

# LA MODÉLISATION DES ARRÊTS DE LA COUR D'APPEL STATUANT EN MATIÈRE SOCIALE

Par

Michel ZAVARO

*Président de Chambre, Cour d'appel d'Aix-en-Provence*

Cédric BOUTY

*Chargé d'enseignements à l'Université d'Aix-Marseille III, Assistant de justice*

Les modèles sont des représentations schématiques de processus, de démarches raisonnées. La modélisation des actes juridictionnels, que l'on peut définir comme l'établissement de décisions types, est très mal perçue par les praticiens du droit et par le public. Les uns craignent d'y perdre un peu de leur statut, les autres refusent d'envisager la justice indépendamment d'une recherche du Juste qu'ils perçoivent comme un idéal transcendantal et réfractaire à toute représentation schématique d'un raisonnement logique. Les uns et les autres ont tort. Les juristes s'opposent ainsi à un mouvement susceptible de leur permettre d'améliorer la qualité de leur production ; la modélisation est un moyen économique d'assurer la cohérence de leur activité ; c'est la seule façon de satisfaire aux exigences du contentieux de masse sans le soumettre à un traitement autre que judiciaire. Les justiciables devraient quant à eux se rappeler que la loi, aussi injuste soit-elle, est le seul garant de leur liberté.

La médecine, depuis quelques années, procède à une vaste entreprise de modélisation avec l'établissement de références médicales opposables à partir de protocoles d'études qui évoluent constamment. Force est de constater que les médecins des hôpitaux universitaires qui ont entrepris ces études, n'ont rien perdu de leur statut, bien au contraire ; les efforts que font les cliniques privées pour participer à ces activités en montre bien tout le prestige et toute l'importance.

La modélisation des actes juridictionnels va donner des référents, c'est à dire des réponses supposées convenables à un problème juridique quelconque et, si ces référents sont acceptés par le juge, des modèles qu'il répètera dossier après dossier jusqu'à ce que change la règle de droit. Il pourra même confier la majeure partie de ces dossiers à ses collaborateurs car la part de la décision individuelle pourra être très réduite. Cela pose de nombreuses questions : qui établira ces référents ? Comment les modifiera-t-on pour tenir compte de l'évolution du droit ? Comment les mettra-t-

on en œuvre ? Que laisseront-ils subsister de la fonction juridictionnelle ? Le juge enfin pourra-t-il s'écarter des modèles ?

Les modèles ne sont pas le droit ; ils n'en sont même pas l'application ; ils ne représentent qu'une proposition d'application de la règle de droit un peu comme les circulaires d'application des normes nouvelles que la chancellerie élabore à l'intention du personnel judiciaire lors de chaque réforme. Ils peuvent donc être établis par n'importe qui et ne s'imposent à personne ; les essais sont nombreux (1), chaque juridiction traîne son lot d'imprimés plus ou moins périmés, plus ou moins adaptés, car ce qui caractérise tous les essais de modélisation, c'est l'absence de suivi. Il vaut sans doute mieux voir les avocats d'abord, le juge ensuite reconstruire, dossier après dossier les mêmes raisonnements plutôt que les confronter à des modèles périmés. C'est pourquoi, il nous semble que la modélisation des actes juridictionnels est nécessairement une entreprise collective qui devra être conduite dans la durée.

La modélisation est le préalable nécessaire au traitement automatique des procédures mais celui-ci n'en est pas obligatoirement la conséquence. On l'a bien vu en médecine où les recherches sur le diagnostic automatique restent marginales alors que le travail de définition des référents opposables est considérable. Il pourrait être de même de l'activité juridictionnelle d'autant que l'ordinateur n'en est pas nécessairement, aujourd'hui encore, l'outil le plus efficace. Les progrès de la logique floue et de l'auto-apprentissage permettraient de pallier le fait que la rhétorique judiciaire est loin de reposer sur une logique formelle, mais l'informatisation des processus décisionnels sera pour l'opérateur d'une lourdeur épouvantable car il sera obligé de dégager et de saisir l'ensemble des variables de l'affaire. Il serait en effet extrêmement difficile de mettre au point un processus de compréhension globale du procès qui évite que le programme ne renvoie un message d'erreur au cas où l'opérateur ne saisirait que les variables qu'il estimerait nécessaires.

Avant d'être le préalable d'un mode de production, la modélisation des actes juridictionnels est la première phase d'une démarche qualitative qu'il serait urgent de mettre en place. Il n'y a pas plus de juges dans l'ordre judiciaire aujourd'hui qu'au début du siècle et la justice est rendue plutôt plus rapidement ; or l'importance quantitative du contentieux a explosé. Les gains de productivité se sont nécessairement faits au détriment, sinon de la qualité, du moins de la sécurité. La qualité de la rédaction, celle des raisonnements dépendent essentiellement de l'engagement individuel de chacun. Le travail en juge unique s'est imposé massivement, les délibérés sont devenus le plus souvent théoriques ; la recherche de la productivité a tué la collégialité alors que celle-ci constituait, et constitue encore devant les juridictions administratives, le seul garant de la qualité de l'activité juridictionnelle. Il n'y a plus, au moins dans les juridictions judiciaires, de démarche qualité collective. La modélisation est peut-être le moyen de la restaurer sous une forme nouvelle ; tout dépend du degré de précision auquel les juristes qui seront chargés de conduire les protocoles d'études parviendront.

La modélisation peut, comme tout système de contrôle, porter atteinte à la liberté du juge dans l'exercice de son ministère, mais il ne nous semble pas que cette circonstance constitue un obstacle dirimant, du moins si l'on veut bien admettre que cette liberté n'est pas sans limite. Ce qui est en cause, c'est la possibilité pour le

(1) Pour une telle expérience au sein de la Cour d'appel de Douai en matière de divorce : P. Estoup "Informatique droit processuel et professions judiciaires" *JCP* 1988, I, 3368. La Cour de cassation a eu l'occasion de juger que l'utilisation par les juges de motifs établis d'avance sur un formulaire n'est prohibée par aucun texte et ne saurait être considérée comme incompatible avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cass. civ. 2ème, 31 janv. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan. jur. 124, obs. critiques S. Guinchard).

juge de faire prévaloir son interprétation de la loi, dans le jugement qu'il rend, sous réserve pour la juridiction de renvoi après cassation prononcée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation "de se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci" (2) ; cette liberté n'est pas licence de juger sans raison, elle ne doit même pas permettre à chacun d'élaborer sa jurisprudence personnelle. La liberté de juger est déjà remise en cause par les exigences dactylographiques des chaînes pénales et bientôt civiles ; l'expérience que nous en avons acquise nous permet de penser qu'elle dépend surtout de la conscience du magistrat qui imposera sa décision ou cédera à la pression d'un greffe pour qui l'indépendance du juge se résume bien souvent en des travaux de dactylographie supplémentaires. Il n'y a pas de raison que des études entreprises, non plus au niveau de l'exécution ou de la gestion du papier, mais en amont, au niveau de la règle de droit compromettent plus sérieusement l'indépendance du juge ; nous pouvons donc en venir à notre sujet.

Le domaine du droit du travail est particulièrement propice à une étude de modélisation des décisions juridictionnelles, car le contentieux y est très répétitif. On constate en effet, au niveau de la Cour d'appel, que 90 % des litiges portent sur la rupture du contrat de travail et qu'une rupture sur deux résulte d'un licenciement pour motif personnel. Par ailleurs, le droit du travail, presque intégralement d'ordre public limite plus qu'ailleurs la portée du principe dispositif et restreint la liberté du juge ; de nombreuses dispositions instituent des effets automatiques, pour l'application desquels les circonstances particulières de l'affaire indiffèrent. Il suffit par exemple de penser aux planchers institués en matière d'indemnisation (articles L 122-14-4, L 122-32-7 du Code du travail).

Pour essayer de schématiser le processus décisionnel en matière juridictionnelle et ébaucher ainsi les bases d'une réflexion sur la modélisation des arrêts de la Cour d'appel statuant en matière sociale, il faut s'interroger sur les méthodes de travail du juge. Celui-ci doit justifier sa décision pour que le justiciable la comprenne et que la juridiction supérieure puisse exercer son contrôle. Pour y parvenir, il doit examiner les différentes questions dont la solution du litige dépend dans un ordre logique. Même si ce dernier varie au gré des circonstances, quelques principes peuvent être dégagés et l'on peut parfaitement modéliser le plan de la décision. Ce n'est qu'ensuite que l'on s'intéressera vraiment au contenu de la décision. La modélisation du plan de la décision (I) peut ainsi être distinguée de la modélisation de la motivation de cette décision (II).

## I - LA MODÉLISATION DU PLAN DE LA DÉCISION

La décision de justice comprend trois parties en plus des mentions prévues par l'article 454 du nouveau code de procédure civile. Il s'agit de l'exorde qui traite des faits, de la procédure et des prétentions des parties, des motifs et du dispositif. Ces trois parties sont généralement exposées dans cet ordre, encore qu'on pourrait parfaitement imaginer que le dispositif soit présenté en premier. Ce serait d'ailleurs une excellente chose si les greffes le faisaient figurer ainsi que la formule exécutoire, sur la feuille double qui constitue la couverture du jugement au lieu de le dactylographier sur des feuilles volantes à la suite avec les risques de fraude que l'on peut imaginer dans une procédure sans représentation obligatoire. Mais la modélisation concerne essentiellement l'exorde et les motifs et ce sont les deux parties de l'arrêt que nous étudierons

(2) Code de l'organisation judiciaire art. icle L 131-4 al. 2.

*a - La modélisation de l'exorde* : L'arrêt, comme toute décision juridictionnelle, doit comporter un certain nombre de mentions (3), mais la procédure prud'homale étant orale et sans représentation obligatoire, le jugement devra préciser avec un soin particulier les modalités de comparution à l'audience des parties (4) et leurs prétentions. Celles-ci doivent être consignées dans un procès-verbal à moins qu'elles n'aient été formulées dans un écrit versé au dossier de la procédure ; les parties procédant généralement ainsi, doivent néanmoins comparaître pour faire référence à leurs écritures et le dossier doit en porter la trace (5). En pratique, on constate que la plupart des décisions ne font - implicitement d'ailleurs - référence au caractère oral de la procédure qu'en cas de désistement de l'appel principal, pour rejeter l'appel incident qui n'aurait pas été formalisé dans le mois de la signification du jugement critiqué. Pour le reste, les rédacteurs reprennent trop souvent les conclusions écrites des parties sans préciser leurs sources. La modélisation de la décision les conduira à faire expressément référence au procès-verbal que le greffier d'audience est censé avoir dressé ou aux écritures présentées par les parties et versées au dossier de la procédure. S'agissant d'une procédure orale, les conclusions récapitulatives (6) ne sont pas obligatoires, la modélisation impose donc que l'on fasse précisément référence aux écritures que les parties vont soutenir. Celles-ci n'étant généralement pas datées, il conviendrait d'en numéroter chaque jeu pour indiquer les numéros des écrits développés à l'audience.

L'article 455 du nouveau code de procédure civile prévoit que l'exposé des prétentions et des moyens des parties doit être succinct et qu'il peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Cette facilité, issue du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, a été conçue pour la procédure écrite, elle repousse les limites déjà fort permissives que la Cour de cassation avait posées. En effet, si la haute Cour avait jugé, sous le régime antérieur, que la décision qui se borne à viser, par simple énoncé de leur date, les conclusions des parties, violait les dispositions de l'article 455 (7) de même que la décision qui ne comporte aucun exposé, même sommaire des prétentions et moyens des parties (8), elle avait admis que la mention des moyens présentés par les parties pouvait résulter, même succinctement, des énonciations de la décision (9), le critère tenant au point de savoir si la Cour de cassation avait été mise ou non en mesure d'exercer son contrôle (10).

Le juge dispose donc d'une grande latitude dans la précision qu'il entend donner à l'exposé des prétentions respectives des parties et de leurs moyens, même quand il pense que son texte doit permettre au justiciable, en plus du contrôle de la Cour de cassation, de comprendre les raisons de la décision. Il en résulte qu'il n'existe pas de plan type utilisable quel que soit la solution du litige ; en effet, si l'appel doit trébucher sur une irrecevabilité, il n'y a aucune raison de perdre son temps à exposer dans l'exorde, les faits, prétentions et moyens respectifs des parties qui pourraient y trouver leur place quand ils appartiennent à un subsidiaire que le juge n'examinera pas quand il passera à la rédaction de la 2ème partie de l'arrêt. Il importe peu de connaître le montant exact d'une prétention quand elle sera rejetée avant d'être examinée au fond ; il suffit dans ce cas, d'indiquer qu'il est réclamé des

(3) Art 454 et s. N.C.P.C.

(4) Art 931 et s. N.C.P.C., art. R 517-9 C.trav.

(5) Art. 946 N.C.P.C.

(6) Décret n° 98-1231 du 28 déc. 1998 art. 954, al. 2, N.C.P.C.

(7) Cass. 2ème civ., 16 avril 1986, D. 1986, 59, note Richevaux.

(8) Cass. 2ème civ., 3 mai 1985, Bull. civ. II, n° 90.

(9) Cass. 2ème civ., 21 mars 1974, Bull. civ., n° 105.

(10) Cass. soc., 19 juin 1990, Bull. civ., n° 296.

dommages intérêts en réparation du préjudice résultant de la rupture du contrat de travail.

Nous essayons habituellement de construire le plan de nos arrêts à partir de la décision pour ne développer que les éléments nécessaires à la Cour de cassation afin d'exercer son contrôle et ainsi que ceux qui sont susceptibles de permettre au justiciable de comprendre les motifs d'une décision qu'il est ainsi plus à même d'accepter ou de refuser si elle lui paraît erronée ; on va constater, en envisageant un appel mené à son terme, que tout essai de modélisation doit être conduit ainsi en combinant les exigences de la motivation de la décision avec la nécessité de répondre aux demandes que la décision ne rendrait pas sans objet. À défaut, la modélisation conduirait à développer un système d'une effroyable lourdeur.

Si le débat ne trouve pas son terme dans la constatation d'une irrecevabilité, l'ordre de présentation des faits, de la procédure et des prétentions des parties ne variera guère en son principe, mais un certain nombre de rubriques seront utilisées ou non, selon ce que commandent les moyens soutenus par les parties et la décision.

Le juge peut suivre un ordre chronologique en indiquant les faits à l'origine du litige, l'acte introductif d'instance, le jugement de première instance, la déclaration d'appel, les demandes et - éventuellement - les moyens avancés de part et d'autre ; il peut également rompre la chronologie en commençant par la déclaration d'appel à l'origine de sa saisine, pour relater ensuite les faits et les différentes phases de la procédure. Les deux ordres sont logiques, le premier permet de déterminer les éléments de solution du litige avant même de poser les questions qui commandent le procès, il est lourd mais correspond bien à l'esprit du procès prud'homal où l'importance des règles d'ordre public limite la liberté des parties ; le second, plus concentré sur les demandes, permet de mettre les motifs de la décision plus en valeur en les associant à l'exposé des moyens présentés par les parties ; cette formule a notre préférence mais force nous est de reconnaître qu'il n'y a objectivement aucune raison d'en imposer une plutôt que l'autre.

*b - La modélisation de l'exposé des motifs* : Il est inutile de développer dans l'exorde les moyens des parties ; ceux-ci peuvent être exposés dans les motifs, de telle sorte qu'il y sera répondu au fur et à mesure ; il convient toutefois de définir les renseignements que l'on va estimer devoir mentionner dans l'exorde ou dans l'exposé des motifs pour pouvoir affirmer que l'appel est recevable, que rien ne permet de mettre cette recevabilité en cause et qu'il convient de statuer sur les pièces et explications fournies de part et d'autre dans des conditions qui seront précisées. La discussion porte généralement sur le mandat de la personne qui a relevé appel quand ce n'est pas le justiciable lui-même, sur le point de savoir si le jugement a été rendu en 1er ou en dernier ressort, si l'appel a été formé dans les délais, si la règle de l'unicité de l'instance ne rend pas les demandes irrecevables et si le principe du contradictoire a bien été respecté.

Si l'un de ces moyens est soulevé, il faudra que le juge puise dans le dossier les éléments particuliers de réponse et il devra choisir le moment de les exposer ; ainsi, la fin de non-recevoir tirée du principe de l'unicité de l'instance (11) ne devra être évoquée que si l'une des parties l'invoque puisque cette règle, n'étant pas d'ordre public, ne peut être soulevée d'office par les juges (12). Dans le silence des parties, le juge doit faire la part de l'ordre public dont il lui appartient, en principe, de respecter et de faire respecter les prescriptions ; la difficulté dans une perspective de modélisation consiste à définir quels renseignements il doit extraire de la procédure

(11) R 516-1 C. trav.

(12) Cass. soc., 20 juin 1990, Bull. civ., n° 311.

pour permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et à quel endroit de l'arrêt il doit les exposer ? La tardiveté de l'appel par exemple doit être relevée d'office (13). Le juge devra donc décider s'il lui appartient de mentionner dans sa décision les éléments attestant qu'il a vérifié la régularité de la procédure ou s'il se contente d'une formule générale affirmant que la recevabilité de l'appel n'est pas discutée et que rien dans le dossier de la procédure ne permet de la mettre en cause.

Pour illustrer cette difficulté, on peut également prendre en exemple l'application du principe du contradictoire. Cette règle est d'ordre public ; son inobservation doit être relevée d'office (14) et sanctionnée comme il convient ; encore faut-il préciser les conditions de l'infraction pour déterminer l'étendue des obligations du juge.

Le caractère oral de la procédure permet aux parties de former des demandes additionnelles ou reconventionnelles pour la première fois à l'audience et jusqu'à la clôture des débats (15). Le juge n'a pas la possibilité de les écarter pour tardiveté ; il peut seulement renvoyer l'examen de l'affaire à une audience ultérieure. Ces demandes, en cas de non-comparution de l'adversaire, doivent lui être spécialement notifiées, y compris celles concernant les frais de procédure non compris dans les dépens (16) et il doit résulter des pièces de la procédure qu'elles l'ont été (17). Le juge aura donc tout intérêt à vérifier et, partant, à mentionner dans sa décision la date et les modalités de cette notification. Il est par contre moins contraignant lorsque les parties ont comparu puisqu'il a été jugé qu'il résulte nécessairement de la décision précisant que les parties ont été entendues à l'audience en leurs plaidoiries, que les conclusions déposées le jour même ont été l'objet d'un débat contradictoire (18).

Le juge, à la différence des demandes nouvelles qu'il est obligé d'accueillir malgré leur tardiveté, a la possibilité de rejeter des débats les pièces qui n'auraient pas été régulièrement communiquées et soumises à la libre discussion des parties. Toutefois, la jurisprudence réduit l'obligation résultant de l'article 16, alinéas 1 et 2, du nouveau code de procédure civile puisqu'elle estime que "les documents sur lesquels les juges se sont appuyés et dont la production n'a donné lieu à aucune contestation sont réputés, sauf preuve contraire, avoir été régulièrement produits et soumis à la libre discussion des parties" (19). Cette présomption de régularité est assez sévèrement limitée par la 2ème chambre civile de la Cour de cassation qui refuse de l'appliquer toutes les fois que les circonstances lui ôtent toute vraisemblance (20) et il faudra procéder à une analyse précise de la position de la chambre sociale avant d'arrêter un modèle.

Nous partons du principe que l'exorde n'a pas à exposer les moyens des parties ou ne doit les traiter que de façon sommaire. L'exposé des motifs va donc prendre une importance particulière. Il sera construit en deux parties : la première sera consacrée aux problèmes de recevabilité et la seconde à ceux du fondement de l'appel.

La plupart du temps, le salarié forme plusieurs demandes ; les unes fondées sur la rupture du contrat de travail (dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, indemnité de licenciement, de préavis...), les autres tendant à obtenir des rappels de salaire pour quelque motif que ce soit : non respect des

(13) Art. 125 N.C.P.C. ; cass. 2ème civ., 21 juillet 1986, *Bull. civ.*, n° 133.

(14) Cass. civ., 7 mai 1828, S.1828, 1, 93.

(15) Cass. soc., 19 nov. 1987, *Bull. civ.* n° 669.

(16) Art. 68 N.C.P.C. ; cass. soc., 9 juil. 1985, *Bull. civ.* n° 420.

(17) Cass. soc., 19 juin 1986, *Bull. civ.* n° 326.

(18) Cass. soc., 7 mai 1987, *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. 485, obs. Guinchard et Moussa.

(19) Cass. soc., 8 nov. 1984, *JCP* 1985, IV, 25.

(20) Cass. 2ème civ., 5 mai 1986, *Bull. civ.* n° 72.

classifications professionnelles prévues par la convention collective, non paiement d'heures supplémentaires effectuées, non paiement de primes d'ancienneté ou de fin d'année etc. En effet, même si le salarié ne saisit le conseil de prud'hommes qu'une fois la rupture du contrat de travail consommée, existait généralement, dès avant ce moment, un contentieux larvé quant à l'exécution, par l'employeur, de ses obligations, si bien que le juge sera rarement saisi du seul licenciement. Il devra, pour répondre à l'ensemble des demandes qui lui seront ainsi présentées, établir un plan de travail.

Certains s'attachent à l'importance respective des demandes pour considérer que la question du licenciement est la plus importante et doit être étudiée en premier. Cette méthode est généralement utilisée lorsque les demandes formulées en même temps sont peu nombreuses ; elle a l'avantage de bien répondre à l'attente des parties, pour qui l'essentiel est de déterminer qui doit supporter la responsabilité de la rupture. En cela, on peut dire que cette méthode est sociologique ; elle n'est pourtant pas logique et nous préférons suivre le déroulement chronologique de la relation contractuelle pour distinguer :

"Les demandes qui procèdent de la formation du contrat de travail" ;

"Les demandes qui procèdent de l'exécution du contrat de travail" ;

"Les demandes qui procèdent de la rupture du contrat de travail".

Il est clair que si un problème d'existence ou de validité du contrat de travail se pose, il doit être réglé avant les demandes résultant de l'exécution ou de la rupture de ce prétendu contrat, puisque son existence conditionne ces demandes. Il est de même préférable, dans bien des cas, de traiter les demandes qui procèdent de l'exécution du contrat avant d'envisager celles qui résultent de la rupture : l'analyse des conséquences financières du licenciement dépend directement du montant du salaire perçu ; il est donc impensable d'envisager de fixer l'indemnité de rupture avant d'avoir déterminé le salaire moyen perçu ou qui aurait dû être perçu par le salarié ; l'indemnité de licenciement, l'indemnité compensatrice de préavis et même les dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sont calculés par référence au salaire moyen perçu par le salarié pendant telle ou telle durée que la loi détermine. Parfois même, l'examen des demandes procédant de l'exécution du contrat est nécessaire à l'appréciation de la rupture, l'inexécution par l'employeur de ses obligations permettant au salarié de prendre acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur.

Si on veut bien accepter cette division, il faudra encore régler préalablement les fins de non recevoir à caractère général qui auront pu être présentées comme l'existence d'un reçu pour solde de tout compte régulier que le salarié n'aurait pas dénoncé utilement dans le délai. Sous cette réserve, le rédacteur pourra enfin s'intéresser à la modélisation de la motivation de la décision.

## II - LA MODÉLISATION DE LA MOTIVATION DU JUGEMENT EN MATIÈRE SOCIALE

Modéliser une partie de la motivation pose peu de problème lorsqu'il ne s'agit que d'énoncer les principes juridiques que le juge entend appliquer. D'ailleurs, les magistrats qui rédigent leurs décisions sur ordinateur avec des programmes de traitement de texte ont presque tous mis au point leurs propres grilles de saisie ainsi que des bibles de paragraphes qu'ils appellent à la demande. Ainsi, selon que le rédacteur aura à caractériser une faute lourde, une faute grave ou une cause réelle et sérieuse de licenciement, il utilisera respectivement les formules suivantes :

"Attendu que la faute lourde est celle que le salarié commet avec l'intention de nuire à son employeur et qui, à ce titre, rend impossible la continuation du

contrat de travail, même pendant la durée du préavis, qu'elle a pour effet de priver le salarié des indemnités de licenciement et de préavis ainsi que de l'indemnité compensatrice de congés payés";

"Attendu que la faute grave est la faute d'une gravité telle qu'elle rend impossible la continuation du contrat de travail, même pendant la durée du préavis, qu'elle a pour effet de priver le salarié des indemnités de licenciement et de préavis";

"Attendu que la cause réelle et sérieuse résulte d'un fait du salarié qui rend impossible, sans dommages pour l'entreprise, la continuation du contrat de travail".

De telles formules peuvent s'avérer utiles puisque, tout en faisant gagner du temps au rédacteur, elles permettent une certaine rigueur pédagogique dans l'exposé des motifs de la décision, les principes juridiques étant systématiquement rappelés. Elles sont cependant souvent inefficaces et lourdes voire inélégantes; le premier grief est justifié par le fait que l'énoncé de la règle ne dispense pas le juge de qualifier précisément les faits qui lui sont soumis à peine de cassation pour défaut de base légale (21), le second parce que le rappel de l'intégralité de la règle est redondant et ne présente généralement aucun intérêt dès l'instant où les faits sont convenablement qualifiés.

En réalité, ces bibles de paragraphes ne présentent véritablement d'intérêt que dans la mesure où chacun d'entre eux est rédigé comme l'élément constitutif d'un arrêt. Leur qualité dépend alors de leur interchangeabilité avec les autres paragraphes, mais on débouche très vite sur la constatation qu'il doivent être trop nombreux pour être gérés manuellement sauf à demander au rédacteur de coder sa saisie avec des tables comparables à celles qui ont été imposées aux parquets pour le service des chaînes pénales automatisées. Il est peu probable que les magistrats du siège des cours d'appel acceptent une telle contrainte.

C'est pourquoi les bibles de paragraphes resteront limitées aux formules types utilisées pour condamner l'employeur à rembourser aux ASSEDIC tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié dans une limite que la décision fixera à six mois de salaire au plus (22), pour débouter l'intimé de sa demande en dommages intérêts pour procédure abusive ou pour déterminer le débiteur des dépens et fixer le quantum des frais non compris dans l'état des dépens qu'il serait manifestement inéquitable de laisser à la charge de l'un ou l'autre. On voit ainsi que le profit est mince. Il en sera de même tant que la rédaction des paragraphes n'aura pas été programmée au sein d'un système expert qui, d'une part, évitera à l'opérateur de rechercher indéfiniment le paragraphe correspondant à ce qu'il veut dire et, d'autre part, lissera le texte pour assurer la cohérence du style. Mais, même dans ce cas, il faudra dactylographier une partie de la décision ne serait-ce que parce qu'il est pratiquement impossible de qualifier une rupture sans intégrer dans la décision le texte de la lettre de licenciement dans le jugement; il faudra en outre construire un système paramétrable au gré des manies d'auteur de chacun, un système utilisable d'instinct, sans véritable apprentissage, un programme susceptible d'être débrayé pour permettre au rédacteur de prendre la main sur la logique de la machine quand il l'estimera nécessaire, une banque de données facile enfin à mettre à jour pour assurer son adaptation à l'évolution du droit. Les progrès de l'informatique sont rapides, mais il ne s'agit pas de cela en l'espèce; ce qui est en cause, c'est la possibilité pour les services de la chancellerie de concevoir un programme simple, ouvert et évolutif; leurs échecs passés et le sens de leurs interventions sur les

(21) Cass, 2ème civ., 21 juil. 1986, *Bull. civ.* n° 133.

(22) C. trav., art. L 122-14-4.

réalisations confiées à des entreprises privées montrent bien la faiblesse de leur potentiel.

Cela ne signifie pas pour autant que la modélisation doive, en matière sociale, être abandonnée. Elle peut en effet constituer un apport important du double point de vue de l'apprentissage du droit social et du contrôle de son application.

L'enseignement du droit social est assuré de façon traditionnelle, à partir de la description de l'institution, mais une partie de son public est surtout concernée par son application à des situations pathologiques, militants syndicaux, conseillers prud'hommes qu'il faut former à sa pratique et, pourquoi pas, magistrats professionnels qui, lorsqu'ils sont affectés dans la formation d'appel à des chambres sociales, sont obligés de faire appel à des souvenirs lointains pour remplir leur office. Cette approche est, en grande partie, celle des revues spécialisées qui, par le biais d'articles ou de commentaires d'arrêts, ont un regard plus pratique de la manière que les manuels classiques. Une tentative de modélisation conduirait, d'une part, à systématiser l'exposé de la problématique, à fédérer notes et articles au sein d'un plan pour éviter des lacunes parfois surprenantes et, d'autre part, à donner au contenu de l'enseignement une légitimité qu'il n'a pas forcément. Cette idée est empruntée au préambule à certains protocoles d'études pour l'établissement de référents opposables en matière médicale qui invoquent expressément la recherche paradoxale d'une expression démocratique de la vérité scientifique. Le paradoxe n'est cependant qu'apparent si on veut bien admettre que la vérité scientifique ne correspond qu'à l'état actuel des connaissances et qu'on est obligé de se protéger de ses insuffisances en avançant un principe indéterminé de précaution pour interdire quelque chose dont on pressent qu'elle est susceptible de nuire sans pouvoir le démontrer scientifiquement. Il en va de même en matière juridique où les conséquences d'une règle, voire de son évolution, ne sont déterminées avec certitude qu'au terme d'un processus de définition dont les étapes ne sont pas prédéterminées. La doctrine propose des solutions pour autant qu'elle perçoive le problème, mais ces propositions ne valent que par le prestige de leurs auteurs et l'on est parfois surpris des divergences qui les séparent ainsi que des réactions de la jurisprudence.

Ce processus de recherches collectives ne se réalise certainement pas dans les colloques où le rapporteur qui a seul préparé son sujet, domine l'assemblée quand il ne doit pas affronter une opinion dissidente sans pour autant pouvoir susciter une réflexion collective; il a cependant été mis en œuvre au moins une fois, en droit de la construction, avec le COPAL (23) réuni autour d'Adrien Spinetta, pour étudier les difficultés de mise en œuvre de la loi du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité des constructeurs et à l'assurance obligatoire; toutefois, les travaux de ce comité se sont arrêtés avec la retraite et la disparition de son animateur et il n'est pas sûr que les rapports qui sont commandés par le gouvernement à telle ou telle équipe de chercheurs et d'enseignants puissent les remplacer faute justement de cet esprit démocratique.

Modéliser revient à fixer un savoir faire, à définir les règles de l'art à un instant donné; c'est le préalable nécessaire à toute affirmation d'une responsabilité professionnelle et, si la responsabilité civile des avocats est de plus en plus souvent recherchée pour pallier les conséquences financières de la perte d'un procès, les magistrats ne pourront pas se retrancher éternellement derrière leur indépendance pour refuser d'assumer les conséquences financières de leurs erreurs de droit. La modélisation est également indispensable si l'on pense qu'un jour ou l'autre, les

(23) Comité pour l'application de la loi du 4 janvier 1978, siégeant auprès du Premier ministre et composée de professionnels de la construction et du droit de la construction, *Mon. T. P.*, 21 fév. 1986, p. 46.

exigences européennes du droit à un procès équitable rejettent de notre droit positif la fiction du caractère interprétatif de la jurisprudence pour reconnaître au juge un pouvoir normatif sans effet rétroactif (24). Il va de plus en plus souvent être nécessaire de dater avec précision l'évolution de la règle de droit pour porter un regard critique sur son application et le matériel scientifique dont nous disposons actuellement est très imparfait de ce point de vue.

À l'heure actuelle, la responsabilité des magistrats est exclusivement disciplinaire, elle est mise en cause de façon exceptionnelle, dans des affaires qui n'ont aucun rapport avec le droit social. La responsabilité du service public de la justice est, notamment en ce domaine, plus fréquemment sollicitée, mais il ne s'agit que de sanctionner les lenteurs de la justice parfois incapable de conduire les procès à leur terme dans un délai raisonnable (25). On en viendra un jour ou l'autre à rechercher sa responsabilité pour les erreurs de droit des juges (26) et il sera alors indispensable de pouvoir faire état de référents opposables comme en médecine.

Cette évolution ne conduira pas nécessairement à un gel du droit positif qui ne pourrait plus être modifié que par l'effet de la loi. Le pouvoir créateur de la jurisprudence procède de l'article L 131-4 alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire, mais on ne saurait se retrancher derrière la liberté - relative - du juge de faire prévaloir son interprétation de la loi pour lui permettre d'ignorer celle-ci et rien n'interdit d'imaginer qu'on l'oblige à énoncer la règle commune et les raisons pour lesquelles il entend s'en écarter pour l'exonérer de toute responsabilité.

---

(24) V. C. Mouly, "Le revirement pour l'avenir", *JCP* 1994, I, 3776.

(25) Tribunal de grande instance Paris, 5 nov. 1997, *D* 1998, 9, note M.-A. Frison-Roche.

(26) Voir déjà, Paris, 1ère ch. A, 25 oct. 2000, *D* 2001, 580, note C. Lienhard, où la responsabilité de l'État pour faute lourde a été reconnue sur le fondement de l'article L 781-1 du code de l'organisation judiciaire du fait de négligences constatées dans le traitement d'une procédure d'attribution d'exercice de l'autorité parentale.