

Rapport *Badinter* : trop modeste pour être honnête

par Patrick HENRIOT,
Secrétaire national du Syndicat de la magistrature

Annoncé comme le premier acte d'une réforme d'ampleur visant à simplifier et refonder le droit du travail pour le rendre plus accessible, le rapport remis au Premier ministre par Robert Badinter, président du comité « chargé de définir les principes essentiels du droit du travail », étonne par sa présentation en apparence minimaliste et modeste. À la lecture de la brève introduction annonçant les soixante et un articles qui le composent, toute ambition de réforme semble, sinon abandonnée, au moins différée puisque le comité affirme avoir travaillé « à droit constant ». Il ne s'agirait donc, finalement, que de la compilation, réunie par quelques « sachants », de principes connus et déjà applicables dans les relations de travail.

Peut-être la nouveauté tient-elle alors à la force impérative particulière qu'il s'agirait de donner à ces principes ? Là encore il n'en est rien puisque le comité revendique seulement qu'ils soient symboliquement placés en tête du code du travail, mais sans prétendre qu'ils acquièrent pour autant « une valeur juridique supérieure ». Pour essentiels qu'ils soient, ils n'auront donc pas plus de force que le texte qui leur sert de support. Certains auront bien sûr « une force juridique supérieure à celle de la loi, qu'ils aient valeur constitutionnelle ou qu'ils figurent dans des conventions internationales ou des textes de l'Union européenne ». Mais pour les autres, ils ne vaudront pas plus que la loi ordinaire et ils n'offriront donc aucune capacité particulière de résistance à des dérogations ou amputations futures.

Il faut donc admettre que ces soixante et un garde-fous, érigés pour parer au risque d'une déréglementation sauvage, seraient dotés d'une efficacité variable en dépit de leur regroupement formel. Et s'agissant de ceux qui n'ont pas cette valeur supérieure à celle de la loi, il est encore précisé que, « le comité n'a retenu que ceux qu'il estimait suffisamment reconnus pour que leur pérennité soit assurée ». Il reste alors à comprendre en quoi le fait de placer en tête du code du travail celles de ces dispositions qui ne bénéficient pas déjà de l'onction constitutionnelle ou conventionnelle leur assurerait une pérennité particulière : établis par la loi, leur modification restera bien à la portée d'un législateur que l'on sait versatile.

Quoi qu'il en soit, l'employeur, le salarié ou le praticien du droit qui voudront, pour guider leur action, évaluer la force impérative de chacun de ces principes ou en prévoir la pérennité, devront trier le bon grain de l'ivraie et, comme dans un jeu de piste, chercher les indices rassurants de la supra-légalité. Ainsi la grande œuvre de simplification annoncée commence-t-elle par augmenter le code d'une soixantaine d'articles qui paraissent ne rien changer à l'état du droit tout en entretenant la confusion quant à la place de cet apport dans l'ordonnement juridique et la hiérarchie des normes.

Le comité avoue enfin laisser « à regret » à la future commission de refondation du code du travail le soin de faire œuvre novatrice. À cette précision près, est-il ajouté, qu'elle devra le faire « dans le respect des principes identifiés par le comité ». La prétention à modeler par avance l'architecture et le contenu du futur code du travail « refondé » pointe ici. Certes, la formule est pour le moins ambiguë puisque, encore une fois, le respect des principes qui ne bénéficieront que du label accordé par cet éphémère aréopage d'experts ne s'imposera pas au législateur. Elle invite cependant à questionner plus avant l'œuvre de mise à jour de ces principes, un peu sournoisement présentée comme réalisée « à droit constant ».

En réalité ce rapport préfigure bien la désarticulation du code du travail qui se dissimule sous l'annonce de sa refondation. Quoique se faisant discret dans sa présentation, le projet politique dans lequel il s'inscrit affleure, jusqu'à percer, parfois, la neutre carapace du travail des « spécialistes ». Au demeurant, ses auteurs ne peuvent ignorer ni l'inspiration ni les buts du gouvernement. À y regarder de près, ils épousent la première et prêtent activement la main aux seconds. Ils ont d'ailleurs parfaitement entendu les propos du Premier ministre annonçant à la presse, le 4 novembre dernier, les différentes étapes du processus visant à « refonder » le code du travail. Ces juges et ces universitaires ont ainsi engagé leurs travaux en souscrivant pleinement à cette fausse évidence que le droit du travail aurait pour « double fonction » de « protéger les travailleurs et sécuriser les entreprises pour leur permettre de se développer ».

Ils n'ont évidemment pas manqué d'y reconnaître la doctrine développée deux mois plus tôt par les auteurs du rapport *Terra nova*, qui assignaient pour nouveau rôle au droit social français de « concilier efficacité économique et protection des travailleurs », ou, plus tôt encore, par le rapport de Virville.

Ainsi, ces soixante et un principes n'ont-ils pas été semés hors sol. Le terrain idéologique qui les accueille avait au contraire été soigneusement préparé par les conclusions miraculeusement convergentes de plusieurs rapports dont le plus récent et le plus officiel venait encore d'être produit par le président de la section sociale du conseil d'État à la demande du premier ministre. Tous recommandaient de développer la négociation d'entreprise et, pour ce faire, de réduire la place et la force contraignante de la loi tout en assurant la suprématie de l'accord conclu au niveau de l'entreprise sur le contrat de travail. Autrement dit, non pas, certes, d'inverser la hiérarchie des normes, mais d'en réorganiser le contenu et l'articulation, de telle sorte que chaque employeur, petit ou grand, trouve dans l'abaissement des protections que la loi et le contrat procurent aux salariés la source de la flexibilité maximale qu'il recherche. C'est de l'édifice qui doit surgir de ce projet, porté depuis des années par le Medef, qu'en toute conscience le comité *Badinter* a posé la première pierre.

L'adhésion de ce comité à l'ensemble du dispositif – tant idéologique que normatif – annoncé par le gouvernement ne se déduit pas seulement de ces éléments de contexte. Elle se lit aussi dans la formulation même de plusieurs des principes qu'il a dégagés et ce, alors même qu'il prétend ne pas en être le concepteur mais avoir seulement compilé l'existant. Dès l'article premier le ton est donné d'un droit plus opportuniste que « constant ». Il y est précisé que des limitations pourraient être apportées aux droits fondamentaux de la personne au travail si elles sont justifiées « par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise ». Le prétexte, récemment invoqué par un membre du comité, de « moderniser » la rédaction devenue « obsolète » de l'actuel article L1121-1 du code du travail ne peut abuser personne. Au principe connu permettant seulement de prévoir des limitations rendues nécessaires par « la nature de la tâche à accomplir » est subrepticement substitué une formule qui contient en condensé la conception dévoyée des fonctions du droit du travail longtemps portée par les tenants de l'orthodoxie libérale et dont le ralliement de la « gauche » a fini par faire la pensée unique.

La rédaction des articles 55 et 57 est plus clairement porteuse, encore, du dérapage parfaitement contrôlé qui fait de « la volonté d'assurer le respect des droits

fondamentaux de la personne humaine au travail » le paravent vertueux de l'entreprise de déconstruction des protections qu'assure l'architecture même du droit du travail. On passera, d'abord, sur la contradiction qui consiste à nommer « articles » l'énoncé de principes qui n'auraient pas pour fonction de poser des règles opérationnelles mais seulement d'arrimer le droit à des « valeurs », selon les mots d'un autre membre du comité. On cherchera surtout quelles valeurs sous-tendent l'énoncé – qui n'a de principe essentiel du droit du travail que le nom – selon lequel « les conventions et accords collectifs peuvent prévoir des normes différentes [et non pas plus favorables] de celles résultant des lois et règlements » pourvu que la loi ait prévu et encadré ces dérogations. La même question se pose encore s'agissant de celui, symétrique, selon lequel la loi peut également prévoir que les clauses d'un accord d'entreprise prévaudront sur celles, plus favorables, du contrat de travail. En énonçant ainsi explicitement l'abandon définitif de l'intangibilité du principe de faveur qui a irrigué le droit du travail pendant des décennies, le comité ne fait pas qu'accompagner un mouvement initié depuis plusieurs années : il en sonne solennellement le glas. On pourra discuter de la pertinence d'une stratégie qui penserait naïvement sauver l'essentiel en laissant à la loi le soin d'organiser ces abandons successifs. Chacun sait que le législateur s'engouffrera dans la brèche béante. Mais pour justifier ce ralliement en forme de capitulation au moins qu'on nous épargne l'appel aux valeurs véhiculées par des droits fondamentaux, auxquels on cherche à assimiler ces « principes essentiels ».

La promotion, même sincère, de ces droits fondamentaux ne se réalise-t-elle pas, finalement, au « risque d'une reformulation appauvrie d'un ordre public social en péril », selon la formule adoptée par Isabelle Meyrat dans un article paru au *Droit ouvrier* en 2002 ? Prémonitoire, elle soulignait déjà que « si nul ne conteste le substantiel apport des droits fondamentaux au droit des relations du travail, il faut prendre garde à ce que leur invocation ne serve d'alibi au démantèlement d'un "certain" droit du travail et ne masque la persistance des phénomènes de pouvoir et de domination qui demeurent au cœur de la relation salariale ». Une mise en garde que les membres du comité *Badinter* ont délibérément ignorée. Y compris ceux qui, à l'époque « observateurs les plus attentifs de l'évolution des règles du droit du travail », avaient eux-mêmes perçu « les dérives possibles de cette irrésistible ascension du contrat de travail, et plus largement, de l'autonomie collective ».

Patrick Henriet