



Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale

5, rue du Renard – 75004 Paris - fax : 01.42.71.39.27
mail : afdt.asso@gmail.com - <http://www.afdt-asso.fr>

Intervention de M. Jacques Duplat
Premier avocat général à la chambre sociale
« Le ministère public en droit du travail »
(Séance du 28 mai 2010)

Mme Hélène Masse-Dessen m'a demandé de réagir à l'intervention de M. Patrick Henriot sur le ministère public en droit du travail.

Je me prête d'autant plus volontiers à cet exercice que, comme lui, il y a quelques années, j'ai essayé de donner un peu de "corps" à cette idée lorsque j'avais en charge à la cour d'appel de Versailles le service civil des chambres de la Cour.

Je réagirai donc d'abord en tant qu'ancien acteur et, comme lui, au regard de l'importance des exigences de l'intervention du ministère public devant les juridictions sociales du fond.

Je compléterai ensuite cette réaction par quelques observations sur le rôle de l'avocat général devant la chambre sociale de la Cour de cassation.

I - Tout d'abord en ce qui concerne les enjeux du contentieux social pour le ministère public devant les juridictions sociales du fond.

Je parle à dessein des juridictions du fond, car ce qui a été dit par M. Henriot ou ce que je vais dire, à propos des cours d'appel, est transposable au ministère public devant les conseils de prud'hommes.

En effet, si le parquet est le garant permanent de l'ordre public pénal en ce qui concerne les infractions contre les personnes et les biens, le représentant de la société ne peut se désintéresser des enjeux collectifs résultant de l'ordre public économique ou de l'ordre public social.

En effet, ces enjeux, qui touchent à la vie des entreprises et des salariés, souvent se rejoignent, se combinent, s'interpénètrent ou sont en conflit ouvert.

A cet égard, la présence du ministère public devant les tribunaux de commerce a été davantage institutionnalisée, notamment s'agissant du contentieux des procédures collectives.

Mais ne se trouve-t-on pas également au carrefour du juridique de l'économique et du social, justifiant l'intervention d'un tiers neutre, pouvant porter devant les juges une parole animée par le seul souci de l'intérêt général, dans les procédures de grand licenciement pour motif économique ?

Certes, les parquets abordent déjà le droit social, en tant que partie poursuivante, par le droit pénal du travail, lorsqu'ils traitent des accidents du travail, des infractions à l'hygiène et sécurité, le travail dissimulé ou de multiples autres infractions.

Mais, je ne peux que rejoindre M. Henriot dans son actuel constat de quasi-carence de l'intervention du ministère public devant les chambres sociales, à l'exception de la cour d'appel de Paris et de la cour d'appel de Versailles avant le décès de la très regrettée Mme Bourgeot, alors qu'il a procéduralement la possibilité d'intervenir comme partie jointe.

Et pourtant, le poids du contentieux social dans la vie judiciaire française est loin d'être négligeable puisqu'il représente environ 50 000 affaires devant les cours d'appel, soit le 1/4 du contentieux civil, et à la Cour de cassation plus de 6500 affaires sur 19000 affaires civiles, soit le tiers du contentieux.

Dans le prolongement des observations de M. Henriot, je répondrai donc brièvement à trois questions :

- Pourquoi intervenir ?
- Quant intervenir ?
- Comment intervenir ?

1^{ère} question : Pourquoi intervenir ?

Certes a priori, comme en matière civile, il s'agit de procès entre parties concernant pour l'essentiel des intérêts de nature privée.

Mais, on ne peut perdre de vue le fait que le droit du travail est un droit de protection, qui régit des rapports entre des parties qui ne sont pas en position d'égalité.

C'est pour cette raison que la violation par les employeurs d'un grand nombre de leurs obligations est pénalement sanctionnée.

Par ailleurs, toutes les matières régies par la loi, qui fixe les principes fondamentaux du droit du travail, constituent un minimum social ou ordre public de protection, auquel les normes inférieures à la loi ne peuvent déroger, en vertu du principe de faveur, que dans un sens plus favorable aux salariés.

Certes, le Ministère Public est traditionnellement le gardien de l'ordre public et selon la jurisprudence, l'atteinte à l'ordre public justifie son intervention comme partie jointe.

Mais la notion d'ordre public en matière sociale est en réalité plurielle et protéiforme.

· En droit interne, à côté de l'ordre public social ou de protection, il y'a :

- l'ordre public absolu, auquel il ne peut être dérogé par accord ou par contrat, ni dans un sens favorable, ni dans un sens défavorable (compétence de l'inspection du travail, du conseil de prud'hommes, élections professionnelles ou statut des représentants du personnel).

- l'ordre public de direction qui protège l'intérêt général ;

- l'ordre public dérogatoire qui autorise les partenaires sociaux à retenir une norme moins favorable que la loi (en matière de durée du travail), ou bien, en application de la loi Fillon, à négocier des conventions d'entreprise dérogeant aux conventions de branche dans un sens moins favorable.

· En droit international, l'ordre public impératif protège les intérêts essentiels de l'État et permet de frapper de nullité les clauses qui y porteraient atteinte.

Les contours de la notion d'ordre public en droit social ne sont donc pas aisés à définir.

Les juridictions sociales exercent une particulière vigilance sur le respect de ces différents types d'ordre public et dans le contrôle de la mise en oeuvre de l'ordre public dérogatoire.

Le ministère public a naturellement vocation à les y aider sur le fondement des dispositions de l'article 424 du code de procédure civile, qui prévoit son intervention comme partie jointe pour "faire connaître son avis sur l'application de la loi".

Il apparaît en effet hautement souhaitable que, dans les affaires posant une question de principe, les magistrats du ministère public, qui doivent être les garants des équilibres sociaux, prennent position au nom de la société, comme “bouche de la loi” pour éclairer les juges du fond sur les enjeux d’un procès social.

Ce mode d’intervention, bien ciblé, peut être en effet un utile complément à l’action purement répressive du Parquet.

En effet, une instance prud’homale peut servir de révélateur d’une situation sociale dégradée et être l’occasion pour le ministère public de favoriser une démarche de prévention ou de cessation des comportements illicites, en amont de l’intervention pénale proprement dite.

2^{ème} question : Quand intervenir ?

L’action du ministère public, dès lors qu’il n’intervient comme partie jointe qu’occasionnellement, doit être mesurée.

Quelques lignes simples d’intervention, à travers des exemples de communications obligatoires et facultatives, peuvent être dégagées :

* les cas de communications obligatoires en matière sociale sont peu nombreux.

On peut relever :

- Les demandes de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime ;
- Ou encore les demandes de révision (article 600 de code de procédure civile).

* les cas de communications facultatifs peuvent faire l’objet d’une distinction :

· Les cas où l’intérêt public est directement en cause
Ex - : mise en cause d’États étrangers au regard de l’application des règles relatives aux immunités diplomatiques.

- Procédures mettant en jeu le principe de la séparation des pouvoirs, susceptibles de déboucher sur un conflit entre les juridictions judiciaires et administratives.

- Les Cas relevant de la définition d’une politique d’intervention.

- Soit sur instructions de la chancellerie.

Ex : circulaire du 8 mars 2006 relative au contrat “nouvelles embauches”

- Soit d’initiative locale, en liaison avec les parquets.

· contentieux de nature collective (action syndicale, actions collectives en matière de convention collective, licenciement collectifs pour motif économique revêtant une grande ampleur...)

C’est le secteur privilégié à Paris par M. Henriot.

· on peut aussi y ajouter le contentieux de nature individuelle, ayant une portée collective, en raison de l’atteinte portée à l’ordre public social et du caractère exemplaire du procès (discrimination, atteinte à la santé des salariés, ou à des droits et libertés fondamentaux).

Ce dernier type d’intervention demande que le choix des affaires soit effectué avec une grande circonspection.

En effet, s’agissant d’affaires initialement engagées entre un employeur et un salarié, il est certain que l’intervention du ministère public, en faveur de la thèse de l’une ou l’autre des parties, va conférer un relief particulier et qu’il est en conséquence indispensable que l’intérêt général apparaisse clairement au-delà de l’intérêt particulier.

3^{ème} question : Comment intervenir ?

Il existe différentes voies d’information pour les parquets et les parquets généraux pour choisir les affaires dans lesquelles une intervention peut être envisagée.

* Canaux internes.

Je pense d’abord aux affaires dites “sensibles” ou “signalées” suivies au niveau des parquets et des parquets généraux.

Comme l’a indiqué M. Henriot, il y a également un travail de choix et de repérage des affaires par les parquets en liaison avec les présidents des conseils de prud’hommes et par les avocats généraux en liaison avec les présidents des chambres sociales des cours d’appel.

Une politique de communication des affaires peut être définie en commun.

Un tri peut être fait également pour les affaires faisant l'objet d'un renvoi de cassation, certaines affaires pouvant justifier une amplification au niveau local d'une décision de renvoi et certaines rébellions n'étant parfois pas dépourvues de fondement juridique.

*Canaux externes

- Revues de presse

- Contacts avec les préfets ou autres autorités administratives, notamment les DRTE et DDTE.

- Enfin, le développement de la présence des magistrats du parquet aux audiences sociales passe aussi par le développement de la participation aux formations spécialisées organisées par l'Ecole Nationale de la Magistrature.

- Mais surtout, il faut une réelle volonté des pouvoirs publics de développer ce type d'interventions, en permettant, à tous les magistrats du ministère public qui sont motivés, de dégager du temps pour suivre ce contentieux.

Lorsque j'ai accompagné le procureur général de la cour de cassation dans plusieurs cours d'appel, il y a deux ou trois ans, j'ai eu le sentiment d'avoir été écouté avec intérêt et attention, mais j'ai compris qu'il n'était pas facile sur le terrain de mettre les actes en concordance avec les intentions, si les moyens humains ne sont pas dégagés.

- Enfin, au terme de cette action de sensibilisation, les magistrats peuvent suivre l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale, notamment par l'accès à JURINET et la participation aux stages à la Cour de cassation ouvert également aux magistrats du parquet.

Je suis ainsi naturellement conduit à vous présenter brièvement le rôle de l'avocat général à la chambre sociale.

II- Le rôle de l'avocat général devant la chambre sociale

Avant d'illustrer le rôle de l'avocat général devant la chambre sociale, je vous rappellerai de façon succincte l'évolution récente du statut de l'avocat général à la Cour de cassation.

1° Bref rappel de l'évolution du statut de l'avocat général

· Les avocats généraux ont effectivement un statut particulier par rapport aux magistrats du Ministère public des cours et tribunaux.

*En théorie, ils sont, comme eux, soumis aux dispositions de l'article 5 du statut de la magistrature et en principe hiérarchisés, car placés sous la direction et le contrôle leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du Garde des sceaux.

Le code de l'organisation judiciaire prévoit qu'ils portent la parole au nom du Procureur général (L. 423-3) tandis qu'un autre article (R. 432-3) prévoit la possibilité pour le Procureur général de retirer un dossier à un avocat général pour le confier à un autre magistrat ou pour le traiter lui-même et soutenir un avis différent.

*Mais, en pratique, en vertu d'une coutume contra-legem qui s'est développée depuis la fin du XIX^{ème} siècle, les avocats généraux ne reçoivent pas d'instructions ni du Garde des sceaux, ni même du Procureur général et sont totalement indépendants.

Ils bénéficient de fait d'un statut de totale indépendance, étant entièrement libre de leurs écrits, de leurs paroles et de leurs sources.

Jusqu'en 2002, ils élaboraient leur avis au vu de l'intégralité du dossier composé des mémoires des deux parties, du rapport, de la note et des projets d'arrêts préparés par le conseiller rapporteur.

Ils participaient également à la conférence préparatoire à l'audience, et assistaient au délibéré.

· Depuis l'arrêt SLIMANE KAÏD de 1998, la Cour Européenne des droits de l'homme, sans contester l'indépendance et l'impartialité des avocats généraux, a constaté que l'avocat général est le contradicteur objectif de l'une des parties et qu'en formulant son avis, il peut avoir une certaine influence sur la Cour.

En raison de cette influence apparente, et en vertu du principe de l'égalité des armes, qui doit être respecté pour que le procès soit équitable, les juges européens ont estimé que l'avocat général, comme d'ailleurs les commissaires du gouvernement devant le Conseil d'État, doit être placé dans la même situation que les parties.

Il en a été déduit qu'il ne pouvait plus avoir communication de documents dont les parties n'ont pas connaissance, c'est à dire des travaux préparatoires du rapporteur (rapport, note et projet d'arrêt), ni assister au délibéré.

Une solution de compromis a été trouvée et est appliquée depuis 2002 : à savoir, l'élaboration par le rapporteur d'un rapport strictement objectif comportant l'identification du ou des points de droits faisant difficulté, à juger, ainsi que l'énoncé de la problématique, ce rapport dit "enrichi" étant communiqué à la fois aux parties et à l'avocat général.

En revanche, l'avocat général, n'assiste plus, ni à la conférence préparatoire, ni au délibéré.

Cette nouvelle organisation procédurale a été validée par la Cour Européenne des droits de l'homme dans son arrêt FABRE du 2 novembre 2004, qui estime qu'elle apporte un remède au déséquilibre constaté dans l'arrêt Slimane Kaïd.

La nouvelle méthode d'examen des pourvois à la Cour de cassation est donc conforme à l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des droits de l'homme.

· Mais cette réforme a rendu nécessaire une nouvelle légitimité du parquet général qui s'est manifestée dans deux directions principales :

- d'une part, l'ouverture du parquet général sur l'extérieur, par le recueil d'éléments de réflexion utiles à la solution du litige auprès de spécialistes divers, tels que les organismes professionnels, les partenaires sociaux, les administrations, les associations, ou d'autres institutions comme les autorités administratives indépendantes.

La chambre est ainsi mieux éclairée par cette "étude d'impact" sur les conséquences de ses décisions, notamment sur les conséquences d'un éventuel revirement de jurisprudence.

- d'autre part, une restructuration interne autour d'un premier avocat général chargé, dans chaque chambre, de coordonner la réflexion en interne entre les avocats généraux, d'assurer la liaison avec les présidents de chambres et les doyens et d'animer l'ouverture du parquet général sur l'extérieur.

2° En ce qui concerne le rôle de l'avocat général devant la chambre sociale

Il n'est pas spécifiquement différent du rôle joué par l'avocat général devant les autres chambres civiles.

Cinq points me paraissent toutefois mériter d'être signalés :

* 1^{er} point : le poids du contentieux social

Le contentieux social représente le 1/3 de l'ensemble du contentieux civil, soit plus de 600 affaires / avocat général / an.

Les avocats généraux s'efforcent de donner leur avis dans tous les dossiers de non-admission, de formation restreinte, de formation ordinaire et de formation plénière qui leur sont soumis.

Ils y sont en principe tenus par les dispositions actuelles du code de procédure civile.

Une réflexion est toutefois engagée sur une procédure de sélection des affaires, qui permettrait d'approfondir davantage les avis sur les affaires importantes et de principe.

* 2^{ème} point : un dialogue permanent avec les autres acteurs judiciaires

Malgré la réforme, le souci de l'intérêt général et celui du justiciable ont prévalu dans les rapports entre les magistrats du siège et du parquet, qu'il s'agisse :

- de l'organisation des audiences ;
- de la réorientation des procédures ;
- des réunions communes avec les avocats aux conseils ou avec les membres du Conseil d'État pour examiner les ajustements jurisprudentiels possibles dans les contentieux communs, concernant notamment les représentants du personnel et les élections professionnelles.

* 3^{ème} point : une réelle ouverture sur l'extérieur

Que ce soit spontanément, ou à la demande de la chambre, les avocats généraux ont développé concrètement la nouvelle politique d'ouverture sur l'extérieur et de consultation des acteurs de la société civile.

A titre d'exemples récents, je mentionnerai :

- Le ministère du travail, qui est le plus souvent consulté dans le cadre de l'application des lois nouvelles, notamment de la loi du 20 août 2008.
- Les partenaires sociaux ont été consultés sur la question de l'électorat des salariés

mis à disposition.

- Le CSA, le ministère de la culture et les magistrats de liaison en Europe et en Amérique ont été consultés à propos de l'affaire de l'Ile de la tentation.
- Le ministère des affaires étrangères a été consulté, sur la portée de l'immunité diplomatique à propos de l'exercice du droit syndical au sein de la délégation générale du Québec à Paris.
- La CNIL a été consultée dans l'affaire relative à la licéité des chartes d'éthiques et des alertes professionnelles.
- La RATP, la S.N.C.F, Air France ont été consultés à propos de la distorsion de l'âge de la retraite entre le régime général et les régimes spéciaux...

* 4^{ème} point : Le rôle pédagogique

Il consiste dans :

- L'information des cours et tribunaux, à la demande ou dans le cadre de déplacements sur le terrain.
- La publication des avis des avocats généraux qui permettent, dans les affaires importantes ou de principe, de comprendre les décisions, que l'avis ait été suivi ou non.

La publication de ces avis, comme d'ailleurs celle des rapports, constitue souvent une source d'information importante, compte tenu de la concision de la motivation des arrêts.

Les communiqués officiels accompagnant les arrêts importants participent également de cette pédagogie.

* 5^{ème} point : une dialectique constante avec la société civile

Cette dernière observation s'applique à l'ensemble de la production de la chambre sociale, émanant des magistrats du siège et des avocats généraux.

L'activité de la chambre sociale est en effet immergée en permanence dans l'actualité économique et sociale.

La vitalité de L'AFDT en témoigne.

La jurisprudence de la chambre sociale est, en effet, d'une part, en état de veille constante pour garder les principes fondamentaux et, d'autre part, en construction permanente pour assurer la nécessaire adaptation du droit du travail à l'évolution de la société.

Cette dialectique est constante avec le législateur.

La jurisprudence de la chambre sociale joue souvent un rôle moteur d'anticipation, sa jurisprudence pouvant aussi bien être coulée dans le bronze de la loi ou au contraire réduite à néant.

Souvenez-vous par exemple de la nullité de licenciements pour motif économique par suite de la nullité du plan social initiée en 1997 par la jurisprudence SAMARITAINE et consacrée en 2002 par le législateur dans la loi de modernisation sociale.

En sens inverse, la loi du 18 janvier 2005 a réduit à néant les jurisprudences FRAMATOME et MAJORETTE en n'imposant la procédure mis en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi que lorsque 10 salariés au moins ont refusé les modifications d'un élément essentiel de leur contrat de travail.

Cette inter réactivité, quasiment en temps réel, est également constante avec l'université, la presse professionnelle, les avocats et les DRH.

*

* *

En conclusion, on ne peut que constater que la chambre sociale de 2010 n'est plus celle de l'an 2000.

Depuis 2000, la chambre sociale, comme les autres chambres de la Cour, s'est résolument inscrite dans la modernité et le paysage du droit social s'est modifié :

- l'informatique s'est développée et la numérisation des procédures sera bientôt généralisée ;

- de nouvelles missions sont apparues, telles que récemment les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) ;

- la technique législative a évolué : je pense à l'article L.1 du code du travail relatif au dialogue social qui doit précéder toute réforme de droit du travail, aux positions communes, à partir desquelles les lois récentes ont été élaborées, ce qui ne

favorise pas toutefois forcément la clarté et l'intelligibilité de la loi : (ex : la loi du 20 août 2008) ;

- une nouvelle codification du code du travail est intervenue, qui a donné lieu à quelques difficultés d'application ;

- les contentieux ont évolué, je pense notamment au développement des contentieux en matière de discrimination, harcèlement ou de santé au travail ;

- la loi du 20 août 2008 a institué un nouveau paysage syndical qui devrait renforcer la vie conventionnelle ;

- les normes internationales sont de plus en plus invoquées et appliquées.

Je pourrai encore multiplier les exemples.

- En, un mot, le droit social est “plus vivant” que jamais et je vous avoue traiter mes derniers dossiers avec le même intérêt et le même étonnement que les premiers.

L'histoire des avocats généraux s'inscrit également dans ce mouvement et n'est pas achevée.

Dans les années à venir, leur statut devra être clarifié, pour mettre le droit statutaire interne en accord avec le fait.

L'avocat général assistera-t-il un jour à nouveau au délibéré, comme le rapporteur public du Conseil d'État ?

On peut se poser la question, dès lors que l'arrêt ETIENNE de la Cour Européenne des droits de l'homme du 15 septembre 2009 a validé les dispositions du décret du 1^{er} août 2006 prévoyant pour le commissaire du gouvernement la possibilité de l'assistance au délibéré, sauf opposition des parties dûment averties.

D'avocats généraux “généralistes”, ils seront sans doute appelés à devenir des avocats généraux “spécialistes”, et à concentrer leurs efforts sur les procédures qui posent des questions de principe et ont un impact économique et social d'importance.

Une procédure de sélection des affaires devrait alors être mise en place.

En tout cas, quelque soit notre avenir, sachez que les avocats généraux de la

chambre sociale ont, pour l'instant, toujours à coeur d'être utiles, avec les moyens dont ils disposent à l'élaboration de la jurisprudence de la chambre sociale, en portant sur les procédures un "deuxième regard" aussi "pénétrant" que possible.