

POUR UN MINISTÈRE PUBLIC ACTIF DANS LA CONSTRUCTION DE LA JURISPRUDENCE SOCIALE

**Contribution *a posteriori* aux rencontres d'automne de l'AFDT
" Contentieux et production jurisprudentielle en droit du travail :
réalité, processus, problèmes "
(25 et 26 septembre 2009)**

Patrick HENRIOT *

Deux riches journées ont réuni tous ceux qui participent, de près ou de loin, en amont comme en aval, au processus d'élaboration, de sélection, d'analyse, de diffusion ... de l'ensemble - tout à la fois raisonné et aléatoire, agrégé mais néanmoins disparate - des décisions de justice qui constitue finalement ce « produit dérivé » - selon l'expression d'Antoine Jeammaud - qu'on appelle la jurisprudence (on ne saurait oublier ses salutaires mises en garde contre tous les usages inappropriés ou abusifs du terme).

Elles ont été l'occasion, pour les acteurs de ce processus, d'expliquer concrètement la place qu'ils y occupent, la manière dont ils pratiquent, les objectifs qu'ils poursuivent et le regard qu'ils portent sur les responsabilités que les uns et les autres assument dans l'élaboration comme dans la mobilisation du « produit fini ».

Certains ont pu souligner le caractère plus ou moins « décalé » de leur intervention au regard de l'objet du séminaire, signifiant ainsi qu'ils se considéraient comme plutôt à la périphérie qu'au cœur du processus d'élaboration du droit prétorien.

Certes, Antoine Jeammaud a tempéré le point de vue en faisant observer qu'en réalité, chaque acteur est à une place unique, particulière, sans qu'il soit possible de hiérarchiser les rôles respectifs des uns et des autres.

Une intervention, pourtant, aurait pu remporter la palme du « décalage » : celle qui se serait donné pour objet de présenter la place et le rôle que pourrait - devrait ? - occuper celui qui reste le grand absent de l'élaboration de la jurisprudence sociale : le Ministère public.

I. Les absents ont toujours tort.

L'absence est patente : les parquets et parquets généraux n'interviennent quasiment jamais devant les juridictions du fond, à l'exception de la Cour d'appel de Paris où un substitut général est affecté au suivi permanent du contentieux civil des onze chambres sociales de la Cour (récemment rejoint par un avocat général chargé du contentieux pénal du travail). Et si le parquet général n'est évidemment pas absent de la chambre sociale de la Cour de cassation, ce n'est pas lui faire injure que de constater que son rôle y est maintenant réduit et en tout cas largement méconnu.

L'absence est regrettable : certes, ce n'est pas d'hier que le parquet se concentre sur son « cœur de métier » qu'est l'ordre public pénal et ne conçoit son rôle en matière civile que comme subalterne ou, au mieux, secondaire (hormis peut-être les matières, tel l'état des personnes, où il est partie principale). Mais cette concentration sur le « tout pénal » est aujourd'hui plus accentuée encore et relègue l'ordre public social au rang des préoccupations anecdotiques pour ne pas dire exotiques.

Or, n'est-il pas dans la vocation du Ministère public de soutenir et d'éclairer l'application de la loi chaque fois qu'elle s'articule, comme en droit du travail, sur un ordre public de protection ? Et les enjeux collectifs, si souvent au cœur du contentieux du travail, ne mériteraient-ils pas l'attention particulière d'un Ministère public qui se montrerait légitimement soucieux de contribuer au dénouement judiciaire des tensions sociales que ce contentieux révèle (comme il sait par ailleurs le faire – mais avec un tropisme encore fortement pénal – en coopérant, par exemple, à la politique de la ville) ?

Quelles seraient, alors, la place et la mission de ce Ministère public décidé à prendre sa part dans le travail de construction de la jurisprudence sociale et à y apporter sa compréhension de « l'application de la loi » qu'il requiert par ailleurs si naturellement et si quotidiennement devant les juridictions pénales.

II. Un ministère public, pour quoi faire ?

En dépit de l'identité de statut qui réunit le parquetier et le juge, la place et la mission du premier, comme contributeur à l'élaboration de la jurisprudence sociale, se démarquent bien sur clairement de celles, essentielles, de son collègue du siège. Elles emprunteraient sans doute plus, en réalité, aux caractéristiques propres de ces deux autres intervenants que sont les avocats, d'une part, la doctrine, d'autre part.

S'agissant des avocats, Hélène Masse-Dessen nous rappelait que leur participation à la fabrication de la jurisprudence « naît, en général, sauf de la part de certains plaideurs institutionnels, d'une stratégie qui n'a pas pour but de faire trancher une question de droit controversée mais de gagner son procès ». Cela revient à souligner qu'il est de l'essence même de la mission de l'avocat de proposer aux juridictions une lecture « partisane » des dossiers dont il assure la défense et que cette lecture prévaut sur l'intérêt, qu'il peut percevoir, de faire trancher, à cette occasion, une question nouvelle ou renouvelée. Néanmoins, les avocats n'en participent pas moins à l'élaboration de la jurisprudence en sollicitant l'imagination et les capacités d'innovation des juridictions par les propositions d'analyse et de raisonnement qu'ils leur soumettent.

S'agissant de la doctrine, elle-même sollicitée et relayée par les éditeurs de revue juridique, elle sélectionne, théorise et met en relation, en un jeu savant, les solutions que les juges dégagent au gré des contentieux, cherchant sans cesse à faire apparaître la cohérence – ou, le cas échéant, les incohérences - de la construction prétorienne du droit, cohérence dont Antoine Jeammaud a d'ailleurs souligné qu'elle pourrait être illusoire, sinon fallacieuse.

Or, dans certains dossiers au moins, il revient sans doute au Ministère public, comme à l'avocat, de nourrir la réflexion du juge, de l'interpeller en lui proposant son analyse en fait et en droit, sa lecture du dossier et, ce faisant, de lui apporter l'aide à la décision sans laquelle ce juge resterait dans un isolement qui pourrait s'avérer stérilisant. Mais il lui revient aussi et dans le même temps, comme le commentateur et sans stratégie partisane – au sens où il ne lui appartient pas de soutenir les intérêts d'une partie - d'élargir la lecture du dossier au-delà de sa dimension purement casuistique, de donner de l'ampleur à la question posée et de la relier à une problématique plus vaste qui transcende les intérêts immédiats des parties.

Au demeurant, la spécificité du rôle du Ministère public devant les juridictions civiles en général tient sans doute à ce que ses interventions n'ont pas pour seul objet de rappeler les

principes relevant ou dérivant de l'ordre public, mais qu'il a vocation, beaucoup plus largement, à être « le gardien de la loi ».

Devant les juridictions sociales, son intervention ne devrait donc pas se limiter aux seules hypothèses dans lesquelles l'ordre public social – dont les contours resteraient au demeurant à préciser – est en cause. Elle se justifie, plus largement, chaque fois que la question de droit posée à la juridiction appelle une réponse susceptible de modifier ou de compléter l'édifice jurisprudentiel par le moyen duquel, notamment, sont assurées la cohérence du droit et l'effectivité des droits des salariés comme de leurs représentants.

Au-delà de cette pétition de principe, se pose évidemment la question plus concrète de la sélection des dossiers qui justifieraient l'intervention du Ministère public. Il serait toutefois hasardeux et arbitraire d'en dresser une nomenclature abstraite.

On songe bien entendu prioritairement aux procédures dans lesquelles l'action civile tend à obtenir réparation du préjudice né d'un comportement par ailleurs susceptible de recevoir une qualification pénale (discrimination, harcèlement, entrave au fonctionnement des IRP ...). Le ministère public peut, certes, y apporter la contribution d'une lecture pénaliste des faits, susceptible de favoriser une relative convergence avec l'approche et le traitement civilistes et de mettre en lumière, dans le même temps, les limites que la spécificité des incriminations pénales assigne à de tels rapprochements.

Le rôle du parquet ne saurait cependant se réduire à cette seule analyse comparatiste à laquelle incitent les situations de contiguïté des contentieux civil et pénal, même si sa capacité à coiffer les deux casquettes paraît lui donner, alors, une légitimité particulière à intervenir. En limitant ses interventions à ce seul champ matériel, il s'exclurait de la très grande majorité des contentieux à partir desquels s'élabore la jurisprudence sociale.

A défaut de définir par avance les critères de sélection des dossiers dans lesquels la parole du Ministère public pourrait apporter de la valeur ajoutée au débat judiciaire, l'expérience de son représentant devant les chambres sociales de la Cour d'appel de Paris, sans avoir valeur de modèle, peut donner quelques indications sur les objectifs qu'il pourrait se fixer, mais aussi sur les contraintes auxquelles il peut être soumis.

III. La pratique « parisienne ».

Des considérations de principe et des contraintes matérielles se conjuguent pour privilégier une intervention prioritairement centrée sur le contentieux collectif.

Au plan des principes, tout d'abord, l'objet même de ce contentieux donne aux décisions rendues dans ces matières une répercussion particulière :

- l'ordre public social y est sans doute plus fréquemment et plus nettement visible que dans le contentieux individuel,
- par nature collectifs, les intérêts en présence confèrent à la jurisprudence de la Cour une portée plus significative pour les acteurs sociaux concernés au regard des précédents qu'elle établit,
- le caractère « technique » et instable du droit des relations collectives de travail fait que les contentieux soumis à la juridiction d'appel soulèvent fréquemment des difficultés nouvelles et/ou relativement ardues justifiant un examen spécialement prudent et attentif au regard de la nécessaire cohérence de l'édifice jurisprudentiel.

Au plan pratique, ensuite, les volumes respectifs des contentieux induisent des modalités d'intervention nettement différenciées qui aboutissent, là encore, à une relative surreprésentation du contentieux collectif dans les interventions du Ministère public. Les 11 formations de jugement qui constituent les chambres sociales statuant au civil tiennent en effet chacune trois audiences par semaine, soit trente trois audiences par semaine au total ; or le contentieux collectif ne représente en moyenne qu'une audience par semaine (que se partagent deux chambres, compétentes respectivement en référé et sur le fond) tandis que le contentieux individuel (en ce compris le contentieux de la sécurité sociale) occupe la totalité des trente deux autres audiences.

Si, dans ces conditions, le représentant du Ministère public peut sans difficulté prendre connaissance avant l'audience de la totalité des dossiers de contentieux collectif et ce, dans des délais qui permettent d'évaluer l'opportunité et les termes de son intervention, il lui serait évidemment impossible d'examiner les quelques 10.000 dossiers de contentieux individuel qui sont enregistrés, en moyenne, chaque année, au greffe des chambres sociales.

Pour le reste, l'intervention du Ministère public est donc tributaire, en matière de contentieux individuel, de la communication de dossiers dont les juges du siège prennent l'initiative, selon leur propre appréciation et en fonction de leurs contraintes de gestion des flux, les pratiques apparaissant à cet égard relativement hétérogènes suivant les formations de jugement considérées.

L'expérience révèle que nombre de ces communications de dossiers trouvent leur explication dans l'apparition d'une particularité ou d'une difficulté procédurale (hésitation entre compétence administrative ou judiciaire, exceptions d'immunité de juridiction, validité du mandat d'un défenseur syndical ...) mais que les questions de fond font également l'objet de demandes d'avis, par exemple lorsque des dispositions de droit interne sont arguées de non conventionalité et ce, y compris dans le contentieux de la sécurité sociale.

En tout état de cause, le choix des dossiers ne peut procéder que d'une démarche qui reste relativement « intuitive », ne serait-ce que parce que la forte technicité du droit du travail fait que l'intérêt théorique de la question de droit sous-jacente aux prétentions d'une partie n'apparaît souvent qu'aux yeux de celui qui a pu atteindre le niveau d'un véritable spécialiste. De ce point de vue, l'ambition du représentant du Ministère public ne paraît donc pouvoir être, au mieux, que de pratiquer une sélection des dossiers la moins aveugle possible dans une perspective d'enrichissement de la jurisprudence.

Il peut d'ailleurs être aidé dans cette tâche de sélection par les avocats eux-mêmes, qui n'hésitent pas, parfois, même si la pratique reste exceptionnelle, à appeler son attention sur tel ou tel dossier en ce qu'il paraît poser une question de principe.

IV. Un fil rouge : contribuer à garantir l'effectivité d'un droit de protection.

Pour perfectibles que soient les pratiques parisiennes et même si la démarche de sélection des dossiers est vouée à rester essentiellement empirique, une chose est sûre : pas plus la décision du Ministère public d'intervenir dans tel ou tel dossier que le contenu de son intervention ne sauraient, bien entendu, procéder de la volonté de soutenir les prétentions de l'une ou l'autre des parties. S'il ne faut pas se dissimuler, certes, que ses observations se révéleront le plus

souvent favorables à l'un et défavorables à l'autre, il va sans dire que sa crédibilité est au prix de cette distance nécessaire avec les intérêts particuliers en présence.

Pour autant et en dépit d'une commune attitude de recherche « distanciée » de l'esprit de la loi, la place du Ministère public partie jointe ne saurait être entièrement assimilée à celle qu'occupe feu le commissaire du Gouvernement - devenu rapporteur public - devant la juridiction administrative, auquel il est pourtant assez naturel de le comparer. Parce qu'il est membre d'un corps hiérarchisé, son représentant n'en réfère pas toujours, en effet, à sa seule conscience dans la décision de faire ou non connaître son avis à la juridiction et dans l'élaboration de ce qui lui paraît être la juste analyse du dossier. Pour cette raison il peut, par exemple, être invité, notamment pour des considérations d'opportunité, à renoncer à faire connaître son avis dans telle affaire, alors même qu'y est posée une importante et intéressante question de droit.

En dépit des suspicions qu'à tort ou à raison ce positionnement peut faire naître, le Ministère public n'en resterait pas moins légitime à participer activement à l'œuvre permanente de construction de la jurisprudence, en se fixant pour objectif de contribuer à en garantir la fidélité à la logique de protection qui fonde le droit du travail. C'est au demeurant en suivant ce fil rouge qu'il parviendrait le plus certainement à désarmer les suspicieux.

Patrick HENRIOT
Substitut général
Membre du Conseil national
du syndicat de la magistrature