés et employeurs. Certains conseillers, essentiellement au sein de la section industrie, ont d'ailleurs tenu un discours reposant sur l'appartenance à un collège, pour ne pas dire un discours de classe, comme ce conseiller à propos du délibéré : « *on va au conflit, on doit les contrer* »<sup>469</sup> ou ce conseiller, plus lapidaire, « *moi, les employeurs, je les emmerde* »<sup>470</sup>. Mais, sauf exception, les conflits « exprimés » dont nous avons eu connaissance étaient le plus souvent localisés au niveau d'une personne, et non d'un collège. C'est le cas de ces deux conseillers employeurs en « *guerre ouverte* » avec l'un de leur collègue du collège salarié (président de section dans le premier cas, président de conseil dans le second) :

*« Je dois dire que je n'avais jamais, attention parce que je pèse mes mots quand je dis jamais... Jamais, donc, je n'avais rencontré un abruti pareil. Je reste poli devant vous, hein, mais « abruti », c'est vraiment le mieux que je puisse faire. Je vous le dis comme ça, je suis scandalisé qu'un individu de la sorte puisse être conseiller. C'est une honte pour... les prud'hommes ne peuvent pas abriter des gens comme ça »*<sup>471</sup>.

*« Je ne peux avoir absolument aucune collaboration avec lui. Aucune. C'est pas sa faute. L'économie, il ne sait pas ce que c'est. C'est un niveau même pas CAP, c'est un niveau maternelle. Comment voulez-vous que j'ai une relation avec quelqu'un comme ça, moi, je suis ingénieur. J'ai fait du droit, j'ai fait de l'économie, je ne sais pas comment il a fait, mais il n'a absolument aucune connaissance dans ce domaine-là. Qu'est-ce que vous voulez que je fasse, moi ? C'est pas une critique, je vais lui téléphoner pour le rencontrer vendredi, mais je sais que ça se passera très mal, c'est obligatoire. Moi, je ne peux pas discuter avec quelqu'un qui n'a aucune notion de l'économie nationale et internationale. (Silence) Si la société était figée comme les mérovingiens, je ne sais pas où l'on n'en serait. C'est très compliqué. Vous venez avec une conviction politique, je veux bien, mais c'est pas ça les prud'hommes. C'est pas ça les prud'hommes. (Silence) »*<sup>472</sup>.

Par ailleurs, ces conflits « de personnes » semblent porter, le plus souvent, sur un problème de compétences ou une dénonciation de mandat impératif :

*« Je vous invite à aller voir une audience de mon vice président. Moi, je fais le calme, je réponds aux avocats, je suis président, c'est mon audience, je maîtrise, je fais ce que je veux. Lui, il se laisse complètement faire, il est dépassé »*<sup>473</sup>.

Ainsi, la coordination apparaît comme une nécessité pour permettre à l'institution de fonctionner. Comme des « *associés rivaux* »<sup>474</sup>, les conseillers sont contraints de s'entendre et partager des logiques d'action<sup>475</sup> communes.

---

<sup>469</sup> Entretien A9, CS/Activités diverses.

<sup>470</sup> Entretien A4, CS/Industrie.

<sup>471</sup> Entretien B7, CS/Commerce.

<sup>472</sup> Entretien A6, CE/Industrie.

<sup>473</sup> Entretien A13, CE/Industrie.

<sup>474</sup> Drucker P.F., *La pratique de la direction des entreprises*, Paris, Editions d'organisation, 1958, cit. in Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, Paris, L'Harmattan, collection Logiques Sociales, 2008.

Le taux de départage, indicateur imparfait, permet de mesurer partiellement cette « entente ».

## 1.2. Le départage et la mesure de la conflictualité.

L'indicateur statistique le plus pertinent pour mesurer la conflictualité des relations entre les deux collègues reste le taux de départage, ou de départition<sup>476</sup>, autrement dit le rapport entre le nombre de départition et : 1) le nombre total d'affaires terminées (c'est-à-dire dessaisissant la juridiction) (*Taux A*) ou 2) le nombre total d'affaires ayant fait l'objet d'un délibéré (c'est-à-dire terminées au fond et dessaisissant la juridiction) (*Taux B*).

Il nous semble plus cohérent de retenir le *Taux B*, cet indicateur reflétant le recours au juge départiteur dans une situation où ce recours est possible (le délibéré).

En considérant la période 1983/2007, le taux de départage, au niveau national, semble être relativement stable d'une année sur l'autre, même s'il faut distinguer plusieurs périodes : la période 1983/1990, avec un taux de départition variant entre 13% et 14,5%, la période 1991/1998, avec un taux de départition entre 10% et 12%, et la période 1999/2007, qui voit le taux de départage augmenter significativement (entre 14% et 18,5%)<sup>477</sup>. L'évolution précise de ce taux de départage est consultable en annexe 11.

Mais l'augmentation du taux de départage, ces dernières années, ne traduit pas forcément une augmentation de la conflictualité aux prud'hommes. Elle peut aussi être rapprochée de la modification de la nature des demandes soumises aux CPH sur la même période (augmentation de la contestation du licenciement, par exemple). Si l'on compare les taux de départage en fonction du type d'affaire, c'est la contestation du motif économique de la rupture du contrat de travail qui semble avoir le taux de départage le plus important<sup>478</sup>.

---

<sup>475</sup> Les logiques d'action sont des « *formes de raisonnement latent à propos du travail, des relations aux autres, de l'évaluation, des contraintes et des opportunités* ». Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, op. cit.

<sup>476</sup> Le recours au juge départiteur ne traduit cependant pas toujours, nous le verrons, l'impossibilité de s'accorder lors du délibéré. Dans un nombre réduit de cas, il peut être porté par une difficulté d'ordre juridique que les conseillers ne parviennent pas à surmonter, ou une situation d'indécision (lorsqu'il est impossible aux conseillers de trancher).

<sup>477</sup> S/DSED, Répertoire général in *Infostat Justice*, 1983 à 2007.

<sup>478</sup> Ainsi que la demande d'annulation d'une sanction disciplinaire. Dans sa thèse sur le départage prud'homal, Eryck Schekler a tenté de dégager, par un travail essentiellement statistique, affiné à l'aide d'un modèle jurimétrique, les éléments susceptibles de faire varier le taux de départition. En dehors du type de litige (et, ceci est lié, le motif de la saisine du conseil), Eryck Schekler a estimé significatives les variables relatives à la structure générale et la complexité de l'affaire, ainsi que le fait que le jugement soit rendu en dernier ressort ou non. Ne sont pas significatives selon l'auteur les variables relatives au montant des demandes, les caractéristiques des parties (la présence d'un défenseur syndical, par exemple) ou la structure de la formation de décision. Schekler E., *Le départage prud'homal (théorie et pratique)*, Thèse de droit, Nantes, 2004.

Cependant, rappelons que les jonctions de litiges individuels, appelées séries ou jonctions de dossiers, appellent à manier cet indicateur avec précaution<sup>479</sup>. Comme nous l'avons vu, une seule décision de départage peut renvoyer l'ensemble des affaires individuelles en audience de départition, ce qui peut vider ce taux de sa signification.

On pourrait penser que la nécessité de se coordonner, au moment du délibéré du moins, est relative, du fait de la possibilité du départage. Mais le recours au départage, s'il peut être stratégique ou basé sur un refus du compromis, nous le verrons, est aussi un aveu d'incompétence, voire d'impuissance, ou un constat d'échec du processus de normalisation. Le taux de départage touche directement la légitimité de l'institution, sa raison d'être<sup>480</sup>. Eryck Shekler, avocat et auteur d'une thèse de droit sur le départage prud'homal, parle, au sujet de la départition prud'homale, de « *déni de justice* » : « *Au sens d'un manquement au devoir, dans un délai raisonnable, les conseillers prud'homaux ne rendent pas la justice qu'ils doivent aux parties* »<sup>481</sup>.

La plupart du temps, le départage est effectivement vécu comme un échec<sup>482</sup>. Les conseillers rencontrés ont tous mentionné et valorisé, sans exception, le faible taux de départage de leur section lorsque c'était le cas. De ce fait, la possibilité du départage ne constitue qu'une ressource à mobiliser pour les cas les plus extrêmes. Dès que cela est possible, les conseillers font « l'économie » de ce départage. Il y a donc, en matière prud'homale, un enjeu décisionnel, une nécessité de trouver une solution.

« *C'est comme le vieux couple qui est forcé de vivre ensemble et de s'entendre, cette affaire là* »<sup>483</sup>.

« *Bien sûr, si on est là et qu'on se dit que le gars qu'est en face de moi, c'est un fasciste qui pense à exploiter son personnel, c'est même pas la peine qu'on vienne, on nie le caractère même de notre mission* »<sup>484</sup>.

« *Si je me comportais uniquement en conseiller employeur avec des a priori sur le syndicalisme salarié et déniait toutes euh... ben j'aurais en face de moi des syndicalistes salariés qui renforceraient dans leurs convictions et leurs certitudes* »<sup>485</sup>.

---

<sup>479</sup> Cf. Chap 1 (2.1.)

<sup>480</sup> Dans sa thèse, Hubert Rozes évoque les conséquences de l'augmentation du taux de départage en ces termes : « *N'assisterons nous pas dans ce cas à un blocage de l'institution qui conduira le législateur à instituer en France l'échevinage ?* ». Rozes, H., *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse de droit, Paris Nord, 1986.

<sup>481</sup> Schekler E., *Le départage prud'homal (théorie et pratique)*, op. cit.

<sup>482</sup> Par ailleurs, nous avons évoqué plus haut le déficit de légitimité judiciaire de l'institution : le recours au départage, notamment, ou la production de discours conflictuels entre collèges renforce ce déficit.

<sup>483</sup> Entretien B2, CS/Encadrement

<sup>484</sup> Entretien A17, CE/Commerce.

<sup>485</sup> Entretien A5, CE/Commerce.

La notion d'euphémisation des conflits aux prud'hommes a été mise au centre de l'analyse de Laurent Willemez et Hélène Michel. Elle apparaît aux yeux des conseillers comme « *une nécessité pour permettre à l'institution de fonctionner* »<sup>486</sup>. On ne peut contester, en effet, cette euphémisation, qui nous semble cependant essentiellement constituer une conséquence du partage de valeurs communes. Il s'agit moins d'adopter, consciemment, une posture visant à atténuer l'appartenance à un collège que de s'appuyer sur un commun, éventuellement s'en détacher dans certaines circonstances, afin de permettre à la juridiction d'être fonctionnelle tout en restant fidèle à certaines valeurs. Par ailleurs, la relation entre les conseillers n'est que potentiellement conflictuelle, elle ne l'est pas dans tous les cas. Dès lors, la coordination entre les conseillers ne peut s'expliquer sous l'angle d'une volonté d'euphémisation des conflits. L'euphémisation résulte de cette coordination. Il en est de même pour la « *dépolitisation* »<sup>487</sup> ou les « *représentations désyndiquées* »<sup>488</sup> des conseillers.

### 1.3. La stigmatisation des pratiques « déviantes »

Cette recherche de normalisation des comportements, qui vise donc un certain conformisme, a pour revers une stigmatisation des conseillers n'entrant pas dans ce cadre. Les pratiques susceptibles d'entraîner un blocage de la procédure, les conseillers « *faisant de l'obstruction* »<sup>489</sup>, ou, sans même aller jusque là, les conseillers ne respectant le principe de « *cordialité* » des relations, sont ainsi stigmatisés au sein de la section, voire du conseil. Les conseillers entrant dans cette logique se retrouvent vite isolés ou démissionnent :

*« Donc, un conseiller prud'homal qui ne vient pas en délibéré avec une vision de juge, il est en échec. D'une part parce qu'il va se trouver très vite isolé. Il va se retrouver avec trois personnes qui n'ont pas cette vision. C'est déjà arrivé. En général ils démissionnent au bout de quelques mois, parce qu'ils ne s'y retrouvent pas. Ils n'arrivent pas à concevoir autrement, ils sont dans cet isolement »*<sup>490</sup>.

En dehors de la procédure relative au mandat impératif, les présidents de conseil ou de section sont les acteurs les plus compétents à ce sujet. Sans pouvoir de sanction, ils peuvent néanmoins provoquer une réunion de section ou s'entretenir, plus ou moins formellement, avec les conseillers « *déviantes* ». C'est le cas de ce conseiller salarié, président de section, évoquant une conseillère du collège employeur ayant démissionné depuis :

---

<sup>486</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

<sup>487</sup> Ibid.

<sup>488</sup> Ibid.

<sup>489</sup> Entretien B2, CS/Encadrement.

<sup>490</sup> Entretien B15, CS/Commerce.

« Mais bornée, têtue quoi, pas moyen de lui expliquer que ceci ou ça quoi. Et puis bon, le courant était pas très bien passé euh... même les premières fois où elle était venue euh... délibérer avec nous, bon j'avais rédigé un petit truc et puis euh... et puis donc elle avait pris le papier et elle avait souligné mes fautes (rires). J'ai apprécié hautement (rires). Alors bon, c'est des trucs comme ça qui euh... qui m'avait... et pourtant après, je veux dire, j'étais hyper content de travailler avec elle parce que c'était quelqu'un quand même qui euh... qui avait le sens du droit, c'est clair. Mais qui avait pas la... elle savait pas euh... je sais pas, elle savait pas s'exprimer quoi je vais dire. Moi je dis y'a des trucs attendez... les fautes euh... je dis « je suis pas à l'école hein, je vous dois rien ». Alors que c'est sûr, ça froisse au départ et puis après on oublie, on se dit bon de toute façon je m'en fous, le principal c'est que le jugement soit fait, rendu et bien rendu. Mais bon on a eu des petits problèmes de heurts comme ça et quand c'est comme ça ben effectivement en tant que président on se dit « aller on provoque une réunion de section, on sollicite l'avis de chacun et on tranche, on prend une décision » hein. Et puis madame B., elle a pas apprécié la décision qui a été prise et elle a démissionné. C'est dommage, mais bon... mais ça arrive hein. Sinon en général, je vous dis, ça se passe bien »<sup>491</sup>.

C'est aussi le cas de ces deux présidents de conseil, rencontrant des difficultés dans l'une de sections de leur conseil :

« En ce moment, j'ai une section qui me pose problème parce que ils n'arrivent pas ... quand ils se retrouvent ensemble, et ben, ça va pas quoi. Ils se positionnent, ils campent dessus, on ne s'en sort pas. C'est très mauvais pour la Prud'homie. D'une part, ça génère des départages (les statistiques montent), le juge départiteur, ça l'oblige à venir plus souvent, moi de ce côté là, ça ne me satisfait pas. Je suis en train de travailler sur des rencontres plus fréquentes dans le conseil. Si y'a pas moyen de faire comprendre qu'il vaut mieux se retirer quand c'est comme ça, je n'exclus pas de mettre en œuvre le pouvoir disciplinaire qui m'est donné. On ne peut pas à mon sens être juge prud'homal et avoir ce côté impartial »<sup>492</sup>.

« Mon rôle à moi, en tant que président de conseil, c'est aussi de sanctionner les conseillers faisant de l'obstruction à tous les délibérés, parce que c'est pas possible, sinon... les gens comme ça, on peut rien faire avec »<sup>493</sup>.

Bien évidemment, ce n'est pas la revendication d'une identité de collègue qui est sanctionnée de la sorte. Il s'agit de respecter les conseillers de l'autre collègue, de ne pas bloquer le fonctionnement de la procédure, de savoir gérer une audience lorsque l'on est président d'audience. Parallèlement, l'insuffisance au niveau des compétences juridiques, mais aussi, par exemple, au niveau des connaissances économiques, des capacités d'abstraction, d'argumentation, semble être secondaire. Cette insuffisance est secondaire tant qu'elle s'accompagne d'un retrait relatif du conseiller, lors du délibéré par exemple, et que ce dernier n'occupe aucun poste de présidence. Ce retrait est rendu possible par la prise en charge de la rédaction du jugement par un seul conseiller, souvent le président d'audience. L'institution prud'homale est une juridiction non professionnelle, constituée de juges élus, il faut ainsi « accepter tous les profils »<sup>494</sup>, la formation étant censée réduire les « écarts » :

---

<sup>491</sup> Entretien A4, CS/Activités diverses.

<sup>492</sup> Entretien C3, SE/Industrie.

<sup>493</sup> Entretien D2, SE/Encadrement.

<sup>494</sup> Entretien B31, CE/Commerce.

*« Parfois, je me demande, je me pose la question de savoir s'il ne serait pas plus simple de nous faire passer une sorte d'examen, pour nous permettre de filtrer un peu les profils. Mais à la réflexion, je trouve ça bien, je veux dire, je ne fais pas de la langue de bois, pas du tout, je trouve ça bien qu'il y ait à nos côtés des ouvriers, des boulangers, des chauffeurs de taxi. Je la trouve belle, moi, cette justice, c'est le peuple par le peuple. Je vous assure, je le pense vraiment. Maintenant, il y a quand même de sacrés loulous, c'est le problème... Alors du coup, je me demande s'il ne faudrait pas travailler du côté de la formation, nous obliger à assister aux formations, je ne sais pas, je réfléchis »<sup>495</sup>.*

Même si certains conseillers semblent un peu amers par rapport aux collègues qui les « embrouillent avec leur droit »<sup>496</sup>, il semble que la connaissance du droit du travail et la maîtrise des techniques juridiques soient, dans l'ensemble, des compétences respectées et valorisées. Ceci rend possible le retrait « relatif » évoqué plus haut.

Cet aspect nous amène à évoquer un des problèmes majeurs rencontrés par la juridiction, qui est celui du rôle joué par les OSP pour l'élection des présidents de conseil et de section. Ces derniers, bien qu'ils ne disposent que de pouvoirs très réduits, jouent un rôle relativement important dans le contrôle de l'adhésion des conseillers aux normes relationnelles en vigueur au sein de la juridiction. Or, nous l'avons évoqué, les OSP jouent un rôle prépondérant dans l'élection de ces présidents, qui sont choisis en fonction de leur ancienneté ou, surtout, de leur implication au niveau syndical et patronal. Ceci entraîne l'élection de présidents aux profils et compétences très variées, comme l'explique ce greffier :

*« - L'année dernière, on n'a rencontré aucun problème avec les deux [le président et vice-président de conseil], tout allait bien, il y avait vraiment une volonté de faire marcher le conseil, c'était des gens cultivés, etc. Mais cette année, c'est du grand guignol. Je ne veux pas porter de jugement de valeur, ce n'est pas mon rôle, mais quand même, je me dis que c'est quand même aberrant que ces personnes soient présidents. Ce sont des gens bien, hein, mais pas des présidents. C'est le problème avec l'élection, depuis le début c'est ça, et le pire c'est qu'on le sait à l'avance, mais il n'y a rien à faire.*

*- Quand vous dites, « c'est le problème de l'élection »...*

*- (me coupant) ben oui, c'est le problème avec tous ces arrangements de dessous de table pour choisir le président. Enfin, là, je m'emporte un peu, je n'aime pas trop parler comme ça. Mais je ne pense pas être dans l'excès quand je dis que tout ça, c'est un peu... souterrain. Ce que je veux dire, c'est qu'on sait tous comment ils sont élus »<sup>497</sup>.*

Ceci explique le fait que les conflits dont nous avons eu connaissance, au cours de nos entretiens, concernaient plus fréquemment des présidents ou vice-présidents de section ou de conseil.

La notion de réputation est liée à l'idée de stigmatisation des pratiques déviantes. Le conseiller étant dans une posture d'affrontement systématique avec les conseillers de l'autre collègue

---

<sup>495</sup> Entretien B31, CE/Commerce.

<sup>496</sup> Entretien B1, CS/Industrie.

<sup>497</sup> Entretien G3.

ne sera pas crédible, par exemple, pour la négociation. Car cette pratique de négociation, que nous préciserons au chapitre suivant, n'est acceptée que lorsqu'elle se base sur des arguments acceptables. En d'autres termes, les deux collègues peuvent avoir des conceptions différentes, par exemple, de la nature réelle et sérieuse de la cause d'un licenciement, mais la discussion doit reposer sur des arguments crédibles. Or, le non respect de ces normes de comportement consistant à s'entendre sur des valeurs communes peut engendrer ce qui sera perçu comme de la « mauvaise foi » dans l'argumentation. Les conseillers, face à la « mauvaise foi », peuvent se retirer du « jeu » en préférant à ce type de négociation le recours au départage.

#### 1.4. La transmission des pratiques et normes de comportement

L'arrivée des nouveaux conseillers est un enjeu important : de la confrontation des modèles culturels et identitaires doit résulter une adhésion aux valeurs portées par l'institution. Cette arrivée semble relativement brutale et vécue comme telle par de nombreux conseillers. Ceci nuit, selon Henry Helfre, président du Tribunal d'instance de Saint-Etienne, au fonctionnement de l'institution : « *Il faut préciser, sinon révéler, que les conseils de prud'hommes sont en grande partie désorganisés dans les périodes suivant les élections (tous les 5 ans pendant 6 mois environ)* »<sup>498</sup>. La pré-formation des conseillers, demandée par un certain nombre d'acteurs des OSP et de la justice professionnelle, est à ce jour toujours refusée par le ministère du travail.

Les conseillers sont ainsi nombreux à regretter leur « parachutage », sans aucune formation préalable, aux prud'hommes :

*« Ben mon premier jour j'étais mal à l'aise parce que je devais présider une conciliation et j'en avais jamais fait. C'était la première fois. Donc là, j'étais pas très à l'aise, mais j'ai surtout écouté l'employeur qui m'a remplacée [...] et puis euh ben surtout j'ai écouté, j'ai noté, et le premier délibéré, j'ai beaucoup été à l'écoute de ce que les gens disaient, comment ils appréhendaient les choses, notamment... et j'ai regardé les dossiers avant, pour essayer de me faire une idée aussi de mon côté, mais euh ça a pas été évident. Ça a pas été évident donc les premières fois je pense qu'il faut être humble en disant je sais rien, je sais rien. J'étais plus attachée à écouter les gens, les laisser discuter et voir le pourquoi de leurs positions en fait. Et à quoi ils rattachaient, aux textes de loi, comment et cetera, essayer pour bien essayer d'apprendre le raisonnement, de se fier à la lettre de licenciement, toutes les choses comme ça. Au début on ne peut apprendre que comme ça, c'est-à-dire qu'on a surtout pas la science infuse. Et faire confiance aux autres »*<sup>499</sup>.

*« Moi, quand j'ai rentré pour la première fois au tribunal, je me suis dit « qu'est-ce qui m'arrivait ? », quoi, je me suis retrouvé de l'autre côté de la barre. Rendez-vous compte, une autre personne qui vient, un demandeur qui vient pour la première fois, il veut se défendre tout seul, devant nous qu'on est en face devant des avocats, l'effet que ça lui fait... Alors*

---

<sup>498</sup> Helfre H., « Conseils de prud'hommes : pour en finir avec le moyen-âge. Est-il urgent d'attendre ? », *La gazette du Palais*, 23 octobre 1999.

<sup>499</sup> Entretien A2, CS/Encadrement.

rendez-vous compte pour nous, on est de l'autre côté pour la première fois, et quand on a à côté de nous les avocats, on se demande ce qui va nous arriver. Vous voyez l'effet que ça fait, quoi »<sup>500</sup>.

« Les premières audiences, ça a été carrément l'horreur. Je suis rentré là, je vois tous ces gens, je me disais : « mais qu'est ce que je vais bien pouvoir faire ? ». Je ne savais même comment il fallait que je sois, que je me comporte, je veux dire. Ça va vous faire rire, mais je ne savais pas s'il fallait que je sois détendu, sourire, ou bien avoir un air sérieux, comme ces juges des séries américaines (rires). Du coup, j'étais tout crispé. Mais bon, j'ai regardé les autres, et puis petit à petit, c'est venu. Mais bon, je ne me la ramenait pas, hein (rires) »<sup>501</sup>.

L'apprentissage de la « bonne » posture, de l'attitude « correcte » ou des types « acceptés » de rapport aux autres se réalise en grande partie par mimétisme, selon l'effet que Boudon appelle l'effet Feldman-Simon (le sujet social aura tendance à imiter un modèle qu'on lui demande de reproduire). L'imitation des modèles s'inscrit dans les mécanismes d'apprentissage.

Cette « socialisation » prud'homale, comme toute socialisation, repose également sur l'évaluation des limites (« Jusqu'où puis-je aller ? »). Pour le reste, et notamment l'apprentissage des compétences techniques et des modes de raisonnement « juridiques », les conseillers, s'ils apprennent également beaucoup de leur collègues conseillers, s'appuient sur les relations professionnelles, syndicales ou amicales qu'ils ont nouées avant leur élection<sup>502</sup>.

A ce sujet, il nous est difficile de nous prononcer sur une éventuelle « culture » de la consultation entre les juges. Dans quelle mesure les conseillers partagent-ils leurs compétences ? Dans quelle mesure consultent-ils des conseillers n'appartenant pas à leur formation de délibéré ou de référé lorsqu'ils rencontrent des difficultés à produire leur jugement ? Il nous est difficile de l'évaluer, car les conseillers, dans leur discours, ont tendance à nier ce genre de pratiques en raison de la règle du secret du délibéré. Minimisent-ils ce genre de pratiques, interdites en théorie, ou n'ont-ils pas du tout cette « culture » de la consultation ? S'ils reconnaissent un peu plus fréquemment se tourner vers leur OSP en cas de problème, « en évoquant juste le problème de droit, pas l'affaire ni les personnes »<sup>503</sup>, seule une poignée de conseillers nous ont affirmé se tourner vers leurs collègues d'une autre formation (l'anonymisation de l'affaire étant plus délicate et les conseillers ne connaissant pas bien, généralement, les conseillers des autres sections), en précisant qu'il s'agissait d'une pratique exceptionnelle et réservée aux cas relatifs à l'expertise professionnelle :

---

<sup>500</sup> Entretien A4, CS/Industrie.

<sup>501</sup> Entretien C2, CS/Industrie.

<sup>502</sup> Brugnot T., Porte E., « La transmission du savoir-faire prud'homal : formation syndicale et rôle des pairs », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>503</sup> Entretien D1, CS/Commerce.

*« Oui, je me suis tourné vers G., je savais qu'il connaissait ces histoires de fermeture de caisse, tout ça, c'était son domaine. Il m'a tout de suite dit « ben non, c'est pas possible, il est en train de te berner, là, le gars ». Moi, je trouve ça normal qu'on demande des conseils aux gens qui s'y connaissent »<sup>504</sup>.*

Ainsi, si l'on peut éventuellement parler de mutualisation des expériences, notamment par le biais des conseillers les plus anciens aidant les nouveaux venus, la mutualisation des compétences n'est pas avérée.

Cette normalisation des relations est ainsi portée par des valeurs partagées par les conseillers, telles la notion d'efficacité de la procédure.

## **2. L'attention portée à l'efficacité procédurale de la juridiction**

Il convient d'abord de préciser ce que nous entendons par « efficacité procédurale » de la juridiction. La notion renvoie d'abord à la fluidité de la procédure. Elle se lit en terme de délais (délais total de la procédure et, par là même, délais entre chaque étape de la procédure). Il s'agit ici de proposer un délai « acceptable » au justiciable entre la saisine et le moment où le jugement est rendu. La notion se comprend également en termes de valorisation de chaque étape de la procédure. La juridiction doit proposer une tentative de conciliation qui ne soit pas une simple formalité et, en cas d'échec ou de référé, produire des jugements sans recourir systématiquement au juge départiteur<sup>505</sup> (ceci rallongeant par ailleurs les délais<sup>506</sup>). Dit autrement, il est nécessaire de prendre soin de ne pas bloquer ou rallonger inutilement la procédure. Il s'agit, enfin, de produire des jugements qui soient « crédibles », c'est-à-dire susceptibles de résister à l'appel ou à la cassation. Il n'est pas tout à fait question ici de la « qualité »<sup>507</sup> des décisions rendues, plutôt de leur « valeur » en cas d'appel ou de cassation. On ne peut en effet parler d'efficacité procédurale si toutes les décisions sont infirmées par les juridictions supérieures. Il s'agira ainsi ici d'utiliser les mêmes « références » que les cours d'appel et la cour de cassation, de se conformer aux « normes judiciaires » :

*« Mais ce qui est amusant c'est de trouver la bonne formulation pour que tout le monde soit d'accord. C'est de se dire : « là tu dis ça, ça veut dire que.... » C'est de se poser la question, si on écrit ça, est-ce que la cour d'appel va nous comprendre ? »<sup>508</sup>*

---

<sup>504</sup> Entretien B26, CS/Industrie.

<sup>505</sup> Cette limitation du recours au départage n'est cependant pas uniquement liée à la recherche d'efficacité procédurale, nous le verrons.

<sup>506</sup> De 8 mois, en moyenne. Schekler E., *Le départage prud'homal (théorie et pratique)*, Thèse de droit, Nantes, 2004.

<sup>507</sup> Ou alors selon une conception particulièrement étroite de la « qualité » d'un jugement juridictionnel.

<sup>508</sup> Entretien A10, CE/Commerce.

Ce conformisme est nécessaire à l'autonomie des conseillers. On retrouve ainsi ici des valeurs relatives à la « responsabilité » des conseillers envers le justiciable, mais aussi une rationalité plus instrumentale, relative à la « gestion » du contentieux<sup>509</sup>.

Les conseillers sont en effet très attentifs au fonctionnement de leur conseil et en connaissent bien souvent les différents indicateurs d'activité (taux de départage, nombre de conciliations, délais moyen de traitement d'une affaire, nombre de validations ou d'invalidations en appel ou cassation...). Au cours des entretiens, ces statistiques ont fréquemment été mises en perspective avec d'autres indicateurs locaux ou nationaux. Souvent même, ce sont les chiffres de la section d'appartenance du conseiller qui ont été comparés à ceux du conseil. Nous avons pu le constater par l'intermédiaire de ces petites phrases, récurrentes : « *on est dans la moyenne* », « *par rapport au conseil, on est...* » ou « *quand on voit le niveau national...* ». C'est le cas pour ce conseiller soucieux de valoriser l'attitude et le travail des conseillers de sa section :

*« Bon, effectivement, on ne peut jamais être satisfait du taux de conciliation, mais il faut quand même dire, je parle pour ma section, que de gros efforts sont faits. Vraiment. On s'est mis d'accord, on se dit qu'il faut y aller avec la niaque, qu'y aller passivement, ça sert à rien. Il y a une réelle volonté, vraiment. Et je sais que c'est pas le cas dans toutes les sections. Nous, on a fait 7 conciliations sur une petite soixantaine d'affaires. C'est déjà pas si mal »*<sup>510</sup>.

Ainsi, cette mobilisation autour de l'idée d'efficacité de la procédure conduira les conseillers à adopter une posture particulière lors des audiences et en délibéré. Elle les amènera par exemple à regretter la multiplication des demandes de renvois par les avocats :

*« Quand je vois le nombre de renvois, ça me révolte. En attendant, y'a le salarié qui attend d'être jugé pour nourrir ses gosses »*<sup>511</sup>.

Il s'agira également de prendre en compte cette idée d'efficacité procédurale lors de l'élaboration des jugements<sup>512</sup>, de respecter les contraintes inhérentes à l'inscription de la juridiction dans l'ordre judiciaire<sup>513</sup>. Les propos de ce conseiller sont à cet égard explicites :

*« Je ne peux pas dire que parfois, c'est vrai, on est tous persuadé de la bonne foi de telle ou telle personne. Mais il y a que... que... on ne fait pas toujours ce qu'on veut ! Quand il n'y a pas de preuves, il n'y a pas de preuves [...] Parce qu'il faut encore, après, que ça tienne la route en appel »*<sup>514</sup>.

---

<sup>509</sup> On retrouve ici une vision fonctionnaliste des comportements et représentations partagées par les conseillers, mais nous verrons plus loin que la rationalité portant ces comportements n'est bien entendu pas toujours de type conséquentialiste.

<sup>510</sup> Entretien A22, CS/Industrie.

<sup>511</sup> Entretien B1, CS/Industrie

<sup>512</sup> Notamment par l'évitement de la départition.

<sup>513</sup> Notamment en ce qui concerne le maniement du droit, sur lequel nous reviendrons, les conseillers étant contraints par la nécessité de résister à l'appel.

<sup>514</sup> Entretien B28, CE/Encadrement.

Ainsi, les conseillers tendent à adopter une vision fonctionnelle de leur activité de jugement. Dans leur intérêt et dans celui des justiciables, la juridiction doit être efficace. Mais cette attention portée à l'efficacité procédurale ne constitue pas la seule variable susceptible d'amener, pour reprendre un terme d'Evelyne Serverin, une « *cohésion fonctionnelle* ». Les conseillers trouvent également du commun à travers leur inscription dans le monde professionnel.

### **3. L'expertise professionnelle**

La complexité des tâches accomplies par les conseillers prud'hommes nécessite la mobilisation de compétences multiples. Juridiques, certes, mais également gestionnaires, économiques, etc. L'expertise des conseillers relative à leur inscription dans l'univers professionnel se comprend ainsi en termes de compétences que l'on pourrait qualifier de « techniques », mais également en termes de connaissance des pratiques managériales, des conditions de travail, et d'implication au niveau local.

#### **3.1. La compétence technique**

Au XIX<sup>ème</sup> siècle, les questions du métier et de la « spécialité » des conseillers font l'objet de nombreux débats : « *Qui pourra s'empêcher de rire en voyant juger des contestations d'horlogerie par un chaudronnier, le brossier ou le cordier en face du maître imprimeur, l'éperonnier arbitré par le fabricant de papier peints, ou l'ouvrier faïencier par le maître brasseur ?* »<sup>515</sup>. En 1979, le législateur a voulu consacrer aux prud'hommes une identité principalement professionnelle en introduisant de manière formalisée les sections au sein de chaque conseil.

Depuis, les conseillers prud'hommes peuvent mobiliser, grâce à cette répartition par sections, de nombreuses compétences spécifiques à leur activité professionnelle.

Ils peuvent ainsi caractériser assez rapidement les faits relatifs à une affaire. L'appui fréquent sur leur expérience professionnelle en délibéré (voire en bureau de jugement), ainsi que le respect des expertises réalisées par leurs collègues de formation, sont à même de les rassembler. En effet, leur connaissance du monde de l'entreprise peut permettre d'éviter la division quant à l'examen des moyens de fait. Mais, surtout, elle permet d'accroître la légitimité des conseillers, notamment aux yeux des avocats qui adaptent souvent leur plaidoirie en conséquence, tout particulièrement en ce qui concerne les aspects techniques d'un litige. Il n'est pas rare d'entendre un avocat demander au cours

---

<sup>515</sup> L'atelier, septembre 1846, cit. in. Lemerrier C., « Comment peut-on être prud'hommes ? Les facettes du mandat à Paris avant 1870 », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

de sa plaidoirie aux conseillers de le corriger en cas d'erreur de sa part. Certains avocats parfois hésitants sur un point technique n'hésitent d'ailleurs pas à demander de l'aide aux conseillers. A l'inverse, il arrive fréquemment que les conseillers posent certaines questions très précises, ce qui déstabilise parfois les avocats. Bien souvent, ces compétences sont fièrement affichées par l'intermédiaire de cette petite phrase, souvent entendue lors des audiences en bureau de jugement : « ça, je connais bien... ». Il semble exister un certain consensus autour de l'idée que le juge et le justiciable doivent être aussi proches que possible dans leur spécialité :

*« Je vais peut-être mieux juger [...] parce que je travaille dedans. C'est comme par exemple le salarié qui doit aller sur son chantier avec son véhicule personnel ou alors qu'il doit y aller avec le véhicule de l'entreprise. Ce n'est pas de la même façon. Il va avec le véhicule de l'entreprise, il va être payé comme salarié sur son salaire. Il va avec son véhicule, il est payé en trajet. Donc c'est des choses, c'est seulement quand on travaille dans le bâtiment qu'on sait. [...] Il y en a qui travaillent en déplacement dans leur entreprise, mais c'est pas la même chose, ce n'est pas la même convention. C'est ça qui est intéressant. Comme un juge professionnel, par exemple, il ne travaille pas sur les chantiers ou dans les usines. Donc il ne sait pas les problèmes qu'il peut y avoir »<sup>516</sup>.*

Les conseillers peuvent mobiliser ces compétences afin d'insérer les litiges dans un contexte socioprofessionnel particulier. Il existe une jurisprudence assez célèbre à propos d'un salarié qui avait employé le terme « enfoiré » en parlant à son chef de service. Ce salarié avait été licencié. Le conseil de prud'hommes avait estimé que l'on ne pouvait considérer que ce mot justifiait une faute, parce que l'incident s'était produit dans un secteur professionnel, le bâtiment, où le vocabulaire est généralement plus vigoureux que dans un cabinet d'experts comptables<sup>517</sup>.

Précisons que ces compétences d'ordre « technique » sont assez variables en fonction des sections. Il existe en effet une grande diversité dans la nature des affaires traitées par les sections activités diverses ou encadrement. Par ailleurs, la formation de référé ne tient pas compte de l'affectation des conseillers par section. Enfin, les conseillers n'ont pas toujours à juger des affaires qui concernent directement leur corps de métier, ce qu'ils regrettent :

*« - On est aussi assez souvent confrontés au problème de transport, euh de transporteurs, de routiers... Et là c'est très très complexe, c'est une législation très lourde. Il y en aucun qui dans le bureau... je dis ça parce que les dernières affaires de cour d'appel que j'ai eues, c'était des affaires de transporteur et euh qui venaient infirmer une partie du jugement et euh... Et alors sur le coup on se dit : « ils exagèrent », mais après quand on regarde bien on se dit : « Ben ouais mais c'est quand même une analyse plus fine que nous de la législation des transports. » Enfin moi c'est ma hantise les affaires de transporteurs. Parce qu'ils demandent systématiquement des heures supplémentaires. Je comprends pas d'ailleurs qu'il y ait pas une section spécialisée. Il y a beaucoup de petites entreprises, de transport. Les petites entreprises elles génèrent quand même des prud'hommes assez réguliers, parce que les mecs ils sont un peu plus sanguins, ils sont un peu moins conseillés, enfin et cetera.*

*- Et il n'y a aucun conseiller issu du transport ?*

---

<sup>516</sup> Entretien A4, CS/Industrie.

<sup>517</sup> Linhart V., *Enquête aux prud'hommes*, Paris, Stock, 2000.

- A ma connaissance non, pas en commerce. Enfin c'est la section commerce. Moi j'aurais tendance à dire : « mettez ça en activités diverses et trouvez des conseillers qui viennent des transports » parce que c'est vraiment particulier les transports. Après il y a aussi le nettoyage qui est aussi un peu particulier parfois. Mais à la limite c'est des problèmes d'horaires et d'affectations de chantiers, donc c'est toujours un peu les mêmes problèmes qui reviennent »<sup>518</sup>.

« Vous... voilà. Vous allez euh... un boucher va dire « ouais mais attention il m'a abîmé le morceau de viande », etc. il va commencer à expliquer comment il le découpe, il affute son couteau, etc. Seul un boucher peut le savoir donc quand le juge est un boucher il va dire « attends, là t'as pas bien fait euh... tu ferais mieux de calmer un peu les choses » euh... ou « là t'aurais peut-être pas dû t'y prendre comme ça », etc. Donc y'a une discussion d'homme de métier à homme de métier. Nous, on est un peu trop lointain là-dessus parce que on juge des affaires venant d'un peu partout »<sup>519</sup>.

Tout ceci nous conduit ainsi à nuancer nos propos. Mais cette valorisation de l'inscription des conseillers dans le champ professionnel ne résulte pas seulement de ces compétences techniques. Car les conseillers, s'ils ne peuvent pas toujours mobiliser ces compétences spécifiques acquises à travers leur activité professionnelle, connaissent surtout très bien le monde de l'entreprise.

### 3.2. La connaissance des pratiques managériales et des conditions de travail

« Nous ne sommes pas dupes, nous connaissons le fonctionnement d'une entreprise ». Cette phrase, récurrente au cours des entretiens, illustre la mise en avant par les conseillers de leur capacité à saisir les réalités, les nuances du monde du travail. Ces compétences sont développées, d'abord, au cours de leur parcours professionnel, mais aussi syndical et prud'homal.

Les conseillers connaissent les pratiques développées par les directions de ressources humaines. Ils savent comment se « monte » un dossier de licenciement. Ils reconnaissent les pratiques visant, par exemple, à mettre à un coût à certains licenciements que les DRH eux-mêmes savent abusifs<sup>520</sup> :

« Quand on voit l'affaire T., par exemple, je peux en parler parce que c'est terminé, et bien c'est évident qu'ils savaient que... le licenciement ne tiendrait pas la route. L'avocat est une pointure et... enfin, je suis certain qu'ils savaient. Mais ils s'en foutent, il préfère licencier, quitte à payer après. L'avocat, il était là pour faire baisser ce qu'ils devaient. Alors forcément, dans ces cas là, on a moins de... enfin ce que je veux vous dire, c'est que c'est évident, comme le nez au milieu de la figure »<sup>521</sup>.

---

<sup>518</sup> Entretien A10, CE/Commerce.

<sup>519</sup> Entretien A13, CE/Industrie.

<sup>520</sup> On retrouve ici une des théories centrale du mouvement Law and Economics, pour qui les règles de droit reviennent à imposer un prix à certaines actions.

<sup>521</sup> Entretien B22, CS/Commerce.

Les conseillers connaissent l'écart entre le travail réel et le travail prescrit, les pratiques de certains salariés « planqués », ils sont conscients que les salariés sont parfois mis dans des situations impossibles. Ils invoquent parfois ces compétences pour justifier leurs « intuitions » :

*« Je sais quand même reconnaître le profiteur du salarié honnête. Je les repère tout de suite, ces gens là. Il faut pas abuser, des gars comme ça, j'en ai vu passer des tonnes »<sup>522</sup>.*

Les conseillers valorisent leur appartenance au monde professionnel, reniant par là même l'aptitude des magistrats de carrière :

*« Nous, on n'est pas assis toute la journée avec une robe noire, à bailler, on a les mains dans la graisse, on est sale, on sue, on sait ce que c'est que le travail à l'usine »<sup>523</sup>.*

L'expertise professionnelle des conseillers se comprend également en termes d'implantation au niveau local.

### **3.3. L'implantation locale des conseillers**

L'institution prud'homale s'inscrit dans une pluralité d'espaces sociaux localisés. Aucune structure centralisée n'est clairement identifiable. L'institution prud'homale se comprend ainsi conseil par conseil, voire section par section et formation par formation. Les conseillers revendiquent cette inscription locale, leur permettant d'évaluer le contexte socio-économique dans lequel évoluent les entreprises qui se présentent devant eux :

*« Comment voulez-vous, je le connais bien ce coin, ma sœur y a habité pendant des années. Comment voulez-vous ramener des clients là bas, maintenant ? Le gars s'est complètement planté, mais il ne pouvait pas savoir comment ça allait évoluer. [...] Maintenant, il doit licencier. Moi, en tant que conseiller, je ne peux pas l'accabler parce que le quartier dans lequel se trouve sa boutique est devenu infréquentable »<sup>524</sup>.*

Ceci ne se limite pas aux discours. On retrouve ainsi parfois dans les motivations de jugements rendus par les conseillers des références à cette implantation locale :

*« Attendu qu'il apparaît fondé de considérer le magasin de Ville A comme « sensible », ce que la défenderesse ne conteste pas, et que Monsieur A. a dû licencier trois salariés pour vol ; »<sup>525</sup>*

---

<sup>522</sup> Entretien B28, CE/Encadrement.

<sup>523</sup> Entretien A21, CE/Industrie.

<sup>524</sup> Entretien A18, CS/Commerce.

<sup>525</sup> RG N°F 02/00151

*« Il apparaît au conseil que les conditions de cette clause de non concurrence sont de nature à empêcher Monsieur V., cuisinier de son état, de retrouver un emploi compte tenu que dans l'agglomération lilloise les restaurants, et plus précisément ceux de même spécialité que L., sont, pour l'essentiel, concentrés dans un rayon inférieur à celui indiqué dans ladite clause de non concurrence. »<sup>526</sup>*

Nous préciserons plus loin la valeur accordée par les conseillers à cette dimension lors de l'élaboration de leurs décisions.

Mais les conseillers, de par leur implantation locale, sont aussi amenés à voir les mêmes entreprises se présenter plusieurs fois devant eux. Ils développent ainsi certaines idées préconçues sur les pratiques des entreprises qu'ils voient souvent à la barre, comme ce conseiller à la retraite : *« Eux, je les connais, c'est des enfoirés »<sup>527</sup>*. Les conseillers du collège salarié admettent plus facilement que ceux du collège employeur ces a priori :

*« Parce que tu te dis que s'ils sont souvent aux prud'hommes c'est qu'il y a des défauts de procédure et que tu t'imagines pas qu'une société de telle ampleur puisse faire encore des erreurs aussi grosses sur des dossiers quoi. Donc euh... à un moment on avait beaucoup aussi L., euh... le restaurant, on en avait à toutes les audiences quoi. Là ils se sont calmés. Là je pense qu'ils ont été recadrés par le droit, un avocat ou bien quelque chose mais c'est vrai qu'on avait des gens qui revenaient régulièrement quoi. Moi je pense qu'une société comme R. ou T., arriver au conseil des prud'hommes avec autant de dossiers c'est qu'à l'origine dès le départ y'a quelque chose qui va pas quoi »<sup>528</sup>.*

Une grande majorité des conseillers employeurs semblent rejeter ce type de raisonnement, considéré par certains comme « dangereux » :

*« En réalité, il y a clairement une chose que je déplore : les a priori sur certaine entreprise que l'on voit revenir souvent aux prud'hommes : « ah oui, encore une affaire de R.. Pfff... ». On n'a pas le droit de faire ça. C'est comme l'intuition, ce n'est pas valable. Au moins, qu'on se donne la peine de regarder le dossier. C'est inquiétant, parfois, très inquiétant, ce type de préjugés... »<sup>529</sup>*

Ainsi, les conseillers prennent leur distance avec l'univers syndical et patronal dans une logique d'efficacité procédurale, partagée par une grande majorité d'entre eux. Ils se reconnaissent également dans une inscription, valorisée, dans le monde professionnel. Mais le commun serait trop fragile s'il ne reposait pas, aussi, sur un rapport au droit partagé par tous. C'est ce que nous nous proposons d'étudier maintenant.

---

<sup>526</sup> RG n° F 02/0071.

<sup>527</sup> Entretien A4, CS/Industrie.

<sup>528</sup> Entretien A8, CS/Commerce.

<sup>529</sup> Entretien A12, CE/Industrie.

## 4. Les conseillers prud'hommes et le droit du travail

On ne peut réduire l'élaboration du jugement prud'homal à sa dimension pragmatique, instrumentale. Les conseillers ne s'accordent pas lors du délibéré en appliquant un droit « positif », en s'appuyant sur leur compétence professionnelle, dans l'objectif de faire « tourner » leur juridiction. De ce fait, le rapport au droit partagé par les conseillers ne peut se comprendre sans considérer la dimension « morale » de leur activité de jugement.

### 4.1. Droit et valeurs

Boudon recense dans le *Juste et le vrai*<sup>530</sup> les modèles classiques développés en sociologie pour rendre compte du processus d'adhésion aux sentiments moraux. Il retient essentiellement six modèles courants : le modèle utilitaire (adhésion ramenée aux intérêts individuels ou collectifs des acteurs), le modèle fonctionnaliste (adhésion ramenée à ce qui favorise ou défavorise le fonctionnement du système social)<sup>531</sup>, le modèle conventionnaliste (adhésion aux valeurs expliquées par les appréciations normatives que certains acteurs font des conventions)<sup>532</sup>, un modèle réaliste (selon lequel « *les jugements de valeur expriment des valeurs, exactement au sens où les énoncés factuels expriment des faits* »<sup>533</sup>), le modèle affectiviste (l'origine des jugements de valeur se trouve dans la rationalisation des sentiments) et le modèle qualifié de sociologiste (selon lequel l'individu tend à faire siens les jugements de son milieu social d'appartenance). En montrant les limites de ces modèles, l'auteur avance un autre modèle, le modèle compréhensif, selon lequel expliquer une croyance, c'est en appréhender le sens pour l'acteur. Pour comprendre cette croyance, le sociologue doit chercher à reconstruire les raisons que l'acteur a d'y adhérer.

Pour Boudon, la rationalité axiologique désigne l'application de la rationalité cognitive<sup>534</sup> au domaine des raisons évaluatives. Autrement dit, la rationalité axiologique repose sur le postulat selon lequel lorsque le sujet social porte un jugement de valeur, ce jugement est fondé, consciemment ou non, intuitivement ou explicitement, sur un système de raisons, une théorie ou une doctrine qu'il perçoit comme forts.

---

<sup>530</sup> Boudon R., *Le Juste et le Vrai : études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Paris, Fayard, 1995.

<sup>531</sup> Boudon note que la distinction entre l'utilitarisme et le fonctionnalisme n'est pas toujours évidente.

<sup>532</sup> Ainsi, selon ce modèle, des individus non concernés peuvent juger des pratiques sociales « bonnes » pour le groupe. La théorie de la justice de Rawls illustre ce modèle.

<sup>533</sup> Pour Boudon, le modèle réaliste est difficilement applicable lorsque le jugement de valeur ne peut être réduit aux jugements de fait.

<sup>534</sup> Le concept de rationalité cognitive met en avant le fait que la rationalité d'une action doit s'évaluer par rapport aux croyances de l'individu et aux informations qu'il détenait au moment de cette action. Il représente ainsi l'ensemble des « bonnes raisons » ou des « raison objectivement non fondées de croire en des idées fausses ». Boudon R., *Le juste et le vrai*, Paris, Fayard, 1995.

Ainsi, les sentiments moraux sont les produits de raisons. Mais ces raisons sont plurielles. Selon la théorie cognitiviste de Boudon, le sentiment de justice est fondé sur la hiérarchisation ou l'articulation, toujours imparfaite et en tension, de raisons générales mais plurielles. Jean Kellerhals ajoute que ces sentiments de justice varient selon les formes de relation et les types d'acteurs en présence. En soumettant à 450 personnes une même situation conflictuelle, en matière de contrat, mais en faisant varier les acteurs du litige (deux personnes physiques, une personne physique et une grande organisation, une personne physique et une collectivité de droit public...), il a constaté que les individus n'appliquaient pas les mêmes critères de justice dans des contextes « personnalisés » et « abstraits ». Le sentiment de justice traduit ainsi davantage un projet relationnel (une « reconnaissance des personnes ») qu'un équilibre des choses<sup>535</sup>. Si les acteurs sociaux sont pris dans des cadres moraux, ceux-ci ne déterminent pas totalement leur jugement. Pas seulement parce que les sentiments de justice varient selon les situations. Aussi parce qu'ils possèdent « une dynamique propre impliquant une activité morale autonome, obligeant chacun à construire son expérience morale de la même manière qu'il construit son expérience sociale »<sup>536</sup>. De ce fait, lorsqu'ils relèvent de principes contradictoires, ces sentiments se comprennent sous la forme de combinaisons stabilisées.

Ainsi, le sentiment de justice ne se réduit pas à un jugement sur le bien ou le mal. Il porte aussi, voire surtout, sur le juste et l'injuste. La certitude morale sur le bien en soi n'est pas l'unique critère axiologique pour juger de ses actes ou de ceux d'un autre. L'effort d'impartialité à l'égard des conceptions du bien auxquelles on ne croit pas mais auxquelles on accorde de la valeur revient à chercher à faire du juste une priorité devant le bien<sup>537</sup> :

*« Savoir juger avec ou en équité, je sais pas comment on dit, euh c'est-à-dire faire fi des engagements personnels, sociaux, politiques, syndicaux, euh de part et d'autre, faire fi aussi parfois de la manière dont les avocats vous présentent les choses et d'essayer de se dire : « je suis là pour juger en droit et en équité », je me demande s'il n'y a pas une formule qui existe d'ailleurs, moi ça me paraît vachement important. Et je suis content de moi, c'est vrai, quand je sors et je dis 'ben là j'ai été juste' »<sup>538</sup>.*

Dans le cas de la production de jugements prud'homaux, le raisonnable (qui consiste à tenir compte des raisons d'autrui pour s'efforcer d'adopter une position qui soit justifiée du point de vue de chacun) encadre le rationnel instrumental (qui vise à atteindre avec efficacité un objectif donné). Ainsi, la pluralité des conceptions du bien est reconnue, ce qui nécessite parfois la mise en place du

---

<sup>535</sup> Kellerhals J, Modak M, Sardi M, Languin N, Lieberherr R., « Justice, sens de la responsabilité et relations sociales », *L'année sociologique*, n°45, 1995

<sup>536</sup> Dubet F., *Injustices. L'expérience des inégalités au travail*, Paris, éditions du Seuil, 2006.

<sup>537</sup> Forse M., Parodi M., *La priorité du juste. Éléments pour une sociologie des choix moraux*, Paris, PUF, collection « Sociologies », 2004.

<sup>538</sup> Entretien A10, CE/Commerce.

compromis (qui ne peut s'établir qu'autour de raisons acceptables par toutes les parties). Pour résoudre tout éventuel conflit entre différentes conceptions du bien, seuls le retrait ou une évaluation commune du juste sont envisageables (la force ne nous intéressant pas ici).

La distinction entre normes et valeurs est centrale : la norme qui indique le comment de la conduite du sujet ne se confond pas avec la valeur vers laquelle tend cette conduite. Le droit ne peut de ce fait être considéré comme un système de normes ayant une validité autonome, sans confrontation avec la « réalité » sociale. Les règles existent en pratique dans l'esprit du juge. Les magistrats, comme les autres, ont une idée de ce qu'ils devraient décider, sans être totalement clairs sur les motifs. Ainsi, « *la vie du droit n'est pas issue de la logique ; elle est issue de l'expérience* »<sup>539</sup>.

Pour dépasser la vision positiviste du droit, il faut considérer que les valeurs « *se constituent toujours en fonction de la perspective dans laquelle se place un sujet déterminé pour procéder à des choix parmi une multitude de biens. [...] Ce n'est pas la valeur en tant que telle qui importe, mais [...] la place qu'on lui accorde dans une certaine hiérarchie* »<sup>540</sup>. On peut parler ici d'approche « axiologique » du droit.

Ainsi, tout juge est un être social et a ainsi ses propres opinions, valeurs et préjugés. Il est porteur des attributs de son milieu professionnel et de son environnement social. Dans sa pratique, il doit prendre de la distance par rapport à ses préjugés, afin d'élaborer une argumentation de son jugement acceptable pour tous. C'est pourquoi Boudon parle de raisons transsubjectives<sup>541</sup>, c'est-à-dire des raisons fortes, démonstratives ou convaincantes pour de nombreuses personnes.

Ridha Chenoufi présente le cas de la cour de justice constitutionnelle allemande qui, en 1968, a dû décider si un avocat d'origine juive qui avait émigré à Amsterdam avait perdu la nationalité allemande<sup>542</sup>. Un article de la loi fondamentale du Reich stipulait en effet que tout juif ayant émigré perdait la nationalité allemande et que celle-ci ne pouvait lui être accordée de nouveau. La cour de justice fédérale a décidé que l'avocat n'avait jamais perdu sa nationalité allemande et a rendu son jugement en ces termes : « *Le droit et la justice ne sont pas à la disposition du législateur. L'idée qu'un législateur peut tout ordonner selon sa volonté signifierait un retour à la conception positiviste de la loi fondée sur la neutralité scientifique, une conception qui a été depuis longtemps dépassée par la science et la pratique du droit. L'époque du régime national-socialiste en Allemagne nous a justement appris que le législateur est capable aussi de poser un droit injuste [...], en*

---

<sup>539</sup> Holmes O.W., « Codes and the arrangement of the law », in *Collected works of justice. Holmes : complete public writing and selected judicial opinions*, Sheldon M Novick edition, University of Chicago Press, 1995, cit. in Serverin E., *Sociologie du droit*, La Découverte, coll. «Repères», 1999.

<sup>540</sup> Chenoufi R., « Le rapport aux valeurs et la controverse autour du concept de droit », in Mesure S (dir.), *La rationalité des valeurs*, Paris, PUF, 1998.

<sup>541</sup> Boudon R., *La logique du social. Introduction à l'analyse sociologique*, Paris, Hachette, 1997.

<sup>542</sup> Chenoufi R., « Le rapport aux valeurs et la controverse autour du concept de droit », in Mesure S (dir.), *La rationalité des valeurs*, Paris, PUF, 1998.

*contradiction avec les principes fondamentaux de la justice d'une manière si évidente que le juge qui voudrait les appliquer ou reconnaître leurs implications juridiques serait amené à dire le non-droit au lieu du droit* »<sup>543</sup>. Ainsi, cette loi du code civil du Reich ne s'applique pas car elle est une loi injuste. Ceci montre que le droit n'est pas indépendant des valeurs. La démarche évaluative du juge est inscrite dans le caractère indéterminé du droit, droit dont l'application ne peut ainsi se réduire à une simple mise en évidence de faits dans un cadre normatif général (puisque c'est le juge qui, en dernier ressort, produit ce cadre normatif).

C'est une des raisons pour lesquelles on ne peut retenir la proposition selon laquelle l'entente (et l'impartialité) des conseillers reposeraient sur une application stricte des règles de droit.

#### **4.2. L'argument du tout juridique comme rempart à toute forme de partialité**

Souvent, au cours des entretiens, les conseillers brandissent l'argument du « tout juridique » et présentent l'application stricte du droit comme rempart à toute forme de partialité.

*« Je peux comprendre les craintes de certains, mais nous, c'est le droit, c'est tout. On est là pour appliquer la loi. On est avant tout des magistrats, élus, mais des magistrats quand même. Le reste, ça ne compte pas. Le salarié a tort ou pas. C'est la loi »*<sup>544</sup>.

On retrouve ce type de discours lors des diverses cérémonies qui ponctuent la vie des conseils. De la part des magistrats professionnels, lorsqu'ils s'adressent aux conseillers, mais aussi, parfois, de la part des présidents de conseil. Citons ce président qui, lors d'un discours prononcé au cours d'une audience solennelle de rentrée, prônait aux conseillers... l'ingratitude :

*« L'honneur de rendre cette justice du travail implique des devoirs dont les deux principaux sont la rigueur et l'ingratitude. [...] L'ingratitude car, à peine élus, les uns par les salariés, les autres par les employeurs, vous avez le devoir de laisser de côté vos étiquettes syndicales et patronales dès que vous pénétrez dans la salle d'audience ou la salle des délibérés. Vous devez oublier vos électeurs et vos organisations respectives pour n'être plus que des juges indépendants, simplement, totalement, sans préjugés, en appliquant la loi, qu'elle vous plaise ou non, et en fonction des demandes des parties. C'est une question d'éthique, et il n'y a pas de bonne justice sans éthique ».*

Le « tout juridique » est ici un argument censé protéger les conseillers de la partialité, et par là même de tout soupçon de partialité de la part du justiciable, des acteurs de la justice professionnelle, du politique, etc.

---

<sup>543</sup> Cit. in Chenoufi R., « Le rapport aux valeurs et la controverse autour du concept de droit », op. cit.

<sup>544</sup> Entretien B7, CE/Commerce.

Cet argument ne tient pas, et ce pour deux raisons. D'abord, un rapide examen de la jurisprudence en droit du travail, d'une complexité et d'une variété inouïe, invalide immédiatement cet argument, puisque les conseillers ont bien souvent le choix quant aux textes de loi, articles ou arrêts à mobiliser<sup>545</sup>. Dit autrement, il existe plusieurs manières de fonder juridiquement un jugement. Le juge ne peut systématiquement faire prévaloir la loi positive car d'autres normes ou règles (issues de la jurisprudence, par exemple) peuvent en limiter la portée. Le droit n'unifie pas les comportements des conseillers. Ainsi, tout acte de mobilisation des règles de droit peut être orienté dans un objectif bien précis. On ne peut plus contester, depuis Hobbes ou Beccaria, le pouvoir « créatif » du juge<sup>546</sup>. Il s'agit donc d'éviter toute lecture impérativiste des règles. Dès lors, la possibilité d'utiliser le droit dans une perspective de défense d'un collègue est susceptible non seulement de nuire à la partialité recherchée, mais aussi de renforcer les tensions entre conseillers salariés et employeurs lors du délibéré. Pour citer Boltanski, « *pour arrêter la dispute en justice, il faut donc toujours aller chercher autre chose que la justice* »<sup>547</sup>.

Ensuite, la notion de « tout juridique » renvoie à l'idée que le jugement ne laisse pas de place à l'équité<sup>548</sup>. Il convient de préciser, avant d'aller plus loin, la place de l'équité dans tout jugement « juridictionnel ». On oppose souvent le jugement « en droit » au jugement « en équité ». Est-ce à dire qu'un jugement juridictionnel ne peut être équitable ? Bien évidemment, non<sup>549</sup>. Tout droit, qu'il soit social ou non, laisse des espaces d'évaluation au juge. A ce titre, la loi du 13 juillet 1973, en obligeant l'employeur à justifier le licenciement par une cause réelle et sérieuse et en laissant au juge du travail la possibilité d'apprécier la nature de cette cause<sup>550</sup>, marque une rupture dans le rôle des conseils de prud'hommes. Dès lors, sous couvert de l'interprétation, le juge peut introduire l'équité dans le jugement.

Si l'on accepte l'idée qu'il est très rare qu'un jugement juridictionnel ne soit pas fondé en droit<sup>551</sup>, il semble plus pertinent d'évoquer la « part » d'équité dans l'élaboration d'un jugement en

---

<sup>545</sup> Ceci renvoie à ce que Kant appelé la faculté de juger : le but du juge n'est pas de poser des règles mais de subsumer sous des règles. En cherchant à découvrir sous quelle règle un cas peut être subsumé, il fait appel à des règles de source et de niveau différents. Raynaud P, « Le juge, la politique et la philosophie », in Gauchet M. (dir.), *Situations de la démocratie*, Paris, Gallimard, 1993.

<sup>546</sup> Raynaud P, « Le juge, la politique et la philosophie », in Gauchet M. (dir.), *Situations de la démocratie*, Paris, Gallimard, 1993.

<sup>547</sup> Boltanski L., *L'amour et la justice comme compétence. Trois essais de sociologie de l'action*, Paris, Métailié, 1990.

<sup>548</sup> L'équité permet au juge de corriger le caractère trop strict d'une règle. Elle permet aussi de combler les éventuelles lacunes de la règle en fonction de ce qui apparaît raisonnable au juge.

<sup>549</sup> On connaît le Précepte selon lequel l'application stricte du droit conduit à l'injustice (c'est le « *summum jus summa injuria* » de Cicéron).

<sup>550</sup> Art. L1232-1 et suivant du CDT. : « *En cas de litige, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

<sup>551</sup> Les jugements prud'homaux sont fondés juridiquement, même si le droit peut être manipulé pour justifier une décision prise hors du droit. Le caractère collégial du jugement rend pratiquement impossible tout écart. Les conseillers reconnaissent la légitimité de la domination juridique. Tous se reconnaissent liés, parfois malgré eux, par le respect d'une logique juridique dans les décisions. Ceci n'empêche pas, bien entendu, que les jugements

droit, cette « part » se mesurant en fonction de l'importance de la mobilisation par le juge de ses espaces d'autonomie, d'évaluation et d'interprétation. A l'inverse, on ne peut raisonner en termes de « part » de droit dans le jugement juridictionnel. Le magistrat ne prend pas plus ou moins de « liberté » par rapport au droit, il construit une argumentation juridique spécifique et investit de manière variable ses espaces d'évaluation. Ceci n'empêche donc pas le fait qu'un magistrat puisse être plus ou moins « procédurier », mais cette attitude se comprend en termes d'investissement plutôt qu'en termes de distance au droit.

Ainsi, pour la fixation de certaines indemnités, par exemple, les conseillers doivent s'accorder sur un montant qui n'est pas précisément défini par le code du travail, nous y reviendrons. Les conseillers peuvent, tout en fondant juridiquement leur jugement, fixer le montant qu'ils estiment « équitable ». La part d'autonomie du juge, ses espaces d'évaluation et d'interprétation, qui varient en fonction du type de litige, rendent possibles une « part » d'équité dans le jugement juridictionnel. De ce fait, le « tout juridique » n'empêche ni l'évaluation, ni, de ce fait, la partialité<sup>552</sup>.

Dès lors, l'argument de l'application stricte du droit comme rempart à toute forme de partialité n'est pas recevable parce que, premièrement, la notion d'application stricte du droit n'a pas de sens en matière prud'homale, et deuxièmement, elle ne pourrait de toute manière en aucun cas constituer une garantie valable contre la partialité.

A ce titre, nous ne pouvons rejoindre la conception de François Dubet pour qui « *les jugements prud'homaux s'apparentent à ceux sanctionnant le délit de stationnement interdit* »<sup>553</sup>. Pour cet auteur, les conseillers, pour ne pas « *trahir les organisations syndicales* »<sup>554</sup>, ne peuvent s'accorder « *qu'en respectant scrupuleusement la lettre du droit* »<sup>555</sup> en « *s'interdisant de juger sur le fond et sur les intentions des individus concernés* »<sup>556</sup>, contrairement au « *dispositif juridique classique [...] qui s'efforce de tenir compte des intentions des coupables et des souffrances des victimes, cherchant à donner une dimension morale aux conduites des acteurs* »<sup>557</sup>. On ne peut approuver cette interprétation parce que, d'abord, celle-ci tend à sous estimer la complexité de la législation en matière sociale<sup>558</sup>. Nous venons de l'évoquer, l'idée de respect scrupuleux de la lettre du

---

peuvent être maladroits ou trop peu motivés. L'invalidation en appel déconstruit éventuellement un raisonnement juridique, mais repose rarement sur une absence de fondement en droit.

<sup>552</sup> On se souvient de cette réplique de Jean Giraudoux : « *Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité* ». Giraudoux J., *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Larousse, 1998.

<sup>553</sup> Dubet F., *Injustices. L'expérience des inégalités au travail*, Paris, éditions du Seuil, 2006.

<sup>554</sup> Ibid.

<sup>555</sup> Ibid.

<sup>556</sup> Ibid.

<sup>557</sup> Ibid.

<sup>558</sup> Ceci ne se limite pas au droit social. L'observation des énoncés juridiques montre en effet qu'ils ne se limitent pas à des prescriptions assorties de sanction. « *Il en existe une grande variété, tant du point de vue de leur objet (certains confèrent des facultés et des pouvoirs, d'autres donnent des définitions), que de leurs destinataires (certains s'adressant aux autorités, d'autres aux particuliers)* ». Kirat T., Serverin E., « Dialogue

droit n'est pas pertinente ici<sup>559</sup> et ne serait de toute manière pas forcément source de consensus. Le droit encadre le travail des conseillers, il peut faciliter l'accord car il réduit le champ de la discussion, mais ne le fonde pas. C'est la raison pour laquelle le commun est nécessaire à la coordination. Par ailleurs, on ne peut réduire la rationalité des conseillers à une dimension purement instrumentale selon laquelle les considérations morales seraient contraires à leur intérêt (intérêt qui, de plus, ne se comprendrait qu'en termes de relations avec les organisations syndicales ou patronales). Par ailleurs, plus les conseillers se rapprochent du droit, plus ils s'éloignent de leur OSP. C'est pourquoi on ne peut pas admettre que l'application stricte du droit puisse constituer un moyen de ne pas « trahir » leur organisation. Enfin, François Dubet sous-estime la place de la négociation aux prud'hommes (l'application stricte du droit ne pouvant par définition être négociée), ainsi que l'inscription des conseillers dans le champ professionnel (permettant justement aux conseillers prud'hommes d'évaluer<sup>560</sup> mieux que quiconque « *les intentions des coupables et les souffrances des victimes* »). L'intentionnalité et le contexte interviennent dans le jugement prud'homal.

Une question se pose alors : que faire du discours de certains acteurs interrogés, selon lesquels les pratiques de jugement prud'homal sont structurées par l'application stricte du droit ?

Ewick et Silbey, à l'issue d'une enquête reposant sur plus de 400 entretiens, détaillent trois formes de conscience du droit<sup>561</sup>. Chacune de ces formes « *positionne le locuteur différemment en relation avec le droit et la légalité, comme un demandeur, un joueur ou un résistant* »<sup>562</sup>, en articulant quatre dimensions de la légalité : la « contrainte » (qui détermine l'action), la « normativité » (les bases morales de la légalité), la « capacité » de la légalité (à produire des effets) et sa « localisation » dans le temps et l'espace. Selon la première forme, « *Before the law* », la légalité repose sur l'objectivité du droit, sur l'impartialité. Son archétype est la bureaucratie. Le second modèle, « *With the law* », montre un droit à la légitimité partielle, inséré dans un monde de manœuvres ou de tactiques individuelles. Son archétype est le jeu. Le dernier modèle, « *Against the law* », insiste sur le pouvoir arbitraire du droit, qui colonise au quotidien le temps et l'espace des individus. Ces derniers sont « pris » dans le droit et ne peuvent jouer avec ses règles. Son archétype est la débrouillardise.

---

entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », in Kirat T., Serverin E., *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS éditions, 2000.

<sup>559</sup> A l'exception, éventuellement, des litiges présentés en procédure de référé.

<sup>560</sup> Certes, être capable d'évaluer ne signifie pas « prendre en compte ». Mais, si l'on raisonne dans cette perspective, on voit mal ce qui pousserait les magistrats professionnels à intégrer, plus que les conseillers, cette dimension morale (à part, éventuellement, une maîtrise plus importante de la jurisprudence). Au contraire, les prud'hommes semblent naturellement portés à tenir compte des situations concrètes et des usages du milieu professionnel, plutôt qu'à l'interprétation savante de la législation du travail.

<sup>561</sup> Ewick P., Silbey S., *The commonplace of law. Stories from Everyday Life*, University Of Chicago Press, 1998, chap. 3 traduit par Cassan G., Didier D., Gardella E., Israël L., Lutaud R., Ollivier C., Péglise J., Pujuguet M., Souloumiac J., Trespeuch M., Truc G., Williams B., « La construction sociale de la légalité », *Terrains et Travaux*, n°6, 2004.

<sup>562</sup> Ibid.

Ce qui nous intéresse particulièrement ici, c'est que les deux auteurs démontrent que ces trois formes de conscience du droit sont en relation : une même personne passe de l'une à l'autre selon les interactions ou les moments de sa trajectoire biographique. Ceci montre bien le pluralisme et la « contingence » des rapports au droit, selon les contextes dans lesquels ils s'expriment, et selon les types de relations dans lesquelles sont insérés les acteurs.

Ainsi, les rapports au droit ne sont pas figés mais contextuels. C'est la raison pour laquelle le discours des conseillers tenu lors des entretiens ne peut s'analyser qu'en étant replacé dans un contexte, lors de l'interaction. Or, ce discours « tout juridique », défensif, est essentiellement tenu par les conseillers au moment où, lors de l'entretien, est abordée la question de la prétendue partialité de la justice prud'homale. De plus, il semble légitime de penser que si certains conseillers tiennent ce type de discours, c'est aussi parce qu'il leur faut effectivement inscrire de manière cohérente leur décision dans un cadre juridique. Ce cadre protège de tout « décisionnisme » ou arbitraire du juge. Mais rendre une décision qui soit fondée juridiquement afin, notamment, de ne pas être invalidé en appel, ne signifie en aucun cas, nous venons de l'expliquer, s'enfermer dans une logique juridique indépendamment de toute considération morale : il y a bien souvent plusieurs manières de fonder juridiquement un jugement.

D'autre part, fonder un jugement « juridictionnel », c'est aussi réussir « *par l'argumentation rationnelle à justifier son jugement en prouvant qu'il repose sur des valeurs objectives* »<sup>563</sup>. Le jugement doit tendre vers la généralité. Pour Luc Boltanski et Laurent Thévenot, le jugement visant à la généralité est soumis à deux types de contraintes : les contraintes argumentatives et les contraintes de référence<sup>564</sup>. Les contraintes argumentatives sont celles, rhétoriques, du « procès verbal », relatives aux exigences de cohérence. Les secondes reposent sur l'obligation de fonder les jugements sur des preuves objectivables. Elles concernent essentiellement l'évaluation des « faits », sur lesquels tout jugement repose. Or, cette caractérisation des faits introduit un rapport à la réalité. Autrement dit, les faits sont des interprétations de la réalité. Dès lors, l'enregistrement des faits dans un procès verbal les fixe et leur donne « *une forme détachée des contingences locales permettant leur transport au-delà des limites de la situation, en toute indépendance à l'égard de la qualité de celui qui énonce ou transmet le jugement* »<sup>565</sup>.

Mais ce travail d'argumentation nécessite des connaissances et une technicité juridiques, que les conseillers tirent notamment de leur expérience.

---

<sup>563</sup> Chennoufi R., « Le rapport aux valeurs et la controverse autour du concept de droit », in Mesure S (dir.), *La rationalité des valeurs*, Paris, PUF, 1998.

<sup>564</sup> Boltanski L, Thévenot L., *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

<sup>565</sup> Ibid.

### 4.3. L'expérience juridique

Les conseillers prud'hommes peuvent être considérés comme des « techniciens » du droit du travail, en ce sens qu'ils construisent, à travers leur activité régulière<sup>566</sup> de production de jugements, des catégories juridiques qu'ils peuvent ensuite réutiliser. Les litiges se suivent et se ressemblent plus ou moins, ce qui pousse les conseillers à développer des techniques leur permettant de rapprocher tout nouveau litige d'un autre litige « type ». Avec l'expérience, ils « rangent » ainsi de plus en plus facilement les nouveaux litiges dans un « catalogue » de cas, les litiges les plus difficiles étant ceux ne rentrant pas, ou mal, dans les « cases » qu'ils ont eux-mêmes construites. Evidemment, cette procédure, présentée de manière caricaturale, est plus ou moins formalisée et pas toujours consciente. Elle peut être généralisable, de plus, à tous les cas de production de jugement, conseillers prud'hommes ou non. Mais les conseillers n'ont pas l'expérience des magistrats de profession et statuent beaucoup plus occasionnellement. Un minimum de formalisation est donc nécessaire :

*« Voyez (me montrant son code du travail), c'est rempli de « post it ». Ben oui, faut bien se repérer. Donc là, voyez, c'est ce que j'avais noté avec le juge du départage, je me suis dit, là, c'est pas con, ça peut servir. Moi, je fais comme ça, dès qu'il y a un truc intéressant, post it. Donc c'est chiant parce que ça change tout le temps, et puis faut bien changer son code de temps en temps, mais ça aide, hein. Le tout, c'est d'être bien organisé. Parce que c'est vite le bordel. [...] Parce que c'est bien beau, les prud'hommes, mais j'ai une vie à côté, moi. Pas question que je recommence à zéro à chaque fois »<sup>567</sup>.*

Ce travail est parfois mutualisé par l'intermédiaire des OSP, comme l'évoque ce conseiller salarié appartenant à la CFDT :

*« Et puis on a organisé, nous, au niveau de **Ville A/Ville D** euh, une sorte de banque de données. Y'a mon collègue, moi j'avais pas le temps pour le faire, mais j'ai mon collègue qui dirige la section encadrement de **Ville D** qui s'occupe de ça maintenant. On avait un permanent pour ça, mais il boit, et donc il a été remplacé par mon collègue de la section encadrement, qui s'occupe de temps en temps, tous les mois, on reçoit quelques, une sorte de découpes à partir de Liaisons Sociales, en fait, ouais, sur un certain nombre d'arrêts intéressants »<sup>568</sup>.*

Les conseillers parlent par ailleurs souvent « d'automatismes » qu'ils auraient acquis lors de l'exercice de leur(s) mandat(s). Leur « expérience » en matière prud'homale leur permet d'avoir une idée assez précise, une fois le dossier plaidé, de la complexité et de l'orientation que prendra leur jugement. La connaissance de la pratique facilite la qualification :

---

<sup>566</sup> Plus ou moins régulière en fonction, notamment, de la taille de leur conseil, nous le verrons.

<sup>567</sup> Entretien B27, CD/Activités diverses.

<sup>568</sup> Entretien A1, CS/Encadrement.

« C'est vrai qu'avec l'expérience, bien souvent, on a déjà une idée de la décision qu'on va prendre en délibéré. Bon par contre, après, on vérifie les dossiers, parce que des différences entre ce qu'on nous dit et ce qu'il y a, il y en a. On a souvent des surprises en vérifiant, on se dit « tiens tiens, l'avocat ne m'aurait-il pas, par hasard, raconté quelques bobards » (rires) ? Du coup, on a le réflexe, dès qu'un avocat nous dit « vous verrez dans le dossier, le relevé de telles ou telles activités prouve que... », je fais une croix dans mes notes, et la première chose que je fais ensuite, c'est vérifier s'il y a bien la pièce. Ca, ce sont des choses qu'on apprend avec l'expérience. Mais oui, à part ça, je pense que je suis capable le plus souvent de savoir vers quelle direction va aller le dossier en sortant du bureau de jugement. Ben oui, et c'est pareil aussi pour les magistrats pro, faut pas croire »<sup>569</sup>.

« On a des automatismes qui nous permettent déjà de pouvoir dire un certain nombre des choses, même en bureau de jugement quand on a les deux avocats, le demandeur et le défendeur, on sait un peu quand on fait une pause ou à la fin de la journée, on dit : « bon t'as vu, celui-là... » On sait déjà que ça va aller vite. On planifie le nombre de matinées ou de journées que nous avons besoin pour délibérer. Et bon rien qu'en fin de journée, après le bureau de jugement, on reprend : « de toute façon on va dire ça. Celui-là on va dire ça. Celui on sait pas... ça va être compliqué, il y a plein de trucs. » On arrive tout de suite à classer ceux qui vont être faciles, ceux qui vont être difficiles, ceux pour lesquels on sait que la décision est déjà prise. Ça arrive qu'on revienne dessus, quelquefois on se dit : « Au ouais ça on l'avait pas vu », ou un de nous sort un truc : « tiens il y a ça. C'était pas aussi clair qu'il nous a dit... » Parce qu'en même temps, les avocats mentent comme des arracheurs de dents, il faut pas se leurrer hein, entre ce qu'ils nous disent l'un et l'autre et ce qu'on regarde parfois c'est bien le jour et la nuit. Quelquefois on se dit invraisemblable, à les écouter, on se dit : soit le salarié c'est le pire des pourris et réciproquement quand on entend l'avocat du salarié. Après ça dépend des avocats. Il y a des avocats qui savent être rigoureux et puis qui déroulent sur des arguments. Donc euh vous savez un peu de quoi il en retourne. Après vous tombez sur des fumistes, donc vous savez que celui-là le dossier il y a rien dedans. C'est le mec qui s'embête pas, enfin il a fait ça à la dernière minute. Et puis quand vous avez le dossier, des fois il y a quatre feuilles euh. Vous vous dites parfois le pauvre salarié ou le pauvre employeur, il va pas être défendu »<sup>570</sup>.

#### 4.4. La volonté de réparation des injustices

Si les entretiens réalisés tendent à montrer une relative difficulté des quatre conseillers à s'entendre sur une conception du juste<sup>571</sup>, leurs prises de position semblent beaucoup plus spontanées par rapport à l'injuste. Cette constatation rejoint d'ailleurs l'analyse de François Dubet, pour qui les syndicalistes ne se mobilisent pas dans l'objectif d'une égalité « pure », mais contre des inégalités qui paraissent injustes<sup>572</sup>.

---

<sup>569</sup> Entretien C10, CE/Activités diverses.

<sup>570</sup> Entretien A11, CE/Activités diverses.

<sup>571</sup> La difficulté à s'entendre sur le juste renvoie notamment au rapport liberté/égalité. Rawls, en pointant l'égalité prioritaire des principes de liberté et d'égalité, a souligné les conséquences contradictoires de ces deux principes, montrant par là même l'antinomie des principes de justice. De ce fait, l'équité constitue une notion beaucoup plus « opérante » pour tout magistrat. Rawls J., *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987.

<sup>572</sup> Toutes les inégalités ne sont pas considérées injustes. L'injustice sociale est le croisement des inégalités objectives et des principes de justice. Il y a injustice quand les inégalités hiérarchiques légitimes sont violées. Le travail est ainsi particulièrement propice à la manifestation du sentiment d'injustice. L'injuste n'est pas un fait mais le produit d'activités normatives qui lui donne du sens. Cf. Dubet F., *Injustices. L'expérience des inégalités au travail*, Paris, éditions du Seuil, 2006.

Rapporté à l'idée de cohésion fonctionnelle, il semble légitime de présenter la réaction face à l'injuste comme renoncement à une représentation commune du juste. Le principe d'égalité aux prud'hommes serait ainsi fondé sur des conceptions de « l'acceptable » et porterait sur les inégalités excessives<sup>573</sup>. A titre d'illustration, citons les propos de ce conseiller prud'homal employeur évoquant une affaire de licenciement économique :

*« Parfois, on en voit quand même des vertes et des pas mûres. Ce gars là, il avait consacré 20 ans de sa vie à X. Et moi, ça me fait bondir quand je vois le patron qui n'a pas bougé le petit doigt pour le reclasser [...] Vous voyez, j'ai beau être patron, mais ce genre de chose, ça me fait bondir ».*<sup>574</sup>

Le sentiment d'injustice résulte ici d'une atteinte à la dignité du salarié, du mépris avec lequel il est considéré :

*« J'ai été frappée sur une affaire de harcèlement sexuel, mais là plus horrifiée d'où ça pouvait... les e-mails... parce qu'en plus ça s'est fait par écrit, une véritable horreur. Ça, ça m'a marquée parce que je me suis dit c'est pas possible d'en arriver à une perversité pareille. En fait, un patron, enfin là encore c'est pas très malin non plus, mais on est salariée, on couche avec le patron, et puis le patron il devient cadre c'est son fils qui prend l'affaire, et puis la personne, alors est-ce que la salariée femme l'a quitté parce qu'il était plus patron, ça je peux pas dire, je rentre pas dans ces considérations-là, mais la vengeance par le harcèlement, c'est terrible. Et ça vraiment, j'ai vu... la personne n'est plus qu'un objet dans ces cas-là, avec tout ce que j'ai vu en e-mail, comme dans le harcèlement moral où on a retenu un cas pareil. [...] Réellement c'est réduire la personne humaine à un objet, dont on fait ce qu'on veut et un objet à vendre j'irais même plus loin. Ça, ça m'a horrifiée avec les convictions humaines que j'ai ».*<sup>575</sup>

*« Je me souviens de ce gars, la trentaine, qui s'était laissé faire pendant des années. Parce que bon, avec le chômage, tout ça, on ne fait pas ce qu'on veut non plus. Du coup, devant nous, il s'est lâché, on sentait que ça lui faisait du bien de parler, de... enfin, tout ce qu'on lui a fait subir. Son avocat, au début, il n'était pas trop content qu'on le laisse parler comme ça, mais on voyait pas comment faire autrement. Il nous a raconté les humiliations, devant ses collègues en plus, les insultes, j'en passe et des meilleures. C'est fou qu'on puisse supporter ça. Moi, je pense que les gens ne connaissent pas assez les prud'hommes ».*<sup>576</sup>

Ceci est plus à même de rassembler les conseillers que les litiges portant, par exemple, sur ce que certains appellent « l'aliénation moderne » et la pression, la fatigue ou le stress qui en découlent. Car ces pressions sont difficilement mesurables :

---

<sup>573</sup> Certaines inégalités pouvant paraître tout à fait justes. Boudon relève, dans *Le sens des valeurs*, la variation contextuelle des jugements de valeur : « On exige naturellement, dans certains contextes, une égalité rigoureuse des principes de l'échange social. Dans d'autres, on admet au contraire qu'ils soient grossièrement violés ». Boudon R., *Le sens des valeurs*, Paris, PUF, 1999.

<sup>574</sup> Entretien B21, CE/Encadrement.

<sup>575</sup> Entretien A2, CS/Encadrement.

<sup>576</sup> Entretien B9, CS/Commerce.

« Ca, les avocats, on les voit venir. C'est toujours le même refrain : « vous imaginez un peu le stress, mon client pouvait pas tenir le rythme, etc. ». Moi, je veux bien, mais je fais comment pour vérifier, hein, je fais comment ? »<sup>577</sup>.

On remarquera, au passage, que les domaines où l'accord est le plus facilement réalisable sont aussi ceux pour lesquels le préjudice est aisément mesurable. Toute difficulté à évaluer objectivement un préjudice ou un abus est susceptible d'engendrer des conflits d'interprétation, et donc de nuire à « l'unité » de la formation<sup>578</sup>.

Nous noterons à ce sujet que la réaction face à l'injuste semble être portée par le caractère même de la justice prud'homale : bien plus qu'au pénal et, dans une moindre mesure, qu'au civil, les juges du travail sont saisis pour réparer une injustice. Ainsi, là où un juge en chambre civile ou correctionnelle devra d'abord sanctionner ou se prononcer sur ce qui lui semble être juste, un conseiller prud'homal aura à dédommager. Ceci est accentué par le fait qu'il n'est souvent pas possible, aux prud'hommes, de rééquilibrer la relation entre les deux parties, en ce sens qu'un salarié licencié ne pourra que très rarement être réintégré à l'entreprise<sup>579</sup>. Le législateur a consacré en 1979 la « réparation par équivalent » du licenciement irrégulier, c'est-à-dire sous forme de dommages et intérêts. Selon Tiennot Grunbach, cette logique de l'indemnisation consacre la théorie de l'employeur seul juge : « *Même lorsque le licenciement a été déclaré non causé, l'employeur ne conserve-t-il pas intact son pouvoir de commandement puisqu'il n'est pas tenu à la réintégration ? La logique civiliste n'est-elle pas ainsi confortée par une indemnisation qui ne fait qu'évaluer monétairement le comportement fautif de l'employeur ?* »<sup>580</sup>.

Ainsi, dans une extrême majorité des cas, la seule possibilité offerte au juge du travail est l'indemnisation. De ce fait, il semble que la réparation du préjudice prime sur l'évaluation de la sanction. En d'autres termes, la sanction ne constitue qu'une conséquence de l'évaluation du dédommagement nécessaire. Ces propos doivent être nuancés dans le cas où l'employeur rencontre des difficultés économiques (il semble alors que la fixation des indemnités dépende en partie de ses capacités de trésorerie, les conseillers étant tentés de limiter la sanction, ce qui a bien entendu des conséquences sur le niveau de l'indemnisation). C'est le sens de ces propos, souvent entendus : « *Nous ne sommes pas là non plus pour couler l'entreprise* ».

---

<sup>577</sup> Entretien D2, CE/Encadrement.

<sup>578</sup> En ce sens, le commun est moins opérant lorsque le préjudice ou l'abus sont difficilement mesurables. Il est question ici de l'ampleur du champ d'interprétation des conseillers qui, lorsqu'il est grand et qu'il se rattache à la caractérisation des faits du litige, peut rendre difficile la coordination autour du commun. Nous reviendrons en détail sur les différentes étapes nécessaires à l'« accord » des conseillers en délibéré, ainsi que sur l'incidence de l'accroissement des champs d'interprétation.

<sup>579</sup> Le bureau de jugement n'a pas, en effet, le pouvoir d'imposer la réintégration à l'une des deux parties, leur accord mutuel étant nécessaire (sauf en cas de protection accordée aux salariés protégés). Elle n'est que rarement souhaitée par l'employeur, et peut ne pas l'être non plus par le salarié. Par ailleurs, les cas de réintégration de ce type peuvent s'accompagner de « placardisation » du salarié réintégré.

<sup>580</sup> Grunbach T., « La preuve de l'absence de cause réelle et sérieuse en matière de licenciement », *Droit ouvrier*, nov. 1978.

Ainsi, si les conseillers du collège salarié se sont souvent positionnés, au cours des entretiens, comme « contrepoids » dans la relation inégalitaire entre salarié/employeur, c'est plutôt dans le cadre de l'action juridictionnelle que dans le cadre de la relation de travail :

*« Ah moi, je trouve ça normal. Les salariés arrivent parfois démunis, ils n'ont pas de documents, peu de preuves, ils sont souvent mal conseillés. Alors que l'employeur, lui, il est toujours assisté par son avocat, et souvent par un bon, en plus. Du coup, je rétablis l'équilibre, c'est normal. Je reste dans ce que j'ai le droit de faire, j'irais pas lui dire de demander telle ou telle chose s'il ne la demande pas, j'ai pas le droit, ça, mais tout ce que je peux faire pour l'aider, je le fais »<sup>581</sup>.*

Il s'agit ici de « compenser » sur le plan judiciaire certaines inégalités liées à la relation hiérarchique inégalitaire au sein de l'entreprise. Pour les conseillers employeurs, il semble y avoir une nuance, même si les deux représentations sont liées : il s'agira de sanctionner les écarts aux règles encadrant cette relation salarié/employeur.

Liée à la notion de respect de la dignité de l'individu, l'idée selon laquelle le besoin de sécurité du salarié doit être satisfait<sup>582</sup> semble également communément partagée par les conseillers. C'est ce qui a, par exemple, renforcé le rôle joué par les conseillers prud'hommes dans la mort lente du Contrat Nouvelles Embauches (CNE), nous y reviendrons. Ainsi, les conseillers n'hésitent pas à sanctionner les recours abusifs et systématiques au Contrat à Durée Déterminé :

*« Voilà, c'est ce qui discrédite complètement le patronat. On ne peut pas, surtout quand on est assez solide, je dirais, considérer le salariat comme une matière flexible. Le salarié, il a besoin d'obtenir son prêt pour acheter une maison, une voiture, je ne sais quoi encore. C'est pas bien compliqué, quand on considère qu'un employé a fait ses preuves, de lui proposer un CDI. Mais non, c'est souvent manœuvres, tactiques, pour cumuler les CDD pendant des années. J'ai l'impression que c'est de plus en fréquent. Je ne suis pas d'accord, les gens, c'est pas des kleenex. Voyez, j'ai beau être patron, je ne suis pas d'accord. Chez moi, les salariés, ils sont en CDI au bout de six mois, c'est une sorte de, je ne sais pas, d'obligation morale que je me fixe. C'est une question de, de respect »<sup>583</sup>.*

Précisons que, dans la majorité des cas, la constitution de ce commun ne repose pas sur un changement de « focale » ou d'échelle de mesure des inégalités mais sur une augmentation de la distance entre perceptions des inégalités et l'action. Car le passage du sentiment d'injustice à la mobilisation n'est pas automatique. Nous verrons plus en détail, au chapitre suivant, les modalités encadrant la mobilisation des conseillers lors du délibéré, mais nous pouvons dès maintenant préciser

---

<sup>581</sup> Entretien C2, CS/Industrie.

<sup>582</sup> Boltanski et Chiapello ont montré comment les nouvelles formes de management, ou « cité par projets », entraînent de nouvelles formes d'exploitation, fondées notamment sur des échelles de mobilité différentes entre salariés et management. Ils ont mis l'accent sur les limites de ce « neo-management » qui, s'il satisfait le besoin d'autonomie des salariés, ne prend pas en considération leur besoin de sécurité. Boltanski L., Chiapello E., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999.

<sup>583</sup> Entretien B29, SE/Industrie.

que les notions de responsabilité ou d'intentionnalité des parties au procès peuvent faire varier l'investissement des conseillers. Dit autrement, toutes les injustices, mêmes excessives, ne se valent pas.

#### 4.5. L'intentionnalité et la responsabilité du justiciable

##### 4.5.1. Le « bon » et le « mauvais » patron

La coordination entre les conseillers n'est pas envisageable dans une logique de défense systématique de leurs pairs. Dès lors, il est indispensable aux conseillers d'identifier et de « peser » les responsabilités du salarié et de l'employeur. De ce fait, les conseillers du collège salarié doivent être capables de reconnaître les éventuels abus des salariés. Les conseillers salariés ne sont ainsi pas forcément plus tendres que les employeurs sur certains salariés aux prud'hommes. C'est le fameux « *poil dans la main* » entendu à de nombreuses reprises par les conseillers, salariés ou employeurs. « *Parce qu'elle repose sur la fierté du travailleur, la conscience ouvrière n'est pas tellement plus indulgente que la morale du petit patron* »<sup>584</sup>. Ainsi, les conseillers salariés ont, à de nombreuses reprises, évoqué le cas de salariés qu'ils ne pouvaient « défendre », comme l'explique ce conseiller de la section industrie :

*« Un conseiller prud'homal, c'est quelqu'un, il ne faut pas qu'il soit trop buté. Et après... enfin, buté contre l'employeur et contre les salariés. Il faut qu'il juge suivant les faits, qu'il soit juste, quoi. Qu'il soit juste. Faut pas partir non plus... bon, il y a des salopards un peu partout, aussi bien des salariés que des employeurs, il faut pas juger, il faut être équitable, quoi. Je vous dis, ce n'est pas une question de casquette, parce que les employeurs ils disent toujours que c'est qu'une casquette, ce n'est pas une casquette, c'est d'être équitable. Parce qu'autrement, si on dirait que l'employeur il a toujours raison, ce serait mauvais, et si on dirait que le salarié a toujours raison, non, ça n'irait pas... Il y a des problèmes partout. Moi, je travaillais sur les chantiers, j'ai vu qu'est-ce qui se passait aussi. Il y en a, ils se tournaient les pouces. Ils partaient à quatre heures au lieu de cinq heures. Donc, on ne peut pas dire que l'employeur a toujours tort. Donc, il doit être juste. Quand on nous ramène les preuves, on ne peut pas aller plus loin [...] vous voyez, je ne me suis pas uniquement pour les salariés, un salarié qui vient et qui veut nous faire croire que son patron, ils ne lui donnent pas de travail. Un patron, il est obligé de fournir le travail et tout ce qui s'ensuit. Et donc l'avocat, il dit que le patron ne fournit pas de travail, il commence à raconter sa vie, des trucs comme ça. Bon. L'avocat de la défense, il parle, et il dit que ça fait six fois que l'on va sur son chantier, et six fois qu'il est absent. Il quitte son poste de travail. J'appelle le salarié, je lui dis : « pourquoi vous quittez votre poste de travail ? ». Il me répond : « ben le patron, il ne me donnait pas de boulot, alors je rentrais chez moi ». Je lui dis : « il fallait rester sur le chantier, vous étiez payé ». Du moment qu'il était payé le salarié, c'était tout, il n'avait qu'à attendre après le matériel. Il a qu'à dire à son patron : « j'ai besoin de matériel ». Si son patron, il n'a même pas de matériel, il reste. Parce que si le patron dit : « retourne chez toi, je n'ai pas de boulot aujourd'hui », ça, il n'a pas le droit. »<sup>585</sup>.*

<sup>584</sup> Dubet F., *Injustices. L'expérience des inégalités au travail*, Paris, éditions du Seuil, 2006.

<sup>585</sup> Antretien A4, CS/Industrie.

Inversement, les conseillers du collège employeur doivent pouvoir reconnaître les patrons peu scrupuleux. Ceci amène les conseillers à partager des représentations communes du « bon » et du « mauvais » patron. Ainsi, un employeur ayant commis une faute dans une procédure de licenciement ne sera pas forcément un « mauvais employeur ». Les conseillers savent par exemple que l'application du droit du travail est particulièrement délicate au sein des TPE, PME ou PMI. Par contre, conseillers salariés et employeurs semblent condamner et sanctionner les « patrons voyous »<sup>586</sup> :

*« - Ca me fait penser, cet employeur, j'ai entendu ça à la radio l'autre jour, qui avait licencié sa secrétaire cinq jours après que la médecine du travail du travail... parce que bon, je dois expliquer d'abord, cette secrétaire, elle avait mal au dos... bon, du coup, étude ergonomique ou je ne sais quoi, la médecine du travail recommande l'utilisation d'un fauteuil qui soit adapté à son poste de travail. Cinq jours plus tard, direction la sortie, la secrétaire est à la porte. Waouh, quelle conception de l'éthique. Et bien chapeau bas. Bon, c'est comme partout, des voyous, il y en a partout. Mais je dois vous dire que si je l'avais eu devant moi, ce type, enfin, devant nous, si on avait dû s'occuper de l'affaire, je ne me serai pas gêné pour lui faire payer le maximum. C'est un peu comme ces gars, là, vous m'excuserez, je parle beaucoup de l'actualité, ces gars de ZF, l'usine, vous voyez de quoi je parle ?*

- Euh, à propos de l'amiante ?

*- Oui, c'est ça. Parce qu'il faut savoir que tout ça, ce sont des licenciements déguisés, ils voulaient fermer l'usine, alors il se sont dit « ben tiens, on va reconnaître que le site est amianté, ils partiront en pré retraite ». Enfin, voilà, c'est scandaleux, je m'emporte, je m'emporte, mais fallait pas m'en parler alors, parce que ça me révolte »<sup>587</sup>.*

*« Il y en a quelquefois des délinquants dans ces trucs-là, des salariés qui volent tout le temps ou des employeurs qui sont des crapules, il y en a, ça c'est clair. Il y a pas longtemps, d'ailleurs l'entreprise est pas venue, il y a une bonne femme, une brave femme, qui a travaillé visiblement sans être payée ou qui a travaillé au black, enfin ces employeurs-là il faut les sanctionner durement parce que c'est, c'est... enfin comme on dit il faut enlever la poire pourrie quoi du cageot, c'est clair. Il faut avoir aucun scrupule »<sup>588</sup>.*

C'est la raison pour laquelle on ne peut parler, au sujet de la procédure prud'homale, de procédure inquisitoire<sup>589</sup>, contrairement à ce qu'affirme André Albert Sorel<sup>590</sup> : « l'employeur est traîné devant le conseil de prud'hommes par un salarié licencié pour un mauvais travail ; il vient se défendre devant le conseil, et au cours du délibéré le conseiller employeur se trouvera en position de défense et non pas d'arbitre. Il cherchera des arguments pour démontrer que l'employeur n'a pas eu

---

<sup>586</sup> Ceci est facilité par le fait que, nous l'avons vu, les conseillers du collège employeur ne sont pas souvent de véritables employeurs.

<sup>587</sup> Entretien B11, CE/Encadrement.

<sup>588</sup> Entretien B10, SE/Commerce.

<sup>589</sup> La procédure inquisitoire est une procédure judiciaire où la maîtrise du procès est confiée au juge, qui joue un rôle actif, en étant autorisé à rechercher des éléments de preuve lui-même, en supplément des éléments apportés par les parties. La procédure inquisitoire s'oppose à la procédure accusatoire, pour laquelle le rôle des juges est celui d'un arbitre impartial entre les parties.

<sup>590</sup> Ancien directeur adjoint des Affaires Sociales du C.N.P.F. (Conseil National du Patronat Français, devenu MEDEF en 1998).

*un comportement coupable, au lieu de rester en position de trancher un litige* »<sup>591</sup>. Cette conception, relativisée malgré elle par le caractère paritaire de la formation, ne peut être retenue, du moins pour l'ensemble du traitement du contentieux, nous y reviendrons.

#### 4.5.2. Le salarié et son mérite

Si l'entente sur la caractérisation du « bon » et du « mauvais » patron semble relativement aisée, il n'en est pas de même en ce qui concerne le « bon » et le « mauvais » salarié (l'entente reposant, dans le cas du justiciable salarié, sur une reconnaissance des abus). Car dans la figure du « bon » et du « mauvais » salarié, on retrouve la notion de mérite, en tout cas si l'on considère que la mesure de l'effort puisse évaluer le mérite<sup>592</sup>.

Le mérite est, selon François Dubet, un des trois principes de justice, au même titre que l'autonomie et l'égalité<sup>593</sup>. Le mérite est un bien moral car il est la manifestation de la liberté humaine et il exige une action rationnelle, maîtrisée, voire vertueuse. La théorie de l'équité d'Adams repose sur le mérite, puisque le sentiment de justice y est caractérisé par l'exigence d'égalité proportionnalité entre les contributions et les rétributions des acteurs que l'on compare.

Mais la notion de mérite est évidemment discutable. En quoi suis-je responsable de mes handicaps physiques ou de mon goût pour l'effort<sup>594</sup> ? Est-ce que je « mérite » mon mérite<sup>595</sup> ? On sait par exemple que le mérite scolaire cache en réalité une transformation de déterminations sociales en talents personnels.

De ce fait, le mérite n'est pas une valeur communément partagée par les conseillers. Là où les conseillers du collège employeur, qui croient en leur mérite, y voient un principe de justice fort, les conseillers du collège salarié semblent lui préférer le principe de l'égalité. Selznick a mis en évidence l'impact du statut socio-économique sur les idéaux de justice : l'importance attribuée au mérite est plus forte en haut de la hiérarchie sociale (le sentiment de justice est davantage fondé sur un idéal de soi) alors que celle attribuée à l'égalité est plus nette dans le bas (le sentiment de justice est davantage fondé sur la comparaison interpersonnelle)<sup>596</sup>.

#### 4.5.3. La responsabilité des victimes

---

<sup>591</sup> Propos cités in Rozes, H., *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse de droit, Paris Nord, 1986.

<sup>592</sup> Voir à ce sujet Rawls J., *Théorie de la justice*, op. cit.

<sup>593</sup> Dubet F., *Injustices. L'expérience des inégalités au travail*, op. cit.

<sup>594</sup> Voir à ce sujet Rawls et ses doutes fondamentaux sur la notion de mérite : « *Personne ne mérite ses capacités naturelles supérieures ni un point de départ plus favorable dans la société [...] Il n'est pas plus juste de recevoir de la fortune en héritage que du mérite* ». Rawls J., Rawls J., *Théorie de la justice*, op. cit.

<sup>595</sup> Dubet F., *Injustices. L'expérience des inégalités au travail*, Paris, éditions du Seuil, 2006.

<sup>596</sup> Selznick P., *Law, society and industrial justice*, New York, Russel Sage Foundation, 1969, cit. in Kellerhals J., « Quelques jalons dans l'étude du sentiment de justice », *L'année sociologique*, n°45, 1995

Dans cette perspective, même la « victime » peut avoir sa part de responsabilité. Ainsi, on retrouve le même type de clivage concernant la notion de « responsabilité » des victimes. Comment distinguer les « vraies » et les « fausses » victimes ? Les injustices « tombent » elles réellement au hasard ?

Les conseillers du collège employeurs semblent valoriser, beaucoup plus que leurs collègues salariés, les notions d'autonomie et de responsabilités personnelles. Dans cette perspective, les injustices ne sont pas uniquement dues au hasard, les victimes n'étant pas toujours aussi « innocentes » qu'on pourrait le penser, comme l'explique ce conseiller employeur de la section commerce :

*« Un salarié, je me rappelle aussi, une fois, un garçon bien gentil mais, bon, il vient aux prud'hommes parce que son patron l'avait frappé, enfin c'était une claque, il l'avait viré comme ça, avec perte et fracas. Donc le salarié porte plainte et se retrouve devant nous. Quand on a fouillé un petit peu, on s'est rendu compte que, attention, je ne dis pas que je cautionne la claque, hein, surtout pas, mais c'est vrai que ce garçon, il avait une attitude un peu hautaine avec ses collègues, avec son patron aussi, qui avait été vraiment très, enfin, patient avec lui. On a parlé un peu avec lui, et c'est vrai, il reconnaît qu'il s'est emporté une paire de fois, et que le matin, il était pas toujours à l'heure, etc. Bon, voilà, euh... faut aussi savoir resituer les choses dans leur contexte, je dis pas que c'est de sa faute, mais le contexte, c'est important pour comprendre »<sup>597</sup>.*

C'est aussi le cas de ce conseiller employeur, dont les propos un peu extrêmes ne sont cependant pas représentatifs du discours des membres de son collège :

*« L'autre fois, je me rappelle de ça très bien [...], il y avait ce salarié de couleur noire qui disait être victime de discrimination parce que je ça faisait vingt ans qu'il travaillait dans la même boîte et qu'il n'avait pas bougé d'un pouce, contrairement à ses collègues qui étaient rentrés en même temps que lui. Et donc, l'avocat, avec ses organigrammes à la con, qui nous montre qu'effectivement, les collègues, ils ont tous progressé. Bon, moi, je veux bien admettre que c'est suspect. L'avocat de la défense arrive et nous explique. Après cinq minutes, j'avais compris. Ce gars là, c'était une sorte...bon, quand même mais disons d'endive, je suis désolé si je vous choque, c'est pas méchant, ce qu'il y a, c'est qu'il n'avait absolument aucune volonté, donc, personnelle, enfin d'ambition. S'il finit à 16h30, à 16h31 il est dehors même si les autres sont dans la merde, ce genre de chose, la mentalité fonctionnaire, quoi. Moi, je veux bien, mais si le salarié, il n'a aucune envie, je vois pas pourquoi il faudrait qu'il progresse dans sa boîte. On a tendance à l'oublier, mais c'est donnant/donnant dans l'entreprise, c'est comme la vie. Moi, que voulez vous, je suis comme ça, j'aime les gens qui ont la niaque et les endives, je les regarde pousser sans bouger le petit doigt. Je n'ai aucune sympathie pour ces gens là »<sup>598</sup>.*

Il s'agit moins, dans ce cas, de statuer sur le préjudice d'un individu, mais de considérer une « individualité ». Au sens où l'entend Isabelle Astier<sup>599</sup>, prendre en compte l'individualité plutôt que l'individu, c'est demander à ce dernier d'être actif. Il ne s'agit plus d'être discipliné ou de se

---

<sup>597</sup> Entretien Entretien B31, CE/Commerce.

<sup>598</sup> Entretien A21, CE/Industrie.

<sup>599</sup> Astier I., *Les nouvelles règles du social*, Paris, PUF, 2007.

conformer de manière passive mais de vouloir se réaliser. Il y a donc ici une responsabilisation de la victime, une prise en compte de sa part de responsabilité dans l'évaluation de l'indemnisation à laquelle elle peut prétendre.

#### 4.5.4. L'intentionnalité des parties

Nous avons évoqué, à travers la reconnaissance des éventuels « abus » des salariés et la constitution de la figure du « bon » et du « mauvais » patron la mise en valeur de l'intention. Ainsi, la faute d'un salarié peut être relativisée lorsque celle-ci n'est pas intentionnelle, tout comme il est nécessaire de reconnaître qu'un « bon » patron puisse commettre des erreurs. Le mensonge, la tromperie ou encore la dissimulation, lorsqu'ils sont identifiés, sont unanimement condamnés par les conseillers.

Mais cette notion d'intentionnalité se comprend également en ce qui concerne la saisine de la juridiction. Ainsi, les conseillers semblent porter une attention particulière aux motifs ayant poussé tel salarié ou employeur à inscrire un conflit dans le cadre d'une procédure prud'homale. Il s'agit alors, pour les conseillers, de dissocier les « profiteurs » des autres. Car, comme l'ont affirmé grand nombre de conseillers, les prud'hommes, ce n'est pas « *la caisse à fric* ». « *On ne s'appelle pas la française des jeux* », « *c'est pas le jackpot le conseil des prud'hommes* » :

*« Quand je vous dit que les prud'hommes quelquefois c'est un peu la boîte à fric, et plus les gens ont un niveau supérieur, pire c'est. On arrive à des montants... Un directeur qui nous réclame je sais pas combien pour ses trente-cinq heures, non mais attendez ! Je peux pas accepter ça, même en étant salariée, même en étant de la CGC, c'est inadmissible. Surtout avec les montants quand on gagne plus de six mille euros par mois »<sup>600</sup>.*

Mais derrière la demande de réparation financière d'un grand nombre de salariés, il y a aussi une demande de justice, une demande de réparation d'un sentiment d'injustice. Les conseillers prud'hommes réparent aussi des blessures. Car la nature du conflit est souvent morale, à travers un sentiment de trahison, de mépris, de manipulation ou de tromperie<sup>601</sup>. Comme le remarque Boudon, les conflits sociaux ne sont pas exclusivement des conflits d'intérêt<sup>602</sup>.

*« Bon, on cerne aussi très vite la personne qu'on a en face de nous. Soit on se dit qu'elle est là pour l'argent, pour profiter du système euh..., soit y'a des personnes qui viennent, qui se mettent à pleurer, qui ont la rage, qui se sentent trahies, c'est une question de blessure, elles sont meurtries. [...] Forcément, c'est pas comparable »<sup>603</sup>.*

---

<sup>600</sup> Entretien A2, CS/Encadrement.

<sup>601</sup> Dubet F., *Injustices. L'expérience des inégalités au travail*, Paris, éditions du Seuil, 2006.

<sup>602</sup> Boudon R., *Le sens des valeurs*, Paris, PUF, 1999.

<sup>603</sup> Entretien C8, CS/Activités diverses.

Mais pour prendre en compte ces dimensions dans le jugement, encore faut-il pouvoir le faire.

#### 4.6. Le droit comme ressource et contrainte

Le droit du travail constitue, pour les conseillers prud'hommes, à la fois une contrainte et une ressource<sup>604</sup>. Une ressource stratégique parce que, nous l'avons vu, il y a bien souvent plusieurs manières de fonder juridiquement un jugement. Le droit est ici un outil (manié comme tel par les avocats, par exemple, nous l'avons vu). De ce fait, les conseillers peuvent travailler leur argumentation afin de rapprocher la décision de ce qu'ils estiment être équitable.

Mais de nombreux conseillers regrettent de ne pas disposer, dans certains cas, d'un espace d'évaluation assez important. Le droit constitue alors une contrainte lorsqu'il constitue un frein au jugement équitable, quand il force les conseillers à se prononcer contre leur conviction. Il limite leur marge d'action, les empêchant de statuer en leur « âme et conscience ». C'est le cas lorsqu'un salarié ou un employeur manipule adroitement, parfois cyniquement, le droit :

*« Pas plus tard que le semaine dernière, un salarié, d'une mauvaise fois absolue, se présente tout seul à la barre, en répétant et répétant encore que son patron a pas respecté le délais entre l'envoi de la lettre et l'entretien. Que voulez vous qu'on fasse, dans ce cas, on est bien obligé d'appliquer la loi. Le pauvre gars, enfin je parle du patron, là, c'était un brave type, mais que voulez vous qu'on fasse ? »<sup>605</sup>.*

Les conseillers sont ainsi parfois contraints d'appliquer le droit malgré eux. La quasi-totalité des conseillers rencontrés l'a évoqué, à un moment ou un autre de l'entretien, comme ce conseiller salarié :

*« Parfois, c'est bien dommage, mais on doit juger contrairement à nos convictions. Je pense à cette jeune fille, qui avait eu deux CDD d'un mois pour travailler pendant l'été dans une poterie. Bon, le premier, tout se passe bien. Le deuxième contrat, et bien il aurait dû lui être transmis dans les 2 jours suivants, comment, sa prise de fonction. Mais le commerçant tarde un peu, ça lui est remis au milieu du mois. Et bien paf, elle vient devant nous en demandant la requalification du contrat de travail en CDI. Je veux dire, elle savait très bien qu'elle n'était embauchée que pour deux mois, c'est évident. Et bien non, elle préfère jouer avec les lois, parce que, j'appelle ça jouer avec les lois, c'est pas très honnête, je trouve, comme démarche. Du coup on l'a un peu calmée dans ses prétentions, ses indemnités, mais on a été obligé de requalifier le contrat. Et c'est bien dommage, je l'ai dit aux employeurs qu'on était d'accord avec eux. C'est du chipotage ça, c'est énervant, pour quelques jours de retard. Donc, ce que je veux dire, c'est que parfois, on aimerait bien*

---

<sup>604</sup> Dans un sens différent de celui des salariés et employeurs, pour qui le couple contraintes/ressources se comprend en termes de droits et de devoirs.

<sup>605</sup> Entretien B23, CS/Industrie.

*faire autrement, mais on peut pas toujours. On va pas aller prendre une décision qui ne tiendra pas dix secondes devant le juge »<sup>606</sup>.*

Le cas développé par ce conseiller du collègue salarié résume bien cette double inscription du droit dans le champ des contraintes et dans celui des ressources :

*« Je me souviens, y'a pas très longtemps, une affaire, le mec... c'était dans une société de... comment dire ça ? De... de surveillance au sein des magasins hein, donc c'était une société de protection quoi on va dire, et euh... le gars euh... il fait une faute, il est convoqué à un entretien préalable en présence des délégués du personnel, il reconnaît la faute. Il la reconnaît : « ouais OK j'ai merdé, j'ai couvert ce gars-là, je devais pas », il la reconnaît complètement et l'employeur quand il le licencie il dit « on vous a reçu à l'entretien préalable euh... vous avez reconnu, donc tous les éléments que vous nous avez apportés ne nous permettent pas de différer notre avis. Vous êtes donc licencié à compter », et il précise pas le motif. Absence de motif équivalent à licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le mec il reconnaît, il dit... il avoue et puis l'employeur se goure. Alors bon ma casquette syndicale c'est dire « désolé hein, il indique pas son motif : six mois de salaire, paf ». Euh... et euh... là-dessus après les employeurs, la mort dans l'âme, disent « bon T. t'as raison, on est obligé de... de dire qu'il y a pas de cause réelle et sérieuse au licenciement ». Puis manque de bol pour ce monsieur quand même quelque part, et ça m'a rassuré un petit peu, euh... il avait pas deux années de présence. Donc pas deux années de présence, c'est le pouvoir discrétionnaire des juges hein, qui fixe. Donc on a donné... on a condamné la société à lui payer un euro. Voilà, ça a permis... mais bon sinon, si y'avait eu deux ans, c'était six mois. Paf ! Pour un mec qui est fautif je trouve quand même que c'est bien payé. J'étais pas trop d'accord. Mais bon, c'est le genre de chose qui arrive hein. Quelquefois bon, c'est le droit... et le droit on l'applique, quoi qu'on fasse. Mais c'est vrai que ça peut quelquefois euh... poser des problèmes »<sup>607</sup>.*

On retrouve cette idée lorsque les conseillers évoquent les affaires pour lesquelles leur espace d'autonomie est très faible, les forçant à être « procéduriers ». Il en résulte un désintérêt affiché pour ce genre de litige, désintérêt que nous avons pu constater par l'intermédiaire de ces phrases, souvent entendues : « *je ne suis pas comptable* », « *là, c'est pas bien passionnant* » ou « *je n'ai pas l'impression d'être juge dans ces cas là* ».

*« Par contre, il y a chez un certain nombre de conseillers, y compris moi-même, une résistance à la jurisprudence quand l'entreprise est liquidée. [...] Quand par exemple le liquidateur a mal fait la lettre. Oui, mais la motivation économique, du fait qu'il y ait eu liquidation, elle est toujours là. Or, la cour d'appel, comme la cour de cassation, dit que quand la lettre est mal faite, c'est un vice non pas de forme mais il y a une conséquence sur le fond, et donc, le licenciement économique n'est pas réel ni sérieux. J'avoue que c'est une analyse que je ne partage pas, dans la mesure où il y a une entreprise qui de toute façon n'existe plus. Alors moi, il m'est arrivé d'être invalidé par la cour d'appel alors qu'il était écrit en grand « liquidation judiciaire » dans la lettre. Le salarié savait-il pourquoi son poste était supprimé ? Ben oui, il était écrit en grand « liquidation judiciaire ». L'entreprise n'existait plus, mais ça ne suffisait pas. [...] Le juge prud'homal est plus près des réalités, par rapport à des juges professionnels, de CA ou de Cour de Cassation. Eux, ils sont trop près de la forme du droit, ça c'est clair »<sup>608</sup>.*

---

<sup>606</sup> Entretien B22, CS/Commerce.

<sup>607</sup> Entretien A7, CS/Activités diverses.

<sup>608</sup> Entretien A1, CS/Encadrement.

La jurisprudence constitue parfois, nous l'avons vu, un moyen d'échapper aux jugements trop procéduriers. Pourtant, les conseillers semblent très méfiants lorsqu'il s'agit de l'utiliser.

#### 4.7. La méfiance vis-à-vis de la jurisprudence

La jurisprudence désigne l'ensemble des décisions concernant une loi, ayant fait l'objet d'une publication par des revues à caractère juridique<sup>609</sup>. La jurisprudence ne peut être considérée comme un simple catalogue de précédents, elle est le résultat d'un processus de sélection des cas remarquables, des innovations judiciaires liées à la mise en œuvre du droit par les tribunaux<sup>610</sup>. Elle peut par ailleurs se nourrir elle-même, pouvant être source de nouvelles actions en justice.

Les conseillers l'utilisent finalement assez peu<sup>611</sup> et l'appréhendent avec une certaine méfiance. Son usage ne leur est pas toujours aisé (« *Quand je vois toute cette jurisprudence, on peut pas suivre. Et après, quoi, on va faire une jurisprudence de jurisprudences ?* »<sup>612</sup>). Elle nécessite en outre un raisonnement juridique particulier, qui n'est pas forcément maîtrisé par tous les conseillers. Ainsi, l'utilisation de la jurisprudence peut accroître les risques d'invalidation en appel. Cette jurisprudence leur est par ailleurs le plus souvent dictée par les avocats, d'une manière contradictoire (les avocats reprenant chacun dans leurs plaidoiries des éléments de la cour de cassation aux conclusions opposées). Tout ceci amène les conseillers à rester prudents lorsqu'ils utilisent des éléments de jurisprudence :

*« En fait, la jurisprudence est euh... je vais dire, ils [les avocats] s'en servent énormément hein euh... quand ils veulent dire... et la jurisprudence en fait elle ne s'applique jamais réellement à un dossier en général. C'est quelque chose euh... c'est dans un cas particulier. Bon, maintenant, la Cour de Cassation établit ses jurisprudences et les avocats s'en servent en disant « ben dans telle affaire il s'est produit ça et euh... la cour d'appel, la Cour de Cassation ont dit tac, tac, tac », donc ils s'en servent énormément mais bon on en fait ce qu'on veut un petit peu les jurisprudences. Moi il m'arrive régulièrement de dire « mais bon c'était pas exactement le même cas quoi je veux dire » hein, la Cour de Cassation peut dire... je sais pas, à titre d'exemple, l'article euh... L122.14.1 euh... on dit que lorsque l'employeur, après entretien préalable, licencie son salarié, il doit obligatoirement le faire en courrier recommandé, par courrier recommandé. Bon, il arrive régulièrement que l'employeur ben il remet en mains propres, contre décharge, et puis il dit « de toute façon il a cette lettre, il la produit, il peut pas nier avoir été licencié, donc moi je ne suis pas d'accord pour dire qu'il y a défaut de*

---

<sup>609</sup> Didry C., « Les comités d'entreprise face aux licenciements collectifs : trois registres d'argumentation », *Revue française de sociologie*, 1998.

<sup>610</sup> Didry C., « La règle de droit comme équipement pour le travail juridique : le cas du licenciement collectif pour motif économique », in Kirat T., Serverin E., *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS éditions, 2000.

<sup>611</sup> A titre d'exemple, moins de 10% des décisions que nous avons examinées faisaient référence explicitement à un arrêt de la cour de cassation.

<sup>612</sup> Entretien B20, CE/Encadrement.

*procédure ». Tu vois, ils vont raconter des trucs comme ça. Bon donc maintenant, dans certaines situations on peut dire OK, dans d'autres non »<sup>613</sup>.*

*« Ils nous disent, y'a cette jurisprudence, moi, je suis pas obligé de les suivre. A la rigueur, c'est nous qui les faisons, les jurisprudences. Moi la cour de cassation, je m'en fous »<sup>614</sup>.*

Cependant, nous l'avons vu, la possibilité de suivre certains éléments de jurisprudence offre aux conseillers une certaine souplesse et un espace d'autonomie supplémentaire dans la décision. Les conseillers entretiennent ainsi une relation ambivalente à la jurisprudence, à la fois ressource lors du délibéré et instrument de manipulation des avocats, à l'usage complexe, source d'incertitudes, éventuellement de conflit entre conseillers lors de l'élaboration du jugement :

*« On se méfie parce que tout ce qui est jurisprudence, il faut que ça soit remis dans un contexte. Mais quand ça colle, ça colle, je ne vais pas me gêner pour l'utiliser, je serais bien con »<sup>615</sup>.*

—

La coordination entre les conseillers repose sur un système de valeurs et de représentations communément partagées. La normalisation des comportements en résultant, qui surprend les nouveaux conseillers, renforce leur autonomie. Le commun est ainsi construit autour d'une reconnaissance de l'importance de l'efficacité et de la fluidité de la procédure, de la valorisation de compétences acquises au sein de l'entreprise et d'un rapport au droit introduisant de manière circonstanciée l'équité au centre des jugements.

Evidemment, les formes de rapport au droit des conseillers prud'hommes sont beaucoup plus diversifiées que ce que notre analyse pourrait montrer. Elles varient selon leur parcours scolaire/universitaire et professionnel, et selon leur distance sociale à l'univers syndical et patronal<sup>616</sup>. Ainsi, les conseillers autodidactes, souvent issus du monde ouvrier, peu diplômés, n'entretiendront pas le même rapport au droit que les conseillers pour qui la prud'homie ne constitue qu'une étape dans une carrière professionnelle liée au droit. Il en est de même pour les conseillers en situation de reconversion, bloqués dans leur carrière professionnelle de par leur engagement syndical et prud'homal, ou les conseillers pour qui l'activité prud'homale constitue une forme de militantisme « technique » vécue comme le prolongement naturel de leur métier<sup>617</sup>. Ce travail sur les typologies

<sup>613</sup> Entretien A7, CS/Activités diverses.

<sup>614</sup> Entretien B13, CS/Agriculture.

<sup>615</sup> Entretien B29, CE/Industrie.

<sup>616</sup> Nous renvoyons le lecteur, à ce sujet, au chapitre précédent.

<sup>617</sup> C'est la typologie, constitué des quatre types évoqués, que propose Laurent Willemez concernant les formes de rapport au droit des conseillers prud'hommes. Cf. Willemez L., « Activités judiciaires et trajectoires

d'acteurs est important pour montrer la diversité des profils qui composent les formations de jugement prud'homal. Il présente l'intérêt de montrer que les conseillers ne sont pas égaux face au droit. Mais à notre sens, il illustre plus le fait que les conseillers ont des intérêts différents à respecter les processus de normalisation mis en place au sein des conseils qu'il n'a de répercussions au niveau des pratiques. Dit autrement, nous pensons que le commun diminue considérablement, voire efface totalement, l'incidence de ces rapports diversifiés au droit.

En d'autres termes, ceux-ci se traduisent plus souvent par des formes de retrait ou d'investissement, éventuellement de sortie de rôle, par rapport à une procédure normalisée de production de décisions juridictionnelles, que par des pratiques différenciées de jugement. C'est l'objet de notre prochain chapitre.

---

juridiques. Les conseillers prud'hommes et le droit du travail », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

## Chapitre 5

### La place de la négociation dans la négociation prud'homale

---

On présente souvent la juridiction prud'homale comme un lieu de négociations<sup>618</sup> entre conseillers salariés et conseillers employeurs, le justiciable étant « tributaire » des accords conclus lors du délibéré. Si l'institution prud'homale produit un modèle de comportement rendant parfois nécessaire la négociation, on ne peut cependant réduire l'étape du délibéré à un jeu de négociations : la juridiction prud'homale n'est pas « *la juridiction du compromis* »<sup>619</sup>.

Par ailleurs, la négociation entre conseillers, même si elle vise l'accord, est une négociation dans la coopération<sup>620</sup>. De ce fait, elle relève d'avantage de la recherche de compromis que de l'affrontement et du conflit d'intérêt systématique. L'institution prud'homale crée un cadre de contraintes et d'incitations marqué par la continuité des relations<sup>621</sup>.

Les conseillers salariés et employeurs apprennent aussi, nous l'avons vu, à partager une posture renvoyant à leur identité de juges sensibles aux injustices, efficaces et connaissant le monde du travail. La pratique en délibéré visant l'entente ne se comprend pas uniquement en termes d'« argumentation » ou de « négociation »<sup>622</sup>, pour la simple raison qu'il peut n'y avoir personne à convaincre. Les points de vue individuels et collectifs peuvent se rejoindre. Les conseillers peuvent bien entendu être tiraillés entre la réalisation de leurs propres désirs et l'assujettissement aux contraintes institutionnelles, ce qui peut se traduire par un certain nombre de tensions, mais la pratique de la négociation et la recherche de valeurs communes permettent de les réguler.

Ceci ne nous montre pas, cependant, comment les valeurs sous-tendant cette posture sont concrètement mobilisées dans les pratiques de délibération. Il nous semble donc nécessaire de saisir les mécanismes de la décision prud'homale, ce qui nous permettra de mesurer l'importance de la négociation lors du délibéré.

L'étude de la délibération prud'homale est cependant délicate : le délibéré étant secret, cette étape est inaccessible au chercheur. Ceci, bien entendu, constitue un obstacle majeur, car il n'est pas possible d'articuler sur le terrain discours et pratiques. Cependant, il nous a été possible de

---

<sup>618</sup> La négociation est ici comprise comme processus de discussion qui s'établit entre plusieurs parties, assistés ou non d'un conseil, dont le but est de parvenir à un accord acceptable par tous. Ce processus s'insère dans un cadre normatif. Mais la négociation n'est pas qu'un système de décision, elle est aussi à la fois un mode de résolution de conflit, une procédure d'échange et de partage, une technique de régulation, un moyen d'innovation et de création sociale et un processus de communication. Cf. Thuderoz C., *Négociations. Essai de sociologie du lien social*, Paris, PUF, 2000.

<sup>619</sup> Poissonier G., Duhamel J.-C., « Plaidoyer pour l'échevinage prud'homal », *Jurisprudence sociale Lamy*, n°117, 2003.

<sup>620</sup> Si bien que la négociation prud'homale s'apparente parfois à de la médiation.

<sup>621</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, op. cit.

<sup>622</sup> Si la négociation suppose l'argumentation, l'accord peut être construit par l'argumentation sans recours à la négociation.

« reconstruire » en partie ce délibéré, en croisant notamment l'analyse du discours des acteurs et l'étude de motivations des décisions rendues<sup>623</sup>.

Auparavant, il apparaît nécessaire de préciser les notions de compromis et de décisions, dont les acceptions varient.

### **1. La décision prud'homale et le compromis**

Pour comprendre la pluralité des situations de décision<sup>624</sup>, il est nécessaire de distinguer plusieurs ensembles de rationalité. Dans « Le sens des valeurs », Raymond Boudon relève quatre grandes théories de la rationalité et montre que chacune de ces théories a une valeur explicative, selon les situations auxquelles sont confrontés les individus<sup>625</sup>. La première, la théorie du choix rationnel, analyse de façon convaincante les situations où les individus, pouvant décider en connaissance de cause, sont invités par le contexte à agir en fonction de leur intérêt. La seconde, la théorie du choix limité, introduit l'idée que l'acteur ne dispose souvent que d'une information lacunaire. Boudon cite l'exemple du recrutement en entreprise. Pour le troisième type de théorie, reposant sur la rationalité cognitive, il s'agit plus de maximiser ou d'optimiser la force d'un système d'argumentation qu'une différence entre coûts et avantages (les individus ont de bonnes raisons ou des raisons fortes d'agir, celles-ci n'étant pas celles que propose la rationalité instrumentale, qui se veut pourtant universelle). La dernière théorie repose sur la rationalité axiologique et propose de considérer que le sujet se guide dans certaines circonstances sur des systèmes de raisons non instrumentales. Ainsi, la décision n'est

---

<sup>623</sup> Nous avons eu par ailleurs l'opportunité d'exposer une première version de ce travail de reconstitution du délibéré prud'homal devant plusieurs centaines de conseillers présidents de conseil, dans le cadre d'un colloque organisé par le ministère du travail à l'occasion du bicentenaire de l'institution. Les retours de certains conseillers suite à cette communication ont été riches d'enseignement. Nous tenions notamment à éviter de dégager des principes de délibération qui n'auraient pas existés en pratique dans l'esprit des conseillers. Nous avons par ailleurs eu l'occasion de revenir en détail sur cette communication lors d'entretiens réalisés postérieurement, auprès de conseillers ayant assisté au colloque. Les conclusions exposées ici prennent donc en compte ces nombreux retours. Swierczek N., « Les dynamiques de la délibération prud'homale », communication au colloque du Ministère du Travail, des Relations Sociales et de la Solidarité, *Les prud'hommes : actualités d'une juridiction du travail bicentenaire*, Paris, Conseil Economique et Social, 8 novembre 2006 et Swierczek N., « Le délibéré prud'homal : la recherche d'un accord entre collègues ? », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>624</sup> Jean Daniel Reynaud opère une distinction du terme « décision », qui renvoie autant au choix entre différentes solutions que l'on peut apporter à un problème bien défini (ce qu'il appelle la décision technique) qu'au fait de retenir un problème à étudier pour ensuite définir ce problème (ce qu'il appelle la décision politique). C'est bien entendu la décision politique qui nous intéresse ici en premier lieu, la décision technique ne pouvant être discutée qu'une fois la décision politique prise. Reynaud J.-D., « Préface », in Jamous H., *Sociologie de la décision. La réforme des études médicales et des structures hospitalières*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1969.

<sup>625</sup> Boudon R., *Le sens des valeurs*, Paris, PUF, Quadrige, 1999.

pas toujours guidée par les conséquences qu'elle risque d'entraîner mais aussi par des principes, même si ces formes de rationalité peuvent être liées<sup>626</sup>.

Grand nombre de travaux de sociologie de la décision se sont attachés à analyser la mise en place de politiques publiques, la question étant notamment de savoir « qui » décidait. Dans une étude de la politique de rénovation urbaine à New Haven, Robert Dahl, qui insiste sur la part des compromis dans la décision, montre qu'une large part des initiatives, résultant de tractations entre républicains et démocrates, sont le fait d'une vingtaine de personnalités locales officielles<sup>627</sup>. Pour Haroun Jamous, qui étudie en 1969 la mise en place d'une réforme des études médicales et hospitalières<sup>628</sup>, les phénomènes de pouvoir se trouvent au centre de l'étude et de l'explication de la décision<sup>629</sup>. En écartant les explications « conjoncturelles », Jamous insiste sur l'éventail restreint d'acteurs étant intervenus, autour d'une personnalité réformatrice, autoritaire et charismatique, Robert Debré. Mais ces réflexions autour de l'identité des décideurs négligent souvent la dimension processuelle de la décision.

Le processus décisionnel est complexe, notamment par la diversité de ses temporalités et par les multiples contraintes du contexte dans lequel la décision intervient. Pour déterminer les conditions d'apparition d'une décision et mettre à jour les règles qui permettent de prévoir les différents types de décisions possibles, les sociologues ont longtemps privilégié la mise en avant du moment du choix, au détriment, parfois, des autres moments qui composent le fil de la décision. Il est en effet nécessaire de rendre compte des dynamiques multiples aboutissant à la décision (ou, parfois, à la non-décision).

La décision est le produit de déterminants cognitifs et normatifs : le processus de décision fait corps avec « *la construction progressive de la représentation d'un problème, de ses solutions et de leurs conséquences* »<sup>630</sup>. L'élaboration de la décision se comprend également dans la perspective du degré de son acceptation par les tiers, qui auront à en supporter les conséquences. Ainsi, toute décision appelle à un travail de légitimation, les choix devant être perçus comme justes, rationnels ou bons<sup>631</sup>. Le modèle incrémental de Charles Lindblom souligne par ailleurs la rationalité limitée des processus de décision. Ceux-ci sont pensés sur le mode du compromis, de l'ajustement mutuel entre des acteurs soucieux de défendre le statu quo, s'accordant « *par addition continue de petits progrès*

---

<sup>626</sup> Boudon prend l'exemple d'une protestation contre une inégalité de salaire. Cette action vise une fin (mettre fin à cette inégalité), ce qui relève de la rationalité instrumentale, mais est aussi fondée sur un jugement de valeur (cette inégalité est illégitime), ce qui relève de la rationalité axiologique. Ainsi, ces deux formes de rationalités sont à la fois distinctes et complémentaires.

<sup>627</sup> Dahl R., *Qui gouverne ?*, Paris, Armand Colin, 1971.

<sup>628</sup> Ordonnance du 30 décembre 1958 « relative à la création des centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale ».

<sup>629</sup> Jamous H., *Sociologie de la décision. La réforme des études médicales et des structures hospitalières*, Paris, Editions du CNRS, 1969.

<sup>630</sup> Muller P., Surel Y., *L'analyse des politiques publiques*, Paris, Montchrestien, 1998, cit. in Phélippeau E., « Sociologie de la décision », *Cahiers Français*, n°350, La documentation française, 2009.

<sup>631</sup> Phélippeau E., « Sociologie de la décision », *Cahiers Français*, n°350, La documentation française, 2009.

*interposés et par tâtonnement progressifs* »<sup>632</sup>. Les théories psychologiques de la décision sont intéressantes en ce sens qu'elles séparent la prise de décision de la préparation. Ainsi, avant la décision, de nombreuses et fondamentales « mini-décisions » sont prises, en réduisant progressivement le champ des « possibilités ». Dès lors, la décision n'est plus dans la décision mais dans la délibération.

Pour Lucien Svez, les théories classiques accordent un rôle trop important au sujet créateur, démembrant les différents moments de la décision et reposant sur l'idée qu'il y a un commencement et une fin<sup>633</sup>. Il propose la théorie du surcode comme outil d'analyse de la décision. Svez nomme « surcode » le fait de croiser divers codes (code perceptif, qui permet de reconnaître une figure sur le fond, un code figuratif, qui permet de reconnaître un motif et un code représentatif, qui assigne des limites à la reconnaissance) pour représenter un même aspect du monde réel. L'acte de décision est toujours « interprétable, multirationnel, dominé par la multifinalité, marqué par la reconnaissance de plusieurs buts possibles, simultanés, en rupture »<sup>634</sup>. Le surcode se comprend ainsi comme une « *interpénétration des différents systèmes au niveau des significations* »<sup>635</sup>. Quand les contraintes spécifiques d'un code s'ajoutent aux contraintes spécifiques d'un autre code, l'effet est imprévisible.

Ainsi, la théorie du surcode insiste : 1) sur la multirationalité (qui ne comprend pas comme simple juxtaposition de rationalités) et la multifinalité de l'action collective 2) sur la mise en avant du caractère aléatoire et contingent de la décision 3) sur l'attention à porter aux « surcodeurs ».

Jean Daniel Reynaud évoque par ailleurs les trois groupes d'opération nécessaire à la compréhension de la décision : la définition de l'enjeu (enjeu qui ne se limite pas aux objectifs mais aussi aux valeurs), l'étendue et l'efficacité de la mobilisation des acteurs, ainsi que les règles du jeu, les individus cherchant une décision à l'intérieur d'un système social ayant d'abord à détruire un certain équilibre.

Le compromis est une forme relativement « fragile » de résolution ou d'évitement des conflits. Comme l'ont écrit Boltanski et Thévenot, « *dans un compromis, on se met d'accord pour composer, c'est-à-dire suspendre le différend, sans qu'il ait été réglé* »<sup>636</sup>. Le compromis réside ainsi dans le renoncement à clarifier le principe de l'accord, l'impératif de justification cher aux deux auteurs n'étant de ce fait pas satisfait.

Certains juristes, prônant la réforme de l'institution et notamment la mise en place de l'échevinage, voient dans le faible de taux de départage la preuve d'un recours systématique au compromis. Ainsi, le faible taux de départage ne serait pas le signe d'un bon fonctionnement de

---

<sup>632</sup> Linddblom C., « The science of muddling through », *Public administration review*, 1959, cit. in. Phélippeau E., « Sociologie de la décision », *Cahiers Français*, n°350, La documentation française, 2009.

<sup>633</sup> Svez L., *La décision*, Paris, PUF, 1984.

<sup>634</sup> Ibid.

<sup>635</sup> Ibid.

<sup>636</sup> Boltanski L, Thévenot L., *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

l'institution, mais le signe d'un dysfonctionnement, « conséquence du refus des deux composantes maîtresses de l'institution prud'homale (syndicats employeurs et syndicats salariés) à vouloir accepter la présence du juge départiteur »<sup>637</sup>, ceci les amenant à rendre des jugements « résultant d'un judicieux équilibre relevant de la négociation et de la transaction, parfois peu soucieux de la règle de droit »<sup>638</sup>. Les juristes sont ainsi nombreux à condamner toute logique de compromis, le compromis n'étant pas « compatible avec les principes généraux du droit et les grandes lignes directrices de la jurisprudence de la cour de cassation »<sup>639</sup>. Il en est de même pour les procédures faisant appel à la médiation, telle la conciliation pour la procédure prud'homale<sup>640</sup>. C'est notamment la position tenue par les systémistes, parmi lesquels on retrouve Niklas Luhmann et Gunther Teubner. Pour ces auteurs, les procédures parallèles comme les médiations, faisant appel à des processus de négociation, sont vues comme des tentatives de court-circuiter la procédure juridique. Pour Evelyne Serverin, « cette interprétation des règles de procédure est révélatrice d'une conception mécanique de la fonction décisionnelle, le juge étant conçu comme un organe passif d'application de la loi »<sup>641</sup>. C'est aussi le cas pour les tenants de la procéduralisation, tel Jürgen Habermas, pour qui la négociation n'a pas sa place au sein du droit, la négociation n'étant qu'une alternative aux insuffisances de la législation<sup>642</sup>.

Mais le droit du travail est lui-même, par nature, un droit de négociations et de compromis, il est le résultat des rapports de forces entre employeurs et salariés, stabilisant par là même des intérêts et des principes sinon contradictoires, au moins différents<sup>643</sup>. Il porte les traces de conflits sociaux, refroidis pour un temps autour de compromis plus ou moins stables<sup>644</sup>. Il est un ensemble de règles permettant de jouer. Par ailleurs, les modes de règlement non décisionnels, comme la transaction ou le contrat judiciaire, ont toujours constitué des modes normaux d'extinction de l'instance, réglés par le droit lui-même.

Par ailleurs, la médiation peut être un moyen de développer un droit « qui soit enraciné non dans l'action du législateur ou des magistrats, mais dans la société elle-même »<sup>645</sup>.

Si une large partie des travaux sur l'institution prud'homale font état de négociations ou de compromis réalisés lors du délibéré entre les conseillers, ces derniers n'évoquent que très rarement

---

<sup>637</sup> Lauweriere D., « Echevinage : après les tribunaux de commerce, la juridiction prud'homale ? », *Semaine sociale Lamy*, n°896, 1998.

<sup>638</sup> Ibid.

<sup>639</sup> Rozes, H., *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse de droit, Paris Nord, 1986.

<sup>640</sup> La conciliation est notamment vue par certains juristes comme étant un « abandon possible des droits ». Helfre H., « Est-il encore urgent d'attendre ? », *Gazette du Palais*, samedi 23 octobre 1999.

<sup>641</sup> Serverin E., *Sociologie du droit*, La Découverte, coll. « Repères », 1999.

<sup>642</sup> Ibid.

<sup>643</sup> Saglio J., « Les relations professionnelles entre négociations et consultation », in Pouchet A., *Sociologie du travail. Quarante ans après*, Paris, Elsevier, 2001.

<sup>644</sup> Schelling T., *The strategy of conflict*, Cambridge, Harvard university press, 1960, cit. in Dubet F., *Injustices. L'expérience des inégalités au travail*, Paris, éditions du Seuil, 2006.

<sup>645</sup> Bonafe Schmitt J.-P., *La médiation : une justice douce*, Syros Alternatives, 1992

cette possibilité lors des entretiens (une partie allant même jusqu'à rejeter en bloc cette hypothèse). L'écart entre ces théories et le discours des acteurs ne remet bien entendu en cause ni la bonne foi des conseillers, ni les conclusions de ces recherches : il est correct d'évoquer l'existence de négociations tout comme il est correct de considérer légitimes et fondés les propos des conseillers à ce sujet. Il est juste nécessaire de distinguer l'objet de ces éventuelles négociations, d'en préciser les contours et modalités. Dit autrement, cette opposition semble ne reposer que sur un problème de définition, la principale erreur étant de considérer « l'accord » entre conseillers (et par là même les éventuelles négociations réalisées pour parvenir à cet accord) comme singulier. Car l'élaboration du jugement prud'homal passe en réalité par une succession d'accords, lesquels relèvent de logiques tout à fait différentes. De ce fait, l'éventuel désaccord entre les conseillers prud'hommes ne concerne pas l'ensemble du litige, mais uniquement la réponse donnée à certaines des questions qu'il soulève<sup>646</sup>. Pour saisir le mécanisme de la délibération aux prud'hommes, il est donc nécessaire de distinguer les différentes phases du délibéré.

## **2. La délibération prud'homale comme conclusions successives d'accords**

Le délibéré ne peut se résumer à une somme de débats concernant la pertinence, ou non, des plaidoiries du demandeur et du défendeur (débats dont l'issue ne dépendrait que des rapports de force au sein de la formation). L'article 12 du Nouveau Code de Procédure Civile énonce le rôle du juge au cours du délibéré : trancher un litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables<sup>647</sup>. Mais cette tâche, dont il est nécessaire de différencier chaque phase, est plus complexe qu'il n'y paraît.

Il s'agit d'abord d'évaluer, à partir du dossier de chacune des parties, le caractère établi et probant des faits attachés à l'objet du litige<sup>648</sup>. Comme l'écrit Hubert Rozes, « *il est nécessaire de dépouiller le dossier de tout ce qui n'est pas probant pour la solution du litige. Les conseillers*

---

<sup>646</sup> Même si dans la quasi-totalité des cas, l'affaire tout entière est renvoyée en départage en cas de désaccord, sans distinction d'objet de demande, le départage partiel étant, nous l'avons vu, peu utilisé (cf. chap.1).

<sup>647</sup> Art 12 du NCPC : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicable. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* ».

<sup>648</sup> Le juge ne peut fonder sa décision que sur les faits qui sont dans le débat (art. 7 NCPC, par.1). D'autre part, le juge peut prendre en considération ces faits, dès le moment où ils sont dans le débats, sans nécessairement les utiliser de la manière qu'avaient envisagée et proposée les parties (Art. 7 NCPC, par.2). De ces règles découle l'interdiction pour le juge d'étendre ses investigations en dehors des faits ainsi déterminés par les parties.

doivent trouver ensemble une solution fondée sur des faits non contestables (...) »<sup>649</sup>. Cette phase de qualification des faits nécessitera donc un premier accord de la part des conseillers, accord particulièrement important durant la délibération aux yeux du procureur général Jean Laroque : « Une décision n'est pas forcément une décision de droit. Dans la très grosse majorité des affaires, ce sont les constatations de fait qui entraînent la décision... Il y a beaucoup de constatations de fait pour une petite déduction juridique à la fin »<sup>650</sup>. Au moment de la caractérisation des faits<sup>651</sup>, les conseillers peuvent laisser une place à leur « intime conviction », forgée, bien souvent, lors de l'audience en bureau de jugement, comme l'explique ce conseiller évoquant une affaire de licenciement pour vol :

« Le salarié était sincère, je le savais, j'en étais persuadé. Il avait les larmes aux yeux, il était, comment dire ... il était touchant. C'est pour ça qu'on a pas cru ce qui était sur la lettre »<sup>652</sup>

Cette conviction est d'ailleurs parfois explicitement mobilisée dans les décisions :

« Attendu qu'il appartient au juge, au vu des éléments fournis par les parties, d'établir sa propre conviction »<sup>653</sup>.

Dans un second temps, après avoir considéré les moyens de fait<sup>654</sup>, les conseillers examinent les moyens de droit invoqués par les plaideurs<sup>655</sup>. Cette phase constitue sans doute une des étapes les plus délicates de la délibération. Une nouvelle fois, les conseillers doivent convenir ensemble de la pertinence de ces moyens de droit, avant de choisir les textes de loi, les articles de convention collective ou la jurisprudence à appliquer, puis construire par là même leur argumentation, qu'ils présenteront dans les motifs de leur décision. L'élaboration de ces motifs peut être source de désaccord, ou poser un problème juridique aux conseillers qui, contrairement à ce que l'on pourrait penser, peuvent être régulièrement amenés à faire appel au juge départiteur sur ce point :

« Oui, moi je préfère toujours quand on va jusqu'au bout, quitte à en refaire un deuxième... Mais mes collègues... Là, justement, c'était le cas, c'était dommage d'aller en départage. Mais pour la motivation, on a préféré aller vers le juge départiteur. D'ailleurs, la juge, elle a bien senti que l'on n'avait pas de divergences sur le fond. C'est dans les appréciations des motivations. Car il ne suffit pas de décider, encore faut-il motiver »<sup>656</sup>.

---

<sup>649</sup> ROZES, Hubert, *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse, Droit, Paris Nord, 1986.

<sup>650</sup> Laroque J., communication au colloque *Principes généraux de la procédure prud'homale*, Villeneuve les Avignon, 1983, cité par ROZES, Hubert, *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse, Droit, Paris Nord, 1986.

<sup>651</sup> C'est à dire de la détermination des faits de la cause.

<sup>652</sup> Entretien B35, CS/Activité diverses.

<sup>653</sup> Décision du conseil de prud'hommes de *Ville D*, Mme SS / SMP., 24 juin 2003, section industrie.

<sup>654</sup> Les moyens étant ici entendus comme « raisons de fait ou de droit invoquées par un plaideur à l'appui de sa prétention », Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Collection Quadrige, 2000.

<sup>655</sup> Même si, très souvent, les moyens de fait et de droit sont mélangés dans la mesure où l'application de la règle juridique exige la constatation d'un certain nombre de faits qui la soutiennent.

<sup>656</sup> Entretien A1, CS/Encadrement.

L'énoncé imprécis ou non circonstancié des motifs constitue ainsi une cause courante d'invalidation en appel :

*« Notre gros rôle, à nous, c'est de motiver les jugements. Un jour, j'avais écrit, je m'en suis souvenu par la suite, que "c'était vraisemblable", la cour d'appel m'a répondu, on ne juge pas sur la vraisemblance. Alors, maintenant, je mets "il apparaît que" »<sup>657</sup>.*

Pour Hubert Rozes, *« de nombreuses décisions prud'homales sont fondées sur ce que l'on appelle des motifs hypothétiques, ce qui signifie que les juges tiennent pour établis des faits qui ne relèvent que d'une supposition de leur part »<sup>658</sup>*. Ceci est confirmé par cette magistrate, juge départiteur :

*« C'est assez variable, car ils sont normalement tenus de s'expliquer sur chacun des éléments de preuve qui leur sont soumis. Or, souvent, la preuve du fait invoqué n'est pas correctement rapportée. Ceci dit, ce n'est parfois qu'un problème de rédaction... mais effectivement, dire « à l'examen des prétentions du salarié, le conseil considère qu'il convient d'y faire droit », ça, ça n'est pas une motivation »<sup>659</sup>.*

Il s'agit ensuite, après avoir examiné les moyens de faits et de droits, de considérer les demandes du salarié ou de l'employeur<sup>660</sup>, d'évaluer leur caractère abusif<sup>661</sup> ou justifié. Là encore, un accord est nécessaire. Il reste également à évaluer les sanctions ou fixer les éventuelles indemnités. Ce n'est qu'en respectant cette procédure que les conseillers pourront élaborer une motivation solide de leur jugement, leur permettant par là même de réduire considérablement les risques d'invalidation en départage, appel ou cassation. Bien entendu, les différentes phases mentionnées ici ne sont en aucun cas exposées de manière chronologique : ces périodes sont bien souvent liées les unes aux autres.

Ainsi, l'accord entre conseillers lors du délibéré est pluriel : ce n'est pas un mais plusieurs accords successifs et/ou simultanés qui sont conclus. Or, chacun de ces accords relève d'une logique lui étant propre. Prenons l'exemple d'un litige dont les termes sont relatifs à un vol réalisé au sein de l'entreprise : faire le tri entre les différentes preuves apportées par le salarié et l'employeur (pour répondre à la question : « le salarié a-t-il commis le vol ? ») ne relève pas de la même logique que de

---

<sup>657</sup> Entretien B26, CS/Industrie.

<sup>658</sup> Rozes, H., *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse de droit, Paris Nord, 1986.

<sup>659</sup> Entretien F1.

<sup>660</sup> L'article 5 du NCPC interdit au juge d'aller au-delà de la demande qui a été faite par un plaideur. Les conseillers ne peuvent de ce fait allouer à une partie plus qu'elle n'a demandé ni ajouter de leur propre initiative un nouveau chef de demande. Ils peuvent cependant requalifier la demande d'un plaideur, c'est-à-dire rétablir la véritable nature juridique de celle-ci.

<sup>661</sup> On emploiera le terme de « licenciement abusif », très utilisé dans le langage courant, même si l'on peut lui préférer celui de licenciement injustifié : en l'absence de cause réelle et sérieuse, il n'y a pas véritablement abus du droit de licencier, il y a absence de droit.

répondre à la question « ce vol constitue-t-il une faute grave du salarié ? ». Ceci nous amène à reconsidérer la notion de négociation aux prud'hommes. On comprend en effet aisément que cette pratique ne peut être généralisée à l'ensemble du délibéré (le processus d'argumentation sur la qualification d'un fait, par exemple, ne peut relever d'une négociation). Le recours à la négociation entre conseillers n'est pas systématique et, s'il a lieu, n'est susceptible de concerner que certains points du délibéré<sup>662</sup>. Il en est de même, mécaniquement, pour l'adoption de la posture basée sur le partage de valeurs communes : elle se limite essentiellement à l'évaluation des faits, des moyens de droit et au choix des articles à mobiliser. Ceci permet ainsi d'éviter le recours permanent à la négociation entre conseillers. Peu de concessions semblent en effet faites sur ces points, le désaccord se traduisant souvent par un départage dans ce cas. Ces valeurs communes confèrent par là même une certaine « constance » aux décisions prud'homales, en échappant au caractère forcément provisoire d'une entente par négociation. Elles rendent même légitimes les négociations relatives aux autres étapes du délibéré, puisque ces négociations ne pourront être caractérisées de compromis ni, pire, de compromissions<sup>663</sup>. Le recours au compromis n'est ainsi légitime que lorsqu'un désaccord relève de ces valeurs (par exemple lorsque le légal est considéré comme injuste). Reste alors à déterminer les objets et modalités de ces éventuelles négociations.

### **3. La délibération prud'homale comme ajustements par négociations**

La négociation prud'homale, encadrée par des règles juridiques, constitue une forme d'investissement des espaces d'autonomie laissés aux conseillers. Ceci ne signifie pas pour autant que ces derniers n'ont jamais recours à la négociation en dehors de ces espaces. Le droit peut être travaillé, contourné. Mais ces espaces d'autonomie constituent un terrain privilégié pour la négociation. En d'autres termes, il y a essentiellement négociation là où il y a possibilité d'évaluation, d'interprétation.

#### **3.1. Les espaces de négociation**

Il convient ainsi de délimiter plus précisément ces espaces d'autonomie, qui concernent essentiellement la phase de détermination des indemnités et des sanctions, mais aussi en amont, dans une moindre mesure, celle de l'évaluation des moyens de fait et de droit.

---

<sup>662</sup> Notons qu'il en est de même pour le recours au juge départiteur. Dans sa thèse sur le départage prud'homal, Eryck Shekler indique que « *le désaccord entre les prud'hommes ne concerne pas l'ensemble du litige, mais uniquement la réponse donnée à certaines des questions qu'il soulève* ». Shekler, E., *Le départage prud'homal (théorie et pratique)*, thèse de droit, Nantes, 2004.

<sup>663</sup> La coordination par le compromis se construit dans la friction, tandis que la compromission repose sur un renoncement à des valeurs.

### 3.1.1. L'évaluation de la pertinence des moyens de fait et de droit.

L'évaluation de la pertinence de la preuve, de la cause réelle et sérieuse du licenciement et - les deux notions sont liées - du niveau de la faute requièrent une large part d'interprétation.

#### 3.1.1.1. L'évaluation de la preuve

La formation de délibéré doit examiner si la preuve des faits est apportée par la partie sur laquelle repose la charge de la preuve<sup>664</sup>. Lorsque ce dernier ne satisfait pas à cette obligation, il doit être débouté de ses prétentions. Cependant, cette appréciation des preuves laisse un espace d'évaluation important aux conseillers. Pour Luc Boltanski, la détermination du caractère fondé, ou non, d'une preuve n'est pas irrationnelle, mais pas totalement fondée non plus : « *Est preuve suffisante ce qui arrête la dissémination du procès et, sous ce rapport, le jugement de Dieu de la justice médiévale, ou l'autorité du juge, affronté à l'obligation de juger à laquelle il est légalement soumis, en invoquant son « intime conviction », est équivalent à la preuve scientifique la plus sophistiquée* »<sup>665</sup>.

Il revient ainsi aux conseillers d'apprécier la valeur, ou au contraire le peu de fiabilité d'une preuve en ce qui concerne, par exemple, un témoignage. Ceci est particulièrement délicat concernant les licenciements pour vol :

*« Ben oui parce que je dis qu'on doit rester dans le juridique c'est vrai, c'est ce qu'on doit faire, mais c'est pas toujours facile parce que... Le vol est une cause de licenciement pour faute grave, c'est jurisprudentiellement admis, il y a pas de réflexions à avoir là-dessus, moi je travaille dans la distribution, donc le vol dans un magasin c'est licenciement pour faute grave, très bien la règle elle est claire. Maintenant comment caractériser le vol ? C'est vachement compliqué, et là on*

---

<sup>664</sup> Le droit commun de la preuve repose sur le principe selon lequel la personne qui réclame un droit en justice doit apporter la preuve qu'elle est fondée à le réclamer (Art. 1315 du Code civil). Il existe cependant un régime particulier du droit de la preuve en matière sociale. En résumé, le salarié demandeur doit établir la preuve en cas de contestation de l'existence d'un contrat de travail, de non-paiement de salaire, de discrimination, etc. En matière de cause réelle et sérieuse de licenciement, tout doute profite au salarié : l'employeur supporte ainsi le risque de la preuve s'il n'a pas réussi à emporter la conviction du juge par ses allégations (Art. L.1235-1 du CDT). Par ailleurs l'employeur doit apporter la preuve d'une absence irrégulière, de la démission, d'une période d'essai, d'une concurrence déloyale, de la faute grave ou de la faute lourde en matière de licenciement, etc. En matière disciplinaire l'employeur doit apporter les éléments retenus à l'appui de sa sanction (Art. L. 1333-1 du CDT). Le salarié peut solliciter du juge des mesures d'instruction s'il est dans l'impossibilité de se procurer les preuves qu'il avance, en lui fournissant des éléments permettant de convaincre les juges de l'existence des preuves à rechercher (Art. 132 à 322 du NCPC). Précisions que la preuve est libre et peut être apportée par tout moyen. Par ailleurs, seuls les faits contestés, en relation avec la solution du litige, sont matière de preuve (la pertinence étant une condition de recevabilité de la preuve).

<sup>665</sup> Boltanski L., *L'amour et la justice comme compétence. Trois essais de sociologie de l'action*, Paris, Métailié, 1990.

*est plus dans le droit. « Ah ben elle fait une manipulation de caisse – Ah ben oui mais elle savait pas faire, c'est une erreur. Elle a pas fait volontairement – Et moi j'ai un témoignage... » Ben là on est dans de l'appréciation de faits »<sup>666</sup>.*

La charge de la preuve peut également poser problème aux conseillers en cas de harcèlement moral. Il y a, à ce sujet, inégalité des parties dans l'administration de la preuve. Le salarié a en effet souvent du mal à fournir l'attestation d'un collègue ou à montrer le lien, par exemple, entre une pathologie et un harcèlement au travail, comme l'explique ce conseiller salarié de la section encadrement :

*« Faut comprendre, c'est difficile pour un employé de témoigner contre son employeur. De l'autre côté, l'employé qui n'est plus dans l'entreprise, il sera toujours un peu suspect de chercher à causer du tort à son ancien employeur. C'est compliqué ces histoires de harcèlement, moi, je n'aime pas »<sup>667</sup>.*

Ceci amène certaines formations à ne pas retenir le harcèlement, tout en compensant sur d'autres demandes :

*« Il arrive qu'on soit tous humainement convaincu du harcèlement, même si le dossier ne suffit pas. On essaye de compenser ailleurs, du coup, en donnant satisfaction au salarié sur d'autres points, comme le licenciement abusif. C'est hyper délicat, ce genre d'affaire, mais je pense que notre expérience dans l'entreprise nous permet de cerner tout de suite les comédiens »<sup>668</sup>.*

La réalisation d'heures supplémentaires est également parfois difficile à prouver pour le salarié, tout comme, dans une moindre mesure, la justification de salaires impayés :

*« Des deux côtés, c'est surtout les pièces. Ils ont beau parler, raconter ce qu'ils veulent, il y a les textes de lois qui sont là, il n'y a rien dans le dossier. Que ce soit d'un côté ou d'un autre. Des fois, on se dit que c'est quand même malheureux pour le salarié, il pouvait peut-être gagner, mais il manque ça et ça, et on ne peut rien lui donner. Quand un salarié demande des sommes qu'il n'a pas touchées, mais qu'il n'y a pas le bazar dedans, comment voulez-vous le savoir, quand l'autre, de l'autre côté, il dit : « si, on l'a payé » ? Ça, il y a un truc que j'ai vu au conseil des prud'hommes quand j'étais là, et ça m'a fait péter un plomb dès le départ, le salarié qui réclamait ses salaires, on lui disait : « si, si, il a touché ses salaires, c'est marqué sur le bulletin ». Il est marqué « chèques remis le... ». Il est marqué ça, et c'est comme si il avait touché son salaire. Moi je lui dis : « vous allez aller à Auchan avec un bulletin de salaire ? ». Vous allez dire : « voilà, je voudrais acheter ça, voici mon bulletin de salaire... ». Il me dit qu'à l'époque, il a été payé, c'est marqué sur le bulletin de salaire. C'est vraiment n'importe quoi, ça »<sup>669</sup>.*

La demande de paiement des heures supplémentaires constitue pourtant une demande courante. Sans preuve ou commencement de preuve, les conseillers déboutent assez facilement le

---

<sup>666</sup> Entretien A10, CE/Commerce.

<sup>667</sup> Entretien D4, CS/Encadrement.

<sup>668</sup> Entretien B17, CS/Encadrement.

<sup>669</sup> Entretien A4, CS/Industrie.

demandeur sur ce point. Nous avons repéré, dans les décisions prud'homales étudiées, un motif revenant très régulièrement, parfois au mot près :

*« Attendu qu'il ne suffit pas d'alléguer l'existence d'hypothétiques heures supplémentaires pour renverser la charge de la preuve sur l'employeur, de sorte que cette demande sera en l'état purement et simplement écartée du débat »<sup>670</sup>.*

### 3.1.1.2. L'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement

Le motif personnel constitue la première cause de licenciement<sup>671</sup>. Il peut être motivé par une faute, mais aussi par une raison non disciplinaire. Ainsi, l'insuffisance professionnelle, la perte de confiance ou la mésestime, l'inaptitude physique ou encore la désorganisation pour cause de longue maladie constituent des motifs de licenciement pour motif personnel (LMP). Moins « coûteux » pour l'entreprise que le licenciement économique, le LMP, selon Pierre Joany, inspecteur du travail dans le Nord, « permet à l'entreprise de licencier pour n'importe quelle raison, si on enlève ce qui relève de la vie privée du salarié »<sup>672</sup>. Face au LMP, les conseillers sont « dans l'appréciation subjective, car la jurisprudence est encore peu fournie »<sup>673</sup>. C'est ce qu'explique cette conseillère du collège salarié de la section encadrement :

*« C'est difficile de se faire une idée dans ces cas là, parce qu'on est pas dans le service où la personne travaille. Est-ce dire « tu fais chier » à un supérieur, c'est acceptable ? Je n'en sais rien, moi... ça dépend. Ouais, vraiment, ça dépend de plein de choses. L'autre fois, on a eu cadre licencié pour avoir écrit « bisous » à une collègue dans un mail. Ça devient n'importe quoi »<sup>674</sup>.*

Le LMP apparaît encore plus délicat lorsque le salarié n'a commis aucune faute détachable et reconnaissable en tant que telle, comme l'insuffisance professionnelle (inadaptation à l'emploi confié, manque de qualification, etc). L'absence d'éléments concrets constitutifs de l'insuffisance professionnelle tend à démontrer la mauvaise foi de l'employeur.

A ce titre, l'évaluation du niveau de la faute constitue également un espace d'autonomie des conseillers, sujet à conflit d'interprétations.

---

<sup>670</sup> Conseil de Prud'hommes de Saint Germain en Laye, RG N°F 05/00620, Mme C/SARL F.R.

<sup>671</sup> Le licenciement pour motif personnel représentent en 2005 90% des licenciements dans le secteur de la construction, 84,5% dans le tertiaire et 60,7% dans l'industrie (enquête REPONSE 2004/2005).

<sup>672</sup> Propos cit. in *Les échos*, édition du 16/04/08.

<sup>673</sup> Ibid.

<sup>674</sup> Entretien B17, CS/Encadrement.

### 3.1.1.3. L'évaluation du niveau de la faute

Les deux collèges ne partagent pas les mêmes conceptions du réel et du sérieux de la cause<sup>675</sup>. La notion de cause réelle et sérieuse, sur laquelle les conseillers sont amenés à statuer dans le cas d'un licenciement, n'a pas été définie clairement par le législateur. Si chacun s'accorde pour reconnaître que la faute légère ne permet pas de licencier (« *les licenciements pour avoir réclamé ses heures sup, être tombé malade ou avoir porté une chemise qui n'est pas du goût de l'employeur, ça suffit* »<sup>676</sup>), l'évaluation du degré du « sérieux » de la cause fait régulièrement l'objet de tensions. Il semble que les conseillers du collège salarié aient plutôt tendance à considérer que le « sérieux » est synonyme de faute grave ou lourde. Ainsi, la faute légère ne peut être sanctionnée par un licenciement même si ce comportement est contraire aux intérêts de l'entreprise. Une partie des conseillers du collège employeur réfute cette exigence d'un degré très élevé de la faute :

*« Si vous voulez un exemple, j'avoue que nous rencontrons de grandes difficultés [à nous entendre] lorsqu'un de nos collègues salarié s'évertue à réciter le discours de la CGT sur ce qui devrait, selon lui, pouvoir être sanctionné de licenciement. Ce que je n'apprécie pas, c'est cette imposition d'un point de vue qui n'est pas le mien. Je pense être quelqu'un de relativement ouvert, j'écoute et prend en compte tout avis, mais je ne supporte pas que l'on m'impose quoi que ce soit »*<sup>677</sup>.

Le fait d'assimiler la cause sérieuse à la faute grave enferme parfois les conseillers dans un cadre rigide : soit la faute commise par le salarié est qualifiée de faute grave, et le salarié est alors privé de toute indemnité (à l'exception de l'indemnité compensatrice de congés payés), soit la qualification de faute grave n'est pas retenue et le salarié cumule obligatoirement les indemnités de préavis, de licenciement et de licenciement injustifié puisque l'absence de faute grave implique par elle-même l'absence de cause réelle et sérieuse. Ainsi, la négociation (ou l'opposition pure conduisant au départage) ne constitue pas le seul mode envisageable de défense du salarié ou de l'employeur. Il est en effet possible aux conseillers de redéfinir les termes du procès. Ceci donne d'ailleurs lieu à certaines recommandations syndicales d'ordre stratégique, au cours des formations ou dans les documents transmis au conseiller<sup>678</sup>. Reprenons l'exemple de la contestation du licenciement pour faute grave. Les conseillers ne sont pas tenus de débattre de la nature de la faute mais peuvent se contenter de contrôler la légitimité du licenciement. En effet, en tentant de requalifier la faute grave

---

<sup>675</sup> Notons, cependant, que l'appréciation du caractère réel de la cause (c'est-à-dire reposant sur un élément matériel constitué par un fait concret, susceptible d'être prouvé et constituant la cause déterminante qui a provoqué la rupture) ne relève pas exactement de la même logique que l'appréciation de son sérieux, qui nous intéresse ici.

<sup>676</sup> Entretien B14, CE/Industrie.

<sup>677</sup> Entretien B25, SE/Activités diverses.

<sup>678</sup> Ainsi, un article du *Peuple*, intitulé « A propos du rôle que pourraient avoir les militants de la CGT dans les conseils de prud'hommes », évoque cette possibilité en expliquant comment les conseillers doivent se comporter face aux stratégies patronales. *Le Peuple*, n°1591, 2004.

du salarié en une faute lourde, par exemple, les conseillers du collège salarié peuvent lui obtenir une sanction moins lourde. Mais ils reconnaissent par là même la cause réelle et sérieuse du licenciement. En revanche, si la cause réelle et sérieuse du licenciement n'est pas avérée, alors l'employeur doit être condamné<sup>679</sup>. Ainsi, selon Hubert Rozes, certains avocats habitués aux conseils de prud'hommes, spécialisés dans la défense des employeurs, considèrent que ne pas régler les indemnités au moment du licenciement fait parfois partie d'un système de défense utile<sup>680</sup>.

L'investissement des conseillers pour la défense des intérêts des membres de leur collège ne se manifeste donc pas obligatoirement dans la négociation. On pourrait même penser, à priori, que la négociation, qui implique que les exigences maximales de départ soient revues à la baisse, ne constitue pas la meilleure forme que puisse prendre cette défense. Ce serait sous estimer la nécessité de trouver une solution en délibéré. Cette nécessité laisse peu d'options aux conseillers, qui peuvent s'accorder autour du commun et/ou négocier (l'articulation entre les deux options étant l'objet de ce chapitre) ou constater le désaccord par le départage. Mais s'en remettre au juge départiteur, ce n'est pas seulement nuire à l'efficacité procédurale, c'est aussi renoncer à une forme de défense active. C'est produire de l'incertitude, car l'orientation de jugement de départage, sauf exception, est difficilement prévisible. C'est mettre de l'aléatoire là où il y avait une certitude de gain, même inférieur aux exigences de départ. Reste que, dans certains cas, le départage peut constituer un choix stratégique. L'affaire « amenée » par un syndicat pour faire trancher un problème de principe, s'intégrant dans une politique d'action au sein de l'entreprise, interdit toute négociation sur l'application du principe. Le départage s'inscrit ici dans une stratégie syndicale ou patronale, portée par les conseillers.

### 3.1.2. L'évaluation des indemnités et sanctions

Lorsque que les conseillers se sont accordés sur la caractérisation des faits, sur la répartition des torts, sur le cadre juridique général sur lequel reposera leur argumentation (en partageant des valeurs reposant sur une mobilisation face à l'injuste et liées à l'efficacité ainsi qu'à l'expertise professionnelle, éventuellement en négociant), il leur faut indemniser et sanctionner les parties au procès<sup>681</sup>. Les conseillers prud'hommes peuvent ainsi être amenés à procéder à divers ajustements à

---

<sup>679</sup> Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.

<sup>680</sup> Rozes, H., *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse de droit, Paris Nord, 1986.

<sup>681</sup> On peut recenser deux formes principales de sanction/indemnisation suite au licenciement : la sanction des irrégularités de forme et les sanctions du licenciement injustifié.

ce titre, en négociant sur le dispositif après s'être accordés sur les motifs<sup>682</sup>. La fixation des indemnités et l'évaluation des sanctions constituent l'objet principal des négociations en situation de délibéré<sup>683</sup>, comme l'illustrent les propos de ce conseiller employeur :

*« Parfois, ça nous prend même du temps, on n'est pas d'accord sur les montants, on n'est pas d'accord sur l'indemnité, on n'est pas d'accord sur euh... le préjudice financier, le préjudice moral, etc... »<sup>684</sup>*

Nombreux sont les conseillers à avoir insisté sur ces négociations relatives à l'évaluation des indemnités, s'apparentant d'ailleurs plutôt à du « marchandage ». Ce sont les « *discussions de marchands de tapis* », très souvent évoquées lors des entretiens :

*« C'est toujours les marchands de tapis. Arriver à ce stade-là, c'est euh... « non, on va baisser de, c'est trop, il a demandé de trop ». Alors moi je dis tout le temps, « c'est pas de votre poche de toute façon que vous les donnez ». C'est pas de leur poche. [...] On s'était arrêté comme on fait d'habitude, par exemple, allez, si, c'est mille euros, ben comme on va se battre pendant euh... trente minute, quarante minutes, une heure pour ça, donc on descend, on se dit « bon c'est bon, on coupe la poire en deux, ont fait sept cents ». Après « non... », machin, c'est... de toute façon au moment de la somme c'est toujours euh... marchands de tapis. Et dans toutes les sections c'est pareil de toute façon. [...] On a l'impression que c'est leurs sous. Moi c'est ce que je leur dis de toute façon donc euh... mais bon, je pense que ça se passe partout et que c'est par rapport à des montants euh... mais comme je dis, c'est pas toujours des montants importants qu'on donne quoi »<sup>685</sup>.*

Il s'agit de l'étape du délibéré pour laquelle l'identité de collègue semble pouvoir être le plus facilement réactivée :

*« A partir du moment où le plus gros est passé, après, les indemnités, c'est du marchandage. C'est là qu'on doit se battre, c'est là où il faut rien lâcher. Moi, je ne lâche rien, ils font pareil, les employeurs, de toute façon. Parce que merde, je suis conseiller, je juge en droit, bon... mais faut aussi que je pense que je suis du côté des salariés »<sup>686</sup>.*

Encore une fois, la négociation n'est pas systématique : cette évaluation peut être (ou leur paraître) évidente. C'est le cas, notamment, lors d'un rappel de salaire, tout calcul étant défini juridiquement et contractuellement. C'est aussi le cas lorsque le demandeur est purement et simplement débouté. Précisons qu'il y a incontestablement une dimension technique derrière toute

---

<sup>682</sup> Rappelons que les motifs, qui précèdent dans toute décision juridictionnelle le dispositif, sont énoncés pour justifier celui-ci. Tout jugement s'achève ainsi par le dispositif, qui contient la décision.

<sup>683</sup> On pourrait, lors de cette étape, rapprocher l'institution prud'homale des modèles de justice dits « distributifs ». Nous n'utiliserons cependant pas, dans le cadre de ce travail, la distinction souvent opérée entre justice procédurale et justice distributive. Cette distinction doit en effet être relativisée, notamment parce que dans nombre de situations, le juste est défini par la procédure même, le problème des résultats n'ayant de sens qu'à travers celui des formes. Cf. Kellerhals J., « Quelques jalons dans l'étude du sentiment de justice », *L'année sociologique*, n°45, 1995

<sup>684</sup> Entretien B24, CE/Activités diverses.

<sup>685</sup> Entretien A8, CS/Commerce.

<sup>686</sup> Entretien B9, CS/Commerce.

négociation<sup>687</sup>. Les conseillers, par les formations dispensées par les OSP, mais aussi leur expérience syndicale, professionnelle et prud'homale, mettent ainsi en place des stratégies de négociation.

Lorsqu'une négociation a lieu sur l'évaluation de l'indemnité ou de la sanction, elle peut concerner plusieurs points. Le plus évident est lié au recours à l'article 700 du nouveau code de procédure civile<sup>688</sup>. Cet article fonde la demande d'indemnisation des frais avancés par les parties dans le cadre de la procédure et offre aux conseillers beaucoup de souplesse (l'évaluation en équité y étant notamment autorisée). Notons que les conseillers semblent accorder des indemnités sur la base de l'article 700 très inférieures à celles accordées par le juge départiteur ou d'appel. Ceci se comprend en appel, les demandes étant bien entendu plus élevées (ce qui s'explique en partie par l'allongement de la procédure, et donc du temps passé en audience et en préparation par l'avocat), mais moins pour le juge départiteur, qui octroie des indemnités presque deux fois plus importantes<sup>689</sup>.

Le conseiller peut en effet être amené à soutenir le salarié ou l'employeur en tentant d'alléger une sanction ou accroître une indemnisation. Le désaccord ne concerne pas ici l'évaluation de l'injustice, mais les modalités de la réparation de cette injustice.

### 3.2. Un investissement séquencé

Les modalités de la négociation dépendront essentiellement de l'investissement, de la mobilisation du conseiller pour la défense du salarié ou de l'employeur, qui sont variables selon les circonstances :

*« Le mec vient me voir en me disant : « écoute, j'avais un peu bu avant de bosser, je me suis un peu énervé sur un collègue, j'ai été licencié, qu'est ce que tu peux faire pour moi ? ». Ben... rien du tout, mon petit gars. Je sais pas comment dire, j'ai besoin... de, de me sentir investi pour, c'est-à-dire, pour m'impliquer »<sup>690</sup>.*

---

<sup>687</sup> Même si cette « technique » varie énormément selon l'affaire et l'étape du délibéré. On ne peut en effet parler de « procédure automatique ». Le compromis unanimement acceptable ne se construit pas à partir d'une procédure automatique. Dans « La priorité du juste », Michel Forsé et Maxime Parodi citent Flaubert qui, dans son roman inachevé, *Bouvard et Pécuchet*, montre que la vérité ne se vote pas à la majorité, mais passe par une argumentation visant l'assentiment de tous. Forsé M., Parodi M., *La priorité du juste. Eléments pour une sociologie des choix moraux*, Paris, PUF, collection « Sociologies », 2004.

<sup>688</sup> Art 700 du NCPC : « Comme il est dit au I de l'article 75 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

<sup>689</sup> Nous nous basons sur l'étude de Guy Champagne, réalisée en 2005 et portant sur l'intégralité des litiges traitées par le CPH de Boulogne Bilancourt. La somme moyenne accordée sur la base de l'article 700 étant 650 euros pour les conseillers, 1100 euros pour le juge départiteur et 2100 euros pour le magistrat d'appel. Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, Thèse pour le doctorat de sciences de gestion, Aix Marseille III, 2005.

<sup>690</sup> Entretien B16, CS/Industrie.

Nous l'avons vu, cet investissement n'est pas envisageable de manière systématique, c'est ce qui pousse les conseillers à se coordonner autour d'un commun. Mais ces « séquences » d'investissement ne peuvent concerner toutes les phases extérieures à ce commun. Dit autrement, ce n'est pas parce que le commun ne suffit pas à l'accord qu'il y aura forcément investissement des conseillers.

### 3.2.1. L'épargne et la dépense

Les possibilités d'investissement étant limitées en nombre ainsi qu'en fréquence, les conseillers sont amenés à « économiser », à sélectionner de manière plus ou moins stratégique les objets et moments de leur investissement. Cet investissement séquencé constitue une logique d'action qui peut se lire selon le modèle de l'épargne ou de la dépense. Au sens où l'entend Claude Giraud, l'épargne « permet de constituer un capital »<sup>691</sup> mais se comprend aussi en termes d'économie cognitive, c'est-à-dire en termes de « mise à distance de la dépense, de la préservation de soi, de la constitution de réserves stratégiques, du refus de l'affrontement, de la dissimulation quand la relation l'exige »<sup>692</sup>. Elle implique une morale du « contrôle de soi, de mesure et de régularité »<sup>693</sup>. La dépense, quant à elle, est « au cœur de la revendication sociale »<sup>694</sup>, elle est un engagement dans l'action « qui ne se justifie qu'à l'aune du jugement qui la porte et de la sympathie envers des spectateurs »<sup>695</sup>. Elle repose sur des engagements ponctuels. Le conseiller prud'homme, dans la dépense, est le représentant des membres de son collègue.

L'institution prud'homale contraint les conseillers à l'épargne. Le commun facilite cette épargne, même s'il peut y avoir épargne sans commun. En effet, l'indifférence peut constituer une stratégie individuelle d'épargne. L'indifférence se comprend ici comme capacité cognitive à ignorer des informations risquant de perturber une relation fonctionnelle<sup>696</sup>. Pour faire fonctionner la juridiction prud'homale, le conseiller peut ainsi décider de ne pas réagir dans une logique de défense des intérêts des membres de son collègue, même face à une situation qui peut lui paraître injuste. Il s'agit ici d'un choix de ne pas s'investir, car l'intérêt à l'investissement est estimé moindre. L'indifférence résulte ainsi d'une délibération sur l'essentiel. Elle ne se confond pas avec l'insensibilité, ni avec le désengagement, car elle rend possible l'engagement ailleurs. Elle ne se

---

<sup>691</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, Paris, L'Harmattan, collection Logiques Sociales, 2008.

<sup>692</sup> Ibid.

<sup>693</sup> Ibid.

<sup>694</sup> Ibid.

<sup>695</sup> Ibid.

<sup>696</sup> Giraud C., *Logiques sociales de l'indifférence et de l'envie. Contribution à une sociologie des dynamiques organisationnelles et des formes de l'engagement*, Paris, L'Harmattan, collection Logiques Sociales, 2003.

confond pas non plus avec la notion d'autocontrainte, chère à Norbert Elias<sup>697</sup>, qui relève plus d'un processus cognitif inconscient conduisant au refoulement des manifestations émotionnelles. Elle diffère de la notion de retrait développée par Renaud Sainsaulieu<sup>698</sup>, car elle est un « *refus qui repose sur un processus cognitif conduisant à choisir de ne pas investir une action* »<sup>699</sup>, alors que le retrait est un comportement, porté par une culture, « *réduisant le spectre des activités devant faire l'objet d'investissement* »<sup>700</sup>. Car l'indifférence résulte d'un calcul. Elle est sélective et rend l'engagement des conseillers séquentiel. Le conseiller sera de ce fait indifférent au sort de certains salariés, pour pouvoir en défendre d'autres, dans une logique de dépense : l'indifférence fait partie de ce commun mais peut aussi se constituer à l'extérieur, dans le cadre d'une stratégie individuelle ou de collègue.

De ce fait, les différentes appartenances des conseillers prud'hommes sont activées à différents moments, la logique de l'épargne et de la dépense se comprenant en termes de distance au « collègue » et au « judiciaire ». Ainsi, être conseiller prud'homme, ce n'est pas, comme nombre de conseillers aiment le répéter, « *enlever sa casquette syndicale* », mais « jouer » avec.

### 3.2.2. L'investissement selon la nature du conflit.

Cet investissement variera, d'abord, en fonction de la nature du conflit (licenciement économique, insuffisance professionnelle, harcèlement moral...). Tous les litiges ne mobilisent pas les conseillers de manière identique. Plutôt timides face au harcèlement moral, les juges prud'homaux salariés semblent se montrer intraitables face aux cas de licenciement économique ou de délocalisation. A titre d'illustration, le conseil des prud'hommes de Lyon a prononcé, en juin 2001, la plus lourde sanction décidée dans son ressort. Pour une délocalisation déguisée en licenciement économique, les conseillers ont condamné un groupe suédois à verser plus de 1,32 million d'euros de dommages et intérêts à 74 salariés licenciés en 1999<sup>701</sup>. Autre variable, très proche : l'importance économique ou symbolique de l'affaire, ainsi que son caractère éventuellement plus collectif qu'individuel. Il est par exemple naturel que les conseillers soient tentés d'apporter une attention toute particulière aux affaires renvoyant à un évènement local médiatisé.

### 3.2.3. L'investissement selon l'expérience professionnelle vécue

---

<sup>697</sup> Pour Norbert Elias, qui rejoint en ce sens Freud, l'autocontrainte est une capacité humaine à exclure les passions et la violence physique. S'interroger sur l'autocontrainte, c'est chercher à comprendre « *comment certains actes sont peu à peu investis d'un sentiment de pudeur, comment la vie pulsionnelle et affective prend, grâce à un autocontrôle permanent, un caractère plus stable* ». Elias N., *La dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Lévy, 1975.

<sup>698</sup> Sainsaulieu R., *L'identité au travail*, Paris, éditions Presses de Sciences PO, 2000.

<sup>699</sup> Giraud C., *Logiques sociales de l'indifférence et de l'envie. Contribution à une sociologie des dynamiques organisationnelles et des formes de l'engagement*, op. cit.

<sup>700</sup> Ibid.

<sup>701</sup> Jugement confirmé le 06 juillet 2003 en appel.

Notons, par ailleurs, l'influence de l'expérience professionnelle vécue par les conseillers, sinon sur leur investissement en délibéré, au moins sur leur discours. Un nombre non négligeable de conseillers salariés ayant perdu leur emploi ou étant en conflit avec leur employeur, par exemple, ont en effet tenu des propos reposant sur une posture de défense des intérêts des membres de leur collège. C'est le cas de ce conseiller salarié, nous affirmant avoir fait évoluer ses pratiques de jugement depuis la perte de son emploi :

*« Mais là... moi j'ai perdu mon emploi, j'ai plus la même réaction, je suis hargneux. J'aurais peut être dû l'être avant. Après, il faut voir dans quel contexte on se place. [...] Bien sûr. C'est notre vécu qui vient au devant »<sup>702</sup>.*

Ainsi, les expériences professionnelles vécues par les conseillers semblent pouvoir influencer sur leur investissement. Pour être plus précis, certaines expériences, particulièrement marquantes, qui constituent un obstacle à l'adhésion des conseillers à ce commun, peuvent susciter l'investissement. Nous connaissons la limite des approches psychologisantes du comportement du magistrat en situation de délibération, aussi nous contenterons-nous d'émettre l'hypothèse selon laquelle la logique d'appartenance à un collège peut être « réactivée » dans certains litiges renvoyant à l'expérience professionnelle personnelle des conseillers. C'est le cas de cette conseillère du collège employeur, qui a vu il y a une dizaine d'année l'entreprise de son mari être placée en liquidation judiciaire :

*« Pour donner un exemple très précis, j'ai eu le cas l'autre jour d'une toute petite entreprise qui devait licencier quelqu'un avec un coût extrêmement élevé. Et bien là, je suis redevenue clairement employeur, j'ai voulu à tout prix sauver l'entreprise. C'est surtout vrai pour les petites entreprises, tout le monde n'a pas une trésorerie extraordinaire... Il n'y a rien de plus inutile que de gérer des histoires de réclamations de salariés après liquidation. On doit être vigilant, il faut agir avant que l'entreprise ne soit obligée de fermer. Après, c'est trop tard, l'entreprise est morte »<sup>703</sup>.*

### **3.2.4. L'investissement selon la distance syndicale**

Dans le même ordre d'idée, les litiges concernant des salariés protégés, comme le sont les conseillers prud'hommes du collège salarié, semblent moins propices à l'entente lors du délibéré. Ceci renvoie, encore une fois, à la propre expérience des conseillers :

*« Une fois aussi avec un autre employeur qui disait « je ne... », enfin c'est le salarié qui était... qui avait saisi le conseil en disant « je n'ai aucune promotion parce que je suis délégué ». Et l'employeur disait « moi je veux bien donner des promos et ce qu'on veut, mais à des gens qui sont présents. Ce mec il est jamais là ». Ben moi je disais « qu'il soit là ou pas... je veux dire le temps syndical est assimilé au temps de travail, c'est comme s'il était présent dans sa boîte. Y'a aucune*

---

<sup>702</sup> Entretien A9, CS/Activités diverses.

<sup>703</sup> Entretien A12, CE/Industrie.

*raison qu'il soit discriminé au niveau d'une quelconque promotion ». Et les employeurs à l'époque disaient « non quand même, merde, on peut même pas évaluer son travail qu'il a fait, ni quoi », je dis ouais, mais en attendant il a droit à sa promo comme tout le monde »<sup>704</sup>.*

Précisons, cependant, que les affaires liées à la discrimination syndicale, si elles sont susceptibles de mobiliser les conseillers du collègue salarié, se prêtent en pratique peu à la négociation, une part importante de ces affaires se terminant par un départage.

Ainsi, l'investissement est variable selon la distance à l'univers syndical ou patronal des litiges. Ceci concerne également les affaires plaidées par un défenseur syndical appartenant à la même organisation qu'un des conseillers :

*« Vous allez avoir une explication de militant syndical. Moi, je porte une attention plus particulière quand je vois en face de moi par exemple mon camarade Jean-Luc. On voit par exemple 6 affaires dans une séance. Donc, on voit, jour J, 6 affaires. Et puis on retourne à d'autres occupations, on se réunit en principe la semaine suivante pour le délibéré. Parfois 15 jours, 3 semaines après. Et donc, pendant cette période-là, c'est mis sur le côté. On ne dort pas avec les dossiers. C'est oublié. Quand on a un cas où il y a quelqu'un de l'organisation syndicale qui est là, c'est sûr qu'on s'en rappelle plus. C'est simple. Un collègue de promotion. Pareil pour le juge, quand y'a un collègue qui passe. C'est le côté cœur »<sup>705</sup>.*

### **3.2.5. L'investissement selon la situation des parties**

Par ailleurs, la mobilisation des conseillers, et par là même les modalités de la négociation, varient en fonction de la situation des parties : entreprise en difficulté, situation financière et psychologique du salarié... Un conseiller sera par exemple plus sensible au cas d'un salarié licencié à tort si celui-ci n'a toujours pas retrouvé de travail. On peut l'observer lors des audiences en bureau de jugement par l'intermédiaire de cette phrase, souvent entendue : « *et vous avez retrouvé un emploi ?* ». Précisons que le droit peut constituer, dans ce type de cas, une contrainte particulièrement forte. Pour reprendre l'expression d'une conseillère du collègue employeur, il est « *un frein à l'émotion* »<sup>706</sup>.

Si quelques rares conseillers déplorent la mission « d'assistance sociale » qu'ils estiment devoir remplir malgré eux, d'autres se sentent investis et valorisent la dimension « humaine » de leur activité :

*« Quelquefois, aussi, on peut discuter sur les montants alloués. Et là, automatiquement, on doit tenir compte de beaucoup de choses, c'est-à-dire par exemple si la personne est au chômage, bon, si elle a une famille à charge, si elle est*

---

<sup>704</sup> Entretien A7, CS/Activités diverses.

<sup>705</sup> Entretien B1, CS/Industrie.

<sup>706</sup> Entretien A14, CE/Activités diverses.

malade, des choses de ce genre. Là, c'est vrai qu'on essaie de... je dirais qu'il y a une fourchette par rapport au code du travail, et là, c'est vrai qu'on tient compte de tout ça, de la fragilité de la personne par ce biais-là »<sup>707</sup>.

« C'est vrai que quand je vois une personne dans une situation pas possible, ben j'ai envie de la défendre avec mes tripes, tu vois, je sens que c'est important, je sais pas. Tu vois, j'imagine un peu la tête du gars quand il va apprendre la décision, ça me motive, je sais pas. J'ai envie de le voir un peu sourire, parce qu'il en a besoin. Oui, c'est ça en fait, j'aime bien redonner le sourire quand y'en a besoin. Attention, si c'est dans le droit, toujours, ça, on peut pas faire autrement. Mais c'est ce genre de truc qui... Tu vois, c'est pas pareil que le gars qui vient récupérer son petit pactole parce que son patron y'a oublié une virgule. A la limite, hein, moi, je m'en fous de ce gars »<sup>708</sup>.

Cet investissement est particulièrement visible en bureau de jugement, comme ce vice-président salarié de conseil le rappelle :

« Hier, j'ai eu un gars qui était frappé du cancer, et tout ce qui s'ensuit, il est venu plaider tout seul... On est touché, on est quand même touché dans ces cas-là. Après il y avait aussi quelqu'un qui ne savait pas s'exprimer, on a essayé de faire venir un avocat ou un défenseur syndical, il pêtaït les plombs, le gars, il ne comprenait rien du tout. [...] On essaye de comprendre plus, comme je lui dis : « bon, écoute, on va commencer par tes demandes, tu demandes ça, pourquoi ? [...] Mais si, ça nous arrive quand même d'être plus sensibles quand on a affaire à des cas sociaux. C'est la moindre des choses, de toute façon. »<sup>709</sup>

On retrouve cette mobilisation des conseillers, essentiellement du côté employeur, concernant les entreprises en difficultés ou, « à l'équilibre fragile » :

« Je veux bien parler d'indemnisation, mais je préfère vous parler de sanction donnée à l'entreprise. Il est normal d'être plus ferme avec une entreprise en pleine santé »<sup>710</sup>.

L'indifférence est en effet plus compliquée dans ce contexte, plus « coûteuse » au niveau cognitif. Précisons cependant que cette posture, liée, finalement, à l'idée de réaction par compassion, n'est pas favorisée par la structure de l'audience prud'homale en bureau de jugement.

En effet, les parties ne sont que très rarement entendues lors de l'audience, les avocats s'exprimant à leur place. Ceci réduit considérablement la portée « emphatique » du procès prud'homal. Alors qu'au pénal ou au civil, les parties sont « appelées » à la barre, le demandeur et le défendeur assistent à l'audience prud'homale depuis le fond de la salle, les premiers rangs étant réservés aux avocats. A ce titre, toute intervention « spontanée » d'une des parties durant la plaidoirie des avocats est souvent considérée comme inappropriée par les conseillers. Ceci ne les empêche pas, lorsqu'ils le désirent, de couper la parole à l'avocat pour poser une question précise à l'une des

---

<sup>707</sup> Entretien B30, CS/Activités diverses.

<sup>708</sup> Entretien B23, CS/Industrie.

<sup>709</sup> Entretien A4, CS/Industrie.

<sup>710</sup> Entretien A12, CI/Employeur.

parties. De plus, au début de chaque affaire, on s'aperçoit que les conseillers, bien souvent, scrutent la salle afin d'identifier visuellement le demandeur et le défendeur, qu'ils observent par ailleurs régulièrement durant les plaidoiries.

Il ressort ainsi des différents entretiens réalisés que la situation précaire d'un salarié ou d'une entreprise peut constituer un élément de mobilisation supplémentaire du conseiller prud'hommes dans la négociation, notamment pour la fixation des indemnités auxquelles le salarié ou l'employeur ont droit.

### **3.2.6. L'investissement selon la composition de la formation de jugement**

Enfin, les modalités de la négociation peuvent varier en fonction de la composition des formations des bureaux de jugement. On sait par exemple, depuis le jugement de Longjumeau du 28 avril 2006<sup>711</sup>, à quel point la présence d'un employeur de l'économie sociale est susceptible de perturber la représentation du collège patronal et, par là même, les éventuels rapports de forces lors du délibéré. C'est le cas, également, lorsque la formation compte un conseiller particulièrement autoritaire ou charismatique. Il semble par ailleurs que la place de chaque affaire dans l'ensemble des différents litiges traités lors du délibéré joue un rôle important. Ce dernier point mériterait sans doute d'être nuancé, sans que nous possédions pourtant assez d'éléments permettant de valider cette hypothèse, mais il semble raisonnable de penser que la négociation dépasse parfois le cadre de l'affaire, en prenant en compte des considérations relatives à l'ensemble des affaires traitées lors d'un même délibéré. Le premier litige traité est ainsi susceptible de retenir davantage l'attention des conseillers que le dernier. On peut aussi supposer que la variable de la durée du délibéré est pertinente, car le coût de la négociation se comprend aussi en termes d'investissement en « temps ». Par exemple, les conseillers, après avoir délibéré pendant plusieurs heures, peuvent avoir d'autres obligations ou ne plus ressentir l'envie de s'investir en négociant sur une dernière affaire. L'indifférence par rapport aux valeurs non communément partagées constitue ici la solution la moins coûteuse.

Par ailleurs, au-delà de ces considérations relatives, finalement, aux capacités de concentration des conseillers et aux contraintes d'ordre temporel, il semble que les négociations puissent aussi dépendre de l'orientation des accords relatifs aux précédentes négociations. Ce qui a pu être toléré dans des affaires antérieures, peut ne plus l'être la fois suivante. La décision prise dans le cadre d'un litige ne peut ainsi être perçue que de manière isolée. Les décisions sont parfois connexes,

---

<sup>711</sup> Le conseil de prud'hommes de Longjumeau, où siège un jeune conseiller employeur de l'économie sociale (USGERES), a condamné un dirigeant de PME à 16 400 € de dommages et intérêts pour « licenciement sans causes réelles et sérieuses », requalifiant le Contrat Nouvelles Embauches (CNE) d'une employée en Contrat à Durée Indéterminée (CDI).

selon la logique du « donnant-donnant ». C'est ce que note Ghislain Poissonnier, magistrat au Tribunal d'instance de *Ville A* et juge départiteur : « *Il n'est pas possible d'imaginer que la même formation rende en une même demi-journée cinq ou six décisions favorables aux salariés ou au contraire favorables aux employeurs. Peu importe la qualité des dossiers et les arguments de droit, il faudra au moins que dans un ou deux dossiers l'autre camp obtienne gain de cause* »<sup>712</sup>. Si l'on ne peut rejeter totalement l'idée que ces considérations influent sur les critères de négociation, on peut cependant être plus réservé, ou nuancé, à l'idée d'une répartition des affaires « gagnantes » ou « perdantes ». Nous avons déjà évoqué le fait qu'il était difficile d'évaluer à quel point une décision pouvait être « favorable » ou « défavorable » au salarié. De ce fait, il nous semble plus pertinent d'évoquer l'existence éventuelle d'une logique de « donnant-donnant » à l'intérieur même de l'affaire, plutôt que d'une affaire à l'autre :

*« Je vous dit ça, c'est des discussion de marchands de tapis. Je te donne ça, mais là par contre, c'est niet, pas question de requalifier le licenciement, par contre, les indemnités, l'article 700, tout ça, etc, etc. J'ai l'impression d'être poissonnier sur le marché (rires). Dès fois, ça m'agace, mais ça, c'est vrai, si on ne rentre pas dans leur jeu, on se fait avoir, alors, on est bien obligé de foncer »*<sup>713</sup>.

Précisons cependant que ces éventuelles négociations n'opposent pas dans tous les cas les salariés aux employeurs. Il n'est pas rare d'entendre les conseillers évoquer la configuration contraire (c'est-à-dire un salarié et un employeur contre les deux autres). Ceci illustre d'ailleurs parfaitement l'idée de partage de valeurs communes présentée plus haut.

Ainsi, les pratiques de délibération sont essentiellement portées par une double rationalité, axiologique et instrumentale. Il est dans l'intérêt des conseillers d'agir en partageant certaines valeurs. Lorsque d'autres valeurs ne sont pas partagées, un raisonnement de type instrumental permet tout de même d'agir sans trahir ces valeurs. Les deux types de rationalité permettent de comprendre pourquoi, à quel moment, de quelle manière les conseillers épargnent ou s'investissent.

Mais, si le délibéré constitue le « noyau » de l'activité prud'homale, l'investissement des conseillers, par la négociation, notamment, ne se limite pas à cette étape de la procédure.

#### **4. L'investissement en dehors du délibéré**

---

<sup>712</sup> Poissonnier G., Duhamel J.-C., « Plaidoyer pour l'échevinage prud'homal », *Jurisprudence sociale Lamy*, n°117, 2003.

<sup>713</sup> Entretien A19, CE/Encadrement.

Il convient ainsi de préciser les autres espaces « disponibles » à l'investissement, ainsi que les formes que peuvent prendre cet investissement. Nous considérerons successivement l'étape du délibéré, de la conciliation et de l'audience en bureau de jugement.

#### 4.1. Le référé : un espace d'autonomie très limité

L'utilité du référé<sup>714</sup> n'a été contestée par aucun des conseillers que nous avons rencontrés. Cependant, ceux qui y siègent semblent, pour une grande partie, peu enthousiastes par rapport à cette étape de la procédure : « *c'est la routine* », « *il faut bien le faire* », etc. Il faut dire que cette étape concerne essentiellement les demandes de documents ou de salaires impayés (rarement contestés, d'ailleurs, par les employeurs). Ainsi, les conseillers en délibéré n'ont « *pas l'impression de faire du droit* ».

Les motifs d'une décision de référé sont de ce fait souvent les mêmes. Après avoir rappelé les termes des articles encadrant la procédure de référé, les conseillers constatent l'absence de paiement des salaires ou de remise des documents demandés par le salarié. Cet extrait, reprenant l'intégralité des motifs, est assez représentatif des décisions de référé étudiées :

##### « MOTIFS DE LA DECISION

- Les articles R.1455-5, R.1455-6 et R.1455-7 du Code du travail disposent que « dans tous les cas d'urgence, la formation de référé peut, dans la limite de la compétence des conseils de prud'hommes, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. La formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, la formation de référé peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire

- En l'espèce, aucune demande ne se heurte à une contestation sérieuse.

- En conséquence, la formation de référé du conseil de prud'hommes de L. prend acte de ce que les bulletins de paie objet du litige sont à la disposition de Monsieur D. au local de l'association M. »<sup>715</sup>

Dans le cas du référé, on peut plus facilement rejoindre la conception de François Dubet selon laquelle « *les jugements prud'homaux s'apparentent à ceux sanctionnant le délit de stationnement interdit* »<sup>716</sup>. Les espaces d'autonomie des conseillers au cours de cette étape sont quasi inexistantes. En revanche, certains conseillers se plaisent à évoquer le rôle « pédagogique » qu'ils peuvent jouer auprès de l'employeur lors du référé.

<sup>714</sup> Les règles et principes encadrant la procédure du référé sont détaillés au premier chapitre.

<sup>715</sup> RG N° F 02/0071, 29 avril 2002, Grégoire V./EURL T.

<sup>716</sup> Dubet F., *Injustices. L'expérience des inégalités au travail*, Paris, éditions du Seuil, 2006.

## 4.2. L'art de la conciliation

Guy Champagne, en s'inspirant des travaux de Kenneth Thomas, a recensé six types d'options stratégiques s'offrant aux parties au cours de la conciliation<sup>717</sup> : l'agression (« conflit maximal, les demandes initiales ne sont pas ou très peu négociables »), l'évitement (« aucune coopération »), l'apaisement (« une des deux parties cède pas à pas à la plupart des demandes contradictoire »), le marchandage (« une forte propension au conflit doublée d'une forte propension à la coopération »), la collaboration (« les parties veulent aboutir à un accord ») et la compatibilité (« les parties en conflit sont fortement incitées à se rapprocher »). L'objectif des conseillers est d'amener les parties vers un des trois derniers types. Mais les pratiques des conseillers lors de cette étape de la procédure semblent très hétérogènes.

### 4.2.1. La conciliation comme médiation

Les conseillers semblent appréhender la conciliation sur le mode de la médiation. Il s'agit alors d'écouter, de poser les bonnes questions, au bon moment, d'orienter les discussions, de se montrer persuasif sans imposer de solution, etc. Mener une conciliation suppose, pour reprendre Philip Milburn, une « compétence relationnelle »<sup>718</sup>. La conciliation suppose un glissement des responsabilités : « *la neutralité [du médiateur ou du conciliateur] permet de sortir d'une invocation de la responsabilité de l'autre pour orienter vers une responsabilité personnelle pour solution* »<sup>719</sup>.

Les conseillers ont la possibilité de décider d'une suspension de séance et prennent parfois la liberté de faire sortir le demandeur ou le défendeur, puis de les rappeler après quelques instants de réflexion. Cependant, la légitimité de la conciliation ne vient que des parties en conflit. Pour que la conciliation ait lieu, il faut que le demandeur et le défendeur soient disposés à le faire. L'accord n'est pas le produit d'un arbitrage. De ce fait, le conseiller est ici moins un juge qu'un « diplomate ». A ce sujet, la « sociologie de la justice » proposée par Boltanski et Thévenot met en avant la nécessité de se référer aux jugements concernant le juste et l'injuste que produisent les personnes « ordinaires » avant de se tourner vers l'analyse des jugements d'experts (les juristes et les magistrats). Car chacun, juriste

---

<sup>717</sup> Thomas K., « Conflict and conflict management » in Dunette M.(ed), *Handbook of industrial and organizational psychology*, Chicago, Rand Mc Nally, 1976, cit. in. Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, Thèse pour le doctorat de sciences de gestion, Aix Marseille III, 2005.

<sup>718</sup> La compétence relationnelle du médiateur résulte d'une définition négociée, entre les « usagers » et ce médiateur, du cadre de la relation. Ce cadre relationnel est caractérisé par une « démarche de coopération en vue d'atteindre l'objectif de résolution du conflit ». Le médiateur exerce ainsi une forme de compétence, qui s'appuie sur un registre éthique, mais aussi expert. Cette compétence constitue « le vecteur de légitimation de son intervention ». Milburn P., « La compétence relationnelle : maîtrise de l'interaction et légitimité professionnelle, avocats et médiateurs », *Revue française de sociologie*, vol.43, n°1, 2002.

<sup>719</sup> Milburn P., *La médiation : expériences et compétences*, Paris, Editions La découverte, 2002.

ou non, est doué d'une compétence cognitive propre permettant, pour mettre fin à un litige ou une dispute de ne plus se mesurer seulement l'un à l'autre mais de « *prendre appui pour asseoir leurs évaluations sur une équivalence générale, [...] traitée comme universelle* »<sup>720</sup>. Le conseiller, en tant que conciliateur, n'est donc ici pas indispensable, il n'est là que pour « *aider chacun des contradicteurs à détacher son attention de la personne de son adversaire pour la tourner vers une équivalence de second niveau, en réactivant le savoir commun qu'ils en ont* »<sup>721</sup>

Si une grande partie des conseillers n'ont pas été formés à la conciliation<sup>722</sup>, ceux-ci peuvent néanmoins s'appuyer sur leur éventuelle expérience professionnelle et syndicale en matière de médiation ou de conduite de négociation sociale en entreprise.

Cependant, si tous les conseillers rencontrés ont insisté sur les vertus de la conciliation, tous ne semblent pas s'investir de la même manière au cours de cette étape. Ceci est particulièrement frappant entre les conseils, les discours sur le rôle du conseiller en conciliation variant sensiblement d'un conseil à l'autre (en fonction, notamment, de la taille du CPH, nous y reviendrons) :

*« On fait tout notre possible pour y arriver, même si c'est difficile, c'est vrai. Ça demande beaucoup de préparation, mais c'est indispensable. Il y a des techniques, on sait comment pousser à la conciliation. Comme on dit, et c'est vrai, vaut mieux un mauvais accord qu'un bon procès »*<sup>723</sup>.

*« C'est dommage à dire, mais c'est souvent perdu d'avance. Quand ça veut pas, ça veut pas, on peut pas faire grand chose »*<sup>724</sup>

Ainsi, certains conseillers considèrent ne pas être autorisés à « pousser » à la conciliation (« *ce serait sortir de mon rôle* »<sup>725</sup>), tandis que d'autre affichent fièrement leurs « *tactiques* » pour pousser les parties à concilier. Le rôle plus ou moins actif des conseillers lors de la conciliation joue néanmoins un rôle non négligeable sur l'échec ou la réussite de la procédure. Notons que la composition de la formation de conciliation semble également jouer un rôle important, l'entente entre les deux conseillers étant indispensable. En effet, il semble légitime de penser que l'adoption par ces derniers d'une posture de défense des intérêts des membres de leur collègue réduira considérablement les chances de succès de la conciliation entre les parties.

Mais quelque soit le type de discours, l'ensemble des conseillers regrettent les faibles taux de réussite de la procédure de conciliation.

---

<sup>720</sup> Boltanski L, Thévenot L., *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

<sup>721</sup> Ibid.

<sup>722</sup> Selon les résultats de l'enquête par questionnaire réalisée par Guy Champagne, seuls 29% des conseillers employeurs et 37% des conseillers salariés déclarent avoir été formés à la conciliation. Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, op. cit.

<sup>723</sup> Entretien A21, CE/Industrie.

<sup>724</sup> Entretien B11, CE/Encadrement.

<sup>725</sup> Entretien B21, CE/Encadrement.

#### 4.2.2. Les obstacles à la conciliation

La principale cause de l'échec en conciliation soulevée par les conseillers est la présence des avocats, qui n'ont pas « intérêt » à concilier :

*« De toute manière c'est clair, à chaque fois qu'on concilie, c'est parce qu'il n'y a pas d'avocat »<sup>726</sup>*

*« Ce que je veux dire c'est un peu une généralité elle engage que moi, mais je vais quand même le dire, il y a un certain nombre d'avocats qui ne poussent pas à la conciliation. Pour des raisons purement financières je pense, ou pour avoir une affaire à plaider qui paraît intéressante, et qui font blocage. Parfois de manière un peu, je trouve, inadaptée »<sup>727</sup>.*

Par ailleurs, la méconnaissance du droit du travail par les parties, parfois mal conseillées, constitue aux yeux de nombreux conseillers un obstacle majeur à la conciliation. Leur intervention se comprend alors en termes de rappel au droit :

*« Que ce soit l'entreprise ou le salarié, ils se mettent sur des positions de principe un peu stupides parfois, euh soit c'est carrément du principe parce que... alors je vais plutôt parfois des employeurs qui disent : il est pas question, il m'a volé, il m'a fait ci, il se fout de moi depuis trois mois, enfin bon voilà. Et parfois par méconnaissance du droit, parce qu'il y a des moments euh, ça m'est arrivé plusieurs fois de dire à un employeur : « vous avez peut-être raison dans le fond, mais par contre la forme vous avez pas respecté. Donc vous pouvez me dire tout ce que vous voulez, vous allez perdre là-dessus aux prud'hommes, enfin au bureau de jugement. Donc autant concilier avant. » Et cette méconnaissance du droit parfois euh empêche parfois la conciliation. On a aussi des salariés qui viennent demander deux ans de salaire alors qu'ils ont travaillé trois mois et on leur dit : « ben attendez non... » Et quand un employeur leur propose un mois ou deux mois de salaires en conciliation, ben il dit : « ben non on m'avait dit que j'avais droit à deux ans.... » Et du coup voilà »<sup>728</sup>.*

Notons également que le manque de temps alloué à la l'étude préalable des dossiers, ainsi que le nombre trop important de dossiers à traiter par séance de conciliation, ont également été soulevés, dans une moindre mesure, par les conseillers. Nous y reviendrons.

#### 4.3. La conduite des audiences en bureau de jugement

Les audiences en bureau de jugement constituent pour les conseillers, nous l'avons vu, une opportunité de mettre un « visage », une « histoire » derrière des demandes. Les conseillers interviennent plus ou moins activement lors de l'audience, conscients de l'importance qu'est

---

<sup>726</sup> Entretien B4, CS/Encadrement.

<sup>727</sup> Entretien A10, CE/Commerce.

<sup>728</sup> Entretien A10, CE/Commerce.

susceptible de prendre leur intervention dans le déroulement de l'affaire, comme l'explique ce conseiller salarié :

*« De temps en temps, il faut faire très attention comment on pose une question, parce qu'on peut avoir le revers de la médaille. Donc si on est pas trop sûr, il vaut mieux s'abstenir et de le noter. Moi, c'est ma tactique. J'ai peur de temps en temps de poser des questions qui pourraient venir à l'encontre du salarié. [...] Il suffit que je pose une question, que les employeurs le notent et que l'avocat réponde, là moi j'ai tout faux. Donc de temps en temps, il vaut mieux s'abstenir »<sup>729</sup>.*

Ainsi, les interventions au cours des audiences peuvent revêtir une dimension stratégique. Les conseillers peuvent orienter le débat mais aussi tenter de montrer aux autres membres de la formation la faiblesse de certains arguments ou l'éventuelle mauvaise foi d'une partie. Ceci ne se comprend pas uniquement en termes de défense d'un collègue, comme l'explique ce conseiller employeur tentant de « confondre » les parties qu'il estime être de mauvaise foi :

*« C'est-à-dire que par exemple, enfin pour ce qui me concerne, je vais être beaucoup plus virulent avec la personne qui... imaginons que ce soit l'inverse, mais souvent c'est le salarié, c'est arrivé qu'on se rende compte de situations délirantes, où les gens étaient exploités, ou pour lesquels on se rendait vraiment compte qu'on voulait la peau de la personne et cetera, que les gens étaient dans des situations budgétaires invraisemblables et cetera c'était davantage de poser des questions j'ai envie de dire plus dures à l'avocat ou l'employeur, en le poussant un peu dans ses retranchements, mais en essayant en même temps de poser des questions objectives et de pas apparaître comme quelqu'un qui prend parti si vous voulez. Mais en estimant, bien qu'on doit pas le faire mais on est des êtres humains hein en même temps... à ce moment-là comme on est là pour entendre les parties et les arguments, ça peut être tout à fait légitime qu'on pose des questions qui soient presque provocatrices par rapport à la situation pour être sûr et puis si jamais on me rétorquait : « je n'ai pas à vous répondre », je peux dire aussi : « attendez, on est là dans le débat contradictoire, je peux poser toutes les questions que je veux, et vous êtes obligé d'y répondre. » Bon en général, on a pas eu à avoir ce genre de discours parce que les gens répondaient. On a eu parfois à remettre des employeurs plutôt en place, mais aussi des salariés sur des situations bien spécifiques »<sup>730</sup>.*

Au-delà de cet investissement tactique, il s'agit également de « gérer » l'audience, de déterminer l'ordre de passage des affaires, veiller à la durée des plaidoiries, au respect du principe du contradictoire. Les présidents d'audience sont chargés de cette tâche. Ils apprennent à user d'une autorité fragile, portée essentiellement par l'efficacité symbolique de leur fonction. Il s'agit notamment de « faire aller à l'essentiel » les avocats, ces « comédiens » qui, entamant leur plaidoirie, « montent sur scène »<sup>731</sup>. Une grande majorité des conseillers jugent en effet les plaidoiries des avocats « trop longues » :

*« C'est souvent long, mais alors long, ça part dans tous les sens, ça nous embrouille plus qu'autre chose. Parfois, ils racontent vraiment n'importe quoi, c'est énervant. Alors on les voit monter les bras au ciel, Shakespeare, tout ça, c'est*

---

<sup>729</sup> Entretien A9, CS/Activités diverses.

<sup>730</sup> Entretien A11, CE/Activités diverses.

<sup>731</sup> Entretien A21, CE/Industrie.

*presque ridicule tellement des fois ils sont mauvais. Et il y en a, des mauvais, croyez moi. Quand en plus il y a la mauvaise foi évidente, c'est tout simplement insupportable. On dirait qu'ils sont payés par rapport à la durée de leur plaidoirie, je sais pas, mais c'est vraiment insupportable. Je vais vous faire une confidence, vous n'êtes pas obligé de la garder, mais je pense qu'ils nous prennent pour des cons »<sup>732</sup>.*

Ceci amène les conseillers à intervenir durant la plaidoirie, comme ce conseiller coupant un échange entre deux avocats : « *Bon, je pense que vous avez débattu, vous deviez être bref... Allez, stop, on ne vous mettra pas d'accord de toute manière, j'ai bien compris »<sup>733</sup>. Ces interventions, souvent spontanées, sont parfois beaucoup plus virulentes, comme l'illustrent les propos de ce conseiller salarié :*

*« Quelquefois y'a des... comment dire ça ? des plaidoiries qui sont assez violentes euh... et puis euh... moi il m'est arrivé, parce que j'étais tellement révolté par (rires) par euh... comment il s'appelle lui ? euh... le bâtonnier de l'ordre d'aujourd'hui... Bernard (Merisse ?), qui est un excellent avocat mais qui ment comme un arracheur de dents (rires), et il m'avait... il m'avait euh... je sentais qu'il mentait et il m'avait un peu mis en colère, donc j'ai fini par intervenir en disant « mais faut arrêter de raconter des conneries », je me suis foutu en colère. Et puis il m'a dit « je ne vous permets pas de me parler comme ça » euh... il a commencé son baratin et puis moi je lui ai dit « ben écoutez, si vous voulez pas qu'on vous parle comme ça, ben arrêtez de mentir, putain c'est quand même... », et puis j'ai râlé. Et donc le président de séance est intervenu, a dû me calmer et euh... après ben bien sûr Maitre (Merisse ?) a porté plainte au président général du conseil en disant « j'exige des excuses publiques », (rires) et j'ai dû faire des excuses publiques. Ça m'a pas plu beaucoup, mais bon ça arrive quelquefois euh... mais euh... de dissidences autres, non. Je vais dire euh... bon et puis après on prend... c'était au début de mes activités prud'homales donc après on prend un petit peu plus de distance, et euh... bon le mec qui ment, « t'as raison, mens, je vais te craquer après c'est tout quoi »<sup>734</sup>.*

Enfin, les conseillers, voyant, nous l'avons vu, d'un mauvais œil les nombreuses demandes de renvoi, se montrent souvent très fermes envers les avocats sur ce point, en affirmant leur autorité :

- « - **Le président d'audience** : On va devoir renvoyer de toute façon, l'avocat de la défense n'est pas là.*
- **Le défenseur** : Si, si, mon avocat arrive, il est un peu en retard, c'est tout. Il m'a dit de vous dire qu'il fallait retenir l'affaire.*
- **L'avocate du demandeur** : Oui enfin en sachant que je suis demandeur, c'est à moi de décider si on renvoie ou pas l'affaire.*
- **Le président d'audience** (sèchement) : C'est à NOUS de décider, mademoiselle.*
- **L'avocate du demandeur** : Oui, pardon, c'est à vous, mais... (elle se tait) »<sup>735</sup>*

---

<sup>732</sup> Entretien B9, CS/Commerce.

<sup>733</sup> Observation conseil n°1, 26 juin 2006.

<sup>734</sup> Entretien A7, CS/Activités diverses.

<sup>735</sup> Observation conseil n°2, 20 mars 2006.

L'étude des mécanismes de la délibération prud'homale montre que le commun n'est efficient que parce que les conseillers ont la possibilité, de manière occasionnelle et normée, de s'en éloigner. En somme, si les conseillers doivent, pour construire le commun, prendre leur distance par rapport aux champs syndical, judiciaire et professionnel (les prises de distance étant variables selon les profils et les parcours), ils peuvent également s'éloigner de ce commun.

L'investissement des conseillers prud'hommes doit donc être appréhendé non pas de manière uniforme mais séquencée. Les conseillers procèdent effectivement à divers ajustements lors des différentes étapes de la procédure, sans que l'on puise pour autant réduire le délibéré à un jeu de négociations. Chacun peut de ce fait se mobiliser pour une des parties au procès, à condition de respecter les différentes séquences de la procédure et les types de comportement y étant associés, en se saisissant des espaces d'autonomie, de négociation, d'évaluation et d'interprétation lui étant laissés.

Pour aller plus loin, il semble même bienvenu de conserver une certaine sensibilité syndicale (ou plutôt de « collègue ») aux prud'hommes, tant le comportement des conseillers « *passés de l'autre côté* » semble stigmatisé, autant pour le collègue employeur que salarié. L'appartenance à un collègue fait aussi partie de l'identité du conseiller prud'homme.

Mais cet équilibre est fragile, d'autant plus fragile que l'institution prud'homale semble faire face à une crise de ses fondements identitaires.

## **TROISIEME PARTIE**

### **L'EMERGENCE DE L'ORGANISATION**

## Chapitre 6

### Une institution touchée dans sa légitimité

---

Il est toujours délicat d'évoquer la « crise » d'une institution dont la légitimité a déjà été mise en cause à de nombreuses reprises. Les premiers discours sur la « crise » de la prud'homie remontent en effet pratiquement à la création de l'institution, qui a traversé des situations bien plus délicates que les difficultés rencontrées aujourd'hui (tout le monde s'accorde, par exemple, pour parler de « crise de la prud'homie » durant les années 70)<sup>736</sup>. Mais nous postulons que l'institution est aujourd'hui face à une situation inédite et que, pour la première fois, le modèle prud'homal dessiné par les réformes de 1979 et 1982 est sérieusement ébranlé.

On peut se demander quels sont les facteurs à prendre en compte pour évaluer la « réussite » d'une institution. Les éléments que nous allons évoquer ici, qui sont des facteurs susceptibles d'ébranler la légitimité des prud'hommes, doivent être modérés dans la mesure où l'institution semble être perçue comme utile et fonctionnelle par une grande partie de ses usagers. Nous avons en effet évoqué l'attachement des organisations syndicales et patronales à l'institution. Mais qu'en est-il des salariés et employeurs ? Il est difficile de l'évaluer, aussi nous contenterons-nous de présenter, avec les précautions d'usage, les résultats de deux récents sondages réalisés par l'institut *Ifop* quelques mois avant les élections prud'homales de décembre 2008 : 70 % des salariés sondés déclarent faire davantage confiance aux conseillers prud'hommes qu'aux professionnels de la justice, tandis que 75 % des employeurs interrogés déclarent avoir une bonne ou très bonne image des Prud'hommes<sup>737</sup>.

Pourtant, un grande part des justiciables « n'acceptent » pas les décisions prud'homales : le taux d'appel des décisions de la juridiction est le plus élevé du système judiciaire français, nous y reviendrons. Par ailleurs, cet attachement du justiciable à l'institution n'est pas forcément perçu par les conseillers. C'est le cas pour ce conseiller salarié, qui revient sur les propos tenus par François Fillon, ministre du travail lors de l'élection prud'homale de 2002 :

*« Les gens nous connaissent pas assez. Ils savent pas que c'est gratuit, que c'est simple de faire appel à nous. Après, ils savent pas, et peut être aussi qu'ils... enfin, je sais pas, mais... je souviens de ce qu'il a dit, le Fillon, à la télé avant l'élection, c'était un truc du genre : « il faut améliorer l'image des prud'hommes », c'était pas tout à fait ça, mais*

---

<sup>736</sup> Nous renvoyons à ce sujet le lecteur au premier chapitre.

<sup>737</sup> Ces résultats, qui constituent ici plus des éléments d'illustration que de preuve, sont issus de deux études réalisées par l'*Ifop* pour le Ministère du Travail : 1) Baromètre de la communication gouvernementale, sondage *Ifop* mené du 13 au 22 décembre 2007 en face-à-face pour le Ministère du Travail, des Relations Sociales et de l'Emploi dans le cadre du baromètre de la Communication Gouvernementale, auprès d'un échantillon de 577 salariés du public et du privé, demandeurs d'emploi, employeurs, issu d'un échantillon de 1000 personnes, représentatif de la population française âgée de 15 ans et plus. Les résultats « ensemble des salariés » correspondent au total des résultats pour les salariés du public et du privé 2) Les employeurs et les Prud'hommes, sondage *Ifop* mené du 22 au 30 avril 2008 par téléphone sur le lieu de travail pour le Ministère du Travail, des Relations Sociales et de l'Emploi, auprès d'un échantillon de 502 dirigeants d'entreprise (PDG, DG, DGA, DRH, responsable RH), représentatif des entreprises françaises employant au moins un salarié.

*c'est ce que ça voulait dire. Alors je sais pas, mais d'abord, c'était pas très sympa pour nous, ça veut dire qu'on a une mauvaise image, merci c'est gratuit, et puis ça veut peut être dire que le gens... il faut expliquer ce que c'est les prud'hommes, sinon les gens, ils savent pas, c'est bien dommage je pense »<sup>738</sup>.*

On peut parler de « crise de confiance » en ce qui concerne, notamment, les relations entre les acteurs de l'institution prud'homale et la chancellerie. On peut parler de « crise de croissance », tant le contexte économique et social dans lequel évolue l'institution a été bouleversé. On peut parler de « crise des fondements identitaires » ou évoquer le fait que la légitimité de l'institution est souvent remise en cause par de nombreux juristes, pour lesquels l'institution est « *complètement désuète* »<sup>739</sup>, juristes invitant les pouvoirs publics à « *en finir avec le Moyen âge* »<sup>740</sup> en matière de justice du travail. Mais peut-on pour autant parler de « crise » de légitimité ?

On sait depuis Max Weber que c'est socialement que se définit la légitimité<sup>741</sup> : elle se rapporte à la notion de reconnaissance sociale. La légitimité d'une institution résulte de la croyance partagée dans les vertus de son action, ou de la croyance dans l'impossibilité que cette action soit assumée par un autre organisme<sup>742</sup>. De la légitimité d'une institution dépendent les capacités d'agir de ses acteurs. Une institution est légitime lorsque le produit de ses actions est accepté, lorsqu'il existe un accord généralisé quant à son utilité, lorsque sa « fonction sociale » est reconnue par les agents ayant à faire « avec » elle ou simplement affaire à elle. En ce sens, si la légitimité d'une institution se donne à voir dans le simple fait de son existence durable, l'institution prud'homale est incontestablement légitime. Personne ne songe en effet sérieusement à remplacer ces quelques 14 450 conseillers, ne serait-ce que pour des raisons budgétaires<sup>743</sup>. En revanche, leur fonction, leur mission, la forme de leur action, leur capacité d'agir évoluent progressivement, dans un sens qui n'est pas celui souhaité par les conseillers. Aussi distinguerons-nous la légitimité de l'institution de la « légitimité » de sa forme actuelle. Les deux notions sont bien entendu liées, mais la reconnaissance de l'intérêt et de l'utilité d'une institution n'implique pas forcément une acceptation partagée de son mode de fonctionnement ni de ses formes d'action (dès lors, l'institution légitime peut être en proie à des volontés réformatrices). De ce fait, même si l'inscription dans la durée de l'institution ne semble pas

---

<sup>738</sup> Entretien C1, CS/industrie.

<sup>739</sup> Poissonier G., Duhamel J.-C., « Plaidoyer pour l'échevinage prud'homal », *Jurisprudence sociale Lamy*, n°117, 2003.

<sup>740</sup> Helfre H., « Conseils de prud'hommes : pour en finir avec le moyen-âge. Est-il urgent d'attendre ? », *La gazette du Palais*, 23 octobre 1999.

<sup>741</sup> Weber M., *Économie et Société*, Paris, Plon, 1971.

<sup>742</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, op. cit.

<sup>743</sup> Encore que, selon certaines analyses, la justice prud'homale n'est pas beaucoup moins coûteuse qu'une justice du travail qui serait rendue par un magistrat professionnel unique. Ainsi, le coût moyen d'une affaire par conseiller (en ne prenant en considération que les vacations, les remboursements de salaire aux entreprises et les frais de déplacement) a été évalué dans une fourchette allant de 95 euros à 270 euros, selon les conseils. Par ailleurs, les frais de fonctionnement sont parfois très élevés lorsqu'on les rapporte au nombre d'affaires traitées, notamment dans les petits conseils. Helfre H., op. cit.

menacée, les conseillers ne peuvent faire l'économie d'un travail de justification sur leur utilité, sur leur intérêt<sup>744</sup>.

Un autre problème se pose alors. Le légitime est ce qui fait accord, mais cet accord doit-il pour autant être unanime ? L'institution prud'homale, comme toute institution, ne peut faire l'unanimité. Dès lors, comment fixer un « seuil » ? Dans quelle mesure les discours des praticiens du droit, relayés au niveau du ministère de la justice et, dans une moindre mesure, du ministère du travail, ébranlent-ils la légitimité de l'institution, malgré l'apparent attachement des justiciables à son égard ? Aussi, nous ne parlerons pas de « crise de légitimité » de l'institution prud'homale, mais évoquerons, prudemment, l'affaiblissement des croyances dans son efficacité et dans la légitimité de son action. Voyons en quoi et dans quelle mesure.

## **1. La remise en cause de la capacité des conseillers à traiter les conflits individuels du travail**

A travers les débats sur la prétendue partialité des jugements prud'homaux, sur la compétence des conseillers, sur les dysfonctionnements de la procédure, c'est la capacité des conseillers à traiter les conflits individuels du travail qui est remise en cause<sup>745</sup>.

### **1.1. Paritarisme et partialité**

Les conseillers prud'hommes étant élus, leurs décisions sont démocratiquement fondées. Mais le lien fait entre la dimension paritaire de l'institution prud'homale et les risques de partialité des décisions rendues est aussi vieux que l'institution elle-même. Pourtant, nous l'avons déjà évoqué, la parité protège de la partialité.

#### **1.1.1. La parité garante de l'impartialité**

L'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH) stipule que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial. C'est sur la base de cet article, à l'origine de demandes de récusation de conseillers, que nombre de décisions

---

<sup>744</sup> C'est en ce sens, notamment, qu'apparaît l'organisation dans l'institution prud'homale, nous le verrons.

<sup>745</sup> Nous évoquerons majoritairement ici le raisonnement des professionnels du droit sur cette question. Naturellement, nombre de ces raisonnements sont repris au niveau du ministère de la justice et, dans une moindre mesure, du ministère du travail, c'est-à-dire au niveau décisionnel.

prud'homales ont été attaquées<sup>746</sup>. L'impartialité ici contestée est relative à l'appartenance du conseiller à un collège, dont il est censé représenter les membres. Nous parlerons de partialité de collège. Mais, nous l'avons vu, on ne demande pas à chacun des conseillers d'être impartial mais à la formation de rendre des jugements impartiaux. C'est la raison pour laquelle la parité protège de la partialité<sup>747</sup>. La cour de cassation a rendu un arrêt allant dans ce sens, en affirmant que le caractère paritaire de la juridiction était garant de son impartialité<sup>748</sup>. Cependant, la CASS ne s'est pas contentée de mettre en avant le seul argument de la parité. C'est ce qui rend sa décision pour le moins ambiguë. En effet, elle ajoute quatre autres arguments pour justifier le fait que les jugements prud'homaux sont équitables et impartiaux (l'interdiction du mandat impératif, la possibilité de recourir au juge départiteur, la possibilité d'appel et la possibilité de cassation<sup>749</sup>). Cet ajout diminue, finalement, la portée de cet arrêt.

Ainsi, les risques de partialité susceptibles de peser sur les décisions prud'homales ne sont pas liés à une partialité de collège. Au contraire, il y a risque de partialité lorsque s'efface cette identité de collège au profit de considérations communes aux quatre membres de la formation. Nous ne parlons pas, ici, des valeurs sur lesquelles repose le commun des conseillers, mais des éléments susceptibles de troubler à la fois ce commun et cette identité de collège. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un défenseur syndical, conseiller prud'homme, plaide devant son conseil. Dans ce cas, les quatre membres de la formation reconnaissent un collègue, ce qui risque d'influer sur le contenu de la décision. C'est pourquoi la CASS, dans un arrêt du 3 juillet 2001, a annulé une décision du conseil de *Ville B* rendue dans cette configuration, en estimant que « *cette exigence [d'impartialité] implique qu'un conseiller prud'homme n'exerce pas de mission d'assistance ou de représentation devant le conseil dont il est membre* »<sup>750</sup>.

Reste le débat sur le rapport entre équité et partialité. Le sentiment d'équité peut en effet résulter d'une sympathie éprouvée envers l'une des parties au procès. Or, « *on attend du juge qu'il objective le délit et traite de la même manière la victime larmoyante et la victime impassible* »<sup>751</sup>. Or, la partialité ne consiste pas uniquement à favoriser un proche ou une personne avec laquelle on est,

---

<sup>746</sup> Lire à ce sujet les contributions de Ralph Blindauer, Michel Henry, Pascal Lagesse et Guy Patrice Quéant, s'inquiétant d'une possible désorganisation des prud'hommes suite à la multiplication des demandes de récusation sur la base de l'article 6-1 de la CEDH. *Semaine sociale Lamy*, n°1142, 2004.

<sup>747</sup> En plus d'offrir, sinon la garantie, au moins des gages d'une justice plus « éclairée » : « *Si la justice est une quête, le débat juridique y aidera puissamment. Il y a là un domaine où l'on se trompe beaucoup moins à plusieurs que seul* ». Jestaz, P., *Le droit*, Paris, Dalloz, 1996.

<sup>748</sup> Cass. Soc., 19 décembre 2003, arrêt n°2767.

<sup>749</sup> Ces deux derniers arguments, remarque avec malice Norbert Olszak, constituent une « *véritable incitation faite au justiciable de demander à la Cour européenne des Droits de l'homme si le droit à un procès équitable ne devrait pas être garanti dès la première instance* ». Olszak N., « Invention et défense du caractère paritaire de la juridiction prud'homale », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>750</sup> Cass. Soc. 3 juillet 2001, arrêt n°3284.

<sup>751</sup> Forse M., Parodi M., *La priorité du juste. Éléments pour une sociologie des choix moraux*, Paris, PUF, collection « Sociologies », 2004.

d'une manière ou d'une autre, lié. Ainsi, le conseiller employeur, touché et convaincu de la sincérité d'un salarié en pleurs, par exemple, fondant son évaluation des faits sur cette conviction, serait partial. Mais ce débat concerne, de toutes les manières, autant le conseiller prud'homme que le magistrat professionnel. Par ailleurs, l'idée de neutralité, on le sait, est une utopie : « *faudrait-il ne connaître ni rien ni personne pour être impartial ?* »<sup>752</sup>. Il existe une « présomption » d'impartialité sur tout magistrat, sans laquelle toute justice « humaine » est impossible. A cette présomption s'ajoute, dans le cas des conseillers prud'hommes, la garantie donnée par la parité.

Finalement, il semble légitime de se demander si, « grâce » à la parité, les conseillers ne sont pas moins « soupçonnables » de partialité que les magistrats de carrière, statuant seuls. Ils sont en tout cas, de toute évidence, plus « transparents ». Sans entrer dans ce débat, qui nous éloigne de notre sujet, nous pouvons évoquer le fait qu'un grand nombre de conseillers partage la représentation selon laquelle les juges des TI ou des CA auraient un *a priori* plus favorable aux salariés. Les conseillers employeurs se disent « victimes » de leurs jugements tandis que les conseillers salariés basent parfois leurs stratégies sur cette représentation :

*« Sincèrement, ça dépend du magistrat qui est départiteur, selon qui c'est, je sais si j'ai plus de chance ou pas d'obtenir plus pour le salarié. Mais souvent, c'est plus. Et aussi en appel, hein, des fois j'essaie même de faire rédiger le jugement de telle façon pour que l'employeur fasse appel. C'est un peu, comment dire, c'est un peu de la tactique, quoi, faut être rusé »*<sup>753</sup>.

Ceci n'empêche pas la remise en cause permanente, et de plus en plus fréquente si l'on rejoint l'analyse de Michel Henry<sup>754</sup>, de l'impartialité des décisions prud'homales. La question de l'impartialité du conseil de prud'hommes est importante, car elle soulève une autre question : celle de son existence.

### 1.1.2. L'impartialité objective

Pourquoi certains juristes mettent-ils en avant une multiplication des actions en justice contestant la partialité des décisions prud'homales ? Pour répondre à cette question, il convient de distinguer l'impartialité objective de l'impartialité subjective<sup>755</sup>. L'impartialité subjective se rapporte à tout ce qui peut affecter la neutralité personnelle du magistrat. Elle se fonde sur l'absence de parti pris. La CEDH a précisé que cette impartialité subjective et personnelle du juge est présumée, et qu'il appartient de ce fait au plaideur qui la conteste d'en rapporter la preuve. En d'autres termes, il ne

---

<sup>752</sup> Conclusions du procureur général Burgelin dans les deux arrêts de l'assemblée plénière du 6 novembre 1998, in *Bull. Info. Cass.*, 1<sup>er</sup> février 1999.

<sup>753</sup> Entretien B1, CS/Industrie.

<sup>754</sup> *Semaine sociale Lamy*, n°1142, 2004.

<sup>755</sup> Lire à ce sujet Magnier V., « La notion de justice impartiale », *La semaine juridique*, n°36, 2000.

suffit pas de suspecter, il faut prouver l'absence d'impartialité du juge. Au contraire, l'impartialité objective, ou apparente, naît du doute quant à l'impartialité d'un tribunal. Cette impartialité objective ne vise pas un comportement individuel mais concerne le fonctionnement même de l'appareil juridique<sup>756</sup>. Selon la CEDH, l'impartialité objective implique que la justice « *doit non seulement être rendue, mais aussi donner le sentiment d'être rendue* »<sup>757</sup>. Ainsi, l'impartialité objective n'est qu'une apparence, une impression et non pas une réalité. L'impartialité objective suppose qu'il n'y ait pas le moindre soupçon du justiciable indépendamment de toute prise de position individuelle du magistrat.

Si la conception française était celle de l'impartialité subjective, la jurisprudence française s'est trouvée forcée, sous l'influence de la CEDH, d'admettre la notion d'impartialité objective<sup>758</sup>. Ainsi, c'est la conception même d'impartialité qui a évolué vers une acception plus large. On comprend ainsi aisément pourquoi la juridiction prud'homale semble de plus en plus souvent, au regard des exigences d'impartialité objective, suspecte : il apparaît de plus en plus difficile de distinguer la notion d'impartialité de celle d'indépendance. Or, les conseillers prud'hommes sont sans doute les juges dont on peut le plus facilement remettre en cause l'« indépendance » dans la mesure où ils sont élus sur une liste syndicale ou patronale par les membres de leur collègue.

Au-delà des procès de partialité, c'est parfois la parité même de l'institution qui n'est pas toujours comprise ou acceptée par le justiciable, comme le montrent les propos de cet employeur, gérant de PME, croisé dans les couloirs d'un conseil :

*« Pourquoi pas, pour juger des chauffards, ne pas créer un tribunal avec 50% de gendarmes et 50% de représentants d'une association de chauffards ? »*<sup>759</sup>

Signalons une tentative d'instauration de l'imparité au sein des prud'hommes, très vite avortée : en 1974, le décret instaurant le référé prud'homal ne prévoyait pas de formation paritaire. Moins de trois ans plus tard, ce décret a été annulé par le Conseil d'Etat.

La parité est un élément constitutif de l'institution prud'homale, que remettent en cause les partisans de l'échevinage.

---

<sup>756</sup> C'est ce qui amène certains justiciables à remettre en cause, par exemple, la partialité de la justice aux affaires familiales, rendue par une grande majorité de femmes, ce qui conduirait à des « *décisions discriminatoires envers les pères* ».

<sup>757</sup> CEDH, 17 janvier 1990.

<sup>758</sup> Citons à titre d'illustration un extrait d'un arrêt de la CA de Grenoble : « *Attendu que la notion d'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion et aussi selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait les garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ; que l'exigence d'impartialité doit s'apprécier non pas en fonction de l'attitude effective de la personne mise en cause mais de la perception que le justiciable peut légitimement avoir du risque de partialité* ». CA Grenoble, ch. Soc. 23 octobre 2002, n°02/03409.

<sup>759</sup> Témoignage cit. in Swierczek N., « L'engagement prud'homal salarié : un engagement militant ? Evaluation des représentations, enjeux et modes d'action du conseiller prud'homme salarié », Mémoire de DEA (Changement social), Université des sciences et technologies de Lille 1, 2004.

### 1.1.3. L'échevinage et l'harmonisation Européenne

La présence d'un juge professionnel, dont les conseillers seraient les assesseurs, permettrait, selon de nombreux juristes, de garantir la partialité de l'institution : « *tout le monde le sait : une réforme des conseils de prud'hommes consistant en l'introduction de juges professionnels en leur sein est une nécessité* »<sup>760</sup>. Cet échevinage, « menaçant » les conseillers, serait une nécessité dans un souci d'harmonisation européenne : « *il est à noter que le débat sur l'échevinage n'est bien entendu présent qu'en France, et qu'à l'inverse, aucun courant significatif ne se prononce à l'étranger pour l'instauration d'un strict paritarisme. Cette querelle aux allures dogmatiques n'a cours qu'en France, et conduit à se demander si en définitive, le débat apaisé autour des juridictions du travail à l'étranger ne serait pas dû à leur ambivalence, qui mêle majoritairement juges élus et juges professionnels* »<sup>761</sup>.

Il est vrai qu'à l'heure où l'on parle de manière de plus en plus pressante d'harmonisation judiciaire en Europe, l'exception française en matière sociale est souvent remise en cause. Pour Daniel Marchand, « *l'Europe, dans son intégralité, ne doit-elle pas – par soucis d'efficacité et de garantie d'équité envers l'ensemble de ses citoyens, réfléchir à une harmonisation de ses juridictions du travail ?* »<sup>762</sup>. Selon Anne Auchere, « *l'avenir consisterait peut être pour la France de tenter de s'emparer de la question européenne pour réformer la juridiction prud'homale, en regroupant l'ensemble du contentieux social dans une juridiction spécialisée [...] Cette juridiction serait composée bien entendue de magistrats professionnels* »<sup>763</sup>. D'autres auteurs, moins nuancés, présentent cette harmonisation comme une nécessité : « *Le syndicaliste défend, c'est sa fonction. Mais peut-il également être juge ? C'est poser à nouveau la question de la réforme des conseils de prud'hommes [...] L'organisation et le fonctionnement actuel de nos conseils de prud'hommes ne sont pas compatibles avec les règles du droit européen* »<sup>764</sup>.

Les conseillers rencontrés se sont presque tous prononcés contre l'instauration de l'échevinage, qui viderait de sa substance le système actuel<sup>765</sup>. Ils y voient une « menace » pesant sans cesse sur l'institution et sont nombreux à affirmer être prêts à démissionner si l'échevinage était mis en place.

---

<sup>760</sup> Helfre H., « Conseils de prud'hommes : pour en finir avec le moyen-âge. Est-il urgent d'attendre ? », *La gazette du Palais*, 23 octobre 1999.

<sup>761</sup> Poissonnier G., Duhamel J.-C., « Plaidoyer pour l'échevinage prud'homal », *Jurisprudence sociale Lamy*, n°117, 2003.

<sup>762</sup> Marchand D., cit. in « Le conseil de prud'hommes. Une juridiction originale au sein de l'Europe », actes de la journée d'études organisée par la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de la Vienne et la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers le 21 mai 1999 à Poitiers, PUF, Paris, 2000.

<sup>763</sup> Auchere A., « Les juridictions du travail en Europe », *Personnel*, n°234, 2002.

<sup>764</sup> Vallery-Rabot L., *La gazette du Palais*, 5 et 6 décembre 2001.

<sup>765</sup> A l'exception de quelques conseillers, plus modérés à ce sujet, et prêts à accepter, sous conditions de partage égalitaire des voix, la présence d'un juge professionnel.

Si la « solution » de l'échevinage est proposée, c'est, certes, dans une perspective d'impartialité de l'institution, mais aussi par une volonté d'« améliorer la qualité des décisions prud'homales »<sup>766</sup>. Car la compétence même des conseillers est remise en cause : « La fonction de juge prud'homme ne présuppose aucune qualité »<sup>767</sup>, « lorsqu'on considère la juridiction prud'homale de l'intérieur et qu'on voit comment parfois les choses s'y passent, on ne peut d'abord qu'en sortir pour ne pas paraître approuver le système »<sup>768</sup>.

## 1.2. Des compétences contestées

Précisons que nous ne nous prononcerons pas, ici, sur les compétences « réelles » des conseillers, ni sur la « qualité » de leurs décisions. Ce n'est ni l'objet de notre travail<sup>769</sup>, ni dans nos compétences. Surtout, ce type d'évaluation est peu pertinent lorsque l'on considère la difficulté à délimiter les critères à prendre en compte, la place à accorder à chacun de ces critères dans l'évaluation, ainsi que leur mesure. En revanche, si l'on considère, en adoptant une perspective très restrictive, que la « qualité » d'une décision peut être mesurée selon son « acceptation » par les juridictions supérieures, nous pouvons affirmer que les conseillers n'ont pas à rougir face aux magistrats professionnels. Le taux de confirmation des décisions prud'homales en appel (environ 70%<sup>770</sup>) n'est que légèrement inférieur à celui des autres décisions (le taux moyen d'infirmité par les cours d'appel, en ce qui concerne le civil, est de 21,34%<sup>771</sup>).

Cependant, le taux de confirmation des décisions prud'homales en appel doit être relativisé. En effet, une décision prud'homale comporte plusieurs dispositifs, et une « confirmation » en appel d'un jugement ne signifie pas forcément que tous les dispositifs de ce jugement aient été validés par le magistrat de la CA. Par ailleurs, même lorsqu'un dispositif n'est pas infirmé, les motifs ayant conduit à ce dispositif peuvent être contestés par le juge d'appel. On le voit bien dans cet extrait de jugement de la cour d'appel de Paris, confirmant le rejet, prononcé par les prud'hommes, d'une des demandes d'une salariée, tout en remettant en cause le raisonnement des conseillers :

« 3°) Sur les heures supplémentaires.

*Considérant que Melle D. fait valoir qu'elle a effectué régulièrement des heures supplémentaires qui ne lui ont pas été payées ; que cette demande a été rejetée par les premiers juges au motif que ces heures ont été indemnisées sous la forme d'heures de RTT ; que cette argumentation est insuffisante pour affirmer que Melle D. a été remplie de ses droits*

---

<sup>766</sup> Orliac C., « Propositions de réforme de la juridiction prud'homale », *Droit social*, avril 1992.

<sup>767</sup> Estoup P., « La question prud'homale », *La gazette du palais*, 11, 12 et 13 août 1991.

<sup>768</sup> Orliac C., « Propositions de réforme de la juridiction prud'homale », op. cit.

<sup>769</sup> Ce qui nous intéresse est plutôt ici la perception qu'ont les conseillers de ce que doit être une décision de « qualité » (cf. chap. 4)

<sup>770</sup> Ministère de la Justice, SDSE. Répertoire général civil, 2007.

<sup>771</sup> Annuaire statistique de la Justice. Édition 2008.

*dans la mesure où les heures supplémentaires effectuées donnent lieu à une majoration de 25 % qui n'est pas prise en compte dans les jours de repos correspondant ;*

*Considérant cependant que la preuve des heures supplémentaires n'appartient spécialement à aucune des parties et qu'en l'espèce Melle D. n'apporte aucun élément de nature à étayer sa demande ; qu'en effet la mention de jours de RTT figurant sur certains bulletins de salaire, ne signifie pas nécessairement qu'ils l'ont été au titre de la compensation d'heures supplémentaires ;*

*Que cette demande est rejetée. »*

### **1.2.1. Les compétences juridiques**

#### **1.2.1.1. Les connaissances juridiques**

Les sources de droit utilisées au « quotidien » par les conseillers sont variées et comprennent des normes supranationales, des textes législatifs et réglementaires, la jurisprudence etc. Il s'agit ainsi de savoir manier la constitution de 1958, la convention européenne des droits de l'homme, le code du travail, le nouveau code de procédure civile, le code de l'organisation judiciaire, les conventions collectives, les éventuels accords de branche, les contrats de travail ainsi que les solutions juridiques consacrées par la jurisprudence. A ceci s'ajoute d'autres sources applicables pour certains litiges particuliers. C'est le cas, par exemple, lorsque les conseillers se trouvent face à un arbitre professionnel, dont le travail est encadré par le code du sport. Autre exemple, nous avons assisté, dans le cadre de nos observations d'audiences en bureau de jugement, à la plaidoirie d'un photographe en litige avec son employeur suite à l'utilisation par ce dernier de clichés pris par le salarié. Les prud'hommes, compétents dans ce cas de figure<sup>772</sup>, sont ainsi amenés à manier le code de la propriété intellectuelle.

A cette multiplicité des sources de droit s'ajoute un développement et une complexification du droit du travail, nécessitant une compétence juridique de plus en plus vaste de la part des conseillers, sans pour autant que la procédure de formation ait été reconsidérée :

*« C'est difficile de suivre le droit, ça change tout le temps. Voyez, j'ai fait une licence d'histoire à la fac, et quand je sortais de l'amphi, j'avais des connaissances qui étaient, comment dire, justes dans, dans l'absolu. Là, je sors de la*

---

<sup>772</sup> « Dès lors que la contestation portant sur les droits de propriété intellectuelle est née à l'occasion du contrat de travail, le conseil de prud'hommes est compétent pour en connaître, fût-elle fondée sur le code de la propriété intellectuelle ». Cass. Soc., 21 mai 2008, n°07-15462. Précisons que la loi du 4 août 2008 vient cependant troubler la donne, modifiant l'article L331-1 du code de la propriété intellectuelle, en édictant que toutes les contestations relatives à l'application des dispositions relevant du droit d'auteur et des juridictions de l'ordre judiciaire sont « exclusivement portées devant les tribunaux de grande instance ».

formation, et tout ce que j'ai appris ne sera peut être plus valable six mois plus tard. C'est déstabilisant. J'avoue que je lâche un peu, parfois »<sup>773</sup>.

*« Alors à une époque où l'aspect technique n'était pas important, parce qu'on m'a dit qu'avant c'était comme ça, il y a quarante ans, c'était la connaissance de l'entreprise qui était prééminente, bon c'était pas gênant, tandis que maintenant les dossiers commencent à être vachement compliqués sur le plan juridique. Alors quand un mec ou une femme doit être juge, connaît pas un minimum de droit et qui plus est euh n'est pas capable d'interpréter un texte, ça pose quand même problème »<sup>774</sup>.*

Les conseillers affirment souvent ne pas avoir un « niveau » juridique « parfait » : *« C'est vrai que niveau droit, on n'est pas toujours au top, mais on se débrouille »<sup>775</sup>, « dans l'ensemble, ça va »<sup>776</sup>, « on a un niveau tout à fait, euh... correct »<sup>777</sup>. Ils déclarent reconnaître la connaissance « experte » du droit par les magistrats professionnels, sans pour autant forcément valoriser cette compétence<sup>778</sup>. Précisons que ces discours sur les compétences juridiques des conseillers varient sensiblement d'une section à l'autre. Les conseillers de la section encadrement émettent très peu de réserves quant à leurs compétences, contrairement aux conseillers des sections industrie ou agriculture. Nous évoquons, au chapitre précédent, l'influence de l'expérience professionnelle du conseiller dans ses pratiques de jugement. Or, il est évident que les représentations construites à travers cette expérience varient considérablement selon les sections. Ceci amène certains conseillers à remettre en cause, par exemple, les compétences de quelques « collègues » de la section agriculture :*

*« Ah mais la section agriculture, j'en entends des vertes et des pas mûres. Je connais pas bien, mais on en discute pas mal dans les couloirs. Disons que... qu'il y a des trucs assez énormes qui sont rapportés. L'autre jour, c'est F., un conseiller agriculture qui dit « bah je savais pas pour cette histoire d'heures supp, faudra que je vois avec mes gars ». C'est qu'ils sont pas souvent là, pas le temps pour les formations, et du coup, ils découvrent en délibéré. Pas tous, c'est sûr, c'est sûr, mais c'est fou, des fois, ce qu'on raconte »<sup>779</sup>.*

Certains conseillers ont une représentation très particulière de la relation salariale dans l'agriculture, qui reposerait plus sur des usages que sur le droit du travail. Nous pouvons citer cette anecdote, apparemment populaire car évoquée spontanément à trois reprises par des conseillers, concernant ce salarié agricole ayant réclamé aux prud'hommes plusieurs mois de salaire à son employeur, qui n'a pas contesté le non paiement. Cet employeur, en référé, s'était défendu avec l'argument selon lequel il avait prêté un tracteur au père du salarié, qui ne lui avait jamais rendu, justifiant de cette manière le non-paiement des salaires au fils.

---

<sup>773</sup> Entretien B2, CS/Encadrement.

<sup>774</sup> Entretien A5, CE/Commerce.

<sup>775</sup> Entretien B9, CS/Commerce.

<sup>776</sup> Entretien B19, CS/Industrie.

<sup>777</sup> Entretien C6, CS/Commerce.

<sup>778</sup> Cf. chap. 4.

<sup>779</sup> Entretien B19, CS/Industrie.

Rappelons qu'au-delà de la compétence proprement juridique, les compétences « professionnelles » des conseillers sont également variables d'une section à l'autre. Nous avons évoqué le cas des conseillers de la section activités diverses qui traitent finalement peu d'affaires liées à leur champ d'expertise professionnel.

#### 1.2.1.2. Les formations prud'homales

La plupart des observateurs s'accordent pour mettre en cause la formation des conseillers, concernant leur nombre, leur fréquence ou leur durée, mais aussi la manière dont elles sont dispensées. Les conseillers du collège salarié eux-mêmes (à l'exception des conseillers de la section encadrement) estiment que les formations proposées par leurs organisations syndicales ne sont pas suffisantes. Il faut préciser que la formation des magistrats professionnels, recrutés au niveau de la maîtrise, est d'une durée de 31 mois tandis que celle des conseillers est limitée à six semaines par mandat de cinq ans, avec un maximum de deux semaines par an. Il est vrai que la durée semble particulièrement courte, en particulier pour les nouveaux conseillers. De plus, le caractère facultatif de cette formation n'incite pas les conseillers à s'y rendre : beaucoup reconnaissent ne pas assister assez régulièrement à ces sessions de formation. En revanche, le principe de l'organisation de ces formations par les OSP semble convenir aux conseillers, aucun n'ayant remis en cause le principe de la « séparation » des formations par collège et par OSP. Cependant, il est frappant de constater à quel point chacun des deux collèges estime être moins bien « loti » que l'autre en matière de formation et de compétence juridique. Pour le collège salarié, les conseillers employeurs « ont fait des études », disposent d'un réseau professionnel sur lequel ils peuvent s'appuyer et « connaissent bien le droit ». Pour le collège employeur, dans une proportion moindre, les salariés sont très bien formés par leurs organisations syndicales et peuvent se permettre de « passer plus de temps au conseil » :

*« C'est à cause des employeurs. C'est dur avec eux parce que eux, ils ont de l'ancienneté en droit, ils connaissent mieux que nous tout ça, ils sont plus calés »<sup>780</sup>.*

*« Les formations sont trop lourdes, toute la journée, en cours magistral. Les enseignants ne sont pas pédagogues. J'aimerais aller aux autres formations, celles des salariés m'ont l'air mieux »<sup>781</sup>.*

Ceci nous pousse à émettre l'hypothèse selon laquelle il existe au sein des formations de délibéré une sorte de jeu sur la présentation de soi, consistant à se montrer mieux « armé » juridiquement que l'autre collège. Il s'agit alors d'« en imposer » à l'autre, de lui transmettre une

---

<sup>780</sup> Entretien C6, CS/Commerce.

<sup>781</sup> Entretien A12, CE/Industrie.

certaine représentation de son collègue. Ceci peut être compris comme « tactique » dans les jeux de négociations.

Mais l'idée selon laquelle un magistrat est formé par une organisation partisane peut paraître surprenante, et c'est à ce titre que nombreux juristes préconisent une formation prud'homale « trans-collège », réunissant conseillers salariés et employeurs, dont la CA aurait la charge<sup>782</sup>. Ces formations peuvent en effet être vues comme une perturbation, en « ravivant » une logique syndicale et en « éloignant » par là même les conseillers des valeurs communes partagées au sein de l'institution.

### 1.2.1.3. L'insuffisante motivation des jugements

Les professionnels du droit partenaires des conseillers mettent en avant les difficultés rencontrées par ces derniers à produire un raisonnement juridique. Cette « *mauvaise rédaction des jugements trouve assurément son origine dans le manque d'esprit juridique des conseillers* »<sup>783</sup>. Ceci se traduit, selon ces auteurs, par une insuffisance des motivations données à la décision, les motifs n'étant pas toujours explicités, précisés ou circonstanciés : « *Le justiciable, surtout s'il perd son procès, a le droit d'obtenir une décision clairement et solidement motivée, qui réponde aux arguments qu'il avait pu lui-même avancer. [...] Les avocats disent souvent ne pas retrouver dans les sentences prud'homales de réponses aux arguments, notamment aux arguments juridiques, qu'ils avaient développés dans leurs conclusions* »<sup>784</sup>. Le travail de catégorisation juridique des conseillers est donc aussi remis en cause. Pour de nombreux acteurs de la vie judiciaire, « *les prud'hommes présentent un certain danger pour le justiciable car en se basant plus sur les faits que sur la règle juridique, qui selon les juges est identique pour tous, les conseillers risquent de faire de la justice un instrument ponctuel et arbitraire* »<sup>785</sup>.

Certains conseillers reconnaissent rencontrer des difficultés lors de la rédaction de leurs décisions : « *c'est pas évident, moi j'étais maçon, j'étais constructeur de maisons, on m'a pas demandé de faire de la rédaction* »<sup>786</sup>.

---

<sup>782</sup> D'autres ajoutent qu'il serait bénéfique de « profiter » de la déparition pour former les conseillers. C'est notamment la décision défendue par Robert Badinter, alors qu'il était ministre de la justice, qui évoquait la nécessité que « *le juge professionnel indique aux conseillers, pour chaque affaire, la méthode selon laquelle il convient de classer les faits, les points de droit à examiner et le raisonnement permettant d'aboutir à une décision* ». Badinter R., « Lettre aux magistrats », 8 octobre 1985, cit. in. Poissonnier G., Duhamel J.-C., « Plaidoyer pour l'échevinage prud'homal », *Jurisprudence sociale Lamy*, n°117, 2003.

<sup>783</sup> Poissonnier G., Duhamel J.-C., « Plaidoyer pour l'échevinage prud'homal », *Jurisprudence sociale Lamy*, n°117, 2003.

<sup>784</sup> Supiot A., « L'impossible réforme des juridictions sociales », *Revue française des affaires sociales*, 1993.

<sup>785</sup> Cam P., *Les prud'hommes, juges ou arbitre ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, Paris, Presses de la FNSP, 1981.

<sup>786</sup> Entretien A9, CS/Activités diverses.

Pour certains professionnels du droit, les difficultés de rédaction résultent d'un problème d'argumentation des décisions. Les conseillers abordent le litige à l'aide de catégories juridiques tirées du champ social plutôt que du champ juridique.

Lors de leurs premières formations, les conseillers, du moins ceux n'exerçant pas d'activité juridique dans le cadre de leur activité professionnelle, sont placés dans une position de « novice » face à la justice. Ces formations étant peu nombreuses, ils n'auront que peu l'opportunité de devenir « experts », en ce sens que la « pensée » juridique transmise lors de la formation sera adaptée, transformée pour « coller » aux cadres, aux catégories qui sont les leurs. La longue formation du magistrat professionnel permet, au contraire, d'« adapter » ou « requalifier » les situations afin qu'elles puissent s'insérer dans des catégories juridiques. Le cheminement est donc inverse. Ceci peut être rapproché du raisonnement d'Alain Clémence et Willem Doise, pour qui la distinction entre la pensée savante et la pensée novice face à la justice est centrale. Lorsqu'une information juridique donnée par un « expert » est transmise à un « novice », ce « novice » transforme ces informations, pas forcément à cause d'un raisonnement défailant ou lacunaire, mais parce qu'il lui est nécessaire d'actualiser la signification de l'information pour pouvoir l'utiliser : *« la pensée ordinaire en matière de justice est élaborée à partir de notions savantes que les communications font circuler entre les personnes. [...] Cette dynamique ne laisse pas ces notions intactes. Elles sont transformées, objectivées dans le discours ordinaire qui en conserve certaines, en abandonne d'autres. Les conceptions ordinaires sont finalement organisées autour d'un certain nombre de droits et de procédures dont la configuration et la signification diffèrent notablement des sources auxquelles elles font référence »*<sup>787</sup>. Evidemment, on ne peut qualifier les conseillers de « novices » face au droit : les formations s'additionnent, l'expérience de la prud'homie développe certaines compétences de catégorisation juridique, certains disposent même d'une longue expérience juridique développée au cours de leur parcours professionnel ou syndical. Mais cette distinction est intéressante car elle permet de montrer que le raisonnement juridique n'est pas le même selon l'ordre des « séquences » de l'apprentissage : les magistrats de profession sont formés pendant plusieurs années et sont amenés à élaborer des décisions à l'issue de cette formation, tandis que les conseillers « jugent » et « apprennent » en même temps (la plupart des conseillers siégeant même en délibéré avant leur première session de formation). Il n'y a donc pas là seulement un « problème » de durée, de nombre ou d'éventuelle partialité des formations dispensées. La question se pose aussi en termes de répartition de ces formations au cours du mandat. C'est le sens des propos de ce conseiller du collège employeur, avançant l'idée d'une pré-formation assortie d'un « examen de passage » :

*« Là, on est mis sur une liste, et hop, c'est parti. C'est un peu léger, quoi... non, mais, je suis vraiment convaincu qu'il faut nous former avant la prise de fonction. Alors après, il faut qu'il y ait des mises à jour, etc, se tenir au courant,*

---

<sup>787</sup> Clémence A., Doise W., « La représentation sociale de la justice : une approche des droits dans la pensée ordinaire », *L'année sociologique*, vol.45, n°2, 1995.

*mais je pense qu'il faudrait concentrer les formations avant, quitte à ce qu'on prenne nos fonctions un an après l'élection. C'est pas un problème, faut juste avancer l'élection. Non parce que j'en parlais l'autre jour à un collègue, je lui disais ce que je suis en train de vous dire, enfin bon à peu près, et il m'a répondu que ça mettrait un peu le bordel. Bon. Je lui réponds « ben non mon coco, tu avances les élections, et c'est réglé ». C'est pas compliqué. Et puis bon, après, on passe un petit test, et voilà, tout est réglé. On aura plus les magistrats sur le dos, qui se la ramèneront toutes les deux secondes, on sera beaucoup plus crédibles. Non non, je suis vraiment certain, même persuadé, que c'est la meilleure solution. C'est évident »<sup>788</sup>.*

En réalité, la question de « l'examen de passage », parfois évoquée par les juristes, est beaucoup plus complexe. Il serait difficilement envisageable, notamment, d'invalider l'élection d'un conseiller suite à un éventuel échec à cet « examen », tout comme il n'est pas possible, techniquement, d'exiger que les candidats passent cet « examen » avant la présentation sur les listes (pour des raisons budgétaires, notamment, mais aussi en raison de la difficulté, pour certaines OSP, à recruter des candidats).

### **1.2.2. La disparité des jugements rendus**

Ces compétences juridiques et professionnelles variables, couplées à l'investissement séquencé des conseillers en ce qui concerne le recours à la négociation, conduit à une grande disparité des décisions rendues. Le Conseil Supérieur de la Prud'homie n'émet aucun doute sur la disparité réelle des jugements prud'homaux : « à préjudice supposé équivalent, la disparité des sommes allouées par les conseils de Prud'hommes est importante »<sup>789</sup>. Ceci semble reconnu par les conseillers, même s'il semble s'agir plus pour eux d'un état de fait incontournable, inhérent à l'activité même de juge :

*« Bien évidemment, les chances de gain ou de perte du salarié ne sont pas équivalents selon la composition de la juridiction. Mais elles ne le sont pas non plus devant la cour d'Appel, où siègent les magistrats professionnels, puisque certaines chambres ont la réputation d'être favorables au salarié, alors que d'autres privilégient plutôt le point de vue de l'employeur »<sup>790</sup>.*

Ceci renforce l'incertitude des avocats et parties au procès quant à l'issue donnée au litige :

*« Mon avocat me dit que c'est la roulette russe et que les représentants des salariés et des employeurs se partagent les dossiers gagnants et perdants en fin de journée, histoire que la parité soit totale »<sup>791</sup>.*

---

<sup>788</sup> Entretien A21, CE/Industrie.

<sup>789</sup> Conseil supérieur de la Prud'homie, *Diagnostic de fonctionnement des conseils de prud'hommes, La documentation française*, 1998.

<sup>790</sup> Entretien D2, CE/Encadrement.

<sup>791</sup> Témoignage in *Libération*, « Votre passage devant les prud'hommes », édition du 3 décembre 2008.

Les litiges liés à une rupture du contrat nouvelles embauches (CNE) ont été particulièrement délicats pour les avocats, salariés ou employeurs, car la manière dont les conseillers appréhendaient le CNE était extrêmement variable d'une formation à l'autre :

« J'ai plaidé deux CNE, un ici, un à *Ville D*. Ici, c'est passé comme une lettre à la poste, ils ont respecté le principe, l'essence du contrat, je dirais. A *Ville D*, j'attends la décision, mais ça a l'air mal parti. J'ai prévenu ma cliente, c'est un peu au petit bonheur la chance ici, quand même »<sup>792</sup>.

C'est ainsi que, dans la presse notamment, les témoignages d'employeurs « surpris » par la décision prud'homale relative à la rupture d'un CNE qu'ils avaient signé, se sont multipliés. Ce titre d'un article sur l'application du CNE paru dans un journal local l'illustre : « *Attaquée aux prud'hommes, elle perd pour avoir simplement respecté la loi* »<sup>793</sup>. Nous reviendrons plus en détail sur la mise en place de ce type de contrat, ayant perturbé l'institution.

Le travail des conseillers prud'hommes est ainsi remis en cause de plusieurs manières : soupçons de partialité, décisions aléatoires, compétences juridiques et professionnelles variables... De ce fait, le fonctionnement, l'efficacité de la procédure prud'homale sont aussi remis en cause.

## **2. Les dysfonctionnements de la procédure prud'homale**

Notons que nous n'évoquerons pas, au sujet des dysfonctionnement de la procédure, le cas du taux de départition. Il est difficile de considérer ce taux sur une échelle de mesure objective. Le juge départiteur intervient dans 15 à 20% des affaires jugées sur le fond<sup>794</sup>. Est-ce trop, pas assez ? Surtout, l'argument du taux de départition est utilisé dans des sens différents, voire contraires. Certains considèrent ce taux comme faible et « suspect » en ce sens qu'il tendrait à montrer que les conseillers privilégient le compromis dans le souci d'éviter l'immixtion d'un juge professionnel<sup>795</sup>, tandis que d'autres pointent du doigt les taux élevés de départition pour certains types d'affaires, comme la contestation du motif économique de la rupture du contrat de travail, pour montrer que la juridiction prud'homale n'est pas capable de traiter efficacement tous les types de contentieux du travail<sup>796</sup>. En somme, le taux de départition sera toujours « suspect », qu'il soit considéré comme « trop » faible ou « trop » important.

---

<sup>792</sup> Entretien E3.

<sup>793</sup> *La voix du nord*, « Le contrat nouvelle embauche aux prud'hommes », édition du 13 décembre 2007.

<sup>794</sup> Cf. Annexe 11.

<sup>795</sup> Poissonnier G., Duhamel J.-C., « Plaidoyer pour l'échevinage prud'homal », *Jurisprudence sociale Lamy*, n°117, 2003.

<sup>796</sup> Estoup P., « La question prud'homale », *La gazette du palais*, 11, 12 et 13 août 1991.

En revanche, le taux de présence des conseillers en audience de départage est plus significatif. Nous avons évoqué l'influence relative des conseillers sur l'issue du délibéré en départage, ce qui conduit les conseillers à se rendre de moins en moins régulièrement en audience de départage. C'est le constat dressé par Eryck Schekler dans le cadre de sa recherche sur le départage prud'homal<sup>797</sup> : sur 892 audiences de départage analysées, seules 196 étaient « complètes ». Dit autrement, seulement 22% des audiences de départage ont eu lieu en présence des quatre conseillers de la formation (5% sans aucun conseiller présent). Ceci, évidemment, nuit considérablement à l'« image » des conseillers auprès des magistrats de carrière amenés à statuer en formation de départage.

Si les significations données au taux de départage sont variables, les discours s'accordent en revanche pour dénoncer le temps de traitement des litiges par la juridiction.

### **2.1. La durée de l'instance prud'homale**

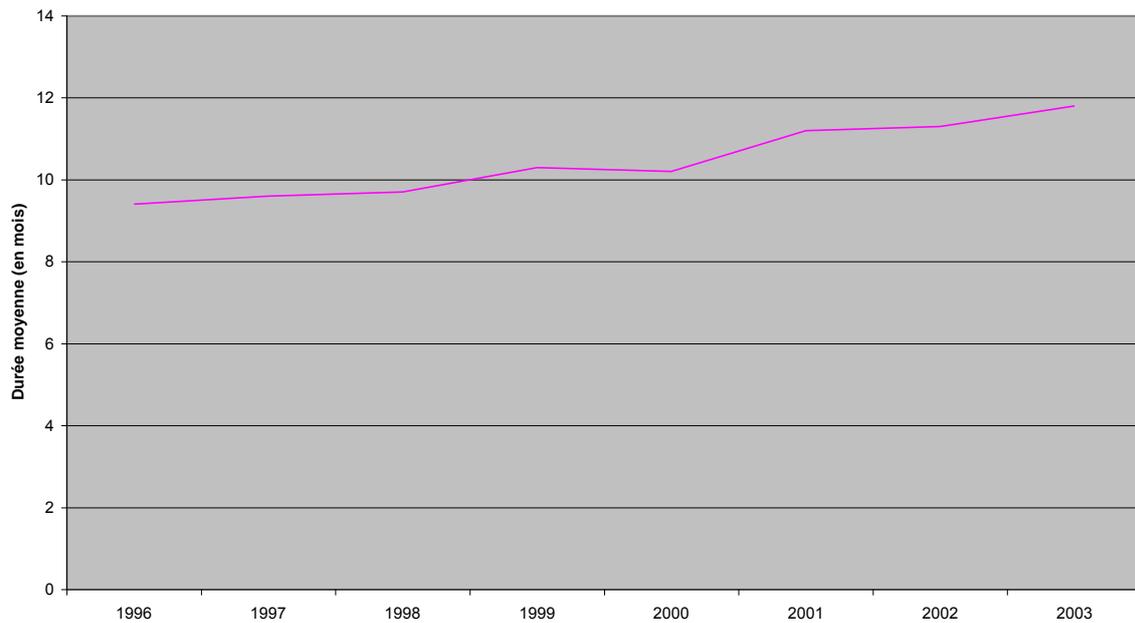
Pour toute affaire terminée, la durée de l'instance est calculée comme l'intervalle entre la date de saisine et la date de jugement. La durée moyenne de l'instance prud'homale, 11,8 mois en 2003, nous renseigne sur l'encombrement de la juridiction. Cette durée tend à augmenter sensiblement depuis 1996<sup>798</sup> :

---

<sup>797</sup> Schekler, E., *Le départage prud'homal (théorie et pratique)*, thèse de droit, Nantes, 2004.

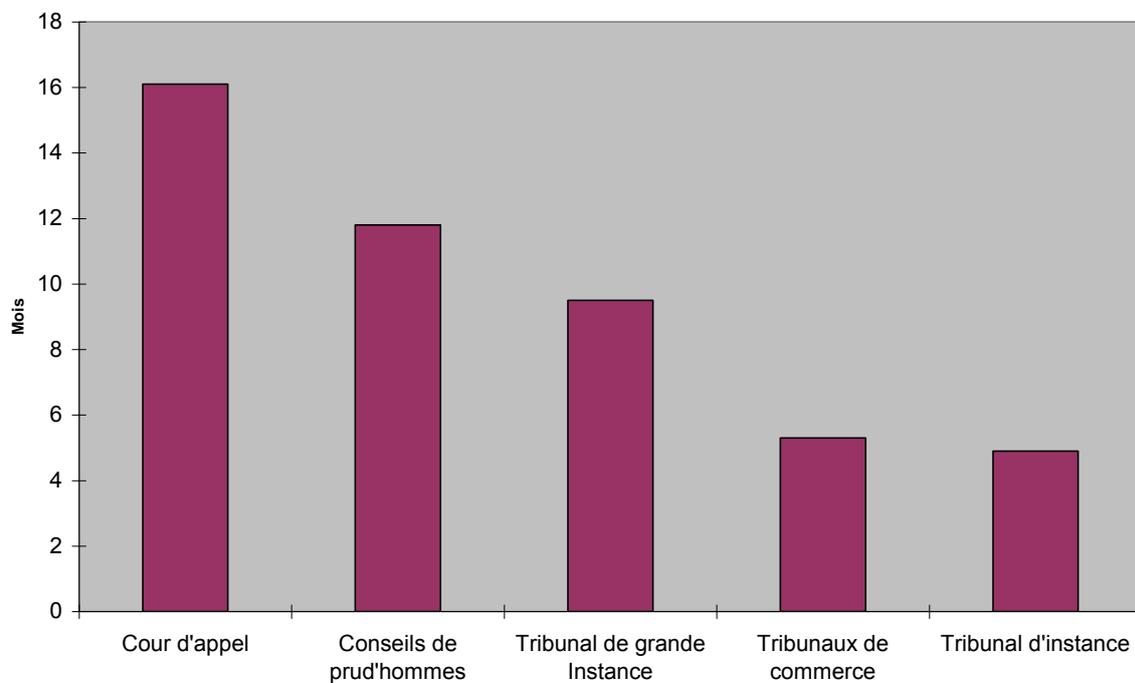
<sup>798</sup> Source : répertoire général civil.

### Evolution de la durée moyenne de l'instance prud'homale



Cette durée moyenne est relativement élevée lorsqu'on la compare aux moyennes des autres juridictions :

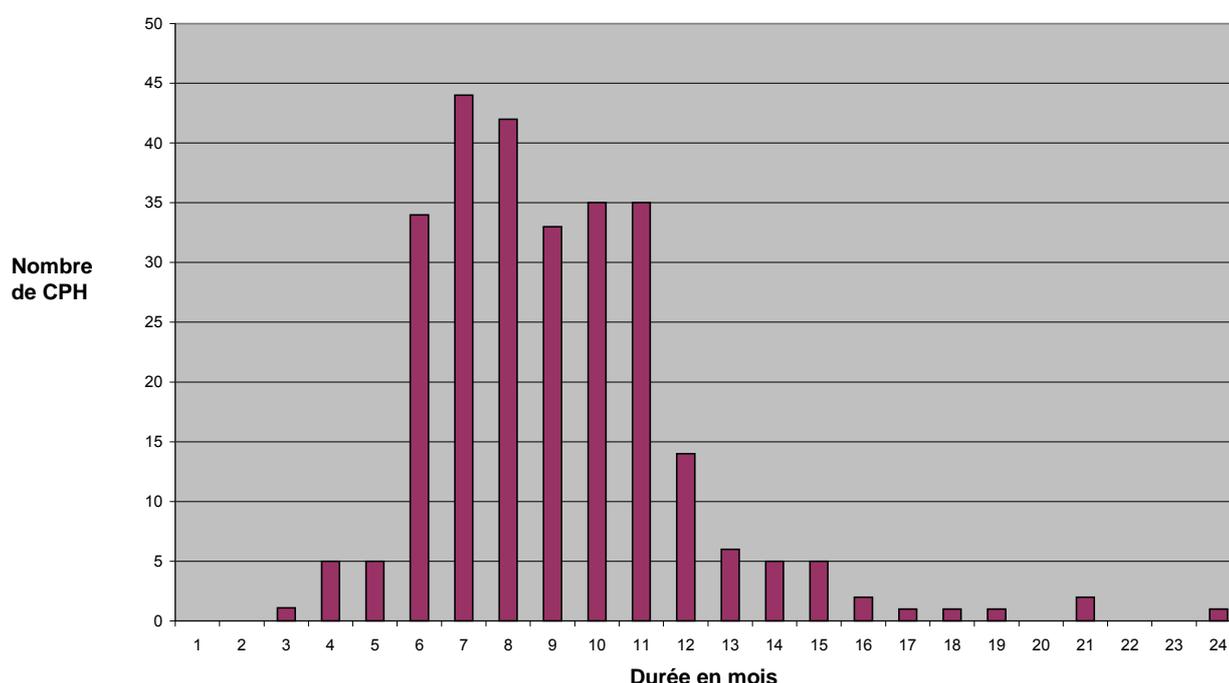
### Durée de règlement des affaires en 2003<sup>799</sup>



<sup>799</sup> Source : répertoire général civil.

Mais la comparaison de ces durées moyennes doit être relativisée par l'existence de la procédure de conciliation, qui n'est obligatoire qu'aux prud'hommes, par le fait que les chiffres du ministère de la justice concernent les affaires terminées (et non pas terminées par un jugement) et par de fortes disparités : 25% des affaires terminées le sont en moins de cinq mois, 25% en plus de 15 mois. Ces disparités se retrouvent dans la répartition des conseils en fonction de leur durée moyenne de traitement des litiges<sup>800</sup>, comme le montre cet histogramme.

**Répartition des conseils de prud'hommes  
selon leur durée moyenne de traitement des affaires<sup>801</sup>**



Ainsi, la durée moyenne de l'instance varie, pour 87% des conseils, entre 6 et 12 mois. Les facteurs pouvant expliquer la durée moyenne relativement élevée de l'instance prud'homale et, indirectement, les disparités entre les conseils, sont selon Guy Champagne, « un manque de fonctionnaires pour les greffes, des conseillers pas assez disponibles, notamment les conseillers employeurs [...], des conseillers insuffisamment formés, [...] un droit de plus en plus complexe qui sédimente les textes, sans parler des renvois pour manque de diligence et des manœuvres de la partie adverse »<sup>802</sup>. L'auteur ajoute des difficultés purement matérielles, comme le manque d'« espace

<sup>800</sup> Les délais de traitement étant généralement plus court au sein des conseils traitant le moins d'affaires.

<sup>801</sup> Lecture : 34 conseils ont une durée moyenne de traitement comprise entre 6 et 7 mois. Source : répertoire général civil.

<sup>802</sup> Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, Thèse pour le doctorat de sciences de gestion, Aix Marseille III, 2005.

*physique* » qui ne permet pas d'organiser davantage d'audiences. Ainsi, même si les conseillers sont disponibles, ils ne peuvent décider, en raison du manque de salles, d'organiser une audience supplémentaire. Guy Champagne ne distingue pas, dans son exposé, les causes « subies » par les conseillers des causes dont ils seraient à l'origine. Il y a pourtant un nombre important de facteurs sur lesquels les conseillers n'ont aucune prise, nous y reviendrons.

Notons, par ailleurs, qu'un délai variable, de deux à cinq semaines selon les cas, sépare l'audience en bureau de jugement du délibéré. Ceci rallonge la procédure, mais rend aussi plus difficile la maîtrise des dossiers par les conseillers, qui, de leur propre aveu, rencontrent parfois des difficultés à se « souvenir » de toutes les affaires. Ceci conduit certains juristes à préconiser la délibération après l'audience en bureau de jugement : *« ceci peut poser quelques problèmes d'organisation, comme les heures d'ouverture du conseil de prud'hommes, mais l'enjeu est très important. D'ailleurs, les conseillers qui viennent d'entendre une affaire ne doivent trouver que des avantages à délibérer seulement quelques heures après »*<sup>803</sup>. Notons également qu'en cas de départage, la durée de l'instance augmente dans des proportions comprises entre 55 et 80%<sup>804</sup>.

Mais l'argument majoritairement avancé par les conseillers pour expliquer la durée moyenne de traitement des affaires est le nombre très important de renvois, que les conseillers imputent aux avocats et que les juristes imputent aux conseillers.

## 2.2. Le nombre de renvois

Plus encore que dans les tribunaux civils, le nombre de renvois est extrêmement important aux prud'hommes. Ces renvois, qui tendent, nous l'avons vu, à compliquer la relation entre conseillers et avocats<sup>805</sup>, dégradent également les statistiques et indicateurs de qualité de la justice prud'homale, par là même sa légitimité, et laissent le salarié dans l'attente de la décision. Ces renvois sont demandés le plus souvent par l'avocat de la défense, même s'il arrive que l'avocat demandeur les propose. Les conseillers rencontrés ont insisté sur l'entente entre les avocats en ce qui concerne ces demandes de renvois :

*« C'est qu'ils défendent quand même leurs confrères, l'entente entre confrères passe avant l'intérêt de la personne, donc il y a trop de remises. Et quand il y a des remises euh, ben E. a été récemment en cour d'appel, il nous a dit qu'on avait le droit d'exiger que l'affaire soit plaidée. Et euh ben l'avocat, pour pas porter ombre à son confrère, il va accepter. Seulement il oublie que derrière pendant ce temps-là, le demandeur psychologiquement c'est très dur pour lui »*<sup>806</sup>.

---

<sup>803</sup> Rozes, H., *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse de droit, Paris Nord, 1986.

<sup>804</sup> Schekler, E., *Le départage prud'homal (théorie et pratique)*, thèse de droit, Nantes, 2004.

<sup>805</sup> Les renvois générant de nombreux conflits en audience et suscitant une animosité des conseillers à l'égard des avocats.

<sup>806</sup> Entretien A2, CS/Encadrement.

« Par contre, les remises... toujours des remises, encore des remises [...] Je sais pas mais j'ai l'impression qu'ils s'arrangent entre eux, c'est pas possible autrement. Y'a même des avocats qui viennent demander la remise à la place d'autres. Mais seulement, ben je suis certain qu'ils facturent le déplacement à leur client, certain. C'est pas honnête »<sup>807</sup>.

Lors des observations réalisées, entre 60% et 80% des affaires inscrites au rôle n'étaient pas plaidées, suite à des demandes de renvois par les avocats, le plus souvent argumentés par un retard dans la communication des pièces. Nous n'avons pas assisté à une seule audience où plus de la moitié des affaires étaient plaidées, et avons même constaté, à deux reprises, des audiences sans aucune plaidoirie, toutes les affaires ayant été renvoyées.

Il est de ce fait reproché aux conseillers d'autoriser ces renvois, « alors que la situation de précarité du salarié devrait inciter les juges à la promptitude [...] Le juge professionnel, particulièrement au fait de ses pratiques, y mettrait assurément un terme »<sup>808</sup>. Ces pratiques de renvoi des affaires seraient justifiées par le fait qu'elles permettraient aux conseillers de « rentrer chez eux plus tôt » : « les parties patronales au procès profitent du caractère paritaire pour se voir accorder des reports dilatoires que le conseil de prud'hommes déplore en apparence »<sup>809</sup>. Nous verrons que la lutte contre les renvois constitue un symbole du travail de légitimation réalisé par les conseillers.

### 2.3. Le faible taux de conciliation

Personne ne conteste le déclin du taux de conciliation. Alain Supiot parle de « spectaculaire déclin de la conciliation prud'homale »<sup>810</sup>, tandis que, pour Hubert Rozes, « la conciliation réussie est pratiquement devenue l'exception »<sup>811</sup>. Dans la pratique, « cette étape se résume en une séance de pur style »<sup>812</sup>. Le législateur lui-même dispense les parties de conciliation, en supprimant notamment le préliminaire de conciliation en cas de redressement judiciaire<sup>813</sup>.

Selon Pierre Cam, les prud'hommes enregistraient en moyenne, en 1830, 93% de conciliation ; en 1939, huit conciliations sur dix litiges ; trois sur dix en 1980<sup>814</sup>. Aujourd'hui, le taux

---

<sup>807</sup> Entretien A23, CS/Industrie.

<sup>808</sup> Poissonier G., Duhamel J.-C., « Plaidoyer pour l'échevinage prud'homal », *Jurisprudence sociale Lamy*, n°117, 2003.

<sup>809</sup> Lauweriere D., « Echevinage : après les tribunaux de commerce, la juridiction prud'homale ? », *Semaine sociale Lamy*, n°896, 20 juillet 1998.

<sup>810</sup> Supiot Alain, « Déclin de la conciliation prud'homale », *Droit social*, 1985.

<sup>811</sup> Rozes, H., *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse de droit, Paris Nord, 1986.

<sup>812</sup> Orliac, C., « Une matinée passée au conseil de prud'hommes », *Semaine sociale Lamy*, n°553, 18 mars 1991.

<sup>813</sup> Loi du 12 juillet 1990.

<sup>814</sup> Cam P., *Les prud'hommes, juges ou arbitre ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, Paris, Presses de la FNSP, 1981.

de conciliation, relativement stable d'une année sur l'autre, se situe pour les affaires terminées au fond, entre 7 et 8%<sup>815</sup>. Les conseillers le regrettent unanimement.

Nous avons déjà évoqué les obstacles à la conciliation, mais nous pouvons ajouter que pour certains juristes, la notion de conciliation vient en contradiction avec la notion de procès<sup>816</sup>. Dans une majorité des cas, nous l'avons vu, le conseil est saisi en raison d'une rupture du contrat de travail, et plus précisément à la suite d'un licenciement. De ce fait, les parties, en situation de conflit « ouvert », semblent peu disposées à transiger. Les conseillers ne pouvant, par ailleurs, aborder le fond du litige, les bureaux de conciliation sont souvent amenés à constater un désaccord.

Par ailleurs, son déclin se comprend également dans le déplacement, hors des conseils, de sa réalisation, par l'intermédiaire, le plus souvent, d'une transaction entre le bureau de conciliation et le bureau de jugement<sup>817</sup>. Ces procédures à l'amiable survenues en dehors de la juridiction prud'homale ne font l'objet d'aucun enregistrement. Ainsi, les radiations, les désistements peuvent tout autant être le résultat d'une conciliation suscitée par le bureau mais qu'il n'aura pas pu constater. Ceci nous amène, encore une fois, à relativiser ces taux de conciliation, qui ne tiennent pas compte de ces transactions. De plus, les statistiques officielles de conciliation publiées par les greffes ne concernent parfois que les conciliations totales rapportées à l'ensemble des litiges soumis à la juridiction. Guy Champagne a réalisé un travail riche d'enseignement concernant les taux de conciliation d'un conseil de prud'hommes en région parisienne, dont le taux de conciliation « officiel » était de 8,2%. En déduisant les désistements et les retraits, ce taux passait à 10,4%. En retirant ensuite les caducités et radiations, le taux de conciliation atteignait 34,6%. Augmenté des conciliations partielles, ce taux passait à 38%<sup>818</sup>. On voit donc bien la prudence avec laquelle le taux de conciliation doit être appréhendé.

Par ailleurs, il est délicat de comparer le taux actuel avec celui du XIX<sup>e</sup> siècle. En rappelant l'article 1781 du code civil de l'époque énonçant que « *le maître est cru sur son affirmation* »<sup>819</sup>, on comprendra aisément l'intérêt qu'avaient alors les salariés à concilier.

Malgré tout, de nombreux juristes s'accordent à voir dans le taux de conciliation actuel « *l'incapacité des conseillers à remplir les missions qui leur sont confiées* »<sup>820</sup>, mission qui, par ailleurs, pourraient être confiées à d'autres.

---

<sup>815</sup> Source : Annuaire statistique de la justice.

<sup>816</sup> Cattan Derhy G., Delignières P., « Le témoignage des avocats », *Personnel*, n°434, 2002

<sup>817</sup> Qui peuvent être privilégiées par les parties, l'indemnité versée en application d'une transaction étant, rappelons le, exonérée (sous conditions) de charges sociales.

<sup>818</sup> Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, Thèse pour le doctorat de sciences de gestion, Aix Marseille III, 2005.

<sup>819</sup> Même après la suppression de cet article, un arrêt du 1<sup>er</sup> mai 1911 de la cour de cassation, qui a fait jurisprudence pendant de nombreuses années, considérait que « si le maître n'est plus cru sur son affirmation, il peut du moins, à raison de sa situation spéciale à l'égard de ses domestiques, être admis à prouver soit par témoins, soit par présomptions graves, précises et concordantes, les paiements de gages qu'il a faites à ses serviteurs ». Cf. Demoule M., « Prud'hommes : pourquoi changer une équipe qui gagne », *Jurisprudence sociale Lamy*, n°124, 27 mai 2003.

### 3. Les conflits de compétence

Nous avons évoqué, au premier chapitre, l'éparpillement des litiges du travail devant les juridictions civiles. D'autres institutions peuvent se prévaloir de certaines missions prud'homales, disputant ainsi compétences et moyens, pour empiéter, parfois, sur son champ d'action.

Le cas le plus significatif est sans doute celui de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité, la HALDE. Créée en décembre 2004, cette autorité administrative indépendante intervient beaucoup plus qu'on pourrait le croire au sujet de questions relatives à l'emploi (50% des réclamations enregistrées en 2007). En cause : le recrutement (12%) mais surtout le déroulement de la carrière, c'est-à-dire les rémunérations, promotions, formations, mutations, etc. (38%). En janvier 2009, le quotidien *La Croix* titrait : « *La HALDE, nouvel arbitre dans le monde du travail* »<sup>821</sup>. Doté de pouvoirs quasi-juridictionnels, la création de la HALDE a introduit, selon Yasmine Tarasewicz, « *une confusion des genres pour le justiciable, notamment pour les salariés, qui souvent ne savent pas appréhender la portée de leur recours devant la HALDE par rapport à celui qu'ils pourraient exercer devant le conseil des prud'hommes. De ce fait, les conjonctions de saisine se multiplient* »<sup>822</sup>. Par ses larges pouvoirs d'investigation, la HALDE peut bâtir le dossier à l'appui duquel le salarié pourra saisir le conseil de prud'hommes. Pourtant, il n'est pas rare de voir les prud'hommes émettre un avis contraire. Ce fut le cas, très médiatisé, pour cet intérimaire d'Airbus France débouté dans sa procédure pour discrimination raciale à l'embauche par le conseil de prud'hommes de Toulouse, contrairement à l'avis émis par la HALDE<sup>823</sup>. Par ailleurs, la procédure est entièrement gratuite (le médiateur étant rémunéré par la HALDE), alors que les salariés, bien souvent, règlent les frais d'avocat aux prud'hommes. De ce fait, selon Yasmine Tarasewicz, « *parce qu'ils sont déchargés du travail probatoire et qu'ils n'ont pas de frais à engager, il est probable que les salariés portent de plus en plus les affaires de discrimination devant la HALDE, davantage que devant les conseils de prud'hommes* »<sup>824</sup>.

Nous pouvons par ailleurs citer les nombreux déclinatoires de compétence sur la base de l'article L1411-4 du code du travail<sup>825</sup>, en ce qui concerne notamment le cas de salariés exposés à

---

<sup>820</sup> Lauweriere D., « Echavignage : après les tribunaux de commerce, la juridiction prud'homale ? », *Semaine sociale Lamy*, n°896, 20 juillet 1998.

<sup>821</sup> *La croix*, édition du 11 janvier 2009.

<sup>822</sup> Grumbach T., Kern S., Tarasewicz Y., « Débat sur la montée en puissance de la HALDE », *Semaine sociale Lamy*, n°1317, 23 juillet 2007.

<sup>823</sup> « Affaire de discrimination raciale à l'embauche : l'ancien intérimaire d'Airbus débouté aux prud'hommes », *Le nouvel observateur*, 11 décembre 2008.

<sup>824</sup> Grumbach T., Kern S., Tarasewicz Y., « Débat sur la montée en puissance de la HALDE », op. cit.

<sup>825</sup> « Le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître les différends mentionnés au présent chapitre. Toute convention contraire est réputée non écrite. Le conseil de

l'amiante (qui peuvent dépendre du Tribunal des affaires de la sécurité sociale). Lorsqu'un avocat, souvent de la défense, soulève l'incompétence du conseil, ce sont les conseillers qui décident de recevoir ou non cet argument, mais ce type d'affaires se termine très fréquemment par un départage, laissant ainsi au juge départiteur le soin de décider s'ils sont compétents. Ce fut le cas, par exemple, pour l'affaire des salariés de l'usine ZF Masson, victimes de l'amiante<sup>826</sup>.

Signalons, enfin, le développement de commissions de conciliation au sein de la branche professionnelle ou de l'entreprise, instituées par des conventions collectives, ainsi que la mise en place de la séparabilité à l'amiable, rupture négociée du contrat de travail rendant difficile tout recours aux prud'hommes, nous y reviendrons au chapitre suivant.

#### **4. Le taux d'appel des décisions rendues et la valeur du jugement prud'homal**

A travers un taux d'appel des décisions rendues extrêmement important, c'est la valeur du jugement prud'homal qui est également mise en cause. 62,2% des décisions rendues au fond, en premier ressort, par les conseils de prud'hommes en 2002 ont fait l'objet d'un appel<sup>827</sup>. En nombre et en taux, l'appel est en constante augmentation (le taux d'appel s'élevait à 47,1% en 1987). Ainsi, la part des litiges du travail au sein des cours d'appel est passée de 17,6% en 1993 à 24,5% en 2004<sup>828</sup>. La comparaison des taux d'appel sur les jugements au fond selon les juridictions ne donne en effet pas lieu à tergiversations :

---

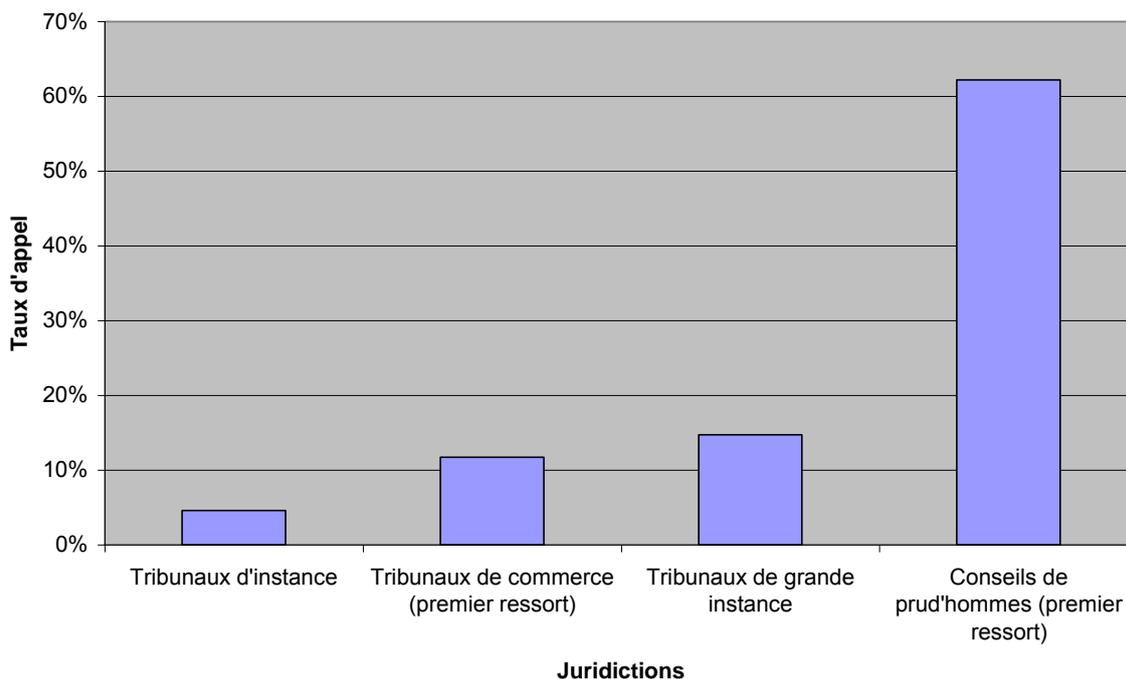
prud'hommes n'est pas compétent pour connaître des litiges attribués à une autre juridiction par la loi, notamment par le code de la sécurité sociale en matière d'accidents du travail et maladies professionnelles.

<sup>826</sup> Jugement contradictoire n°F05/00051, conseil de prud'hommes de Sens, 27 octobre 2006.

<sup>827</sup> Source : répertoire général civil, tableaux de bord des affaires civiles, SDESSED.

<sup>828</sup> Munoz-Perez B., Serverin E., « Le sort des demandes prud'homales en 2004 », Infostat justice, n°87, avril 2006.

### Taux d'appel sur les jugements au fond prononcés en 2002<sup>829</sup>



Pour un grand nombre de praticiens du droit, ce taux de recours « *anormalement élevé* »<sup>830</sup> réside dans le fait que « *le besoin de sécurité juridique des usagers n'est pas satisfait par cette institution* »<sup>831</sup>. Il est bien question, ici, de légitimité, car la saisine du conseil de prud'hommes ne serait plus « *perçue que comme un simple préliminaire à la saisine du juge d'appel* »<sup>832</sup>. Pour Alain Supiot, « *le taux d'appel trahit la faible légitimité dont jouissent auprès des justiciables les jugements prud'homaux en matière de licenciement* »<sup>833</sup>.

Précisons cependant que la proportion de pourvois en cassation formés contre les décisions prud'homales suit le mouvement inverse. Ainsi, si 41% des pourvois formés en 1986 provenaient des prud'hommes, ces derniers ne « fournissent » plus que 23,5% des pourvois en 2002<sup>834</sup>.

Par ailleurs, il semble que l'appel, quel que soit le contentieux, est moins lié à la qualité « juridique » de la décision rendue qu'à l'intensité du conflit. De ce fait, on peut émettre l'hypothèse que l'appel des décisions prud'homales est plus élevé en raison de l'existence de « filtres », précédant

<sup>829</sup> Source : répertoire général civil, tableaux de bord des affaires civiles, SDSED.

<sup>830</sup> Helfre H., « Conseils de prud'hommes : pour en finir avec le moyen-âge. Est-il urgent d'attendre ? », *La gazette du Palais*, 23 octobre 1999.

<sup>831</sup> Poissonier G., Duhamel J.-C., « Plaidoyer pour l'échevinage prud'homal », *Jurisprudence sociale Lamy*, n°117, 2003.

<sup>832</sup> Ibid.

<sup>833</sup> Supiot A., « L'impossible réforme des juridictions sociales », *Revue française des affaires sociales*, 1993.

<sup>834</sup> Le décret n°2004-836 du 20 août 2004, supprimant la dispense d'avocat lors d'un pourvoi en cassation d'une décision prud'homale, risque d'accentuer cette baisse du taux de pourvois.

la saisine du conseil ou non (la conciliation, ou la transaction entre la procédure de conciliation et le bureau de jugement, peuvent constituer l'un de ces « filtres »). On peut donc supposer que les litiges aboutissant devant le bureau de jugement présentent un caractère fortement conflictuel. Ceci peut expliquer l'augmentation régulière du taux d'appel si l'on admet un durcissement des litiges du travail. Autres arguments susceptibles d'expliquer ce taux d'appel : la relative faiblesse du taux de ressort<sup>835</sup> ; l'augmentation du nombre de jugements rendus en premier ressort suite au regroupement des divers chefs de demandes<sup>836</sup> ; l'allongement des délais d'audience permettant aux parties, lorsqu'elles font appel, de disposer d'un délai supplémentaire avant d'exécuter les décisions (les entreprises pouvant, par exemple, provisionner dans leurs bilans comptables les sommes prévues dans le cadre des décisions prud'homales) ; l'incitation de certains avocats à faire appel ; etc.

Par ailleurs, il serait intéressant de disposer de statistiques permettant de comparer le taux d'appel des décisions prud'homales assorties de départage et celles prises sans intervention du juge départiteur. Nous ne disposons de ces chiffres que pour le conseil de *Ville A*, aussi considérerons-nous ces statistiques avec beaucoup de prudence, mais les jugements rendus en départage semblent plus régulièrement frappés d'appel : sur 17 jugements rendus en départage en 2001, 11 ont fait l'objet d'un appel. En 2002, sur 8 jugements rendus avec le juge départiteur, 7 ont terminé devant la cour d'appel. Précisons que le taux d'appel des décisions du conseil de *Ville A* s'élevait, en 2002, à 52%<sup>837</sup>. Evidemment, ceci doit être relativisé, en raison de la non représentativité de ces chiffres, mais aussi car le choix du recours au juge départiteur par les conseillers traduit déjà une conflictualité importante du litige. Cependant, ces résultats tendent à montrer que le taux d'appel ne traduit pas forcément « *la faible légitimité* » des jugements prud'homaux, car les décisions rendues par un magistrat professionnel, le juge départiteur, semblent autant, sinon plus, frappées d'appel.

Précisons que les conseillers peuvent assortir leurs décisions de l'exécution provisoire de droit<sup>838</sup> permettant, malgré l'effet suspensif de l'appel, l'exécution du jugement dès le moment où il est rendu. Car la décision de justice n'est pas une fin en soi et il semble nécessaire, encore une fois, de nuancer ces chiffres à l'examen des taux d'exécution des décisions prud'homales. Ces taux sont, selon Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, sensiblement les mêmes que ceux constatés en appel<sup>839</sup>. Ils varient notamment selon la taille de l'entreprise (l'exécution volontaire étant plus importante pour les grandes entreprises), la nature de la demande (les litiges sans rupture du contrat de travail ayant évidemment un taux d'exécution plus important) ou selon le montant de la condamnation (le taux d'exécution étant inversement proportionnel au montant des sommes obtenues), mais pas selon la juridiction. On ne

---

<sup>835</sup> Voir chap. 1.

<sup>836</sup> Porté par la jurisprudence de la cour de cassation depuis une dizaine d'années.

<sup>837</sup> Chiffres communiqués par Michel Demoule, greffier en chef.

<sup>838</sup> Art. R1454-14, R1454-15, R1454-16 et R1454-28 du CDT.

<sup>839</sup> Bonafé-Schmitt J.-P., « L'exécution des décisions prud'homales : un phénomène complexe », *Droit social*, 11 novembre 1989.

peut donc parler qu'avec prudence, en matière de décisions prud'homales, de déficit d'autorité. Précisons cependant que l'exécution des procès verbaux de conciliation est sensiblement moins importante que celle des transactions signées en dehors des conseils.

Il convient de remarquer que le décret n°2004-836 du 20 août 2004 abroge l'article R517-10 du CDT, dispensant les demandeurs en matière prud'homale de l'obligation d'être représentés par un avocat en cassation, dans un souci d'assurer « *l'égalité des armes entre les parties* » et « *une meilleure information préalable des plaideurs sur leurs droits et les chances de succès du pourvoi afin de les dissuader d'engager un recours téméraire* »<sup>840</sup>. On comprend aisément qu'il s'agit également de « désengorger » la cour de cassation, le retour au monopole de représentation étant bien entendu susceptible de baisser le nombre de recours en cassation par les salariés insatisfaits des décisions prud'homales ou rendues par la cour d'appel. Les premiers indicateurs statistiques viennent le confirmer, puisqu'une baisse de 30% des pourvois déposés devant la chambre sociale de la cour de cassation a été enregistrée entre 2003 et 2004<sup>841</sup>. Pour FO, il s'agit d'un « obstacle supplémentaire à l'action et à la défense en justice des salariés » : « *jusqu'à présent, il suffisait d'envoyer à la chambre sociale de la cour de cassation à Paris un mémoire rédigé avec l'aide d'un syndicat. [...] Désormais, la représentation obligatoire sera source de nouveaux frais* »<sup>842</sup>.

On voit clairement, ici, que l'institution est touchée dans sa légitimité. La compétence de ses acteurs est mise en cause, l'efficacité de son action est de plus en plus sévèrement contestée. Mais la légitimité de l'institution prud'homale se mesure aussi, nous l'avons vu, par l'attachement du justiciable, qui est amené, tous les cinq ans, à élire les conseillers qui le représenteront. Le taux de participation à l'élection prud'homale est cependant en baisse constante depuis 1979.

## **5. La remise en cause de la légitimité liée à l'élection**

L'élection du 3 décembre 2008 constitue un pic d'abstention pour les électeurs du collège salarié (on constate, pour le collège employeur, une baisse de l'abstention en 2002 et 2008), malgré une importante campagne de sensibilisation, menée par le ministère du travail, relayée par les OSP<sup>843</sup>.

---

<sup>840</sup> Réponse du ministère de la justice à la question écrite n° 16085 de M. Michel Duffour, publiée dans le JO Sénat du 02 septembre 1999.

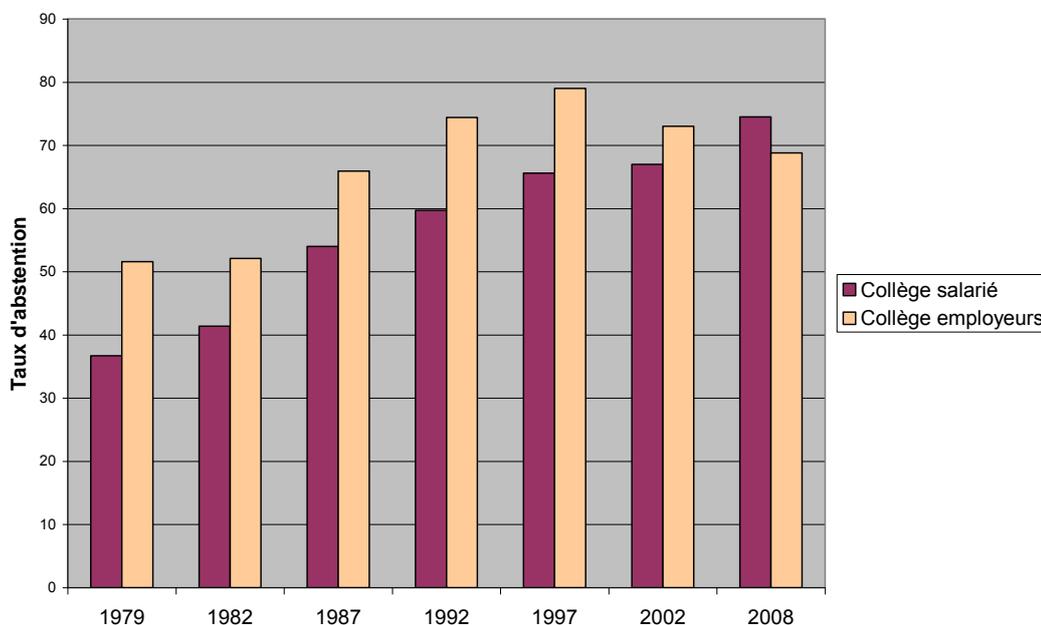
<sup>841</sup> Rapport annuel de la cour de cassation, 2004.

<sup>842</sup> *Nord FO*, septembre 2005.

<sup>843</sup> La campagne ayant été caractérisée comme « plus intense qu'en 2002 » par le ministère du travail, le budget de communication ayant notamment été augmenté de 60%. Une campagne de spots publicitaires, réalisée par Philippe Lioret, réalisateur de *Mademoiselle* ou, plus récemment, *Welcome*, a notamment été menée durant quinze jours sur les chaînes de télévision. *Les échos*, « Prud'hommes : seul un salarié sur quatre a voté », édition du 5 décembre 2008.

Pour la toute première fois, le taux d’abstention des salariés a été supérieur à celui des employeurs, comme le montre l’histogramme suivant :

**Evolution du taux d’abstention aux élections prud’homales  
1979 - 2008**



En comparaison, le taux de participation aux élections professionnelles (Comité d’entreprise, délégués du personnel) se situe aux alentours de 65%.

La faible participation à l’élection des principaux acteurs d’une institution tend à montrer un déficit de légitimité de cette institution. Elvire Letourneur-Fabry a montré, par exemple, à quel point le faible potentiel de légitimité accordé au Parlement Européen transparaisait dans la forte abstention aux élections européennes<sup>844</sup>. De ce fait, la chute constante du taux de participation aux élections prud’homales tendrait à montrer un déficit de légitimité. C’est en tout cas un point de vue partagé par le ministère de l’emploi. Hervé Gosselin, sous-directeur des droits des salariés au sein de la direction des relations du travail du ministère de l’emploi en 1999, concluait un discours donné dans le cadre d’une journée d’étude sur l’institution prud’homale en ces termes : « *Le défi immédiat est de convaincre les uns et les autres de l’importance de cette juridiction, de la faire mieux connaître des salariés et des employeurs pour qu’ils lui confèrent, au prochain scrutin, une plus grande légitimité* »<sup>845</sup>. Pour François Fillon, ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité lors des élections prud’homales du 12 décembre 2002, le fort taux d’abstention doit être attribué au

<sup>844</sup> Letrouneur-Fabry E., « Le déficit de légitimité des institutions européennes : un procès en cours d’instruction », in *Parlement[s]*, L’Harmattan, 2004.

<sup>845</sup> in « Le conseil de prud’hommes. Une juridiction originale au sein de l’Europe », actes de la journée d’études organisée par la direction départementale du travail, de l’emploi et de la formation professionnelle de la Vienne et la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers le 21 mai 1999 à Poitiers, PUF, Paris, 2000.

« *problème de dialogue social dans notre pays* ». Il se déclare alors sorti de l'élection conforté « *par l'idée qu'il faut maintenant engager la réforme de la démocratie sociale* »<sup>846</sup>. C'est pourquoi, la veille de l'élection du 3 décembre 2008, *Libération*, prévoyant un taux d'abstention record, titrait un article « *Prud'hommes en danger* »<sup>847</sup>.

Par ailleurs, il résulte de ce taux de participation un rapport très faible entre le nombre d'électeurs et le nombre de postes pourvus. Ainsi, si l'on prend, par exemple, les listes de la section commerce pour le collège employeur, à la participation très faible (19,5%), on se rend compte que les 1993 conseillers ont été élus avec 27 732 voix au niveau national, ce qui correspond à moins de 14 voix par conseiller<sup>848</sup>. Quelle légitimité peut tirer un élu prud'homal lorsqu'il a été élu avec moins de 14 voix dans certains conseils ? Précisons cependant que ceci concerne davantage le collège employeur (moins de 22 voix par conseillers en moyenne, toutes sections confondues), en raison du faible nombre d'inscrits, que le collège salarié (638 voix par conseillers en moyenne, toutes sections confondues).

Cependant, il convient à nouveau de relativiser ces chiffres. D'abord, l'élection prud'homale, nous l'avons vu, dépasse largement l'enjeu de la désignation des conseillers, constituant un véritable test de légitimité des organisations syndicales et patronales, voire une démonstration de la force du syndicalisme dans la société française. L'abstention se comprend aussi, de ce fait, comme « *résultat de la désertification syndicale s'étant accentuée ces dernières années dans les entreprises* »<sup>849</sup>. Par ailleurs, rappelons que contrairement aux élections professionnelles, les élections prud'homales ont lieu en dehors de l'entreprise, ce qui ne favorise pas la mobilisation. C'est pourquoi, depuis plusieurs années, les OSP tentent d'imposer le développement du vote électronique, qui n'a été mis en place que pour les électeurs parisiens en 2008. Pour le Medef, il s'agit d'une nécessité : « *pourquoi ne pas demander aux électeurs de voter avec une plaque de grès, un marteau et un burin ?* »<sup>850</sup>.

—

---

<sup>846</sup> Dépêche AFP du 13/12/2002.

<sup>847</sup> « Prud'hommes en danger : le 11 décembre, salariés et employeurs élisent 15 000 conseillers. Malgré les campagnes d'information, l'abstention menace d'atteindre des records. Portraits de juges du travail », *Libération*, édition du 2 décembre 2008.

<sup>848</sup> Nous nous basons sur les résultats de l'élection prud'homale du 3 décembre 2008. Cf. Annexe 10.

<sup>849</sup> Propos tenus par l'historien et politologue René Mouriaux in *Libération*, édition du 5 décembre 2008.

<sup>850</sup> Propos tenus par Dominique Tellier, directeur des relations sociales au Medef en 2002 in *Personnel*, n°234, 2002.

Multiplication des actions en justice contestant la partialité des décisions prud'homales, remise en cause de la compétence des conseillers face à la complexification croissante du droit du travail, durée de l'instance trop importante, multiplication des renvois, chute de la conciliation, confusion croissante dans la délimitation des compétences de l'institution, augmentation régulière d'un taux d'appel déjà extrêmement élevé, abstention record aux élections, etc. : l'affaiblissement des croyances dans l'efficacité et la légitimité de l'action de l'institution prud'homale semble évident. La juridiction, en raison de son caractère paritaire, notamment, a toujours eu ses « détracteurs ». Mais jamais les arguments avancés par ces derniers ne sont apparus aussi « probants ». Jamais les différents « indicateurs » relatifs à l'activité de l'institution n'ont montré de manière aussi évidente, et simultanée, ses « difficultés ».

Touchée dans sa légitimité, l'institution prud'homale ne peut plus faire l'économie d'un travail sur ces « dysfonctionnements ». C'est ainsi que l'organisation apparaît dans l'institution.

## Chapitre 7

### Les formes de l'introduction de la rationalisation

---

Les institutions sont soumises, depuis près d'un demi-siècle, à de nombreuses critiques. Certaines de ces critiques réduisent les institutions à un système de contrôle total des corps et des âmes, à un système de pur dressage, tandis que d'autres, plus politiques, reposent sur la nécessité de s'adapter à la diversité et au flux continu des demandes sociales<sup>851</sup>. Ainsi, les institutions sont « *vues comme des bureaucraties rigides, des mondes fermés, des témoignages d'un passé dominé par l'Etat centralisateur* »<sup>852</sup>. Dans une volonté de « rationalisation » et de « modernisation »<sup>853</sup> du service public de la justice, l'Etat et les pouvoirs publics tentent, lentement mais sûrement, de réformer une institution prud'homale fragilisée. La « modernisation » de l'institution prud'homale s'accompagne de changements structurels relativement importants (baisse du nombre de conseil, nouvelle répartition des conseillers...) et d'un processus de « managerialisation » de l'institution.

L'idée de rationalisation du travail recouvre bien entendu une signification beaucoup plus large que celle que lui confère le fordisme ou le taylorisme. Comme le rappelle Norbert Alter, « *tout modèle d'organisation a pour objectif de rationaliser le travail, pas seulement le taylorisme* »<sup>854</sup>. La notion de rationalisation du travail doit être replacée dans le cadre plus général du processus de « rationalisation du monde » décrit par Weber, pour qui le trait caractéristique de la modernité est l'élargissement de la sphère des actions rationnelles par rapport à un but<sup>855</sup>.

On sait, depuis Crozier, que les enjeux d'une rationalisation technique ne sont pas seulement des enjeux immédiats : il y a derrière toute rationalisation du travail des enjeux sociaux. La rationalité du système n'est pas celle des acteurs<sup>856</sup>. Dès lors, toute rationalisation technique est potentiellement paradoxale et susceptible de troubler les mécanismes de coordination ou d'identification des acteurs<sup>857</sup>. L'idée de rationalité repose sur l'idée de ratio et de mesure. Mais les modalités de la mesure, les points mesurés ou la mesure elle-même peuvent être contestés. La rationalisation technique peut alors être perçue comme irrationnelle par ces derniers et être porteuse d'effets non

---

<sup>851</sup> Dubet F., *Le déclin de l'institution*, Le seuil, collection L'épreuve des faits, Paris, 2002.

<sup>852</sup> Ibid.

<sup>853</sup> Élisabeth Guigou, « Réponse de la ministre de l'Emploi et de la solidarité », in Cour des comptes, *Rapport au président de la république*, 2000.

<sup>854</sup> Alter N., « La crise structurelle des modèles d'organisation », *Sociologie du travail*, 1993.

<sup>855</sup> Lire, à ce sujet, Mazuir F., « Le processus de rationalisation chez Max Weber », *Sociétés*, n°86, 2004.

<sup>856</sup> C'est la raison pour laquelle Crozier et Friedberg opposent la rationalité a posteriori et la rationalité a priori. Crozier M., Friedberg E., *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*, Paris, Editions du Seuil, 1981.

<sup>857</sup> L'idée de crise des identités est liée à la thèse wéberienne de la disparition progressive de la communauté suite à la rationalisation des rapports sociaux.

désirables, contre-intuitifs. Il s'agira ainsi d'étudier les effets pervers engendrés par le processus de rationalisation de l'activité prud'homale<sup>858</sup>.

Même si, par commodité, nous parlerons de « réformes », précisons qu'il s'agit plus ici d'une addition de mesures opératoires, portées par des ambitions de rationalisation, que d'une réforme globale, comme le fut la réforme de 1979 par exemple, qui avait transformé radicalement le visage de l'institution. Il est donc question d'une série d'aménagements plus ou moins importants, associée à un certain nombre de « réformettes » ou « micro-mesures », pris en dehors de toute réflexion générale, de tout cadre d'orientation d'ensemble, qui, couplés à une évolution des règles et pratiques encadrant la relation de travail, remet profondément en cause les fondements identitaires de l'institution.

Nous avons été frappés, au cours de la deuxième et de la troisième « vagues » d'entretiens, de constater à quel point une grande part des acteurs de la justice prud'homale ont le sentiment que l'institution est « en danger », soumise à des attaques « *de tous les côtés* »<sup>859</sup> : « *tout ça, c'est la mort annoncée des prud'hommes* »<sup>860</sup>, « *ils veulent casser le système prud'homal, je ne l'accepterai pas, je préfère m'en aller que travailler dans ces conditions... et certains de mes collègues suivront, je le sais* »<sup>861</sup>, « *c'est rien de moins que du mépris* »<sup>862</sup>. Face à ces réformes, aux contraintes qu'elles imposent, aux incertitudes qu'elles créent, le discours d'une majorité de conseillers est clairement défensif. Le modèle de l'organisation apparaît menaçant. Voyons dans quelle mesure et de quelle manière il se manifeste au sein de la juridiction prud'homale.

## 1. Le renforcement du contrôle de l'activité prud'homale

L'application des principes de la loi organique relative aux lois de finances (la LOLF)<sup>863</sup> au sein de l'institution prud'homale constitue sans doute la série de mesures ayant provoqué les réactions les plus virulentes de la part des conseillers. Il s'agit, selon Tiennot Grumbach, d'une application «

---

<sup>858</sup> Boudon R., *Effets pervers et ordre social*, Paris, Quadrige, 1993. Jean Gustave Padioleau parle de « *réformisme pervers* » à propos des « *décalages et des antinomies entre les buts attendus et les résultats produits* ». Padioleau J.-G., *Le réformisme pervers*, Paris, PUF, 2002.

<sup>859</sup> Entretien A17, CE/Commerce.

<sup>860</sup> Entretien A17, CE/Commerce.

<sup>861</sup> Entretien B13, CS/Agriculture.

<sup>862</sup> Entretien A20, CS/Encadrement.

<sup>863</sup> Promulguée le 1<sup>er</sup> août 2001, la LOLF a pour ambition, selon le ministère de la justice et des libertés, d'« *enclencher un processus de transformation radicale des règles budgétaires et comptables de l'État, qui n'avaient pas évolué depuis plus de 40 ans, [...] de réformer la gestion de l'État tout entière, c'est-à-dire la façon dont l'argent public est utilisé par chaque ministère* ».

*mécanique et autoritaire* » des critères de la LOLF, « sans tenir compte du rôle de régulation sociale et de service public que remplit la juridiction prud'homale »<sup>864</sup>.

## **1.1. La réforme de l'indemnisation des conseillers**

Le décret du 16 juin 2008<sup>865</sup>, pris en application de la loi du 30 décembre 2006 « pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié », modifie les modalités d'indemnisation des conseillers prud'hommes, prévues aux articles L1442-5 et Article L1423-15 du code du travail.

### **1.1.1. Les principes de la réforme de l'indemnisation**

Jusque là déclaratif, le temps passé par les conseillers à l'étude et à la rédaction des dossiers, servant de base au calcul des indemnités versées par l'Etat aux entreprises au titre des autorisations d'absence de leurs salariés, sera désormais limité (trois heures<sup>866</sup>, par exemple, pour la délibération et la rédaction d'un jugement, une heure pour la préparation d'une audience, etc.). Des dépassements sont possibles sur autorisation de la formation de jugement (ce qui signifie que l'accord des conseillers employeurs et salariés est nécessaire). Le décret précise par ailleurs les modalités de la prise en charge des frais de déplacement, selon un décret de juillet 2006 applicable aux magistrats et fonctionnaires, en limitant cependant les distances indemnifiables. Le taux de la vacation horaire est revalorisé à 7,10 euros pour les conseillers salariés, celui des conseillers employeurs étant deux fois plus important. Rappelons que, sauf exception<sup>867</sup>, les conseillers du collège salarié ne bénéficient que du maintien de leur salaire. On comprend donc aisément que ce décret « pèse » beaucoup plus sur les conseillers du collège salarié, qui risquent de devoir supporter sans compensation horaire tout dépassement non indemnisé.

Il est parfois délicat d'identifier les intentions du législateur. Si l'objectif affiché par la chancellerie est de « *mettre en œuvre une politique de maîtrise des dépenses d'indemnisation des conseillers prud'hommes, liées, en partie, à l'organisation et aux méthodes de travail* »<sup>868</sup>, cette loi semble également destinée à mettre fin à certains « abus ». La loi du 30 décembre prend en effet sa source dans un rapport d'Henri Desclaux, ancien procureur de la cour d'appel de Versailles, suggérant

---

<sup>864</sup> Grumbach T., « L'institution prud'homale en mouvement », in Michel H., Willemez L. (dir), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>865</sup> Décret n°2008-560.

<sup>866</sup> Etendues à 5 heures, nous le verrons.

<sup>867</sup> Lorsque le conseiller prud'homme salarié exerce ses activités prud'homales en dehors des heures de travail, lorsqu'il est demandeur d'emploi ou a cessé son activité professionnelle.

<sup>868</sup> Marylise Lebranchu, « Réponse du Garde des sceaux, Ministre de la justice », in Cour des comptes, *Rapport au président de la république*, 2000

la limitation du temps d'étude et de rédaction des dossiers. Ce rapport est remis en octobre 2005 à Pascal Clément, alors garde des sceaux, au moment même où onze conseillers prud'hommes du conseil de Thonon-les-Bains sont mis en garde à vue.

### **1.1.2. La comptabilisation de l'activité juridictionnelle : l'affaire dite « de Thonon »**

Soupçonnant des irrégularités dans la gestion du conseil de Thonon, le premier président de la cour d'appel de Chambéry et le procureur général nomment le 5 janvier 2004 un nouveau chef de greffe, avec la volonté de remettre de l'ordre dans le greffe et de surveiller l'activité des conseillers prud'hommes salariés. Un mois plus tard, les autorités judiciaires engagent une enquête préliminaire à l'encontre de ce président du conseil, ce qui constitue une première en France, et refusent de prendre en compte toutes les heures de travail déclarées par les conseillers de Thonon. Ces derniers saisissent la justice le 16 avril 2004 et refusent de siéger. Le conseil ferme alors provisoirement. Le président est placé en garde à vue, des perquisitions ont lieu à l'union locale de la CFDT et au domicile du président. Le 28 octobre 2004, le président est mis en examen pour faux, usage de faux et escroquerie, puis renvoyé devant le tribunal correctionnel. Entre octobre et décembre 2005, onze conseillers prud'hommes salariés sont placés en garde à vue et auditionnés par la police judiciaire (ce qui constitue, ici aussi, une première en France). Toutes les démarches tendant à la réouverture du conseil de prud'hommes de Thonon échouent. Le 10 juin 2006, les conseillers concernés sont cités devant le tribunal correctionnel pour « faux et tromperie au détriment de l'Etat ». Un seul est relaxé, les autres se voyant condamnés à de fortes amendes, au « remboursement » des sommes perçues « à tort », voire à de la prison avec sursis pour trois d'entre eux<sup>869</sup>. La condamnation, fortement relayée médiatiquement, s'appuie, selon Evelyne Serverin et Tiennot Grumbach, sur une « *hasardeuse appréciation de la crédibilité des déclarations des conseillers salariés* »<sup>870</sup>. Les juges ont en effet vérifié la concordance entre, d'une part, le temps et les motifs de l'activité figurant sur les feuilles de présences remplies par les conseillers et, d'autre part, les horaires déclarés par les conseillers du collège employeur et le rôle d'audience<sup>871</sup>.

Quatorze mois plus tard, les conseillers sont relaxés par la cour d'appel de Chambéry, qui souligne :

---

<sup>869</sup> Signalons que huit des dix conseillers cités relevaient du régime de « salaire maintenu » et n'ont donc perçu aucun surplus de vacation.

<sup>870</sup> Grumbach T., Serverin E., « Le temps de l'action prud'homale révisé par le décret n°2008-560 du 16 juin 2008 », *Revue droit du travail*, septembre 2008.

<sup>871</sup> Grumbach T., Serverin E., « Le temps de fonction des conseillers prud'hommes devant le juge pénal. A propos des jugements du tribunal correctionnel de Thonon-les-Bains », *Revue de Droit du Travail*, octobre 2006.

« Il convient de retenir que nulle autorité ne saurait être comptable du temps que le juge consacre à son activité juridictionnelle. Il est seul, face à sa conscience, pour apprécier les conditions strictement nécessaires à l'élaboration de sa décision »<sup>872</sup>.

A la suite de cette décision, la CGT dépose en novembre 2008 un recours devant le conseil d'Etat, au motif que la loi réformant l'indemnisation des conseillers « porte atteinte au principe d'indépendance des magistrats »<sup>873</sup>.

Si nous avons choisi de détailler cette affaire, c'est pour souligner, d'abord, l'importance de la procédure mise en place à l'encontre des conseillers de Thonon, procédure « lourde » qui constitue une première pour l'institution prud'homale, ainsi que l'ampleur des condamnations. Mais nous tenions également à montrer à quel point le « calendrier » de la réforme de l'indemnisation des conseillers coïncidait avec celui de l'affaire dite « de Thonon ». Ainsi, pour la CGT, le procès de Thonon-les-Bains « a servi d'alibi à la chancellerie pour dévoyer et remettre en cause l'institution prud'homale »<sup>874</sup>. Pour la CFDT, « ce procès marque clairement la volonté de la chancellerie de se payer les prud'hommes »<sup>875</sup>.

Selon Evelyne Serverin et Tiennot Grumbach, la démarche des juges du tribunal correctionnel de Thonon-les-Bains procède donc d'une conception très étroite de l'activité prud'homale, en négligeant ses « temps flous » : « le temps du dossier n'est pas le seul critère pour évaluer la charge de travail. Il faut aussi tenir compte d'un travail d'accoutumance juridique, impliquant lectures de fond et échanges, qui n'est pas proportionnel au nombre de dossiers, et ne se confond pas non plus avec le temps de formation des conseillers prud'hommes »<sup>876</sup>. Le temps n'est traité ici « que de manière comptable »<sup>877</sup>.

Précisons que la mise en place de ce décret, et probablement la médiatisation de l'affaire « de Thonon », ont favorisé une multiplication des poursuites pénales ou actions civiles en responsabilité à l'encontre des conseillers prud'hommes du collège salarié. Ces actions judiciaires visent le

---

<sup>872</sup> CA Chamberry, 12 septembre 2007.

<sup>873</sup> Béatrice Gillard, CGT Boulogne-Billancourt, cit. in. « Prud'hommes : la fronde des conseillers », rue89.com, 30 novembre 2008.

<sup>874</sup> L'humanité, édition du 13 juillet 2006.

<sup>875</sup> Libération, édition du 19 juin 2006.

<sup>876</sup> Grumbach T., Serverin E., « Le temps de fonction des conseillers prud'hommes devant le juge pénal. A propos des jugements du tribunal correctionnel de Thonon-les-Bains », *Revue de Droit du Travail*, octobre 2006.

<sup>877</sup> Grumbach T., Serverin E., « Le temps de l'action prud'homale révisé par le décret n°2008-560 du 16 juin 2008 », *Revue droit du travail*, septembre 2008.

remboursement de sommes en faveur d'employeurs qui estiment que leurs salariés ont bénéficié d'un trop perçu en déclarant des heures d'activité prud'homale au-delà de la limite fixée par décret<sup>878</sup>.

### 1.1.3. La mobilisation des conseillers contre la forfaitisation

A partir de novembre 2005, les conseillers manifestent leurs premières craintes. Ceci est particulièrement net dans nos entretiens. Les juges prud'homaux se mobilisent alors progressivement contre ce qui n'était, à l'époque, qu'un projet de décret. Non seulement, l'idée de limiter les différents temps de l'activité prud'homale n'est pas jugée « acceptable »<sup>879</sup> (« *juger, c'est pas pointer comme à l'usine* »<sup>880</sup>), mais l'élaboration du jugement en trois heures est aussi estimée irréalisable :

*« Je me demande si les tristes individus à l'origine de ce texte ont déjà motivé un jugement. Parce que rien qu'à lire les pièces du dossier, les trois heures sont souvent déjà écoulées. [...] J'en ai vu passer, des dossiers de deux kilos, croyez moi bien »*<sup>881</sup>

Ceci est particulièrement mis en avant par les conseillers dans les cas de jonction de dossiers :

*« Le mois dernier, on a eu une jonction de six dossiers. Si le projet passe, on aurait que quatre heures pour six dossiers, vous imaginez un peu, quatre heures pour six dossiers. Faut pas croire, les six dossiers, c'est pas les mêmes, y'a des différences, beaucoup de différences, même. On a mis, allez, je sais pas, mais au moins... allez, deux heures par dossier. Alors vous imaginez, en quatre heures »*<sup>882</sup>.

Le risque que fait peser le décret sur la « qualité » des décisions prud'homales a alors été mis en avant. Pour le vice-président du conseil de Paris, « *en réduisant notre temps de travail, on va réduire la qualité de nos décisions* »<sup>883</sup>.

Mais au centre de la mobilisation, on retrouve cette incompréhension relative à la différence de traitement entre conseillers prud'hommes et magistrats professionnels : « *je me demande s'ils oseraient la proposer à des juges professionnels, cette réforme* »<sup>884</sup>. Le décret, en effet, sépare « le

---

<sup>878</sup> Ceci pose d'ailleurs certains problèmes, la loi n'ayant pas encore énoncée les conséquences pénales ou civiles des dépassements. Cf. Grumbach T., « L'institution prud'homale en mouvement », in Michel H., Willemez L. (dir), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>879</sup> « *Le principe de forfaitisation est incompatible avec le statut de magistrat, qui plus est non professionnel* ». Fil info DLAJ-CGT, 27 mars 2006.

<sup>880</sup> Entretien B22, CS/Commerce.

<sup>881</sup> Entretien C10, CE/Encadrement.

<sup>882</sup> Entretien B22, CS/Commerce.

<sup>883</sup> Propos cit. in *L'humanité*, édition du 19 juin 2006.

<sup>884</sup> Entretien B32, CE/Commerce.

*destin des juges prud'hommes de celui des autres juges et magistrats de l'ordre judiciaire* »<sup>885</sup>. Fait inédit, le syndicat de la magistrature se déclare « *solidaire* » du mouvement des conseillers prud'hommes en s'opposant « *à tout encadrement pseudo-gestionnaire de l'acte de juger* », en rappelant que « *dans un état de droit, les juges ont le devoir impérieux de consacrer le temps nécessaire à l'élaboration des décisions de justice rendues au nom du peuple français* »<sup>886</sup>.

Il faudra attendre mars 2006, et les premières manifestations d'« envergure », pour que la presse relaye la mobilisation des conseillers. Le monde publiera, en avril 2006, un article intitulé « *Prud'hommes : un décret inquiète les conseiller salariés* »<sup>887</sup>, après une manifestation réunissant plusieurs centaines de conseillers devant le ministère de la justice, à l'appel des organisations syndicales (CFDT, CFE-CGC, CGT, FO, CFTC, UNSA et Solidaires). A partir de cette date, de nombreuses audiences seront suspendues, certaines audiences solennelles boycottées (dont celle du conseil de Paris en janvier 2007)<sup>888</sup>. En février 2007, le gouvernement ouvre les négociations<sup>889</sup>, mais limite dans un premier temps les débats aux modalités de dépassement<sup>890</sup>, ce qui ne suffit pas, bien entendu, aux conseillers. La mobilisation reprend et semble se durcir. Début 2009, les grèves partielles ou totales se généralisent (notamment au sein des conseils de Paris, Bobigny, Lyon, Montpellier, Toulouse ou Caen). Le ministère du travail est occupé par plusieurs centaines de conseillers le 12 février 2009.

Un nouveau décret, augmentant notamment de trois à cinq heures la durée indemnisable pour la rédaction du jugement, indemnisant la participation à l'audience solennelle de rentrée et accordant trente minutes pour la préparation des audiences de conciliation, est discuté en juin 2009 par le Conseil Supérieur de la Prud'homie. Les organisations syndicales ont donné un avis défavorable au texte, estimant la durée de cinq heures « *insuffisante* », la procédure d'autorisation des dépassements « *aléatoire* », en réclamant l'indemnisation systématique de l'étude des dossiers entre l'audience et le délibéré<sup>891</sup>. Paru au journal officiel le 27 août 2009, le décret est applicable depuis le 1<sup>er</sup> septembre. La mobilisation des conseillers et des OSP aura permis d'accroître le temps indemnisé pour certaines étapes de la procédure, sans remettre en cause le principe même de la forfaitisation. L'activité prud'homale est désormais encadrée par ces contraintes temporelles, tout dépassement étant sanctionné financièrement.

---

<sup>885</sup> Serverin E., « Les conseillers prud'hommes sont ils encore des juges comme les autres ? », *Revue de Droit du travail*, février 2007.

<sup>886</sup> Communiqué de presse du syndicat de la magistrature, 11 mars 2008.

<sup>887</sup> *Le monde*, édition du 27 avril 2006.

<sup>888</sup> Le décret ne prévoyant pas l'indemnisation de la présence aux audiences solennelles de rentrée.

<sup>889</sup> Communiqué de presse CGT, 02 février 2007.

<sup>890</sup> *Le monde*, « Réforme des prud'hommes : une concertation organisée, après la contestation », édition du 28 février 2007.

<sup>891</sup> « Prud'hommes : le compte n'y est toujours pas », *L'humanité*, édition du 26 juin 2009.

A cette comptabilisation des temps indemnisés s'ajoute une multiplication des indicateurs permettant d'évaluer l'activité des conseillers.

## 1.2. Le renforcement de l'évaluation statistique

Dans le cadre de l'application de la LOLF, un effort soutenu est demandé aux greffiers quant à la réalisation de séries statistiques mesurant l'activité du conseil. Si ces indicateurs s'inscrivent dans une procédure d'évaluation et de contrôle de l'efficacité du travail accompli, ils ne peuvent pour autant tout à fait s'apparenter à des outils de mesure de réalisation des objectifs, puisqu'aucun objectif n'est clairement défini.

Nous nous sommes procuré les documents statistiques annuels du conseil de *Ville A* sur une période allant de 1985 à 2006. La manière dont ont évolué ces documents au fil des années est frappante. Ainsi, progressivement, sont apparus les différents indicateurs par section (les premiers documents n'en faisant pas état), puis la comparaison des résultats annuels avec ceux de l'année précédente, comparaison élargie ensuite à une période de cinq ans, puis l'analyse croisée de différents indicateurs, le découpage trimestriel, etc.

Ces résultats sont communiqués aux présidents et vice-présidents de conseil et de section, qui eux-mêmes les diffusent aux conseillers, puis envoyés à la cour d'appel dont dépend le conseil. Cette dernière établit ensuite un document synthétisant l'activité des conseils de son ressort, les transmet aux conseils puis les fait remonter au niveau national. Ces documents établis par les cours d'appel s'affinent années après années. En 2004, par exemple, apparaît la mention des écarts à la moyenne pour chacun des conseils. Nous n'avons pu vérifier si les modalités de la transmission de ces résultats à chacun des conseillers avaient évolué, mais leurs discours montrent de manière évidente l'importance grandissante qu'ils attachent à ces résultats. Nous avons déjà évoqué à quel point ces différents résultats sont connus, à l'échelle du conseil mais aussi de la section, et valorisés lorsqu'ils sont jugés bons. Lors des diverses réunions et assemblées ponctuant le mandat prud'homal, les acteurs du monde judiciaire n'hésitent pas à faire part de leur mécontentement face à des résultats jugés insatisfaisants. Ainsi, au cours des audiences de rentrée, il n'est pas rare de voir le procureur pointer du doigt, lors de son discours, un taux de départage ou une durée de traitement du contentieux qu'il estime trop importante :

*« On ne peut pour autant s'en satisfaire. Bien des améliorations peuvent être apportées. [...] Vous conviendrez avec moi que l'appel au juge départiteur doit demeurer exceptionnel, ce qui ne semble pas être admis en industrie »<sup>892</sup>.*

---

<sup>892</sup> Observation d'audience solennelle de rentrée, conseil B, 7 février 2006.

On peut évidemment se demander si ces différents indicateurs peuvent être réellement tenus comme marque de « qualité » des décisions rendues. Il est toujours difficile d'évaluer le degré de « qualité » de l'activité d'une juridiction. Mais, plus encore, il semble légitime d'en contester la portée comme instrument de mesure de l'« efficacité » de la juridiction. Nous avons vu, notamment, à quel point les séries statistiques utilisées devaient être maniées avec précaution.

Précisons qu'il n'existe pas d'indicateurs au niveau individuel. Au mieux, l'évaluation est faite au niveau de la section (la composition des formations évoluant selon les audiences, il n'est pas non plus possible d'évaluer les formations). De ce fait, les indicateurs mis en place pour évaluer l'activité des conseillers renforcent la coopération au sein de la même section, sans pour autant développer la concurrence entre sections, l'évaluation se faisant également au niveau du conseil.

Pourtant, ces évaluations, qui permettent aux conseillers de comparer leur activité, sections par sections, conseils par conseils, ne sont souvent assorties, de manière formelle, d'aucune sanction ni mesure de gratification, si ce n'est la satisfaction personnelle qu'en tirent les conseillers. Nous avons vu, par exemple, que ces indicateurs n'étaient pas pris en compte par les OSP en ce qui concerne la constitution des listes aux élections prud'homales. Mais les pressions relatives à ces indicateurs sont informelles : le renforcement de ces évaluations est réalisé dans un contexte particulier, les conseillers se sentant perpétuellement menacés. Le discours de ce conseiller du conseil de *Ville C*, un temps menacé de fermeture dans le cadre de la réforme de la carte judiciaire, le montre bien :

*« Je pense que si on s'en est sorti, c'est pas seulement par chance, ou parce qu'on s'est battu, c'est parce qu'on a des bons résultats. Comme je vous disais, on a des conciliations hyper efficaces, on est à 20%. Je sais pas si vous vous rendez compte, mais quand même, 20%, c'est... on bâche pas mal pour arriver à 20%. Je sais pas si on pourrait faire beaucoup mieux, franchement, hein. Et puis c'est aussi qu'on a moins de 50% d'appel, je pense que c'est pas trop mal non plus, tout ça. C'est pas trop mal quand même. C'est, ça veut... ça veut dire, en tout cas c'est ce que je pense, je sais pas ce que vous dira J., mais disons que je pense que ça veut dire qu'on a été sauvés par ça »<sup>893</sup>.*

Ainsi, l'attention particulière portée à ces indicateurs se comprend également dans un contexte de fortes incertitudes quant à l'avenir de certains conseils. Le redécoupage de la carte judiciaire, qui constitue une autre étape du processus de réformes touchant l'institution prud'homale, l'illustre bien.

## **2. La réforme de la carte judiciaire**

---

<sup>893</sup> Entretien C1 Bis, CS/Industrie.

Annoncée dans ses grandes lignes en juillet 2007, la réforme de la carte judiciaire entreprise par la chancellerie promet la disparition de 23 des 181 TGI (pour fin 2010), de 176 des 473 TI et d'un tiers des tribunaux de commerce (pour fin 2009). La réforme des conseils de prud'hommes a précédé celle des autres juridictions en raison de la tenue des élections en décembre 2008.

Ainsi, une liste de 63 conseils dont la fermeture est envisagée est publiée dès le mois de novembre 2007 au Journal officiel. A la suite des élections du 3 décembre 2008, 145 conseils connaissent une modification : 62 sont supprimés, un nouveau conseil est créé, 54 voient leur ressort s'étendre, 27 leur effectif augmenter<sup>894</sup>. Ainsi, le nombre de conseillers passe de 14 646 à 14 455 (-1,5%) et le nombre de conseils de 271 à 210 (-22,5%)<sup>895</sup>.

Précisons cependant qu'avant cette réforme, les élections ont déjà été l'occasion (à trois reprises depuis 1979) de modifications<sup>896</sup>. Ainsi, en 1982, le nombre de conseils est passé de 293 à 282, à 281 en 1988 et à 271 en 1994, malgré une augmentation du nombre d'affaires traitées au fond entre 1979 et 1994 (98 497 en 1979, 167 809 en 1994)<sup>897</sup>.

## 2.1. Les principes du redécoupage

Cette réforme de la carte judiciaire est souhaitée par le MEDEF depuis 1997, comme l'explique Dominique Tellier, directeur des relations sociales du Medef, en 2002 : « *Une réforme aurait dû être effectuée depuis bien longtemps déjà. Pour la bonne et simple raison que les conseils qui connaissent un nombre trop limité d'affaires sont des conseils dans lesquels le risque est que les conseillers qui siègent peu, perdent de ce fait un peu la main* »<sup>898</sup>.

Selon la chancellerie, l'objectif de la réforme était en effet de « *permettre aux conseillers de juger suffisamment d'affaires pour acquérir le niveau de technicité nécessaire [...] et d'améliorer le délai de jugement des affaires en répartissant mieux les moyens au niveau national* »<sup>899</sup>. Un seuil minimum annuel de 25 affaires par conseiller est alors avancé. En réalité, Evelyne Serverin remarque que les conseils aux plus faibles effectifs ont été supprimés (l'effectif réduit d'un conseil n'impliquant pas forcément un nombre d'affaires réduit) et que, par ailleurs, 59 des 62 conseils supprimés étaient installés dans des communes qui se trouvaient en dehors de la ville siège du tribunal de grande instance, ce qui l'amène à penser que le principe directeur de la réforme était celui de la concentration

---

<sup>894</sup> Serverin E., « Le projet de refonte de la carte des prud'hommes, au mépris de son histoire », Revue de Droit du travail, janvier 2008.

<sup>895</sup> Précisons que le conseil d'Etat a annulé en juillet 2009 la suppression de deux conseils pour vice de forme, pour « irrégularité » dans la composition du comité technique paritaire des services judiciaires consulté dans le cadre de la réforme. D'autres actions sont en cours.

<sup>896</sup> Ce qui rend d'ailleurs l'argument de la chancellerie selon lequel le système en place avant décembre 2008 « *datait de 1958* » irrecevable.

<sup>897</sup> Source : annuaire statistique de la justice.

<sup>898</sup> Personnel, n°434, novembre 2002.

<sup>899</sup> Propos de Guillaume Didier, porte parole de la chancellerie, communiqué AFP, 19 novembre 2007.

des moyens, « *sans considération ni des bassins d'emploi, ni de la nature de ces emplois, ni du nombre des affaires traitées* »<sup>900</sup>.

Pour de nombreux conseillers, la réforme de la carte prud'homale de 2008 ne constitue qu'une étape vers d'autres suppressions : « *franchement, je ne les vois pas s'arrêter là, en si bon chemin* »<sup>901</sup>. Il est vrai que les discours de la chancellerie à ce sujet sont assez ambivalents, comme l'illustre cette déclaration de Rachida Dati : « *L'objectif à atteindre n'est pas systématiquement un seul conseil par département* ». <sup>902</sup> Par ailleurs, la suppression future des TGI et TI risque d'entraîner d'autres fermetures de conseils. C'est ce que craint ce conseiller, président de conseil :

« *Nous sommes un peu des miraculés. Notre conseil a été maintenu, c'est une bonne nouvelle. Les conseillers prud'homaux n'ont jamais autant été sous les feux de la rampe qu'en 2007, mais nous survivons. Pour l'instant, les débats sur la carte judiciaire sont clos, [...] mais nous pouvons nous poser une question : quand le rapprochement des deux tribunaux sera effectif, les deux conseils prud'homaux seront-ils maintenus ?* »<sup>903</sup>.

## **2.2. La mobilisation des conseillers contre la réforme de la carte judiciaire**

Dès le mois de juillet 2007, de nombreux conseillers se mobilisent contre le principe de la réforme, mais aussi contre les « méthodes » de la chancellerie. Les conseillers prud'hommes touchés par la réforme de la carte judiciaire, soutenus par les conseillers non concernés de manière directe, ainsi que par un nombre important d'élus locaux, se mobilisent contre l'éloignement du justiciable des tribunaux. Conseillers et employeurs avancent l'argument de la proximité. Il est question ici de résistance au nom du service public, que l'on éloigne des « usagers ». Ainsi, *L'Humanité* titre, en octobre 2007, « *La justice de proximité menacée* »<sup>904</sup>. Les conseillers seront progressivement rejoints par les magistrats professionnels, qui se mettent en grève le 29 novembre 2007. Certains cas extrêmes sont alors mis avant, comme la fermeture du tribunal de commerce d'Annonay, en Ardèche, éloigné de 150 km du tribunal le plus proche : « *relief accidenté, routes tortueuses, il faudra en voiture 3h50 aller-retour pour rallier Aubenas, et sept heures en transports en commun* »<sup>905</sup>. Mais derrière ce discours valorisant la proximité se cache, aussi, une réalité qui est celle de l'éloignement des conseillers de leur lieu de travail. Si, comme le met en avant la chancellerie, « *on ne va pas aux*

---

<sup>900</sup> Serverin E., « Le projet de refonte de la carte des prud'hommes, au mépris de son histoire », *Revue de Droit du travail*, janvier 2008.

<sup>901</sup> Entretien C10, CE/Activité diverses.

<sup>902</sup> Discours sur la refonte de la carte judiciaire, 27 juin 2007.

<sup>903</sup> Propos du président du conseil de Dinan, Ouest France, édition du 15 janvier 2008.

<sup>904</sup> *L'Humanité*, édition du 18 octobre 2007.

<sup>905</sup> *Le Nouvel Observateur*, édition du 4 janvier 2008.

*prud'hommes tous les dix jours* »<sup>906</sup>, il en est autrement pour les milliers de conseillers ayant vu leur affectation modifiée.

Rappelons que la mise en place de la nouvelle carte semble également poser certains problèmes « techniques », comme le manque de place au sein des conseils dans lesquels un regroupement a été réalisé, comme l'illustrent les propos de ce conseiller, vice-président de conseil :

« Au conseil de *Ville B*, nous passons de 124 à 168 conseillers, collègues employeurs et salariés confondus. [...] Pour notre CPH, la rentrée a été marquée par une chose, l'exigüité des locaux. Nous n'avons pas eu assez de places pour correctement réunir tout le monde »<sup>907</sup>.

En ce qui concerne les « méthodes », « *il est inadmissible* », pour la CGT, « *d'envisager une réforme dans des délais aussi brefs* »<sup>908</sup>. La CFDT dénonce une « *parodie de concertation* »<sup>909</sup>. Face à l'ampleur de la mobilisation, le discours de la chancellerie évolue sensiblement. La garde des sceaux, les porte-parole du ministère et du gouvernement, ainsi que quelques députés, répondent que l'« *on ne fait pas un hôpital par village* »<sup>910</sup> et commencent à évoquer l'argument budgétaire pour défendre une réforme qu'il n'est, à aucun moment, question de négocier.

### **2.3. Les effets induits du redécoupage**

Les conseillers, les praticiens du droit, les organisations syndicales et patronales tiennent donc face à cette réforme un discours avant tout basé sur la défense d'une justice de proximité. Mais en réalité, les questions que soulève le redécoupage sont beaucoup plus complexes.

#### **2.3.1. Les effets relatifs à la baisse du nombre de conseillers**

La baisse effective du nombre de conseillers se limite, pour 2008, à 1,5%. Mais c'est lors des prochaines élections prud'homales, en 2013, que le nombre de conseillers pourra réellement être évalué, selon les « besoins », par rapport à la nouvelle carte judiciaire. La chancellerie souhaite en effet que chaque conseiller « *traite un nombre plus important d'affaires* »<sup>911</sup>. On comprend que le nombre de conseillers prud'hommes est de ce fait amené à diminuer. En conséquence, le rapport, pour

---

<sup>906</sup> Propos de Rachida Dati, Libération, édition du 25 novembre 2007.

<sup>907</sup> Propos d'un conseiller rencontré dans le cadre de nos entretiens, s'adressant ici à la presse. « Après la refonte, redistribution de cartes pour les conseils de prud'hommes », *La Voix du Nord*, édition du 6 janvier 2009.

<sup>908</sup> Le Monde, édition du 28 novembre 2007.

<sup>909</sup> Le Monde, édition du 28 novembre 2007.

<sup>910</sup> Libération, édition du 25 octobre 2007.

<sup>911</sup> Propos de Guillaume Didier, porte parole de la chancellerie, communiqué AFP, 19 novembre 2007.

chaque conseiller, entre temps passé dans l'entreprise et temps passé à l'exercice du mandat prud'homal est, lui aussi, amené à évoluer : les conseillers passeraient de moins en moins de temps en entreprise. Or, nous savons maintenant que l'appartenance des conseillers à l'univers professionnel constitue une référence centrale de l'activité prud'homale, les conseillers prônant une justice attachée à la réalité du monde de l'entreprise, ce qui constitue un moyen de se positionner par rapport aux magistrats de carrière. De ce fait, la réduction du temps passé en entreprise tend à rendre inadéquat un positionnement, une argumentation selon laquelle la non expertise juridique est compensée par une expertise professionnelle. Par ailleurs, ceci risque également de faire évoluer le profil des candidats à l'élection. Comme l'explique ce vice-président de conseil, « *c'est mathématique, s'il faut passer de plus en plus de temps dans la fonction, de moins en moins de personnes pourront le faire* »<sup>912</sup>. Le nouveau rapport entre temps passé dans l'entreprise et temps passé aux prud'hommes peut par exemple se révéler plus difficile à gérer dans les TPE et PMI/PME. La réduction du nombre de conseillers renforce également la part de « choix » quant à la sélection des candidatures par les OSP. On peut par exemple penser que les OSP feront appel de plus en plus souvent aux retraités pour exercer le mandat prud'homal.

### 2.3.2. Les effets relatifs à la baisse du nombre de conseils

Autre incidence de la réforme de la carte judiciaire, relative cette fois non pas à la baisse du nombre de conseillers, mais à la baisse du nombre de conseils. Cette baisse avantage en effet les organisations syndicales dites « non représentatives », comme l'UNSA ou SUD, qui ont, grâce au nouveau découpage, plus de facilité à constituer des listes. A titre d'illustration, pour avoir 52 élus en 2002, SUD a présenté 178 listes, soit 2500 candidats. Le syndicat a obtenu 1,51% des voix nationalement et 5,73% des voix là où ses listes étaient présentes. On comprend ainsi l'avantage que représente le nouveau découpage pour ces organisations, qui l'admettent facilement. Nous pouvons citer cette déclaration de Jean Grosset, secrétaire général adjoint de l'UNSA, s'exprimant sur la réforme de la carte judiciaire : « *La réduction du nombre de conseils, ou les regroupements, pourraient nous avantager, c'est vrai, mais la priorité pour nous est le maintien d'une activité prud'homale de proximité efficace* »<sup>913</sup>.

Ainsi, si l'on compare les résultats des élections de 2002 (ancienne carte) et de 2008 (nouvelle carte), l'UNSA progresse de 4,99% à 6,25% des voix, tandis que SUD voit son score passer de 1,51% à 3,82%. On peut de ce fait émettre l'hypothèse que l'augmentation sensible de la proportion de conseillers appartenant à ces « nouvelles » organisations risque de faire évoluer certaines pratiques (notamment augmenter le taux de départition), ces organisations ayant une

---

<sup>912</sup> Entretien A1 bis, CS/Encadrement.

<sup>913</sup> « Prud'hommes : de 50 à 90 conseils sur 271 sont menacés », *Le Monde*, édition du 27 octobre 2007.

conception différente et supposément plus radicale de la mission des prudhommes. Ceci, bien entendu, reste à être vérifié, mais on peut penser que l'adhésion de ces conseillers au commun de l'institution peut être plus problématique, la « radicalité » de certaines de ces organisations s'opposant à l'attention « procédurale » portée par les conseillers dans le cadre de leur activité. Ainsi, sur le dépliant distribué dans le cadre de sa campagne pour l'élection prud'homale de 2008, SUD dénonce les « compromis » réalisés en délibéré :

*« Dans les tribunaux, comme dans les entreprises, les syndicalistes Solidaires refusent les compromissions et les petits arrangements entre amis. C'est résolument du côté des salarié-es, des précaires et des chômeurs/euses que nous nous rangeons. C'est pour cela que depuis 2002 les élu-es Solidaires ont toujours été de leur côté car, pour nous, il n'y a pas d'égalité entre les situations du licencié et du licencié »<sup>914</sup>.*

Par ailleurs, la progression importante des « nouveaux venus » dans le champ syndical lors des élections favorise « mécaniquement » l'arrivée de nouveaux conseillers (en opposition à la réélection de conseillers ayant déjà un mandat), puisque ces dernières, marginales lors de l'élection précédente, ne présentent que rarement des candidats déjà élus. Ceci se traduit au sein des conseils par la présence de conseillers aux pratiques juridiques moins homogénéisées, du moins le temps de l'intégration du conseiller, et accentue le phénomène de désorganisation suivant l'élection.

### **2.3.3. Les effets relatifs à l'implantation géographique des conseillers**

Nous l'avons vu, au-delà de la simple compétence liée à leur expertise professionnelle, les conseillers mettent souvent en avant leur connaissance du « tissu » économique local et des pratiques managériales de certaines entreprises. Ces connaissances facilitent la caractérisation des faits et offrent aux conseillers la possibilité de se positionner en experts locaux face aux magistrats professionnels. On comprend aisément en quoi la nouvelle carte risque de faire évoluer ces connaissances, et par là même le positionnement des conseillers, ne pouvant plus - ou moins facilement - se prévaloir de cette compétence à l'échelle de tout un département.

Un récent projet de réforme de l'institution prud'homale vient confirmer notre analyse. En effet, quelques jours après sa nomination, Jean-Marie Bockel, secrétaire d'Etat à la Justice déclare, le 5 août 2009, au quotidien *Les échos* : *« Nous considérons que ça ne fonctionne pas comme ça devrait fonctionner. [...] Les délais sont trop longs. Je sais que je n'ai pas de marge de manœuvre importante - financière ou en termes de personnels -, mais on peut réfléchir à des simplifications de procédure. Faut-il préserver la conciliation ou pas ? La question n'est pas tranchée, mais elle est sérieusement à*

---

<sup>914</sup> « Prud'hommes 2008 : toutes et tous concernés », document édité par l'Union Syndicale Solidaires, date non précisée, Paris.

*l'étude, de même que celle de la suppression de l'oralité des débats* »<sup>915</sup>. Ces déclarations constituent une première de la part de la chancellerie, qui ne s'était jamais déclarée insatisfaite aussi clairement de la procédure prud'homale<sup>916</sup>. Pour Philippe Masson, responsable des activités juridique de la CGT, « *jamais les pouvoirs publics n'avaient, sans aucune consultation des intéressés, remis en cause de façon si grave le système* »<sup>917</sup>.

La vive mobilisation suscitée par ces propos de la part des OSP (le quotidien *Les échos* évoque une « *levée de boucliers* »<sup>918</sup>) amène la chancellerie à faire marche arrière quelques jours plus tard, en faisant savoir qu'« *aucune réforme de la procédure applicable devant le Conseil des prud'hommes n'est en préparation* »<sup>919</sup>. On peut évidemment en douter. Précisons qu'en dehors de ce projet de suppression de l'oralité des débats et de la procédure de conciliation, il est aussi question de généraliser le recours aux avocats, rendant par là même caduque la mission des défenseurs syndicaux. Ceci diminuerait fortement la présence syndicale au sein des conseils de prud'hommes.

Ainsi, si les conseillers semblent de plus en plus attentifs aux différents indicateurs d'activité, c'est parce qu'ils en connaissent désormais l'éventuelle portée. On pourrait penser que les conseils les plus « modestes » en termes de volume d'affaires traitées ou de nombre de conseillers, à l'avenir plus incertain, sont davantage concernés que les conseils les plus importants. Nous n'avons pourtant pas cerné d'évolution sensible des discours selon cette variable, si ce n'est une variation d'échelle de l'objet des préoccupations. Ainsi, si les conseillers des plus « petits » CPH expriment directement leurs craintes quant à l'avenir de leur propre conseil (« *c'est pas à Ville B qu'ils ont peur, c'est ici, c'est nous* »<sup>920</sup>), ceux des conseils les plus « importants » évoquent leurs inquiétudes sur une plus large échelle (« *voyez, je parierais pas un bras qu'on sera encore là dans dix ans... je suis prêt à me battre pour, pour... les prud'hommes, mais... je parierais pas là dessus* »<sup>921</sup>).

La réforme de la carte judiciaire modifie sensiblement la structure de l'institution prud'homale et renferme des enjeux nouveaux pour des conseillers déjà contraints par la multiplication des indicateurs d'activité et la forfaitisation des temps de jugement et de préparation des dossiers. Il s'agit alors pour les conseillers de s'adapter à ces contraintes, de faire face à ces diverses tensions et incertitudes<sup>922</sup>. L'entente lors du délibéré, portée par le commun et rendue

---

<sup>915</sup> « Le gouvernement veut alléger la procédure des prud'hommes », *Les échos*, édition du 5 août 2009.

<sup>916</sup> Et qui, par ailleurs, fait peu de cas de l'ANI signé le 11 janvier 2008, selon lequel « *il est indispensable de réhabiliter la conciliation prud'homale en lui restituant son caractère d'origine de règlement amiable, global et préalable à l'ouverture de la phase contentieuse proprement dite devant le bureau de jugement* ».

<sup>917</sup> « Réforme des Prud'hommes: "Des dizaines de milliers de salariés n'auraient plus les moyens de faire valoir leurs droits" », *L'expansion*, n°743, août 2009.

<sup>918</sup> « Prud'hommes : le projet de réforme de la Chancellerie suscite déjà une levée de boucliers », *Les échos*, édition du 6 août 2009.

<sup>919</sup> « La Chancellerie renonce à s'attaquer aux prud'hommes », *Les échos*, édition du 7 août 2009.

<sup>920</sup> Entretien C6, CS/Commerce.

<sup>921</sup> Entretien B23, CS/Industrie.

<sup>922</sup> Michel Crozier a montré l'interdépendance entre de nouvelles règles du jeu, la découverte de ces nouvelles règles par les acteurs et les transformations des logiques d'acteurs qui en découlent. Crozier M., « Un exemple

efficace par la possibilité d'écarts sous la forme de mobilisations ponctuelles, n'est plus suffisante. L'évitement du départage, par exemple, n'est pas le seul facteur susceptible de diminuer la durée de la procédure prud'homale. Il existe d'autres facteurs sur lesquels les conseillers peuvent travailler, au risque de s'éloigner des croyances jusque là partagées. Aux règles de l'institution, portées par des référentiels communs, s'ajoutent les règles de l'organisation, parfois contradictoires avec celles de l'institution, portées par la notion d'efficacité « attendue ».

### **3. La rationalisation de la gestion des stocks et des flux d'affaires**

Le développement de certains indicateurs d'activité et l'encadrement des temps indemnisés conduit les conseillers à porter leur attention sur toutes les étapes de la procédure prud'homale. Si le délibéré reste une étape importante, il s'agit d'« optimiser » les autres phases de l'activité soumises aux évaluations, de gérer des stocks et des flux d'affaires. La durée de la procédure est ici centrale, parce qu'elle constitue un des indicateurs les plus souvent mis en avant par les détracteurs de l'institution, mais aussi parce que le temps passé par les conseillers sur chaque affaire est désormais comptabilisé. Il s'agit ainsi de rationaliser la gestion du volume du contentieux.

Précisons que, si le discours des conseillers ne laisse aucun doute quant à cette volonté de rationaliser la gestion du contentieux, il est relativement tôt pour évaluer l'évolution des pratiques dans cet objectif. Aussi, certains points développés ci-dessous ont été clairement avancés par les conseillers, tandis que d'autres ne sont que supposés et évoqués en tant qu'espaces d'intervention possibles, à plus long terme. Il s'agit alors, dans ce cas, de montrer les marges d'action dont disposent les conseillers. Par ailleurs, notons qu'une part des pratiques évoquées ci-après ne sont pas à proprement parler « nouvelles », mais tendent juste à se développer, voire à se généraliser.

#### **3.1. Les arrangements informels entre conseillers**

##### **3.1.1. La rédaction des décisions**

En théorie comme en pratique, nous l'avons vu, l'élaboration de la décision est collégiale. Cependant, la rédaction de cette décision, qui doit théoriquement être réalisée par la formation de délibéré au complet, semble parfois être confiée à un seul des membres de la formation (le président d'audience, bien souvent). Nous avons constaté que les discours à ce propos variaient selon les

---

de relation entre problématique, méthode et concept : L'analyse stratégique des activités collectives organisées », in *Revue française de sociologie*, n° spécial 1971, cit. in Giraud C., *Bureaucratie et changement. Le cas de l'administration des télécommunications. « Du 22 à Asnières à la télématique »*, l'Harmattan, 1987.

conseils, mais aussi selon les sections. Les conseillers ayant reconnu ce type de pratiques l'ont justifié en présentant cette phase de rédaction comme purement formelle, la décision ayant déjà été prise :

*« Après, pour la rédaction, oui, je vous dit, on donne ça au président d'audience. De toute manière, tout est déjà décidé, même les points de droit. Parce que tout, vraiment tout, doit être validé par nous quatre avant. Ca c'est obligatoire, (insistant sur chaque syllabe) obligatoire. Et puis la fois suivante, on relit ce qui a été rédigé, et puis on signe, c'est tout. Donc oui, oui, c'est beaucoup moins compliqué comme ça, ça nous permet d'aller beaucoup plus vite, on passerait un temps fou pour ça sinon. Non, c'est beaucoup plus simple, là, comme ça »<sup>923</sup>.*

De la même façon, certains conseillers ont affirmé étudier parfois les dossiers seuls, pour « gagner du temps », afin d'en faire la synthèse aux autres membres de la formation lors du délibéré.

On retrouve par ailleurs parfois, au sein des décisions rédigées, un certain nombre de « raccourcis », notamment lors de l'exposition des faits (« *qu'est ce que c'est rébarbatif, qu'est ce que c'est long de reprendre tous les faits, oh la la, vous ne pouvez pas imaginer* »<sup>924</sup>). Ainsi, au sein des décisions, on retrouve parfois un renvoi aux conclusions de l'avocat :

*« Pour le surplus, il convient de se reporter aux conclusions écrites déposées par Maître G., qu'il a soutenues oralement et auxquelles il convient de se reporter pour un plus ample exposé des faits et de son argumentation »<sup>925</sup>.*

Dans le même ordre d'idée, on retrouve très souvent, au sein de la décision, la lettre de licenciement, recopiée intégralement, ce qui permet aux conseillers de se dispenser de présenter une grande partie des faits (« *La lettre de licenciement est rédigée comme suit : ...* »<sup>926</sup>).

Par ailleurs, face à des litiges parfois « routiniers », les conseillers n'hésitent pas à réutiliser certaines parties d'anciens jugements, déjà rédigés :

*« Y'a des affaires, c'est clair, c'est la routine. Mais là je dis attention, parce qu'on a tendance à croire un peu trop facilement que telle affaire ressemble à telle affaire. Alors pour gagner un peu temps, hop, on ressort des choses déjà rédigées, ce genre de trucs. Moi je dis attention, non mais faut faire gaffe avec ça, je pense qu'il faut se méfier, hein. Parce que c'est jamais vraiment pareil »<sup>927</sup>.*

L'analyse des jugements prud'homaux confirme ces pratiques. Nous avons pu repérer, à de nombreuses reprises, un certain nombre de paragraphes repris mot pour mot. En ce qui concerne, par exemple, le non-respect par l'employeur de la procédure d'autorisation administrative de licenciement

---

<sup>923</sup> Entretien C6, CS/Commerce.

<sup>924</sup> Entretien B13, CS/Agriculture.

<sup>925</sup> Numéro RG non relevé, décision du 4 mai 2006, conseil de **Ville A**, Baghta S.L. contre Association C.

<sup>926</sup> RG n°F02/01151, RG n°F02/00303, etc.

<sup>927</sup> Entretien B29, CE/Industrie.

pour les salariés protégés, nous avons repéré à trois reprises, au sein des décisions étudiées, la motivation suivante :

*« En cas de licenciement nul, le salarié a droit, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les motifs de la rupture, d'une part aux indemnités de préavis et de licenciement et d'autre part à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, au moins égale à celle prévue par l'article L.122-14-4 du code du travail »<sup>928</sup>.*

Evidemment, ce genre de procédé n'est pas nouveau, mais quelques conseillers ont pointé le risque de systématisation face à la forfaitisation de l'indemnisation :

*« Je le dis tout net, s'il faut qu'on soit chronométré, moi, je le prends au pied de la lettre et je reclaque ce qui a déjà été fait. Oui, ce sera au détriment du justiciable, c'est sûr. Mais il faut savoir ce qu'on veut. Soit on veut des décisions de qualité, soit on veut des espèces de trucs faits à la va vite, je n'ose même pas appeler ça des jugements, des espèces de... de... Ils veulent des jugements plus rapides, ok, aucun problème, mais qu'ils ne viennent pas nous le reprocher après. Faut savoir ce qu'on veut. Je vais me faire un plaisir de leur en pondre des décisions rapides, pas besoin de trois heures, qu'ils me laissent 50 secondes et ce sera suffisant »<sup>929</sup>.*

### **3.1.2. La déclaration des temps de jugement**

La forfaitisation des temps de jugement étant une mesure trop récente, nous ne disposons pas d'assez d'éléments permettant d'évaluer la gestion par les conseillers de cette nouvelle contrainte. Cependant, on peut penser que les conseillers ayant plusieurs affaires à traiter seront amenés à sur-évaluer les affaires les plus « simples » afin de compenser le temps passé sur les affaires plus « compliquées ». Aucun contrôle n'est en tout cas prévu par les textes, si ce n'est celui du greffier, a posteriori, qui ne peut assister au délibéré. Les conseillers peuvent ainsi prendre certaines libertés avec les dispositifs au cœur de cette réforme de l'indemnisation : rien ne les empêche de déclarer deux fois trois heures pour deux affaires traitées en délibéré, en n'ayant passé qu'une heure sur la première et quatre heures sur la seconde.

### **3.2. La hiérarchisation des activités**

Les différents domaines d'intervention des conseillers au cours de la procédure prud'homales ne sont pas tous aussi « rentables ». Ceci peut amener les conseillers à négliger certaines étapes.

---

<sup>928</sup> RG n°F02/01412, F00/01569, F00/01794 des 3 décembre 2003, 29 avril 2004 et 19 mai 2004.

<sup>929</sup> Entretien C1 Bis, CS/Industrie.

### 3.2.1. La conciliation comme formalité

La multiplication des indicateurs permettant l'évaluation d'une activité comporte toujours un risque, celui de « noyer dans la masse » certains indicateurs au profit d'autres. Dans le cas des évaluations de l'activité prud'homale, on peut être surpris par la place très « discrète » accordée à la mesure de l'activité de conciliation au sein des conseils. Cette activité de conciliation ne représente par exemple qu'une seule colonne (un dixième de page) dans le document statistique (de 12 pages) réalisé par la cour d'appel de Douai concernant l'activité des conseils dans son ressort en 2007. Le taux de conciliation, dans le cadre de ces évaluations, semble très peu mis avant. De ce fait, les conseillers peuvent avoir un intérêt relatif à concilier :

*« Bien évidemment, il y a les avocats qui mettent leur grain de sel. Mais je dois avouer que l'on partage aussi la responsabilité de ces échecs. Il faut le reconnaître. Voyez, je ne rejette pas tout sur les autres, nous avons notre part de responsabilité, j'insiste la dessus. Parce qu'on a pas toujours le temps, le courage, bon l'envie, euh... la possibilité de concilier, je dirais. C'est tellement plus simple de... c'est-à-dire, c'est tellement difficile la conciliation, vous savez (silence) Je sais, ce n'est pas très, très reluisant, mais voyez, je reconnais ma responsabilité. Je ne suis pas parfait. Je pense qu'on pourrait faire mieux... il faudrait plus de temps, et plus de motivation »<sup>930</sup>.*

L'investissement des conseillers en conciliation apparaît peu valorisé. En effet, nous l'avons vu, il existe plusieurs manières d'aborder la conciliation. A la posture active, consistant à écouter attentivement les parties, à faire des propositions, semble se substituer, de plus en plus souvent, une posture passive, consistant à enregistrer le désaccord et à fixer une date d'audience. C'est le constat réalisé par cette greffière, citée par Guy Champagne dans sa thèse sur les modes alternatifs de règlement de conflits aux prud'hommes, s'exprimant au sujet de la conciliation au CPH de Paris :

*« Il s'agissait plutôt d'un bureau d'enregistrement et le président du bureau de conciliation se contentait, le plus souvent, de poser la question : souhaitez-vous concilier, oui, non ? Et, cela ne durait pas plus de cinq à six minutes »<sup>931</sup>.*

Face au développement des transactions en entreprises, à la mise en place de la rupture conventionnelle, à l'investissement relatif d'une grande partie des conseillers en conciliation, aux nombreux obstacles à la conciliation, la chancellerie envisage, nous l'avons évoqué, la suppression de cette étape de la procédure prud'homale. Si cette étape subsiste, on peut penser que la conciliation prud'homale sera amenée à devenir, à terme, une simple formalité procédurale, renforçant par là même un processus de « décloisement » des étapes de la procédure prud'homale.

---

<sup>930</sup> Entretien D2, CE/Encadrement.

<sup>931</sup> Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, Thèse pour le doctorat de sciences de gestion, Aix Marseille III, 2005.

### 3.2.2. Le recours peu fréquent aux mesures d’instruction

Que ce soit en référé, en conciliation ou en bureau de jugement, les conseillers ont la possibilité de recourir à des mesures d’instruction. Dans le cas de la juridiction prud’homale, il s’agit essentiellement de désigner une mission de conseillers rapporteurs, afin de mettre l’affaire en état d’être jugée. Ce recours aux conseillers rapporteurs permet bien entendu d’éclaircir certains points du dossier, notamment en matière de licenciement économique, mais aussi, éventuellement, d’aider l’un des plaideurs dont les conseillers sont convaincus de la bonne foi, sans pour autant disposer de preuves suffisantes en l’état.

Cependant, la nomination de conseillers rapporteurs (ou d’experts) n’est pas fréquemment utilisée<sup>932</sup>, cette nomination augmentant considérablement la durée de la procédure :

*« Les missions rapporteurs, ben c’est rare parce que c’est beaucoup plus simple de pas en faire, c’est tout. C’est pas plus compliqué que ça. Ça nous prend du temps, ça fait reporter l’audience et puis ça sert pas toujours. Donc le calcul il est vite fait, on préfère trancher nous-mêmes, c’est plus simple »<sup>933</sup>.*

Nous ne disposons pas de statistiques précises concernant le taux de recours aux experts ou conseillers rapporteurs par les conseillers, mais on peut penser que ce taux est amené sinon à diminuer, au moins à rester très faible.

### 3.3. La managérialisation du contentieux

Afin de traiter, au plus vite, le contentieux, les conseils s’organisent en aménageant la procédure et en redéployant les moyens dont ils disposent.

#### 3.3.1. La réaffectation des conseillers et la spécialisation des audiences

Ainsi, il n’est plus exceptionnel de voir un conseiller être réaffecté d’une section à une autre, en fonction du volume d’affaires traité par chaque section. Au sein du conseil de *Ville A*, au cours de notre troisième « vague » d’entretiens, deux conseillers ont été déplacés de la section activités diverses à la section encadrement. Ceci va bien entendu à l’encontre du principe, valorisé par les conseillers, de connaissance des pratiques professionnelles des parties au procès.

---

<sup>932</sup> Le conseil supérieur de la prud’homie remarquait déjà, en 1998, un faible recours aux mesures d’instruction. Conseil supérieur de la Prud’homie, *Diagnostic de fonctionnement des conseils de prud’hommes*, La documentation française, 1998.

<sup>933</sup> Entretien B32, CE/Commerce.

On constate par ailleurs un processus de spécialisation des audiences, qui consiste à regrouper, de manière plus ou moins formelle<sup>934</sup>, les affaires en fonction de leur objet. Ainsi, nous avons pu constater, au cours de nos observations au sein du conseil de *Ville B*, plusieurs audiences n'impliquant aucun cas de rupture du contrat de travail, audiences ainsi réservées aux cas apparemment plus « simples ».

### 3.3.2. La revendication de moyens supplémentaires

Tout ceci conduit les conseillers à regretter fortement le manque de moyens attribués au fonctionnement de la juridiction prud'homale. Comment, en effet, accélérer la procédure si le manque d'espace ou de greffiers au sein des conseils rend impossible la tenue de plusieurs audiences simultanées ? Comment accepter le principe de la forfaitisation quand les conseillers attendent depuis plusieurs mois le paiement de certaines vacations :

*« Ben faudrait déjà que l'Etat commence par payer les vacations actuelles parce que on a rien vu venir depuis octobre 2005 et c'est vraiment nous prendre pour des cons »<sup>935</sup>.*

*« Moi, ils me doivent 1600 euros, je les ai pas encore eu. [...] J'attends. Ils disent qu'on va être payés. J'ai eu un avis de C. qui était la semaine passée à Lyon et qui dit qu'on va être payés. Quand, ça, on sait pas »<sup>936</sup>.*

Des carences « matérielles » ont été très souvent avancées par les conseillers, regrettant de ne « pouvoir faire leur travail » dans des conditions « convenables » :

*« Voyez, on a plus de connexion internet depuis une semaine, ça marche plus. C'est très pratique pour vérifier les bases de données. L'imprimante, c'était avant les vacances, j'imprimais tout chez moi, c'est pour vous dire »<sup>937</sup>.*

*« Oui bah, c'est pas super agréable de se faire verbaliser pendant les audiences parce qu'on n'a pas de places de parking. Je ne peux quand même pas m'absenter pendant l'audience. « heu, excusez moi m'sieur l'avocat, mais je dois remettre des sous dans le parcimètre ? ». [...] Ben oui, chaque audience me coûte au moins 11 euros ! C'est même plus du bénévolat, à ce niveau, c'est de l'arnaque. [...] Au boulot, ma collègue se fout un peu de moi, vous imaginez, je suis le seul magistrat qui paye pour rendre la justice (rires) »<sup>938</sup>.*

Le manque de moyens se donne également à voir au niveau immobilier, certaines salles d'audience apparaissant très austères : quelques chaises, cinq bureaux surélevés et deux pupitres,

---

<sup>934</sup> Il ne s'agit pas forcément, comme c'est le cas dans certains conseils, de réserver exclusivement certains jours à un type de litige (par exemple, le mercredi matin réservé aux affaires de licenciement économique).

<sup>935</sup> Entretien B19, CS/industrie.

<sup>936</sup> Entretien A9, CS/Activités diverses.

<sup>937</sup> Entretien C9, CE/Activités diverses.

<sup>938</sup> Entretien A15, CE/Activités diverses.

disposés de manière rudimentaire dans une salle peu chauffée et éclairée au néon, faisant office de bureau de jugement. Même si la dimension symbolique de l'institution prud'homale est, nous l'avons évoqué, importante, on est tout de même loin, parfois, de la portée symbolique de certains palais de justice.

### **3.3.3. Le classement des affaires permettant de décharger la juridiction**

Boudon et Davidovitch se sont penchés sur le cas des affaires « classées » par les magistrats en matière pénale, constatant que la proportion des « classements » augmentait de manière continue dans le temps depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>939</sup>. Selon un modèle de simulation mettant en scène un magistrat « idéal-typique », les auteurs ont tenté de cerner les logiques de comportement du magistrat décidant de « classer », ou non, une affaire. Si la décision du magistrat était fonction de la gravité des actes commis, le risque d'encombrement de la justice constituait également une variable importante.

On pourrait ainsi émettre l'hypothèse que, dans le cas de la juridiction prud'homale, les conseillers peuvent être tentés de « classer » certaines affaires, dans le but d'« alléger » le contentieux, et par là même améliorer les évaluations de leur activité. Sur l'ensemble des affaires introduites au fond en 2007, 45% se sont terminées sans jugement au principal<sup>940</sup>. Mais ce contingent d'affaires terminées sans jugement traduit essentiellement un accord des parties (désistement, conciliation ou retrait du rôle) ou un abandon unilatéral de la procédure (radiation ou caducité). Les conseillers disposent d'une marge d'appréciation réduite concernant ces actes. Tout au plus peuvent-ils se montrer plus ou moins « arrangeants » avant de prononcer, par exemple, la radiation d'une affaire (qui pourra être réintroduite). Mais cette « tolérance » des conseillers est difficilement mesurable. Nous n'avons, de plus, rencontré aucun conseiller mentionnant ce type de pratique<sup>941</sup>. Aussi, il ne nous est pas possible de confirmer directement cette hypothèse. Cependant, il est probable que cette « tolérance » des conseillers avant de prononcer une radiation devienne de plus en plus faible, non pas forcément directement dans l'objectif de « décharger » la juridiction, mais dans le but de lutter contre les demandes de renvois.

### **3.3.4. La lutte contre les renvois**

---

<sup>939</sup> Boudon R., Davidovitch A., « Les mécanismes sociaux des abandons de poursuites : analyse expérimentale par simulation », *L'année sociologique*, 1964.

<sup>940</sup> Infostat Justice, n°105, 2009.

<sup>941</sup> On comprend que ce type de pratique n'est pas facilement avouable pour le conseiller. Cependant, il est moins impliquant de dénoncer cette pratique chez d'autres, ce qui n'a pourtant pas été fait.

La lutte contre les renvois constitue sans doute la manifestation la plus évidente de la volonté des conseillers de rationaliser la procédure prud'homale. Il s'agit d'un domaine dans lequel leur capacité d'intervention est très large. L'importance du nombre de renvois, lors des audiences en bureau de jugement, porte atteinte, nous l'avons vu, à la légitimité de l'institution et rallonge considérablement la durée de la procédure. De ce fait, les conseillers s'organisent pour limiter la multiplication de ces renvois. Il s'agit, avant tout, de montrer aux avocats que les demandes de renvois doivent être soutenues et justifiées :

*« On s'est vu pas plus tard que la semaine dernière avec E., parce que c'est plus possible, tous ces renvois, c'est plus possible. Je veux dire, je suis pas là non plus pour écouter les avocats nous raconter leur vie et nous expliquer pourquoi ils pourront pas plaider. (insistant sur chaque syllabe) Ras-le-bol. [...] Alors voilà, nous, on a décidé d'être plus fermes, on va être plus fermes dès la conciliation, on va expliquer qu'un renvoi, ça s'argumente et puis ben sinon, c'est la radiation et point barre. [...] Je pense que ça va mettre du temps pour qu'ils comprennent, mais ils vont bien finir par comprendre. On se fout pas de notre gueule comme ça, c'est fini tout ça »<sup>942</sup>.*

*« Non, non, les renvois, c'est plus possible. Il faut qu'on trouve quelque chose, il faut que j'en parle à T.. Parce que ça vérole les prud'hommes, cette histoire de renvois. [...] On peut plus avoir de choses qui traînent comme ça pendant... qui traînent, et qui traînent »<sup>943</sup>.*

En décidant la radiation de l'affaire plutôt que son renvoi, les conseillers savent qu'ils pénalisent le demandeur. Mais il s'agit d'un « *mal nécessaire* »<sup>944</sup> car sur la durée, cette lutte contre les renvois permettra sans doute d'écourter la procédure prud'homale, ce dont bénéficieront les demandeurs. Il est intéressant de noter ici la perspective adoptée par les conseillers, considérant le long terme plutôt que les désagréments immédiatement subis par le demandeur. Nous sommes bien ici dans l'organisation, et non plus dans l'institution.

### 3.4. Le rapport à l'écrit

Nous avons déjà évoqué le fait que le double principe du débat contradictoire et d'oralité de la procédure prud'homale était parfois malmené dans la pratique, l'oralité des débats étant souvent de nature à porter atteinte au principe du contradictoire<sup>945</sup>. C'est la raison pour laquelle la doctrine et les praticiens du droit s'interrogent sur l'opportunité de faire de la procédure prud'homale une véritable procédure écrite, impliquant l'obligation d'échanger écrits et pièces à des dates fixées, le débat oral se limitant dans ce cas à ce que les parties auront écrit. En réalité, le passage du principe de l'oral à

---

<sup>942</sup> Entretien A23, CS/Industrie.

<sup>943</sup> Entretien A21, CE/Industrie.

<sup>944</sup> Ibid.

<sup>945</sup> Cf. Chap.1

l'écrit est déjà avéré au sein des conseils, depuis la mise en place, en 1985, du contrat de procédure privilégiant l'écrit (échanges de notes sur la demande et la défense). Au cours de l'audience de conciliation, les délais de communication des pièces entre les parties et la date de renvoi de l'affaire devant le bureau de jugement sont fixés. Le contrat de procédure est passé par écrit et est signé par les parties, le président et le greffier. De ce fait, même si des prétentions peuvent bien entendu toujours être formulées oralement en bureau de jugement, seule la procédure de conciliation est une procédure purement orale.

Si les conseillers se montrent, de manière générale, attachés à ce qu'il reste du principe de l'oralité des débats, en raison de la souplesse de ce principe, certains regrettent parfois la sécurité qu'offre l'écrit :

*« Je me dis parfois que, finalement, ça serait peut être plus simple pour nous si tout était écrit. [...] Je suis complètement OK pour la conciliation, bon, aucun problème, mais en bureau de jugement, c'est quand même pas très sérieux. Ou alors, je veux bien, mais si on a une trace écrite de toute l'audience, je veux dire, que tout soit retranscrit, mais intégralement. Ça me semble important. A partir de là, tout est écrit, on tient la route complètement. Je veux dire, si on n'est pas d'accord sur ce qui a été dit, on vérifie, il y a aucun problème »<sup>946</sup>.*

L'écrit permet en effet de couper court à certains malentendus, et il est par ailleurs sollicité dans les juridictions « supérieures », notamment par la cour de cassation. Il est par conséquent fortement probable qu'à long terme, le processus de rationalisation de la procédure prud'homale porte atteinte définitivement au principe de l'oralité. La réforme de l'institution prud'homale envisagée par Jean-Marie Bockel en août 2009, dont il est question plus haut, consistant notamment à rendre la procédure prud'homale écrite, en est l'illustration.



L'ensemble de ces réformes, ainsi que l'implication des conseillers dans un travail de rationalisation du contentieux, semblent entériner l'hypothèse d'un glissement des conseils vers le modèle de l'organisation. L'émergence de l'organisation se comprend ici comme la rationalisation des moyens et des objectifs, initialisées par la chancellerie et poursuivies par les conseillers. Ces derniers sont contraints (pour une partie de leur activité) ou fortement incités (pour une autre partie) à orienter leur action en fonction d'un objectif d'efficacité, face à des incertitudes croissantes, à l'apparition de nouvelles règles encadrant leur activité, au renforcement des contraintes temporelles, à l'intensification de la charge de travail, dans un contexte d'affaiblissement des croyances dans l'efficacité et dans la légitimité de l'action de l'institution prud'homale.

<sup>946</sup> Entretien B32, CE/Commerce.

Mais encore faut-il que les conseillers s'accordent sur les moyens, objectifs et éventuelles limites à apporter à ce processus. La détermination des moyens estimés « pertinents », en effet, ne va pas de soi : pour accélérer le traitement du contentieux, est-il plus efficace, par exemple, d'avoir des conseillers relativement « mobiles », pouvant être réaffectés dans d'autres sections en fonction des besoins, ou, au contraire, d'éviter ce genre de transfert afin de « spécialiser » ces derniers, en fonction des compétences de chacun, en valorisant par là même leur expertise professionnelle ? Il en est de même en ce qui concerne la détermination des objectifs, la hiérarchisation de l'importance des différents indicateurs n'étant pas évidente. Est-il plus pertinent, par exemple, de tenter de limiter le taux d'appel des décisions rendues ou le taux d'invalidation en appel ? On conviendra cependant que l'évaluation de la durée de la procédure semble être centrale.

Ces interrogations au sujet des moyens et objectifs ne se comprennent pas uniquement en termes d'« intérêts » des conseillers, elles touchent également aux croyances et se traduisent en hiérarchisation des valeurs. Devant ces fortes incitations, les conseillers sont-ils amenés à renoncer à certains « idéaux » ? Les représentations de la « qualité » de la procédure prud'homale ne se limitent pas, bien entendu, à une question de durée ou de validation des décisions en appel : une partie de l'activité des conseillers n'est mesurable par aucun indicateur. C'est le cas, par exemple, pour la part d'équité dans les décisions rendues. Dès lors, on peut penser que l'effort des conseillers se concentre sur la partie évaluable de l'activité. Mais jusqu'à quel point ? L'orientation de l'action en fonction des différents indicateurs d'activité peut-elle se manifester au « détriment » du justiciable ? La question est délicate, car le justiciable profite également de la diminution de la durée de la procédure. On ne peut ainsi opposer l'action « évaluable », orientée « vers » la chancellerie, à l'action non « mesurable », orientée « vers » le justiciable : l'« intérêt » du justiciable et la volonté de la chancellerie peuvent, fort heureusement, se rejoindre<sup>947</sup>. Aussi, il semble plus pertinent d'évoquer une hiérarchisation entre les notions d'efficacité et d'équité, liée à l'idée de loyauté envers l'institution, qui varie selon les conseillers...

---

<sup>947</sup> Selon les conceptions, justement, des « intérêts » du justiciable.

## **QUATRIEME PARTIE**

LES EFFETS DE LA TRANSFORMATION

DU CADRE DE REFERENCE

## Chapitre 8

### Les référentiels communs bousculés par l'organisation

---

L'organisation bouscule les référentiels communs des conseillers en ce sens qu'elle introduit une hiérarchisation des éléments constitutifs du commun qui n'avait pas lieu d'être dans l'institution. Dans la logique de l'institution, il est avant tout demandé aux conseillers de s'entendre. Ils le font autour d'un commun qui place le justiciable au centre de leurs préoccupations. Dans la logique de l'organisation, le commun et l'entente entre conseillers ne suffisent plus. Il ne s'agit plus seulement de se conformer à des normes de coordination mais de prouver sans cesse l'efficacité de l'action. Par ailleurs, l'attention portée à l'efficacité procédurale de la juridiction n'est plus seulement orientée vers le justiciable mais également vers les acteurs du monde judiciaire ou les « décideurs », en premier lieu la chancellerie.

De ce fait, la volonté de réparation des injustices n'a plus, dans l'organisation, la place qu'elle avait dans l'institution. De même, l'affirmation de l'inscription des conseillers dans le champ professionnel est moins évidente, puisque le développement de l'évaluation incite les conseillers à s'inscrire de manière plus marquée dans l'univers judiciaire<sup>948</sup>. La place variable accordée par les conseillers à ces différents éléments modifie le contenu des relations sociales : il n'existe pas de consensus concernant cette hiérarchisation. Ceci favorise le développement d'oppositions récurrentes entre conseillers.

#### 1. L'opposition entre les « institués », les « experts » et les « électrons libres »

Nous avons vu que les rapports au droit peuvent varier, dans l'institution, de manière relativement importante selon les collèges, les sections, les OSP et l'expérience professionnelle des conseillers. Ceci se traduit par des modalités d'investissements variables sans pour autant bousculer le commun<sup>949</sup>. Il n'en est pas de même avec le modèle de l'organisation, qui favorise l'émergence de pratiques juridiques plus « procédurières » qui ne sont pas admises par tous les conseillers.

Aussi convient-il de discerner différentes logiques d'action, essentiellement portées par trois catégories de conseillers, que nous appellerons les « institués », les « experts » et les « électrons libres ». Bien entendu, chacune de ces formes d'action n'est appréhendée qu'en tant que modèle, entendu au sens de l'idéal type wébérien. Ces différents modèles, qui facilitent la compréhension de

---

<sup>948</sup> Ceci est accentué par la réforme de la carte judiciaire qui, par le « redéploiement » des effectifs, nous l'avons vu, affaiblit les compétences professionnelles des conseillers (qu'il s'agisse de la connaissance du monde du travail ou de l'expertise locale).

<sup>949</sup> Cf. Chap. 4

l'évolution des mécanismes de coordination au sein de la juridiction prud'homale, ne sont qu'une représentation simplifiée de la réalité sociale.

Par ailleurs, ils ne se confondent pas tout à fait avec la distinction que l'on peut opérer entre les « institués » et les « organisés »<sup>950</sup> : les conseillers « experts », s'ils s'éloignent du modèle de l'institution, ne le rejettent pas totalement. Les conseillers « institués » acceptent l'organisation tant que cette dernière ne supprime pas l'institution. Les « électrons libres », quant à eux, ne se reconnaissent ni dans les discours, valeurs et traditions mises en avant par l'institution, ni dans la logique de l'organisation, qu'ils rejettent en bloc.

### 1.1. Le conseiller « institué »

Les conseillers « institués » manifestent une adhésion forte aux valeurs de l'institution, sans pour autant rejeter l'organisation : l'équité constitue une priorité devant l'efficacité. Il s'agit ainsi d'améliorer les délais entre chaque étape de la procédure prud'homale, dont la durée doit être « raisonnable », sans pour autant renoncer aux valeurs de l'institution. La loyauté à l'institution des conseillers se traduit par un attachement aux éléments constitutifs du commun et par une loyauté séquentielle envers les membres de leur collègue. Ainsi, le « on » du discours des « institués » renvoie, selon les cas, aux conseillers prud'hommes dans leur ensemble ou au collègue d'appartenance.

Cette préoccupation centrale basée sur l'équité se traduit par une valorisation des compétences professionnelles (qui éloigne ces conseillers de l'univers judiciaire) et une volonté de réparation des injustices. Les conseillers « institués » croient aux effets éducatifs ou moraux de la sanction. Les pratiques de négociation sont estimées utiles (en ce sens qu'elles permettent la défense du justiciable), l'étape de la conciliation centrale, et les espaces d'autonomie, d'interprétation, exploités au maximum. En ce sens, le droit peut ici être considéré comme un outil : la décision en équité peut être prise avant le travail de mobilisation du droit (ou de légitimation de la décision par son inscription dans un raisonnement juridique). Il s'agit donc, pour citer Pierre Bourdieu, de « jouer avec la règle du jeu »<sup>951</sup>. Par là même, la jurisprudence constitue un espace de liberté pour les « institués » :

*« Bien sûr, la jurisprudence, c'est pas la loi. Mais encore faut-il que la loi soit claire, et c'est pas la cas, c'est de pire en pire, même, les lois sont mal écrites. Bon. Alors heureusement, il y a la jurisprudence pour ça, on peut piocher*

---

<sup>950</sup> Jakubowski S., « D'une institution d'Etat à une organisation : le cas de l'armée de terre française professionnalisée. Contribution à une sociologie de l'autorité et des processus de transformation », thèse de sociologie, université des sciences et technologies de Lille, 2005.

<sup>951</sup> Bourdieu P., « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences Sociales*, n°64, 1986.

*dedans quand c'est pas clair, quand aussi on trouve la loi trop stricte, enfin ou pas assez je dirais même. Ca nous permet un peu de faire notre marché, dans un sens. Donc bon, ça vaut pas la loi, mais c'est déjà bien ça, quand il faut »<sup>952</sup>.*

Même si les conseillers « institués » ne mettent pas tous en avant un discours basé sur la vocation, le sens de leur engagement en prud'homme est fort. La rationalité dominante renvoie alors à la notion de service au citoyen, au justiciable, mais aussi à la mission d'assistance dont les conseillers se sentent investis. De ce fait, ces derniers se montrent particulièrement critiques concernant la standardisation du temps de rédaction de jugement. De manière générale, la logique de l'organisation peut constituer selon eux un frein à l'accomplissement de la mission prud'homale :

*« On le sent bien que pour avoir la paix, il faut bien faire tourner la machine, c'est évident, c'est normal dans un sens. Moi, je veux bien, ça ne me pose pas de problème. Mais si c'est pour faire passer le chiffre devant, avant l'intérêt du salarié, moi je dis niet »<sup>953</sup>.*

Les conseillers « institués » ne sont pas moins concernés par la légitimité de la juridiction que les conseillers « experts ». Mais, pour eux, l'institution prud'homale trouve essentiellement sa légitimité du justiciable, la recherche d'efficacité procédurale n'étant qu'un des moyens de travailler sur la légitimité. Ce n'est absolument pas une conception partagée par les conseillers « experts ».

## **1.2. L'émergence de la figure du conseiller « expert »**

Le conseiller « expert » revendique son inscription dans le champ judiciaire. Pour être légitime, le conseiller prud'homme doit être reconnu comme véritable magistrat. La rationalité dominante, portée par l'organisation, est ici l'efficacité. Dit autrement, l'organisation rend rationnelle l'adoption de normes comportementales consistant à mettre entre parenthèses la recherche de l'équité lorsque cela est « fonctionnellement » nécessaire. Dès lors, l'introduction de l'équité est envisageable lorsqu'elle ne nuit pas à l'efficacité de l'action, ni à la « qualité » juridique de la décision, qui devra résister à l'appel. De ce fait, la recherche d'efficacité procédurale des « experts » n'est plus seulement un moyen : le moyen se confond avec l'objectif.

Nous l'avons évoqué, les conseillers sont souvent confrontés aux mêmes types de litiges. Plus précisément, ils sont régulièrement amenés à sanctionner le non-respect des mêmes règles de droit. Pour le conseiller « expert », dans ce type de cas, choisir la règle la plus immédiate, sans travail sur les sources de droit, notamment la jurisprudence, constitue la manière la plus efficace de produire le jugement. Rappelons que cette posture ne peut concerner toutes les affaires traitées par les conseillers « experts », mais uniquement les litiges pouvant être aisément caractérisés juridiquement. Par ailleurs,

---

<sup>952</sup> Entretien B26, CS/Industrie.

<sup>953</sup> Entretien C6, CS/Commerce.

la décision des conseillers « experts » n'est pas plus fondée juridiquement que celle des « institués », mais elle apparaît plus « évidente », au détriment de l'équité :

*« Sinon, il y a le cas typique : la lettre de licenciement. C'est super cadré, il faut le recommandé, il faut l'énoncé précis, il faut le délai avec l'entretien, bon, tout ça. Alors, le truc, c'est que souvent, très souvent, vraiment, il y a un truc qui va pas dans la lettre quand ça vient d'une petite boîte. Ca, tu peux être certain que si ça vient d'une petite boîte, y'aura quelque chose qui cloche. Donc, là... et puis c'est malheureux pour la boîte, enfin je sais ce que c'est, c'est dur pour eux, y'a pas de juriste ni rien. Ben oui mais moi, j'ai le code à respecter, et puis nul n'est censé ignorer la loi. Donc j'y peux rien, moi, c'est mon devoir de sanctionner, à ce moment là faut revoir la loi. Mais moi, j'y suis pour rien »<sup>954</sup>.*

Il ne s'agit pas ici d'une représentation du droit comme contrainte, dont nous avons évoqué les grandes lignes plus haut, puisque l'approche « procédurière » du conseiller « expert » relève d'un choix, légitimé dans l'optique rationnelle-légale de Weber. L'« expert » semble ne regretter que faiblement le déficit d'équité qui en résulte, ou du moins n'en prend pas la responsabilité, selon le mécanisme classique consistant à transférer cette responsabilité au niveau du législateur dont il ne fait qu'appliquer les règles.

Ainsi, la réflexion juridique joue-t-elle un rôle prépondérant dans l'élaboration du jugement : la mobilisation du droit précède la décision. Les « experts » se montrent de ce fait très critiques à l'égard des conseillers présentant des lacunes au niveau juridique, tout comme ils se montrent très nuancés au sujet de l'étape de la conciliation, pour laquelle ils ne s'investissent que faiblement. Les parties et leurs avocats sont les responsables du faible taux de réussite en bureau de conciliation, taux sur lequel ils estiment n'avoir qu'une marge de manœuvre réduite. Dès lors, la procédure de conciliation est bien souvent considérée comme une perte de temps :

*« Je sais que tout le monde ne partage pas cet avis, c'est-à-dire je me garde bien d'en parler, bon là, à vous, mais disons, je ne serais pas si chagriné que ça si la conciliation était, et bien, était remplacée. C'est-à-dire que ça peut être important, ça l'était, mais ça me semble de plus en plus, disons difficile, aujourd'hui. Je suis un peu lassé de ces matinées passées sur un truc un peu perdu d'avance. Parce que faut savoir qu'on peut souvent rien y faire [...]. Donc oui, c'est important, mais il faut aussi savoir que, enfin voir les choses en face, disons, c'est que de plus en plus, c'est une partie perdue d'avance »<sup>955</sup>.*

Les conseillers « experts » ne rejettent pas totalement la logique de l'institution, ils restent attachés à la juridiction prud'homale. Autrement dit, sans remettre en cause leur engagement, les sphères d'investissement sont déplacées. Selon l'« expert », l'organisation est une bonne chose, puisqu'elle apporte une légitimité à la juridiction en la rendant plus « performante ». Plus précisément, il estime que la juridiction prud'homale puise sa légitimité dans la cohabitation entre institution et organisation. Les prud'hommes ne peuvent se permettre de rejeter l'organisation :

---

<sup>954</sup> Entretien B18 bis, CE/Activités diverses.

<sup>955</sup> Entretien B2 bis, CS/Encadrement.

*« Tous ces chipotages, ça m'énerve. [...]Faut enlever sa casquette, c'est tout. C'est à cause de ça qu'on n'est pas toujours crédibles. (plus virulent) Bon sang, c'est pas bien compliqué à comprendre, ça. J'ai l'impression qu'ils se sabotent eux même, voyez ce que je veux dire, ils comprennent pas, ils restent butés »<sup>956</sup>.*

### **1.3. La banalisation de l'« électron libre »**

Nous avons évoqué le cas des conseillers qui se placent dans une posture de défense systématique des membres de leur collège, proche du mandat impératif. Ces conseillers, très rapidement stigmatisés, étaient conduits à se conformer aux mécanismes de coordination entre conseillers ou fortement poussés à la démission. Avec la progression constante de la proportion de conseillers issus des listes UNSA et Solidaires, favorisée, nous l'avons vu, par le nouveau découpage de la carte judiciaire, la figure de l'« électron libre » devient de moins en moins marginale, et sa stigmatisation de plus en plus difficile.

Si ces conseillers rejettent complètement l'organisation, leur attachement à l'institution est aussi très limité : le sentiment d'appartenance à leur OSP ou à leur collège est plus fort que le sentiment d'appartenance à l'institution. Très éloignés de l'univers judiciaire, leurs pratiques sont ainsi structurées autour de l'appartenance syndicale ou patronale. De ce fait, le positionnement en délibéré est conflictuel. Le départage, auquel ils n'hésitent pas à recourir, est un moyen de pression au cours de négociations qu'ils regrettent mais ne peuvent éviter. Les prud'hommes ne sont certainement pas pour eux un lieu de pacification des relations sociales mais un lieu d'affrontement entre salariés et employeurs. L'objectif de ces « électrons libres » est d'attribuer quoi qu'il arrive, le maximum d'indemnités aux membres de leur collègue :

*« -Ben en délibéré, je lâche rien, c'est comme ça. C'est un peu un combat, mais c'est comme ça, c'est tout. Ce sont pas des patrons qui m'ont élu, pas vrai ?*

*- Et quand vous pensez que, enfin si vous pensez que le salarié à tort, vous...*

*- (me coupant) Non, non, non, ça marche pas comme ça, non. Même s'il a fait une connerie, bon je dis pas, on fait tous des conneries, je suis pas là pour l'enfoncer, c'est pas mon rôle, c'est (insistant sur chaque syllabe) pas mon rôle. J'ai été élu par des (insistant sur le mot) salariés, et donc je défends les (insistant sur le mot) salariés. C'est tout, point barre. Je suis pas buté, ça je sais que T. il le dit, bon déjà mardi il me l'a dit entre quatre yeux, c'est déjà mieux que dans mon dos comme on me disait, y'a P. aussi, bon... mais je sais pas, moi, je suis comme, euh... je fais mon rôle, c'est tout et c'est comme ça. C'est pas buté ça, c'est pas buté, c'est le respect des salariés, c'est eux qui m'ont élu »<sup>957</sup>.*

L'isolement de ces conseillers reste important, mais leur « contrôle » par les « experts » (qui leur reprochent de nuire à l'organisation) et les « institués » (qui leur reprochent de nuire à

---

<sup>956</sup> Entretien C9, CE/Activités diverses.

<sup>957</sup> Entretien B37, CS/Agriculture.

l'institution à travers leurs positions de principe) est de plus en plus difficile. Les « électrons libres », de plus en plus nombreux, profitent donc également de la confrontation entre « experts » et « institués » pour évoluer de plus en plus librement. Leur positionnement contre les « experts » et les « institués » se donne à voir dans leurs discours à travers l'utilisation très fréquente du « je ».

L'extraction de certaines variables<sup>958</sup> nous permet d'affiner notre typologie. On trouve une part relativement plus importante de conseillers « experts » au sein du collège employeur, mais les conseillers du collège salarié peuvent également entrer dans cette catégorie. Les « électrons libres », quant à eux, appartiennent essentiellement au collège salarié, même si nous avons pu identifier cette posture chez quelques rares conseillers du collège employeur (essentiellement des gérants de TPE, PMI ou PME). Contrairement à ce que l'on pourrait penser, les variables de l'ancienneté et de l'âge ne semblent pas constituer des variables pertinentes dans la répartition des conseillers « experts » et « institués ». Par contre, les « électrons libres » exercent, pour une grande majorité d'entre eux, leur premier mandat<sup>959</sup>. La variable de l'appartenance syndicale n'est pas centrale, même si nous constatons que les conseillers salariés appartenant à la CGT sont sous-représentés chez les conseillers « experts » (trois cas), tandis que les conseillers appartenant à la CGPME sont sur-représentés. Ceci appuie notre hypothèse selon laquelle les conseillers prud'hommes prennent, de manière générale, leur distance vis-à-vis de leur organisation syndicale ou patronale. La prise en compte des degrés d'investissement, d'intégration ou du nombre de responsabilités exercées au niveau syndical ou patronal nous conduit à modérer ces propos, puisque que les « électrons libres » semblent beaucoup plus investis au sein de leurs OSP que les autres conseillers.

La variable de la section d'appartenance est plus clivante : nous n'avons pu classer que deux conseillers de la section industrie dans la catégorie des conseillers « experts ». Sans tirer de conclusions définitives, nous pouvons émettre l'hypothèse qu'un rapport au droit plus distancié de la part des conseillers de la section industrie rend moins évidente l'adhésion à la logique partagée par les conseillers « experts ». Nous avons par ailleurs constaté qu'une très large part des conseillers « institués » avait eu affaire à la juridiction prud'homale avant leur prise de fonction, en tant que partie au procès, représentant de leur entreprise ou défenseur syndical. Le constat est intéressant, car il tend à montrer que l'adhésion forte aux valeurs de l'institution, le refus de la prédominance du modèle de l'organisation, sont notamment portés par les conseillers ayant fait l'expérience, a priori positive, de l'institution en tant qu'« usagers »<sup>960</sup>. Signalons que les femmes semblent se ranger majoritairement du côté des « experts », sans que nous parvenions à émettre d'hypothèses pour l'expliquer.

---

<sup>958</sup> Nous reprenons ici les variables ayant été retenues pour le choix des personnes rencontrées dans le cadre de notre travail de terrain. Cf. « Notes méthodologiques ».

<sup>959</sup> Ce qui illustre l'efficacité du travail de stigmatisation des comportements déviants par les acteurs de l'institution. Nous pensons cependant que ceci est amené à évoluer.

<sup>960</sup> Ou ayant eu une mauvaise expérience de l'organisation.

On comprend aisément que les postures adoptées par les conseillers « experts », les « institués » et les « électrons libres » peuvent être à l'origine de blocages au cours de la procédure.

## 2. Les conflits de rationalité

L'émergence de l'organisation au sein de l'institution est à l'origine de conflits de rationalité, entre des idéaux d'équité, de réparation des injustices, de respect et de service au justiciable et la mise en avant d'une dimension technique, d'une logique d'efficacité, réduisant la juridiction à sa dimension « productive ». Car l'organisation, nous l'avons vu, ne relève pas de la même rationalité que l'institution.

### 2.1. L'équitable et l'efficace

Là où l'organisation met en avant la rationalité ou l'efficacité, l'institution s'appuie sur la légitimité ou le sacré. Pour autant, la rationalité « institutionnelle » n'est pas uniquement axiologique, tout comme la rationalité organisationnelle ne peut être purement instrumentale. Nous avons notamment évoqué la part d'instrumental au sein de l'institution prud'homale.

Mais le formalisme instrumental dénature les croyances, les conseillers perdant « *leur fraîcheur et leur naïveté institutionnelle* »<sup>961</sup>. Il ne permet pas de prendre en compte les subjectivités. Face à ces nouvelles responsabilités, le conseiller devient, pour reprendre une formule d'Alain Ehrenberg, « *incertain* »<sup>962</sup>. Il est contraint de gérer des logiques opposées, il ne s'insère plus dans un ensemble homogène de valeurs et d'identités.

L'émergence de l'organisation opère ainsi un déplacement de la légitimité de l'action, puisque la légitimité rationnelle fondée sur l'efficacité se substitue progressivement à la légitimité en valeur<sup>963</sup>. Les arguments de légitimation passent ainsi vers un registre plus technique, orientée vers les finalités de l'action. Les outils d'évaluation permettent en effet essentiellement de mesurer l'efficacité de l'action, et non pas son déroulement. Dès lors, les contraintes (comme la limitation des temps indemnisés), les pressions vécues comme menaces par les conseillers (concernant notamment la réforme de la carte judiciaire), se substituent aux incitations en valeurs.

---

<sup>961</sup> Dubet F., *Le déclin de l'institution*, Le seuil, collection L'épreuve des faits, Paris, 2002.

<sup>962</sup> Ehrenberg A., *L'individu incertain*, Paris, Calmann-Lévy, 1995, cit. in Dubet F., *Le déclin de l'institution*, Le seuil, collection L'épreuve des faits, Paris, 2002.

<sup>963</sup> Dubet F., *Le déclin de l'institution*, Le seuil, collection L'épreuve des faits, Paris, 2002.

## 2.2. La confrontation entre le monde civique et les mondes industriel et marchand

L'approche dite des « économies de la grandeur » permet de préciser notre analyse. Pour Boltanski et Thévenot, les relations entre individus reposent sur des grandeurs communes, des systèmes d'équivalence partagées, leur permettant de retrouver des repères, de guider la relation et caractériser la situation<sup>964</sup>. Ces systèmes se déploient dans des « mondes » au sein desquels des principes sont activés de manière cohérente. Dit autrement, la coordination entre individus varie selon le ou les « mondes »<sup>965</sup> dans lesquels s'inscrit la situation étudiée. Les auteurs relèvent six différents « mondes » : l'inspiration, le domestique, l'opinion, le civique, le marchand et l'industriel. Dans chacun de ces « mondes », un « rapport de grandeur »<sup>966</sup> peut être caractérisé, entre ce qui est considéré comme « petit » ou « grand » aux yeux des individus, en fonction des justifications qu'ils avancent sur la nature de leurs relations. Si l'équité, dans le monde civique, confère l'« état de grand » aux individus mettant au centre de leurs pratiques ce principe, il n'en est pas de même dans le monde industriel, pour qui le « grand » sera le performant, le fonctionnel. On retrouve ici l'idée de hiérarchisation des principes constitutifs du commun évoquée plus haut, qui constituerait dans ce cadre une modification des rapports de grandeur, causée par la rencontre, voire la confrontation, entre différents mondes. Dans notre cas, il semble que les principes du monde civique que porte l'institution, tel l'équité, se heurtent aux principes du monde industriel et, dans une moindre mesure ici, du monde marchand, portés par l'organisation. Dans le monde industriel, la performance technique et la science sont au fondement de l'efficacité, tandis que le monde marchand met au centre de la justification de son action la performance dans une optique concurrentielle. Du point de vue des mondes industriel et marchand, le civique souffre de la contrainte de ses règles, qui constituent un frein à la performance. Pour le civique, les principes du monde marchand s'opposent à la notion de « service public ». Ceci est renforcé par le fait que le droit peut s'inscrire en même temps dans ces trois mondes. Le droit a en effet une proximité plus grande avec les modèles de « cité » civique ou marchande qu'avec le domestique ou l'inspiration<sup>967</sup>. L'interprétation en droit renvoie ainsi à la multiplicité des mécanismes de justification à l'œuvre dans les différents mondes.

## 2.3. Vers un recours généralisé au compromis

---

<sup>964</sup> Boltanski L, Thévenot L., *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

<sup>965</sup> Bien évidemment, chacun de ces mondes « idéal-typiques » n'a qu'une existence théorique. Chaque situation donne lieu à des rencontres entre mondes.

<sup>966</sup> Ibid.

<sup>967</sup> Berten A., « D'une sociologie de la justice à une sociologie du droit », *Recherches sociologiques*, 1993.

L'identification à ces mondes est nécessaire pour construire les accords en référence à un « *principe supérieur commun* »<sup>968</sup> permettant de résoudre les conflits résultant de leur rencontre. En l'absence de ce « *principe supérieur commun* », la coordination ne peut plus reposer sur un répertoire homogène : les individus ne sont alors plus dans le même monde. Les conseillers se voient de ce fait contraints d'accepter une coordination instable, autour de compromis, voire de compromissions, et de micro-accords locaux. C'est dans ce renoncement à l'universel et à l'unanime, aussi, que les conseillers « experts » et « institués » reconnaissent l'organisation. Les différents mondes peuvent certes coexister sans conflit, mais l'entente n'est alors que provisoire. Avant que les figures du conseiller « expert » et de l'« électron libre » ne se développent, la plupart des conflits pouvait être résolue dans le même monde. Désormais, les conseillers ne peuvent mettre fin à la discorde que dans le cadre d'un simple arrangement, d'un accord local non généralisable et provisoire. De ce fait, le lien social repose de moins en moins sur le commun mais sur la nécessité de s'entendre rapidement. Il en découle un recours systématisé aux « micro-transactions », favorisant le développement d'une recherche généralisée du compromis, jugée suspecte par les acteurs du monde judiciaire, comme l'explique cette avocate :

*« Forcément, dans le compromis, il y a toujours quelque chose de suspect. C'est-à-dire que le justiciable, il peut être prisonnier, en quelque sorte, prisonnier des discussions, des arrangements, bon même je dirais parfois les magouilles, hein. Il y a un risque énorme, et je ne pense pas que ça grandisse les prud'hommes »*<sup>969</sup>.

Ainsi, la recherche de compromis, qui était localisée et non systématique au cours des délibérés prud'homaux, tend à se généraliser. On voit bien ici que l'émergence de l'organisation entraîne l'apprentissage de conduites potentiellement peu favorables à l'institution. Pire, l'affaiblissement de l'institution rend légitimes et pertinents des arguments qui ne l'étaient pas auparavant : les praticiens du droit détracteurs de l'institution y voyaient notamment une « *juridiction du compromis* »<sup>970</sup>, qu'il était nécessaire de réformer. Certains effets produits par les différentes réformes apparaissent ainsi contraires aux effets souhaités, la disparité des jugements rendus risquant notamment de s'accroître.

Ainsi mis en concurrence, ces modèles de rationalité perturbent la caractéristique centrale de l'institution, sur laquelle sont construits les mécanismes de coordination entre conseillers : la dimension paritaire de la juridiction.

---

<sup>968</sup> Boltanski L, Thévenot L., *De la justification. Les économies de la grandeur*, op. cit.

<sup>969</sup> Entretien E2.

<sup>970</sup> Poissonnier G., Duhamel J.-C., « Plaidoyer pour l'échevinage prud'homal », *Jurisprudence sociale Lamy*, n°117, 2003.

### 3. Le glissement des sphères d'identification

#### 3.1. La parité perturbée

Au fondement de l'entente entre conseillers, on retrouve la nécessité de dépasser les oppositions entre collègues. La coordination est ainsi construite autour de la parité, qui est mise à mal au sein des conseils par l'émergence des employeurs de l'économie sociale et par l'émergence de l'organisation, à travers la figure des conseillers « experts ».

##### 3.1.1. L'émergence des employeurs de l'économie sociale

Nous l'avons vu, les listes de l'association des employeurs de l'économie sociale (AEES) ont réalisé la progression la plus importante lors des élections de décembre 2008. Le score de l'AEES est en effet passé de 11,29% en 2002 (279 élus) à 18,97% (462 élus) en 2008, avec un score de 34,4% dans la section activités diverses, seule section, avec la section encadrement, dans laquelle l'organisation a présenté des listes<sup>971</sup>. L'enjeu est d'importance pour l'AEES, puisque un score « significatif » aux élections prud'homales lui permet d'être entendue, au niveau national, au même titre qu'une organisation comme le MEDEF, par exemple<sup>972</sup>.

Les conseillers de l'AEES, par leurs représentations singulières du modèle de « l'employeur »<sup>973</sup>, perturbent la cohésion du collège employeur et, par là même, le fonctionnement paritaire de l'institution<sup>974</sup>. On retrouve cette idée dans ces propos de Laurence Parisot, s'exprimant au sujet de l'union du MEDEF, de la CGPME, de la FNSEA et de l'UNAPL aux élections prud'homales, et évoquant de manière à peine détournée les employeurs de l'AEES, « *notre union est la garantie de la cohésion du collège employeurs [...]. Cette cohésion est indispensable à l'équilibre des débats aux prud'hommes* »<sup>975</sup>. Certains conseillers du collège employeur rencontrés se sont d'ailleurs montrés très « réservés » quant à la présence de ces « faux patrons » dans le collège employeur :

---

<sup>971</sup> Notons que les listes « encadrement » proposées par l'AEES sont de moins en moins rares et « anecdotiques ». Si, en 2002, , au niveau national, seuls deux conseillers employeurs de la section encadrement avaient été élus sur une liste de l'AEES, ils ont été 19 à l'être en 2008.

<sup>972</sup> Le MEDEF semble d'ailleurs peu enclin à laisser s'asseoir l'AEES aux tables de négociations entre partenaires sociaux. A ce titre, la progression de l'AEES pourrait amener le MEDEF à relancer le débat sur la représentativité des organisations patronales (dit autrement, à s'intégrer aux débats menés au sujet de la représentativité des organisations syndicales).

<sup>973</sup> Quelques jours avant les élections, dans *Libération*, un article leur est consacré, ayant pour titre : « Ces patrons qui prennent le capitalisme à contre-pied », *Libération*, édition du 2 décembre 2008.

<sup>974</sup> Dans le cadre de son travail de terrain, Jean Philippe Tonneau a d'ailleurs rencontré plusieurs conseillers de l'AEES auparavant membres du collège salarié car présentés sur des listes syndicales (notamment la CGT et la CFDT). Tonneau J.P., « Entre légitimité juridique et légitimité politique. Les relations entre avocats et conseillers salariés aux prud'hommes », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>975</sup> « Le MEDEF table sur la clarté et la proximité », *Le Figaro*, édition du 25 novembre 2008.

« Quand je siège avec C., c'est un peu plus compliqué. Enfin C., ça va, je l'aime bien, vraiment, on s'entend bien, il comprend que... enfin, ça va, quoi. Mais... disons, c'est quand même pas une bonne chose, enfin, je dis ça, ça n'engage que moi, mais je ne suis pas certain que ce soit une bonne chose, l'économie sociale ici. En tout cas pas dans notre collège. Je veux dire, ils seraient peut être plus à l'aise aux côtés des salariés, enfin, pas tout à fait mais... en tout cas, en formation, on nous dit de se méfier un peu, parce qu'avec leur profil, ils peuvent mettre... euh... la pagaille, enfin.... Leur avis est parfois surprenant. Je suis pas certain qu'ils aient leur place ici, on peut pas être dans une instance paritaire et se situer au milieu. Y'a de la bayrouïte aigüe dans cette histoire. Faudrait qu'ils soient un peu plus clairs, voilà, c'est ça, plus clairs, qu'il y ait moins d'ambiguïté »<sup>976</sup>.

Les conseillers de l'AEES ont tout à fait conscience de l'ambiguïté de leur position, comme ce conseiller déclarant avoir « *le cul entre deux chaises* » :

« Alors oui c'est une réalité. A la fois je suis plutôt vécu par mes collègues du MEDEF comme étant pro-salarié, ce qui pour moi n'est pas une réalité parce que mes collègues me disent que parfois je m'oppose alors que mon collègue est d'accord pour avoir une position convergente avec celle des salariés, mais c'est vrai que j'ai une approche peut-être du problème qui n'est pas ni celle du salarié, ni celle de l'employeur, mais qui se situe entre les deux en fait, parce que justement l'employeur d'économie, il est peut-être à la fois préoccupé parce qu'il a été bien souvent en amont salarié, comme beaucoup de gens mais peut-être moins que les employeurs qui sont employeurs d'office, tout de suite, et pas des salariés, et donc il y a peut-être une petite musique là dans ma tête, qui résonne, de ce qu'on peut vivre quand on est salarié, et en même temps d'être employeur parce que je l'étais quand j'ai été élu et puis je le suis aussi par mes fonctions d'aujourd'hui, mais avec cet esprit qui est celui du MEDEF. Ça fait qu'il y a un positionnement qui est différent. Je dirais, aujourd'hui il y a trois entités presque. Alors en même temps je devrais pas dire ça mais il y a les représentants des salariés et puis il y a deux représentants des employeurs. Mais en même temps c'est la réalité des choses, moi je ne suis pas le MEDEF »<sup>977</sup>.

De ce fait, lorsqu'il est présent au sein d'une formation de délibéré, le conseiller employeur de l'économie sociale semble être « la » personne à convaincre :

« On n'est pas trop cons non plus, on sait très bien que si on arrive à le convaincre [le conseiller de l'AEES], c'est gagné. [...] On sent tout de suite si y'a moyen ou pas. Quand il commence à se taire, à froncer les sourcils, on sait qu'il est pas complètement convaincu, quoi (rires). Du coup, c'est là qu'il faut y aller »<sup>978</sup>.

Les conseillers employeurs de l'économie sociale, de par leur profil, ne peuvent que difficilement s'identifier aux « électrons libres ». Ils se rangent ainsi du côté des « institués », éventuellement du côté des « experts ». Ils partagent ainsi, de manière générale, les valeurs portées par l'institution, peut être même plus systématiquement que les autres conseillers, étant moins marqués par une appartenance syndicale ou de collège. S'ils ne perturbent évidemment pas systématiquement l'entente au sein des formations, ils troublent les mécanismes permettant les écarts

---

<sup>976</sup> Entretien B25, CE/Activités diverses.

<sup>977</sup> Entretien A11, CE/Activités diverses.

<sup>978</sup> Entretien B27, CS/Activités diverses.

au commun, à travers l'investissement des conseillers par collègue. De ce fait, l'investissement séquencé des conseillers du collège employeur devient problématique, puisqu'ils ne peuvent plus compter sur le soutien systématique de leurs collègues employeurs, lorsque ces derniers appartiennent à l'AEES. Leur marge de manœuvre face aux conseillers salariés se retrouve donc affaiblie. En ce sens, l'atteinte au principe de parité perturbe considérablement les mécanismes de coordination entre conseillers, ce qui est accentué par l'émergence des conseillers « experts ».

### 3.1.2. L'expert et son collègue

La rencontre entre l'univers de l'« expert » et l'univers de l'« institué » bouleverse de manière considérable les pratiques de jugement. Le conseiller « expert » perturbe la parité en refusant les négociations collègue contre collègue. Le discours de collègue est ainsi peu admis. Le « on » du discours des experts renvoie dès lors le plus souvent à l'ensemble des conseillers prud'hommes, voire à l'ensemble des magistrats (« *oui, on a une mission, mais c'est faire respecter la loi et rien d'autre* »<sup>979</sup>).

La formation paritaire ne constitue plus l'élément structurant, puisque sa composition évolue selon les audiences et les délibérés. La présence aléatoire de conseillers de l'AEES ou d'« experts » au sein des formations perturbe les mécanismes d'identification par collègue des conseillers et par là même les postures adoptées en délibéré. C'est donc l'organisation de l'activité de délibéré qui tend à se bloquer.

Le repérage des pratiques déviantes, ainsi que la stigmatisation de ces pratiques, qui renforçait le commun de l'institution, deviennent problématiques. En effet, tout comme les « électrons libres », les « experts » peuvent être déviants aux yeux des « institués »<sup>980</sup>. Nous l'avons évoqué, par ailleurs, le renforcement progressif de la part des « électrons libres » rend plus difficile, mécaniquement, leur stigmatisation.

A l'affaiblissement du sentiment d'appartenance à un collègue chez les conseillers « experts » et les employeurs de l'AEES, on constate un glissement des sphères d'identification, du conseil à la section.

### 3.2. L'identification à la section

---

<sup>979</sup> Entretien B34, CS/Activités diverses.

<sup>980</sup> Même si experts et institués s'entendent pour caractériser les électrons libres de déviants.

Avec la multiplication des indicateurs d'activité, mis en place au niveau de la section, se développe un déplacement d'échelle de l'identification : l'appartenance identitaire se « localise » de plus en plus au niveau de la section, de moins en moins au niveau du conseil.

Nous avons, en effet, été surpris par le nombre de conseillers se sentant peu concernés par certains « mauvais » résultats au niveau du conseil. On comprend tout particulièrement cette posture lorsque l'on analyse les résultats des évaluations sections par sections. A titre d'exemple, une seule section était responsable, en 2005, au sein de CPH de *Ville A*, de près de 62% des départages enregistrés :

*« Nous, on fait notre boulot, c'est vrai qu'on s'entend bien, c'est très correct. Mais y'a certaines sections où ça part complètement en vrille et c'est bien dommage, ça. Je comprends pas comment ils font, on dirait qu'ils font tout pour gâcher le, le... le travail qui est fait »<sup>981</sup>.*

Les conseillers se « désolidarisent » ainsi des résultats à l'échelle du conseil lorsque les chiffres de leur section sont estimés « meilleurs ». Ceci se donne particulièrement à voir à travers l'utilisation du « nous » dans certains discours, renvoyant, dès que sont soulevées des problématiques relatives à l'évaluation de l'activité, non pas aux conseillers prud'hommes dans leur ensemble, ni aux conseillers du CPH, mais à ceux de la section d'appartenance. Le « nous » s'oppose ainsi à la section dans laquelle les résultats de l'évaluation sont jugés insatisfaisants. Dans ce cas, les fautes ne sont bien souvent pas « individualisées », comme c'est le cas, nous l'avons vu, à l'échelle de la formation : la section tout entière est responsable de ses mauvais résultats, faisant baisser les « performances » du conseil<sup>982</sup>. Ceci accentue le contrôle social et la pression réalisés par les conseillers des sections les plus « performantes » sur les présidents et vice-présidents de section, qui ont tout intérêt à adopter la vision des conseillers « experts ».

Précisons, comme le remarquent Guy Patrice Quétant et Jacques Villebrun, que le principe du découpage par section a de moins en moins de signification, les conventions et textes applicables étant très différents au sein de chaque section<sup>983</sup>. De ce fait, l'identification à la section résulte plus de la spécialisation de l'évaluation à cette échelle que d'un supposé partage de références et de compétence communes.

Le renforcement du sentiment d'appartenance à la section peut paraître paradoxal pour deux raisons. D'une part, les « menaces » perçues par les conseillers ne peuvent être situées qu'au niveau d'un conseil, ou de l'institution dans son ensemble, certainement pas au niveau de la section. D'autre

---

<sup>981</sup> Entretien B8, CS/Encadrement.

<sup>982</sup> Même si les présidents et vice-présidents de section sont pointés du doigt pour ne pas être capables d'améliorer ces résultats.

<sup>983</sup> Villebrin J., Quétant G-P, *Traité de la juridiction prud'homale*, LGDJ, 3ème édition, Paris, 1998.

part, les conseillers « experts » privilégient, nous l'avons vu, un discours basé sur « le » conseiller prud'homme, pris dans sa généralité. Mais la section constitue l'espace le plus pertinent de mesure de la performance. Pris individuellement, les résultats de l'évaluation n'auraient pas de sens, tout comme ils ne sont pas envisageables au niveau des formations, celles-ci évoluant constamment. Dès lors, la mesure des performances à l'échelle de la section est la seule qui permette une identification efficace des responsabilités par rapport aux résultats du conseil, et par là même la fixation d'objectifs, toujours très flous, mais plus localisés.

—

L'émergence de l'organisation modifie les mécanismes de coordination entre conseillers, et donc leur activité de jugement, qui repose de manière de plus en plus marquée sur une volonté d'optimisation du traitement du contentieux. L'émergence des conseillers « experts », ainsi que l'augmentation de la part de conseillers issus de l'AEES au sein des conseils, perturbent la parité et rendent plus instables les relations sociales. Ceci est accentué par la banalisation de la figure de l'électron libre, qu'il est de plus en plus difficile de maîtriser. Dès lors, l'entente lors du délibéré tend à reposer de plus en plus fréquemment sur des accords locaux, spécifiques au litige, ce qui favorise le recours au compromis et tend à augmenter le taux de départition.

Intuitivement, on comprend que l'évolution des pratiques des conseillers risque d'avoir des conséquences sur la manière dont sont traités, aujourd'hui, en France, les conflits individuels du travail. Mais pour évaluer plus précisément l'impact des facteurs organisationnels sur les processus de décision des conseillers prud'hommes, il nous faut recontextualiser les situations dans lesquelles ils sont amenés à produire ces jugements.

## Chapitre 9

### L'évolution progressive de la mission de l'institution

---

Nous avons vu à quel point les différentes réformes des prud'hommes touchaient l'institution dans ses fondements, faisant évoluer les pratiques des conseillers en délibéré. Mais au-delà de ces réformes ayant directement pour objet l'institution prud'homale, l'institution est aussi touchée de manière indirecte. Face aux réformes du droit du travail, face à l'évolution de la nature des conflits que la juridiction est amenée à traiter, la mission de l'institution évolue progressivement. De ce fait, on ne peut étudier l'évolution des pratiques de jugement des conseillers sans avoir saisi l'évolution de la nature des conflits qui leur sont soumis, ainsi que la « matière » avec laquelle ils travaillent, c'est à dire les règles législatives ou réglementaires sur lesquelles reposent leurs jugements<sup>984</sup>.

#### 1. L'institution prud'homale face aux évolutions du droit du travail

Lorsque le droit social évolue, l'activité des conseillers, ou ses modalités, sont également susceptibles d'évoluer : toute réforme du code du travail est susceptible de toucher l'institution prud'homale. Pour de nombreux acteurs proches de la juridiction, les réformes actuelles portent directement atteinte aux prud'hommes. Selon Gilles Humel (CGT), « *les réformes du code du travail et du contrat de travail, avec le contrat unique, ouvrent la voie de la suppression des conseils de prud'hommes* »<sup>985</sup>.

##### 1.1. La modernisation du marché du travail et le rétrécissement de l'espace d'intervention des conseillers

Parmi ces réformes, on trouve certaines dispositions de l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail (ANI).

---

<sup>984</sup> L'évolution du contexte économique et politique constitue ainsi une variable importante. Pour les conseillers, cette évolution se traduit essentiellement à trois niveaux : 1) Au niveau structurel, concernant l'organisation de leur activité, par l'intermédiaire des réformes de l'institution prud'homale 2) Au niveau juridique, en ce qui concerne l'évolution progressive de l'encadrement par le droit de la relation de travail, qui constitue leur outil de travail 3) Au niveau de l'évolution de la nature des conflits étant portés devant la juridiction prud'homale, qui change quelque peu la nature de leur activité.

Après avoir examiné, au chapitre précédent, le premier point, nous nous proposons d'étudier au sein du présent chapitre les deux points suivants. Nous avons pris et prendrons soin de mentionner, pour chaque point, les causes des évolutions législatives, juridiques ou structurelles, afin de cerner l'évolution du contexte économique et politique dans lequel agissent les conseillers.

<sup>985</sup> L'humanité, édition du 25 octobre 2007.

### **1.1.1. Les principes de l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail**

L'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008<sup>986</sup> introduit, notamment, les contrats de missions en entreprise, pour la « réalisation d'un objet défini », la « rupture conventionnelle », qui permet de rompre le contrat de travail à l'amiable, ainsi que l'allongement de la période d'essai pour les CDI<sup>987</sup>. Seule la CGT a refusé de signer cet accord, contrairement à la CFDT, la CFTC, la CGC et FO.

Pendant les négociations, d'autres mesures furent évoquées, sans succès, par les organisations patronales, telles le plafonnement des indemnités pouvant être versées en exécution d'une décision prud'homale ou la suppression des exceptions prévues au principe d'interdiction de la réintégration forcée des salariés à l'entreprise<sup>988</sup>.

L'ANI présente le contentieux judiciaire, et plus particulièrement le contentieux prud'homal, comme un obstacle à cette « modernisation du marché du travail ». Il s'agit ici de développer une légalité « non étatique », plus conventionnelle, l'Etat fixant simplement les normes de procédure encadrant l'accord. Ainsi, l'objet des négociations a porté sur les moyens de concilier l'introduction de « *plus de flexibilité dans le domaine du travail* » afin d'« *encourager l'emploi* »<sup>989</sup> et la sécurisation du parcours professionnel des salariés. Dit autrement, il s'agissait moins, pour les organisations syndicales, de lutter contre cette flexibilité que de l'encadrer, en offrant en « compensation » un certain nombre de garanties aux salariés. Au centre des débats, le principe, souhaité par le MEDEF depuis plusieurs années, de « rupture par consentement mutuel du contrat de travail », devenu « séparabilité à l'amiable » puis rebaptisé « rupture conventionnelle ».

### **1.1.2. La rupture conventionnelle ou la renonciation aux droits du licenciement**

---

<sup>986</sup> Le contenu de cet accord a été rendu obligatoire à tous les employeurs et salariés du secteur privé par la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, par les décrets n°2008-715 et 2008-716 du 18 juillet 2008 portant diverses mesures relatives à la modernisation du travail, et par l'arrêté du 23 juillet 2008 portant extension de l'ANI.

<sup>987</sup> Notons qu'une nouvelle obligation, à la charge du demandeur (qui est, dans plus de 99% des cas, rappelons le, le salarié), avait été introduite par l'accord du 11 janvier 2008 : « le demandeur adresse au défendeur l'objet de sa réclamation préalablement à la saisine du conseil de prud'hommes ». Cette obligation offrait aux employeurs l'avantage de connaître par avance les termes de la réclamation, et risquait d'influer sur la formulation des prétentions ainsi que sur la détermination de l'objet du litige par le salarié. Cette disposition, qui a été jugée contraire au code de procédure civile, n'a pas été reprise dans les décrets d'application. Cf. Grumbach T., Serverin E., « Le contentieux prud'homal, après la négociation sur la modernisation du marché du travail », Revue de droit du travail, avril 2008.

<sup>988</sup> Dépêche AFP, 04 octobre 2007.

<sup>989</sup> Propos de Laurence Parisot, Le Figaro, édition du 9 janvier 2008.

La rupture conventionnelle permet au salarié et à l'employeur de mettre fin au contrat de travail qui les unit moyennant allocation d'une indemnité forfaitaire convenue à l'avance. Elle ouvre droit à des indemnités de départ et, éventuellement, à l'assurance-chômage. La rupture conventionnelle suppose la signature d'un accord tant sur le principe de la rupture du contrat que sur le montant de l'indemnité conventionnelle. Les ruptures conventionnelles doivent être soumises pour homologation aux directions départementales du travail (le silence valant acceptation de l'homologation). Selon une étude de la Dares<sup>990</sup>, le nombre d'homologations s'établissait fin juin 2009 à 111 670 depuis l'entrée en vigueur du dispositif en juillet 2008.

Au terme d'un délai de douze mois suivant l'homologation, la convention de rupture revêt les effets d'une transaction, ne pouvant plus, en théorie, être remise en cause devant la juridiction prud'homale. On voit clairement ici, à travers la rupture conventionnelle, une volonté de « déjudiciariser » la rupture du contrat de travail. Le titre de l'article introduisant la rupture conventionnelle au sein de l'ANI est à ce titre évocateur : « *Article 12 : Privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail* ». Précisons que si la réclamation devant les prud'hommes est possible pendant une année, le recours juridique subsiste passé ce délai : non sur le motif, puisqu'inexistant, mais éventuellement sur un vice du consentement.

Il est bien évidemment trop tôt pour évaluer les recours relatifs à ce nouveau type de rupture du contrat de travail, mais on peut penser que le juge prud'homal s'est vu dessaisi d'une partie importante du contentieux du travail : en théorie, la rupture conventionnelle ne peut être utilisée pour mettre fin à un conflit (contrairement à la transaction), mais elle semble parfois prendre, en pratique, la forme d'un licenciement. Les propos de cet avocat, évoquant les affaires qu'il a plaidées mettant en cause une rupture conventionnelle, en donnent l'illustration : « *la totalité des cas que j'ai traités concernent des conflits classiques, type harcèlement, non paiement de salaire ou rupture de confiance* »<sup>991</sup>. La rupture conventionnelle permet alors d'éviter le licenciement, et sa motivation, ainsi que la transaction pour en régler les conséquences. On retrouve cette idée de renonciation aux droits du licenciement derrière le projet de « contrat unique » porté par Nicolas Sarkozy, prônant la suppression du CDD et la généralisation d'un CDI dont la rupture peut être décidée sans motif mais avec une indemnisation progressive du salarié.

### **1.1.3. La conciliation prud'homale vidée de sa substance**

---

<sup>990</sup> Direction de l'Animation de la Recherche et des Etudes Statistiques.

<sup>991</sup> « Une rupture de contrat pas aussi amiable qu'elle en a l'air », *Libération*, édition du 30 mai 2009.

Le décret 2008-715 du 18 juillet 2008 portant diverses mesures relatives à la modernisation du travail fait évoluer sensiblement la teneur de l'audience de conciliation<sup>992</sup>, en rendant équivalentes comparution et représentation : « *lorsque le demandeur et le défendeur sont présents ou représentés et que l'affaire apparaît en état d'être jugée[...], le bureau de conciliation renvoie l'affaire au bureau de jugement* ». Ainsi, les avocats peuvent désormais représenter salariés et employeurs, sans que la procédure soit irrégulière<sup>993</sup>. Nous avons évoqué l'influence des avocats qui n'ont pas forcément intérêt à ce que le litige soit concilié lors de cette étape de la procédure. Nous avons également évoqué le fait que la conciliation est une procédure active, dont la réussite dépend de la confrontation directe entre les parties, et à laquelle les conseillers, notamment « experts », portent un intérêt de plus en plus relatif. On peut craindre ainsi que ce décret accentue encore le déclin de cette étape de la procédure, le « passage » des avocats devant le bureau de conciliation pouvant ne plus constituer qu'une formalité, se réduisant à l'enregistrement de l'échec de la conciliation, nécessaire à la fixation d'une date en bureau de jugement.

La réécriture du code du travail confirme le peu de cas qui est fait de cette étape.

## 1.2. La recodification du code du travail

Rendu en janvier 2004 au ministre du travail François Fillon, le rapport de Michel de Virville recommande de « *procéder à une refonte constructive du code du travail* »<sup>994</sup>. Un peu plus de quatre ans plus tard, le 1<sup>er</sup> mai 2008, le « nouveau » code du travail, recodifié, réécrit, entre en vigueur<sup>995</sup>. Cette réécriture est dite à « droit constant », c'est-à-dire sans modification des normes juridiques. Elle vise, selon le gouvernement, à rendre le droit social plus lisible par les usagers, en premier lieu les salariés, patrons de TPE, PMI, PME et artisans. Pour Xavier Bertrand, il s'agit de « *rendre plus accessible un droit devenu peu accessible, au fil des évolutions législatives* »<sup>996</sup>. La recodification s'étant prétendument opérée à droit constant, la citation de la seule ancienne ou nouvelle référence à un article est sans effet juridique sur la légalité d'un acte, ce qui laisse aux magistrats, en particulier aux juges non professionnels comme les conseillers prud'hommes, le temps de l'adaptation.

Précisons que cette recodification, qui devait reposer sur la « *participation active des partenaires sociaux* »<sup>997</sup>, a été soumise « *morceau par morceau* », aux syndicats et organisations

---

<sup>992</sup> Article R1454-17 de l'« ancien » code du travail, devenu R516-20.

<sup>993</sup> La caducité de l'instance n'est pas prononcée si le demandeur, absent pour un motif légitime, est représenté par un mandataire muni d'un écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte. Le défendeur qui aura justifié en temps utile d'un motif légitime d'absence pourra être représenté par un mandataire muni d'un écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte.

<sup>994</sup> De Virville M., *Pour un code du travail plus efficace. Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La documentation française, 2004.

<sup>995</sup> Loi du 21 janvier 2008, ratifiant l'ordonnance du 12 mars 2007.

<sup>996</sup> Bertrand X., « Quel sens ont les réformes ? », *Revue de droit du travail*, juin 2008.

<sup>997</sup> Les échos, édition du 16 février 2006.

patronales dans le cadre de réunions mensuelles. Mais, « *rarement prises en compte* » selon la CGT, les modifications demandées étaient souvent « *remises en cause lors d'une réunion ultérieure à partir d'arguments péremptaires tirés des principes généraux de la recodification et des impératifs de la logistique* »<sup>998</sup>.

Nous ne nous prononcerons pas sur le nouveau découpage du code, en tout cas sur la « réussite », ou non, du travail de « simplification »<sup>999</sup>, mais nous pouvons mentionner cette remarque de Christophe Radé, membre du comité d'experts chargé de la réécriture, publiée en avant-propos de l'édition Dalloz 2007 du « nouveau » code : « *Plusieurs mois, voire plusieurs années seront sans doute nécessaires pour que ce nouveau code révèle tous ses secrets* »<sup>1000</sup>. Si l'on peut considérer cette remarque sous un point de vue strictement « technique », on peut aussi se demander dans quelle mesure le principe du droit constant a été respecté. La question est d'importance alors que de nombreux conseillers, salariés comme employeurs, craignent la mise en place d'un droit du travail de moins en moins protecteur, qui diminuerait progressivement leurs prérogatives.

### 1.2.1. Un réécriture à droit constant ?

Les exemples susceptibles de contredire la caractérisation de « droit constant » donnée à la recodification du code du travail ne manquent pas. Nous pouvons citer la disparition de la mention « *exécutoire de plein droit à titre provisoire* » en ce qui concerne la requalification par les prud'hommes du CDD en CDI, la suppression de certaines peines de récidive pour l'employeur, les risques d'exclusion de la rupture négociée du domaine du licenciement économique, etc.<sup>1001</sup>. Nous pouvons également relever que le « nouveau » code énumère les catégories de salariés dont les droits seront inscrits dans un autre code, existant ou à créer. Ainsi, les salariés agricoles dépendent à nouveau du code rural, les assistants familiaux et éducateurs du code de l'action sociale et des familles, les salariés des entreprises de transport dépendront d'un futur code des transports, etc. Il s'agit ici d'une spécialisation des droits par domaine d'activité. Cette spécialisation est susceptible de rendre plus difficile encore la tâche des conseillers prud'hommes.

Mais c'est surtout le redécoupage en lui-même qui peut être sujet à interprétation. En d'autres termes, la refonte du plan du code n'est pas forcément sans incidence sur la matière de ce code. Par

---

<sup>998</sup> « Quand Larcher recodifie », fil info CGT, 1<sup>er</sup> juillet 2007.

<sup>999</sup> Nous pouvons remarquer que le nombre d'article est passé de 1 891 à 3 652, avec une diminution de 10% du nombre de caractères. Ceci amène les organisations syndicales à remettre en cause l'objectif de « simplification » et à s'interroger sur les finalités de cette réécriture : « *on cherche en vain les apports en terme d'accessibilité* » (« Quand Larcher recodifie », *Fil info CGT*, 1<sup>er</sup> juillet 2007) ; « *Le nouveau code n'a que l'apparence du droit constant* » (« La casse du code du travail », *L'humanité*, édition du 14 mars 2007).

<sup>1000</sup> *Code du travail*, Dalloz, 2007.

<sup>1001</sup> « La casse du code du travail », *L'humanité*, édition du 2 mai 2008.

exemple, les dispositions relatives à la durée du travail ont été transférées du titre relatif aux conditions de travail à la partie relative aux salaires et aux intéressements. Il s'agit ici, selon la CGT de l'inspection du travail, de « *traiter la durée du travail sous l'angle du coût du travail et non sous l'angle des conditions de travail* »<sup>1002</sup>. Autre exemple, la distinction réalisée entre conflits individuels et collectifs, classés séparément dans chacune des deux premières parties du « nouveau » code, ce qui semble « *exclure de la compétence des conseils de prud'hommes les droits issus des relations collectives* »<sup>1003</sup>. Autre sujet d'inquiétude pour les conseillers prud'hommes et leurs OSP, le remplacement, à de nombreuses reprises, du terme « *prud'hommes* » au profit du « *juge judiciaire* », voire de l'« *autorité administrative* ».

Une distinction est par ailleurs réalisée à plusieurs reprises au sein du nouveau code, entre la notion de « différends » et de « litiges ». Ainsi, il revient à la juridiction prud'homale de « *régler par voie de conciliation les différends* » et de juger « *les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti* »<sup>1004</sup>. On peut penser que cette distinction annonce une remise en cause de la portée d'acte judiciaire de la conciliation<sup>1005</sup>, remise en cause qui pourrait, de plus, désormais être réalisée par voie réglementaire.

### 1.2.2. Du législatif au réglementaire

L'article 57-II de la loi d'habilitation du 30 décembre 2006<sup>1006</sup> donne au gouvernement la possibilité de « reclasser » certains articles édictés par la loi en articles réglementaires<sup>1007</sup>. Lorsqu'un article est édicté par la loi, seule la loi peut le modifier. Ceci relève donc de la compétence du parlement. Si un article est reclassé en article réglementaire, il suffit alors d'un simple décret pour le modifier, ce qui relève de la compétence du gouvernement. Environ 500 opérations de reclassement ont été relevées entre l'« ancien » et le « nouveau » code<sup>1008</sup>. L'institution prud'homale est particulièrement concernée par ces reclassements puisque, désormais, le nombre de sections, le nombre de chambres par section, les modalités d'inscription des électeurs sur les listes électorales ou le détail des frais de personnel et de fonctionnement des conseils ne relèvent plus du domaine

---

<sup>1002</sup> « Le projet de réécriture décortiqué », document de l'UNAS CGT-Sete, janvier 2006.

<sup>1003</sup> Serverin E., « Litiges individuels du travail et conseils de prud'hommes », *Revue de droit du travail*, juin 2008.

<sup>1004</sup> Art. L1411-1 du CDT.

<sup>1005</sup> Serverin E., « Litiges individuels du travail et conseils de prud'hommes », *Revue de droit du travail*, juin 2008.

<sup>1006</sup> N°2006-1770.

<sup>1007</sup> « *Les dispositions codifiées [...] sont celles en vigueur au moment de la publication de l'ordonnance, sous la seule réserve de modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés* ».

<sup>1008</sup> Labatut-Couairon B., « Les buts inavoués du nouveau code du travail », document édité par la CFTC, 05 octobre 2007.

législatif. Ainsi, certaines règles constitutives de la juridiction prud'homale peuvent être désormais modifiées par simple voie réglementaire.

Qu'il s'agisse du passage du législatif au réglementaire, de l'évolution des termes utilisés ou des conséquences possibles du redécoupage des parties et des titres, le « nouveau » code du travail ne constitue pas seulement une version « simplifiée » de l'« ancien » code. De nombreux articles de doctrine et de réflexion des praticiens du droit l'illustrent<sup>1009</sup>. Si, pour l'essentiel, la continuité l'emporte, certaines modifications ont été introduites, susceptibles de faire évoluer le droit des salariés et employeurs, ainsi que les missions de l'institution prud'homale.

Ainsi, les changements affectant l'institution prud'homale ne se comprennent pas uniquement en termes de procéduralisation ou de rationalisation de l'instance. Les réformes du code du travail, sa réécriture, la notion de rupture conventionnelle ont des conséquences « mécaniques » sur l'activité de la juridiction, auxquelles les conseillers doivent s'adapter.

### 1.3. Vers un affaiblissement des protections garanties par le droit du travail

Le droit du travail se rattache aux deux grandes branches du droit, le droit privé, car il régit des rapports et des litiges entre particuliers, et le droit public, car l'Etat intervient dans ces rapports pour « assurer l'équilibre économique et social, ainsi que la protection des salariés »<sup>1010</sup>. Alain Supiot rappelle combien le droit du travail partage avec la politique le même vocabulaire, « ses dispositions ne sont jamais spontanément référées à une rationalité juridique extrinsèque mais toujours et seulement à une rationalité politique ou idéologique »<sup>1011</sup>. Car le droit du travail constitue « une formalisation de décisions prises par le parlement et les pouvoirs public en vertu de références générales et de valeurs »<sup>1012</sup>. Il condense des « solutions partielles et instables trouvées à des conflits et des ajustements sociaux à propos du travail »<sup>1013</sup> et « traduit une certaine conception des rapports sociaux portées par les instances politiques par référence à des valeurs et à des projets de société »<sup>1014</sup>.

---

<sup>1009</sup> Dockès E., « La décodification du droit du travail », *Droit social*, 2007 ; Jemmaud A. et Lyon Caen A., « Ni indignité ni excès d'honneur », *Revue de droit du travail*, 2007 ; Radé C., « Le nouveau Code du travail et la doctrine : l'art et la manière », *Droit social*, 2007 ; Combrexelle J.D., Lanouzière H., « Les enjeux de la recodification du Code du travail », *Droit social*, 2007 ; Moysan H., « Le droit constant n'existe pas : l'exemple du nouveau Code du travail », *JCPS*, 2007 ; cit. in. « Controverse : les réformes actuelles ont-elles une unité ? », *Revue de droit du travail*, juin 2008..

<sup>1010</sup> Rozes, H., *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse de droit, Paris Nord, 1986.

<sup>1011</sup> Supiot A., *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994.

<sup>1012</sup> Giraud C., *L'action commune. Essai sur les dynamiques organisationnelles*, Paris, L'Harmattan, 2000.

<sup>1013</sup> Ibid.

<sup>1014</sup> Ibid.

Le droit social encadre la relation de travail, les droits et devoirs des salariés et employeurs. Il encadre les relations professionnelles et structure la conflictualité au travail. Il reconnaît et met en forme un déséquilibre, reposant sur une subordination du salarié. Dès lors, il lui offre des « contreparties », une protection contre le licenciement, contre les maladies, les accidents du travail. Il organise les principes de représentation au sein des entreprises, instaure les négociations collectives fondées sur la « *reconnaissance mutuelle des différents partenaires et sur le visa que leur accorde l'État* »<sup>1015</sup>. Dans le même temps, si le droit du travail a « *toujours eu pour première raison d'être de faire resurgir le salarié en tant que sujet de droit dans l'entreprise, c'est-à-dire de « civiliser » le pouvoir patronal en le dotant d'un cadre juridique d'exercice, cet encadrement a signifié [...] une légalisation de ce pouvoir* »<sup>1016</sup>. Le droit du travail est donc créateur de règles qui protègent tout comme il légalise des rapports hiérarchiques, de subordination, des rapports de pouvoir, d'inégalités et de domination. Marx avait déjà mis en avant cette ambivalence et ambiguïté du droit du travail dans le cadre d'une analyse sur les premières lois limitant le temps de travail : « *Ces lois réfrènt la passion désordonnée du capital à absorber le travail en imposant une limitation officielle à la journée de travail et cela au nom d'un Etat gouverné par les capitalistes et les landlords. Sans parler du mouvement des classes ouvrières, de jour en jour plus menaçant, la limitation du travail manufacturier a été dictée par la nécessité, par la même nécessité qui fait répandre le guano sur le champ de l'Angleterre. La même cupidité aveugle qui épuise le sol attaquant jusqu'à la racine la force vitale de la nation* »<sup>1017</sup>.

Le droit du travail, changeant, évolutif, est particulièrement sensible à l'actualité sociale. Plus encore que les autres parties du droit, il est instable, aléatoire et éphémère : « *le transitoire est devenu l'habituel, l'urgence est devenue permanente* »<sup>1018</sup>. Il est à la fois le terrain et l'enjeu de revendications et de luttes. Enjeu (devenu) majeur pour les OSP, il est considéré par les tenants de la pensée néolibérale comme inapte et rigide, son « assouplissement » étant selon ces derniers nécessaire. Pour Laurent Willemez, cette « *offensive néolibérale* » entraîne un affaiblissement des protections garanties par le droit du travail, qui se trouve « *transformé et indexé sur un registre économique et entrepreneurial* »<sup>1019</sup>. Dès 1995, le rapport Boissonnat, considéré par beaucoup comme étant à l'origine du CNE, propose comme solution à la « *crise du modèle social* » l'assouplissement des règles de protection de l'emploi et, par là même, la facilitation du licenciement. Plus récemment, le rapport De Virville, évoqué plus haut, à l'origine de la réécriture du code du travail et de la rupture

---

<sup>1015</sup> Willemez L., *Le Droit du travail en danger. Une ressource collective pour des combats individuels*, Bellecombe-en-Bauges, Editions du croquant, collection savoir/agir, 2006.

<sup>1016</sup> Supiot A., *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994.

<sup>1017</sup> Marx K., *Le Capital*, cit. in Supiot A., op. cit.

<sup>1018</sup> Ost F., « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit traite dans la société de l'information », in Cam J., Martin G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Réseau Européen Droit et Société à la Maison des Sciences de l'Homme, 1998.

<sup>1019</sup> Willemez L., *Le Droit du travail en danger. Une ressource collective pour des combats individuels*, op. cit.

conventionnelle, préconise de « *sécuriser la relation de travail tout en favorisant le développement de l'emploi* »<sup>1020</sup>. Ces rapports contribuent à « *déplacer complètement le centre de gravité du droit des salariés vers les entreprises et leurs cadres* »<sup>1021</sup>. Dès lors, « *d'un droit des salariés* », il est progressivement devenu « *un droit des employeurs* »<sup>1022</sup>. Par ailleurs, comme le souligne Alain Supiot, le droit du travail échoue dans sa mission d'harmoniser le travail comme bien marchand et comme expression de la personne<sup>1023</sup>.

#### 1.4. La complexité accrue du droit du travail

Le droit du travail est devenu un droit particulièrement complexe. Cette complexité accrue du droit du travail est fortement liée à l'inflation des textes législatifs, réglementaires et contractuels (le code du travail est plus « épais » que le code civil), à une technicisation accrue, mais aussi à la transformation de ses modes de production, ainsi qu'aux frontières de plus en plus floues entre ce qui relève de la loi et ce qui relève de la négociation<sup>1024</sup>. De ce fait, le contrat de travail évolue et se diversifie lui aussi<sup>1025</sup>, tout comme la jurisprudence qui accompagne cette complexité croissante de la loi et du contrat. Le niveau de technicité des discussions judiciaires s'est ainsi considérablement relevé.

Il est techniquement, dans ce contexte, de plus en plus difficile aux conseillers de suivre l'inflation législative :

*« C'est parce qu'ils changent sans arrêt le code du travail. Alors, des fois, vous avez des fois, malheureusement, vous êtes en train de délibérer, vous avez le code du travail de 2005. Bon, ici, on est en 2006, ce sera encore le code du travail de 2005, il y a déjà des choses du code du travail de 2005 qui changent, qu'on ne devrait pas juger de la même façon. C'est pour ça, moi, ma femme, elle m'a payé ça [il me montre le guide du salarié PRAT], il y a pas très longtemps, c'est mon code du travail... C'est renouvelé tous les deux mois »*<sup>1026</sup>.

---

<sup>1020</sup> De Virville M., *Pour un code du travail plus efficace. Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, op. cit.

<sup>1021</sup> Willemez L., *Le Droit du travail en danger. Une ressource collective pour des combats individuels*, op. cit.

<sup>1022</sup> Ibid.

<sup>1023</sup> Supiot A., *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994 ; Supiot A., « Le travail, liberté partagée », *Droit social*, septembre 1993.

<sup>1024</sup> Péglise J., « A la recherche du temps gagné. Sens et usages sociaux des règles autour des 35 heures », thèse pour le doctorat de sociologie, Université de Marne-La-Vallée, 2004.

<sup>1025</sup> Il existe aujourd'hui en France une trentaine de contrats de travail différents. Citons, hormis le CDD et le CDI, le contrat à temps partiel, le contrat initiative-emploi, le contrat local d'orientation, le contrat « vendanges », le contrat de retour à l'emploi, le contrat de conversion, le contrat de professionnalisation, les « actions » de professionnalisation, le contrat d'accompagnement à l'emploi, le contrat insertion emploi, le contrat insertion par l'économique, le contrat insertion dans la vie sociale, le contrat de « mission à l'exportation », le contrat de « volontariat de solidarité internationale », le contrat d'avenir, le contrat insertion-revenu minimum d'activité, le contrat « nouvelles embauches », etc.

<sup>1026</sup> Entretien A4, CS/Industrie.

Cette inflation laisse un nombre important de conseillers perplexes, le droit du travail étant de plus en plus difficile à appliquer :

*« Le droit du travail... si je dis ça vous allez descendre dans la rue, mais euh, ce qui est compliqué, comme tous les droits en France, c'est le principe mille feuilles, on met une couche, plus une couche, plus une couche, on enlève rien en-dessous, donc ça fait des gros gâteaux comme ça. Donc c'est très agréable mais sauf que quand on les mange on s'en fout partout. Et euh le droit c'est exactement ça. On fait des lois. On a un problème de société, pouf on fait une loi. Mais le problème c'est qu'on enlève rien derrière et à la fin ça devient n'importe quoi. C'est inapplicable, c'est incompréhensible, ça enrichit les avocats. C'est un droit qui est trop complexe, ça c'est sûr »<sup>1027</sup>.*

D'autres conseillers dénoncent de manière plus virulente « l'irresponsabilité » des politiques :

*« Au plus les lois deviennent compliquées, plus c'est difficile. Quand on voit les députés, tous aussi cons qu'ils soient, qui ne connaissent rien, mais alors rien du tout au monde de l'entreprise, qui viennent rajouter des tonnes et des tonnes de lois... C'est par les différentes lois les plus connes qu'ils ont créées qu'on en arrive à des démesures imbéciles. C'est quand même pas les conseillers prud'homaux qui ont créé tout ce bordel ! C'est ces cons de députés. Je dis bien ces cons. Maintenant, qu'ils les assument. Bon, c'est quand même les députés, dans leur immense imbécillité, qui ont créé des situations de justice complètement aberrante et tout. C'est le système, le système, je dis bien, le système, non pas le procès, institué par les députés, et j'insiste lourdement sur ce que je dis, par des hommes politiques irresponsables, irresponsables, je signe, irresponsables »<sup>1028</sup>.*

Si les transformations du droit du travail semblent rétrécir peu à peu l'espace d'intervention et les prérogatives des conseillers, l'évolution progressive de la nature des affaires portées devant la juridiction prud'homale laisse au contraire aux conseillers des espaces d'autonomie grandissant. Bien entendu, les transformations du droit du travail et l'évolution de la nature des litiges portés devant la juridiction sont liés. Mais en partie seulement, car les types de litiges portés aux prud'hommes varient également 1) en fonction de l'évolution des relations et des situations de travail, 2) en fonction de la manière dont les salariés et employeurs s'approprient le droit et effectuent par là même un « travail juridique »<sup>1029</sup>, notamment en ce qui concerne le choix des arguments motivant la demande ou la défense, 3) en fonction, ceci est lié, de l'évolution de la jurisprudence (la jurisprudence échappant évidemment totalement au législateur).

---

<sup>1027</sup> Entretien A10, CE/Commerce.

<sup>1028</sup> Entretien A6, CE/Industrie.

<sup>1029</sup> La notion de « travail juridique » est développée par Claude Didry. Elle désigne le travail sur les règles de droit réalisé par les acteurs au sens large (acteurs ordinaires, élus, juristes), « l'activité de production du droit à partir de situations économiques telles que les appréhendent les acteurs eux-mêmes ». Cette notion est évoquée dans plusieurs travaux de Claude Didry, dont « Le comité d'entreprise européen devant la justice : mobilisation du droit et travail juridique communautaire », *Droit et société*, n°49, 2001.

## 2. Les conseillers face à l'évolution de la nature des litiges portés aux prud'hommes

### 2.1. L'insuffisance professionnelle

L'insuffisance professionnelle peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Non mentionnée directement dans le code du travail<sup>1030</sup>, mais présente dans certaines conventions collectives, cette notion consacrée par la jurisprudence<sup>1031</sup> s'est développée au fil des années. L'insuffisance professionnelle se distingue de la faute, le salarié licencié n'ayant commis aucune faute professionnelle détachable et reconnaissable comme telle. Elle peut être caractérisée par une inadaptation à l'emploi confié, un manque de qualification, l'incompétence du salarié, etc.

Une grande majorité des conseillers rencontrés ont insisté sur l'extrême difficulté à évaluer l'insuffisance professionnelle, qui constitue pour eux un type de licenciement « *nouveau* » :

*« Je vais caricaturer mais c'est pour la démonstration. Un ouvrier qui prend un fenwick qui se déplace, qui casse une machine, les faits sont faciles à observer, à matérialiser. Le cadre qui travaille plutôt avec un ordinateur et un casque, à l'occasion avec des bottes, mais qui touche pas beaucoup aux appareillages, lui s'il fait se virer, ça va être plutôt parce qu'il avait un chantier à monter qu'il a pas monté dans les temps, un marché à pénétrer qu'il n'a pas réussi, des commandes qui ont été mal faites. On va être donc plus sur l'insuffisance professionnelle sur des métiers beaucoup plus compliqués à analyser en termes de tâches, en nombre de tâches. Et c'est beaucoup plus fin à analyser s'il y a eu vraiment insuffisance professionnelle ou pas. Tandis que deux mecs qui dans l'atelier de soudure se sont fichus sur la tête en se donnant des coups de clef à molette bon, j'ai caricaturé c'est pas toujours comme ça, c'est plus facile à dire que c'est une faute, que ça fait une mise à pied, ou un licenciement ou un avertissement. Un de mes cas qui m'est toujours resté en travers de la gorge, je me souviens c'était un Hongrois qui travaillait pour une entreprise... la filiale allemande d'une entreprise en France, et qui développait le marché de la machine-outil agricole dans les pays de l'Est. Ce type a été viré pour insuffisance professionnelle. Et bien bonjour pour savoir s'il y avait insuffisance professionnelle ou pas. Heureusement il y avait tous les tableaux, mais même des tableaux qui comparaient les marchés des pays de l'Est par rapport à ceux de l'Amérique du Sud ou par rapport à ceux de l'Asie.... y avait-il ou non insuffisance professionnelle ? On ne pouvait pas dire que l'employeur n'apportait pas de preuves, mais est-ce que nous on avait l'expertise pour bien interpréter ? C'est quand même... je prends des cas extrêmes, mais voilà »<sup>1032</sup>.*

L'insuffisance professionnelle constitue de ce fait une notion dont l'appréciation est très subjective. Les conseillers « experts » s'en méfient et se montrent réticents à l'admettre tandis que les « institués » et les « électrons libres » tentent de se saisir du large champ d'interprétation que cette notion leur offre :

*« On est dans l'appréciation subjective, mais alors complètement. C'est bien trop complexe. Comment voulez-vous décider sans être dans l'entreprise, sans connaître parfaitement le travail du cadre ? Quand il y a faute, c'est plus facile, ça va quoi, mais quand le salarié est juste un peu négligeant, ou un peu maladroit, je ne sais pas moi, c'est difficile à dire.*

<sup>1030</sup> Seul l'article L1222-1 du CDT dispose « le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi ».

<sup>1031</sup> Notamment Cass.soc, 23 mai 2000.

<sup>1032</sup> Entretien A5, SE/Commerce.

Alors on fait un peu appel à notre bon sens, à notre impression quoi, mais j'aime pas. C'est compliqué, je sais que c'est compliqué, du coup je me méfie un peu »<sup>1033</sup>.

« J'ai besoin de me sentir libre dans l'expression de mes convictions, c'est-à-dire que j'en ai besoin pour me sentir juge du travail. Il n'y a rien que je redoute plus que de devoir décider contre mon intime conviction. Disons que pour moi, le droit, ça cadre, c'est normal, mais ça n'a pas une vertu disons qui s'impose coûte que coûte. Le droit, c'est du papier, c'est froid, c'est figé. Je pense qu'un juge du travail, c'est un peu comme dans un jury d'assises, enfin, je compare pas la gravité, mais disons que le jury d'assises, il décide de la culpabilité d'untel grâce à sa conviction. Sinon, c'est froid, inhumain, presque, le mot est un peu fort, mais c'est un peu ça au fond. Voilà, donc c'est ce qui m'intéresse le plus ici. C'est pour ça que le référé, je n'en fait plus, ça ne m'amuse plus du tout, ça m'ennuie. C'est important que ça existe, mais ça m'ennuie. Par contre, tout ce qui est harcèlement ou insuffisance professionnelle, ça, c'est passionnant. Passionnant. C'est là où je me sens vraiment juge du travail, et pas un flic ou un magistrat... froid, glacé, enfin glacial »<sup>1034</sup>.

Comme pour tous les litiges revêtant une large part d'interprétation, l'insuffisance professionnelle est tout particulièrement susceptible de provoquer un blocage en délibéré entre « experts » et « institués » :

« Le problème, quand c'est un peu flou, t'auras toujours un con pour te dire « ouais, je préfère pas, c'est pas assez clair, on déboute », enfin ce genre de connerie. Y'aura toujours des gars qui préféreront bétonner au niveau droit plutôt que faire plaisir à quelqu'un dans son bon droit »<sup>1035</sup>.

## 2.2. La démission

L'élargissement du champ d'autonomie des conseillers se constate aussi sur un certain nombre de motifs de rupture du contrat de travail que l'on imaginait non « problématiques ». C'est le cas, par exemple, pour la démission. Longtemps, la démission a constitué, sauf en cas de démission forcée, un mode de rupture non juridiquement contestable. Pourtant, la Cour de cassation, en 2002, a estimé qu'une lettre de démission contenant des reproches faits à l'employeur pouvait constituer une rupture du contrat de travail lui étant imputable (et donc abusive, faute de lettre de licenciement motivée)<sup>1036</sup>. Elle renchérit en 2005, en indiquant que les conseillers doivent prendre en compte tous les manquements de l'employeur soulevés par le salarié, par oral ou par écrit<sup>1037</sup>. Même si le lien de cause à effet entre les manquements de l'employeur et le départ du salarié doivent être établis<sup>1038</sup>, les conseillers disposent suite à ces arrêts d'une marge d'action accrue lorsqu'ils ne sont pas convaincus que la démission d'un salarié relève d'un choix personnel. Cependant, les « experts », voire les

---

<sup>1033</sup> Entretien C11, CS/Encadrement.

<sup>1034</sup> Entretien B24, CS/Activités diverses.

<sup>1035</sup> Entretien B23, CS/Industrie.

<sup>1036</sup> Cass. Soc., 10 juillet 2002.

<sup>1037</sup> Cass. Soc., 29 juin 2005.

<sup>1038</sup> Cass. soc., 9 mai 2007.

conseillers employeurs « institués », se montrent de, manière générale, peu enclins à requalifier la démission :

*« C'est la mode du grand n'importe quoi, y'a du harcèlement partout, mais partout. [...] Y'en a qui viennent nous voir « j'ai démissionné mais j'aurais pas dû, c'est à cause qu'il me payait pas mes heures sup ». Bah tiens, c'est pas lui qui t'a écrit la lettre, non plus ? Non, ça m'énerve, c'est du n'importe quoi. Alors la jurisprudence, moi, je prends mes distances. Et je suis ferme là-dessus quand je délibère, faut pas m'en parler »<sup>1039</sup>.*

### 2.3. Le harcèlement moral

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 introduit dans le code du travail la notion de harcèlement moral<sup>1040</sup>, s'appliquant à tout individu (contrairement au harcèlement sexuel, qui ne peut être appliqué que dans le cadre de rapports hiérarchiques), protégeant le salarié en tant qu'être moral. Les demandes de dommages et intérêt pour harcèlement moral se multiplient aux prud'hommes : *« dans près de la moitié des procédures, le sujet est évoqué »<sup>1041</sup>.*

En juin 2006<sup>1042</sup>, la cour de cassation renforce ce principe en rendant l'employeur responsable de « plein droit » du harcèlement commis dans son entreprise. Le litige jugé par la CASS portait sur des faits de harcèlement moral commis par l'un des cadres d'une association. L'employeur avait organisé une médiation entre les parties et, en constatant son échec, avait fini par renvoyer ce cadre quelques mois plus tard. Pourtant, considérant que l'employeur est soumis à une obligation de résultat en la matière, la cour de cassation a reconnu sa responsabilité, même en l'absence de faute.

Le harcèlement moral laisse aux magistrats une part importante d'interprétation. Un nombre important de conseillers reconnaissent le harcèlement moral comme une pratique courante au sein des entreprises, la difficulté étant de savoir évaluer une limite permettant de caractériser les excès, comme l'explique ce conseiller employeur :

*« Le harcèlement moral, c'est une réalité et ça serait malhonnête de ma part de dire que cela n'existe pas. C'est une réalité. Il y a des gens qui sont harcelés moralement, c'est évident. Quand on demande d'accélérer les cadences, c'est un harcèlement moral. Le problème, c'est qu'il y a des types de caractères ou des personnes, on peut crier dessus, c'est de l'eau qui coule, il n'y a pas de danger, il n'ira jamais aux prud'hommes. Et puis il y en a, crac, ça y est, on crie un peu dessus, il est mort. Donc, toute la dialectique... Nous, notre rôle, c'est d'essayer de comprendre avant de dire oui, avant de dire non, comprendre qu'est ce qui s'est passé. C'est à dire que l'entreprise, qui est un élément, qui ne peut pas considérer que telle personne est sensible ou pas sensible, est obligé de considérer l'état des lieux. Et nous, on a en face de nous des gens qui ont*

<sup>1039</sup> Entretien A13, CE/Industrie.

<sup>1040</sup> Art. L1152 du CDT : *« Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ».*

<sup>1041</sup> Entretien C9, CE/Activités diverses.

<sup>1042</sup> Cass. Soc., arrêt n°1733 du 21 juin 2006.

*une sensibilité qui leur appartient et qui ont subi ou non, une situation qui a fait que voilà. Ça, c'est intéressant. Nous, on doit mettre à la fois notre conception devant les choses, mais aussi notre modération. Mais des fois, c'est vrai, s'il y a un gars qui ne peut pas s'asseoir ou qui doit faire pipi, on n'y peut rien, vous comprenez ? Là, on a des rôles intéressants, très intéressants. C'est des trucs qui m'intéressent... Mais il y a des personnes qui ont toujours l'impression d'être harcelées... »<sup>1043</sup>.*

On pourrait penser que les conseillers sont particulièrement sensibles à cette notion, mais en pratique, ils valident rarement les accusations de harcèlement moral, souvent peu étayées : *« j'ai eu un cas, un seul malheureux cas en quatre ans où le harcèlement est passé »<sup>1044</sup>*. Le lien entre une pathologie et des problèmes rencontrés au travail est difficile à établir, d'autant plus qu'il est délicat pour le salarié, nous l'avons déjà évoqué, de recueillir le témoignage de collègues restés dans l'entreprise : *« Comment tu veux qu'il apporte la preuve d'être harcelé ? Je veux dire, c'est... c'est quelque chose de fou »<sup>1045</sup>*. Dès lors, cet espace d'interprétation se trouve peu exploité, les conseillers ne souhaitant pas prendre le risque de valider une preuve qu'ils estiment insuffisante. C'est le sens des propos de ce conseiller du collège employeur, que l'on peut classer du côté des « experts » :

*« C'est hyper à la mode, le harcèlement. Mais on sait pas le prouver. Là j'ai débouté il y a pas longtemps un salarié. Il y avait quelque chose, on le sentait, c'était certain, mais il y avait pas assez de preuves. Et là, notre intime conviction, on peut pas la mettre. On peut pas. C'est ce que j'ai dit à mes collègues : « vous voyez, le gros bouquin rouge, ça s'appelle la loi, et la loi elle nous dit que si y'a pas de preuve, on peut rien faire » »<sup>1046</sup>.*

Ceci tend à relativiser la portée de cette loi :

*« Ah ça, c'est bien joli sur le papier. Tout le monde était content quand c'est passé. Mais c'est complètement inapplicable, cette histoire là. On ne peut rien en faire, de cet article, rien. Tout le monde se ramène et crie au harcèlement »<sup>1047</sup>.*

## **2.4. Le licenciement pour motif économique**

Depuis 1986 et la disparition de l'autorisation administrative de licenciement économique, le recensement des licenciements économiques est particulièrement délicat. Le suivi statistique ne repose que sur deux sources, exploitées par le ministère de l'emploi : l'enregistrement des demandes d'emploi réalisées par le pôle emploi et les études sur les mouvements de main d'œuvre (c'est-à-dire la déclaration par les entreprises, pour les établissements de plus de 10 salariés, du nombre et des

---

<sup>1043</sup> Entretien A6, CE/Industrie.

<sup>1044</sup> Entretien B15, CS/Commerce.

<sup>1045</sup> Entretien A7, CS/Activités diverses.

<sup>1046</sup> Entretien B31, CE/Commerce.

<sup>1047</sup> Entretien D1, CS/Commerce.

motifs d'entrée et de sorties de salariés), réalisées par la DARES. Ce système conduit à sous-estimer le nombre de licenciements économiques, notamment en raison du nombre de licenciés économiques n'étant pas répertoriés dans les demandeurs d'emploi en raison d'une prise en charge dans d'autres dispositifs comme les préretraites, les projets de reclassement et autres projets personnalisés ou l'invalidité<sup>1048</sup>. Il s'agira donc de manier avec précaution les tendances exposées ci-dessous.

Après une croissance importante au début des années 90, avec un pic en 1993 de 600 000 cas<sup>1049</sup>, on constate depuis cette date une diminution constante des inscriptions directes suite à un licenciement économique, au profit des licenciements pour autre motif. En 2008, la DARES a relevé moins de 187 000 licenciements économiques. Ainsi, en dix ans, une inversion s'est produite entre les causes de licenciement déclarées par les demandeurs d'emploi : si les licenciements économiques représentaient 61% des motifs de licenciement en 1993, ils ne constituent plus que 24% en 2004. L'évolution sur la période 1988/2004 est consultable en annexe 12.

Ceci ne se traduit pas pour autant par une baisse significative du nombre de demandes liées aux licenciements à caractère économique devant la juridiction prud'homale (qui ne traite qu'une part très relative de ces licenciements). On constate en effet une variation à la hausse du rapport entre le nombre de demandes liées à une rupture du contrat de travail pour motif économique introduites aux prud'hommes et le nombre de demandeurs d'emploi licenciés pour cause économique enregistrés par l'ANPE (consultable en annexe 13)<sup>1050</sup>. Ainsi, même dans des proportions relativement faibles, de plus en plus de licenciés pour motif économique font appel aux prud'hommes suite à la rupture de leur contrat de travail.

Rappelons que la juridiction prud'homale ne traite que les recours des salariés licenciés la saisissant individuellement, les demandes portées par les comités d'entreprise étant traitées par les TI. Par ailleurs, le licenciement individuel pour motif économique, qui constitue près des deux tiers des licenciements économiques<sup>1051</sup>, n'est pas encadré de la même manière que le licenciement collectif<sup>1052</sup>. De plus, comme le remarque Claude Didry, le conseiller prud'homme n'examine qu'a

---

<sup>1048</sup> Franciosi C., Hacquemand S., « Licenciements économiques : officiellement 179 000 en 2004, plus de 400 000 en réalité », *Alpha*, 2005.

<sup>1049</sup> Source : Dares, bulletin mensuel des statistiques du travail.

<sup>1050</sup> Serverin E., « L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres », *Revue de droit du travail*, Juin 2006.

<sup>1051</sup> Dans le cas du motif économique, le partage entre licenciements collectifs et individuels n'est cependant pas clairement établi par les organismes compétents. Didry C., « Les comités d'entreprise face aux licenciements collectifs : trois registres d'argumentation », *Revue française de sociologie*, 1998.

<sup>1052</sup> Dans les deux cas, le licenciement pour motif économique, encadré par les lois de 1989 et 1993, doit s'accompagner d'un travail de reclassement réalisé par l'entreprise ou le groupe. Mais les modalités de cette obligation varient selon la nature du licenciement pour motif économique (individuels ou collectifs), le nombre de salariés licenciés (moins de dix salariés ou au moins dix salariés) et la taille de l'entreprise (moins de cinquante salariés, au moins cinquante salariés, au moins 1000 salariés). Notamment, dans le cas du licenciement collectif, l'employeur est tenu de consulter les délégués du personnel ou le comité d'entreprise, en leur communiquant les raisons du projet de licenciement, les critères fixant l'ordre des licenciements, etc. Ce

posteriori la réalité du motif économique, ne pouvant proposer qu'un dédommagement, contrairement au TI, dans le cadre d'une mesure collective, qui encadre juridiquement « *le débat préalable sur l'emploi au sein du comité d'entreprise qui doit prendre place dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif* »<sup>1053</sup>, la nullité des licenciements et la réintégration des salariés étant par exemple envisageables<sup>1054</sup>.

Face à un litige ou une série de litiges reposant sur un ou des licenciements pour motif économique, le travail des conseillers est particulièrement difficile. Les conseillers rencontrés ont souvent mis en avant cette complexité, comme l'illustrent les propos de ce conseiller du collège salarié :

*« Des fois y'a des choses que c'est très facile à appliquer, donc là ça va. Mais par contre, les licenciements économiques, ça c'est très... très dur comme truc à voir, donc on a des stages qui durent des fois trois jours. C'est très très compliqué »*<sup>1055</sup>.

Pour saisir la complexité du travail des conseillers face au licenciement économique, nous pouvons mentionner le travail de Claude Didry qui, examinant la jurisprudence sur les plans sociaux produite depuis 1993, distingue trois types de registre de contestation des acteurs économiques face à ce type de licenciement<sup>1056</sup> : 1) la résistance à la stratégie de compétitivité, contestant la pertinence de la mesure de suppression d'emploi comme moyen pour le redressement de la rentabilité de l'entreprise, 2) l'approfondissement des politiques de l'emploi, pointant l'insuffisance des mesures prises dans le cadre du plan social (la suppression d'emplois n'étant pas remise en cause), 3) la critique de l'information économique donnée par la direction, mettant en cause les conditions de production de ce plan ainsi que la bonne foi de la direction.

L'analyse de l'auteur porte sur les licenciements collectifs, mais le travail des conseillers repose sur l'examen de registres d'argumentation très proches. Ainsi, l'information économique donnée par la direction doit être vérifiée, tout comme la situation économique de l'entreprise ou du groupe doit être évaluée par rapport à ces informations. La pertinence du licenciement économique doit être mesurée. Ceci nécessite des compétences très techniques (il s'agit par exemple de pouvoir lire le bilan de l'entreprise), mais aussi économiques (afin de pouvoir situer l'activité de l'entreprise

---

projet doit être transmis à la direction départementale du travail. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsqu'au moins dix salariés sont licenciés, l'entreprise doit élaborer un « plan de sauvegarde pour l'emploi ».

<sup>1053</sup> Ibid.

<sup>1054</sup> Didry C., « La règle de droit comme équipement pour le travail juridique : le cas du licenciement collectif pour motif économique », in Kirat T., Serverin E., *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS éditions, 2000.

<sup>1055</sup> Entretien A4, CS/Industrie.

<sup>1056</sup> Didry C., « La règle de droit comme équipement pour le travail juridique : le cas du licenciement collectif pour motif économique », op. cit.

par rapport à l'activité économique nationale et au secteur d'activité de l'entreprise). Les conseillers doivent également vérifier le travail de reclassement réalisé par la direction. Ce dernier point, ne nécessitant pas de compétences techniques ou économiques particulières, est sans doute celui avec lequel les conseillers sont les plus à l'aise :

*« Je dirais, bon, quand le salarié, il dit que son entreprise elle a pas fait l'effort de lui trouver quelque chose de potable, ça, nous, ça nous fait pas peur. Mais alors tout ce qui est des rapports d'activité, c'est un bordel pas possible. Moi, je regrette, je suis peintre en bâtiment, ça me parle pas. J'ai beau mettre toute la meilleure volonté du monde, ça me parle pas. Je vais pas faire trois ans de fac pour comprendre non plus, bon. (silence) Ca me parle pas. Alors je fais confiance à ceux qui connaissent, contre moi, parce que j'aime pas, mais je sais que je vais rien apporter si je participe. C'est-à-dire que moi, je peux rien faire là dessus »<sup>1057</sup>.*

Il semble ainsi que la vérification du travail de reclassement constitue le point central de l'analyse des conseillers concernant la validité du licenciement économique, au détriment des autres points, nécessitant des compétences très précises et un investissement en temps très important. C'est le sens de l'analyse de Stéphane Carré, pour qui les conseillers ne réalisent qu'un contrôle très restreint du caractère réel et sérieux du motif économique des licenciements<sup>1058</sup>.

La situation évolue sensiblement dans le cas des licenciements économiques dits de « rentabilité » : les entreprises peuvent en effet désormais réaliser un licenciement économique pour sauvegarder leur compétitivité, en justifiant les difficultés économiques de l'entreprise ou l'affaiblissement de sa compétitivité. Ceci constitue dans tous les cas une mesure admise par la jurisprudence récente<sup>1059</sup>. La question des licenciements économiques « de rentabilité » est particulièrement délicate pour les conseillers prud'hommes, qui ont bien souvent des avis tranchés mais très diversifiés sur la question, à laquelle s'ajoute une difficulté à évaluer la menace réelle pesant sur la compétitivité d'une société. Les conseillers « institués » ont tendance à rejeter vigoureusement ces licenciements « préventifs », face à des salariés démunis ayant beaucoup de mal à identifier leur « adversaire ». Ils se prononcent contre la logique des « marchés boursiers », pour laquelle la valorisation des actions justifie la réduction des effectifs. Ils dénoncent « l'immoralité » de cette recherche de bénéfices à tout prix, cette course à la rentabilité qui ne considère que le court terme. Les conseillers « experts », quant à eux, ont tendance à accepter plus facilement le licenciement de « rentabilité » dès lors que la société a respecté l'ensemble des contraintes encadrant ce type de

---

<sup>1057</sup> Entretien B16, CS/Industrie.

<sup>1058</sup> Carré S., Le contrôle prud'homal du licenciement économique, thèse de doctorat de droit privé sous la dir. d'Alain Supiot, Université de Nantes, 1993.

<sup>1059</sup> Cass. soc., 11 janvier 2006 et 31 mai 2006 (mais également, de manière moins précise, Cass. soc., 5 avril 1995, n°123 ; Cass. soc., 11 juillet 2001, n° 266 ; Cass. soc., 7 avril 2004, n° 112).

licenciement : « *ils se sont pas foutus de leur gueule, quand même, quand on voit les efforts et les montants qu'ils [les salariés licenciés] ont touché, vous imaginez* »<sup>1060</sup>.

Dans le cas des licenciements de « rentabilité », on peut penser que les départages sont de ce fait plus fréquents, sans pouvoir pour autant valider cette hypothèse. Le nombre très réduit de cas dont nous avons eu connaissance (dans la presse ou, dans deux cas, au cours d'un entretien) semble confirmer cette hypothèse. C'est le cas, par exemple, pour le litige, très médiatisé, opposant la société Arena à 169 salariés de son usine de Libourne, licenciés pour motif économique en mars 2007<sup>1061</sup> : la société avait justifié la fermeture de son usine libournaise par le manque de compétitivité de ce site, par la nécessité de « rétablir » ses marges et par un besoin d'investir dans la publicité, en mettant en place un plan social de dix millions d'euros. Les conseillers n'ont pu se mettre d'accord, faisant appel au juge départiteur<sup>1062</sup>. Nous nous méfions cependant de cet indicateur, car les licenciements économiques « préventifs » ont tendance à être plus médiatisés que les autres litiges, la médiatisation constituant un autre facteur d'investissement des conseillers, et donc une cause d'accentuation du recours au départage.

Précisons qu'une réforme du licenciement économique est souhaitée par le Medef, Laurence Parisot désirant « *rendre les licenciements économiques plus rapides, les sécuriser juridiquement pour réduire le nombre de recours aux prud'hommes* »<sup>1063</sup>.

## **2.5. L'affaiblissement du pouvoir jurisprudentiel des conseillers**

Nous avons déjà évoqué les stratégies jurisprudentielles des OSP, qui semblent se limiter à certaines affaires particulières, faute d'une réflexion générale sur les points de droit à faire trancher par les juges pour infléchir la jurisprudence et le sens des règles. Les conseillers ont conscience que certains (rares) litiges sont en effet susceptibles de donner naissance à une jurisprudence. C'est le cas, par exemple, pour les conseillers de Longjumeau au sujet du CNE, sur lequel nous reviendrons. Mais dans une immense majorité des cas, l'intervention des conseillers se limite à un contrôle de l'application des normes sans interprétation de ces normes (interprétation qui pourrait en modifier le

---

<sup>1060</sup> Entretien B12, CE/Encadrement.

<sup>1061</sup> « Aréna : les licenciements de pure rentabilité condamnés », *Marianne*, 9 septembre 2008.

<sup>1062</sup> Le juge départiteur tranchera en estimant que le fabricant souhaitait « augmenter » ses marges et non les « rétablir », et que « *cette circonstance ne saurait constituer un motif économique de licenciement suffisant* ». Quant à la « nécessité » d'investir dans la publicité, le juge considérera que la société connaissait déjà « *une notoriété mondiale sans précédent grâce aux résultats de son icône publicitaire, Laure Manaudou* ». Ceci montre la part importante d'interprétation du juge dans ce type de litige. Cass. Soc., 08 septembre 2008.

<sup>1063</sup> Le Figaro, édition du 29 janvier 2009.

sens)<sup>1064</sup>. C'est la raison pour laquelle Jean Pierre Bonafé-Schmitt parle de position «défensive» des conseillers, plutôt qu'« offensive » : l'effort de motivation des jugements s'explique par une volonté de ne pas se faire infirmer en appel et non pas par une volonté de faire avancer la jurisprudence<sup>1065</sup>.

De fait, il semble que l'influence de l'institution prud'homale soit très faible en droit du travail. Comme le remarque Alain Supiot, « *le nombre de sentences prud'homales publiées chaque année dans les revues juridiques spécialisées ne dépasse guère la vingtaine. Plus de la moitié des rares décisions ainsi publiées ont été rendues en départage. Les prud'hommes ne jouent plus le rôle d'aiguillon qu'on aurait pu s'attendre à les voir remplir dans la transformation de la jurisprudence et les transformations du droit du travail. Depuis vingt ans, les innovations sont venues des magistrats professionnels* »<sup>1066</sup>. Mais l'institution prud'homale, juridiction du premier degré, ne peut jouer le rôle d'instance régulatrice, comme peut l'être la Cour de cassation. Par ailleurs, s'il semble légitime d'attendre des conseillers prud'hommes une certaine maîtrise des règles de droit<sup>1067</sup>, on ne peut exiger de ces juges non professionnels une expertise juridique totale nécessaire au développement d'une créativité juridique. Or, il ne s'agit pas seulement ici d'intervenir dans les espaces laissés ouverts par la législation mais d'être original, créatif, cette créativité et cette originalité constituant le critère central de publication d'une décision d'une juridiction du premier degré dans les revues spécialisées.

Le « pouvoir » jurisprudentiel des conseillers est ainsi très faible, et est amené à le rester : on peut en effet penser que la suppression de la dispense de représentation en cassation, à l'origine, nous l'avons vu, d'une réduction du nombre de pourvois en cassation en matière sociale, baisse encore la potentialité jurisprudentielle des décisions prud'homales.

Ainsi, il semble que les conseillers exploitent finalement peu les nouveaux champs d'autonomie dont ils disposent. Lorsque les « institués » ou les « électrons libres » souhaitent s'en emparer, la résistance des « experts » est susceptible de bloquer le délibéré. Le cas du traitement des litiges relatifs au Contrat Nouvelles Embauches (CNE) par les conseillers en constitue une illustration.

### **3. L'épisode du Contrat Nouvelles Embauches comme symptôme**

---

<sup>1064</sup> Les espaces d'interprétation des conseillers concernent ainsi les éléments caractéristiques du litige, ainsi que le choix des règles l'encadrant, mais pas directement ces règles, qui font très rarement l'objet de conflits d'interprétation.

<sup>1065</sup> Bonafé-Schmitt J.P., « Pour une sociologie du juge prud'homal », *Annales de Vaucresson*, n°23, 1985.

<sup>1066</sup> Supiot A., « L'impossible réforme des juridictions sociales », *Revue Française des Affaires Sociales*, 1993.

<sup>1067</sup> Ce qui est le cas, nous avons vu que le taux d'infirmerie en appel des décisions prud'homales n'est que légèrement supérieur à celui des autres juridictions du premier degré.

Le 2 août 2005, le CNE entre en vigueur<sup>1068</sup>, substituant au système de garanties collectives instituées pendant les trente glorieuses un système d'individualisation des relations de travail. Il s'agit, rappelons le, d'un contrat à durée indéterminée pouvant être signé dans les entreprises de moins de 20 salariés, se différenciant du CDI classique essentiellement par des modalités spécifiques de rupture applicables pendant les deux premières années suivant sa conclusion<sup>1069</sup>. L'employeur peut ainsi mettre fin au CNE par lettre recommandée, sans être tenu de procéder à un entretien préalable. Le seul contrôle juridictionnel envisagé dans l'ordonnance est la vérification du caractère non abusif de la rupture, de sorte qu'il n'apparaît pas nécessaire pour l'employeur de justifier le licenciement. Pourtant, quelques mois après l'introduction du CNE, les premiers litiges relatifs à ce contrat sont portés devant les prud'hommes.

### 3.1. Le rôle joué par les conseillers dans le lent déclin du CNE

Le 20 février 2006, le CPH de Longjumeau condamne pour la première fois une entreprise pour rupture abusive de la période de consolidation d'un CNE. Le motif invoqué est le recours au CNE par l'employeur, alors que ce dernier « *aurait pu avoir recours au CDI ou à un CDD de remplacement de salariés* », le contrat nouvelles embauches « *ne pouvant être utilisé dans le seul but de précariser la situation d'un salarié et d'éluider le droit du licenciement* »<sup>1070</sup>. Parallèlement, le mois de février 2006 voit la naissance d'un mouvement social important, qui ne s'éteindra que trois mois plus tard : les coordinations d'étudiants et de lycéens, les syndicats comme l'ensemble des partis de gauche, demandent le retrait du CPE, le « petit frère » du CNE à destination des jeunes de moins de 26 ans, mais aussi l'abrogation de l'intégralité de la « loi sur l'égalité des chances », dont le CNE fait partie. On connaît le sort réservé au CPE : le président Chirac, le 31 mars 2006, « *promulgue* » la loi sur l'égalité des chances, mais demande qu'une nouvelle loi soit votée afin de modifier les clauses « *qui posent problème* », c'est-à-dire les dispositions relatives au CPE.

En mars 2006, d'autres conseils de prud'hommes suivent le raisonnement des conseillers de Longjumeau et condamnent, sur des motifs similaires, d'autres entreprises pour ruptures abusives de CNE. Le ministère de la justice demande alors aux parquets de contrôler de près les jugements relatifs au CNE rendus aux prud'hommes. Dans une circulaire du 8 mars, le ministre de la Justice invite les procureurs des tribunaux de grande instance « *à se joindre à l'appel ou à faire appel* » des jugements condamnant les entreprises pour rupture abusive de CNE. Le garde des Sceaux demande par ailleurs à être tenu informé « *mensuellement* » sur « *l'évolution de la procédure* » et sur les argumentations «

---

<sup>1068</sup> Ordonnance n° 2005-893. Auparavant, le 22 juillet 2005, le conseil constitutionnel estime le délai de deux ans « conforme » à la constitution. Le 19 octobre 2005, le Conseil d'Etat considère « raisonnable » la période de consolidation au regard de la Charte Sociale Européenne.

<sup>1069</sup> Ainsi que par le montant de l'indemnité versée : sauf en cas de faute grave, le salarié peut prétendre à une indemnité égale à 8% du montant total de la rémunération due depuis la conclusion du contrat.

<sup>1070</sup> Conseil de Longjumeau, Philippe P./SARL A., RG N° F 05/00974, 20 février 2006.

les plus significatives » soulevées par les plaignants<sup>1071</sup>. A Lyon, le procureur Xavier Richard demande aux présidents des juridictions de son ressort de lui communiquer une liste des dossiers enregistrés, afin de vérifier qu'il n'y a pas eu « *d'abus de droit* ». Les organisations syndicales encouragent alors les salariés licenciés sous CNE à saisir les prud'hommes, certaines, comme la CFDT, allant jusqu'à prendre en charge certains frais de procédure. La CGT édite un bulletin intitulé « *En finir avec le CNE* », dans lequel elle fait part de sa « *stratégie judiciaire* », en recommandant une série de six motifs de contestation de rupture de CNE à plaider devant la juridiction prud'homale<sup>1072</sup>.

Le 28 avril 2006, le conseil des prud'hommes de Longjumeau rend un jugement particulièrement important en requalifiant le CNE d'une salariée en CDI sur le motif que l'ordonnance du 2 août 2005 instituant le CNE est « *contraire à la convention 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) du 22 juin 1982* »<sup>1073</sup>. L'intéressant, ici, réside dans le fait que la motivation des conseillers repose sur la validité de la règle de droit, et non pas sur son application. Par ailleurs, il est intéressant de noter que la formation de Longjumeau était constituée d'un conseiller employeur de l'économie sociale, ce qui a incontestablement, sinon rendue possible, au moins facilité cette décision. L'employeur et le procureur de la République d'Evry font alors appel du jugement<sup>1074</sup>.

A la suite de la décision du conseil de Longjumeau, l'avocate Florence Aubonnet conseille à demi-mots aux chefs d'entreprise, dans un article paru dans le magazine « *L'entreprise* », de ne plus signer de CNE<sup>1075</sup>. *Le Figaro* fait de même quelques jours plus tard<sup>1076</sup>. Les jugements prud'homaux requalifiant les CNE en CDI se multiplient alors.

Le 6 juillet 2007, la Cour d'appel de Paris confirme la non-conformité du CNE au droit européen, tout comme l'OIT elle-même, le 14 novembre 2007. A partir de cette date, « *l'arrêt de mort du CNE est signé* »<sup>1077</sup>. L'article 9 de la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail abroge les dispositions relatives au CNE, dont la non-conformité aux dispositions de l'OIT sera une dernière fois rappelée par la cour de cassation, le 1<sup>er</sup> juillet 2008.

---

<sup>1071</sup> Circulaire CIV/06/06 du 8 mars 2006.

<sup>1072</sup> Le bulletin e termine par la mention, encadrée et en gras, « Merci de nous faire connaître tous les cas de rupture de CNE et leurs suites éventuelles dont vous avez connaissance ». « *En finir avec le CNE* », *Le droit en liberté*, Bulletin édité par la CGT, n°5, décembre 2005.

<sup>1073</sup> Conseil de Longjumeau, Linda De W./Philippe S., RG N° F 06/00316, 28 avril 2006.

<sup>1074</sup> Plus précisément, un déclinatoire de compétence est demandé. Par le préfet de l'Essonne, au motif que l'ordonnance du 22 août 2005 est un acte réglementaire, seule la justice administrative étant de ce fait compétente pour examiner sa légalité (le Conseil d'Etat s'étant alors déjà prononcé sur sa conventionalité). Il s'agit ici pour la chancellerie d'éviter que la Cour de cassation ne se prononce sur le litige. La Cour d'Appel de Paris se déclare compétente pour examiner la validité du CNE le 20 octobre 2006. Le déclinatoire ayant été rejeté, le procureur général d'Evry et l'employeur font alors appel de la décision prud'homale. Dans sa note d'observation remise à la Cour d'appel de Paris, le procureur indique que « *Le jugement entrepris encourt donc la réformation en ce que le juge prud'homal a manifestement excédé les pouvoirs qui sont les siens en se prononçant, par un dispositif qui s'apparente à un arrêt de règlement, sur l'applicabilité de l'ordonnance en droit français* ». « Observation du ministère public », remis à la Cour d'appel de Paris, 21 juin 2007, RG : S06/06992.

<sup>1075</sup> Les termes exacts étant « *La prudence conduit donc à éviter le CNE* ». « Le CNE en mauvaise posture aux prud'hommes », *L'entreprise*, 5 mai 2006.

<sup>1076</sup> « Quel avenir pour le CNE ? », *Le Figaro*, édition du 10 mai 2006.

<sup>1077</sup> « L'arrêt de mort du CNE est signé », *Le Figaro*, édition du 15 novembre 2007.

Le cas du CNE ne constitue pas une simple « aventure » sociale et juridique sans lendemain. Nous avons choisi de l'évoquer car il illustre parfaitement plusieurs processus en œuvre aux prud'hommes : la perturbation de la dimension paritaire de l'institution, les tensions entre « institués », « experts » et « électrons libres », l'intensification des conflits avec les acteurs du monde judiciaire, en particulier avec la chancellerie, mais aussi les incertitudes créées par les mutations du droit du travail.

### 3.2. Le traitement des litiges relatifs au CNE par les conseillers

867 demandes prud'homales ont été identifiées par Frédéric Guiomard et Evelyne Serverin au niveau national entre octobre 2005 et mars 2007<sup>1078</sup>. Lorsque l'on compare ces chiffres au nombre total de ruptures de CNE imputables aux employeurs<sup>1079</sup>, le taux de recours est inférieur à 0,6%. Les auteurs, en étudiant de manière approfondie les 229 procédures pour lesquelles au moins un acte judiciaire était disponible (jugement, ordonnance, réquisitions, etc.), distingue trois types de contestations du CNE par les conseillers : les plus fréquents concernent la dimension purement contractuelle, les plus diversifiés sont relatifs à l'application du régime même du CNE tandis que les plus rares remettent en cause la conventionalité du CNE.

Ainsi, le jugement du CPH de Longjumeau du 28 avril 2006, qui aurait pu avoir un effet d'« entraînement », en raison, notamment, de sa large diffusion médiatique, n'a eu qu'un écho modeste sur le plan du contentieux<sup>1080</sup>. Sur 341 affaires traitées par les auteurs comportant une indication sur l'objet des demandes, quinze étaient exclusivement ou en partie fondées sur la remise en cause de la conventionalité. Sur les huit ayant donné lieu à jugement définitif, six ont été favorables aux demandeurs. On ne peut évidemment tirer de conclusions trop hâtives : le nombre de cas recensés est bien entendu trop faible, et l'argument de la conventionalité est avancé ici par les avocats de la demande, et non par les conseillers, qui ne font que le reprendre. Mais il est tout de même intéressant de noter que sur huit affaires où les conseillers avaient la possibilité de fonder leur décision sur le grief de non conventionalité du dispositif du CNE, six ont été argumentées dans ce sens. Cette proportion paraît très surprenante lorsque l'on sait que les jugements sont rendus par des formations paritaires, le CNE profitant aux « petits employeurs » et aux cadres en ressources humaines qui composent généralement le collège employeur. Dit autrement, la structure paritaire des formations devrait écarter les décisions portées par une hostilité politique à l'égard du CNE. De plus, les

---

<sup>1078</sup> Guiomard F., Serverin E., « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *Revue de Droit du Travail*, septembre 2007.

<sup>1079</sup> Séries fournies par la DARES. Il est cependant difficile de distinguer les licenciements des ruptures de CNE d'un commun accord.

<sup>1080</sup> Guiomard F., Serverin E., « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », op. cit.

jugements relatifs à la conventionalité du CNE constituent un enjeu primordial pour les OSP<sup>1081</sup>. Ces cas, outre qu'ils illustrent la perturbation de la parité au sein de l'institution (au moins une des formations ayant rendues ces décisions était constituée d'un conseiller de l'AEES), montrent aussi les tensions importantes avec les acteurs de l'univers judiciaire. En conflit ouvert avec la chancellerie suite à l'intervention des procureurs au sein des CPH, les conseillers se sont élevés contre l'intervention politique aux prud'hommes :

*« C'est proprement inacceptable, c'est de la provocation totale, je dis bien totale. C'est inacceptable, inacceptable. Vous imaginez un peu, le procureur qui vient fourrer son nez dans nos affaires, comme ça, en toute impunité. C'est une première, c'est du jamais vu, du jamais vu. Ça me met hors de moi. C'est insultant, infantilisant, dégradant, c'est une attaque claire et évidente. Je peux vous dire que si j'en vois un à l'une de mes audiences, ce monsieur va se faire bien recevoir, ça ne me fait pas peur »<sup>1082</sup>.*

Il nous est donc difficile d'évaluer si la décision des conseillers n'a pas été orientée par le bras de fer contre la chancellerie dans lequel un grand nombre de conseillers est engagé.

D'un autre côté, on peut voir, dans le fait qu'une majorité de décisions prud'homales relatives au CNE reposent sur une inexécution des obligations contractuelles, une orientation des motifs avancés par les parties, mais aussi une prudence des conseillers qui, sans « excès de zèle », ont bâti dans la plupart des cas leur argumentation sur des irrégularités (défaut de remise de document à la fin de la relation de travail, défaut de visite médicale d'embauche, défaut d'indemnités de licenciement, etc.)<sup>1083</sup>. Par ailleurs, de nombreuses décisions prud'homales ont estimé le CNE conforme au droit international, en refusant de valider ce motif. Ce fut le cas au sein du conseil de *Ville A*, en juin 2007<sup>1084</sup>.

### 3.3. Le risque contentieux et le risque juridique

L'ordonnance instituant le CNE, comme la plupart des mesures destinées à « assouplir » le droit du travail, remplace un certain nombre de règles relatives à la rupture du contrat de travail par d'autres règles spécifiques, ce qui met bien souvent en cause des « *équilibres juridiques anciens* »<sup>1085</sup>. Dans le cas du CNE comme du CPE, mais aussi concernant les accords de méthode, les conventions

---

<sup>1081</sup> A ce titre, on ne peut parler de jugement reposant sur le commun ici : ces litiges auraient du mobiliser très fortement les conseillers des deux collèges. Or, les conseillers du collège employeur ne se sont pas, ici, investis, ou alors dans le sens des salariés.

<sup>1082</sup> Entretien B3 bis, SE/Commerce.

<sup>1083</sup> Guiomard F., Serverin E., « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », op. cit.

<sup>1084</sup> CPH de *Ville A*, 22 juin 2007.

<sup>1085</sup> Guiomard F., Serverin E., « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », op. cit.

de reclassement personnalisé, les contrats de transition professionnelle, les congés de mobilité, les contrat-export, etc., la législation autorise un retour au droit commun, c'est-à-dire à l'ensemble des règles générales applicables aux relations du travail en l'absence de textes spéciaux, sans préciser la manière dont ce droit commun opère. Il ne s'agit donc plus de contrôler la cause réelle et sérieuse du licenciement, mais de déterminer les éventuels abus de droit. Or, la détermination du caractère abusif du motif est bien souvent problématique lorsqu'il n'est pas encadré par les textes<sup>1086</sup>. De plus, lorsque cet abus est caractérisé, sa sanction n'est pas précisée législativement<sup>1087</sup>. Ainsi, l'insécurité juridique règne, du moins dans l'attente d'une stabilisation jurisprudentielle.

Il est de ce fait tout à fait possible que la rupture conventionnelle subisse un traitement similaire à celui réservé au CNE. La notion de rupture à l'amiable de contrat de travail, en effet, se heurte au droit français<sup>1088</sup> et européen, selon lequel le salarié ne peut renoncer à la liberté de se prévaloir du droit du licenciement. Ainsi, dans une note remise au conseil d'orientation pour l'emploi, les juristes Jacques Barthélémy et Gilbert Cette ont prévenu, avant même la signature de l'accord introduisant la rupture conventionnelle, que « *le droit de la rupture du contrat de travail n'est pas du domaine du négociable, sauf dans un sens plus favorable au salarié, cette notion devant s'entendre juridiquement et non socialement ou économiquement* »<sup>1089</sup>. De même, la caractérisation de l'abus de droit quant aux conditions de recours à la rupture conventionnelle reste très floue.

De ce fait, la volonté de simplification et de sécurisation du droit du licenciement, tout comme le développement des formes de règlement des litiges au sein des entreprises, selon le modèle de la « flexi-sécurité », créent des incertitudes, autant pour les acteurs économiques que pour les conseillers. Les mécanismes de coordination en délibéré étant perturbés, ces incertitudes sont plus difficilement maîtrisables par les conseillers.

—

---

<sup>1086</sup> D'autres incertitudes ont été pointées par un certain nombre de juristes : les CNE en cours d'exécution dans les entreprises absorbée par une autre qui excéderait le seuil des vingt salariés doivent-ils être requalifiés ? Les termes de « nouvelles embauches » dans l'intitulé permettent-ils, ou non, de la proposer à des salariés déjà en place dans l'entreprise ? Le CNE peut-il être utilisé pour le remplacement d'un salarié, alors qu'il s'agit d'un contrat « conclu sans détermination de durée », c'est-à-dire correspondant à un besoin de main d'œuvre permanent ? Les contrats aidés tel le contrat initiative emploi peuvent-ils être conclus sous la forme d'un CNE ? Etc. Roy-Loustaunau C., « Le contrat nouvelles embauches : la flexi-sécurité à la française », *Droit Social*, décembre 2005.

<sup>1087</sup> Ibid.

<sup>1088</sup> Article L1231-2 du Code du travail.

<sup>1089</sup> « Négociation sur le marché du travail : les syndicats se rapprochent pour mieux peser », *Les échos*, édition du 17 décembre 2007.

Le législateur, en souhaitant « déjudiciariser » un certain nombre de litiges du travail, en privilégiant leur règlement au sein de l'entreprise, ouvre la porte à un nouveau type de contentieux. En tentant de sécuriser juridiquement la rupture du contrat de travail, en diminuant les possibilités de recours devant les prud'hommes, il crée des incertitudes, faisant de cette sécurité juridique du licenciement une illusion. La méfiance des employeurs vis-à-vis du CNE, pendant les deux dernières années de son existence, l'illustre parfaitement<sup>1090</sup>. En tentant de réformer l'institution prud'homale, de rationaliser le traitement de son contentieux, il bouscule ses fondements identitaires, ses mécanismes de coordination et renforce la disparité des jugements y étant rendus.

---

<sup>1090</sup> En juillet 2006, soit deux ans avant l'abrogation du contrat et un an après sa création, les intentions d'embauche par l'intermédiaire de ce type de contrat chutent considérablement, passant brutalement de 50 000 à 28 000. Ce chiffre de cessera ensuite de baisser. Données publiées par l'Acoss et reprises par *Liaisons sociales*, 22 janvier 2007.

## CONCLUSION

L'institution prud'homale, cette effrontée

---

On le sait, chaque décision organisationnelle, chaque tentative de rationalisation du travail porte potentiellement son lot d'effets non désirables, contre-intuitifs, pervers<sup>1091</sup>. En ce sens, notre analyse d'une institution dans laquelle on veut imposer l'organisation illustre humblement des mécanismes que d'autres auteurs ont déjà brillamment décortiqués. Le cas de l'institution prud'homale nous semble cependant singulier.

Il est en effet frappant de constater à quel point les réformes directes ou indirectes de l'institution prud'homale, tentées par le législateur et les pouvoirs publics, se révèlent être pour l'instant, au mieux, des « coups dans l'eau » :

- dans certains cas, l'organisation renforce en effet l'institution : cette dernière joue avec les contraintes organisationnelles et s'en trouve renforcée. Ainsi, alors que l'on souhaite la contourner, amoindrir ses prérogatives, afin notamment de « sécuriser » le licenciement, l'institution s'invente un pouvoir politique nouveau en s'offrant, par exemple, le luxe de mettre fin au CNE.

- dans d'autres cas, l'organisation parvient à déstabiliser l'institution, mais les solutions que l'organisation propose ne sont pas efficaces. Alors que l'on souhaite mettre fin à la « *pratique généralisée du compromis* » aux prud'hommes, l'institution se trouve contrainte de généraliser le recours à cette pratique, qui était auparavant circonstancié et encadré. Alors que l'on souhaite améliorer la « qualité » des jugements prud'homaux, on retire progressivement aux acteurs de l'institution leur compétence la plus valorisée, à savoir l'expertise du monde du travail : en tentant de renforcer la légitimité de l'institution, le législateur et les pouvoirs publics la fragilisent.

Ceci est particulièrement intéressant quand on sait que les acteurs auxquels on tente d'imposer le modèle de l'organisation sont relativement libres et autonomes : nous l'avons vu, les conseillers sont peu contraints dans l'institution, et la plupart des nouvelles contraintes organisationnelles touchant directement l'institution - telle la forfaitisation des temps de jugement - peuvent facilement être contournées<sup>1092</sup>. De plus, le support même des réformes touchant indirectement l'institution contraint peu les conseillers : ces réformes reposent sur la modification du

---

<sup>1091</sup> Boudon R., *Effets pervers et ordre social*, Paris, Quadrige, 1993.

<sup>1092</sup> Précisons que ce n'est pas le cas des contraintes de type structurelles - telle la réforme de la carte judiciaire.

code du travail, sur lequel les conseillers ont un large pouvoir d'interprétation - nous ne reviendrons pas sur le pouvoir créatif que le droit confère au juge.

Dès lors, on aurait pu penser que l'« offensive » organisationnelle, du moins sous la forme qu'elle a prise, était perdue d'avance, les acteurs (que l'on sait résistants au changement) ayant toutes les « armes » permettant de la balayer. Pourtant, l'organisation est bel et bien parvenue à toucher l'institution prud'homale dans ses fondements<sup>1093</sup>. On peut penser que cette « réussite » repose essentiellement sur l'adhésion de certains acteurs de l'institution, les conseillers « experts », qui ont fait leurs les valeurs portées par l'organisation. Pourtant, les choses ne sont pas si simples, car ces acteurs, rappelons-le, ont été amenés à porter l'organisation dans un contexte particulier, toutes les conditions ayant été accidentellement remplies, indépendamment de la volonté, parfois même de l'action, du réformateur<sup>1094</sup>.

Ainsi, la déstabilisation de l'institution prud'homale par l'organisation doit finalement beaucoup à la contingence. On comprend bien l'ironie de la chose : le réformateur n'est pas directement responsable de la fragilisation actuelle de l'institution, puisque son « offensive » organisationnelle aurait dû échouer.

### **Une problématique en suspens**

Il est sans doute encore trop tôt pour se prononcer sur la manière dont l'organisation et l'institution parviendront, à terme, à cohabiter durablement. La problématique est en suspens, notamment parce que la part d'« électrons libres » et de conseiller issus de l'AEES est amenée, lors des prochaines élections, à augmenter encore, comme nous l'avons montré. Ceci dépendra également des suites données par le législateur au processus de flexibilisation de la relation salariale, et des modalités encadrant l'éventuel « contrat unique ». Dit autrement, la réussite de la cohabitation entre organisation et institution est également tributaire de dispositions législatives dont elles ne sont pas directement l'objet.

Pour l'instant, « institués » et « organisés » s'accordent au cas par cas, en généralisant la négociation et le compromis pour les points qui, auparavant, étaient réglés en référence au commun construit par les conseillers. Ils acceptent de manière variable l'organisation et ne s'entendent pas sur la hiérarchisation des règles constitutives du commun : pour les « institués », la rationalisation portée

---

<sup>1093</sup> Même si ce n'est pas dans le sens souhaité par le réformateur.

<sup>1094</sup> La « montée » des listes de l'AEES et des organisations syndicales dites « non représentatives » aux élections prud'homales, conjuguée à une série d'éléments ayant affaibli la légitimité de l'institution (la jurisprudence européenne et l'avènement de la notion d'impartialité objective, la création et la montée en puissance de la HALDE, l'abstention aux élections prud'homales...) ont perturbé la dimension paritaire de l'institution. La réforme de la carte judiciaire a porté atteinte à un des principes constitutif du commun, la valorisation de l'expertise professionnelle. Or, nous avons vu que l'affaiblissement du commun et la déstabilisation de la parité ébranlent les mécanismes de coordination entre conseillers (qui reposent justement sur le commun et qui sont rendus possibles par la dimension paritaire de l'institution), ce qui fragilise profondément l'institution.

par l'organisation est acceptable tant qu'elle ne se réalise pas au détriment des valeurs portées par l'institution, tandis que les « organisés » adoptent un comportement inverse. Pour les « électrons libres », qui partagent des représentations différentes de l'institution, la logique de l'organisation n'est pas défendable, l'objectif de défense des membres de leur collège guidant leurs actions.

Dans l'institution, une grande majorité de litiges (ou la majeure parties des points constituant un litige) sont examinés en référence à des valeurs communes, les désaccords étant réglés par la possibilité d'un investissement séquencé, régulé par le caractère paritaire de la formation de délibéré. A la suite de l'émergence de l'organisation, l'entente entre « institués, « experts » ou « électrons libres » est beaucoup plus aléatoire. Par ailleurs, les « électrons libres » et les employeurs de l'AEES perturbent la parité en s'identifiant non pas à un collègue, mais à une organisation syndicale ou patronale, qu'elle soit radicale ou, au contraire, extrêmement modérée. Ainsi, l'organisation perturbe autant le commun (le désaccord concerne la hiérarchisation des valeurs constitutives de ce commun), que la normalisation des investissements et des désaccords, les conseillers ne pouvant plus s'appuyer sur la parité pour encadrer les dépassements. Non seulement l'accord est plus difficile, mais en cas de désaccord, il n'y a plus deux salariés et deux employeurs, mais quatre conseillers dont l'action et les représentations sont structurées autour de valeurs ayant une place différente dans la hiérarchie des valeurs. Faute de commun, les conseillers privilégient des conduites individualistes, opportunistes, portant préjudice aux résultats collectifs.

Dans un contexte où la coordination est construite autour du commun et de la dimension paritaire de l'institution, les incertitudes issues notamment de l'évolution de la législation, sont gérées par des conseillers qui se saisissent de l'espace d'autonomie ainsi créé pour insérer une part importante d'équité dans le jugement. Dans un contexte où le commun et la parité sont mis à mal, ces incertitudes renforcent la déstabilisation des conseillers en délibéré.

Ainsi, pour revenir aux hypothèses ayant été émises au début de ce travail, c'est donc bien en portant atteinte à la coordination entre conseillers que l'organisation déstabilise l'institution. L'adhésion aux valeurs portées par l'organisation par quelques acteurs suffit, dans une institution paritaire, à rendre inopérants les mécanismes de coordination, surtout lorsque ces derniers sont déjà fragilisés. En revanche, on ne peut réellement parler, comme nous l'avions fait, de mise en concurrence entre conseillers par l'organisation. On connaît la structure hiérarchique de l'institution, ainsi que la dimension collective des évaluations. On ne peut non plus affirmer que les messages diffusés par l'organisation sont, en eux-mêmes, contradictoires. C'est de leur confrontation avec ceux de l'institution que naît la contradiction.

Dès lors, il s'agira de diminuer les incertitudes et de redéfinir la place des conseillers prud'hommes dans chacun des univers institutionnels dans lesquels ils s'insèrent, afin que l'organisation respecte certains domaines et territoires de l'institution. On peut par exemple penser aux modalités de l'élection des conseillers, qui pourrait très bien ne plus se faire exclusivement sur

listes syndicales ou patronales. L'enjeu est d'importance, alors qu'augmente significativement la conflictualité au travail.

### **L'augmentation de la conflictualité au travail**

Les conseillers interviennent en effet dans un monde du travail en mutation : intensification des contraintes temporelles et de la charge de travail, diminution des frontières entre temps travaillés et temps de repli, développement de la flexibilité, essor des contrats précaires, etc. Le discours médiatique relaie ces « *pressions nouvelles* »<sup>1095</sup>, tandis que de nombreux artistes s'emparent du sujet<sup>1096</sup>. Au cinéma, les œuvres montrant, parfois de manière très violente, la dureté des relations de travail se multiplient<sup>1097</sup>. Les psychologues du travail, tels Christophe Dejours, se demandent pourquoi les salariés acceptent des contraintes de travail toujours plus dures tout en étant conscients de la mise en danger de leur intégrité mentale et physique. Ce dernier évoque la « *banalisation* » de la souffrance au travail et développe l'idée d'une « *rationalisation du mal* »<sup>1098</sup>.

A première vue, ceci ne se traduit pas, pourtant, par une intensification de la conflictualité au travail. Au contraire même, le déclin des grèves dites « traditionnelles » semble indéniable. Si l'on considère l'évolution du nombre de journées individuelles non travaillées pour fait de grève (pour les conflits localisés) enregistrés par la DARES depuis 1996, on constate un certain « tassement » depuis 2002, autour de 200 000 journées, soit trois fois moins que les 600 000 journées enregistrées en 2000. Entre 1996 et 2004, ce nombre a été divisé par deux<sup>1099</sup>. Nous sommes dans tous les cas très loin des trois millions de journées enregistrées à la fin des années 70<sup>1100</sup>.

On ne peut pour autant en déduire une baisse de la conflictualité au travail. D'abord, parce que ces indicateurs apparaissent peu fiables (à cause, notamment, du caractère non systématique du signalement par les inspecteurs du travail et les fluctuations du champ d'enquête<sup>1101</sup>). Ensuite, et surtout, car la conflictualité au travail ne se réduit bien entendu pas à la grève, qui n'en constitue que la forme la plus instituée et visible. Ainsi, en prenant en compte la diversité des formes de protestation, Sophie Bérout, Jean Michel Denis, Guillaume Desage, Baptiste Giraud et Jérôme Péglise, en se basant sur l'enquête REPONSE 2004-2005, mettent en évidence un regain des conflits

---

<sup>1095</sup> « Souffrir au travail », *Libération*, édition du 27 avril 2009.

<sup>1096</sup> Cf. les travaux récents de David Jouin ou Serge Lhermitte (exposition « Au boulot !? »).

<sup>1097</sup> *Violence des échanges en milieu tempéré* de Jean Marc Moutout (2003), *La question humaine* de Nicolas Klotz (2007), *Ressources humaines* de Laurent Cantet (1999), *J'ai (très) mal au travail* de Jean Michel Carré (2006), etc.

<sup>1098</sup> Dejours C., *Souffrance en France, la banalisation de l'injustice sociale*, Paris, Seuil, 2000.

<sup>1099</sup> Histogramme consultable en annexe 15. Source : DRT et DARES (calcul DARES), 2005.

<sup>1100</sup> Pour la période 1890-1996, cf. Naulin G., « Prévention et résolution des conflits du travail », Avis et rapport du conseil économique et social, Les éditions des Journaux Officiels, 1998.

<sup>1101</sup> Bérout S., Denis J-M., Desage G., Giraud B., Péglise J., *La lutte continue ? Les conflits du travail dans la France contemporaine*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du Croquant, 2008.

depuis le début des années 2000 et une détérioration du climat social dans les entreprises, à travers, notamment, l'augmentation des conflits sans arrêts de travail (pétition, refus des heures supplémentaires, boycott des réunions, interpellation de la hiérarchie...) ou des débrayages<sup>1102</sup>. Il ne s'agit pas pour autant, selon les auteurs, d'une simple substitution de nouvelles formes de contestation (individualisées, moins radicales, plus ponctuelles) aux plus anciennes, mais d'une combinaison de ces différentes actions. Ces derniers invitent alors à rompre avec une catégorisation binaire des formes et enjeux des actions (le collectif contre l'individuel, la grève contre les autres modes d'action, le recours au droit contre l'action collective), mais aussi des différents acteurs (les salariés syndiqués et les autres, la CGT contre la CFDT...). De ce fait, la notion de judiciarisation des relations sociales doit être précisée.

### **Juridicisation et judiciarisation**

Il convient de distinguer le processus de juridicisation des relations sociales, correspondant à un recours accru au droit dans les interactions « ordinaires » des relations de travail, et le phénomène de judiciarisation, désignant une saisine plus importante des tribunaux pour régler les conflits du travail<sup>1103</sup>. Ainsi, la judiciarisation d'un conflit le déplace dans l'enceinte judiciaire, le transformant donc en litige, là où la juridicisation peut laisser ce conflit au sein de l'entreprise.

En ce qui concerne cette judiciarisation, de nombreux rapports font état d'une importante augmentation du contentieux prud'homal. Il est question, pour leurs auteurs, d'« *explosion contentieuse* », d'« *intervention grandissante des tribunaux* », de « *montée inexorable du contentieux* » ou de « *multiplication des recours juridiques* »<sup>1104</sup>. Mais, se référant à une seule année ou à de faibles variations entre deux années, voire en ne citant aucun chiffre, ces affirmations ne résistent pas à l'examen de données chiffrées sur une large période (l'évolution du nombre d'affaires nouvelles introduites au fond entre 1970 et 2007 est consultable en annexe 16). On constate ainsi, au contraire, une baisse significative du contentieux prud'homal depuis 2003, voire depuis 1998 si l'on fait exception d'un pic en 2002. Même en considérant une période de vingt ans, le contentieux prud'homal n'a augmenté « que » de 5,1% (entre 1987 et 2007). En 2007, le contentieux retrouve

---

<sup>1102</sup> Bérout S., Denis J-M., Desage G., Giraud B., Pelisse J., *La lutte continue ? Les conflits du travail dans la France contemporaine*, op. cit.

<sup>1103</sup> Péliisse J., « Judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », *Politix*, volume 22, 2009.

<sup>1104</sup> Naulin G., *Prévention et résolution des conflits du travail*, Paris, Conseil économique et social, 1998 ; Camdessus M., *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, Paris, La documentation française, 2004 ; De Virville M., *Pour un code du travail plus efficace. Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, Paris, La documentation française, 2004 ; Cahuc P., Kramarz F., *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle. Rapport au ministre d'Etat, ministre de l'Economie des finances et de l'industrie, et au ministre de l'Emploi, du travail et de la cohésion sociale*, Paris, La documentation française, 2004, cit. in Serverin E., « L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres », *Revue de droit du travail*, Juin 2006.

même son niveau de 1991. Nous sommes donc bien loin de la supposée « *explosion contentieuse* », le processus de judiciarisation mis en avant par de nombreux auteurs devant être fortement nuancé<sup>1105</sup>.

Selon Jérôme Pélisse, le processus de juridicisation est plus évident que celui de judiciarisation (la juridicisation des relations de travail étant une condition nécessaire mais non suffisante à leur éventuelle judiciarisation)<sup>1106</sup>. Ainsi, l'auteur constate une « *formalisation juridique accrue des relations sociales, une extension du droit comme modèle et référence pratique pour les actions* »<sup>1107</sup>. Cette juridicisation est « *collective* », « *de plus en plus négociée* », « *de moins en moins conflictuelle* »<sup>1108</sup>.

Ce constat ne s'oppose pas à l'idée d'intensification de la conflictualité au travail évoquée plus haut puisque, nous l'avons vu, conflits et négociation se combinent : l'augmentation du recours à la négociation ne constitue pas un facteur de pacification des relations sociales. Au contraire, « *le recours à l'action collective se combine plus que ne s'oppose avec la réappropriation des enceintes, ressources et techniques formalisées de la négociation* »<sup>1109</sup>, même si les thèmes de conflits et de négociations ne se superposent pas forcément<sup>1110</sup>. Pour Christian Bessy, la juridicisation renforce la dimension individuelle des rapports de travail<sup>1111</sup>, ainsi que les risques « *d'instrumentalisation du droit par et au profit des directions* »<sup>1112</sup>.

Ce mouvement de juridicisation au sein des entreprises se retrouve également au niveau individuel par une intégration organisationnelle du règlement des litiges, par l'intermédiaire d'une augmentation marquée du nombre de transactions conclues en dehors de la procédure prud'homale<sup>1113</sup> et par la possibilité nouvelle de négocier la rupture du contrat de travail. On peut supposer que ce processus tend à augmenter la conflictualité des affaires présentées devant la juridiction. Le recours à la juridiction prud'homale surviendrait donc de plus en plus souvent en cas d'accident dans la

---

<sup>1105</sup> Pourtant, c'est sur la mise en avant de ce processus que reposent les discours des « gestionnaires » de la justice, ayant intérêt à diminuer le contentieux à traiter, et les discours idéologiques pointant le danger de l'intervention croissante du juge sur les normes économiques.

<sup>1106</sup> Ceci rejoint l'analyse d'Erhard Blankenburg, pour qui « *il n'y a pas seulement accroissement du nombre d'affaires portées devant les tribunaux. Nous sommes surtout dans une période de revendication accrue des droits* ». Blankenburg E., « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours à la justice », *Droit et société*, n°28, 1994.

<sup>1107</sup> Pélisse J., « Judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », op. cit.

<sup>1108</sup> Ibid.

<sup>1109</sup> Bérout S., Denis J-M., Desage G., Giraud B., Pélisse J., *La lutte continue ? Les conflits du travail dans la France contemporaine*, op. cit.

<sup>1110</sup> Jérôme Pélisse décèle une « *forme d'autonomisation de la sphère de négociation sur des questions plus techniques* ». Dès lors, « *la juridicisation collectivement négociée n'est pas forcément synonyme d'extension des droits pour les salariés* », mais engendre des conflits « *de plus en plus défensifs* ». Pélisse J., « Judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », op. cit.

<sup>1111</sup> Le contrat constituant de plus en plus un outil de gestion des ressources humaines, permettant de régler les litiges du travail.

<sup>1112</sup> Bessy C., *La contractualisation de la relation de travail*, Paris, LGDJ, 2007, cit. in Pélisse J., « Judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », op. cit.

<sup>1113</sup> Bourreau Dubois C., Defains B. (dir.), *Analyse économique du droit du travail*, rapport final pour la DARES, 2005.

régulation au sein de l'entreprise, lorsqu'aucune solution n'a pu être trouvée entre les parties en interne. Le recours aux tribunaux peut ainsi être considéré comme une « défaillance », voire une « pathologie », au sein des entreprises.

Ceci nous amène à nuancer à nouveau le fort taux d'appel des décisions prud'homales, face auquel les conseillers sont de plus en plus souvent impuissants, et réduit également fortement la portée de l'étape de la conciliation au cours de la procédure prud'homale. On peut alors supposer que l'importance des indicateurs relatifs à la durée de la procédure, seuls indicateurs sur lesquels les conseillers ont fortement pris, est amenée à augmenter. Il semble également probable qu'à terme, l'étape de la conciliation disparaisse de la procédure prud'homale. On connaît pourtant le rôle que joue, et que pourrait jouer davantage, la conciliation, ne serait-ce que pour éclairer les parties de manière contradictoire sur l'étendue de leurs droits<sup>1114</sup>. Nous avons vu, en effet, que les parties sont bien souvent très mal informées en matière de droits sociaux, et, plus techniquement, en ce qui concerne les mécanismes de la procédure prud'homale.

### **L'accès à la justice prud'homale**

Nous l'avons déjà évoqué, sur l'ensemble des affaires introduites au fond en 2007, 45% se sont terminées sans jugement au principal à la suite, pour une moitié des cas, d'un accord des parties et, pour l'autre moitié, d'un abandon unilatéral de la procédure<sup>1115</sup>. Ces abandons posent la question de l'accès à la justice prud'homale, qui peut se révéler difficile pour certaines catégories de salariés, notamment les plus précaires ou les plus éloignées des organisations syndicales, sources précieuses d'information en la matière. C'est le sens des travaux, en cours, conduits par Isabelle Astier et Jean François Laé qui, en émettant l'hypothèse que ces salariés, découragés, n'ont pas rencontré d'« *espace de traduction juridique de leur litige* » ni le « *mode d'emploi efficace pour franchir les différentes étapes des prud'hommes* », étudient les formes de désincitations liées aux guichets<sup>1116</sup>.

Mais il convient également de raisonner en termes de coûts de la procédure pour les demandeurs. Si les actes de procédure sont gratuits<sup>1117</sup>, il reste en effet à régler les honoraires d'avocat et les éventuels frais d'expert. Les honoraires sont librement fixés et varient selon l'avocat, la nature et la complexité du litige. Se situant, en moyenne, autour de 2 300 euros<sup>1118</sup>, ces frais peuvent

---

<sup>1114</sup> Grumbach T., « L'institution prud'homale en mouvement », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.

<sup>1115</sup> Infostat Justice, n°105, 2009.

<sup>1116</sup> Astier I., Laé J.F., « Aller ou non aux prud'hommes ? Un accès difficile à la justice du travail », contrat de recherche, mission Droit et Justice, 2008-2010.

<sup>1117</sup> A l'exception des éventuels frais d'huissier de justice et des amendes civiles pouvant être exigées pour abus de procédure, avec dommages et intérêts.

<sup>1118</sup> Girard Oppici C., *Négocier la rupture du contrat de travail*, Paris, Builbert, 2003. Selon Guy Champagne, « 1 500 euros plus 10% du résultat pour un salarié et 3 000 euros plus 10% pour un employeur, ces tarifs représentent un minimum en 2005 ». Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de*

constituer un facteur évident de découragement, surtout lorsque l'on sait à quel point l'attribution des indemnités versées dans le cadre de l'article 700 du NCPC est, nous l'avons vu, aléatoire. Rappelons qu'en fonction de ses revenus, le salarié pourra bénéficier de l'aide juridictionnelle, totale ou partielle<sup>1119</sup>.

Par ailleurs, on peut penser qu'aux yeux de certains salariés, le recours aux prud'hommes peut être préjudiciable à une carrière. Dans ce cas, la peur des conséquences freine la saisine du conseil. C'est le sens des propos de ce conseiller du collègue salarié :

*« On leur dit « t'es complètement cinglé, faut pas y aller, tu vas plus jamais pouvoir trouver de travail ». Forcément, ça engage pas à venir. Je sais que certains ont peur de venir. Ils sont dans leur droit, ils pourraient retrouver leur droit mais non, ils préfèrent la fermer, dans leur coin. Parce qu'il y a cette peur, parce qu'il y a ces... enfin, c'est complètement stupide, je pense. Je peux comprendre, mais qu'est ce que c'est con quand même comme attitude, qu'est ce que c'est lâche »<sup>1120</sup>.*

Ceci est renforcé par le fait que l'institution prud'homale ne constitue pas réellement une voie de recours « ordinaire » pour les salariés et employeurs dans le cadre de l'exécution du contrat de travail : nous l'avons vu, l'institution n'est saisie, dans une grande majorité de cas, que lors de la rupture du contrat de travail, c'est-à-dire lorsque le salarié ne se trouve plus sous la subordination juridique et économique de l'employeur. Ceci réduit fortement sa mission de régulation sociale, ce qui pousse certains auteurs à appeler l'institution prud'homale « *la juridiction du licenciement* »<sup>1121</sup>. En d'autres termes, plus liquidateur que régulateur, le conseiller prud'homme régule essentiellement la fin de la relation de travail. Il sera sans doute amené à le faire davantage encore demain.

N'oublions pas, cependant, que l'institution prud'homale ne constitue qu'une facette d'un système de régulation sociale plus vaste, formé d'instances de recours formelles ou informelles, internes ou externes à l'entreprise (comme les délégués du personnel, l'inspection du travail, le recours à l'agent de maîtrise au niveau de l'atelier, la permanence juridique syndicale, etc.)<sup>1122</sup>. Mais dans le même temps, le recours aux prud'hommes est aussi ce qui permet de structurer un conflit. C'est autour d'un procès que vont pouvoir être organisées des manifestations, une médiatisation, etc. Le recours aux prud'hommes constitue donc souvent un vecteur, une ressource pour la lutte.

—

---

*règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, Thèse pour le doctorat de sciences de gestion, Aix Marseille III, 2005.

<sup>1119</sup> L'aide juridictionnelle totale étant plafonnée, en 2005, à 1 532 euros.

<sup>1120</sup> Entretien C2, CS/Industrie.

<sup>1121</sup> Bonafé-Schmitt J-P., « Le conseil de prud'hommes : la juridiction du licenciement », *Annales de l'IETSS*, XVII, université Lyon III, 1980.

<sup>1122</sup> Ibid.

Nous concluons notre travail en rappelant que l'organisation n'est pas forcément « l'ennemi » de l'institution. Dans le cas de l'institution prud'homale, d'un point de vue strictement instrumental, les « effets pervers », tels l'allongement de la durée de la procédure dû à un recours plus fréquent au départage, sont balancés par les bénéfices tirés de l'organisation du traitement du contentieux qui, à terme, est susceptible d'accélérer cette procédure, et par les économies réalisées dans le cadre du regroupement des conseils ou par l'élaboration de décisions élaborées dans le but de résister à l'appel.

Cependant, il n'est pas évident que le justiciable ait beaucoup à gagner face à une justice du travail procédurière et déstabilisée, obsédée par le résultat et rendant des décisions disparates. L'institution prud'homale déploie des valeurs liées à une justice de proximité, de médiation, s'appuyant sur des compétences professionnelles fortes. Elle constitue un lieu de représentation et de régulation des identités professionnelles. Elle offre un « *supplément d'âme* »<sup>1123</sup> en échappant à la conception de la rentabilité immédiate et en mettant en avant l'équité, là où l'organisation, faisant abstraction de l'appartenance syndicale et professionnelle des conseillers, les inscrit dans un espace judiciaire réduit, tentant d'en faire de simples agents de contrôle de l'application des règles de droit. L'organisation n'y parvient pas<sup>1124</sup>. L'institution prud'homale, cette excentrique que l'on souhaitait rendre conforme à un certain idéal (économique) de justice, résiste effrontément.

Nous ne contestons pas le déficit de légitimité, pourtant très relatif, dont souffre l'institution prud'homale, ni ses problèmes organisationnels, mais pouvons cependant interroger la pertinence des solutions proposées par l'organisation. Fallait-il introduire des pointeuses au sein des bureaux de délibéré pour accélérer la procédure ou bien limiter l'inflation législative rendant la tâche des conseillers chaque jour plus complexe ? Fallait-il, pour augmenter la « fiabilité » des décisions de la juridiction<sup>1125</sup>, développer l'évaluation de l'activité prud'homale, jusqu'à amener les procureurs à contrôler le travail des conseillers en bureau de jugement, dans un climat de suspicion générale mal vécu par ces conseillers bénévoles, au lieu de réformer en profondeur le processus de formation, inadapté face à la complexité croissante du droit du travail ?

Si l'on considère qu'il y a une place pour une justice qui ne soit pas un simple organe de contrôle et de sanction des droits, dont la mission ne se limiterait pas à la répression, on peut se

---

<sup>1123</sup> Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, Paris, L'Harmattan, collection Logiques Sociales, 2008.

<sup>1124</sup> Et se contente ici de fragiliser l'institution.

<sup>1125</sup> La hiérarchie entre équité et fiabilité étant de plus discutable.

demander, à l'instar de Geneviève Guidicelli-Delage, si, finalement, l'institution prud'homale ne serait pas « *conforme à un certain idéal moderne de justice* »<sup>1126</sup>.

---

<sup>1126</sup> «Le conseil de prud'hommes. Une juridiction originale au sein de l'Europe », actes de la journée d'études organisée par la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de la Vienne et la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers le 21 mai 1999 à Poitiers, PUF, Paris, 2000.

## BIBLIOGRAPHIE

---

### Ouvrages

- Amblard H., Bernoux P., Herreros G., Livian Y.F., *Les nouvelles approches sociologiques des organisations*, Paris, Le Seuil, 1996.
- Astier I., *Les nouvelles règles du social*, Paris, PUF, 2007.
- Bérout S., Denis J.-M., Desage G., Giraud B., Péliisse J., *La lutte continue ? Les conflits du travail dans la France contemporaine*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du Croquant, 2008.
- Boltanski L., *Les cadres, l'invention d'un groupe social*, Paris, éditions de minuit, 1982
- Boltanski L., *L'amour et la justice comme compétence. Trois essais de sociologie de l'action*, Paris, Métailié, 1990.
- Boltanski L., Thévenot L., *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.
- Boltanski L., La souffrance à distance, Paris, Métailié, 1993.
- Boltanski L., Chiapello E., *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999.
- Bonafe Schmitt J.-P., *La médiation : une justice douce*, Syros Alternatives, 1992
- Boudon R., *Effets pervers et ordre social*, Paris, Quadrige, 1993
- Boudon R., *Le Juste et le Vrai : études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Paris, Fayard, 1995.
- Boudon R., *La logique du social. Introduction à l'analyse sociologique*, Paris, Hachette, 1997.
- Boudon R., Bourricaud F., *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, Puf, 2004.
- Bourdieu P., *Homo academicus*, Paris, éditions de minuit, 1984.
- Bourdieu P., *La noblesse d'Etat : grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Editions de Minuit, 1989.
- Bourdieu P. (dir.), *La misère du monde*, Paris, Le Seuil, 1993.
- Bourdieu P., *Langage et pouvoir symbolique*, éditions du Seuil, 2001.
- Breen E. (dir), *Evaluer la justice*, Paris, PUF, collection Droit et Justice, 2002.
- Cam P., *Les prud'hommes, juges ou arbitre ? Les fonctions sociales de la justice du travail*, Paris, Presses de la FNSP, 1981
- Carbonnier J., *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978.
- Collovald A., *Pour une sociologie des carrières morales des dévouements militants*, Paris, PUF, 2002.
- Conseil Supérieur de la Prud'homie, « Diagnostic de fonctionnement des conseils de prud'hommes », Paris, La documentation française, 1998.
- Cornu G., *Vocabulaire juridique*, PUF, collection Quadrige, 4<sup>ème</sup> édition, 2003.
- Crozier M., *Le phénomène bureaucratique. Essai sur les tendances bureaucratique des systèmes d'organisation modernes et sur leurs relations en France avec la système social et culturel*, Paris, Le seuil, 1963
- Crozier M., Friedberg E., *L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective*, Paris, Le seuil, 1977.
- Dahl R., *Qui gouverne ?*, Paris, Armand Colin, 1971.
- David M., « L'évolution historique des conseils de prud'hommes en France », *Droit social*, février 1974
- David M., « Les prud'hommes : XIXe-XXe siècle », *Le Mouvement social*, n°141, octobre 1987
- Dejours C., *Souffrance en France, la banalisation de l'injustice sociale*, Paris, Seuil, 2000.
- Dubar C., Tripier P., *Sociologie des professions*, Paris, Arman Colin, 1998.
- Dubar C., *La socialisation. Construction des identités sociales et professionnelles*, Paris, Armand Colin, 1991.
- Dubet F., *Sociologie de l'expérience*, Paris, Le seuil, 1994.
- Dubet F., *Le déclin de l'institution*, Le seuil, collection L'épreuve des faits, Paris, 2002.
- Dubet F., *Injustices. L'expérience des inégalités au travail*, Paris, éditions du Seuil, 2006.
- Duclos L., Groux G., Mériaux O. (dir), *La dynamique des relations professionnelles*, Paris, LGDJ, 2007.
- Durkheim E., *Règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 1963.
- Elias N., *La dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Lévy, 1975.

- Forse M., Parodi M., *La priorité du juste. Eléments pour une sociologie des choix moraux*, Paris, PUF, collection « Sociologies », 2004.
- Giraud C., *Bureaucratie et changement. Le cas de l'administration des télécommunications. « Du 22 à Asnières à la télématique »*, l'Harmattan, 1987.
- Giraud C., *L'action commune, essai sur les dynamiques organisationnelles*, l'Harmattan, 1993.
- Giraud C., *Concepts d'une sociologie de l'action*, Paris, L'Harmattan, 1994.
- Giraud C., *L'intelligibilité du social, Chemins sociologiques*, Paris, L'Harmattan, 1999.
- Giraud C., Maurines B. (dir.), *Univers privés et publics. Dynamiques de recompositions*, Paris, L'Harmattan, 2000.
- Giraud C., *Logiques sociales de l'indifférence et de l'envie. Contribution à une sociologie des dynamiques organisationnelles et des formes de l'engagement*, Paris, L'Harmattan, collection Logiques Sociales, 2003.
- Giraud C. (dir.), *De l'institution à l'organisation de la Gendarmerie Nationale : les effets induits sur le métier de gendarme*, Rapport final étude C2SD, Université de Lille 1.
- Giraud C., *Du secret, contribution à une sociologie de l'autorité et de l'engagement*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- Giraud C., *De l'espoir, sociologie d'une catégorie de l'action*, Paris, L'Harmattan, 2007.
- Giraud C., *De l'épargne et de la dépense. Essai de sociologie de l'organisation et de l'institution*, Paris, L'Harmattan, 2008.
- Gribaudo M., « Echelle, pertinence, configuration », in Revel J. (dir.), *Jeux d'échelle, la micro-analyse à l'expérience*, Le Seuil, 1996
- Hirschman A.O., *Bonheur privé, action publique*, Paris, Fayard, 1995.
- Hirschman A.O., *Défection et prise de parole*, Paris, Fayard, 1995.
- Hlady Rispal M., *La méthode des cas, application à la recherche en gestion*, Bruxelles, Editions de Boeck, 2002.
- Ion J., *La fin des militants*, Paris, Editions de l'atelier, 1997.
- Jamous H., *Sociologie de la décision. La réforme des études médicales et des structures hospitalières*, Paris, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, 1969.
- Jestaz, P., *Le droit*, Paris, Dalloz, 1996
- Kriegel A., *Les communistes français. Essai d'ethnographie politique*, le Seuil, 1970.
- Linhart V., *Enquête aux prud'hommes*, Paris, Stock, 2000.
- Loureau R., *L'analyse institutionnelle*, Paris, Les éditions de Minuit, 1970.
- Michel H., Willemez L. (dir.), *La justice au risque des profanes*, Paris, PUF CURAPP, 2007.
- Michel H., Willemez L., *Les conseils de prud'hommes entre défense syndicale et action publique*, rapport final « Mission de recherche Droit et Justice », juin 2007.
- Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008).
- Milburn P., *La médiation : expériences et compétences*, Paris, Editions La découverte, 2002.
- Mintzberg H., *Structure et dynamique des organisations*, Paris, éditions d'organisation, 1998.
- Mucchielli A. (dir.), *Dictionnaire des méthodes qualitatives en sciences humaines et sociales*, Paris, Armand Colin, 1996.
- Olson M., *Logique de l'action collective*, Paris, PUF, 1978.
- Padioleau J.-G., *Le réformisme pervers*, Paris, PUF, 2002
- Rawls J., *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987.
- Ray J.E., *Droit du travail, droit vivant*, 8<sup>ème</sup> édition, Paris, Ed. Liaisons, 2000.
- Reynaud J.D., *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*, Paris, A. Colin, 1989.
- Sainsaulieu R., *L'identité au travail*, Paris, éditions Presses de Sciences PO, 2000.
- Serverin E., *Sociologie du droit*, La Découverte, coll. « Repères », 1999.
- Sfez L., *La décision*, Paris, PUF, 1984.
- Supiot A., *Les juridictions du travail*, Paris, Dalloz, 1987.
- Supiot A., *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994.

- Villebrin J., Quétant G-P, Traité de la juridiction prud'homale, LGDJ, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, 1998.
- Willemez L., *Le Droit du travail en danger. Une ressource collective pour des combats individuels*, Bellecombe-en-Bauges, Editions du croquant, collection savoir/agir, 2006.
- Willemez L., Vauchez A., *La justice face à ses réformateurs (1980-2006)*, Paris, PUF, 2007.

### Articles / Contributions

- Alter N., « La crise structurelle des modèles d'organisation », *Sociologie du travail*, 1993.
- Andolfatto D., « La représentativité syndicale en débat », *Regards sur l'actualité*, n° 267, janvier 2001.
- Andolfatto D., Labbé D., « La transformation des syndicats français. Vers un nouveau « modèle social » ? », *Revue française de science politique*, n°56, 2006.
- Berten A., « D'une sociologie de la justice à une sociologie du droit », *Recherches sociologiques*, 1993.
- Blankenburg E., « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours à la justice », *Droit et société*, n°28, 1994.
- Bonafé-Schmitt J-P., « Le conseil de prud'hommes : la juridiction du licenciement », *Annales de l'IETSS*, XVII, université Lyon III, 1980.
- Bonafé-Schmitt J-P., *La création des règles dans l'entreprise. Etude comparative France-USA*, Lyon, Glysi, 1984.
- Bonafé-Schmitt J-P., Dufour C., « Pour une sociologie du juge prud'homal », *Annales de Vaucresson*, n°23, 1985.
- Bonafé-Schmitt, « Les prud'hommes : du conseil de discipline à la juridiction de droit commun du travail », *Le mouvement social*, n°141, 1987.
- Bonafé-Schmitt J-P., « L'exécution des décisions prud'homales : un phénomène complexe », *Droit social*, 11 novembre 1989.
- Bonafé-Schmitt J-P., « Pour une approche socio-juridique de la production des normes dans les relations de travail », *Droit et société*, 1994.
- Boudon R., Davidovitch A., « Les mécanismes sociaux des abandons de poursuites : analyse expérimentale par simulation », *L'année sociologique*, 1964.
- Bourdieu P., « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences Sociales*, n°64, 1986.
- Cassan G., Didier D., Gardella E., Israël L., Lutaud R., Ollivier C., Péglise J., Pujuguet M., Souloumiac J., Trespeuch M., Truc G., Williams B., « La construction sociale de la légalité », *Terrains et Travaux*, n°6, 2004.
- Brubaker R., « Au-delà de l'identité », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°139, 2001.
- Chenoufi R., « Le rapport aux valeurs et la controverse autour du concept de droit », in Mesure S (dir.), *La rationalité des valeurs*, Paris, PUF, 1998.
- Clémence A., Doise W., « La représentation sociale de la justice : une approche des droits dans la pensée ordinaire », *L'année sociologique*, vol.45, n°2, 1995.
- Cottureau A., « Droit et bon droit. Un droit des ouvrier instauré, puis évincé par le droit du travail », *Annales HSS*, vol. 57, 2002
- Cottureau A., « Sens du juste et usages du droit du travail : une évolution contrastée entre la France et Grande Bretagne au XIX<sup>ème</sup> siècle », *Revue d'histoire du XIX<sup>ème</sup> siècle*, n°33, 2006.
- David M., « La juridiction du travail en France », *Droit social*, 1974.
- David M., « L'évolution historique des conseils de prud'hommes en France », *Droit social*, février 1974
- David M., « Les prud'hommes : XIXe-XXe siècle », *Le Mouvement social*, n°141, octobre 1987
- Didry C., « Les comités d'entreprise face aux licenciements collectifs : trois registres d'argumentation », *Revue française de sociologie*, 1998.
- Didry C., « La règle de droit comme équipement pour le travail juridique : le cas du licenciement collectif pour motif économique », in Kirat T., Serverin E., *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS éditions, 2000.

- Didry C., « Le comité d'entreprise européen devant la justice : mobilisation du droit et travail juridique communautaire », *Droit et société*, n°49, 2001.
- Doriat-Duban M., Deffains B., « Le temps de la justice : analyse comparative de la durée des litiges selon leur mode de règlement », in Kirat T., Serverin E., *Le droit dans l'action économique*, Paris, 2000.
- Dubois B., « Les prud'hommes et la discipline industrielle au XIXème siècle », in *Juges et criminels, Etudes en hommage à René Martinage*, Hellemes, Ester, 2000.
- Duriez B., *Le militantisme extra-professionnel. Facteurs et évolutions*, CLERSE, Université Lille 1, 1994.
- Falconi A\_M., Guenfoud K., Lazega E., Lemerrier C., Mounier L., « Le contrôle social du monde des affaires : une étude institutionnelle », *L'Année sociologique*, vol. 55, 2005.
- Fillieule O., « Devenir militants », *Sciences Humaines*, N°144, décembre 2003.
- Grumbach T., Serverin E., « Le temps de fonction des conseillers prud'hommes devant le juge pénal. A propos des jugements du tribunal correctionnel de Thonon-les-Bains », *Revue de Droit du Travail*, octobre 2006.
- Grumbach T., Serverin E., « Le contentieux prud'homal, après la négociation sur la modernisation du marché du travail », *Revue de droit du travail*, avril 2008.
- Grumbach T., Serverin E., « Le temps de l'action prud'homale révisé par le décret n°2008-560 du 16 juin 2008 », *Revue droit du travail*, septembre 2008.
- Guillaume S., « Un syndicalisme des classes moyennes : la C.G.P.M.E », *Vingtième Siècle*, n° spécial « Les classes moyennes », 1993
- Guiomard F., Serverin E., « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *Revue de Droit du Travail*, septembre 2007.
- Helfre H., « Conseils de prud'hommes : pour en finir avec le moyen-âge. Est-il urgent d'attendre ? », *La gazette du Palais*, 23 octobre 1999.
- Kellerhals J., Modak M., Sardi M., Languin N., Lieberherr R., « Justice, sens de la responsabilité et relations sociales », *L'année sociologique*, n°45, 1995
- Kellerhals J., « Quelques jalons dans l'étude du sentiment de justice », *L'année sociologique*, n°45, 1995
- Kirat T., Serverin E., « Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action », in Kirat T., Serverin E., *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS éditions, 2000.
- Lazega E., Mounier L., « Interlocking judges : on joint exogenous and self-governance of markets », in *Research in the sociology of Organizations*, vol 20, 2003
- Lepley B., « La gestion des conflits dans les petites entreprises », in Denis J-M. (dir), *Le conflit en grève ? Tendances et perspectives de la conflictualité contemporaine*, Paris, La Dispute, 2005.
- Letrouneur-Fabry E., « Le déficit de légitimité des institutions européennes : un procès en cours d'instruction », in *Parlement[s]*, L'Harmattan, 2004.
- Mac Pherson W.-H., « Les conseils de prud'hommes : une analyse de leur fonctionnement », *Droit social*, 1962.
- Magnier V., « La notion de justice impartiale », *La semaine juridique*, n°36, 2000.
- Marin B., « Qu'est-ce que le patronat ? Enjeux théoriques et résultats empiriques », *Sociologie du travail*, n°88, 1988.
- Mazuir F., « Le processus de rationalisation chez Max Weber », *Sociétés*, n°86, 2004.
- Michel H., Willemez L., « Les prud'hommes et la représentation du monde du travail : Etat et partenaires sociaux dans la réforme d'une juridiction du travail », in Duclos L., Groux G., Mériaux O. (dir), *La dynamique des relations professionnelles*, Paris, LGDJ, 2007.
- Milburn P., « La compétence relationnelle : maîtrise de l'interaction et légitimité professionnelle, avocats et médiateurs », *Revue française de sociologie*, vol.43, n°1, 2002.
- Muller P., Surel Y., *L'analyse des politiques publiques*, Paris, Montchrestien, 1998, cit. in Phélippeau E., « Sociologie de la décision », *Cahiers Français*, n°350, La documentation française, 2009.

- Naulin G., « Prévention et résolution des conflits du travail », Avis et rapport du conseil économique et social, Les éditions des Journaux Officiels, 1998.
- Olszak N., « Les conseils de prud'hommes : un archétype judiciaire pour le mouvement ouvrier ? », *Le Mouvement social*, n° 141, oct.-déc. 1987
- Orliac C., « Propositions de réforme de la juridiction prud'homale », *Droit social*, avril 1992.
- Ost F., « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit traite dans la société de l'information », in Cam J., Martin G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Réseau Européen Droit et Société à la Maison des Sciences de l'Homme, 1998.
- Pélisse J., « Judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », *Politix*, volume 22, 2009.
- Phélippeau E., « Sociologie de la décision », *Cahiers Français*, n°350, La documentation française, 2009.
- Retière J.-N., « Les avocats », in Cam P., Supiot A. (dir.), *Les dédales du droit social*, Paris, PFNSP, 1986.
- Retière J.-N., « La (bonne) volonté de juger des assesseurs au tribunal pour enfants » in Pierre H., Willemez L. (dir.), *Les juges non-professionnels : une légitimité contrariée*, Puf, 2008.
- Raynaud P., « Le juge, la politique et la philosophie », in Gauchet M. (dir.), *Situations de la démocratie*, Paris, Gallimard, 1993.
- Reynaud J.-D., « Les régulations dans les organisations : régulation de contrôle et régulation autonome », *Revue française de sociologie*, 1988.
- Roy-Loustaunau C., « Le contrat nouvelles embauches : la flexi-sécurité à la française », *Droit Social*, décembre 2005.
- Saglio J., « Les relations professionnelles entre négociations et consultation », in Pouchet A., *Sociologie du travail. Quarante ans après*, Paris, Elsevier, 2001.
- Serverin E., « L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres », *Revue de droit du travail*, Juin 2006.
- Serverin E., « Le projet de refonte de la carte des prud'hommes, au mépris de son histoire », *Revue de Droit du travail*, janvier 2008.
- Serverin E., « Litiges individuels du travail et conseils de prud'hommes », *Revue de droit du travail*, juin 2008.
- Supiot A., « Prud'hommes : la consécration de la réforme Boulin », *Droit social*, 1982.
- Supiot A., « Déclin de la conciliation prud'homale », *Droit social*, 1985.
- Supiot A., « Actualité de Durkheim : notes sur le néo-corporatisme », *Droit et société*, n°6, 1987.
- Supiot A., « L'impossible réforme des juridictions sociales », *Revue française des affaires sociales*, 1993.
- Supiot A., « Le travail, liberté partagée », *Droit social*, septembre 1993.
- Swierczek N., « Le délibéré prud'homal : la recherche d'un accord entre collègues ? », in Michel H., Willemez L. (dir.), *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, Editions du croquant, 2008.
- Willemez L., « Quand les syndicats se saisissent du droit. Invention et redéfinition d'un rôle », *Sociétés contemporaines*, n°32, 2003.

## Communications

- DDTEFP, «Le conseil de prud'hommes. Une juridiction originale au sein de l'Europe », actes de la journée d'études organisée par la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de la Vienne et la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers le 21 mai 1999 à Poitiers, PUF, Paris, 2000.
- Pinson G., Sala Pala V., « Les usages de l'entretien en sociologie de l'action publique : entretien compréhensif ou récit de vie ? », communication au 15ème congrès de l'Association Française de Science Politique, Lyon, 15 septembre 2005.
- Sawicki F., Siméant J., « La sociologie de l'engagement militant : un champ de recherches à décloisonner », communication au colloque « Comment penser les continuités et discontinuités du militantisme ? Trajectoires, pratiques et organisations militantes », Ifresi-Ceraps-Clersé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Lille, du 8 au 10 juin 2006.

- Swierczek N., « Les dynamiques de la délibération prud'homale », communication au colloque du Ministère du Travail, des Relations Sociales et de la Solidarité, *Les prud'hommes : actualités d'une juridiction du travail bicentenaire*, Paris, Conseil Economique et Social, 8 novembre 2006
- Verrier B., « Avoir ses conseillers aux prud'hommes. La stratégie électorale de l'UNSA », communication au 8<sup>ème</sup> congrès de l'AFSP, Lyon, 2005.
- Willemez L., « Savoirs et apprentissages militants. Entre promotion sociale et compétences techniques », communication au colloque « Comment penser les continuités et discontinuités du militantisme ? Trajectoires, pratiques et organisations militantes », Ifresi-Ceraps-Clersé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Lille, du 8 au 10 juin 2006.

### **Thèses / Mémoires**

- Carré S., *Le contrôle prud'homal du licenciement économique*, thèse de doctorat de droit privé sous la dir. d'Alain Supiot, Université de Nantes, 1993.
- Champagne G., *Approche méthodologique des modes alternatifs de règlement des conflits : le cas de prud'hommes*, Thèse en sciences de gestion, Aix Marseille III, 2005.
- Jakubowski S., « D'une institution d'Etat à une organisation : le cas de l'armée de terre française professionnalisée. Contribution à une sociologie de l'autorité et des processus de transformation », thèse de sociologie, université des sciences et technologies de Lille, 2005.
- Olszak N., « Mouvement ouvrier et système judiciaire (1830-1950) », thèse pour le doctorat de droit, Université de Strasbourg 3, 1987.
- Rozes, H., *Conflits de rôles et de procédures dans la juridiction prud'homale*, Thèse de droit, Paris Nord, 1986.
- Schekler E., *Le départage prud'homal (théorie et pratique)*, Thèse de droit, Nantes, 2004.
- Swierczek N., « L'engagement prud'homal salarié : un engagement militant ? Evaluation des représentations, enjeux et modes d'actions du conseiller prud'homal salarié », Mémoire de DEA.

## **ANNEXES**

Conseil	Nombre d'entretiens	Observations audiences*
Ville B	37+4	18
Ville A	23+2	13
Ville C	11+2	14
Ville D	4	8

	Nombre d'entretiens
Avocats	3
Greffiers	3
Juges départiteur	1

## Annexe 1A

## Liste des entretiens

Code	Conseil	Sexe	Collège	Section	Situation professionnelle	Nombre de mandat lors de l'entretien	Organisation syndicale ou professionnelle	Présidence Section/Conseil	Responsabilités syndicales
A1	Ville A	M	S	Encadrement	Enseignant	2	CFDT	Oui	Oui
A2	Ville A	F	S	Encadrement	Responsable RH	1	CGC	Non	Non
A3	Ville A	F	S	Encadrement	Chîmage	3	CFE CGC	Non	Oui
A4	Ville A	M	S	Industrie	Retraite	3	CGT	Oui	Oui
A5	Ville A	M	E	Commerce	Responsable RH	1	MEDEF	Non	Non
A6	Ville A	M	E	Industrie	Chef d'entreprise (PME)	6	Sans appartenance	Oui	Non
A7	Ville A	M	S	Activité diverse	Agent technique	3	CGT	Non	Oui
A8	Ville A	F	S	Commerce	Employée	1	CFDT	Non	Non
A9	Ville A	M	S	Activité diverse	Demandeur d'emploi	1	CGT	Non	Oui
A10	Ville A	M	E	Commerce	Directeur des RH	2	Sans appartenance	Non	Non
A11	Ville A	M	E	Activité diverse	Responsable RH	2	EES	Non	Non
A12	Ville A	F	E	Industrie	Chef d'entreprise (PME)	2	CGPME	Non	Non
A13	Ville A	M	E	Industrie	Chef d'entreprise (PME)	2	CGPME	Oui	Non
A14	Ville A	F	E	Activité diverse	Responsable RH	1	Autres	Non	Non
A15	Ville A	M	E	Activité diverse	Retraite	2	Sans appartenance	Non	Non
A16	Ville A	M	S	Activité diverse	Employé	1	FO	Oui	Oui
A17	Ville A	M	E	Commerce	Cadre	3	Sans appartenance	Non	Non
A18	Ville A	F	S	Commerce	Retraite	4	CFTC	Non	Oui
A19	Ville A	M	E	Encadrement	Responsable RH	1	MEDEF	Oui	Oui
A20	Ville A	M	S	Encadrement	Cadre	1	CFE CGC	Non	Oui
A21	Ville A	M	E	Industrie	Chef d'entreprise (PME)	2	MEDEF	Non	Non
A22	Ville A	F	S	Industrie	Demandeuse d'emploi	3	CGT	Non	Oui
A23	Ville A	M	S	Industrie	Ouvrier	1	FO	Oui	Oui

Code	Conseil	Sexe	Collège	Section	Situation professionnelle	Nombre de mandat lors de l'entretien	Organisation syndicale ou professionnelle	Présidence Section/Conseil	Responsabilités syndicales
B1	Ville B	M	S	Industrie	Ouvrier	3	CGT	Oui	Oui
B2	Ville B	M	S	Encadrement	Enseignant	1	CFDT	Non	Oui
B3	Ville B	M	E	Commerce	Concessionnaire Automobile	1	Sans appartenance	Non	Non
B4	Ville B	M	S	Encadrement	Retraité	3	CFTC	Non	Oui
B5	Ville B	M	S	Encadrement	Cadre administratif	1	CFDT	Oui	Non
B6	Ville B	F	E	Commerce	Attaché de direction	3	Sans appartenance	Non	Non
B7	Ville B	M	E	Commerce	Responsable de service	1	Autres	Oui	Non
B8	Ville B	M	S	Encadrement	Responsable service technique	3	Sans appartenance	Non	Non
B9	Ville B	F	S	Commerce	Secrétaire	1	UNSA	Non	Oui
B10	Ville B	F	E	Commerce	Restauratrice	1	Sans appartenance	Non	Non
B11	Ville B	F	E	Encadrement	Juriste social	1	Sans appartenance	Non	Non
B12	Ville B	M	E	Industrie	Président directeur général	1	MEDEF	Oui	Oui
B13	Ville B	F	S	Agriculture	Employé de banque	2	Autres	Oui	Non
B14	Ville B	M	E	Industrie	Chef d'équipe	1	Sans appartenance	Non	Oui
B15	Ville B	M	S	Commerce	Employé de banque	3	CGT	Oui	Oui
B16	Ville B	M	S	Industrie	Ouvrier	1	CGT	Oui	Oui
B17	Ville B	F	S	Encadrement	Gérante adjointe	6	Autres	Non	Oui
B18	Ville B	F	E	Activité diverse	Consultant	1	Autres	Non	Non
B19	Ville B	M	S	Industrie	Retraité	2	FO	Non	Non
B20	Ville B	M	E	Encadrement	Directeur des RH	1	MEDEF	Non	Non
B21	Ville B	M	E	Agriculture	Directeur adjoit	2	Autres	Oui	Non
B22	Ville B	M	S	Commerce	Retraité	3	CFDT	Oui	Oui
B23	Ville B	M	S	Industrie	Mécanicien	2	CGT	Non	Oui
B24	Ville B	M	E	Activité diverse	Retraité	1	EES	Non	Non
B25	Ville B	F	E	Activité diverse	Chef d'entreprise (PME)	4	CGPME	Oui	Non
B26	Ville B	M	S	Industrie	Imprimeur	1	CFDT	Non	Oui
B27	Ville B	F	S	Activité diverse	Employée de bureau	1	CGT	Non	Oui
B28	Ville B	M	E	Encadrement	Directeur des RH	1	MEDEF	Non	Oui
B29	Ville B	M	E	Industrie	Entrepreneur	1	Autres	Non	Non
B30	Ville B	M	S	Activité diverse	Formateur	1	CFTC	Oui	Non
B31	Ville B	M	E	Commerce	Cadre en assurance	1	Sans appartenance	Non	Non
B32	Ville B	M	E	Commerce	Gérant adjoit	1	Sans appartenance	Non	Non
B33	Ville B	F	S	Industrie	Secrétaire	1	FO	Non	Oui
B34	Ville B	M	S	Activité diverse	Enseignant	1	CFDT	Non	Oui
B35	Ville B	F	S	Activité diverse	Assistante sociale	2	CFDT	Oui	Oui
B36	Ville B	M	E	Agriculture	Retraité	4	Autres	Non	Non
B37	Ville B	M	S	Agriculture	Employé	1	FO	Non	Oui

Code	Conseil	Sexe	College	Section	Situation professionnelle	Nombre de mandat lors de l'entretien	Organisation syndicale ou professionnelle	Présidence Section/Conseil	Responsabilités syndicales
C1	Ville C	M	S	Industrie	Agent de fabrication	1	CGT	Oui	Oui
C2	Ville C	M	S	Industrie	Ouvrier	2	CGT	Oui	Oui
C3	Ville C	M	E	Industrie	Retraité	6	CGPME	Oui	Non
C4	Ville C	M	E	Industrie	Retraité	4	Sans appartenance	Oui	Non
C5	Ville C	M	E	Industrie	Directeur des RH	1	MEDEF	Non	Oui
C6	Ville C	F	S	Commerce	Commercial	1	CGT	Non	Oui
C7	Ville C	M	E	Commerce	Demandeur d'emploi	1	MEDEF	Non	Non
C8	Ville C	F	S	Activité diverse	Assistante sociale	2	CFTC	Oui	Non
C9	Ville C	F	E	Activité diverse	Retraitee	1	MEDEF	Oui	Non
C10	Ville C	M	E	Activité diverse	Chef d'entreprise (PME)	3	MEDEF	Oui	Non
C11	Ville C	M	S	Encadrement	Retraité	3	CFE CGC	Oui	Oui
D1	Ville D	M	S	Commerce	Chauffeur	1	FO	Non	Oui
D2	Ville D	M	E	Encadrement	Responsable RH	1	Sans appartenance	Oui	Non
D3	Ville D	M	E	Industrie	Responsable RH	2	MEDEF	Non	Oui
D4	Ville D	M	S	Encadrement	Juriste	1	CFTC	Non	Non

Code	Conseil	Sexe	College	Section	Situation professionnelle	Nombre de mandat lors de l'entretien	Organisation syndicale ou professionnelle	Présidence Section/Conseil	Responsabilités syndicales
A1 Bis	Ville A	M	S	Encadrement	Enseignant	2	CFDT	Oui	Oui
A14 Bis	Ville A	F	E	Activité diverse	Responsable RH	1	Autres	Non	Non
B2 Bis	Ville B	M	S	Encadrement	Enseignant	1	CFDT	Non	Oui
B3 Bis	Ville B	M	E	Commerce	Concessionnaire Automobile	1	Sans appartenance	Non	Non
B4 Bis	Ville B	M	S	Encadrement	Retraité	3	CFTC	Non	Oui
B18 Bis	Ville B	F	E	Activité diverse	Consultant	1	Autres	Non	Non
C1 Bis	Ville C	M	S	Industrie	Agent de fabrication	1	CGT	Oui	Oui
C7 Bis	Ville C	M	E	Commerce	Demandeur d'emploi	1	MEDEF	Non	Non

AVOCATS	Sexe	Ancienneté
E1	M	2 ans
E2	F	11 ans
E3	F	5 ans

GREFFIER	Sexe	Ancienneté
G1	M	21 ans
G2	M	4 ans
G3	F	11 ans

JUGE DEPARTITEUR	Sexe	Ancienneté
F1	F	9 ans

## Annexe 1B

### Grille d'observation

Observation du 02/02/06 / Ville A		Collège E	R11	R15	GREFFIER :	Nbe d'aff. au r.	22	Durée
Bureau de jgt	Section Commerce	Collège S	R17 - Entretien A18	R21	xxxxx	Aff. plaidées	2	135
Pré-audience	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Un avocat à un collègue : "<i>Sérieusement, je te revaudrai ça, je dois absolument y être à 16h00, pas de retard possible</i>" (son affaire sera la deuxième à être plaidée).</li> <li>▶ Un avocat à un demandeur (affaire 2) : "<i>Normalement, ça devrait bien se passer, il n'y a pas à s'en faire. Et surtout, ne parlez pas quand je ne vous le demande pas. Je vous regarderai, sinon</i>".</li> </ul>							
Entrée CP Prononcé Jgt Examen R. Concertation	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ Entrée "solennelle" des quatre conseillers. Regard "autoritaire" de la présidente vers la salle, qui attend quelques secondes avant de dire "<i>vous pouvez vous assoir</i>". Puis, assez sèchement : "<i>Veillez fermer les téléphones</i>".</li> <li>▶ Pas de prononcé des jugements rendus. La présidente : "<i>ils sont disponibles à l'accueil</i>".</li> <li>▶ Pendant près de 25 minutes, les avocats se succèdent à la barre. Dialogues essentiellement avec la présidente. Attitudes plus "désinvoltes" des CP-E. Dialogues inaudibles. Salle relativement (et étonnement) calme : les avocats attendent leur tour, certains chuchotent entre eux.</li> <li>▶ La présidente : "<i>Bien, nous allons nous retirer pour examiner tout cela</i>".</li> <li>▶ Enormément de radiations motivées (une dizaine). Rapport au nombre d'affaires au rôle?</li> </ul>							45
AFFAIRE 1	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ <b>Mots clefs</b> : Congés payés - Contrat d'apprentissage - Demande de l'entreprise - Jeune situation difficile</li> <li>▶ SOCIETE HAIR'IN contre M. BIDA : M. Bida a 16 ans lorsqu'il obtient un contrat d'apprentissage au sein du salon de coiffure HAIR'IN. La société lui réclame le versement de 4000 euros correspondant au remboursement des indemnités qu'elle n'aurait pas perçues (M. Bida n'allant pas en cours, la société n'a pas pu percevoir les aides relatives au contrat d'apprentissage).</li> <li>▶ <b>Plaidorie demandeur</b> : Avocat seul (pas de représentant de la société présent). Plaidorie courte, reposant essentiellement sur l'argument selon lequel la société a versé l'intégralité de son salaire à M. Bida, alors que le versement des indemnités lui a été refusé. Il est donc normal que M. Bida verse à la société ses indemnités. Accent sur la négligence de M. Bida, qui arravait tout le temps en retard, qui mentait et n'allait jamais en cours.</li> <li>▶ <b>Plaidorie défense</b> : Avocat / Présence de M. Bida. Plaidorie longue, assez confuse (avocat jeune). "Certes, en cas d'absence en cours, les aides pour le contrat d'apprentissage ne sont pas versées, mais le centre de formation a plusieurs fois appelé l'employeur pour le prévenir des absences de M. Bida. Comment expliquer que l'employeur l'ait gardé trois ans?". La défense demande le versement de 1500 euros d'indemnités de CP qui n'ont pas été payées.</li> <li>▶ <b>Comportement conseillers</b> : visiblement intéressés par l'affaire, les conseillers écoutent attentivement la plaidorie de l'avocat demandeur mais semblent moins attentifs pour la plaidorie de la défense. La présidente lance plusieurs regards suspects à M. Bida. Elle interrompt l'avocat de la défense pour demander à M. Bida pourquoi il n'est pas allé en cours, et si son employeur était au courant. M. Bida fait "oui" de la tête", mais l'avocat ne le laisse pas répondre, en affirmant que bien sûr, l'employeur était au courant. Peu de prises de notes. La présidente d'audience demande aux assesseurs s'ils ont des questions. Ils répondent par la négative.</li> <li>▶ Jugement le jeudi 13 avril 2006.</li> </ul>							35
AFFAIRE 2	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ <b>Mots clefs</b> : Vol - Licenciement pour faute grave - Salarié appelé à la barre</li> <li>▶ Mme TIRARD contre Société SUN 2000 : Mme Tirard, esthéticienne, a été licenciée pour faute grave, ce qu'elle conteste.</li> <li>▶ Plaidorie demandeur : Avocate / Salariée présente. Le licenciement pour faute grave n'est pas justifié. "<i>En réalité, M. Tirard remplaçait une salariée en congé maternité puis parental qui voulait revenir</i>". L'avocate reprend un par un chacun des griefs qui sont fait à Mme Tirard. Grief 1 : vol de cire + émulsion + fluide. "<i>Comment expliquer qu'il n'y ait eu aucune plainte au pénal alors que la défense affirme qu'il y aurait 7000 euros de vol?</i>". Grief 2 : détournement du règlement : quand paiement en liquide, Mme Tirard aurait gardé l'argent. "<i>Aucune preuve</i>". Grief 3 : soins gratuits à des amis. "<i>Aucune preuve</i>". Grief 4 : une amie de Mme tirard a monté un cabinet de soin et serait venue "débaucher" des clients. "<i>Absolument faux</i>". "La faute grave n'est pas constituée". L'avocate affirme qu'elle a joint au dossier des attestations d'amis de Mme Tirard. Elle demande le versement d'indemnités de licenciement (2500 euros) + Dom. et Int. (1000 euros) + Art 700 (sans annoncer de montant).</li> <li>▶ <b>Plaidorie défense</b> : L'avocat reprend chaque grief en affirmant qu'il a des attestations de la seconde employée du salon de beauté, ainsi que des conclusions écrites de l'expert comptable. L'avocat est assez confus, et très long.</li> <li>▶ <b>Comportement conseillers</b> : la présidente semble excédée par l'avocat de la défense (grimaces) et lui pose plusieurs questions : "Mercredi ou samedi, les absences? Oui, bien on vérifiera, rien ne passe à travers". Mme Tirard est demandée à la barre par la présidente, qui semble prendre sa défense (gentiment : "<i>vous étiez là, le samedi?</i>"). Un assesseur E regarde avec suspect Mme Tirard. La présidente : "<i>comment faites-vous pour déterminer le nombre d'heures d'absences?</i>". L'assesseur répond à la place de l'avocat : "<i>Ca peut se voir très facilement, ce genre de chose</i>".</li> <li>▶ Jugement le jeudi 13 avril 2006.</li> </ul>							55
Post- audience	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ La présidente, avec qui j'ai rendez-vous pour un entretien, me regarde et me dit : "Vous êtes un étudiant?". Je lui donne mon nom et lui rappelle notre rendez-vous. "Mon Dieu, j'ai complètement oublié, je ne l'avais pas noté. Il est tard, je pense qu'il serait mieux de reporter notre entrevue, je dois recherche mon petit-fils à l'école, je suis désolée". Elle n'a pas son agenda sur elle, et me propose de la rappeler plus tard pour prendre un autre rendez-vous. Elle me présente à ses collègues : "Je vous présente M. Swierczek, qui fait un mémoire de droit sur les prud'hommes". Je la rappelle le lendemain. Un deuxième rendez-vous est prévu un mois plus tard.</li> </ul>							

## **Annexe 1C**

### **Grille d'entretien**

#### **QUESTIONNAIRE PREALABLE**

- 0.1. Age
- 0.2. Sexe
- 0.3. Profession exercée

#### **1. Le conseil d'appartenance**

- 1.1. Nombre total de conseillers au sein du CPH
- 1.2. Nombre d'affaires traitées /an en référé au sein du CPH
- 1.3. Nombre d'affaires traitées /an en conciliation au sein du CPH
- 1.4. Nombre d'affaires traitées /an en bureau de jugement au sein du CPH
- 1.5. Eventuellement faits politiques et sociaux marquants au sein de la zone de couverture du conseil

#### **2. La section d'appartenance**

- 2.1. Nombre total de conseillers au sein de la section
- 2.2. Nombre d'affaires traitées /an en référé au sein de la section
- 2.3. Nombre d'affaires traitées /an en conciliation au sein de la section
- 2.4. Nombre d'affaires traitées /an en bureau de jugement au sein de la section
- 2.5. Taux de syndicalisation au sein de la section dans la zone de couverture du conseil

#### **3. Activité syndicale**

- 3.1. Etiquette syndicale
- 3.2. Nature de l'engagement syndical (adhérent/militant)
- 3.3. Année de première adhésion / de première participation active aux actions du syndicat

#### **4. Activité prud'homale**

- 4.1. Année de première élection
- 4.2. Nombre de mandats réalisés
- 4.3. Position sur la liste lors des élections
- 4.3. Président ou vice président du CPH
- 4.4. Président d'une section
- 4.5. Président d'audience
- 4.6. Membre de la formation de référé

## **ENTRETIEN**

### **1. La trajectoire**

***NB - Intégrer des éléments sur la socialisation politique (profession des parents, formation, diplômes...) et sur ce qui a contribué à former chez eux la notion de justice et en particulier justice du travail.***

### **1.1. Devenir conseiller prud'homme**

Comment êtes-vous devenu conseiller prud'homme ?

Qui a proposé votre candidature ? Quelles sont les qualités ou les compétences ou les faits d'armes qui selon vous justifient la demande de votre UD ou UR ou national ? Connaissiez-vous l'institution auparavant ? Y avait-il une opportunité à saisir parce que des CP élus de votre section partaient ou ne désiraient plus être élus ?

Comment avez-vous appréhendé cette élection ? (vie de famille, difficultés juridiques, etc.)

### **1.2. La situation professionnelle et syndicale (avant, pendant et après).**

Situation professionnelle ? Depuis quand ? Evolution de la carrière ? Ambitions pour le court terme et à plus long terme ? Projets professionnels pour vos enfants ?

Syndicats présents au sein du département, de l'entreprise ?

Date des engagements militants, circonstances ?

Evolutions ? Changement éventuel de syndicat ?

Engagement des proches ? (famille, amis, collègues)

Activités politiques (conseiller municipal, maire, conseil général, régional...), activités associatives (Rotary, Lyon's...), autres postes (tribunal de commerce, médiation...)?

Rôle concret au sein de l'organisation syndicale ? Fréquence de réunions ? Grands événements marquants ?

Autres mandats exercés (au sein de l'organisation syndicale, défenseur du salarié, délégué du personnel...).

Difficultés éventuelles sur la conciliation de ces différents rôles ? (hors prud'hommes/syndicats)

Participez-vous à des réunions sur les prud'hommes organisées par votre syndicat ?

Loyauté à l'OSP : à travers la participation syndicale en dehors du conseil (participation aux consultations juridiques, aux congrès, interventions hors domaine juridique, place quelconque dans les directions juridiques des organisations (au niveau local ou national)...).

Vivez-vous l'engagement prud'homal comme une continuité de votre engagement syndical ?

### **1.3. L'expérience juridique**

Compétences particulières (juridiques, réseau social...)

Autres expériences similaires (permanences juridiques au syndicat, médiation, TASS...)

Formation en droit antérieures à la nomination ? (diplômes de droit, activité liée au monde du droit)

La formation suivie : « sur le tas », stages (lesquels ? qu'y apprend-on ? du droit ? études de cas ? interventions syndicales ? difficile ? pénible ? lieu de sociabilité ?), lectures personnelles, discussion avec autres conseillers. Comment se fait la transmission ?

Vers qui vous tournez-vous en cas de difficultés dans l'exercice du mandat ?

Les « anciens » sont ils sollicités ?

Les UD ou UR – et leurs secrétaires juridiques – peuvent-ils vous apporter des précisions ou de l'aide en cas de besoin ? Pouvez-vous le faire sans le cacher ?

Plus largement, le mandat de conseiller a-t-il changé quelque chose pour vous, au sein de l'entreprise (dans vos rapports avec la direction, les salariés, les collègues...), au sein de la commune ou dans la vie sociale ?

Représentations de l'avenir : une position qui vous convient (prud'hommes, syndicat, vie professionnelle) ?

## **2. L'activité de juge**

### **2.1. Généralités**

Pouvez-vous me décrire votre premier jour ?

Comment décririez-vous le fonctionnement de votre conseil ? Que faudrait-il améliorer ?

Quelle est la personnalité du président ?

Quel temps passez-vous à cette activité de juge ? (audiences, délibéré, à la maison...)

Définition de ce qu'est un « bon conseiller ».

A quoi servent les prud'hommes ?

### **2.2. Rapport aux autres conseillers**

Quelles sont vos relations avec les conseillers de l'autre collègue ?

Quelles sont les relations entre les différentes organisations syndicales : relations de concurrence, de coopération ?

Au sein du conseil, relations de collégialité ? Ou luttes, affrontements perpétuels ?

Quels moments de convivialité (pots, rentrées solennelles...)?

Différences entre votre section et les autres sections du conseil ?

### **2.3. Rapport à l'univers judiciaire**

Quand vous jugez, pensez-vous à la possibilité d'un appel, d'une cassation ?

Comment vivez-vous le fait d'avoir recours au juge départiteur ? Comment jugez-vous votre juge départiteur (sympathie, distance, sentiment de mépris...)

Quels rapports aux avocats ?

#### **2.4. Appartenance syndicale/de collègue**

Quand vous jugez, pensez-vous à votre organisation syndicale ?

Est-il nécessaire de rompre avec les pratiques syndicales de l'organisation ?

#### **2.5. Les différentes étapes de la procédure prud'homale :**

*NB – Favoriser le récit des cas d'affaires précises (les « bonnes affaires », les « affaires ennuyeuses », les « cas indéfendables », les « affaires victorieuses »...).*

**La conciliation :** procédure, explications des échecs ou réussites, conception plus large de la conciliation. Les moyens alloués à l'étape de la conciliation sont-ils suffisants selon vous ?

**Le référé :** les types d'affaires, votre position dans les débats sur le référé. Intérêt de la procédure ?

**En bureau de jugement :** les affaires, le plaignant, l'avocat, le défenseur du salarié, défense seul.

Place de l'oralité dans ce cadre : êtes-vous parfois convaincu par les plaidoiries ? Regardez-vous le dossier quand vous jugez ? Est-ce que vous vous faites ce qu'on appelle votre « intime conviction » ?

A partir de quoi ?

Est-ce que l'appartenance professionnelle (proximité de métier) joue un rôle important ?

Quel est le rôle des conclusions écrites qui sont rédigées par les avocats ou défenseurs ?

Comment considérez-vous la place du plaignant lors des séances de jugement ? Place du public ?

Quelle organisation des audiences ?

**Le délibéré :** rapport entre conseillers de l'autre collège et conseillers de même statut (accord, concessions, négociations...). Rôle du président ? Place du secret dans le délibéré ?

Revenir si possible sur l'affaire observée en audience.

**Rédaction du jugement :** au conseil, à la maison, rôle du greffier ? Qui rédige ? Moment(s) difficile(s) ou agréable(s) du « métier » de conseiller ?

**Après le jugement :** en parlez-vous chez vous, au sein du syndicat, avec des collègues au travail ?

**La vision du droit du travail :** un droit protecteur des salariés ? Un droit régulateur du marché du travail ? (sur la finalité de l'institution)

Plus général : qu'est-ce que vous aimez dans ce rôle et qu'est-ce qui vous plaît moins ?

### **3. Les réformes de l'institution**

*NB - Poser les questions de la manière la plus imprécise possible. Insister sur les conséquences.*

Que pensez-vous des réformes de l'institution ?

Si nécessaire, détailler :

Réforme des indemnités et vacations, ministère de l'avocat dans le recours en Cour de cassation, maintien de l'élection comme mode de désignation des juges, réforme de la carte judiciaire, réécriture du code du travail, etc.

## Annexe 1D

### Indicateurs d'activité des conseils étudiés

Conseil	Effectif	Affaires nouvelles hors référé (2005)	Taux de départage Taux B (2005)	Taux de conciliation (2005)	Taux d'appel des décisions rendues (2005)
Ville B	168	1879	8%	17%	54%
Ville A	48	568	2%	12%	45%
Ville C	32	266	74%	18%	50%
Ville D	70	533	1%	13%	36%

## Annexe 1E

### Répartition des forces syndicales au sein des conseils étudiés

(Résultats de la dernière élection prud'homale arrêtés au 10/12/2008)

#### Collège Salariés (voix exprimées)

	CGT	CFDT	FO	CFTC	CFE CGC	UNSA	SOLIDAIRES	TOTAL
Ville B	31,7	19,3	19,4	10,5	8,2	6,4	4,5	100
Ville A	27,5	21,1	17,2	9,8	11,4	3,9	9,1	100
Ville C	25,9	19,0	20,1	12,6	12,5	5,5	4,3	100
Ville D	30,2	21,4	17,7	11,4	9,1	5,9	4,3	100

#### Collège Employeurs (voix exprimées)

	UDE	AEES	Divers Employeurs	TOTAL
Ville B	63,6	31,6	4,8	100
Ville A	58,9	8,9	32,3	100
Ville C	82,3	17,7	0,0	100
Ville D	88,3	11,7	0,0	100

## Annexe 1F

### Salaires nets annuels région Nord pour les emplois à temps complet (euros)

	Répartition des effectifs					
	%	Ensemble	Cadres *	Professions intermédiaires	Employés	Ouvriers
Nord-Pas-de-Calais	5,9	20 061	39 602	21 745	15 250	16 292
<b>Métropole</b>	98,3	22 232	43 644	22 483	15 595	16 376
<b>France</b>	100,0	22 197	43 648	22 499	15 602	16 359

(\* Y compris chefs d'entreprise salariés)

Source : DADS (exploitation au 01/12/04), Insee.

## Annexe 1G

### Nombre d'établissements selon le secteur, région Nord.

	<i>nombre</i>				
	Industrie	Construction	Commerce	Services	Total
Nord-Pas-de-Calais	12 460	11 834	37 285	65 812	127 391
France de province	233 888	295 056	599 359	1 107 707	2 236 010
France entière	298 911	371 988	802 641	1 566 063	3 039 603
	<i>%</i>				
	Industrie	Construction	Commerce	Services	Total
Nord-Pas-de-Calais	10	9	29	52	100
France de province	10	13	27	50	100
France entière	10	12	26	52	100

Source : INSEE - Répertoire Sirene

## Annexe 1H

### Répartition des effectifs salariés par secteur d'activité

Secteur d'activité	Part effectif salariés	
	Nord Pas de Calais	France
Secondaire	33,1	30,6
Tertiaire	66,8	69,3

Source : « Les chiffres clés de la région Nord Pas De Calais », édition 2005, Direction régionale du travail, de l'emploi

## Annexe 1I

### Répartition de la population par tranche d'âge

	moins de 20 ans	de 20 ans à 59 ans	60 ans ou plus	Total
Nord-Pas-de-Calais	28,0	53,2	18,7	100
France entière	24,8	54,1	21,1	100

Source : INSEE-Recensement de la Population 1999

## Annexe 1J

### Taux de chômage trimestriel

#### Département Nord

	1er trim 2006	1er trim 2007
Nord	12,9	11,6
France métropolitaine	9,4	8,3

%

#### Bassins d'emplois conseils étudiés

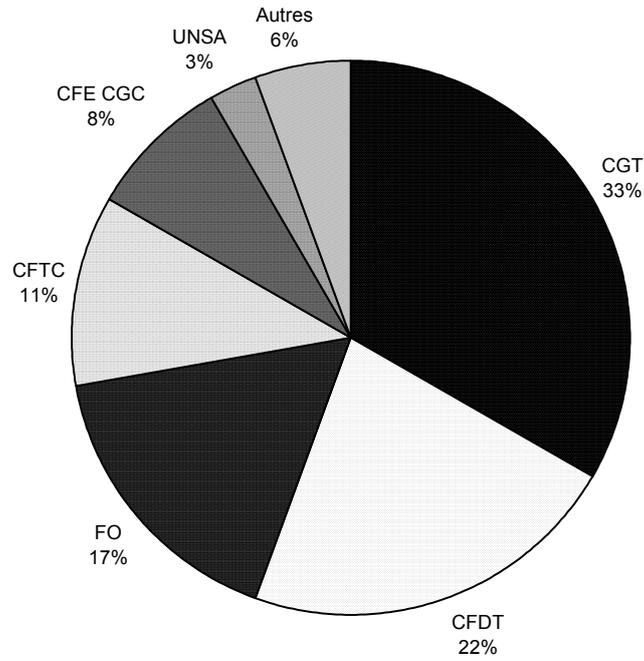
	4ème trim 2003	4ème trim 2005
Ville A/D	14,8	14,8
Ville C	9,0	8,8
Ville B	12,0	12,0

Source : INSEE et Direction régionale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle Nord-Pas-de-Calais.

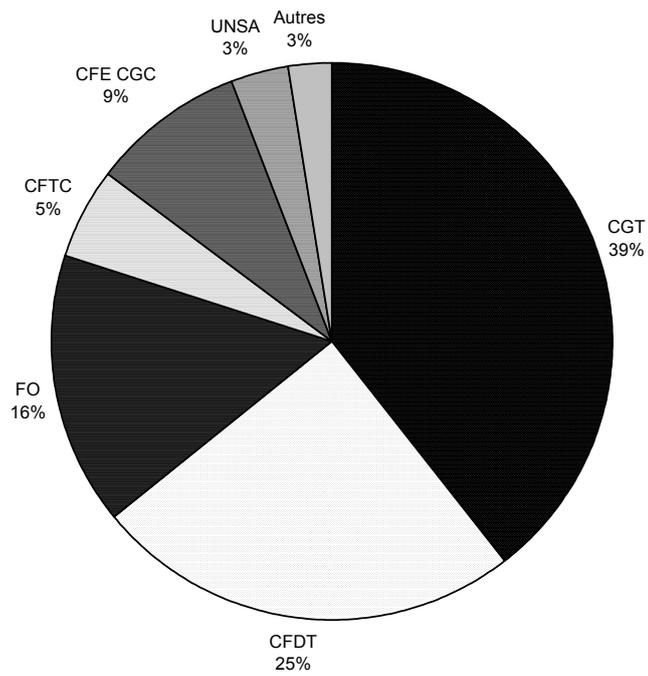
**Annexe 2**

**Répartition des forces syndicales (collège salarié)**

**Entretiens**



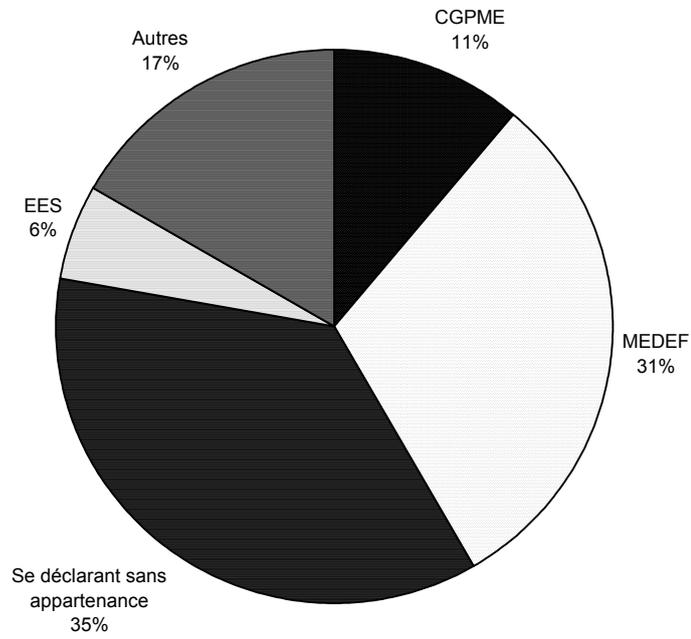
**Résultats nationaux élections 2008**



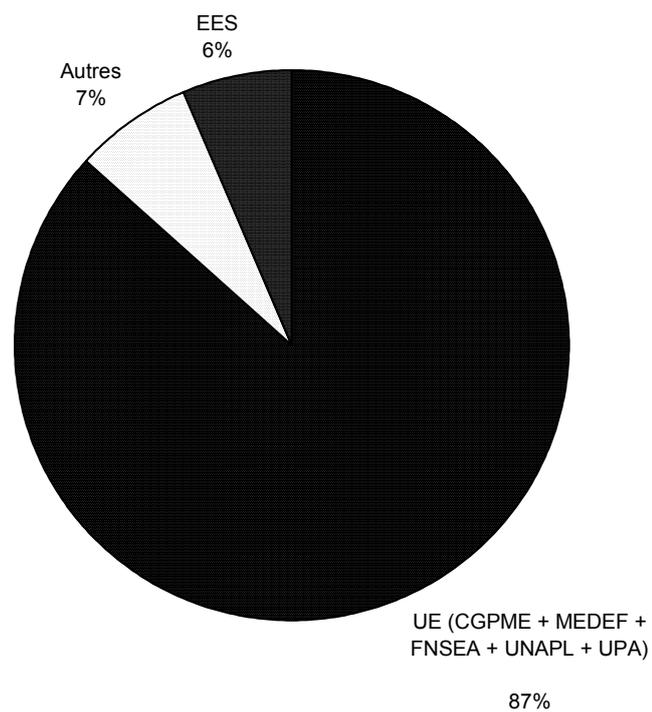
### Annexe 3

### Répartition des forces professionnelles (collège employeur)

#### Entretiens



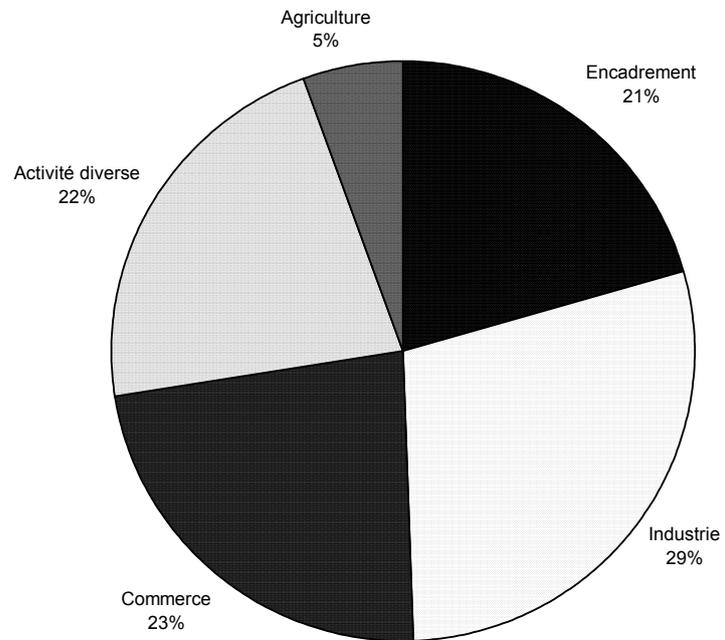
#### Résultats nationaux élections 2008



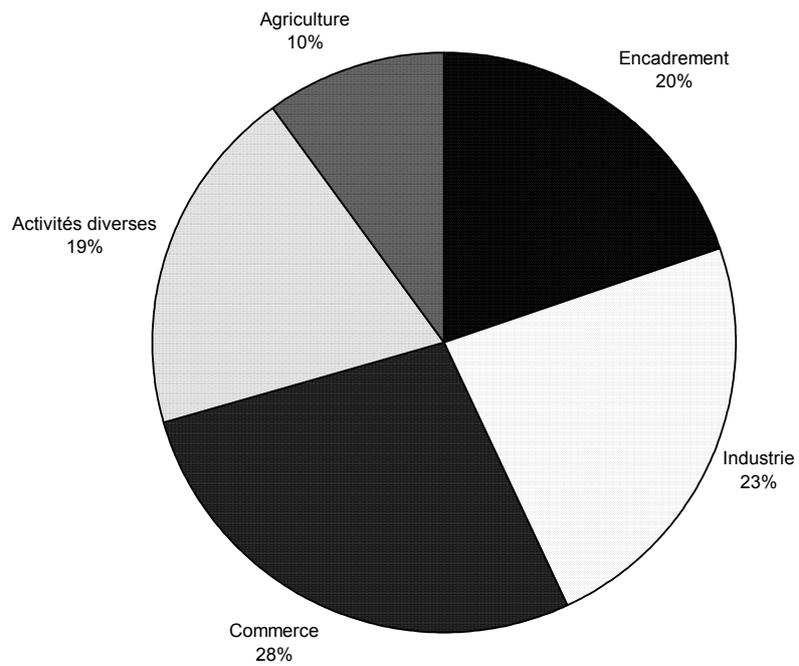
## Annexe 4

### Répartition par sections (collège salarié et employeur)

#### Entretiens



#### National



## Annexe 5

### Répartition par collègue

	Entretiens	National
Section Salariés	53%	50%
Section Employeur	47%	50%

## Annexe 6

### Répartition par genre

	Entretiens	National Enquête IRES 2002
Hommes	72%	76%
Femmes	28%	24%

Annexe 7

L'organisation de la justice en France

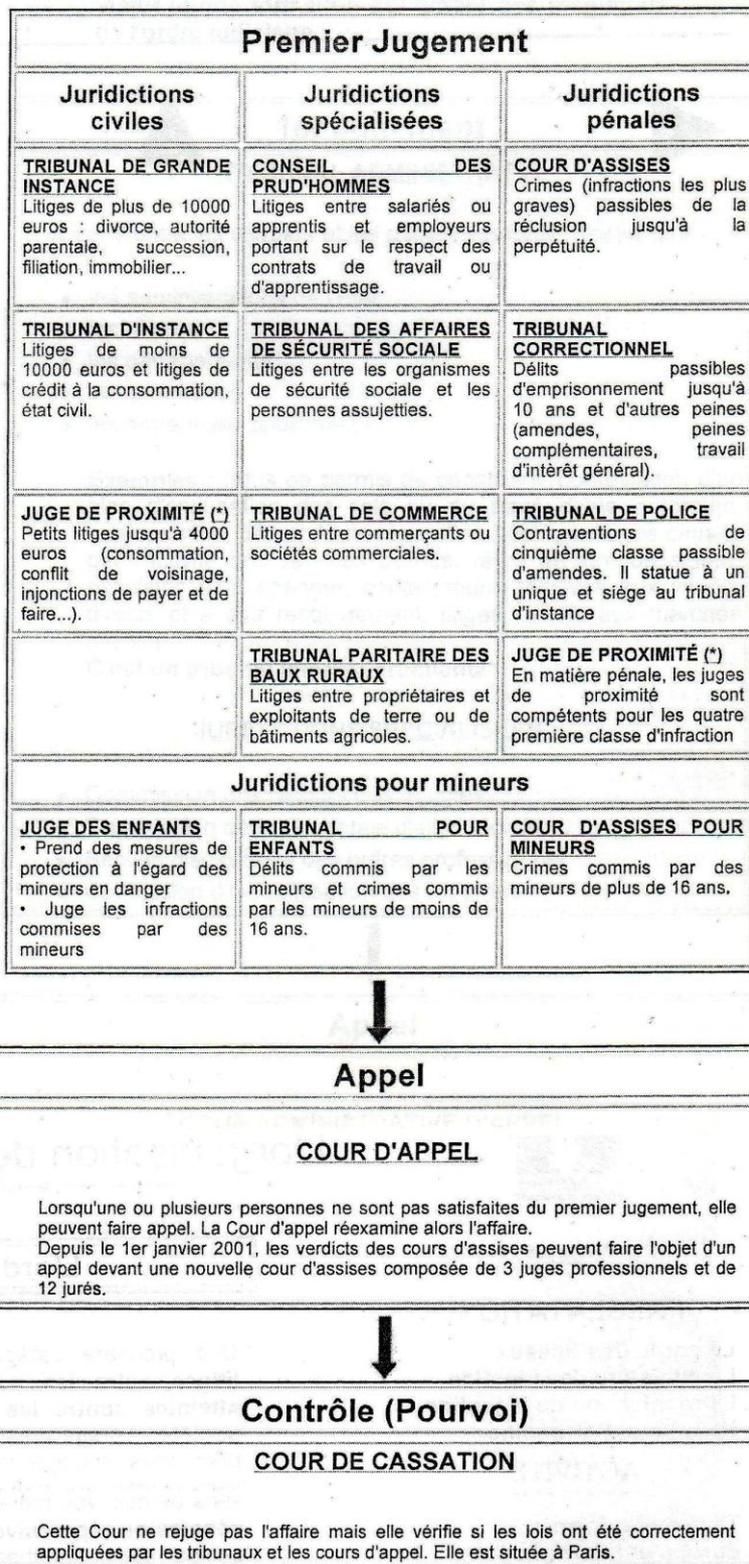
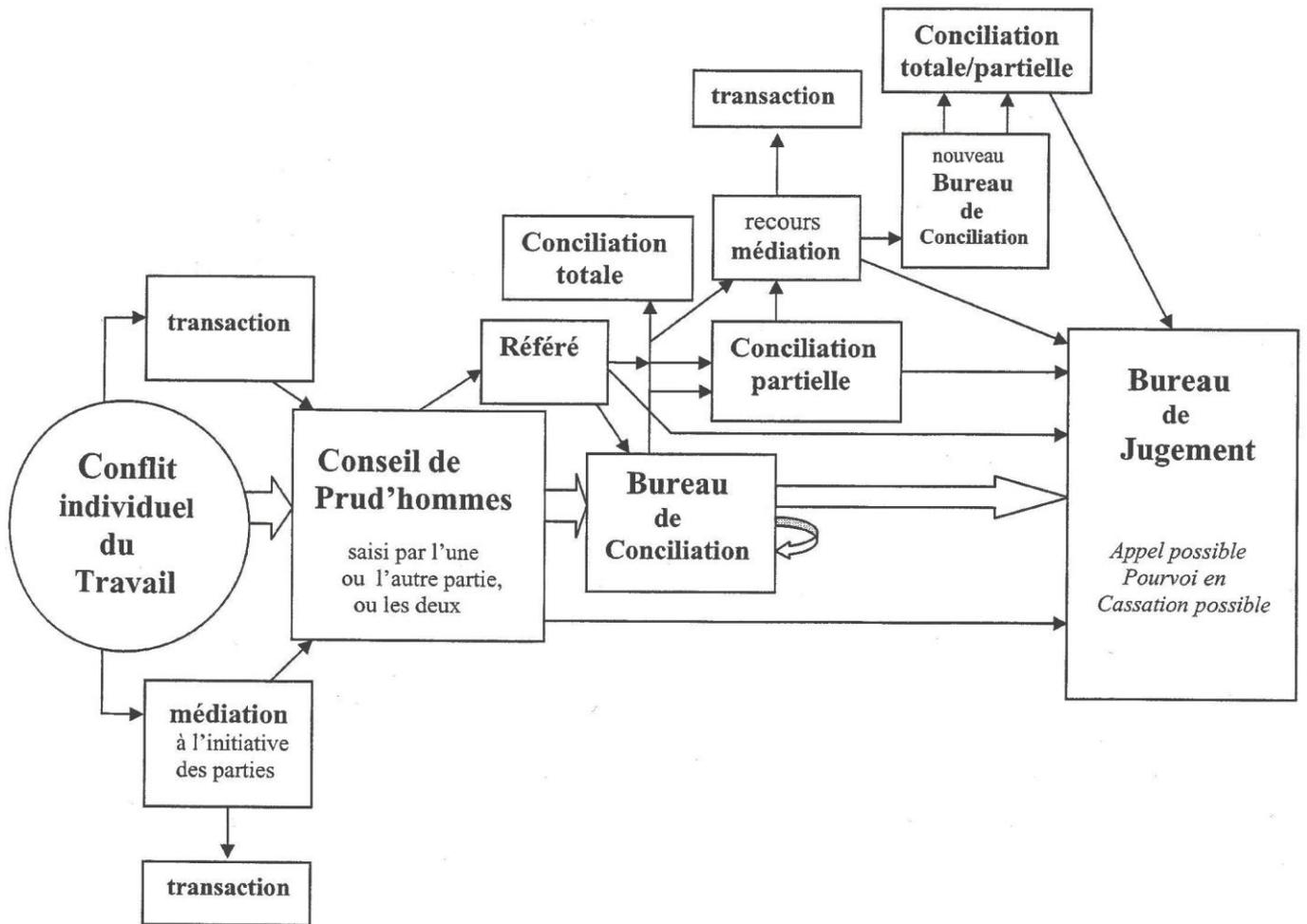


Tableau réalisé par le ministère de la justice, 2002.

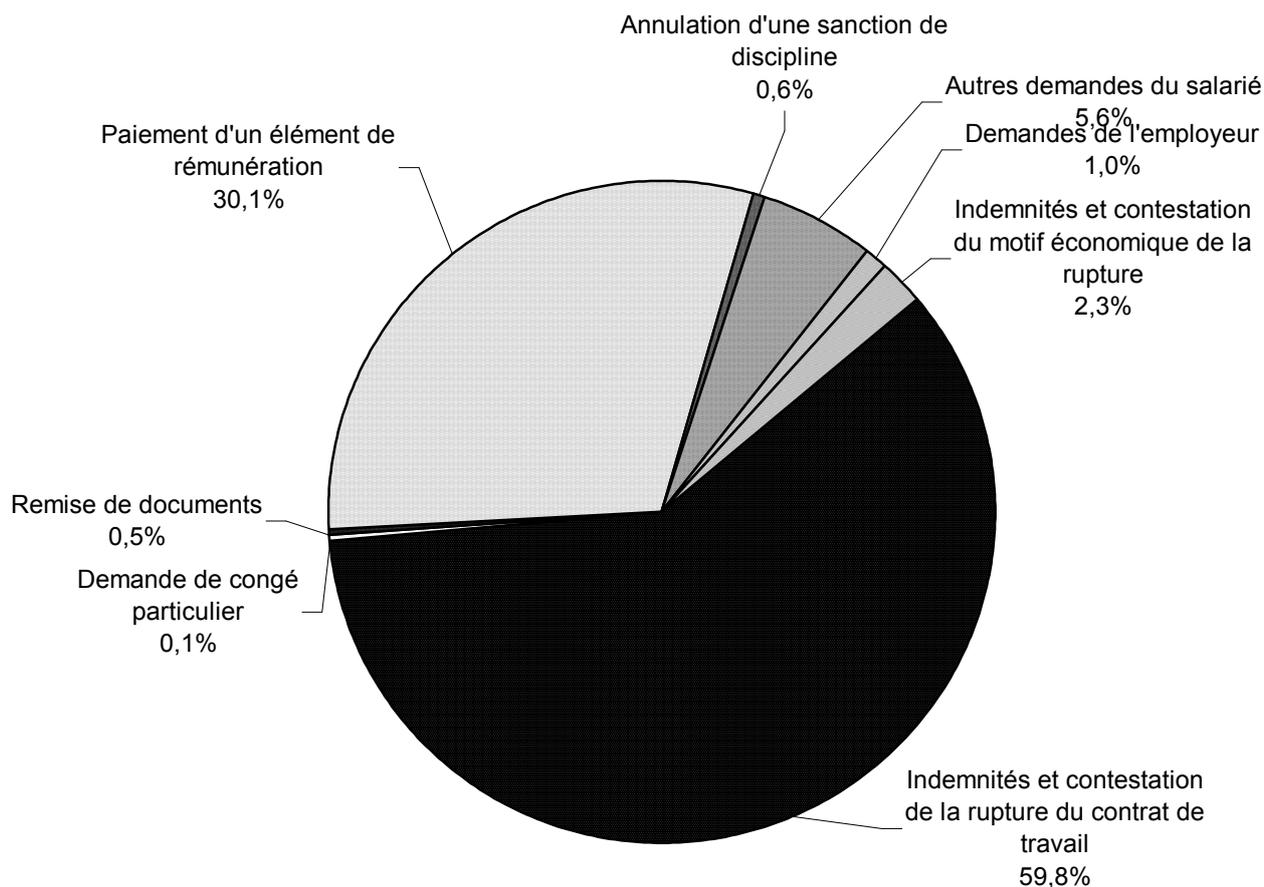
Annexe 8

Le déroulement du procès en matière prud'homale



## Annexe 9

### Répartition du contentieux prud'homal selon l'objet des demandes



Source : annuaire statistique de la justice 2002-2003, La documentation française, édition 2004, Paris

Annexe 10 A

Résultats de l'élection prud'homale du 03 décembre 2008 toutes sections confondues.

Toutes sections confondues				
	INSCRITS	VOTANTS	PART.	EXPRIMES
<b>Collège Salariés</b>	18 661 393	4 758 823	25,50%	4 619 786
Listes	VOIX		%	SIEGES
CGT	1 570 696		34,00	2 854
CFDT	1 007 756		21,81	1 794
FO	730 604		15,81	1 146
CFTC	401 460		8,69	383
CFE - CGC	378 478		8,19	627
UNSA	288 788		6,25	249
SOLIDAIRES	176 307		3,82	92
DIV SAL	65 697		1,42	91

Toutes sections confondues				
	INSCRITS	VOTANTS	PART.	EXPRIMES
<b>Collège Employeurs</b>	518 349	161 605	31,18%	156 717
Listes	VOIX		%	SIEGES
UE	113 073		72,15	6 265
AEES	29 726		18,97	462
DIV EMP	13 918		8,88	492

Annexe 10 B

Résultats de l'élection prud'homale du 03 décembre 2008 par sections.

Section Industrie				
	INSCRITS	VOTANTS	PART.	EXPRIMES
<b>Collège Salariés</b>	4 369 843	1 471 401	33,67%	1 425 038
Listes	VOIX		%	SIEGES
CGT	597 861		41,95	882
CFDT	294 616		20,67	349
FO	250 476		17,58	300
CFTC	110 746		7,77	76
CFE-CGC	73 481		5,16	32
UNSA	53 581		3,76	16
SOLIDAIRES	27 138		1,90	6
DIV SAL	17 139		1,20	18

Section Industrie				
	INSCRITS	VOTANTS	PART.	EXPRIMES
<b>Collège Employeurs</b>	89 629	19 419	21,67%	18 772
Listes	VOIX		%	SIEGES
UDE	17 708		94,33	1 572
AEES				
DIV EMP	1 064		5,67	103

Section commerce et services commerciaux				
	INSCRITS	VOTANTS	PART.	EXPRIMES
<b>Collège Salariés</b>	6 276 886	1 317 527	20,99%	1 275 438
Listes	VOIX		%	SIEGES
CGT	446 680		35,02	859
CFDT	262 044		20,55	452
FO	217 331		17,04	365
CFTC	115 522		9,06	129
CFE-CGC	65 181		5,11	46
UNSA	87 218		6,84	78
SOLIDAIRES	62 099		4,87	42
DIV SAL	19 363		1,52	26

Section commerce et services commerciaux				
	INSCRITS	VOTANTS	PART.	EXPRIMES
<b>Collège Employeurs</b>	147 984	28 872	19,51%	27 732
Listes	VOIX		%	SIEGES
UDE	25 230		90,98	1 817
AEES				
DIV EMP	2 502		9,02	176

Section agriculture				
	INSCRITS	VOTANTS	PART.	EXPRIMES
<b>Collège Salariés</b>	696 462	167 341	24,03%	162 155 162 155
Listes	VOIX		%	SIEGES
CGT	43 610		26,89	253
CFDT	45 877		28,29	253
FO	26 200		16,16	122
CFTC	11 098		6,84	22
CFE-CGC	12 448		7,68	18
UNSA	15 012		9,26	50
SOLIDAIRES	6 497		4,01	4
DIV SAL	1 413		0,87	9

Section agriculture				
	INSCRITS	VOTANTS	PART.	EXPRIMES
<b>Collège Employeurs</b>	20 328	9 698	47,71%	9 404 9 404
Listes	VOIX		%	SIEGES
UDE	8 687		92,38	694
AEES				
DIV EMP	717		7,62	32

Section activités diverses				
	INSCRITS	VOTANTS	PART.	EXPRIMES
<b>Collège Salariés</b>	5 223 199	1 175 459	22,50%	1 142 543
Listes	VOIX		%	SIEGES
CGT	378 383		33,12	590
CFDT	264 472		23,15	380
FO	179 585		15,72	242
CFTC	99 835		8,74	68
CFE-CGC	56 460		4,94	22
UNSA	86 728		7,59	50
SOLIDAIRES	62 928		5,51	29
DIV SAL	14 152		1,24	15

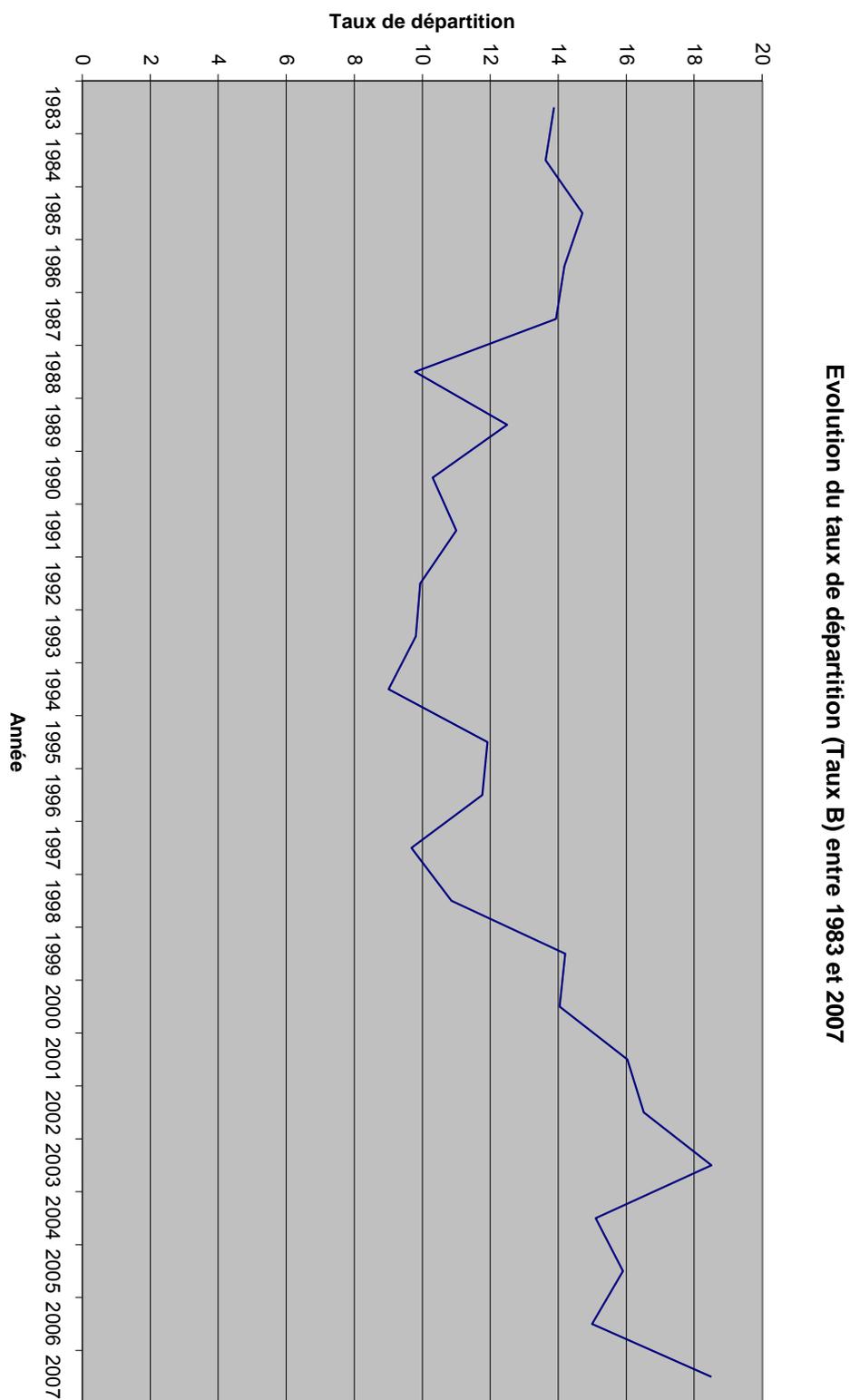
Section activités diverses				
	INSCRITS	VOTANTS	PART.	EXPRIMES
<b>Collège Employeurs</b>	189 450	87 767	46,33%	85 857
Listes	VOIX		%	SIEGES
UDE	46 992		54,73	798
AEES	29 491		34,35	443
DIV EMP	9 374		10,92	155

Encadrement				
	INSCRITS	VOTANTS	PART.	EXPRIMES
<b>Collège Salariés</b>	2 095 003	627 095	29,93%	614 612
Listes	VOIX		%	SIEGES
CGT	104 162		16,95	270
CFDT	140 747		22,90	360
FO	57 012		9,28	117
CFTC	64 259		10,46	88
CFE-CGC	170 908		27,81	509
UNSA	46 249		7,52	55
SOLIDAIRES	17 645		2,87	11
DIV SAL	13 630		2,22	23

Encadrement				
	INSCRITS	VOTANTS	PART.	EXPRIMES
<b>Collège Employeurs</b>	70 958	15 849	22,34%	14 952
Listes	VOIX		%	SIEGES
UDE	14 456		96,68	1 384
AEES	235		1,57	19
DIV EMP	261		1,75	26

## Annexe 11

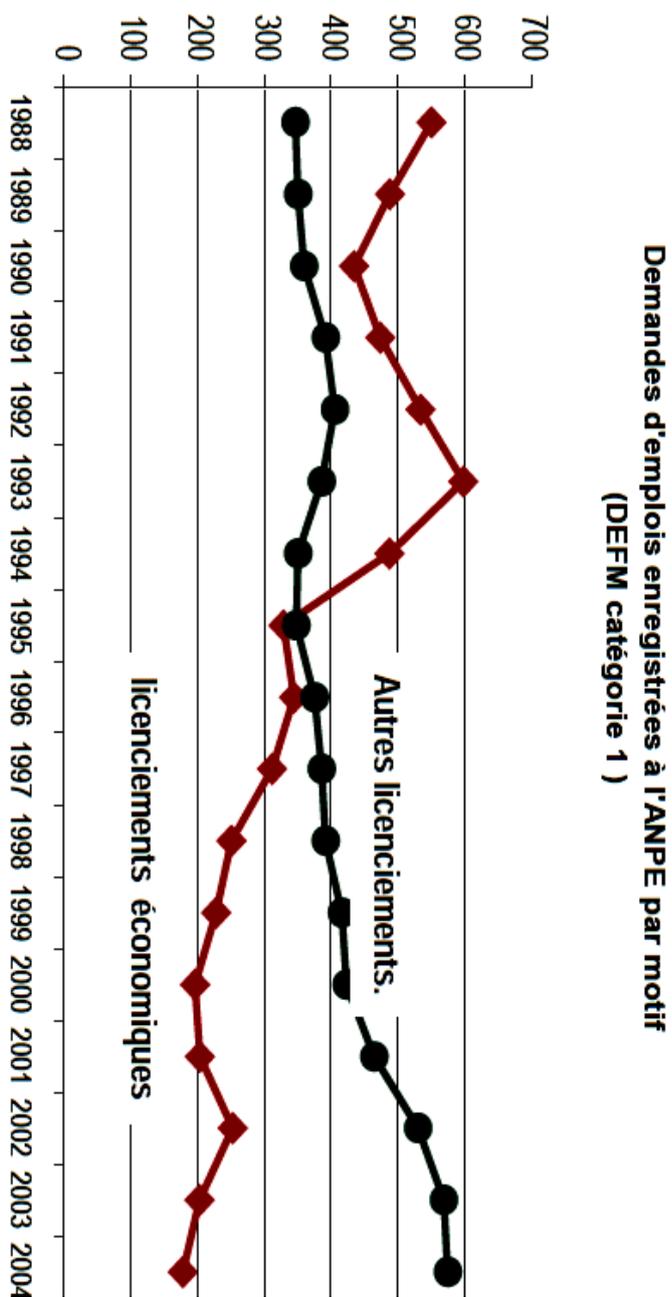
### Evolution du taux de départition (Taux B) entre 1983 et 2007



Source : S/DSED, Répertoire général in *Infostat Justice*, 1983 à 2007.

Annexe 12

Evolution des demandes d'emploi enregistrées à l'ANPE selon le motif



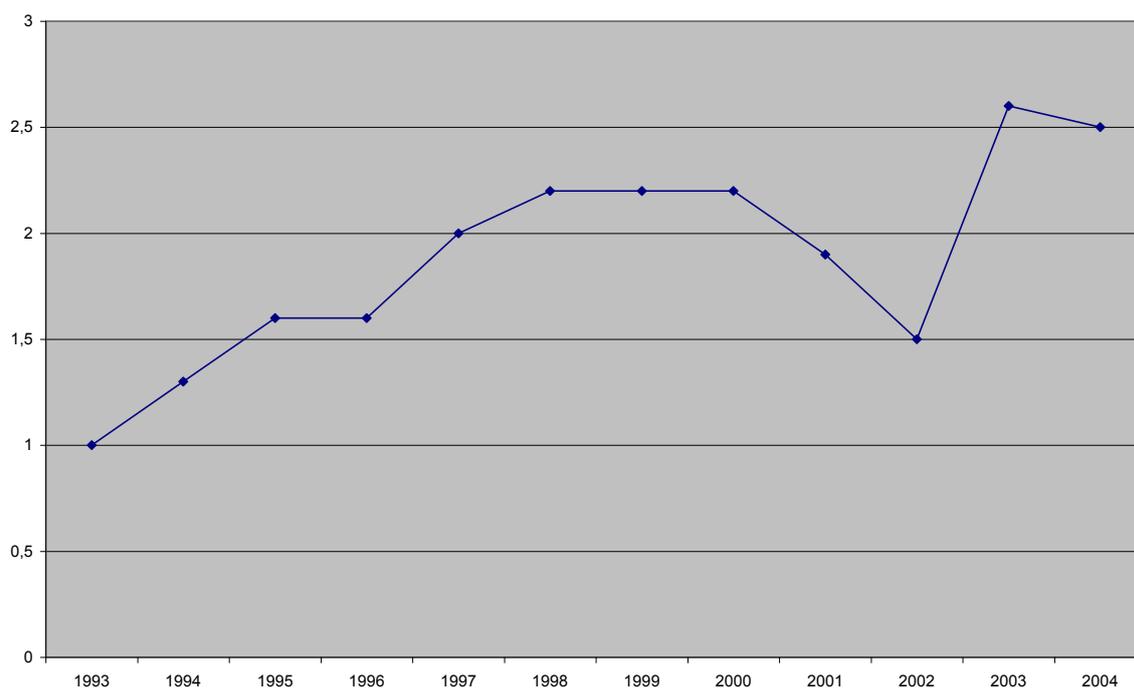
Source : Dares, bulletin mensuel des statistiques du travail.

## Annexe 13

### Evolution du nombre de demandes introduites devant la juridiction prud'homale pour motif économique rapporté au nombre de licenciés économiques.

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
<b>Demandeurs d'emploi licenciés pour cause économique (ANPE)</b>	598362	487654	329190	344988	312164	251290	228309	196694	203964	253042	203245	178851
<b>Demandes formées devant les prud'hommes liées à la rupture du contrat de travail sur motif économique</b>	6167	6204	5137	5629	6261	5438	5028	4351	3853	3733	5363	4425

### Evolution du taux de recours à la juridiction prud'homale en cas de licenciement économique (rapport entre le nombre de demandes formées devant les prud'hommes liées à la rupture du contrat de travail sur motif économique et le nombre de demandeurs d'emploi licenciés pour cause économique enregistrés par l'ANPE)



Sources : Demandes d'emploi enregistrées selon la raison de leur dépôt (DDE), Bulletin Mensuel des Statistiques du Travail (BMST), Ministère du travail, des affaires sociales et de la solidarité, La documentation française, Paris. Chiffres collectés par Serverin E., « L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres », Revue de droit du travail, Juin 2006.

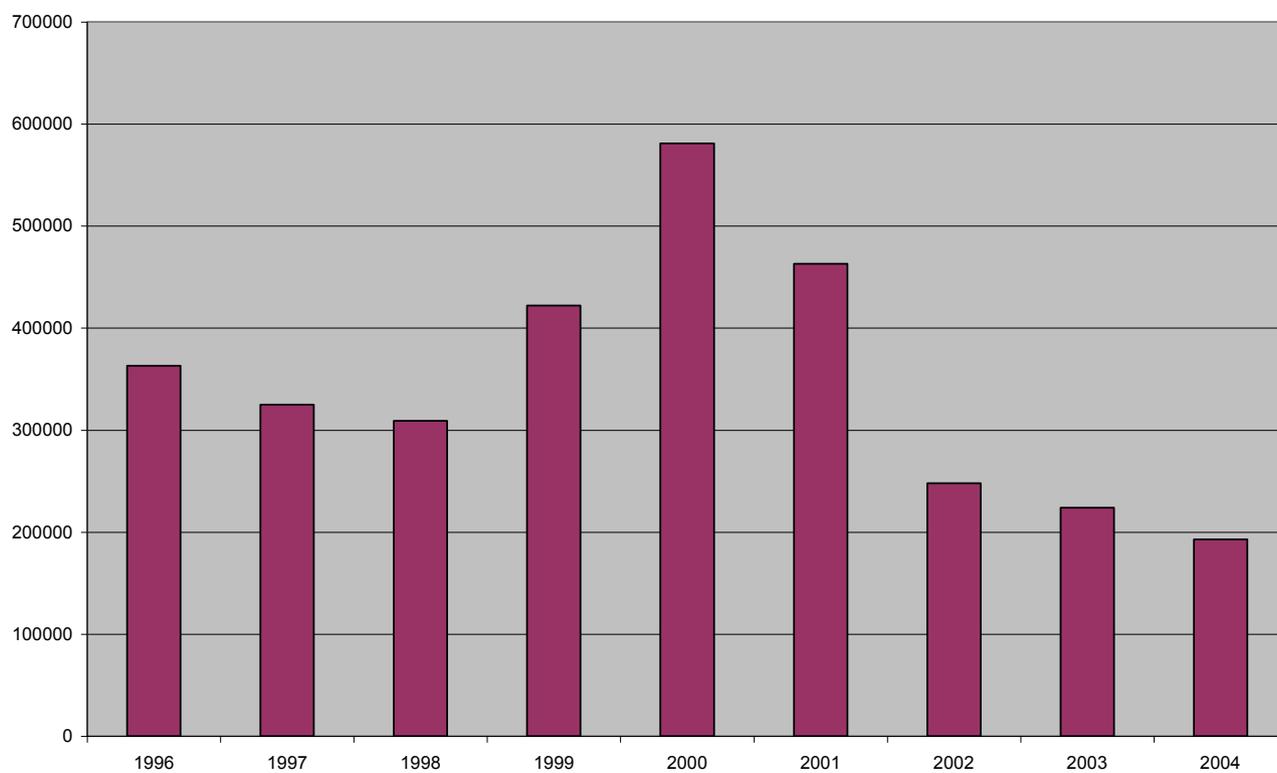
## Annexe 14

### Les dispositions législatives du droit du licenciement

<b>Disposition Légale</b>	<b>Champ d'Application</b>
<b>Ordonnance du 13/07/67</b>	Institue l'indemnité légale de licenciement
<b>Loi du 13/07/73</b>	Création de l'obligation d'une cause réelle et sérieuse et instauration d'une procédure de licenciement
<b>Loi du 3/01/1975</b>	Dispositions sur le licenciement économique, dont l'autorisation administrative de licenciement
<b>Loi du 3/07/1986 et du 30/12/1986</b>	Suppression de l'autorisation administrative de licenciement.
	Obligation de motiver la lettre de licenciement et d'en énoncer les motifs (si économique ou disciplinaire). L'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse revient au juge.
	La procédure de licenciement s'applique à tout salarié et pour les petits licenciements économiques.
<b>Loi du 2/08/1989</b>	Définition du motif économique.
	En cas de doute quant à l'existence d'une cause réelle et sérieuse, celui-ci profite au salarié.
	L'obligation de motivation de la lettre de licenciement s'applique pour tout licenciement (économique, disciplinaire et personnel).
	Procédure de licenciement applicable aux grands licenciements économiques.
<b>Loi du 29/07/1992 Amendement Delalande</b>	Cotisation supplémentaire en cas de licenciement d'un salarié de 50 ans ou plus.
<b>Loi du 27/01/1993 Loi Aubry</b>	Contrôle du plan social renforcé

## Annexe 15

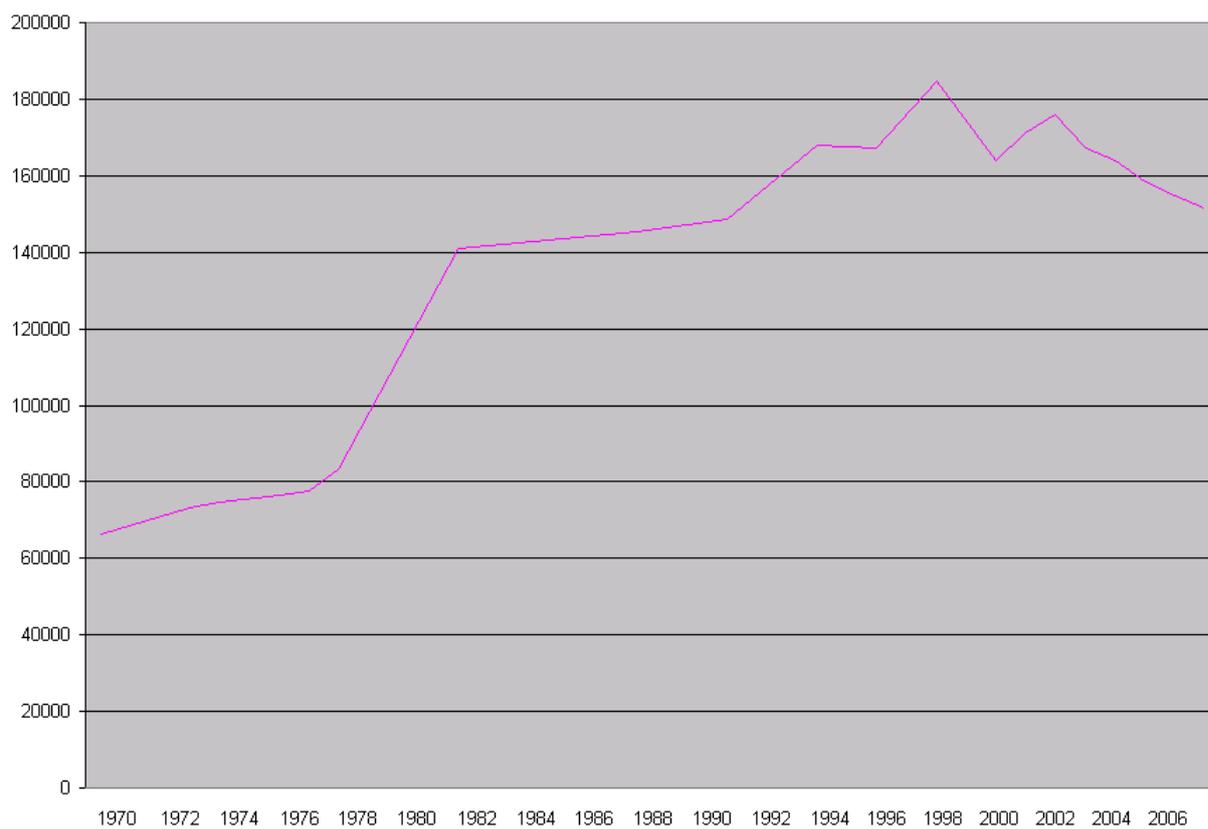
### Evolution du nombre de jours de grève (dans les conflits localisés) entre 1996 et 2004



Source : DRT et DARES (calcul DARES), 2005.

## Annexe 16

### Evolution du nombre d'affaires nouvelles introduites au fond entre 1970 et 2007



Source : Annuaires statistiques de la justice