



HAL
open science

Les juges et le droit social: interrogations nationales et approche comparative

Philippe Auvergnon

► **To cite this version:**

Philippe Auvergnon. Les juges et le droit social: interrogations nationales et approche comparative. 2002, p. 7-18. halshs-00125793

HAL Id: halshs-00125793

<https://shs.hal.science/halshs-00125793>

Submitted on 22 Jan 2007

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

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

Philippe AUVERGNON

Directeur de recherche au CNRS

Directeur du Comptrasec UMR 5114

Université Montesquieu-Bordeaux IV

LES JUGES ET LE DROIT SOCIAL INTERROGATIONS NATIONALES ET APPROCHE COMPARATIVE

Tenter d'aborder la question des juges et du droit social au travers de points de vue nationaux ou internationaux dans une perspective comparative est bien ambitieux et, au fond, peu raisonnable. La tâche est d'autant moins facile qu'il convient souvent de rappeler la place laissée aux juges ou tenues par eux dans un système donné, bien avant d'esquisser, s'il y a lieu, la spécificité de leur intervention en droit social. Les contributions réunies à l'occasion d'un Séminaire international de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, n'échappent à ces aléas ; elles sont ici toutefois articulées autour de deux interrogations principales.

La première réflexion porte sur l'existence ou non de politiques jurisprudentielles pour le droit social. Elle peut apparaître bien théorique mais n'est en réalité pas sans enjeux pratiques. Quelques pistes communes de réflexion ont pu être proposées : le juge crée-t-il, édicte-t-il du droit social ? Quels sont les lieux juridictionnels d'orientation du droit social ? Quels rôles tiennent les Cours suprêmes ? Quelles méthodes (référence au précédent, utilisation de standards,...), quelles variables interviennent dans la construction si ce n'est de politiques tout au moins de cohérences jurisprudentielles ? Quelles tendances sont actuellement repérables ?

La seconde interrogation majeure semble d'emblée plus concrète ; elle porte sur les modes de règlement des litiges sociaux. Quel est le juge compétent ? Quelles sont les caractéristiques procédurales ? Existence-ils des juridictions spéciales pour le règlement des litiges sociaux ou bien relèvent-ils de la compétence des juridictions de droit commun ? Les parties au litige disposent-elles d'une ou plusieurs voies contentieuses ? Quels sont les modes alternatifs de règlement des litiges prévus et ceux qui fonctionnent ?

C'est donc autour d'interrogations relatives à l'existence de politiques jurisprudentielles (I) et de questions touchant aux modes de règlement des

litiges sociaux (II) qu'on tentera plus avant d'indiquer quelques uns des éléments significatifs dégagés des contributions et discussions organisées à propos des juges et du droit social.

I. QUELLES POLITIQUES JURISPRUDENTIELLES POUR LE DROIT SOCIAL?

S'interroger sur l'existence de politiques jurisprudentielles notamment dans les pays de l'Union européenne conduit inmanquablement à s'interroger sur la pratique jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE). Peut-on aller jusqu'à dire que la CJCE aurait une ou des politiques jurisprudentielles ? Si l'on sait ce que sont, au niveau européen, des politiques économiques, sociales et agricoles, on ne voit pas, en revanche, ce que pourrait être une politique jurisprudentielle. L'idée même semble rejetée dès lors qu'elle laisserait entendre « qu'il y a quelque part des juges qui auraient élaboré un programme intellectuel et le mettraient en œuvre au fur et à mesure des cas qui leur sont proposés »¹. Ainsi, la CJCE ne définirait pas de « politiques » au sens strict, mais se contenterait, aux termes de l'article 200 du Traité CE, d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité. Cependant, chacun sait combien la jurisprudence de la CJCE retentit sur le droit des pays membres de l'Union européenne, combien malgré un indéniable « dialogue entre juges nationaux et supranationaux »², cette « jurisprudence communautaire » a évolué dans le sens d'une immixtion du droit communautaire dans la politique sociale des Etats membres³.

Ainsi, même si l'on ne parle pas de « politique jurisprudentielle », la question de l'orientation de la pratique jurisprudentielle de la CJCE en matière sociale s'avère incontournable. La Cour a tout d'abord, progressivement, conduit les juridictions nationales, par le biais de la procédure préjudicielle, à ne pas appliquer les dispositions de leur droit national restreignant la libre circulation des travailleurs dans la Communauté, le droit social étant alors conçu comme un accessoire au marché commun. Puis, saisie de recours en interprétation des règles minimales mises en place par le droit communautaire dérivé, la CJCE est intervenue pour faire respecter ce niveau minimal de protection sociale dans l'ensemble de la Communauté. Enfin, on ne peut que souligner combien le principe général de non-discrimination entre travailleurs féminins et masculins, avant d'être reconnu par les textes, a fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle⁴.

¹ Cf. Ph. Léger, *Pratique jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes et dialogue des juges nationaux et supra-nationaux*, dans le présent ouvrage p. 83 et s.; pour d'autres, il existe bien une « politique poursuivie par les tribunaux » mais celle-ci ne se rapporte pas à un programme intellectuel que les juges tenteraient de réaliser ; simplement cette « force créatrice de normes » aurait des effets dans la vie sociale : cf. W. Daübler, *Politiques jurisprudentielles en droit du travail ? Un point de vue allemand*, dans le présent ouvrage p. 29 et s.

² Cf. B. Pacteau, « A propos du dialogue des juges en Europe », dans le présent ouvrage p. 79 et s.

³ Ph. Léger, *op. cit.*

⁴ Ph. Léger, *op.cit.*

Monsieur Jourdain dans le Théâtre de Molière faisait de la poésie sans le savoir, la CJCE mènerait-elle des « politiques jurisprudentielles » sans le savoir ? Même s'il peut apparaître opportun de nier l'existence d'une politique jurisprudentielle de La CJCE, il semble difficile de croire à l'absence de tout animus du corpus jurisprudentiel communautaire. Si l'expression de "politique jurisprudentielle" peut paraître forte, des orientations très fortes de la jurisprudence de la CJCE, un souci de mise en cohérence, sont indéniablement repérables. On doit toutefois observer combien les évolutions jurisprudentielle de la CJCE en matière sociale, ne se sont pas faites contre les jurisprudences nationales, mais dans une sorte de dialogue qui s'est instauré entre juges supranational et national, singulièrement grâce à la technique de la « question préjudicielle ». La guerre des juges n'a pas eu lieu. Bien au contraire, le juge national serait devenu acteur du droit communautaire, tout en continuant à développer sa propre activité jurisprudentielle nationale⁵.

C'est, en réalité, à partir de situations nationales, qu'une série de réflexions fondamentales sur l'existence de politiques jurisprudentielles peuvent être initiées⁶. Ainsi, le corollaire logique d'une tradition « legicentriste », telle que celle de la France, devrait être que les juges soient de simples et stricts organes d'application du droit. Le « legicentrisme » exclut en effet, par principe, la jurisprudence : les juges sont soumis à la loi qui préexiste à leur activité, à la loi qui est nécessairement complète. Comment alors un phénomène jurisprudentiel peut-il néanmoins exister et prospérer dans des systèmes encore très fortement « légicentrique » ? Avant toute chose, une distinction semble devoir être faite entre activité contentieuse et activité normative des juges. Produire des décisions de justice est-ce faire jurisprudence ? Le terme « jurisprudence » ne doit-il pas être réservé à un ensemble de règles décrites et appliquées par des décisions, tenues pour être applicables par le juge⁷. Tout en rappelant très classiquement que, dans un pays « légicentrique », le juge n'a pas le pouvoir de créer de nouvelles règles, on en vient alors à observer que ce dernier peut créer sa propre représentation du droit. Plus direct, certains souligneront combien « le pouvoir du juge est considérable puisque que c'est lui qui dit si la loi est ambiguë, si elle contient des lacunes ou même, en fonction du cas, s'il existe une disposition légale applicable »⁸.

⁵ M. Rodriguez-Piñero, Le dialogue des juges nationaux et supra-nationaux en droit social, dans le présent ouvrage p. 99 et s. ; texte publié en langue espagnole sous l'intitulé : El dialogo de los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Derecho Social, in « Relaciones laborales », 2001 n°15/16.

⁶ Cf. A. Lyon-Caen, Politique(s) jurisprudentielle(s) et droit du travail : Quelques réflexions à partir de l'expérience française, dans le présent ouvrage p. 21 et s.

⁷ Une définition plus précise, témoignant de la difficulté d'appréhension du phénomène jurisprudentiel, indique que « la jurisprudence est un ensemble d'interprétations de textes, de qualifications, de règles décrites et appliquées ou implicitement consacrées par des décisions, dont la régularité ou l'autorité de la juridiction qui en est l'auteur permet de pronostiquer la réitération » (Cf. J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud « Droit du travail », Précis Dalloz 20^{ème} éd., Paris 2000, p. 62).

⁸ Cf. W. Daübler, op. cit. ; certains n'hésitent toutefois pas à dénoncer la liberté prise avec les textes : cf. not. Ph. Langlois, La Cour de cassation et le respect de la loi en droit

En réalité, le développement du phénomène jurisprudentiel dans un système de droit écrit, pourrait bien dépendre d'un ensemble d'éléments. Certaines conditions tiendraient tout d'abord à l'activité des juges. Une juridiction « unificatrice » ou des juges ayant un rôle unificateur doivent exister. On pense notamment ici à l'exemple de la Cour fédérale du travail et de la Cour constitutionnelle en Allemagne⁹. On pourrait observer, d'une certaine façon, qu'en France la Cour de cassation est devenue, avec le Conseil d'Etat, la principale actrice de la « constitutionnalisation » du droit social¹⁰. On ne peut aussi que rappeler la place déterminante tenue en droit du travail par le « Tribunal constitucional » espagnol¹¹.

En contrepoint au rôle joué ou non par de hautes juridictions, on doit s'interroger sur la participation des « petits juges » à l'œuvre jurisprudentielle. Au Japon et dans bien d'autres pays, on insiste sur l'importance des jugements des tribunaux inférieurs qui sont les premiers à prendre en compte les évolutions du monde du travail ; ils peuvent constituer la base d'une nouvelle jurisprudence et participer, en cela, du phénomène jurisprudentiel¹².

L'existence d'une juridiction unificatrice n'est en fait pas la seule condition de développement d'un phénomène jurisprudentiel. Il faut aussi une décision rédigée dans une certaine forme, faisant apparaître des règles au nom desquelles les juges statuent¹³. La présentation par les juges eux-mêmes de leur activité (rapports, conclusions,...) ne participe-t-elle pas elle-même du phénomène jurisprudentiel ? Ce dernier paraît aussi conditionné en partie par la publicité des décisions et la sélection qui l'accompagne. Le constat d'absence de chroniques jurisprudentielles dans deux des plus grandes revues italiennes peut, de ce point de vue, prêter à réflexions¹⁴.

De façon générale, il paraît nécessaire de ne pas nier l'importance de la réception des décisions des juges, quelquefois par l'opinion publique¹⁵, plus

du travail, in « Recueil Dalloz » 1997, chron. 45. Contra : Ph. Waquet, Les arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation, in « Droit social », 1998, p. 62.

⁹ Cf. W. Daübler, op. cit.

¹⁰ Cf. A. Lyon-Caen, op. cit.

¹¹ Cf. not. M. Rodriguez-Piñero, L'affirmation par le juge constitutionnel espagnol des principes fondamentaux en matière sociale, in « Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale », 1994-2, p.42.

¹² M. Iwamura, Difficultés du système judiciaire et importance de la jurisprudence en droit du travail japonais, dans le présent ouvrage p. 55 et s.

¹³ Cf. A. Lyon-Caen, op. cit. ; voir aussi sur ce point la proximité de la réflexion pour un système restant essentiellement de « common law » : J. Carby-Hall, Observations sur le rôle du juge britannique en droit social, dans le présent ouvrage p. 37 et s.

¹⁴ « Il Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali » dirigé par Gino Giugni, et « Lavoro e diritto », dirigé par Umberto Romagnoli ne possèdent pas de partie consacrée à l'analyse de la jurisprudence (G.-G. Balandi, Juges et droit social : Quelques observations au regard de la situation italienne, dans le présent ouvrage p. 67 et s.

¹⁵ W. Daübler (op. cit.) indique l'existence en Allemagne de débats dans les médias après l'intervention d'une décision importante tout en soulignant le rôle véritablement déterminant de « l'opinion publique des juristes ».

systématiquement par les professionnels du droit¹⁶ et singulièrement par la communauté des juristes universitaires. La jurisprudence pourrait alors ne pas être le seul fait des juges mais aussi celui des juristes qui citent ou ne citent pas, qui accordent ou non de l'importance dans leurs articles ou ouvrages à telle ou telle décision¹⁷. La jurisprudence ne serait ainsi pas seulement une création institutionnelle mais aussi le produit de différents phénomènes sociologiques¹⁸.

Existence d'un niveau juridictionnel « unificateur », formalisme particulier des décisions, publicité et modalités de réception des décisions, il n'est pas certain que pareille radiographie du phénomène jurisprudentiel soit acceptée communément. En revanche, quelles que soient la formation et la culture juridiques, chacun s'accorde à relever l'importance, à des moments et des degrés divers, des origines sociales et culturelles, de l'idéologie des juges. Certains insistent tout particulièrement sur la grande actualité de la question de la formation au droit du travail des juges¹⁹.

A la différence d'un point de vue fort et sophistiqué²⁰, la « jurisprudence » reste, pour beaucoup, « l'ensemble des décisions prononcées par les juges », même si des distinctions sont proposées, par exemple entre « décisions correspondant à la simple application de dispositions légales » et « décisions exigeant, avant application, une interprétation des dispositions légales en cause »²¹.

Si nul ne met en cause l'existence d'un phénomène jurisprudentiel, sauf à relever des intensités nationales fort diverses, l'hypothèse de l'existence de « politiques jurisprudentielles » en droit social est en revanche particulièrement discutée. Pour parler de « politiques » faudrait-il encore pouvoir les identifier. Seul un point de vue descriptif, ne tombant pas dans le catalogue, permettrait une telle identification. Il faudrait alors faire un travail de recherche, construire une grille d'analyse et préciser, en particulier, les matériaux soumis à l'analyse. Dans une telle perspective certains proposent une lecture ou des « indicateurs de détection » des politiques jurisprudentielles menées ; ainsi, à titre d'exemple, le couple « jurisprudence-loi » pourrait constituer la variable principale de l'existence ou de l'esquisse de politiques jurisprudentielles dans les systèmes « legicentrés »²². Face à certains types de législation (« fourre-tout », floue ou trop technique,...) des cours suprêmes en viennent à assumer la responsabilité

¹⁶ Cf. sur ce point particulier voir A. Lyon-Caen, op. cit., W. Daübler, op. cit.

¹⁷ Cf. not. M. Vericel, La publication des décisions de justice en droit du travail, in « Droit social », 1997, p. 1081.

¹⁸ Voir sur ce point les travaux d'Evelyne Serverin « De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique », P.U.L. 1985 ; voir aussi E. Serverin et A. Jeammaud, « Concevoir l'espace jurisprudentiel », RTD civ. 1993, p. 91.

¹⁹ M. Iwamura, op. cit.

²⁰ Cf. A. Lyon-Caen, op. cit.

²¹ Cf. M. Sewerynski, Système judiciaire polonais et tendances de la jurisprudence sociale en période de transformations politiques et économiques, dans le présent ouvrage p. 175 et s.

²² G. G. Balandi, op. cit.

non pas de « politiques jurisprudentielles » mais d'une « politique de principes »²³.

Mais, au fond, que poursuivent les juges ? On pourrait répondre quasiment sous forme de charade : leur premier serait un souci de clarification, leur deuxième un objectif d'adaptation, leur troisième une volonté de cohérence et leur tout pourrait correspondre à une ou à des orientations jurisprudentielles de l'ordonnement des rapports d'emploi et des relations professionnelles. Le droit social - dans les pays « legicentrés » - constitue certainement un champ favorable pour ce type d'intervention du juge. La législation sociale est, en effet, souvent le résultat de compromis qui portent en eux - quasi-officiellement - des équivoques. L'écriture même du droit (de la loi) entretient une relation avec le rôle et la place du juge. Ainsi, une « politique jurisprudentielle » d'adaptation de la loi est permise par l'existence de « standarts », de « concepts ouverts », de « mots à texture ouverte ».

Au sein du droit social, existent-ils des espaces privilégiés pour de tels développements jurisprudentiels ? Oui répondent ceux qui avouent que pour connaître le droit, il faut souvent avant tout lire la jurisprudence. Il semble en aller ainsi en droit japonais du travail, notamment en matière de licenciement, de discipline, de modification des conditions de travail, de mobilité des travailleurs dans l'entreprise ou dans un groupe d'entreprise²⁴. Des listes voisines ou différentes sont faites pour d'autres droits nationaux. Une lecture des champs jurisprudentiels semble aussi pouvoir être faite spécifiquement en période de transformations politiques et économiques. Dans le cas polonais, la jurisprudence se serait ainsi avérée protectionniste en matière de droits acquis, de conventions et accords collectifs, de responsabilité disciplinaire et d'emploi des étrangers ; elle serait en revanche « favorable à l'économie de marché » en ce qui concerne le licenciement et le contrat à durée déterminée²⁵. D'autres préfèrent souligner combien la jurisprudence est conservatrice. Ainsi, en Allemagne (seulement?) elle viserait à ne pas mettre en question le fonctionnement des institutions politiques et les mécanismes de l'économie de marché, interdisant la grève politique, autorisant les licenciements pour des raisons économiques, freinant les revendications syndicales jusqu'au milieu des années 70, atténuant aujourd'hui les effets du néo-libéralisme²⁶.

Une telle interrogation sur les espaces jurisprudentiels et les dynamiques qui y sont à l'œuvre n'est-elle pas une question typique des seuls systèmes de droit écrit ? Dans le système britannique, le pouvoir d'édicter du droit apparaît « partagé » entre le Parlement, seul créateur des lois nationales, et les juges qui, au travers de l'interprétation des lois ou du comblement des vides législatifs, créent de la « common law » en respectant la règle du

²³ Cf. A. Lyon-Caen, op. cit. ; à rapprocher notamment des contributions de Ph. Léger, M. Iwamura et M. Sewerynski, op. cit.

²⁴ M. Iwamura, op. cit.

²⁵ M. Sewerynski, op. cit.

²⁶ W. Daubler, op. cit.

« précédent » (« judicial precedent »)²⁷. On retrouve ici les interrogations relatives à l'écriture du droit et aux interférences entre écriture du droit et rôle du juge. Le droit britannique « écrit », évite les principes généraux, contient beaucoup de détails, prévoit beaucoup d'hypothèses. Toutefois quand une disposition apparaît ambiguë, le juge doit l'interpréter avant de l'appliquer ; il utilise alors des règles d'interprétation qui, quelle que soit leur pertinence, ne participent pas de l'élaboration d'éventuelles « politiques jurisprudentielles » ; les orientations de la jurisprudence doivent bien plutôt être recherchées dans l'enchaînement de la référence au précédent ou, peut-être plus encore, dans l'impossibilité de se référer à un précédent.

Le droit britannique semble donc conserver toute son originalité, toute sa spécificité. Pourtant, une inquiétude pointe quant au possible changement d'attitude des juges britanniques causé par le développement du droit d'origine européenne²⁸. L'attitude inflexible de la Chambre des Lords aurait commencé à s'assouplir au travers de l'interprétation par les juges de la réglementation (« delegated legislation ») concernant la mise en œuvre de la directive européenne « à travail égal, salaire égal ». Le maintien de la règle traditionnelle d'interprétation littérale aurait eu pour effet de ne pas respecter les obligations contenues dans cette directive. La Chambre des Lords, encore avec beaucoup de méfiance, en est effectivement venue à adopter une analyse téléologique (« purposive approach »), abandonnant une interprétation littérale pour prendre en compte le but poursuivi par le texte.

Si une certaine influence continentale du mode d'interprétation se fait sentir sur les juges britanniques, existe-t-il, en retour, une influence britannique sur le type d'écriture et d'interprétation du droit européen communautaire ? Quoique certains en disent²⁹, il n'est point sûr que l'on puisse voir dans la référence de la CJCE à ses propres arrêts antérieurs, la consécration du modèle du « précédent ». Un « mixage » ou un « métissage » pourrait néanmoins être en cours de réalisation. Il concernerait y compris certains droits du travail continentaux ; le débat sur la nature juridique de la convention collective en Pologne pourrait effectivement en témoigner³⁰.

Des bouts de réponse, ni univoques, ni uniformes, à la question d'une part de la définition du phénomène jurisprudentiel, d'autre part de l'existence et du contenu d'éventuelles « politiques jurisprudentielles » en droit social ne peuvent que laisser un goût d'incomplétude. Il n'y a là rien d'étonnant dès lors que le risque est pris d'accoler au concept clair/obscur de « jurisprudence », celui de « politiques » et d'en débattre à partir de cultures et de systèmes juridiques différents, de contextes historiques, économiques et sociaux forts divers. Il n'en demeure pas moins, que la question posée révèle toutes ses potentialités, précisément en ce qu'elle permet d'accéder aux racines profondes des systèmes juridiques et des droits sociaux nationaux ou supranationaux.

²⁷ J. Carby-Hall, Observations sur le rôle du juge britannique en droit social, dans le présent ouvrage p. 37 et s.

²⁸ J. Carby-Hall, op. cit.

²⁹ J. Carby-Hall, op. cit.

³⁰ Cf. M. Sewerynski, op. cit.

Mais, pour qu'il y ait jurisprudence voire « politique jurisprudentielle », ne faut-il pas avant toute chose que les litiges sociaux connaissent des modes de règlement ?

II. QUELS MODES DE RÈGLEMENTS POUR LES LITIGES SOCIAUX ?

Comment pourrait-on se poser des questions quant au phénomène jurisprudentiel, s'il n'y avait pas un appareil judiciaire, des règles de fonctionnement des tribunaux qui permettent au magistrat de développer leur activité ? Il est évident que « le droit judiciaire comparé constitue un instrument privilégié d'analyse des solutions retenues dans divers pays pour caractériser la mission du juge du conflit du travail » et lui permettre de mener à bien cette dernière³¹.

Quatre pistes de réflexions sont proposées dans une telle perspective : comment veiller à l'égalité des parties devant le juge (enjeu de la composition des juridictions), en se souvenant que, là aussi, la partie faible reste le salarié (question du coût de la justice) ? Comment trouver un équilibre entre sérénité et rapidité de la justice (oralité, raccourcissement des délais) ? Comment protéger les droits et intérêts du travailleur sans porter atteinte à l'efficacité économique de l'entreprise ?³² Enfin, développer une justice moderne ne conduit-il pas à développer le recours aux nouvelles technologies, souvent peu chères, efficaces, et donc particulièrement pertinentes pour les pays pauvres ?

S'il faut rappeler la distinction utilisée par de nombreux droits, entre conflits de droit et conflits d'intérêts, entre différends individuels et collectifs, ainsi que la conception, largement répandue, d'un système judiciaire limitant la compétence des tribunaux à l'application du droit, il faut aussi redire combien on démêle bien souvent mal ce qui est « de droit » et « d'intérêts » ; un tel constat devrait conduire, pour certains, au développement de modes alternatifs de règlement des conflits ailleurs qu'en Amérique du Nord, du fait notamment de la multiplication des cas de relation de travail à dimension internationale³³.

D'autres sont manifestement beaucoup moins tentés par les modes alternatifs³⁴. On sait leur existence, mais on s'aventure avec circonspection vers eux. Tout en notant quelques inflexions jurisprudentielles, concernant aussi des contrats internationaux de travail, on observe alors que les modes alternatifs de règlement supposent quelques prises de libertés avec les dispositions légales.

³¹ Cf. J.-M. Servais, *Le juge du conflit du travail et la politique sociale : quelques réflexions à partir des travaux du BIT sur le travail décent*, dans le présent ouvrage p. 115 et s.

³² Cf. sur ce point D. Gutman, *Le juge, instance de régulation du marché du travail ?* p. 15 et N. Decoopman et J. Lefebvre, *Le juge, régulateur du marché du travail, l'exemple du licenciement économique*, in « *Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi* », sous la direction de J.-Y. Kerbourc'h et C. Wilmann avec R. Beaujolin-Bellet et D. Méda, LdF Paris 2001.

³³ J.-M. Servais, *op. cit.*

³⁴ J.-P. Laborde, *Quels modes de règlement pour les litiges sociaux en France ?* dans le présent ouvrage p. 149 et s.

Le droit social restant, dans de nombreux pays, en partie impératif, les modes alternatifs ne seraient pas adaptés ; ils n'offriraient pas de sécurité³⁵.

Mais au fond qu'entend-t-on par modes de règlement des litiges sociaux? L'effort de clarification ne vaut pas uniquement pour le cas français, singulièrement à propos de la distinction entre litige individuel et conflit collectif. Il faut ainsi souligner combien la distinction individuel-collectif ne fonctionne pas bien dans le cadre de l'arbitrage des griefs³⁶. Certains en viennent même à proposer une nouvelle distinction entre individuel, pluri-individuel et collectif³⁷. Dans de nombreux systèmes nationaux, la distinction n'a en fait qu'un intérêt d'orientation du contentieux vers tel ou tel juge. La discussion comparative en la matière est en revanche porteuse, au fond, des possibilités de dévoilement de l'âme de tel ou tel système national en fonction de la part révélée d'individuel et de collectif et de leur relation.

Dans une logique de distinction, on peut rappeler que le terme de litige ne peut être assimilé purement et simplement à celui de conflit. S'il y a conflit, celui-ci porte en cas de litige sur un point de droit qu'il convient de faire trancher par un tiers. Un litige social serait ainsi en France, un litige portant sur un point de droit social, c'est-à-dire au sens français, de droit du travail ou de protection sociale, (sécurité sociale, aide sociale, indemnisation du chômage et protection sociale complémentaire)³⁸.

Quant à l'ensemble terminologique « modes de règlement », on peut en avoir une acception large, allant jusqu'aux modes non juridictionnels de règlements des litiges, pouvant eux-mêmes, ou non, s'affranchir d'un strict respect du droit (conciliation, médiation, arbitrage,...)³⁹. Est-ce à dire qu'il n'y aurait de « modes alternatifs » que loin du droit ? Si l'on s'en tient à une conception stricte du litige, il semble y avoir peu de place pour ces règlements autres que judiciaires. Pourtant, il existe une « zone grise », une réelle « évaporation d'affaires » pourtant introduites, en France, devant le « Conseil de prud'hommes »⁴⁰. Des procédures sont interrompues ; des transactions sont passées entre les parties ; ces dernières sont intéressantes du point de vue de leur fondement juridique⁴¹, des acteurs (les avocats) qui les pilotent, du contexte culturel qui les favorisent ou non⁴².

³⁵ J.-P. Laborde, op. cit.

³⁶ Cf. G. Trudeau, La procédure interne de règlement et l'arbitrage des griefs au Québec : une illustration de la voie nord-américaine de résolution des litiges découlant de l'application des conventions collectives, dans le présent ouvrage p. 129 et s.

³⁷ A. Goldin, Les formes judiciaires et extrajudiciaires du règlement des conflits collectifs du travail : remarques et réflexions à partir du cas argentin, dans le présent ouvrage p. 163 et s.

³⁸ J.-P. Laborde, op. cit., se référant notamment à A. Jeammaud, Les contentieux des conflits du travail, in « Droit social » 1988, p. 690 et s.

³⁹ J.-P. Laborde, op. cit.

⁴⁰ Le « Conseil des prud'hommes » est le tribunal compétent pour tout litige individuel s'élevant à partir du contrat de travail.

⁴¹ En France, l'article 2044 du Code civil.

⁴² Pour un exemple de contexte de défiance : Ph. Auvergnon et P. Le Moal, Conflictualité et dialogue social à La Martinique », Intefp 2000, p. 17.

Si l'on retient une conception plus large du litige comme portant certes sur un point de droit mais n'étant pas encore présenté à un juge, il faut alors souligner l'intervention possible de commissions de conciliation prévues obligatoirement, en France, dans les conventions collectives susceptibles d'extension. Il faut aussi ne pas oublier la conciliation informelle réalisée en matière de droits individuels ou dans le cadre d'un conflit collectif par certains services d'inspection du travail⁴³.

Enfin, si l'on retient une conception très large du règlement des litiges sociaux allant jusqu'à inclure la résolution de conflits collectifs, on retrouve en France le règlement judiciaire (compétence du juge de droit commun) ainsi que les procédures officielles mais facultatives de conciliation, de médiation et d'arbitrage, formalisées longuement au sein du code du travail qui tiennent en pratique une place très limitée⁴⁴. Entre la voie judiciaire classique et ces modes alternatifs quasi-obsolescents, on doit relever l'importance de la médiation judiciaire⁴⁵ ; celle-ci constitue une sorte d'hybride, de solution mixte : le juge reste juge du règlement de l'affaire, mais il donne mandat pour tenter une résolution du conflit à un tiers privé ; lorsqu'une solution est trouvée, elle est validée par une ordonnance du juge.

A propos du recours aux modes alternatifs et de leurs résultats, une double interrogation peut être développée sur l'éloignement du droit qu'ils peuvent véhiculer. Le premier niveau de questionnement est celui de l'accommodement avec le droit : s'asseoir sur le droit (même d'un commun accord !) n'est effectivement pas gage d'efficacité de la solution trouvée et de sécurité juridique pour les parties. Le second niveau d'interrogation correspond au fait de se demander de quel droit on s'éloigne ? Du droit étatique ? Du droit légiféré ou négocié ? Ici peut apparaître l'hypothèse du pluralisme juridique, hypothèse que le juriste classique chasse vite de son esprit, souvent trop fait de certitudes.

Mais d'autres interrogations sont ailleurs d'une plus grande actualité. Ainsi, dans les pays anciennement dits socialistes, met-on l'accent sur le lien existant entre système de droit social « en réforme » et nécessité de réforme

⁴³ Quasi officiellement en France, très officiellement en d'autres pays tels que la Tunisie ou l'Algérie (cf. pour ce dernier pays les lois du 6 février 1990 relatives au règlement des conflits individuels du travail et à la prévention et au règlement des conflits collectifs)

⁴⁴ Ph. Auvergnon, « La terminaison de la grève », Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 1997, p.129 et s.

⁴⁵ Dans le cas français, on doit souligner l'importance depuis une trentaine d'année du recours à la médiation judiciaire dans les conflits collectifs (cf. not. A. Jeammaud, La médiation dans les conflits collectifs, in « La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ? », Institut suisse de droit comparé, 1992, p.35), quelques récentes expériences en matière de conflits individuels (B. Blohorn-Brenneur, La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail, in « Gazette du Palais » 1999, n°334) et le développement au sein du code du travail de possibilités d'intervention d'un médiateur lors de projet de licenciements économiques ou de cas de harcèlement moral au travail (cf. N. Moizard, Un retour en grâce des médiateurs ?, in « Droit social », 2002, p. 325)

des modes de règlement des litiges⁴⁶. Dans le cadre d'une transition politique et économique, le dialogue social souhaitable peut, si l'on retient l'exemple slovène, s'avérer être un facteur de ralentissement des réformes. Tout un ensemble de questions qui vont de la composition des juridictions à la procédure (spéciale ou de droit commun) sont ouvertes, posées sur la table de négociation, sans que ne se dessine nettement l'orientation de demain. Pendant ce temps, pour des problèmes d'organisation, d'adaptation du droit, d'irrespect parfois généralisé de la législation, la question de la durée des procédures s'alourdit. Les juges, formés à la simple application du droit, se convertissent difficilement à l'interprétation. En revanche, les avocats ont « naturellement » compris qu'ils avaient intérêt financièrement à faire traîner en longueur les actions en justice. Dans de nombreux pays en transition, la question du règlement des litiges sociaux, révèlent les « hésitations » que renforce peut-être le bal des experts étrangers venus vendre « clé en main » leurs propres modes de règlement des litiges⁴⁷.

Il reste toujours étonnant de voir des « experts » en droit social s'adonner à des activités « d'import-export » de modèles nationaux. On souligne moins souvent combien au sein d'un même pays, il peut être illusoire de se livrer à l'implantation d'un mode de règlement, hors de son contexte, par exemple l'arbitrage des griefs hors présence syndicale au Canada⁴⁸. En toute hypothèse, dans ce pays, « l'arbitrage des griefs » n'est pas un « mode alternatif » mais le seul mode de résolution des litiges provenant de l'interprétation ou de l'application de la convention collective⁴⁹.

Il n'en demeure pas moins que le fait que les « parties au contrat » définissent et contrôlent le fonctionnement de l'arbitrage des griefs alerte sur une question souvent peu discutée en Europe, sauf récemment en Espagne⁵⁰, celle de l'intervention des partenaires sociaux dans l'encadrement juridique du règlement des conflits. Même s'ils ne s'impliquent pas de la sorte, ces derniers pourraient avoir intérêt parfois à surveiller de près certaines modalités de règlement des conflits, ainsi des mécanismes de conciliation qui, en Argentine, semblent prendre leur part dans la transformation du système de sources et du droit du travail lui-même⁵¹. Certes, il faut ici rappeler le contexte général de flexibilisation des relations de travail et de pression patronale visant à une redistribution des espaces normatifs au profit de l'autonomie de la volonté individuelle. Toutefois, les nouveaux mécanismes argentins (des années 90) de conciliation individuelle devant un tiers et de conciliation obligatoire en cas de conflit « pluri-individuel » peuvent conduire, en donnant lieu à des accords vérifiés trop formellement, à la remise en cause de normes supérieures. On ne

⁴⁶ Cf. P. Koncar, A propos du règlement des conflits du travail et des affaires sociales en Slovénie, dans le présent ouvrage p. 193 et s.

⁴⁷ P. Koncar, op. cit.

⁴⁸ G. Trudeau, op. cit.

⁴⁹ G. Trudeau, op. cit.

⁵⁰ Cf. « Segundo Acuerdo sobre Solucion Extrajudicial de Conflictos Laborales » (ASEC-II), accord du 31 janvier 2001, signé par les organisations patronales (CEOE, CEPYME) et les organisations syndicales (CCOO, UGT), Madrid, Fundacion SIMA 2001, 41 p.

⁵¹ A. Goldin, op. cit.

doit toutefois pas se tromper : un tel phénomène ne relève pas d'une permission du droit positif mais bien d'une complicité administrative. On prend ici conscience d'un lien possible entre évolution des procédures (y compris de règlement de conflit) et droit substantiel du travail sur fond de débat sur les possibilités ou non de renoncer à des droits dans le cadre de règlement des litiges sociaux

Passant d'un continent à l'autre, une question devait finir par se poser : existe-t-il des contextes socio-économiques mais aussi culturels plus favorables que d'autres à l'existence de « modes alternatifs » ? De ce point de vue, l'exemple de pays africains rappelle que l'accès au juge étatique n'est pas évident en termes aussi bien de proximité que de coût⁵². Des modes alternatifs de règlement des conflits peuvent s'avérer plus efficaces. La promotion de l'arbitrage, notamment dans le cadre du Traité de l'OHADA, peut être analysée, par ailleurs, comme une sorte de privatisation de la justice rentrant parfaitement dans le cadre des politiques d'ajustement structurel et des resserrements des budgets de la justice. Plus fondamentalement, il est permis de s'interroger sur le fait que « le traitement occidental du conflit suppose qu'on donne raison à quelqu'un » et qu'il n'en va pas partout de la même manière. Le pluralisme institutionnel et normatif vécu dans certains pays d'Afrique conduit à une relative « informellisation »⁵³ des droits du travail et des modes de règlement des conflits. Le recours aux normes et acteurs de la tradition apparaît comme une alternative permanente. Ainsi, lorsqu'un conflit collectif éclate, il est très souvent traité de façon concurrentielle par les deux systèmes dits « moderne » et « coutumier ».

On retrouve ici, à nouveau, la discussion de l'existence ou de la possibilité d'un pluralisme d'ordres juridiques. Il faut toutefois souligner combien tout dépend de la reconnaissance d'un ordre par l'autre - dans le cas précis de celle de l'ordre étatique -, combien ce dernier a seul le pouvoir de coercition. On doit aussi relever les risques qu'emportent, pour l'état de droit, certains pluralismes institutionnels et normatifs. Mais, le principal enseignement n'est-t-il pas d'observer comment, suivant le contexte, le bilan coût/avantage que l'on peut faire à propos de l'efficacité du mode de règlement et du respect du droit, n'est pas le même ? C'est ainsi que venus chercher une réponse à deux interrogations principales concernant l'existence de politiques jurisprudentielles en droit social et les modes de règlement des litiges sociaux, on repart avec quelques dizaines de questions dues au charme maléfique du droit comparé du travail...

⁵² M. Samb, Pluralisme juridique et institutionnel : à propos de la résolution des conflits sociaux par les modes alternatifs dans les pays africains, dans le présent ouvrage p. 203 et s.

⁵³ M. Samb, op. cit.