Nonobstant ses détracteurs, il ne paraît pas absurde d'étendre le paritarisme à toutes les juridictions sociales de première instance, sous réserve qu'il soit procédé à une formation juridique plus poussée des magistrats élus par leurs pairs, et qu'ils puissent disposer d'une disponibilité corrélative aux exigences de leurs fonctions juridictionnelles.

Il n'est pas inconcevable d'étendre le paritarisme aux niveaux de l'appel et de la cassation.

La généralisation de l'échevinage

L'échevinage ne s'applique actuellement qu'au sein des tribunaux des affaires sociales de la sécurité sociale avec la réserve que les assesseurs ne sont pas élus par leurs pairs, mais désignés sur présentation des organisations syndicales les plus représentatives.

Cette formule pourrait être adoptée, sur la base de l'élection à tous les niveaux d'un ordre juridictionnel social : première instance, appel et cassation. Elle impliquerait de la part des assesseurs une formation juridique et une expérience de terrain corrélatives aux fonctions correspondantes.

L'échevinage a été adopté dans certains pays comme principe d'organisation interne de leur ordre juridictionnel social.

Le recours exclusif à une magistrature sociale professionnelle

Cette solution a ses fervents partisans et une justification tout aussi corporatiste que le paritarisme, même si ses partisans s'en défendent. Elle impliquerait, pour être acceptable, une formation juridique spécifique des magistrats sociaux, jointe à une expérience du monde du travail, ce qui exigerait que ces deux aspects soient pris en considération pour le recrutement, la formation et la carrière des intéressés.

Une ouverture à la magistrature sociale devrait alors être effectuée en direction des militants syndicalistes, mutualistes, associatifs..., bref en direction de ceux qui ont une expérience confirmée en matière sociale.

Sur la base de ces trois options, plusieurs combinaisons peuvent intervenir pour favoriser un compromis acceptable comme, par exemple, l'extension du paritarisme en première instance, l'introduction de l'échevinage en appel et le maintien d'une magistrature de carrière en cassation. Ce n'est qu'une hypothèse de travail parmi d'autres.

En conclusion, la perspective d'un ordre juridictionnel social ouvre un vaste espace pour la réalisation d'un compromis dépassant la seule réforme des conseils des prud'hommes sur laquelle le débat s'est jusqu'ici polarisé et enlisé (8). Sa création constitue le passage obligé pour la conceptualisation d'un droit social autonome affranchi de toute sujétion étrangère à sa vocation.

(8) Voir les références citées in A. Supiot, "Les juridictions du travail", tome IX du Traité de droit du travail public, sous la direction de G. H. Camerlynck, Dalloz, 1987.

L'impossible réforme des juridictions sociales

Alain Supiot*

Les projets de réformes de la juridiction sociale en France font penser à ces preux chevaliers, qui doivent vaincre d'insurmontables obstacles pour obtenir la main d'une désirable princesse : leurs cadavres s'empilent en grand nombre devant la porte du château, où la belle continue de se morfondre, privée d'amour et d'enfants. Aussi peut-on hésiter avant de se lancer à son tour dans une si périlleuse aventure. Le jeu en vaut-il la chandelle ? La réforme est-elle désirable au point de s'exposer pour elle aux flèches des défenseurs du *statu quo* ? Celui que saisit le désir de lois nouvelles devrait toujours regarder à deux fois les lois positives, pour s'assurer qu'il ne peut y trouver, sinon l'extase de la perfection, du moins une approximation raisonnable de la justice. C'était l'avertissement – trop oublié aujourd'hui – de Portalis, observant qu'"il faut être sobre de nouveauté en matière de législation, parce que, s'il est possible dans une institution nouvelle de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir" (1). Cette pente conservatrice des institutions est la pente naturelle des juristes qui ne s'illusionnent pas sur la toute-puissance des lois pour réformer la société. Ne serait-il pas plus sage de s'attacher à faire appliquer les textes tels qu'ils sont, plutôt que de rêver d'un grand soir de la magistrature sociale ?

Et à supposer même qu'elle soit désirable, une réforme en profondeur des juridictions sociales n'est-elle pas pratiquement rendue impossible par ce mélange d'indifférence (des pouvoirs publics) et de conservatisme (des organisations professionnelles) qui caractérise aujourd'hui le débat (ou plutôt l'absence de débat public) sur la manière

* Professeur à l'université de Nantes, Ura CNRS, Droit et changement social.

Contribution de l'auteur au colloque "La perspective d'un ordre juridictionnel social", organisé les 19 et 20 juin 1992 par le Centre de recherche d'économie sociale de l'université de Perpignan et l'Association française de droit du travail et de la sécurité sociale avec le concours du barreau des avocats des Pyrénées-Orientales. Les actes du colloque sont publiés dans le n° 16 des Cahiers de l'université de Perpignan, 52, avenue de Villeneuve, 66860 Perpignan Cedex.

(1) "Discours préliminaire", rééd. in *Naissance du code civil*, Paris, Flammarion, 1989, p. 38.

dont fonctionnent ces juridictions ? L'exemple récent de l'échec de la réforme des tribunaux de commerce (2) montre à quelles flèches s'expose toute ambition de changement : à celles des intérêts corporatistes, qui prospèrent comme de juste dans les juridictions corporatives, et se liguent contre tout ce qui remettrait en cause le cours ordinaire de leurs arrangements ; et à celles, non moins acérées, de nos modernes fermiers généraux, l'administration des finances, pour qui la règle du moindre coût l'emportera toujours sur la considération d'une bonne administration de la justice. Cette bonne administration de la justice qui, n'ayant pas de prix, ne saurait avoir de place dans l'esprit de ceux qui comptent. Or les prud'hommes, puisqu'il s'agit principalement d'eux, ne coûtent justement pas cher. Une étude récente a chiffré à deux mille le nombre des magistrats de carrière qu'il faudrait recruter si l'on ne pouvait plus recourir aux services des magistrats non professionnels (3) Dès lors, les frais "de personnel" inhérents au fonctionnement des prud'hommes sont par comparaison une charge bien légère. D'autant que ces dépenses, modestes pour l'Etat, procurent aux organisations syndicales et patronales de recettes non négligeables, notamment au travers du financement de la formation juridique de leurs conseillers.

Comment espérer réformer un système qui conjugue ainsi les intérêts financiers de l'Etat et ceux des "partenaires sociaux" ? A tout le moins, ceux qui s'engagent dans cette voie devront mesurer soigneusement les obstacles qui l'encombrent, s'ils veulent avoir une chance de toucher au but.

Faute d'assurance sur l'efficacité d'une réforme éventuelle, et d'illusions sur la possibilité d'en faire une, on serait plutôt tenté de répondre à la question "Quelle organisation juridictionnelle sociale en France ?" par une défense et illustration des mérites de l'organisation actuelle. Mais deux considérations conduisent à se montrer moins prudent. Celle du justiciable et celle du droit social lui-même.

Le point de vue du justiciable devrait toujours dominer toute discussion relative à l'organisation des juridictions. Cette exigence de méthode est encore plus impérieuse lorsque ces juridictions, comme c'est le cas en matière sociale, tranchent des litiges qui intéressent directement les moyens d'existence (salaires, prestations sociales) de l'une des parties. Or, si les justiciables n'ont guère voix au chapitre en matière d'organisation judiciaire, l'évolution des taux de participation aux élections prud'homales paraît bien trahir, sauf heureuse surprise au scrutin de décembre 1992, une certaine désaffection de leur part pour l'institution prud'homale. L'autre point de vue qu'on ne peut éviter d'adopter est celui des sources du droit. Les tribunaux en sont une, et non des moindres, et leur organisation rejaillit inévitablement sur la genèse, et donc sur la

(2) Voir le commentaire de la loi n° 87/550 qui signa cet échec, par F. Zenati, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1987, pp. 825 sq.

(3) N. Marseau-Le Corre, *"Les juges non professionnels dans les juridictions civiles françaises"*, thèse, Nantes, 1992, p. 109.

teneur de la jurisprudence. Dépend notamment de cette organisation, la ramification du droit en branches autonomes (droit du travail, droit de la sécurité sociale ou, plus largement, droit social).

Or chacun de ces deux points de vue donne des "juridictions sociales" un paysage assez différent. Vus avec les yeux du justiciable, la question de l'exécution provisoire de droit paraîtra par exemple beaucoup plus importante que celle de l'autonomie du droit social, à l'inverse de ce que donneraient à voir les yeux du juslaboriste. Faute de lois universelles de la perspective juridique, on adoptera donc successivement chacun de ces points de vue pour observer l'état actuel des juridictions sociales et définir des objectifs possibles de réforme.

Le point de vue du justiciable

L'important pour le justiciable est de pouvoir aisément demander, et obtenir, justice. C'est donc à l'accessibilité du juge, et à la qualité de ses décisions, qu'il évaluera les mérites, et les faiblesses, de l'organisation juridictionnelle.

Pouvoir demander justice

Pour pouvoir demander justice, le salarié doit d'abord être sûr que cette demande ne risque pas de lui faire perdre son emploi. Ce premier problème – de la protection du droit d'agir en justice – est propre au contentieux du travail, et fait apparaître par là même le caractère factice, ou du moins excessivement compréhensif, du qualificatif de "social" (4), appliqué à l'organisation juridictionnelle. Lorsqu'une salariée employée à durée déterminée et à temps partiel entreprend de réclamer en justice le paiement des heures complémentaires qu'elle effectue dans la petite entreprise qui l'emploie, elle s'expose à des risques qu'elle ne courrait pas s'il s'agissait pour elle de réclamer le paiement d'une allocation de parent isolé devant le tribunal des affaires de la sécurité sociale. Le risque de perte d'emploi n'affecte que l'action contre l'employeur. En revanche, la seconde difficulté pour le justiciable, qui consiste à savoir à quelle porte frapper pour obtenir justice, soulève un problème de portée générale – celui de la dispersion du contentieux – qui intéresse l'ensemble des juridictions sociales.

Ne pas risquer son emploi

Cette première difficulté, qui est propre au contentieux du travail, ne reçoit pas l'attention qu'elle mérite. Car de même qu'il n'y a d'Etat de

(4) G. Lyon-Caen, "Divagations sur un adjectif qualificatif", in *Les Orientations sociales du droit contemporain*, Mélanges, Jean Savatier, Paris, PUF, 1992, pp. 345 sq.

droit que dans la mesure où l'Etat est susceptible d'être soumis à des voies de droit qui le contraignent à respecter l'ordre juridique qui s'applique à lui, de même, il n'y a d'état de droit dans l'entreprise que dans la mesure où les salariés peuvent y demander l'application de la loi sans s'exposer à des sanctions. Un droit du travail dont on ne peut déclencher l'effet impératif par la voie judiciaire sans risquer la perte de son emploi n'a de droit que le nom, et mieux vaudrait qu'il fût moins protecteur, pourvu qu'on puisse contraindre à son respect. C'est à la possibilité concrète qu'ont les salariés de saisir le juge que devrait s'apprécier d'abord la qualité d'un système juridictionnel du travail.

Le code du travail n'aborde directement cette question que dans le cas très particulier d'une action exercée pour faire respecter le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes (5), et encore ne s'agit-il là que d'une mise en conformité du droit français aux dispositions de la directive européenne n° 76/207 du 9 février 1976. Pour le reste, trois caractéristiques du procès du travail sont censées garantir l'accessibilité du juge : le principe de jugement par les pairs (et ses prolongements techniques : caractère électif et paritaire de la juridiction prud'homale) ; le principe de la conciliation préalable obligatoire, qui vise au règlement "informel" des litiges ; et enfin les actions de substitution, qui tendent un écran syndical entre l'employeur et ses salariés en procès (6).

Or les statistiques sont éloquentes et montrent que le juge est la plupart du temps saisi après la rupture du contrat, et non pas pendant son exécution. La clientèle prud'homale n'a guère changé depuis la généralisation de l'institution par la loi Boulin en 1979. L'excellente étude de Mmes Keller et Geoffroy, qui porte sur un échantillon de neuf conseils, confirme que c'est le salarié qui est presque toujours demandeur devant les prud'hommes (dans 98,23 %) des cas devant la formation de référés, et 96,35 % des cas devant le bureau de conciliation) (7). Il n'engage le plus souvent une telle action qu'après la rupture de son contrat de travail. Le taux de demande en cours d'exécution du contrat est de 20,9 % pour la procédure de référé, et de 11,73 % pour la procédure ordinaire (8). Le jugement par les pairs, la place de la conciliation, l'absence de représentation obligatoire, toutes ces particularités enfin, qui sont censées rendre la justice plus accessible aux salariés manquent cet objectif essentiel. Les prud'hommes ne réussissent donc pas ce que réussissent outre-Atlantique les *grievances procedures*, ou, en France même, les recours internes exercés par la voie de la représentation syndicale dans les grandes entreprises, c'est-à-dire la possibilité d'une réclamation de son dû qui ne condamne pas à perdre son gagne-pain.

(5) Code du travail, art. L. 123-5 résultant de la loi n° 83/635 du 13 juillet 1983 ; sur cette disposition, voir *Les Juridictions du travail*, Paris, Dalloz, 1987, n° 560 s, pp. 520 sq.

(6) Sur ces actions, voir J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, Paris, Dalloz, deuxième édition, vol. 1, 1987, n° 193 s, pp. 598 sq., sur les conditions de leur conformité à la constitution C. consti. 25 juil. 1989, *Dr. soc.*, 1989, 627.

(7) M. Geoffroy et M. Keller, *Conciliation-référé, deux voies concurrentes devant les conseils de prud'hommes*, Etude pour le Conseil supérieur de la prud'homie, Paris, La Documentation française, 1987, 113 pp., tableaux 1 et 2, pp. 15-16.

(8) Op. cit., tableau 3, p. 17.

La prévention, ou le règlement précontentieux, des litiges en droit du travail mériterait donc une réflexion d'ensemble qui soit à la mesure de son importance pratique. La majeure partie des litiges qui adviennent aux prud'hommes émanent des petites entreprises : 78,81 % des salariés demandeurs devant la formation de référés appartiennent à des entreprises de moins de cinquante salariés, dont 43,49 % à une entreprise de moins de onze salariés ; et devant le bureau de conciliation ce chiffre est d'au moins 56,39 % (dont 32,23 %) issus d'entreprises de moins de onze salariés (9). On peut donc penser que dans les grandes entreprises les salariés ont d'autres moyens d'obtenir justice, et qu'en particulier les recours internes appuyés par les syndicats permettent de prévenir ou de régler les litiges avant tout contentieux judiciaire. Ces modes de règlements ne devraient-il pas être encouragés, et, dans la mesure du possible, étendus aux petites entreprises ? Cette question soulève le problème beaucoup plus large d'une réforme de la représentation des salariés dans ces entreprises. Mais elle intéresse également l'organisation juridictionnelle. Comment comprendre par exemple que la jurisprudence soit si soucieuse de préserver le droit d'agir devant les prud'hommes lorsqu'il s'agit d'apprécier les effets de l'institution d'un organe conventionnel de règlement des litiges individuels et si laxiste en matière de transaction ? Ne serait-il pas judicieux de faire l'inverse, de protéger, conformément à l'esprit du reçu pour solde de tout compte, le droit d'agir là où il est le plus menacé, c'est-à-dire au moment de la rupture du contrat, et de se montrer en revanche plus ouvert pour les formules de règlement négocié qui pourraient être développées par voie de négociation collective, notamment au niveau des petites et moyennes entreprises ? Serait-il même inimaginable que le législateur admette la validité des clauses d'arbitrage dans les contrats de travail des cadres "assimilés à des employeurs" ?

Une seconde voie à explorer est celle de la protection juridique du droit d'agir en justice. Il serait par exemple possible de généraliser la sanction prévue à l'article L. 123-5 du code du travail en frappant de nullité tout licenciement prononcé à raison de l'exercice d'une action en justice par le salarié, voire de créer un délit d'entrave à cette action. Et de bannir en revanche la transaction individuelle, dont l'admission trop libérale en jurisprudence fait parfois bon marché du droit d'agir en justice du salarié. Ou encore d'étendre l'action de substitution des syndicats aux litiges nés dans les entreprises où n'existe aucune représentation syndicale. Certes, cette action a pu être qualifiée de "cadeau empoisonné" dans les rangs mêmes des juristes des syndicats (10) et l'on sait que ces derniers n'en usent guère. Mais quel est le rôle premier des syndicats ?

(9) M. Geoffroy et M. Keller, op. cit., tableau 4, avec un important taux de non-réponses : 27,28 %.

(10) Voir M. Cohen, "Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats", *Dr. soc.*, 1990, 790.

Est-ce de produire et de former des magistrats ? Ou bien d'assurer la défense des salariés, et même, dans la tradition française, de tous les salariés, y compris ceux qui ne sont pas syndiqués ? Le syndicat ne doit-il pas être conçu comme le défenseur naturel, plutôt que comme le juge naturel des salariés ? Dans cette perspective c'est bien plutôt l'aspiration des meilleurs militants syndicaux par la magistrature prud'homale qui fait figure de "cadeau empoisonné" (11).

Trouver son juge

Ce qu'on appelle la dispersion du contentieux social n'est une source de difficultés pour le justiciable que dans la mesure où elle entraîne soit des conflits de compétences qui obscurcissent les voies d'accès à la justice, soit un éclatement du litige qui accroît le coût ou la durée du procès. Or tel ne paraît pas être le cas de la division du contentieux du travail et de la sécurité sociale. Les interférences entre les deux semblent assez rares, et l'on sait que les prud'hommes peuvent connaître des litiges où un salarié met en cause la responsabilité de son employeur pour manquement aux obligations patronales vis-à-vis des organismes de sécurité sociale (12).

En revanche, la dispersion qui s'observe à l'intérieur même du contentieux du travail et de celui de la sécurité sociale présente de réels inconvénients. Le contentieux de la sécurité sociale, si on veut bien y inclure celui de l'assurance chômage (13), offre un tableau d'une extraordinaire complexité. Une étude récente relative aux recours intéressant les COTOREP contient par exemple un tableau récapitulatif de ces recours, qui ne comporte pas moins de vingt entrées (14). L'accès à la justice est décidément bien encombré pour les handicapés. Le rapport Gaillac préconisait en 1983 un certain regroupement du contentieux social, notamment par un transfert des contentieux techniques aux juridictions de droit commun de la sécurité sociale. Cette idée n'a pas été mise en œuvre lors de la création des tribunaux des affaires de la sécurité sociale en 1985 (15).

Quant au contentieux du travail, on se souvient du véritable déni de justice opposé pendant des années à ceux qui entendaient faire juger la licéité d'un licenciement économique, ou des retards considérables auxquelles s'exposaient les demandes de salaires en cas de défaillance de l'entreprise. La suppression de l'autorisation administrative de licenciement économique, la création de l'AGS et la réforme de la procédure de redressement judiciaire des entreprises ont tari l'essentiel de ces difficultés. La jurisprudence a de son côté clarifié nombre de zones obscures dans la répartition du contentieux du travail entre juridictions. Ainsi, la distribution des compétences relatives au personnel statutaire des entreprises publiques semble aujourd'hui clairement fixée, le contentieux des actes unilatéraux revenant au juge administratif, et celui des actes bilatéraux au juge judiciaire (16). De même la Cour de cassation a réglé la question des interférences du contentieux prud'homal et du contentieux pénal portant sur les mêmes faits, en rappelant "que les décisions de la juridiction pénale ont au civil l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous, et qu'il n'est pas permis au juge civil de méconnaître ce qui a été jugé par le tribunal répressif" (17). Il en résulte notamment que le juge prud'homal ne peut retenir des faits que le juge pénal a écartés comme n'étant pas établis (18). Le point de savoir si cette règle doit toujours conduire le juge prud'homal à surseoir à statuer lorsqu'une action pénale est engagée relativement à des faits qui sont dans la cause, n'est pas parfaitement clarifié à ce jour (19). Mais il est permis de considérer que cette difficulté demeure marginale.

Beaucoup plus sérieuses sont les difficultés nées de la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge prud'homal pour connaître du contentieux du travail des agents non titulaires de l'Etat ou des collectivités ou établissements publics. Avant de savoir à quelle porte frapper pour demander justice, ces travailleurs doivent s'enfoncer dans l'obscure clarté de la jurisprudence du Tribunal des conflits. Nombreux sont les justiciables qui s'y perdent, ainsi qu'en témoigne un contentieux régulier et abondant (20). Les critères de participation directe aux missions de service public, ou de clause contractuelle exorbitante du droit commun, que la jurisprudence met en œuvre pour procéder à cette

(11) Rapp. J-.J. Dupeyroux, "Les conseils de prud'hommes : un contre-privilège des salariés ?", *Le Monde*, 28 décembre 1977, p. 2.

(12) Voir *Les Juridictions du travail*, op. cit., n° 266, p. 271 et la jurisprudence citée.

(13) J.-L. Triboulet, "Les recours spécifiques contre les décisions des ASSEDIC", *Dr. soc.*, 1987, 526.

(14) J.-M. Combette, "Les recours intéressant les COTOREP", *Dr. soc.*, 1987, 536, annexe 2, p. 547.

(15) J.-J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, onzième édition, n° 375 s, pp. 851 sq.

(16) B. Jeanneau, "L'évolution du droit applicable au personnel statutaire des entreprises publiques", in *Les Orientations sociales du droit contemporain*, Mélanges Jean Savatier, Paris, PUF, 1992, pp. 243 sq., notamment pp. 249-259. Voir aussi les actes du colloque "Droit du travail et droit public", *AJDA*, septembre 1991, et spécialement les contributions de B. Stirn "L'agent public : réflexions sur la jurisprudence" (pp. 587 sq.), et, de M. Lombard "L'application du code du travail aux entreprises à statut" (pp. 601 sq.).

(17) Soc. 12 mars 1991 (Bonfils) et 18 avril 1991 (Assemat), *Dr. soc.*, 1991, 632, ss. obs. J. Savatier

(18) Soc. 6 nov. 1991 *Jurisp. soc. UIMM*, n° 92/546, p. 60

(19) Pour l'affirmative, et faisant application de l'article 4 du code de procédure pénale, voir Soc. 12 mars 1991, *Dr. soc.* 1991, 631, ss. obs. préc. J. Savatier. Selon cet auteur, cette application serait limitée aux cas où, comme en l'espèce, le salarié demandeur aux prud'hommes s'est lui-même constitué partie civile devant le juge répressif. Cette interprétation doit être approuvée dans la mesure où elle est de nature à éviter des manœuvres dilatoires du défendeur aux prud'hommes.

(20) Pour s'en tenir aux décisions publiées ces derniers mois, voir Cass. Ass. plén. du 20 déc. 1991 (Bailly), *RJS* 2/92, n° 182 (maître d'un établissement d'enseignement privé sous contrat) ; Tribunal des conflits 24 février 1992 (Miotto), RJS 4/92, n° 483 (agent d'une chambre de commerce affecté à l'assistance portuaire) ; Soc. 18 mars 1982, (min. des Postes), RJS 5/92, n° 657 (salarié de l'administration des postes chargé de la distribution d'imprimés publicitaires).

répartition, ne suffisent donc manifestement pas à baliser clairement les voies d'accès au juge compétent, ce qui suffirait à justifier une intervention législative sur ce point.

Enfin, "l'option" ouverte sur certaines demandes entre bureau de conciliation et formation de référé fourvoie de nombreux justiciables. Sûrs de leur bon droit (qui ne l'est, en agissant en justice ?), des plaideurs mal conseillés empruntent la voie express du référé, espérant toucher au but sans retard. Et ils se retrouvent une fois sur quatre, voire une fois sur deux, selon les conseils (21), dans une impasse.

Simplifier et assister sont les deux exigences autour desquelles pourraient se concevoir des réponses à ces difficultés. Simplifier, cela signifierait par exemple reprendre les propositions du rapport Gaillac sur le regroupement des compétences en matière de sécurité sociale. Ou encore admettre, à l'instar de la plupart des droits étrangers, que si l'Etat ou un établissement public sort du cadre de la fonction publique pour embaucher du personnel, alors il doit être soumis au droit et aux juridictions du travail. Assister, cela signifierait par exemple que l'on se préoccupe du déclin de la défense syndicale devant les prud'hommes. Ce déclin est avéré : une étude monographique récente révèle que de 1981 à 1987 le pourcentage de salariés assistés d'un avocat en conciliation était passé de 9 % à 28 % tandis que l'assistance syndicale passait de 63 % à 36 % (22). Ce déclin est préoccupant : la même étude montre l'inégalité culturelle et financière de justiciables dans leur recours à l'avocat. La notion d'avocat spécialisé en droit du travail est familière aux dirigeants (employeurs ou cadres salariés) des grandes entreprises. Elle est tout à fait étrangère à la culture ordinaire des ouvriers, des employés ou des petits patrons (23). Le risque est donc, dans cette évolution des modes d'assistance devant les prud'hommes, de voir se creuser une inégalité de fait dans l'exercice des droits de la défense. Ce risque devrait conduire à encourager l'assistance syndicale individuelle, qui est seule de nature à pallier ces inégalités financières et culturelles. L'institution du conseiller du salarié se situe dans cette voie et mérite à ce titre d'être défendue, en dépit des critiques qu'elle s'est attirée (24). Car elle a la double vertu de se situer en amont du procès (favorisant ainsi un éventuel règlement précontentieux), et de restituer au syndicat son rôle de défenseur naturel du salarié. Encore faudrait-il que cette réorientation de l'activité syndicale vers la défense soit acceptée par les syndicats eux-mêmes, et encouragée par une aide publique à la formation juridique de ces "conseillers du salarié".

(21) M. Geoffroy et M. Keller, "Paritarisme et juridisation...", op. préc., tableau n° 17, p. 831.

(22) P. Cam, S. Carré, J.-N. Retière, *"Modes d'assistance et de représentation devant les conseils de prud'hommes"*, Etude pour le Conseil supérieur de la prud'homie, Nantes, ARSH, 1989, 159 pp. + annexes

(23) J.-N. Retière, op. cit., pp. 115 sq.

(24) J.-E. Ray, "Une fausse bonne idée : "le conseiller du salarié"" *Dr. Soc.* 1991, 476

Obtenir justice

Une fois qu'il a pu accéder au juge compétent, le justiciable a une triple exigence de célérité (ne pas trop attendre), de qualité (être entendu), et d'efficacité (toucher son dû). Quel bilan peut-on faire du fonctionnement des tribunaux du travail (les études manquent sur les tribunaux de la sécurité sociale) au regard de ces trois exigences ?

Célérité : ne pas trop attendre

Pour le justiciable, la justice prud'homale est grosse d'une espérance et d'une réalité.

L'espérance est celle d'un règlement concilié qui mettrait un terme rapide au litige. La conciliation obligatoire devant les prud'hommes a en effet pour premier objet d'éviter les lenteurs et le coût d'un procès, d'échanger en somme l'application rigoureuse du droit contre une solution rapide et équitable du litige. On sait ce qu'il en est en pratique. Certes les taux de conciliation diffèrent beaucoup d'un conseil à l'autre. Certes, le nombre des procès-verbaux ne rend pas exactement compte des solutions non contentieuses intervenues à l'occasion de l'action devant les prud'hommes (25). Mais cependant la tendance est là, sur la longue durée (26), du déclin de la conciliation, déclin statistique, et déclin juridique, qui conduit à penser que le plus souvent ce préalable obligatoire de l'instance prud'homale, au lieu de l'abréger, l'allonge. Cet inconvénient ne serait pas aussi manifeste si, faute de parvenir à concilier, les bureaux de conciliation jouaient le rôle actif que les textes leur confient pour mettre l'affaire en état d'être jugée (27). Or le constat, ici aussi, est négatif. Les bureaux de conciliation n'utilisent que fort peu les prérogatives qui sont les leurs pour décider des mesures d'instruction nécessaires à la mise en état (28). Le résultat de tout cela est évidemment l'allongement de la durée des affaires. Si, en effet, la durée moyenne des procès varie considérablement d'un conseil à l'autre (29), l'analyse du fonctionnement des

(25) Voir Ph. Clément, A. Jeammaud et E. Serverin, "Les règlement non juridictionnels des litiges prud'homaux", *Dr. soc.* 1987, 55.

(26) En 1872, pour mille affaires enregistrées les conseils de prud'hommes en conciliaient 602 et en jugeaient 80 ; en 1986 ils en jugeaient 541 et en conciliaient 95 (cf A. Cottereau "Cent quatre-vingt années d'activité prud'hommale" *Le Mouvement social*, n° 141 : "Les prud'hommes XIX°-XX° s.", oct.-déc. 1987, tableau 2 p. 8 ; M. Geoffroy et M. Keller "Paritarisme et juridisation : le cas des juridictions du provisoire au sein des conseils de prud'hommes" *Dr. Soc.* 1988, pp. 819 s. spéc. tableau n° 2, p. 826).

(27) Code du travail, art. R. 516-17 à R. 516-20.

(28) L'étude de C. Ducoin montre que 90 % des mesures d'instructions ordonnées par les conseils de prud'hommes le sont par le bureau de jugement (dont 7 % en départition), et 10 % seulement par le bureau de conciliation (cf. Y. Desdevises et C. Ducoin, *L'Instruction du procès prud'homal*, étude pour le CSP, Paris, La Documentation française, 1989, 190 pp., fig. 20, p. 62).

(29) La durée moyenne d'une affaire (279 jours) dans les vingt-deux conseils (où ne figurait pas celui de Paris) enquêtés par la Cegos variait de 63 jours à Brest à 559 jours à Marseille (voir IDET-CEGOS, *Diagnostic de fonctionnement des conseils de prud'hommes*, étude pour le CSP, Paris, La Documentation française, 1988, p. 36).

prud'hommes montre que "l'avancement d'une affaire est très haché : quelques heures de traitement entrecoupées de longues durées d'attente. Dès lors, le facteur essentiel pour expliquer la durée totale d'une affaire est bien le nombre d'étapes qui la constitue" (30).

Ainsi la réalité est celle d'une procédure dont la complexité est sans équivalent devant les autres juridictions civiles. La procédure prud'homale, en sédimentant des hommages obligés à la conciliation, au paritarisme, au référé, etc., est une cause structurelle d'allongement de la durée des instances. Le chevauchement des compétences du bureau de conciliation et de la formation de référés conduit, nous l'avons dit, de nombreux justiciables dans une impasse. Il faudra retourner alors à la case départ, c'est-à-dire devant le bureau de conciliation, qui ne concilie plus guère, ni ne met l'affaire en état d'être jugée. Recevant une affaire qui n'est pas en état d'être jugée, le bureau de jugement ne pourra que la renvoyer à une prochaine audience, en attendant qu'elle soit instruite. Arrive-t-il au bout de ses peines, à l'issue du délibéré du bureau de jugement, que le plaideur pourra encore redouter les bavures du paritarisme, le partage des voix, et le renvoi – total ? partiel ? on ne sait trop – de l'affaire devant un juge départiteur. Le pourcentage d'affaires qui vont en départage n'est en effet plus négligeable (12 % en bureau de jugement) et a connu une augmentation sensible depuis les années soixante-dix (31). Du point de vue du justiciable, la question à poser est évidemment celle de la réduction du nombre de ces étapes, qui peuvent allonger démesurément la durée du procès, sans améliorer pour autant la qualité du débat judiciaire.

Quelles leçons tirer d'un pareil constat ? La première serait de répartir plus équitablement la charge de l'attente. Elle pèse aujourd'hui principalement sur le salarié demandeur (sous réserve du jeu – dangereux – de l'exécution provisoire). Le droit comparé montre comment on pourrait songer à en alléger le poids. En reconnaissant par exemple, comme en Allemagne, le droit à réintégration provisoire pendant la durée du procès, pour le salarié qui a gagné en première instance (droit qui se traduit en pratique par un maintien du salaire pendant cette période). Le droit italien parvient par une autre voie à un résultat comparable. Frappant de nullité les licenciements sans cause réelle et sérieuse, il ouvre droit à des dommages-intérêts proportionnels aux salaires perdus pendant la durée du procès. L'avantage – du point de vue procédural – de ces diverses solutions est d'intéresser les employeurs (et leurs conseils) à la célérité de la justice. Au lieu que dans le système français, rien ne les porte à souhaiter que le litige soit tranché à bref délai.

Une seconde leçon à tirer de ce bilan est la nécessité de réduire le nombre d'étapes de la procédure prud'homale. On pourrait ainsi concevoir de systématiser le renvoi direct d'une affaire de la formation de référés au bureau de jugement, en supprimant les conditions restrictives dont l'article R. 516-33, al. 2, du code du travail entoure aujourd'hui ce mécanisme. Avec un peu plus d'audace, il serait également envisageable de rendre la conciliation préalable facultative pour le demandeur. Car enfin le préalable de conciliation a pour principale raison d'être l'accélération du règlement du litige : pourquoi l'imposer lorsqu'il apparaît clairement qu'il n'aura pas d'autre effet que de retarder ce règlement ? Dans la même perspective, il faudrait réfléchir à la mise sur pied d'une véritable mise en état des affaires, puisque l'expérience montre que les bureaux de conciliation ne jouent pas leur rôle en ce domaine. Enfin, cette recherche d'une réduction du nombre d'étapes de la procédure pourrait conduire à autoriser la saisine directe du juge départiteur sur le contentieux "de principe" qui tend à lui être soumis de toute façon aujourd'hui.

(30) IDET-CEGOS, op. cit., p. 1.
(31) M. Geoffroy, M. Keller et R. Pautrat, *Le départage*, Etude pour le CSP, Univ. de Paris-I, 1992, dactyl. 183 p., p. 19 s.

Qualité : être entendu

Le justiciable, demandeur ou défendeur, peut légitimement attendre trois choses du débat judiciaire : que soit établie la vérité des faits ; que la cause soit loyalement débattue ; et enfin que la sentence soit solidement motivée. Or des insuffisances existent actuellement dans ces trois domaines de l'instruction, de la contradiction, et de la motivation.

Ce que l'on sait de l'instruction montre que le juge prud'homal n'utilise que très faiblement les importants pouvoirs qui lui ont été conférés en ce domaine (32). L'utilisation de ces pouvoirs est souvent une pomme de discorde entre conseillers employeurs et salariés. Les premiers en font une interprétation restrictive, et souhaitent maintenir, autant que faire se peut, le style traditionnellement accusatoire de la procédure prud'homale (33). Une partie des seconds souhaiteraient les utiliser davantage, mais ils craignent d'allonger la durée du procès ou de susciter un affrontement qui ne pourrait être dénoué que par un recours à la départition sur l'opportunité même du recours aux mesures d'instruction (34). Le résultat est que les prud'hommes ne jouent guère le rôle très actif que les textes leur attribuent dans la manifestation de la vérité. Il faut reconnaître que ce rôle inquisitoire va à rebours de la tradition conciliatrice des prud'hommes. L'étonnante carence des bureaux de conciliation en ce domaine ne s'explique pas autrement. Sans doute fait-elle bon marché des dispositions de l'article R. 516-20 du code du travail. Mais elle est conforme à une tradition fortement ancrée chez les prud'hommes, qui répugnent à se transformer, d'une minute à l'autre, d'amiables compositeurs en juges d'instruction. L'interprétation restrictive de la mission d'instruction du juge méconnaît donc certainement l'esprit des textes les plus récents, mais elle est conforme à l'esprit plus que

(32) cf. C. Ducoin, op. cit.
(33) Voir J. Villebrun et G.-P. Quétant, *Traité de la juridiction prud'homale*, Paris, LGDJ, 1987, passim, et spéc. n° 752 s., pp 288 sq.
(34) M. Geoffoy, M. Keller, R. Pautrat *Le départage*, Etude préc. Selon cette enquête, le contentieux des mesures d'instruction est l'une des causes fréquentes de départage (v. p. 74).

centenaire de l'institution prud'homale. Il y a là une leçon à méditer sur la résistance que la tradition prud'homale est capable d'opposer aux innovations procédurales destinées à réformer cette institution. Améliorer la formation des prud'hommes pourrait faciliter une meilleure utilisation des ressources de la procédure prud'homale. L'abandon total d'une formation commune à tous les conseillers en 1981 a fait passer d'un extrême (une formation entièrement commune et contrôlée par les présidents des cours d'appel [35]) à l'autre (une formation exclusivement syndicale et militante) [36]). Ne pourrait-on s'accorder sur une formule intermédiaire, qui combinerait une formation syndicale et une formation commune ? Evitant ainsi que le droit – et singulièrement le droit judiciaire – soit réduit à ses lectures militantes, on augmenterait les chances d'une mise en œuvre effective des dispositions de la procédure prud'homale.

Le respect de la contradiction est une autre source de controverses constantes sur le fonctionnement des juridictions du travail [37]. La contradiction cohabite mal avec le principe de l'oralité de la procédure. En l'absence de procédure de mise en état, l'oralité soulève en effet des difficultés spécifiques : elle rend possible la présentation de moyens et prétentions de dernière heure, et elle conduit la jurisprudence à poser des présomptions de régularité qui ne sont pas forcément une garantie de respect des droits de la défense [38]. Il en résulte des effets paradoxaux, puisque le plaideur juridiquement averti pourra tirer le meilleur parti possible de l'oralité, au détriment du plaideur inexpérimenté qu'elle est pourtant censée favoriser. Par ailleurs, l'oralité est généralement liée à l'obligation de comparution en personne. Or les accommodements pris avec cette dernière règle sont de plus en plus nombreux. Si le juge admet que l'employeur a un motif légitime de ne pas comparaître, le salarié risque de se retrouver seul pour débattre oralement "à armes égales" avec l'avocat de son employeur. A partir du moment où l'aide juridique a vu son champ d'application étendu [39], ne pourrait-on pas faire une place à la procédure écrite [40] ? Les syndicats pourraient y jouer leur rôle naturel de défendeur des salariés, et contribuer ainsi, à

(35) Décret du 14 octobre 1980, Journal officiel du 17 octobre 1980, p. 2415.
(36) Décret n° 81-1095 du 11 décembre 1981, Code du travail, art. D. 514-1 s.
(37) Voir J. Audinet, "Procédure prud'homale et droits de la défense", *La Semaine sociale*, Lamy, 1983, supplément n° 174, pp 37 sq. ; M.-C. Rondeau-Rivier, "La parole et l'écrit", in "Grandeur et servitude de l'oralité des débats en matière sociale", *Revue trimestrielle du barreau de Versailles*, 1987, 4e trim., pp. 21 sq. ; T. Grumbach, "Le respect du contradictoire. L'écrit et l'oralité dans les débats", in "Grandeur et servitude de l'oralité.", op. cit. p. 35 ; J. Normand, "Contradiction des débats, position respective des parties devant le juge" in "Les droits de la défense et le droit du travail", *La Semaine sociale*, Lamy, 1988, supplément n° 410, pp. 51 sq. ; A. Chevillard, "Procédure prud'homale : oralité et contradiction", étude pour le CSP, 1992, 207 pp.
(38) Cf. J. Normand, art. préc., pp. 56 sq.
(39) Voir loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique. Journal officiel du 13 juillet 1991 ; sur la préparation de cette réforme, voir les travaux de la commission Bouchet : Conseil d'Etat, *L'aide juridique. Pour un meilleur accès au droit et à la justice Paris*, La Documentation française, 1991, 222 pp.
(40) Voir en ce sens, J. Normand, art. préc., p. 62.

côte des barreaux et avec l'aide financière de l'Etat, à assurer la réalisation du droit à l'aide juridique proclamé par les lois de la République.

Le justiciable, surtout s'il perd son procès, a enfin le droit d'obtenir une décision clairement et solidement motivée, qui réponde aux arguments qu'il avait pu lui-même avancer. Sinon, il sera tenté d'exercer toutes les voies de recours que la procédure lui offre, ne serait-ce que pour savoir pourquoi il a perdu. Les plaintes, ici, se font surtout entendre du côté patronal, mais elles viennent aussi des avocats qui, toutes causes confondues, disent souvent ne pas trouver dans les sentences prud'homale de réponses aux arguments, notamment aux arguments juridiques, qu'ils avaient développés dans leurs conclusions. Là-dessus, pas d'étude disponible, pas de quantification aisée, seulement un recueil d'impressions. Tout au plus peut-on pénétrer la question de biais, à partir de l'étude de l'utilisation des voies de recours. La question de l'utilisation des voies de recours a donné lieu à une étude récente du CERCRID de l'université de Saint-Etienne [41]. Cette étude fait un sort à l'idée selon laquelle les conditions restrictives qui président à la fixation du taux du ressort en matière prud'homale conduiraient à un report de contentieux devant la Cour de cassation. Le principe des vases communicants ne se vérifie pas en l'espèce. D'une part, le nombre de pourvois en cassation contre des sentences prud'homales est faible en valeur relative (8 % en 1987), et très inférieur au nombre de pourvois dirigés contre les arrêts des chambres sociales des cours d'appel (15 % en 1987). Si donc la modestie de ce nombre devait être retenue comme indice de la qualité des décisions rendues, les chambres sociales des cours d'appel auraient des leçons à prendre auprès des conseils de prud'hommes. D'autre part, les affaires qui font l'objet d'un appel ne sont pas de même nature que celles qui sont frappées de pourvoi. Le contentieux de la contestation de la rupture du contrat est sur-représenté dans les affaires qui vont en appel, tandis que les décisions frappées de pourvoi offrent un reflet fidèle de la diversité du contentieux prud'homal [42].

Plus que les effets du taux du ressort en matière prud'homale, c'est le pourcentage d'appels contre les sentences qui en sont susceptibles qui mérite de retenir l'attention. Ce pourcentage est exceptionnellement élevé, supérieur à 50 % [43]. Il dépasse 76 % dès lors que l'affaire met en cause le droit de licenciement individuel de l'employeur, mais il n'est que de 20 % pour les sentences portant sur un élément de la

(41) E. Serverin, M.-C. Rondeau-Rivier, A. Jeammaud, M. Véricel, "L'exercice des voies de recours contre les décisions prud'homales", étude pour le CSP, Paris, La Documentation Française, 1990, 217 p.
(42) Cf. E. Serverin et alii, "L'exercice des voies de recours...", op. cit. pp. 137 s. Il est vrai que ce résultat peut être biaisé par le jeu du taux du ressort, qui ouvrira presque toujours la voie de l'appel au contentieux de la rupture du contrat, interdisant par là même la possibilité immédiate d'un pourvoi.
(43) E. Serverin et alii, "L'exercice des voies de recours...", op. cit., pp. 119 s. ; ce taux se retrouve dans les statistiques les plus récentes : voir B. Munoz-Perez et E. Serverin "L'exercice des voies de recours contre les décisions prud'homales", *Infostat* Justice, n° 17, octobre 1990.

rémunération [44]. On peut y voir l'effet de l'exécution provisoire de droit, attachée à ces dernières. Mais il trahit aussi la faible légitimité dont jouissent auprès des justiciables les jugements prud'homaux en matière de droit du licenciement. Ce point mérite d'être rapproché du fait que le contentieux soulevant des questions "de principe" est beaucoup plus sujet à départage [44 bis]. On voit ainsi se dessiner un ensemble de questions sur lesquelles l'appel au juge professionnel est irrépressible, qu'il vienne des justiciables ou des prud'hommes eux-mêmes. Ne peut-on en déduire qu'il convient de faire une place au juge professionnel à l'intérieur même des Prud'hommes pour le règlement de ces questions ? Ne pourrait-on, de façon générale, réfléchir à quelques améliorations qui se fonderaient sur l'observation des faits et non pas sur l'attachement aux principes traditionnels ?

Efficacité : toucher son dû

Il ne sert pas à grand-chose d'obtenir rapidement un bon jugement, si celui-ci doit demeurer inexécuté. Il est difficile de se faire une idée exacte du taux d'inexécution des décisions rendues en matière prud'homale. Un chiffre, notamment, reste inconnu, celui qui mettrait en rapport les sommes dont le paiement a été ordonné par une décision ayant force exécutoire et les sommes effectivement perçues par les bénéficiaires de ces décisions. Les études disponibles ne fournissent pas une telle indication. L'évaluation du taux d'inexécution varie considérablement de l'une à l'autre, selon qu'elles prennent en considération la seule inexécution totale des décisions définitives [45] ou qu'elles tiennent compte de l'inexécution partielle des décisions assorties de l'exécution provisoire [46]. Ces études concordent toutefois sur quelques constats importants : l'inexécution (totale ou partielle) est fréquente, et elle résulte principalement de la mise en redressement judiciaire ou de la disparition organisée du débiteur. Si l'AGS est là pour faire face à l'hypothèse du redressement judiciaire, la victime de la disparition organisée de l'employeur ne dispose, en revanche, d'aucune espèce de recours. Peut-être conviendrait-il de s'intéresser à son sort, dans l'esprit, sinon dans la méthode, de ce qui a été fait pour les victimes de l'inexécution des pensions alimentaires [47]. Ne pourrait-on étendre au risque d'inexécution né de la disparition volontaire du débiteur la couverture de l'AGS ?

(44) cf. E. Serverin et alii, "L'exercice des voies de recours...", op. cit., pp. 126 sq.
(44 bis) cf. M. Keller "Le départage devant les conseils de prud'hommes" *Droit Social* 1993, pp. 165 s., v. p. 169.
(45) Cf. B. Reynes, "L'exécution des décisions prud'homales en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse", CEJEE, Université des sciences sociales de Toulouse, étude pour le ministère de la Justice, 1987, 208 pp. Le taux d'inexécution totale des jugements définitifs serait, selon son auteur, "vraisemblablement compris entre 5 % et 10 %" (op. cit., p. 143).
(46) Un sondage auprès des justiciables bénéficiaires d'une ordonnance de référé donne un taux d'inexécution de 53,6 % (P. Porcher, "Quelques éléments à propos de l'exécution des décisions prud'homales", *Dr. Soc.*, 1987, 395, voir tableau 3, p. 400).
(47) Lois n° 75-618 du 11 juillet 1975 (recouvrement par le trésor public) et Code de la sécurité sociale, art. L.581-2 s. (recouvrement par les organismes de sécurité sociale).

Le point de vue du droit social

L'organisation des juridictions est étroitement liée à la division du droit en "branches". La spécialisation d'une juridiction correspond en principe à l'existence d'une telle branche, c'est-à-dire à l'identification d'un système de règles et d'institutions autonomisable. S'interroger sur les juridictions sociales ramène ainsi inévitablement à une réflexion sur la notion même de droit social. On ne peut en effet parler de "grande juridiction sociale" sans postuler que le droit social forme un ensemble cohérent, distinct à la fois du droit privé et du droit public. Or ce postulat peut être mis en question. Apprécier l'incidence de l'organisation juridictionnelle sur le droit social (B), requiert donc une réflexion préalable sur la notion de droit social (A).

La notion de droit social

Dans un article récent – récent et iconoclaste – le professeur Gérard Lyon-Caen nous invite à ne plus parler de "social", ou pour le moins à réserver ce qualificatif aux dispositions juridiques qui organisent une solidarité en faveur de ceux qu'il faut resocialiser [48]. Voilà qui a le mérite de poser crûment la question de l'existence même du "droit social". Certes la notion est solidement enracinée, aussi bien dans l'histoire de la pensée juridique française (que l'on songe à l'histoire de la revue qui porte ce nom) que dans la formation des dirigeants de ce pays (les "questions sociales" occupent une place significative dans la formation des énarques). Mais on en cherche vainement l'emploi à l'étranger, et en France même, l'on a du mal à discerner son sens exact. Les "questions sociales" de l'administrateur englobent le droit de la famille, le droit de la santé ou du logement, et se situent plus dans le fil des perspectives sociologiques de Gurvitch [49] que dans celui des définitions juridiques qui prévalent dans les facultés de droit ou les palais de justice. Pour un juriste, la définition des branches du droit sera toujours fortement liée aux découpages de l'organisation juridictionnelle. La *summa divisio* privé/public s'enracine ainsi dans la dualité de l'ordre juridictionnel français, et les grandes divisions du droit privé ne se retrouvent nulle part mieux exprimées que dans l'organigramme de la Cour de cassation. Y figurent le pénal, le civil, le commercial... et le social, représenté par l'addition du contentieux du travail et celui de la sécurité sociale.

A s'en tenir à l'organisation juridictionnelle actuelle (celle des chambres sociales des cours d'appel et de la Cour de cassation), le droit social serait ainsi l'addition du droit du travail et du droit de la sécurité

(48) G. Lyon-Caen, "Divagations sur un adjectif qualificatif", art. préc., p. 351.
(49) G. Gurvitch, *L'Idée de droit social*, Paris, Sirey, 1932 : reprint : Darmstadt, Scientia Verlag, 1972.

sociale. Mais s'agit-il seulement d'une addition ? Ou bien existe-t-il encore entre ces deux branches du droit des liens assez forts pour justifier le qualificatif de "social" sous lequel on les regroupe ? On voit bien que la réflexion sur une réforme éventuelle des juridictions sociales ne peut faire l'économie de cette question. Question immense et pourtant insuffisamment débattue, car la séparation du droit du travail et du droit de la sécurité sociale a déjà produit à l'Université ses fruits amers : l'un – le droit du travail – a fait l'objet d'une abondante activité doctrinale et de nombreux enseignements spécialisés. L'autre – le droit de la sécurité sociale – est, à de brillantes exceptions près, abandonné par les chers professeurs aux administrateurs du social, qui monopolisent ainsi sans le vouloir la réflexion sur l'énorme appareil juridique et financier qu'ils gèrent ou qu'ils contrôlent. Ce qu'on dit généralement des rapports entre droit du travail et droit de la sécurité sociale tient en peu de mots : il s'agit de deux rameaux séparés d'une même branche originelle du droit, qui gardent de leur commune origine quelques traces conceptuelles, mais qui, pour l'essentiel, sont appelés à évoluer indépendamment l'un de l'autre, la sécurité sociale se plaçant irrésistiblement dans l'orbite du droit public (50).

Certes, la divergence de ces deux branches du droit est incontestable. La généralisation de la sécurité sociale, la fossilisation de l'idée de démocratie sociale dans son organisation, et l'emprise corrélative de l'Etat dans son fonctionnement et dans son financement, tout cela l'éloigne du droit du travail. Et cependant une unité foncière continue de lier ces deux branches du droit : elles affrontent en effet un seul et même problème : celui de la garantie des droits de la personne dans la sphère économique. Le droit de la sécurité sociale comme le droit du travail doivent régler en particulier la question du non-travail : comment faire en sorte que les progrès de la productivité ne se traduisent pas par du chômage ou de la précarité à un bout du salariat, et du corporatisme à l'autre ? Car ces deux bouts du salariat sont plus éloignés qu'ils ne l'ont jamais été, et le domaine du salariat, sans être universel comme celui de la sécurité sociale, n'est plus celui des "économiquement faibles". Il s'étend du travailleur précaire au dirigeant d'entreprise. Si bien que les problèmes du droit du travail demeurent étroitement liés à ceux de la sécurité sociale.

Et de fait, il est aisé de mettre en évidence, entre l'un et l'autre, des points de contact qui ne tiennent pas à l'histoire, mais aux développements les plus récents de la société française. Que l'on songe à l'essor actuel de la prévoyance sociale dans l'entreprise. Ou encore à ce mouvement plus souterrain, moins aperçu, qui conduit à saisir de plus en plus le salarié dans sa biographie professionnelle, et pas seulement dans le cadre de l'échange contractuel. Témoigne de ce mouvement, engagé avec l'organisation conventionnelle de l'assurance chômage,

(50) Voir J.-J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, onzième édition, 1988, n° 140, p. 323 ; Y. Saint-Jours, "Le droit de la sécurité sociale", in *Traité de sécurité sociale*, t. 1, Paris, LGDJ, 1984, p. 50.

l'apparition de droits nouveaux, tels le droit à la conversion, le droit à la formation professionnelle, ou le droit au reclassement : l'idée est là que le travailleur reste un travailleur, titulaire à ce titre de droits particuliers, même lorsqu'il ne travaille pas. La question du droit du salaire (notamment du SMIC) dépend directement du mode de financement de la sécurité sociale qui fait peser sur les salaires, et d'abord sur les plus modestes, le poids du système, avec toutes les conséquences qui en résultent pour l'emploi. La question du temps de travail se renouvelle dans le même sens : les périodes de formation, de travail et d'inactivité correspondent de moins en moins aux trois âges de la vie humaine : la formation initiale fait une place grandissante à l'expérience professionnelle, le travail salarié s'ouvre à la formation et aux congés de toutes sortes (les congés payés et les congés maladie, mais aussi ces multiples congés spéciaux qui rendent possible l'alternance du travail et d'autres activités sociales (51)). Le chômage peut être partiel, la retraite progressive, le travail intermittent, etc.

Le droit du travail et le droit de la sécurité sociale sont ainsi plus que jamais appelés à se combiner dans l'institution de la vie professionnelle de chaque individu. Mais ces rapports étroits ne suffisent pas à faire une branche du droit. Ils incitent à maintenir le contact entre eux, mais ils n'appellent pas une fusion des tribunaux, surtout au niveau de la première instance. Les litiges sont différents (52). Et les techniques juridiques sont différentes. Le droit du travail est assis sur le concept de contrat (individuel ou collectif), tandis que celui de la sécurité sociale repose sur le concept de statut.

L'incidence de l'organisation juridictionnelle sur le droit social

Appréhender la notion de droit social au travers de ses formes juridictionnelles conduit à une observation paradoxale : notion plutôt informe en doctrine, compte tenu du divorce du droit du travail et du droit de la

(51) La liste de ces congés spéciaux s'allonge chaque année et constitue un véritable inventaire des activités utiles dans la cité : activités familiales (congé parental d'éducation : C. trav., art. L. 122-28-1 ; congés pour événements familiaux : C. trav., art. L. 226-1 ; d'adoption : C. trav., art. L. 122-26 ; de maternité : C. trav., art. L. 224-1 ; et de naissance : C. séc. soc., art. L. 571-1) ; activités politiques, syndicales ou associatives (congés à fins électorales ; C. trav,. art. L. 122-24-1 s. ; de formation économique, sociale et syndicale : C. trav., art. L. 225-6, L. 451-1 ; mutualiste : C. trav., art. L. 225-7 ; de formation de cadres et d'animateurs pour la jeunesse : C. trav., art. L. 225-1) ; activités de formation (congés de conversion, de formation : C. trav., art. L. 931-1 s. ; congés enseignement : C. trav., art. L. 931-13) ; activités économiques (congé pour création d'entreprise : C. trav., art. L. 122-32-12) ; activités humanitaires (congé d'aides aux victimes de catastrophes naturelles : loi du 13 juil. 1092) ; et le congé sabbatique (C. trav., art. L. 122-32-17) ouvre de surcroît cette liste à l'infinie diversité des activités humaines...

(52) Voir, par exemple, supra, la spécificité du problème de la protection du droit d'agir.

sécurité sociale, elle se retrouve néanmoins identifiée dans les formes juridictionnelles, par la réunion du contentieux du travail et de la sécurité sociale dans la compétence des chambres sociales, celles des cours d'appel et celle de la Cour de cassation. En revanche, pris séparément, le contentieux du travail comme celui de la sécurité sociale se trouvent éparpillés entre des juridictions diverses. Les projets de grande "magistrature sociale" partent généralement de l'idée que cet éclatement est un mal, pour promouvoir une Cour suprême en matière sociale, qui réunirait au moins les compétences de la chambre sociale de la Cour de cassation et les compétences sociales de la section du contentieux du Conseil d'Etat. Cette cour, avance-t-on, serait à même d'assurer plus facilement l'unité et la cohérence de la jurisprudence.

Mais la situation actuelle, dont les effets sont surtout sensibles en droit du travail, n'a pas que des désavantages. Elle autorise une émulation jurisprudentielle propice aux progrès de ce droit, tout en maintenant solidement les liens que celui-ci entretient avec le droit civil, le droit pénal et le droit public. En sorte que le droit du travail continue d'être un laboratoire juridique fécond, qui emprunte aux autres disciplines juridiques, et le leur rend bien, au lieu d'être replié dans un pré-carré dont rien n'assure qu'il en améliorerait la qualité. Le renouveau du contrat individuel de travail, dont la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation est le théâtre, aurait-il pu voir le jour dans une juridiction suprême coupée du droit civil ? Est-on sûr que le contentieux du travail dans les entreprises publiques puisse être détaché de la compétence du Conseil d'Etat sans que soient perdues de vue les spécificités de la mission de service public qui caractérise ces entreprises (53) ? Il existe bien peu d'exemples à l'étranger de cour suprême sociale ; l'Allemagne, souvent citée à ce sujet, possède des juridictions suprêmes distinctes en droit du travail et en droit de la sécurité sociale.

La vigueur manifeste de la jurisprudence sociale trouve ses limites ailleurs. Tout d'abord dans l'absence des conseils de prud'hommes sur la scène jurisprudentielle. Une étude en voie d'achèvement nous apprend que le nombre de sentences prud'homales publiées chaque année dans les revues juridiques spécialisées ne dépasse guère la vingtaine, et que plus de la moitié des rares décisions ainsi publiées ont été rendues en départage (54). Les prud'hommes ne jouent donc quasiment pas le rôle d'aiguillon qu'on aurait pu s'attendre à les voir remplir dans la formation de la jurisprudence et les transformations du droit du travail. Depuis vingt ans, les innovations sont venues des magistrats professionnels (juges des référés, juges administratifs, juridictions pénales). Ensuite, à l'échelon des cours d'appel, la spécialisation des chambres sociales devrait avoir pour corollaire une spécialisation des magistrats qui y siègent. Cette idée simple et forte était celle que défendait le président Pierre Laroque dès

(53) Cf. les réserves exprimées sur ce point par B. Jeanneau art. préc., pp. 265 sq.

(54) C. Ducoin, "Formation et pratique juridique des prud'hommes", thèse en cours.

1954 dans un article resté fameux (55). Mais elle reste à l'état de vœu pieux dans l'article R. 221-1 du code de l'organisation judiciaire, prescrivant que les magistrats des chambres sociales des cours d'appel soient "désignés en fonction de leurs aptitudes et connaissances particulières". Comment, et où, ont-ils pu acquérir cette aptitude et ces connaissances ? Si la question mérite d'être posée, c'est parce que l'organisation actuelle des juridictions en première instance ne favorise pas les vocations sociales dans la magistrature. Non seulement le contentieux social s'y trouve dispersé entre juridictions de travail et juridictions de la sécurité sociale, mais encore le contentieux du travail lui-même est éparpillé entre les conseils de prud'hommes et les tribunaux d'instance et de grande instance. Si bien qu'à de rares exceptions près (celle des juges départiteurs "à temps plein") aucun magistrat n'a l'occasion d'acquérir une bonne connaissance du droit et des problèmes sociaux pendant les premières années de sa carrière, celles où se forgent ses réflexes professionnels et où s'expriment ses talents particuliers.

Le comblement de cette lacune ne passe pas forcément par la création d'une juridiction sociale unique en première instance, où une place serait faite aux magistrats professionnels. Car à ce niveau, où une connaissance fine des faits est particulièrement importante, il n'est pas déraisonnable que la différence de nature du contentieux du travail et de celui de la sécurité sociale trouve à s'exprimer dans une dualité de juridictions. Les litiges qui naissent dans le monde du travail et de l'entreprise ne sont pas en fait de même nature que ceux qui prospèrent dans les arcanes de la sécurité sociale, quand bien même seraient liées les questions que ces litiges soulèvent en droit. Il faut donc dissocier le problème de l'expérience professionnelle des magistrats qui seront appelés à siéger dans les chambres sociales des cours d'appel, et celui de l'unification des tribunaux "sociaux" en première instance. Ne peut-on concevoir une organisation qui garantirait, d'une part, la spécialisation des tribunaux du travail et des tribunaux de la sécurité sociale, et, d'autre part, l'émergence en première instance de générations de magistrats qui auraient une expérience à la fois juridique et pratique de la spécificité du contentieux social ?

Conclusion

La synthèse des quelques suggestions qui se dégagent de ce rapide état des lieux en facilitera la discussion et la critique éventuelle. Ces suggestions procèdent de deux convictions : la première est qu'il faut faire une vraie place au "social" dans la formation, l'expérience et la carrière des magistrats professionnels. La seconde est que le rôle essentiel des syndicats dans l'ordre juridictionnel n'est pas de fournir des magistrats à la République, mais d'assurer la défense des intérêts de leurs membres.

(55) P. Laroque, "Contentieux social et juridiction sociale", *Dr. soc.* 1954, 271.

A partir de là, on peut tracer quelques voies de réforme :

1. Le problème n'est plus tant aujourd'hui de fusionner les tribunaux du travail et ceux de la sécurité sociale, que d'opérer un certain regroupement des compétences en première instance autour, d'une part, des tribunaux de la sécurité sociale, et, d'autre part, des conseils de prud'hommes.

2. Concernant les conseils de prud'hommes, ce regroupement des compétences pourrait être l'occasion d'y faire entrer les magistrats professionnels. Non pas au travers d'un échevinage, mais par une répartition des compétences entre juges professionnels et juges élus. Au jugement par les pairs (i.e. aux conseillers prud'hommes) pourrait être dévolue la mission de conciliation, et le règlement du contentieux de l'indemnité. Le juge professionnel siégeant aux prud'hommes comme juge unique connaîtrait, quant à lui, d'un ensemble d'affaires actuellement éparpillées entre les juridictions civiles (litiges collectifs, contentieux électoral), et d'une partie de l'actuel contentieux prud'homal : les référés, et le contentieux de la nullité des actes. Ainsi serait ouverte la voie d'une véritable professionnalisation des magistrats en droit social, dès la première phase de leur carrière. Quant aux conseillers prud'hommes, leur activité se trouverait focalisée sur ce qu'ils savent le mieux faire, et sur ce qui justifie en tout cas l'idée de jugement par les pairs : la recherche de la conciliation et de l'équité. La distinction du contentieux de l'indemnité et du contentieux de la nullité, sur laquelle reposerait cette division du travail, ne serait pas plus difficile à mettre en œuvre que l'actuelle distinction des litiges individuels et des litiges collectifs. C'est le demandeur qui serait maître de la qualification, laquelle dépendrait de l'objet de la demande : annulation d'un acte, ou seulement paiement d'une somme d'argent. Ce système pourrait enfin tarir une part importante des sources actuelles de partage des voix devant le bureau de jugement.

3. Concernant la défense, il conviendrait de prendre mieux en considération le rôle déterminant des syndicats dans l'accès des salariés au droit et à la justice. Cette réévaluation de leur rôle de défense passe notamment par le financement de la formation juridique des défenseurs syndicaux et des conseillers du salarié, par la généralisation de l'action de substitution dans les entreprises sans représentation syndicale, ou encore par l'accès des défenseurs syndicaux au bénéfice des crédits de l'aide juridique.

4. Le système actuel de formation sociale des magistrats professionnels, et de formation juridique des juges élus, semble perfectible. On pourrait notamment songer à des formations partiellement communes à tous les acteurs de la juridiction prud'homale, qui seraient propices à l'apprentissage et à la reconnaissance mutuelle. Les instituts du travail pourraient ici jouer un rôle important, en s'ouvrant à un public élargi.

5. Les chambres sociales des cours d'appel et celle de la Cour de cassation pourraient s'ouvrir à des représentants des salariés et des

employeurs. Non pas nécessairement sous la forme de conseillers "rapportés" mais plutôt sur le mode du Ministère public, en ayant la possibilité de conclure sur les affaires qui leur sembleraient engager l'intérêt collectif qu'ils y représenteraient.

6. Enfin, concernant la Cour de cassation, il serait peut-être judicieux de prendre acte de l'énormité de son rôle par des mesures qui assureraient la continuité de sa jurisprudence (serait-il déraisonnable d'admettre par exemple que son président doive être choisi en son sein ?), ou qui la déchargeraient d'une part des tâches qui lui incombent actuellement (par exemple de déchiffrer des pourvois illisibles ; et l'on songe ici à imposer le recours aux avocats au Conseil).

Ayant commencé ce propos par une réflexion sur l'inconvénient des réformes, il était fatal de l'achever en en proposant quelques-unes. Mais que les défenseurs du *statu quo* se rassurent : les victimes principales des imperfections des juridictions sociales, c'est-à-dire les plus faibles et les plus démunis, n'ont ordinairement pas voix au chapitre. Et les autres ont tous une raison ou une autre de tenir à l'équilibre actuel. Il y a donc fort à parier que rien ne bouge d'important, d'ici longtemps, du côté des juridictions sociales...

REVUE FRANÇAISE DES AFFAIRES SOCIALES

Revue éditée par le ministère des Affaires sociales et de l'Intégration,
le ministère de la Santé et de l'Action humanitaire
et le ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle

COMITÉ DE RÉDACTION

Claude AMELINE, Suzel ANSTETT, Jean-Claude BARBIER, Marie-José BERNARDOT, Catherine BONVALET, Philippe CORCUFF, Christiane DOLLANDER, Jacques DUSSIOT, Annie FOUQUET, Bernard GAZIER, William GROSSIN, Jean-Claude HENRARD, Marie-Ève JOËL, Francis KESSLER, Patrick de LAUBIER, Michel LAROQUE, Daniel LENOIR, Philippe LIGNEAU, Gérard MARTIN, Catherine MERMILLIOD, Chantal NICOLE-DRANCOURT, Bruno RIBES, Pierre STROBEL, André VIANÈS, Dominique VUILLAUME.

Rédacteur en chef : Élisabeth ZUCKER.
Secrétaire de rédaction : Aimée TOULGOAT.
Secrétaire général honoraire : Albert ZIEGLER.

Adresse de la rédaction : 1, place de Fontenoy, 75350 Paris 07 SP (pièce 1119 A)
Tél. : (1) 40 56 74 38.

Notre revue est disponible ou peut être commandée en librairie.
Diffusion par MASSON ; SPPIF, BP 22, 41354 VINEUIL CEDEX.
Tél. : (16) 54 43 94 40.

CONDITIONS D'ABONNEMENT 1993

Titre des revues	France en FF	Autres pays en $ US	Vente au numéro en FF
Revue française des Affaires sociales **(4 numéros trimestriels + 1 numéro hors série)**	**351**	**103**	**88**
Travail et emploi (4 numéros par an)	*262*	*68*	*74*
Solidarité - Santé - Études statistiques (4 numéros par an)	*199*	*54*	*52*
Échange - Santé (4 numéros par an)	*199*	*54*	*58*
Abonnement couplé :			
• *Bulletin mensuel des statistiques du travail (12 numéros par an)*	*472*	*111*	*35*
• *Dossiers statistiques du travail et de l'emploi (6 à 10 numéros par an)*			*65*

Règlement à adresser à : SPPIF, BP 22, 41354 VINEUIL Cedex. Tél. : (16) 54 43 94 40

REVUE FRANÇAISE DES AFFAIRES SOCIALES

Revue éditée par le ministère des Affaires sociales et de l'Intégration,
le ministère de la Santé et de l'Action humanitaire,
et le ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle

47e ANNÉE — N° 1 — JANVIER-MARS 1993

SOMMAIRE

Pages

Insertion et chômage : quelle marge pour les acteurs ?

- François STANKIEWICZ, Rachid FOUDI, Marie-Hélène TRECLAT.
  Le problème des "BNQ" : qualification ou déficit d'emplois ? 3
- Bernard LAHIRE.
  Un pragmatisme radical, modes d'appropriation du poste d'adultes de bas niveau de qualification 19
- Didier AURIOL.
  L'autonomisation des politiques sociales d'insertion 1970-1990 41
- Lydwine ASMAR.
  Réflexions sur le RMI et la crise du travail social 65
- Pierre RICORDEAU.
  Indemnisation du chômage : les régimes français et étrangers 71

- Yves SAINT-JOURS.
  Un ordre juridictionnel social ; pourquoi ? 87
- Alain SUPIOT.
  L'impossible réforme des juridictions sociales ? 97