

Le conseiller prud'homal est-il créateur de droit?

Le travail des conseillers prud'homaux est doublement contraint par l'obligation d'impartialité et le cantonnement à l'examen des recours individuels. Comment concilier ces contraintes avec l'engagement syndical pour le respect et l'amélioration des droits sociaux? Deux conseillers reviennent sur leur pratique.

Parmi toutes les contradictions des conseils de prud'hommes, il en est une qui pèse quotidiennement sur l'ensemble des conseillers. Comment en effet concilier le serment judiciaire, l'obligation de juger en droit et en équité, et le fait d'être militant, d'être élu sur une liste syndicale?

Issu du syndicalisme, qu'il soit salarié ou patronal, le conseiller prud'homal peut-il, par ce mandat, préserver l'intérêt collectif, alors même qu'il a à se prononcer sur des litiges individuels?

Et enfin, dans quelle mesure ce rôle qu'il va ainsi être amené à jouer de manière active peut-il déboucher sur une création de droit en dépit du fait qu'il ne se situe qu'à un premier niveau de juridiction?

Un juge élu

Comme n'importe quel juge, le juge prud'homal rend la justice au nom du peuple français, cependant une de ses spécificité est qu'il n'est pas désigné par la chancellerie, mais élu par ses pairs sur une liste établie par une organisation syndicale salariée ou patronale. Il n'est pas juriste

de profession, ni, bien souvent, de formation, et sa position sur les listes électorales répond la plupart du temps à des critères plus politiques que techniques ou liés à la compétence.

On peut dès lors légitimement estimer que chaque élu prud'homme est un militant, au moins au sein de l'organisation qui l'a présenté. On peut aussi raisonnablement penser qu'il entend, pas le biais de ce mandat, faire avancer les idées de son organisation et les intérêts du collège qui l'a élu.

Cette volonté se heurte bien entendu à une autre particularité qui est celle du paritarisme. En effet, tous les actes de la prud'homie, hormis la rédaction des jugements, sont obligatoirement effectués paritairement, c'est à dire par un nombre égal de représentants des collègues salariés et employeurs¹. C'est d'ailleurs ce fonctionnement particulier qui a amené la cour de cassation à affirmer le 19 décembre 2003: «le respect de l'exigence d'impartialité, imposé tant par les règles de droit interne que par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est assuré, en matière prud'homale, par la composition même des conseils de prud'hommes, qui comprennent un nombre égal de salariés et d'employeurs élus, par la prohibition d'ordre public de tout mandat impératif, par la faculté de recourir à un juge départiteur extérieur aux membres élus et par la possibilité, selon les cas, d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation; qu'il en résulte que la circonstance qu'un ou plusieurs membres d'un conseil de prud'hommes appartiennent à la même organisation syndicale que l'une des parties au procès n'est pas de nature à affecter l'équilibre d'intérêts inhérent au fonctionnement de la juridiction prud'homale ou à mettre en cause l'impartialité de ses membres.»

Voilà pour la théorie. Mais si des forces agissant en sens inverse s'annulent entre elles, encore faut-il que celles-ci soient d'égale intensité, ce qui n'est pas obligatoirement toujours le cas et peut varier en fonction des intérêts en jeu, ou plus simplement des individus en présence. On est, au Conseil de prud'hommes, dans le lieu censé être celui de la résolution des conflits et qui est celui du rapport de forces. Rapport de forces d'autant plus exacerbé qu'il vient en quelque sorte suppléer celui qui n'existe pas, ou plus, dans les entreprises. En ce lieu où salariés et employeurs, ouvriers et patrons, sont sur un pied d'égalité, se concentre bien souvent tout le conflit opposant leurs

¹ Les conseils de prud'hommes comprennent deux salariés et deux employeurs élus. Lorsque le conseil ne s'accorde pas sur un jugement, l'affaire est rejugée en présence d'un magistrat professionnel, le départiteur, ce qui permet de dégager une majorité. Les jugements sont, sous certaines conditions, susceptibles de recours devant la Cour d'appel et devant la Cour de cassation.

différentes logiques. C'est aussi le lieu où, en matière d'idéologie, tous les extrêmes vont se côtoyer.

Ainsi, et malgré le serment judiciaire qui oblige à rendre la justice en droit et en équité et en toute indépendance, chacun va chercher, le plus souvent en toute bonne foi, à voir ses idées l'emporter sur celles «d'en face»; et utiliser sa position de «juge» pour ce faire.

Intérêt collectif ou résolution de litiges individuels ?

Selon l'article L. 511-1 du Code du travail, «les conseils de prud'hommes, juridictions électives et paritaires, règlent par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Ils jugent les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti.»

C'est donc très clairement la mission des conseillers prud'hommes que de régler les litiges individuels. À tel point qu'il ne saurait être question de voir plusieurs personnes sur un même dossier. Ainsi, lorsque les 5000 salariés d'une entreprise X viennent demander le paiement d'une prime conventionnelle, c'est bien 5000 dossiers différents qui sont introduits devant le conseil; même si dans les faits, et dans le but d'une meilleure administration de la justice (pour éviter par exemple les décisions contradictoires), on essaiera, dans la mesure du possible, de grouper les dossiers sur une même audience. Cette individualisation, qui découle directement des textes, est de plus rendue nécessaire par la diversité des situations en cause, l'exemple donné ci-dessus restant très exceptionnel.

Il n'en demeure pas moins que pour traiter ces litiges, le conseiller prud'homal, qui rappelons-le, n'a pas la même formation qu'un magistrat professionnel, fera référence à ses propres convictions idéologiques ou morales et tentera, consciemment ou non, de faire en sorte que la décision à laquelle il participera coïncide avec les intérêts de la partie relevant du collège qui l'a élu. Ainsi, la majorité des conseillers salariés auront à cœur de défendre les intérêts des justiciables salariés alors que bon nombre de conseillers employeurs mettront tout en œuvre pour voir triompher les intérêts des entreprises. Ce qui n'a pas forcément la même portée, comme on va le voir.

Le droit civil français pose le principe de l'égalité des citoyens devant la Loi, sauf dans le cas où une des parties se trouve en situation de faiblesse par rapport à l'autre et qu'il est prévu, pour rétablir l'équilibre, des mesures de protection spécifiques. C'est le cas du droit du travail qui est un droit protecteur du salarié qui, du fait de

la dépendance économique dans laquelle il est vis à vis de son employeur, se trouve en état de faiblesse. Défendre les intérêts des salariés, c'est donc s'assurer que le droit soit respecté, ce qui a priori est censé aller de soi. Dans la réalité il en est malheureusement autrement, certains employeurs n'ayant du droit du travail qu'une idée datant au mieux du XIX^e siècle. Ainsi, face aux mêmes faits, conseillers salariés et employeurs auront une lecture différente, l'un cherchant à vérifier que les droits minimaux du salarié auront bien été respectés, l'autre pouvant aller jusqu'à dire que la gravité des faits reprochés est telle que cela le prive d'office de tout droit. On arrive très vite ainsi à ce que l'on pourrait appeler la «politique du non»...

Ces situations seront d'autant plus bloquantes si les conseillers qui en sont à l'origine sont peu formés. En effet, le manque de formation, surtout dans une matière aussi compliquée et évolutive que le droit du travail, prive du recul nécessaire pour analyser les situations de fait et leur donner une juste qualification en droit.

La formation des conseillers étant un droit et non un devoir, elle est organisée librement sous l'égide des grandes organisations syndicales dont les organismes de formation ont reçu l'agrément de l'état. C'est par le biais de cette formation et des rencontres entre conseillers qui pourront être mises en place par ces mêmes organisations que pourra s'élaborer sinon une politique au moins une réflexion collective. Sachant que la difficulté réside dans le fait que rien ne doit nuire à l'indépendance du juge et que tout mandat impératif est donc prohibé. La réflexion collective ne pourra s'articuler qu'autour des moyens à mettre en œuvre pour faire respecter le droit et donc sur la pertinence des outils dont disposent les conseillers.

Prenons l'exemple d'une organisation qui entend initier un travail sur les discriminations. Pour que ce travail soit efficace, il faut qu'il soit collectif, c'est à dire que l'ensemble des acteurs amenés à avoir une action sur ce type de dossier soit au même niveau d'information. Seront donc formés, ou informés, les militants qui interviennent au niveau des entreprises et ceux qui interviennent au niveau des permanences d'accueil. Dans le même temps, il peut être intéressant de mener une réflexion sur la gestion judiciaire de ce type de dossier, et c'est là que peut s'inscrire l'action des conseillers prud'hommes. Si l'organisation choisit de les sensibiliser à ce problème particulier, on peut penser, que mieux informés, ils réagiront différemment quand ils auront ce type de dossier à traiter. Ils sont aussi, de part les connaissances qu'ils ont acquises dans l'exercice de leur mandat, un atout pour leur organisation en matière de conseil et de stratégie.

Rappelons que l'action judiciaire ne saurait être une fin en soi. Cependant, si elle est très souvent le constat de l'échec de toutes les tentatives de résolution amiable du conflit, elle peut aussi, dans certains cas, être utilisée comme levier pour tenter de faire évoluer des situations. Pour reprendre l'exemple des discriminations, on sait, par ce qu'on peut entendre dans les permanences d'accueil, qu'il existe dans les entreprises, comme dans d'autres lieux, des discriminations fondées sur la nationalité, la religion ou la couleur de la peau, ce qui est expressément prohibé par la loi. Trop souvent dans ce type de situation, les personnes en cause n'osent pas parler. Quand elles le font, c'est souvent pour faire le constat de la situation, persuadées de n'y rien pouvoir faire. Pour pouvoir agir efficacement pour le plus grand nombre, il peut être utile d'obtenir des décisions de justice incitatives. Les conseillers prud'hommes qui auront participé à l'action collective sur ce sujet auront acquis une sensibilité qui leur permettra de réagir efficacement. Mais pourront-ils pour autant être créateurs de droit?

L'évolution du droit

Le droit du travail est par essence un droit vivant, et la jurisprudence évolue rapidement. Si cette évolution est due principalement aux arrêts de la Cour de cassation, il est bien évident que ceux-ci ne pourraient exister si les juges de première instance que sont les conseillers prud'hommes ne prenaient pas de décisions qui l'y poussent. La Cour prend ses décisions en fonction de l'évolution de la société et de ses courants de pensée. Les Conseils de prud'hommes jouent forcément un rôle dans ce processus, même si celui-ci est peu visible.

Encore que. Les décisions du Conseil de Prud'hommes de Paris, par exemple, sont, pour un bon tiers définitives, ce qui signifie que les parties soit parce qu'elles s'estiment satisfaites, soit parce qu'elles manquent d'information ou sont découragées, ne font pas valoir leurs voies de recours. Les conseillers rédacteurs de la décision ont ici une part essentielle : c'est un effet à la seule lecture de la décision que le justiciable va devoir, ou pouvoir, se faire une idée de la compréhension de son dossier par les juges, décision qui sera rédigée soit par un président salarié, soit par un président employeur.

Quand bien même les parties feraient appel, les conseillers sont, comme on l'a vu, dans une position où ils tentent de faire coïncider leurs convictions avec les décisions qu'ils prennent, ce qui induit des interprétations pouvant parfois ouvrir la porte à de nouvelles jurisprudences, voire à une modification des textes.

Il en est ainsi du reçu pour solde de tout compte, qui, signé par le salarié au moment de la rupture du contrat de travail, lui interdisait tout recours s'il n'avait pas été dénoncé dans un délai de deux mois. Dans les faits, bien des employeurs refusaient de payer les derniers salaires tant que le salarié n'avait pas signé ce document. Les conseillers prud'hommes, finalement suivis par la Cour de cassation, ont petit à petit fait tomber cette pratique en désuétude, trouvant régulièrement des arguments afin de la contourner. Tant et si bien, que le législateur a fini par modifier cette disposition en janvier 2002, ne donnant à ce document que « *la valeur d'un simple reçu des sommes qui y figurent* », et lui ôtant par la même toute valeur libératoire pour l'employeur.

Une telle évolution prend souvent des années et reste la plupart du temps complètement transparente même pour ceux qui en sont les acteurs. Lorsque nous avons le sentiment d'avoir pris une bonne décision, nous ne pouvons pas imaginer que celle-ci va avoir des répercussions pour d'autres que pour les personnes directement en cause. Ce n'est qu'après avoir pris, à plusieurs reprises, des décisions dans le même sens, confirmées par une Cour d'Appel, que nous nous autorisons éventuellement à espérer un revirement de jurisprudence.

Le cas du licenciement pour vol nous montre jusqu'à quel point l'évolution peut se faire. Il y a quelques années, le salarié qui volait quoi que ce soit à son employeur était licencié immédiatement et, dans le cas, peu probable, où il aurait obtenu gain de cause devant les prud'hommes, la Cour de cassation aurait cassé la décision. Au fil du temps, une évolution s'est fait jour.

Ainsi la Cour de cassation a jugé en 1993 que « le fait pour un salarié d'avoir volé une tablette de chocolat, d'en avoir caché les restes derrière des boîtes de conserve et d'avoir quitté le magasin par la sortie des clients sans achat, ne constituait pas une faute grave, ce fait dérisoire constituant le seul «écart» du salarié au cours des vingt années passées au service de son employeur. Dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, la cour d'appel a pu en outre décider que le licenciement de l'intéressé ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse. » Dans cette décision, non seulement la Cour estimait qu'il fallait tenir compte des circonstances des faits, mais de plus, elle affirmait que leur qualification relevait de la seule compétence du juge du fond, de son pouvoir d'appréciation. Cette notion est importante, car elle permettra au conseiller, le juge du fond, d'apprécier les faits.

Aujourd'hui, la Cour va encore plus loin, puisque, à l'inverse de sa position précédente, elle reconnaît que ne constitue plus un vol le fait pour un salarié d'utiliser, dans le cadre du procès prud'homal, la copie

de documents de l'entreprise auxquels il a pu avoir accès dans le cadre de son activité professionnelle. Dans ce cas aussi, les décisions des conseils de prud'hommes ont probablement participé à ce revirement. Il ne faut cependant pas oublier que les conseillers employeurs, eux aussi, tentent de faire évoluer le droit selon leurs propres orientations... De plus, il convient de rappeler que les juges «départiteurs», qui permettent qu'une décision soit prise alors que les conseillers prud'hommes ne peuvent se mettre d'accord, sont, de par leur statut de magistrat professionnels et de la reconnaissance qui en découle, acteurs à part entière de cette création de droit.

Il ne peut y avoir de procès pour «le procès»; il conviendra toujours de mesurer l'opportunité d'une action juridique bien en amont de son démarrage, et à ce titre aussi les conseillers prud'hommes, ancrés dans le collectif, ont aussi un rôle de conseil à jouer, rôle qui peut parfois conduire à régler le conflit par d'autres voies que la voie judiciaire. Dans ce cadre, l'action collective, surtout en ce qu'elle se veut créatrice de droit ne peut passer que par une implication de chaque acteur à chaque étape du processus. Bien souvent, le conseiller prud'homme ne pourra agir que si les autres étapes, à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise ont été correctement menées par les autres acteurs en fonction des contraintes et des obligations de leurs fonctions respectives.

Gilles Chantraine

Dynamique carcérale et critique sociopolitique

L'inflation carcérale récente s'accompagne aujourd'hui en France d'une dénonciation des conditions de détention qui prend notamment la forme d'un mouvement de promotion des droits des détenus. Entre remise en question critique de la prison et banalisation des pratiques d'enfermement, il faut s'interroger sur les liens ambigus qui unissent ce double mouvement.

L'histoire récente des prisons françaises est caractérisée par un double mouvement qui participe à la reconstruction de l'institution comme «problème social»: d'un côté, l'état lamentable des conditions de détention redevient perceptible sur la scène publique; d'un autre côté, la population carcérale ne cesse d'augmenter. On comptait 58 825 au premier novembre 2004¹, contre 51 903 détenus au premier janvier 2000, soit une inflation carcérale d'une ampleur impressionnante qui renforce les problèmes de surpopulation en détention. Les liens qui unissent et distinguent ces deux tendances sont profondément ambigus et les interprétations quant à la nature de ces liens, fortement chargées de normativité, structurent les oppositions politiques. D'un point de vue sociologique, cette ambiguïté

1 Population sous écrou (métropole et outre-mer). En excluant les 580 condamnés placés sous surveillance électronique et les 295 condamnés placés à l'extérieur sans hébergement, on obtient une densité carcérale de 57 950 pour 49 595 places opérationnelles, soit un taux d'occupation de 117 %. 14 établissements ou quartiers ont une densité égale ou supérieure à 200 %, 44 ont une densité comprise entre 150 et 200, 72 entre 100 et 150 (Tournier P., ICH n°69, «Plein feux sur les prisons d'Europe»). Rappelons également que la population carcérale est passée de 39 086 détenus en 1983 à 54 442 détenus en 1997, avant de diminuer légèrement jusqu'en 2000.