

Rafael Encinas de Munagorri, Professeur à l'Université de Nantes; Membre de l'Institut universitaire de France

L'influence du pouvoir exécutif sur la formation d'une jurisprudence : le cas du contrat « nouvelles embauches ».

Revue trimestrielle de droit civil, 2007, pp. 64-67.

Le gouvernement tient d'une main le pouvoir réglementaire, et de l'autre le processus législatif. La prolifération des ordonnances illustre cette dérive de la V^e République et témoigne d'une perversion du système de l'article 38 de la Constitution (en ce sens, P. Delvolvé, L'été des ordonnances, RFDA 2005. 909). Elle permet à l'exécutif d'empiéter, en fait sinon en droit, sur le législatif. Ce n'est pas tout. Le pouvoir exécutif cherche parfois à influencer la formation d'une jurisprudence. L'intention dépasse celle d'un rapport de force entre deux sources du droit constituées (P. Malaurie, La jurisprudence combattue par la loi, Mél. Savatier, 1964, p. 603 ; et du même auteur, envisageant aussi la réciproque, Defrénois, 2005. 1205 ; J.-L. Bergel, La loi du juge, Dialogue ou duel ?, Mél. Kayser, 1979, t. I, p. 21). La visée est ici d'exercer une emprise sur la formation des sources du droit dans leur ensemble, y compris par l'orientation du cours de la justice. La bataille juridique menée à propos du contrat « nouvelles embauches » (CNE) en fournit une illustration marquante.

Une jurisprudence en cours de formation

Le contentieux relatif au contrat « nouvelles embauches » s'est développé dans un contexte politique pour le moins sensible. Première étape d'une fusée destinée à promouvoir beaucoup de flexibilité et un peu sécurité (C. Roy-Loustaunau, Le contrat nouvelles embauches : la flexi-sécurité à la française, Dr. soc. 2005. 1103), l'ordonnance du 2 août 2005 (n° 2005-893), prise sur le fondement de loi d'habilitation du 26 juillet 2005 (n° 2005-846) avait vocation à servir d'exemples pour d'autres dispositifs. Ainsi, le contrat « première embauche » (CPE), prévu par la loi du 9 mars 2006, était destiné aux jeunes de moins de 26 ans. Mobilisés avec succès contre lui, en particulier pour ce que le texte dispensait l'employeur de fournir un motif lors de la rupture du contrat, les jeunes ont obtenu son abrogation. Si l'ordonnance instituant le CNE est demeurée quant à elle en vigueur, les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire ont été appelées à statuer sur sa validité.

Le Conseil d'Etat s'est prononcé en faveur de la légalité de l'ordonnance (CE 19 oct. 2005, JCP S 2005. 1317, concl. comm. gouv. Devys, note R. Vatinet ; AJDA 2005. 2162, chron. C. Landais et F. Lenica ; D. 2006. 629, note G. Borenfreund ; JCP E 2005. 1652, note P. Morvan). Ce terme de légalité doit être entendu au sens large puisqu'il inclut la conformité des règlements aux conventions internationales. Or, cette conformité était précisément discutée au regard de plusieurs dispositions de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT). La décision du Conseil d'Etat, dont la solidité n'est pas assurée aux yeux des plus fins commentateurs (V. not. G. Borenfreund), ne s'impose pas aux juridictions de l'ordre judiciaire. L'autorité de la chose jugée n'est ici que relative (en ce sens, R. Vatinet, *op. cit.*, p. 38). Le commissaire du gouvernement le rappelle à sa manière, avec un certain aplomb qui présage de l'avenir. Selon lui, affirmer que la période dite de consolidation est « raisonnable » - ce qui rendrait l'ordonnance conforme aux articles 2 et 7 de la Convention - serait « sans grand risque de voir votre position désavouée par l'OIT ou la Cour de cassation ». Ce genre de prédiction est parfois périlleuse, car la France n'est pas toujours en conformité avec les textes internationaux (CJCE 18 janv. 2007, aff. C-385/05, sur le contentieux relatif à la représentation du personnel, V. les réf. D. 2006. 633).

La Cour de cassation, quant à elle, ne s'est pas encore prononcée sur la conformité de l'ordonnance du 2 août 2005 à la Convention n° 158 de l'OIT. Elle n'aura d'ailleurs peut être pas, comme nous allons le voir, l'occasion de le faire. Une jurisprudence judiciaire n'est pas moins en voie de formation. Après s'être prononcé une première fois sur le fondement de l'abus de droit et du détournement du droit du licenciement (Cons. prud'h. Longjumeau, 20 févr. 2006, Dr. soc. 2006. 356, obs. E. Dockès, JCP S 2006. 1235, note P. Morvan), le Conseil de prud'hommes de Longjumeau a déclaré l'ordonnance du 2 août 2005 contraire à la Convention n° 158 de l'OIT (Cons. prud'h. Longjumeau, 28 avr. 2006, D.

2006. 1248 et les obs.; Sem. soc. Lamy, n° 1265 ; JCP S 2006. 1429, comm. F. Favennec-Héry ; JCP S 2006. 1424, note P. Morvan). Dans un commentaire sans aménité, pour ne pas dire à la limite du mépris, notre collègue M. Patrick Morvan, il est vrai en apportant par la suite un bémol, estime que le jugement d'incompatibilité entre le régime juridique de la rupture du CNE et la Convention OIT « est une vue de l'esprit et non la conclusion d'un raisonnement juridique ».

La Cour d'appel de Paris aurait pu en juger autrement (sans se fonder pour autant sur un manifeste du surréalisme). La décision prud'homale du 28 avril fut en effet frappée d'appel par l'employeur débouté et, ce qui est plus singulier, par le procureur de la République d'Evry, qui n'était pourtant pas intervenu en première instance. Le préfet de l'Essonne ayant formé un déclinatoire de compétence au profit des juridictions de l'ordre administratif, les juges d'appel n'ont pas statué sur le fond. Statuant sur la compétence, ils n'ont pas moins rejeté le déclinatoire estimant « que la séparation des pouvoirs interdit au juge judiciaire d'exercer sa censure sur les actes de l'Exécutif mais ne lui interdit pas d'en vérifier la compatibilité avec des conventions internationales qu'il a l'obligation d'appliquer étant directement applicables en droit interne » (Paris, 20 oct. 2006, D. 2007. pan. 690, obs. O. Leclerc ; décision reproduite Dr. soc. 2006. 1088, comm. P. Lyon-Caen ; JCP S 31 oct. 2006, p. 36, note P. Morvan ; elle n'a pas manqué de donner lieu à des réactions assez vives, D. 2006. 2265, F. Rolin ; Europe, n° 11, nov. 2007, obs. D. Simon ; ou à des articles à la tournure plus savante, Sem. soc. Lamy, 27 nov. 2006, n° 1284, note P. Rodière ; RJS 1/2007. 6, X. Prétot). Dès le délibéré connu, le ministre du Travail a fait connaître son intention de saisir le Tribunal des conflits, ce qui fut réalisé par le préfet.

Les stratégies juridictionnelles du pouvoir exécutif

« Le gouvernement ne veut pas laisser aux juges le contrat nouvelle embauche ». Tel était le titre d'un article de R. Barroux et N. Guibert publié dans le journal Le Monde (daté du 14 sept. 2006). L'affirmation mérite, en ce tout début d'année 2007, d'être précisée sur plusieurs aspects.

D'abord, si le gouvernement cherche à retirer leur compétence aux juges, c'est surtout aux juges de l'ordre judiciaire. La position prise par le Conseil d'Etat est déjà connue (V. *supra*), l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 octobre 2005 a estimé l'ordonnance du 2 août 2005 conforme à la Convention OIT n° 158. La position de la Cour de cassation est incertaine. Elle pourrait néanmoins prendre un jour position car elle a reconnu que la convention OIT n° 158 était dotée d'un effet direct (Soc. 29 mars 2006, Bull. civ. V, n° 131).

Le Tribunal des conflits devra déterminer l'ordre juridictionnel compétent, ce qui ne sera pas neutre dans ses conséquences. Du reste, cette saisine du Tribunal a été perçue comme une manoeuvre dilatoire du gouvernement, destinée à repousser l'issue après les élections présidentielles (Le CNE, le Tribunal des conflits et la raison d'Etat, T. Gumbach, P. Lanquetin, P. Lyon-Caen, C. Michel, C Zbinden, Sem. soc. Lamy, 27 nov. 2006, n° 1284, p. 9). De plus, il reviendra peut être au Garde des Sceaux de trancher puisqu'il préside le Tribunal des conflits et sa voix est décisive en cas de partage des voix, ce qui est une configuration plausible entre magistrats de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif.

Ensuite, ce problème de compétence entre les juridictions de l'ordre judiciaire et administratif s'explique par la nature réglementaire de l'ordonnance contestée. Le destin d'une ordonnance, dont le régime est prévue par l'article 38 de la Constitution, semble être celui d'une ratification par le Parlement. Rien de tel pour le CNE puisque, si le Parlement a été sollicité pour habiliter le gouvernement à intervenir par voie d'ordonnance, le projet de loi portant ratification, déposé le 21 septembre 2005, n'a pas été inscrit à l'ordre du jour par le gouvernement. Il n'a donc pas pu être voté par le Parlement. De la sorte, l'ordonnance n'a pas été ratifiée, du moins de manière expresse, car, même si les positions doctrinales sont loin d'être unanimes, de nombreux arguments permettent de soutenir que la ratification est intervenue de manière tacite. Ayant été appliquée avant sa période de caducité, l'ordonnance apparaît comme un acte réglementaire. Cette qualification d'acte réglementaire, qui ne résulte pas du hasard mais des bons soins de l'exécutif, permet de contester la compétence des juges de judiciaire par un curieux paradoxe qui en dit long sur les pratiques d'instrumentation de compétence et de hiérarchie des normes.

Compétent pour examiner la conformité d'une loi à un texte international, le juge judiciaire ne le serait plus pour faire de même à l'égard d'un acte réglementaire. La jurisprudence *Jacques Vabre* établie par

la Cour de cassation achopperait sur celle développée par le Tribunal des conflits depuis l'arrêt *Setfonds* (revoir respectivement Civ. 24 mai 1975, D. 1975. 497, concl. A. Touffait ; T. confl. 26 juin 1923, D. 1924. 3. 41, concl. Matter). La situation est cependant évolutive et, si l'on ose dire, il y a encore du grain à moudre afin d'affirmer la compétence de la Cour de cassation dans l'examen de la compatibilité des actes réglementaires au regard des textes internationaux, et plus spécifiquement encore du droit communautaire (en ce sens, un acte administratif contraire à une disposition communautaire a pu être mis à l'écart sans renvoi préjudiciel préalable aux juridictions administratives, V. Com. 6 mai 1996, Bull. civ. IV, n° 125 ; AJDA 1996. 1033, note M. Basex ; RFDA 1996. 1161, note crit. B. Sellier). La Cour de cassation semble ici avoir moins de frilosité que par le passé (D. Cohen, *La Cour de cassation et la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Economica, 1987). Mais c'est surtout le procédé retenu par le pouvoir exécutif qui doit retenir l'attention : une ordonnance non ratifiée prête moins le flanc à la critique - d'un contrôle de conventionnalité - qu'une loi soumise au juge judiciaire. Voilà la (belle ?) leçon de réalisme juridique que nous donnent les gouvernants et ceux qui écrivent dans son sillage.

Enfin, le pouvoir exécutif fait preuve d'un véritable activisme pour nuire à l'épanouissement d'une jurisprudence des magistrats de l'ordre judiciaire. Les fonctionnaires sont mobilisés, autant que faire se peut, à cette fin. En premier lieu, les préfets qui sont autant de relais de l'administration à l'échelon décentralisé et peuvent décliner la compétence des juges de l'ordre judiciaire au profit de celle de l'ordre administratif. En second lieu, les services de la Chancellerie ont surveillé de près ce contentieux naissant. En témoigne notamment la rédaction de deux circulaires destinées aux procureurs généraux pour attribution et aux premiers président pour information, dont les plus fins connaisseurs du parquet sont à même de nous préciser la signification (V. obs. P. Lyon-Caen, avocat général honoraire à la Cour de cassation, *op. cit.*, p. 1089). En date du 28 novembre 2005, une première circulaire attire l'attention sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 octobre « confirmant la légalité de l'ordonnance », sans rappeler que les juges judiciaire restent libres de leur appréciation, la décision rendue n'ayant que l'autorité relative de la chose jugée. En date du 8 mars 2006, soit entre les deux décisions du Conseil de prud'hommes de Longjumeau, une seconde circulaire « donne instruction au ministère public de se faire communiquer toutes les procédures concernant l'application de ce texte [l'ordonnance] devant les conseils de prud'hommes et de rendre compte mensuellement de leur évolution, avec l'indication des moyens les plus significatifs soulevés par les parties » (*op. cit.*). Plus encore, les procureurs sont invités à intervenir dans les procédures « pour rappeler les termes de l'ordonnance du 2 août 2005 », et se joindre à l'appel ou en prendre l'initiative lorsque l'ordonnance est méconnue.

Il est rassurant de constater que les procureurs ne sont pas des petits soldats. L'obéissance formelle n'emporte pas la soumission matérielle. Pour des raisons dans le détail desquelles nous n'entrons pas (*op. cit.*, p. 1090), le procureur général de la Cour d'appel de Paris, dans ses conclusions écrites, s'est prononcé en faveur du rejet du déclinatoire de compétence. L'exemple ne sera peut-être pas isolé, mais il faut néanmoins souligner une attention pour le moins singulière du parquet en ce domaine qui, pour être politiquement sensible, n'en reste pas moins une matière civile où l'ordre public est compris, par tradition, en faveur des salariés.

Quelle que soit l'issue de cet épisode, il n'est pas sûr que le pouvoir exécutif sorte grandi de sa confrontation larvée avec les magistrats de l'ordre judiciaire. La séparation des pouvoirs est conçue par les gouvernants sur un mode unilatéral. Si la justice ne peut empiéter sur le pouvoir exécutif, la réciproque semble secondaire. Au point que tous les stratagèmes sont utilisés pour échapper aux décisions d'une justice indépendante. Que la liberté d'appréciation du juge judiciaire se déploie du côté de l'application des textes internationaux ouvre des perspectives sur ce qui pourrait refonder la séparation des pouvoirs.