

**L'USAGE DES OUTILS JURIDIQUES DANS LES  
RELATIONS DE TRAVAIL : USAGES  
AUTONOMES OU ENCADRÉS PAR LES  
PROFESSIONNELS DU DROIT ?  
L'EXEMPLE DES ACCORDS TRANSACTIONNELS**

PAR

Romain MELOT

La question du « magistère » des professionnels du droit semble renvoyer à la fois à la sociologie des professions et à des problématiques socio-politiques de l'action collective. On pourrait évoquer dans ce cadre le « système des professions » d'Andrew Abbott : chaque profession construit ce qu'il appelle une « juridiction » (par analogie avec l'organisation judiciaire) qui participe aussi bien d'un marché du travail fermé que d'un domaine d'intervention légitime consacré par une compétence, qu'un groupe tend à faire reconnaître et valider socialement (Abbott, 1988). Si l'on entend l'idée de « magistère » des professionnels du droit comme l'ensemble des techniques, stratégies et discours visant à préserver leur « juridiction » sur un domaine particulier, en l'occurrence le droit et les pratiques juridiques, alors l'exemple que l'on propose ici d'exposer, celui de la pratique du conseil par les avocats en droit du travail, peut tout à fait contribuer à nous éclairer sur cet aspect de la sociologie du droit.

Dans cette perspective, ce qui définit la « juridiction » d'exercice d'un groupe professionnel, c'est bien sûr l'ensemble des règles juridiques qui restreignent, autorisent ou délimitent l'accès à un marché du travail. Or, les textes qui définissent le cadre des prestations rémunérées consistant à « donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé »<sup>1</sup>, avec les obligations qui s'ensuivent (assurance de responsabilité civile professionnelle, secret professionnel dont le non-respect est sévèrement puni par le code pénal), ne délimitent pas « d'espace réservé » aux avocats (ces prestations étant entre autres ouvertes aux juristes d'entreprise, membres d'organi-

---

1. Les articles 1322 et suivants du code civil traitent de la validité générale et des effets des actes sous seing privé. La prestation « à titre habituel et rémunéré » consistant à rédiger ces actes est quant à elle régie par la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, articles 54 et suivants.

sations syndicales et professionnelles). De ce point de vue, les avocats ont à défendre un « marché du conseil » qui peut leur être contesté : c'est ainsi que peut contribuer également à cette définition de la « juridiction », ce que l'on pourrait appeler un travail de légitimation, opéré par les praticiens eux-mêmes, pour appuyer l'idée que leur intervention dans les pratiques juridiques est nécessaire. On s'appuiera dans cette perspective notamment sur l'analyse des représentations que les avocats - essentiellement les avocats patronaux - se font de leur office au travers du discours qu'ils tiennent sur leur pratique de négociateurs.

Cependant, les ambivalences du « magistère » des avocats sur le conseil juridique ne résident pas uniquement dans la concurrence existant entre professionnels d'horizons variés. Je voudrais montrer ici que les pratiques juridiques dans les entreprises autour de la relation de travail présentent une autre forme, si ce n'est de « limites », en tout cas de « dialectique », inhérente à la « juridiction » du conseil. J'entends par-là l'appropriation par les usagers du droit eux-mêmes, et notamment les employeurs, de l'expertise juridique qui les conduit à recourir à un usage ciblé et limité des professionnels du droit. Dans la perspective d'une recherche empirique sur les usages sociaux du droit, cette étude se concentre principalement sur les pratiques contractuelles visant à régler au moyen de *contrats de transaction* les litiges individuels en matière de contrat de travail : ces pratiques illustrent toute la palette d'intervention possible des professionnels du droit dans le cadre des négociations « internes » à l'entreprise. C'est en effet un double mouvement, contradictoire seulement en apparence, qui suit la complexification du droit : d'une part, l'encadrement accru des « spécialistes du droit » et d'autre part, la mise au point d'outils juridiques routinisés qui offrent une certaine autonomie d'action aux usagers du droit. C'est l'articulation de ces deux aspects que cet exposé vise à comprendre, dans le cadre des pratiques juridiques du droit social.

Les avocats occupent une place à part au sein des prestataires de consultations juridiques, dans la mesure où ils assurent également la défense judiciaire des clients qu'ils conseillent en dehors du cadre contentieux. Les négociations transactionnelles présentent à cet égard l'intérêt de se situer à la connexion entre l'activité de conseil et l'activité de défense (dans la mesure où la conclusion d'une transaction survient dans une situation de « risque de procès », voire est négociée en cours d'instance. L'objet de l'étude n'est pas tant de discuter, au sein de la profession d'avocat, la place spécifique des avocats travaillistes (à la manière de la typologie esquissée par Lucien Karpik (Karpik, 1995) entre les formes de savoirs - savoir des affaires, savoir intermédiaire, savoir des particuliers - servant à décrire l'organisation des marchés du travail juridique), que de montrer comment une prestation juridique particulière (les consultations juridiques liées à des transactions) nous offre un point d'observation du recours à l'expertise des avocats dans les relations du travail. Les enquêtes de sociologie du droit menées par Lawrence Friedman et Richard Lempert (Friedman, 1976, 1989 ; Lempert, 1976, 1978) soulignent à cet égard la nécessité d'envisager les différentes tech-

niques juridiques de règlement des litiges dans un *continuum* intégrant toutes les modalités des « usages du droit », de l'arrangement informel (ou de l'inaction stratégique) jusqu'au procès en passant par les pratiques contractuelles : le recours à la consultation juridique fait à cet égard partie intégrante de « l'activité juridique » entendue au sens large comme une activité d'usage d'instruments ou d'expertises juridiques. Erhard Blankenburg distingue également, dans ses enquêtes par questionnaires sur les litiges juridiques, des « paliers » de mobilisation du droit, lesquels mettent en évidence le fait que le passage à la consultation juridique constitue tout autant un mécanisme de filtrage que le passage de l'arrangement au procès : les profils de population concernées (demandeurs et défendeurs) varient en effet suivant ces paliers, dans une configuration de litige donnée (Blankenburg, 1980). Les travaux de Marc Galanter (Galanter, 1974, 1975), repris par Hazel Genn à propos des compagnies d'assurance (Genn, 1987, 1999) et par Maureen Cain à propos des sociétés de crédit (Cain, 1983), qui définissent une dichotomie des profils d'usagers du droit entre « joueurs récurrents » (*repeat players*) et « joueurs occasionnels » (*one-shotters*), peuvent nous servir également de fil conducteur dans l'analyse ciblée de l'expertise des avocats par les services du personnel dans les litiges qui les opposent aux salariés (Galanter, 1974, 1975). La classification définie par Galanter présente l'intérêt de poser la question de la maîtrise technique du matériau juridique en termes de savoirs et ressources juridiques investis dans la gestion des flux quotidiens de litiges. Les joueurs récurrents apparaissent en effet comme des quasi-professionnels du droit, dont la caractéristique la plus importante est leur « attention aux règles » (*rule-mindedness*) sur le long terme. Cette prise en compte de l'état du droit dans les schémas d'action permet d'expliquer les raisons qui motivent les joueurs récurrents à viser parfois, au-delà du règlement ponctuel d'un différend, la poursuite d'une politique de gestion des litiges, en articulant notamment stratégies contractuelles et judiciaires.

Sur le plan des ressources cognitives, les joueurs récurrents sont caractérisés, selon Galanter, par le développement d'un savoir d'expertise en interne (services juridiques d'une entreprise), en externe (recours à des cabinets de conseil), ou encore combiné, lequel participe d'une l'intelligence cumulée des litiges (*advance intelligence*), modèle qui peut nous aider à caractériser le mode de fonctionnement des entreprises clientes de cabinets d'avocat ou disposant d'un service du personnel structuré.

### Le contrat de transaction : dispositif juridique

*Au sein des dispositions du livre III du code civil, consacré aux principes généraux et aux différentes sortes de contrats, la transaction est définie par les articles 2044 et suivants : « Article 2044. La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit. »*

*La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation a inséré ce contrat civiliste dans le dispositif des règles propres au droit du travail. Cette régulation contractuelle s'est accomplie (et se poursuit) au moyen d'une abondante série d'arrêts (essentiellement depuis les vingt dernières années), suite à des contentieux prud'homaux portant sur la nullité de certains accords. Quelques thématiques principales de cette jurisprudence peuvent être résumés :*

*- les questions de validité : un accord transactionnel ne peut être confondu avec la rupture du contrat de travail, mais règle les conséquences de cette rupture. Par ailleurs, suivant une construction purement prétorienne, la validité de l'accord est conditionné par l'existence de « concessions réciproques » ;*

*- les questions de délimitation : les stipulations du contrat de travail s'imposent, sauf mention contraire dans la transaction. En conséquence, l'exposé détaillé de l'objet de l'accord s'impose. En outre, une série d'arrêts traite des effets de l'accord contractuel vis-à-vis des tiers, comme les ASSE-DIC et les URSSAF, en précisant les cas où les stipulations contractuelles s'imposent à ces tiers. La transaction participe donc d'un cadre économique qui dépasse les seules parties au contrat de travail.*

## 1. LE ROLE DES AVOCATS DANS LA NÉGOCIATION D'ACCORDS RÉGLANT LES LITIGES INDIVIDUELS : LA PLACE DE « L'ART JURIDIQUE » AU SEIN DE LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES

La technicisation du droit social se traduit par la nécessité d'un recours accru au conseil juridique dans les entreprises. Les cabinets d'avocats disposés à répondre à cette demande peuvent être des cabinets généralistes, mais on s'intéressera ici surtout à des cabinets spécialisés à double titre. Spécialité, tout d'abord, dans un domaine du droit particulier, en l'occurrence le droit du travail. Spécialité, ensuite, selon la partie au contrat de travail à conseiller. L'organisation des grands cabinets de conseil en droit du travail épouse avant tout le schéma juridique et économique du contrat de travail, à savoir l'opposition entre employeurs et salariés. Les cabinets de droit social spécialisés écartent pour beaucoup tout conflit d'intérêt, et sont de défense exclusive, patronale ou salariale. La domination économique de la partie patronale dans la relation de travail peut avoir par ailleurs des conséquences sur la fabrique de l'arrangement transactionnel négocié entre les avocats. Dans le cas des négociations de transactions, il est ainsi fréquent que ce soit le conseil patronal, plutôt que le conseil du salarié, qui soit à l'initiative de la rédaction de la convention, à titre de représentant de la partie économiquement forte, de laquelle on attend l'offre de négociation.

L'augmentation des besoins en ressources juridiques dans le monde du travail et de l'entreprise se traduit dans le même temps par une diffusion croissante d'outils juridiques standardisés : contrats-types, modèles de contrats de travail, de convention de conversion, et notamment de transactions. Ces outils standardisés permettent notamment pour ce qui est des relations salariales et des conflits, une gestion relativement autonome assurée par les directions d'entreprise par rapport aux conseils juridiques professionnels. De plus, les outils standardisés ne sont pas de simples formulaires administratifs, mais relèvent de pratiques juridiques relativement complexes : c'est le cas de modèles de transactions (pour plusieurs types de litige, selon le motif de rupture du contrat de travail : économique, faute grave...) qui actualisent l'état de la jurisprudence et des garanties qu'elle impose au formalisme de ces actes juridiques. Traités en série (dans le cas de plans sociaux, où des dizaines de transactions de contenu similaire peuvent être conclues entre un même employeur et divers salariés), ils permettent une économie dans la gestion des litiges.

#### Méthodologie de l'enquête

*Durant l'année 2001, une série de cinq cents contrats de transaction, couvrant la période 1991-2001, ont été collectés et ont fait l'objet d'une analyse quantitative dans un cabinet d'avocat patronal, l'analyse des régularités de la négociation ayant principalement porté sur les profils des salariés et des entreprises concernées, les motifs de licenciement, les clauses des contrats et les sommes négociées. Un des résultats de cette étude est de souligner la spécificité des négociations visant les cadres, lesquels « transigent » généralement en dehors de tout contexte judiciaire. Par la suite un travail sur dossiers, accompagné d'entretiens, a été réalisé auprès d'institutions tierces concernées directement ou indirectement par ces pratiques de négociations contractuelles : inspection du travail, UNEDIC/ASSEDIC, URSSAF, AGS, ainsi que d'autres acteurs comme les délégués syndicaux et les conseillers du salarié.*

*Enfin une série d'entretiens a été réalisée, en régions parisienne et lyonnaise, auprès de cinq cabinets d'avocats (deux cabinets d'avocats patronaux spécialisés en droit social, trois cabinets d'avocats de salariés dont un « généraliste »). Le nombre d'associés varie de cinq à vingt. C'est ce dernier volet qualitatif de l'enquête qui est exposé ici, sans ambition de représentativité, la dimension quantitative ayant porté sur l'étude, citée plus haut, des contrats archivés dans un de ces cabinets.*

La gestion des litiges est cependant loin d'être uniforme pour tous les salariés et la négociation avec un cadre supérieur ne ressemble en rien à celle qui concerne un ouvrier. Le profil social du salarié influe doublement sur les pratiques de règlement contractuel des litiges. D'une part, des routines de négociation standardisée sont beaucoup plus difficiles à mettre en place pour des salariés importants, la gestion du litige sera nécessairement plus individualisée. D'autre part, concernant précisément le rôle des avocats, celui-ci est souvent fonction de la qualité du salarié : le niveau social du salarié a un impact direct sur le recours à un conseil extérieur à l'entreprise.

Si les services du personnel des entreprises ont la possibilité « d'externaliser » les litiges les plus importants en ayant recours au conseil juridique, ils peuvent réserver la négociation des cas routiniers à la gestion « interne ». Cependant, les négociations avec les salariés du haut de l'échelle et ceux du bas ne relèvent pas non plus de deux mondes totalement séparés par une frontière étanche : les outils contractuels destinés à gérer les situations routinières peuvent prendre pour modèles les produits juridiques les plus complexes (transactions, contrats de travail) que les avocats définissent pour les salariés à haut niveau de responsabilité. La production d'outils juridiques standardisés suit donc le chemin de la diffusion du droit et de ses usages : un produit juridique « haut de gamme » comme la transaction, d'abord réservé à une élite, peut se diffuser en routine pour l'ensemble des salariés en s'appuyant sur les modèles des professionnels du conseil juridique, mais sans leur encadrement direct. Le paradoxe est que cette standardisation et l'usage routinier et autonome qui en suit sont rendus possibles notamment par le travail des professionnels du droit, lesquels afin de limiter le risque de procès pour leurs clients, conçoivent des trames contractuelles sophistiquées, qui traduisent dans des « scénarios-types » les règles jurisprudentielles. Les professionnels du droit contribuent cependant ainsi à mettre sur le marché des outils juridiques qui à long terme peuvent réduire leur rôle d'expertise.

## 2. LA DIALECTIQUE DE L'ENCADREMENT ET DE L'AUTONOMIE DES USAGERS DU DROIT

Le discours tenu par les avocats d'employeurs que nous avons rencontrés peut apparaître ambigu. D'une part, ils récusent toute idée de standardisation des pratiques contractuelles. Traiter des problèmes juridiques de manière uniforme, c'est d'une certaine manière remettre en cause la subtilité de l'*ars juris*, et l'office de l'avocat qui ne connaît que des cas singuliers, irréductibles à la mise en place d'un cadre généralisé. C'est surtout limiter la valeur de leurs services et de leur expertise. Et de fait, l'idée-même de contrats-type ou de modèle reproductible est vivement repoussée par les conseils comme autant d'instruments inadaptés à la gestion individualisée de la relation de travail, relation contractuelle liant deux individus.

*M. B., avocat patronal*

On n'a pas de transaction type. Pour moi, une transaction type, ça n'existe pas. Celui qui dit « j'ai un modèle » ou « j'ai des modèles de transaction », c'est un non-sens.

*M. E., avocat patronal*

Déjà, un contrat-type pour un contrat de travail, je trouve ça absurde, mais pour la transaction, c'est encore pire, car il faut toujours caractériser le litige, individualiser.

Pourtant, la mise au point de trames communes pour les règlements contractuels des litiges dans les entreprises est souvent une demande émanant des usagers eux-mêmes de ces contrats, notamment les employeurs qui y voient un moyen souple de solder la rupture du contrat de travail. L'usage

des règlements contractuels en série est alors tout à fait compatible avec le cadre individuel de ces conventions. Des élus du personnel rencontrés au cours de l'enquête ne manquent pas de mentionner l'usage des négociations transactionnelles en amont des licenciements collectifs économiques, dans l'optique d'un évitement des mesures de consultation et d'accompagnement prévus par la loi (plans sociaux, devenus plans de sauvegarde de l'emploi). Ce type de pratiques laisse supposer un usage en routine des contrats visant à solder la rupture de la relation de travail, bien loin du tête-à-tête entre l'employeur et un cadre supérieur comptant parmi ses proches collaborateurs :

*M. L., élu CFDT (Services aux entreprises)*

C'est un petit peu le truc à la cantonade... Les chefs viennent voir les salariés en disant : venez nous voir, nous, on est prêts à discuter, etc. ... Ils prennent les gens entre quatre yeux en leur disant : tu seras sur la liste du prochain plan, alors vaut mieux que tu négocies maintenant, cette année il y a de l'argent, mais l'année prochaine, y en aura plus.

*M. C., élu FO (Industrie de biens de consommation)*

C'est vrai que c'est une solution de facilité pour l'entreprise. Elle a pas à gérer une formation, elle a pas à gérer les effectifs, ce que j'appelle la GPE (*gestion prévisionnelle des effectifs*). Donc elle liquide les gens, on leur donne de l'argent.

Alors, on ne parle plus de reclasser les gens, de les adapter à leur poste de travail, c'est un casse-tête. Donc, on préfère lâcher de l'argent là-dessus, parce que si on conserve... ils y gagnent toujours : conserver quelqu'un, le former, il va pas être rentable tout de suite, etc... donc, ils y gagnent forcément.

La question de la mise en œuvre de la négociation contractuelle renvoie cependant plus largement aux modalités d'intervention concrète des conseils dans la gestion de ces litiges. Même si le recours à des avocats semble la règle dans des affaires concernant des cadres situés en haut de la hiérarchie, il semble néanmoins difficile d'opposer systématiquement et de manière tranchée la gestion purement « interne » des pratiques contractuelles par les services de ressources humaines et « la sous-traitance » des litiges en intégralité par les conseils juridiques extérieurs à l'entreprise. C'est bien plutôt une gamme très variée d'interventions en aval ou en amont qui caractérise le recours ciblé aux professionnels du droit, par les employeurs notamment. L'étude des correspondances entre les avocats et leurs clients employeurs ou responsables du personnel, ainsi que certains témoignages des avocats eux-mêmes, permettent de préciser les niveaux d'expertise exercés par les professionnels, en notant des degrés et des modalités d'intervention inscrites dans la temporalité propre à la négociation. Cette intervention de l'expert suit des formes multiples, dont on peut donner des exemples : mise au point d'un scénario dans son intégralité, « recadrage » d'une négociation initiée par les parties elles-mêmes, suivant un scénario plus ou moins défaillant. De la négociation contractuelle gérée de bout en bout entre avocats, au contrat signé uniquement entre le salarié et un représentant de la direction, en passant par des appels ponctuels à des avocats pour « peaufiner » une conven-

tion, toutes les situations peuvent se décliner, y compris au sein d'une même entreprise. Interrogés sur cette ligne de partage entre l'intervention « initiale » et intervention « en cours » de négociation, les avocats rencontrés (avocats d'employeurs et de salariés) précisent la façon dont le travail de conseil est modulé suivant le contexte de l'expertise.

*M. D., avocat patronal*

Il y a plusieurs types de clients. On a le client qui considère que la transaction est un acte juridique complexe, et qui a bien compris l'utilité de passer par un cabinet de conseil, et qui nous sous-traite, entre guillemets, le problème de A à Z... de A à Z ça veut dire que, en face de nous, on a un interlocuteur qui négocie pour le salarié, ça c'est vraiment de A à Z. C'est-à-dire que le client nous dit : « voilà, moi je veux me séparer avec Monsieur untel, bon... on a un litige, ou on n'a pas de litige, on veut que ça soit dans les règles, etc... » (...) certains nous disent aussi (...) « on a un salarié avec lequel on veut se séparer », c'est même parfois le salarié qui demande. Par contre, « il faut nous habiller une transaction, vous vous mettez d'accord avec l'avocat, etc... » Parfois c'est même une demande conjointe des deux parties, du salarié et de l'employeur et donc là on fait tout de A à Z.

*M. C., avocat patronal*

Après, on a un autre rôle, qui est un peu plus en amont, c'est un rôle de conseil... on intervient de manière occulte en qualité de conseil de l'employeur, sachant que l'employeur négocie tout seul sa transaction avec le client, mais on est un peu plus en amont, dans le sens où on participe à l'équilibre de la négociation... aux propositions et à la stratégie du chef d'entreprise... du style : « bon ben écoutez, vous le licenciez, si vous le licenciez on fera une transaction derrière... pensons à ça, pensons à ça... » et on lui envoie aussi un modèle qui est calqué sur la situation.

*Mme P., avocate de salariés*

Souvent, je fais un travail de l'ombre. Si le DRH de la société a décidé de négocier tout seul, sans avoir officiellement recours à son conseil, les négociations peuvent avoir lieu comme ça, sans que j'aie de contact avec l'avocat. Je sais pertinemment qu'il y a un avocat derrière, car dans beaucoup de sociétés, les lettres de licenciement sont systématiquement rédigées par les avocats, ainsi que les protocoles d'accord, sans qu'il apparaisse. Donc, les salariés font la même chose ! Ils nous soumettent les documents, sans que l'on apparaisse. Cela peut être nécessaire.

Ces divers modes de recours à l'expertise des avocats peuvent s'apparenter à un traitement différencié entre d'une part les dossiers gérés « en routine » et concernant des salariés modestes, et d'autre part les dossiers complexes ou « risqués » (ceux des cadres bien souvent), dont la gestion est externalisée au niveau des cabinets professionnels. En outre, cette sélectivité du traitement de la négociation ne signifie pas « étanchéité » entre ces deux mondes du marchandage transactionnel. Les trames conçues par les avocats pour des dossiers complexes sont ainsi couramment retravaillées et réappropriées par les clients usagers (les services de ressources humaines) pour développer les instruments standardisés de gestion routinière des litiges, adaptés aux besoins d'un « joueur récurrent » (au sens de Galanter) pour qui la négociation est une activité quotidienne.



*M.C., avocat patronal*

Il y a des clients qui me disent des fois : « Tiens, on a repris votre transaction... » Je leur réponds : « Très bien, vous l'avez reprise, mais vous l'avez adaptée au moins ? C'est pas que je veux faire des honoraires, mais bon... »

*M. L., avocat patronal*

Et ça nous arrive fréquemment d'être « dupliqué » pour beaucoup de textes, et même parfois, quand on nous demande sans vergogne de relire une transaction, on nous dit : « écoutez, je l'ai bâtie. Est-ce que vous pourriez la relire ? » Et on retrouve des formulations connues. Vous savez, on a tous des tournures de style qui nous sont propres. Je retrouve des formulations, y compris dans l'exposé des motifs, qui ont été reprises complètement de nos actes.

La gestion « sous-traitée » du litige par les avocats en fait ainsi très souvent les véritables protagonistes de la négociation, qui leur est confiée en vertu d'un « mandat » par les parties qui se sont accordées sur le principe d'une transaction. Quel que soit le mode d'intervention de l'avocat, qu'il soit occulte ou non, ou pour reprendre la terminologie de Strauss, qu'il intervienne comme acteur d'une expertise « ouverte » (« *overt* ») ou « cachée » (« *covert* »), la conduite effective de la négociation oppose très souvent deux « confrères », qui agissent à la manière des « agents institutionnels cachés » (« *institutionnelle Hintermänner* ») décrits par Blankenburg (Blankenburg, 1980).

Pour ajouter à la variété des situations possibles, les modalités d'encadrement de la négociation dépendent également de la présence conjointe des avocats des deux parties. Dans le cas d'une gestion externalisée de la négociation depuis l'amont, ce qui notamment est souvent le cas pour les cadres, il peut être fréquent que les conseils des deux parties négocient entre eux l'accord contractuel :

*M. A., avocat patronal*

Quand on prend en charge de A à Z une opération transactionnelle... c'est vraiment qu'on la négocie avec un interlocuteur en face : il faut que ce soit un de nos confrères. Moi, je refuse - et tous mes collaborateurs et associés, je leur demande de pas le faire, ne négocient jamais « en direct » avec un salarié.

La volonté marquée des avocats patronaux de demeurer, dans le cas d'un dossier qu'ils gèrent de bout en bout, dans le cadre d'une négociation « entre confrères » tient notamment à leur crainte d'être réduit à un service de ressources humaines « délocalisé » hors de l'entreprise. La frontière entre juristes d'entreprise et membres d'un cabinet indépendant liés par une relation contractuelle de clientèle avec un employeur est ainsi clairement affichée. Par ailleurs, le dialogue entre confrères s'inscrit dans un cadre de relations « entre professionnels » qui est vu comme le garant d'une négociation à la fois efficace (temps gagné, connaissance des textes et des pratiques juridiques...) et légitime (avocat habilité à rédiger correctement des actes, garantie de rigueur juridique...). Un avocat de salarié oppose ainsi l'ancienne pratique de la signature du solde de tout compte, à l'occasion de laquelle le

salarié ne peut faire entendre sa voix, au cadre plus souple de la transaction, qui ouvre un espace de négociation entre avocats.

*M. F., Avocat de salariés*

Le solde de tout compte, ça se passe dans un colloque très singulier entre le chef du service de la paye ou du personnel ou le D.R.H., et le salarié, sans capacité pour celui-ci de discuter quoi que ce soit. Donc, c'est véritablement un acte unilatéral sans aucune négociation. A l'inverse, la transaction, elle a à la fois une valeur juridique plus contraignante pour l'employeur et pour le salarié. Et là, nous on peut intervenir.

Cependant, derrière l'éloge du professionnalisme du corps des avocats, et la préférence pour un dialogue entre pairs, qui préserve de part et d'autre l'identité de l'art juridique et des méthodes de travail communes aux confrères, se cachent néanmoins les disparités entre cabinets généralistes et cabinets spécialisés. Lorsqu'il n'est que généraliste, le « pair » n'en est plus vraiment un. Plus que l'opposition entre avocat patronal et avocat du salarié, c'est la supériorité technique de l'avocat spécialiste sur le généraliste qui peut faire pencher la balance du règlement de l'affaire en faveur du client. De là, dans le prolongement du discours sur la compétence de corps, est mise en avant la garantie de rigueur des spécialistes, quelle que soit la partie qu'ils défendent :

*M. B., avocat patronal*

Quand on négocie avec eux, (*les confrères spécialistes en droit social*) à la limite c'est plus facile que de négocier avec un avocat qui n'y connaît rien. Il faut sans arrêt se repositionner et le lui dire. Alors, quand moi, si demain on me dit : tiens, c'est Maître X. du cabinet Y. (*un cabinet spécialisé*) ton interlocuteur, eh bien, je me dis, c'est super bien, ce sera pas facile, mais c'est super bien... Parce qu'on va aller vite. Oui ou non, on va trouver un accord ? ça va bien plus vite.

Au-delà de la simple rigueur professionnelle et de la légitimité de la compétence présentée comme l'apanage des professionnels du droit, la négociation purement « interne » apparaît chez les avocats d'employeurs comme une des sources d'insécurité juridique. La pratique du recours *a posteriori* au conseil juridique pour aboutir enfin à une convention mal engagée est, pour certains, le symptôme des imperfections de la négociation « privée » qu'ils n'encadrent pas. Les parties au contrat de travail, et en l'occurrence leurs clients employeurs, ne sont pas les plus qualifiées pour mener une négociation qui produise des contrats suffisamment immunisés contre le « risque judiciaire ».

*M. D., avocat patronal*

Par contre, bien évidemment, avec la pratique, certains D.R.H. utilisent, entre guillemets, des « modèles », du moins des « trames », et beaucoup, beaucoup, de plus en plus, d'entreprises, de clients, gèrent eux-mêmes leurs transactions, tous seuls, et nous, on les voit quand ? On les voit quand on a des conflits qui remontent sur des transactions avec des demandes en nullité de la transaction par exemple, et là, on est amené à travailler sur un acte qu'on n'a pas fait... qu'a fait le client tout seul.

*M. E., avocat patronal*

Ce que je voulais vous dire, c'est que les employeurs, quand ils font eux « en direct » des négociations avec certains salariés, notamment des non cadres... parfois, moi, j'ai l'impression que, connaissant un peu mieux le système transactionnel que le salarié avec lequel ils négocient « en direct », on peut s'interroger si un jour on va pas nous dire : modifiez la jurisprudence sur le dol, sur les nullités des transactions, je sais pas.

Le cadre de production des accords que nous avons étudiés s'insère dans l'espace tout à fait déterminé des rédacteurs professionnels de transactions que sont les avocat délivrant une prestation de conseil juridique. Par ailleurs, nous n'avons pas mené d'enquêtes du côté des « joueurs récurrents » que sont les directions de ressources humaines des entreprises, enquête qui ne serait pas sans poser des difficultés d'accès aux données. De même, une analyse approfondie de la construction de clientèles par les cabinets d'avocats de salariés, comme celle menée par Laurent Willemez (Willemez, 2003) appliquée à l'objet de cette enquête, nous apporterait un éclairage utile sur les « filières du conseil » : peut-on observer une division du travail entre structures syndicales et avocats dans le cas des négociations transactionnelles, analogue à celle que suggère Evelyne Serverin à propos des actions aux prud'hommes (Serverin, 1998), les syndicats concentrant leur assistance de conseil sur les populations du bas de l'échelle concernées par des faibles montants financiers ?

Les deux points d'entrée des cabinets d'avocat et des services du personnel des entreprises ne se distinguent pas uniquement par des critères d'accessibilité, mais également par des critères qualitatifs, comme deux espaces de production distincts. Ce que nous aurions étudié au travers de documents et d'entretiens en entreprise n'aurait sans doute pas été la même chose que ce que nous ont permis d'analyser les pratiques des avocats. En revanche, le fait de pouvoir situer le moment où se situe l'activité du conseil professionnel au sein d'une chaîne de traitement des litiges, peut nous permettre d'éclairer de façon indirecte certains aspects de la gestion des transactions au sein même des entreprises, lorsqu'elles se font sans recours à un conseil externe.

L'espace « professionnel » de production des contrats est déjà en soi le résultat d'un filtrage exercé à la fois par les chefs d'entreprise et services du personnel d'une part, et les salariés d'autre part, lesquels, ayant ou ayant eu recours à un avocat, ont été en position d'imposer une négociation encadrée par des praticiens. Cependant, la restriction du champ d'intervention des avocats à cet espace sélectif ne signifie pas pour autant la limitation de leur sphère d'influence à ces seules configurations de négociation. En effet, les techniques contractuelles des professionnels suivent un double mouvement d'extension. La structure des modèles complexes, élaborés à destination des négociations « d'élite », comme les scénarios sophistiqués et fortement individualisés visant les salariés cadres, est tout d'abord répercutée sur les transactions qui concernent des salariés modestes, dans l'éventail des dossiers

traités par les avocats. Dans un second temps, l'appropriation des techniques transactionnelles, opérée par les « usagers récurrents » de ces outils juridiques que sont les clients des praticiens, participe de la diffusion dans l'espace de marchandage « interne » à l'entreprise, de trames contractuelles routinisées.

Les pourvoyeurs de dossiers alimentent ainsi en « litiges » les prestataires d'expertise juridique, et réinvestissent en retour les produits de leur activité de traitement des litiges, illustrant la figure du « joueur récurrent ». Les avocats contribuent suivant ce schéma, en mettant « sur le marché » les modèles qu'ils ont eux-mêmes élaborés, à réunir les conditions d'une gestion autonome parce que routinière des négociations. Cependant, de même que l'usage du contrat ne s'oppose pas à l'usage du procès comme relevant de deux mondes différents, de même le recours à l'expertise juridique ne se distingue pas radicalement du traitement interne des litiges. Toute une gamme d'usages variés des outils juridiques forme ainsi l'alternance entre la gestion semi-profane et l'expertise professionnelle, faisant en sorte que les praticiens ne soient jamais totalement dessaisis de leur domaine d'intervention légitimé par la compétence.

## BIBLIOGRAPHIE

Abbott, A. (1988) *System of professions : an essay on the division of expert labor*, Chicago : University of Chicago Press.

Blankenburg, E. (1980) Mobilisierung von Recht. Über die Wahrscheinlichkeit des Gangs zum Gericht, die Chance des Erfolgs und die daraus folgenden Funktionen der Justiz, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* vol. 1 : 33-64.

Cain, M. (1983) Where are the Disputes ? A Study of a First Instance Civil Court in the U.K in Cain, Maureen, Kulcsar & Kalman (dir.) *Disputes and the law*, Budapest : Akademiai Kiado.

Commaille, J. (1994) *L'esprit sociologique des lois*, Paris : P.U.F.

Friedman, L.M. (1976) Trial Courts and Their Work in the Modern World, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens - Sociology of the Judicial Process)* 2 : 25-38.

Friedman, L.M. (1989) Litigation and Society, *American Review of Sociology* 15 : 17-29.

Galanter, M. (1974) Why the "Haves" Come out Ahead : Speculations on the Limits of Legal Change, *Law and Society Review* 9 : 95-160.

Galanter, M. (1975) Explaining Litigation, *Law and society Review* 4 : 347-368.

Genn, H. (1987) *Hard Bargaining : out of Court Settlement in Personal Injury Actions*, Oxford : Oxford University Press.

Genn, H. (1999) *Paths to Justice: What People Do and Think about Going to Law*, Portland (Oregon -USA) : Hart Publishing.

Karpik, L. (1995) *Les avocats. Entre l'Etat, le public et le marché. XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris : Gallimard.

Lambert, T., Iascoumes, P. & Serverin, E. (1987) *Transactions et pratiques transactionnelles*, Paris : Economica.

Lempert, R. (1976) Mobilizing Private Law : an Introductory Essay, *Law and society review* 9 : 173-189.

Lempert, R. (1978) More Tales of two Courts : Exploring Changes in the "Dispute Settlement Function" of Trials Courts, *Law and Society Review* 13 : 91-138.

Serverin, E. (2002) Les litiges au temps de l'institution prud'homale, *Revue nationale des barreaux* 66-67 : 66-167.

Strauss, A. (1978) *Negotiations. Varieties, Contexts, Processes, and Social Order*, San Francisco : Jossey-Bass Publishers.

Willemez, L. (2003) Engagement professionnel et fidélités militantes. Les avocats travaillistes dans la défense judiciaire des salariés, *Politix* 62 : 156.

