

LES DISPOSITIONS TRANSITOIRES EN DROIT DU TRAVAIL

Par

Virginie RENAUX-PERSONNIC
*Maître de conférences à la Faculté de Droit
et de Science politique d'Aix-Marseille
Centre de Droit social
Equipe de recherche (EA 901)*

Destinée à ménager l'adaptation des situations acquises mises en cause par les dispositions nouvelles, la disposition légale transitoire peut s'entendre d'une "disposition qui détermine le passage partiel d'un régime à l'autre et qui institue un régime particulier, soit par la survie temporaire de la loi ancienne, soit par l'application anticipée partielle du nouveau régime, soit un régime dérogatoire autonome, qui n'est ni celui de la loi ancienne, ni celui de la loi nouvelle" (1). Les dispositions transitoires se distinguent ainsi du droit transitoire classique. Ainsi entendues, elles seraient "une sorte de droit spécial des conflits de lois dans le temps" (2), incluant la notion de droit transitoire.

Rechercher et identifier les dispositions légales transitoires en droit du travail s'avère un exercice sinon fastidieux, du moins décevant tant ces dispositions sont rares, comparativement à la prolifération de textes en la matière (3). Pourtant, l'instabilité législative rendrait de plus en plus indispensable l'insertion de dispositions transitoires dans les textes nouveaux (4). Or paradoxalement, un phénomène inverse s'observe en droit du travail.

(1) Cette définition est celle retenue par le groupe de travail de l'Atelier de Méthodologie juridique sous la direction de M. le Professeur J.-L. Bergel. Comp. avec la définition retenue par M.M. Ph. Malaurie et L. Aynès : "Le droit (...) des dispositions transitoires est doublement spécial : en raison de la matière (telle ou telle disposition législative) et en raison de la règle transitoire (respect des droits acquis, application immédiate ou une autre règle)", citée in Droit civil, Introduction générale, Cujas, 2^e éd., 1994, p. 212 n° 360. Insistons sur le caractère variable de ces définitions rendant difficile toute théorie générale. V. Ph. Malaurie, L. Aynès, *ibid* ; V. aussi, J. Ghestin, G. Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., 4^e éd., 1994, spéc. p. 326 n° 360 : "faute de se rattacher à une construction d'ensemble cohérente et logique, et d'utiliser une terminologie rigoureuse, (l')interprétation (des dispositions transitoires particulières) est souvent difficile (...)".

(2) V. Ph. Malaurie, L. Aynès, *ibidem*.

(3) Pour ne prendre que l'exemple des lois portant diverses dispositions d'ordre social, on est passé entre 1983 et 1991 d'une loi annuelle à trois lois. V. sur ce point, B. Mathieu, La loi, Coll. conn. du Droit, 1996, p. 87.

(4) V. en ce sens, J. Héron, Principes du droit transitoire, Dalloz, 1996, spéc. p. 6.

Les raisons d'un tel constat tiennent probablement au particularisme des sources en droit du travail. En effet, l'une des caractéristiques essentielles des dispositions légales adoptées en la matière tient d'abord à leur application immédiate, peu importe la remise en cause des situations contractuelles antérieures. Cette application immédiate des lois sociales s'explique d'une part par l'envahissement de l'ordre public (5) et d'autre part par le caractère présumé plus favorable aux salariés des dispositions légales nouvelles (6). Cette présomption expliquerait pour partie l'inutilité des dispositions transitoires puisque l'application immédiate de la loi nouvelle en droit du travail se justifierait par la nécessité d'assurer dans le progrès l'uniformité de la législation en vigueur. De fait, la mise en oeuvre sélective d'une réglementation nouvelle causerait une fracture au sein de la collectivité du personnel en créant une différence de traitement entre les salariés (7). L'application uniforme de la loi nouvelle serait ainsi un facteur de paix sociale.

Le nombre restreint de dispositions légales transitoires en droit du travail tient ensuite à la multiplicité de ses sources et à ses conséquences. De fait, dans de nombreux domaines, les sources étatiques classiques subissent la concurrence des sources professionnelles élaborées par le milieu du travail (8) par l'effet du principe général (9) de l'application de la norme la plus favorable aux salariés (10), en sorte que les dispositions transitoires s'avèrent moins indispensables. Le plus souvent, les dispositions légales nouvelles fixent un minimum de protection puis délèguent aux sources professionnelles le soin d'assurer leur adaptation. D'ailleurs, compte tenu de l'importance de la négociation collective, la loi peut même instituer des mécanismes de droit transitoire (*lato sensu*) pour permettre la survie provisoire des avantages acquis par les salariés lors de la succession dans le temps des différentes sources professionnelles (11). Ainsi en est-il de l'article L. 132-8 du Code du travail qui règle le sort des avantages issus d'une convention collective dénoncée ou mise en cause pendant un délai provisoire de quinze mois dans l'attente de la conclusion d'un accord collectif de substitution (12). Mais, si les mécanismes ainsi décrits répondent au moins pour partie à la définition de la disposition légale transitoire, ils ne règlent pas la succession des lois dans le temps.

Et, si la doctrine préfère analyser les mécanismes de droit transitoire à partir de chaque source professionnelle (13), et notamment à partir des conventions collectives, c'est parce que "dans une large mesure, c'est par la négociation

(5) V. not. Th. Revet, L'ordre public dans les relations de travail, in L'ordre public à la fin du XX^e siècle, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1996, spéc. p. 43.

(6) En ce sens, G. Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot, Précis de Droit du travail, Dalloz, 19^e éd., 1998, n° 57; V. aussi, J. Ghestin, G. Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, spéc. p. 370 n° 411, note 318.

(7) V. E. Dockès, L'application dans le temps des règles du droit du travail, Thèse Lyon dactyl., 1992; V. aussi, A. Bugada, L'avantage acquis en droit du travail, P.U. Aix-Marseille 1999, spéc. n° 284 p. 208.

(8) V. not. J.-M. Belorgey, Vous avez dit législation sociale?, Dr. social 1994, p. 531.

(9) Principe général du droit pour le Conseil d'Etat: V. CE, avis, 22 mars 1973, Dr. social 1973, p. 514; principe fondamental du droit du travail selon le Conseil constitutionnel: V. Cons. const. n° 89-257 du 27 juill. 1989, consid. n°11, Rec. Cons. const. p. 59; principe fondamental du droit du travail pour la Cour de cassation: V. Cass. soc. 25 nov. 1992, Dr. social 1993, p. 63.

(10) Dans les rapports entre la loi et la convention collective, l'article L. 132-4 Ctrav. dispose: "La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur". Dans les rapports entre la convention collective et le contrat de travail, l'article L. 135-2 Ctrav. dispose: "Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention collective ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables".

(11) V. A. Bugada, L'avantage acquis en droit du travail, P.U. Aix-Marseille 1999.

(12) A défaut d'accord de substitution dans le délai légal de quinze mois, les salariés conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis au titre de la convention collective dénoncée.

(13) V. E. Dockès, préc.

collective que le droit du travail se fait" (14). Nombreux sont en effet les domaines où les règles applicables combinent les dispositions légales et conventionnelles. Ce particularisme des sources en droit du travail donne ainsi naissance à des techniques législatives inédites, consistant soit en la négociation de la loi elle-même (15) -ce qui réduit l'intérêt d'adopter des dispositions transitoires (16)- soit de manière plus originale, à limiter la loi à un simple cadre juridique, puis à renvoyer aux partenaires sociaux le soin de négocier l'application du dispositif, que le législateur entérinera enfin dans le cadre d'une seconde loi. Cette technique de législation par étapes est celle qui prévaut actuellement pour la réduction de la durée hebdomadaire de travail à 35 heures (17). Dans cette hypothèse, les dispositions légales transitoires subissent la concurrence du régime transitoire conventionnel, qui acquiert ainsi un effet "réglementaire" (18). La première loi peut également apparaître comme une addition de dispositions transitoires. Mais, dans ce cas, la fonction première des dispositions transitoires se trouve modifiée puisqu'il ne s'agit plus de ménager le passé, mais l'avenir: étaler la création de la loi et non sa mise en oeuvre. Les dispositions transitoires remplissent alors une fonction nouvelle d'élaboration du droit par l'association des partenaires sociaux. C'est l'une des originalités des dispositions transitoires en droit de travail (I).

En somme, les dispositions transitoires classiques n'occuperaient plus qu'une place résiduelle dans les matières relevant du domaine exclusif du législateur, là où la négociation collective est impossible, c'est-à-dire, lorsque "les dispositions législatives et réglementaires" sont "impératives" et lorsque "les règles internationales, constitutionnelles et internes débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages et garanties échappant par leur nature aux rapports conventionnels" (19) (II).

I - UNE FONCTION NOUVELLE: ASSOCIER LES PARTENAIRES SOCIAUX À L'ÉLABORATION DE LA LOI

Parce qu'il est étroitement lié à la réalité, le droit du travail ne se construit pas seulement par la loi, mais aussi et surtout par le milieu du travail (20). La multiplicité des détenteurs du pouvoir normatif conduit naturellement à une concurrence des sources. Spécialement, la loi subit la concurrence de la négociation collective. En effet, le champ de la négociation collective est vaste puisqu'il ressort de l'article L. 131-1 du Code du travail qu'il concerne "l'ensemble (des) conditions de travail et d'emploi et (des) garanties sociales (des salariés)". Par conséquent, en vertu de l'ordre public social, nombreux sont les domaines dans lesquels la loi fixe le minimum de protection que les partenaires sociaux sont susceptibles d'améliorer dans un sens plus favorable aux salariés. Dans ces conditions, le recours aux

(14) V. G. Couturier, Droit du travail, 2- Les relations collectives de travail, P.U.F., 2^e éd., 1993, spéc. n° 196, p. 439.

(15) V. sur ce point, G. Couturier, Droit du travail, 1- Les relations individuelles du travail, P.U.F., 3^e éd., 1996, n° 27, p. 52.

(16) La négociation préalable de la loi ayant anticipé les difficultés d'application de la loi nouvelle. V. en ce sens, J.-M. Verdier, Ph. Langlois, Aux confins de la théorie des sources du droit: une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif, D. 1972, chron. p. 258.

(17) V. *infra*. V. aussi, l'avant-projet de loi Aubry II, Sem. soc. Lamy n° 941 du 5 juill. 1999, p. 2; Projet de loi Aubry II, Doc. Ass. nat. n° 1786, JCP 1999, éd. E, Actualité, p. 1361.

(18) Sur l'effet réglementaire des conventions collectives, V. P. Durand, Le dualisme de la convention collective, RTDciv. 1939, p. 353.

(19) V. CE, avis, 22 mars 1973, Dr. social 1973, p. 514; G. Lyon-Caen, J. Pélissier, Les grands arrêts du droit du travail, Sirey, 1980, 2^e éd., n° 50, p. 122.

(20) V. G. Couturier, Droit du travail, 2 - Les relations collectives de travail, préc. p. 439.

dispositions transitoires s'avère inutile, puisque la convention collective adapte les dispositions légales nouvelles. Toutefois, aujourd'hui, dans des domaines conflictuels, ou totalement novateurs, pour éviter les réactions de rejet et les erreurs d'appréciation, donc pour améliorer la qualité de la loi, le législateur et les partenaires sociaux collaborent dans l'élaboration même de la loi. De fait, de nouvelles techniques législatives apparaissent associant la négociation collective et la loi en amont et en aval du Parlement. En amont, dans des domaines totalement novateurs, sous l'influence des partenaires sociaux, la technique des lois expérimentales à durée déterminée peut conférer à leurs dispositions les caractères de la disposition transitoire : les lois expérimentales à durée déterminée seraient alors à certaines conditions des dispositions transitoires éventuelles (B). De même, en aval, lorsque la réforme du système juridique antérieur est profonde, la technique de la législation par étapes, en associant les partenaires sociaux à l'élaboration de la deuxième loi, confère aux dispositions de la première loi les caractéristiques des dispositions transitoires (A).

A - La législation par étapes : des blocs de dispositions transitoires ?

Pour éviter les erreurs d'appréciation et les carences -donc les réformes successives et la prolifération des lois-, les pouvoirs publics confient en fait, depuis quelques années, l'élaboration de la loi aux partenaires sociaux. Or, les interactions entre la loi et la négociation collective peuvent être très étroites dans la législation par étapes.

Ainsi, la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail surprend par sa singularité (21). Compte tenu de la réforme apportée à la durée légale du travail, le législateur a différé l'application de la nouvelle durée légale de 35 heures en fonction de l'effectif des entreprises. Elle entrera en vigueur obligatoirement le 1er janvier 2000 pour les entreprises de plus de 20 salariés, et le 1er janvier 2002 pour les autres entreprises. Toutefois, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi et de ses textes d'application (22) et ce, jusqu'aux deux dates butoirs, s'ouvre une période transitoire durant laquelle les entreprises sont incitées à négocier avec les partenaires sociaux les modalités de la réduction effective de la durée du travail moyennant diverses aides financières (23). Ces dispositions sont bien dérogatoires aux dispositions nouvelles, puisque le passage aux 35 heures au 1er janvier 2000 dans les entreprises de 20 salariés et au 1er janvier 2002 dans les autres entreprises ne donnera droit à aucune aide financière de la part de l'Etat. Il s'agit donc bien de dispositions transitoires puisque, d'une part elles déterminent de manière temporaire le passage d'un régime à l'autre, et d'autre part, elles instituent un régime spécifique quant au fond qui n'est ni celui de la loi ancienne, ni celui de la loi nouvelle.

Mais, la véritable originalité de la loi de 1998 tient à la sous-traitance de la loi aux partenaires sociaux. En effet, ces dispositions légales sont destinées à favoriser une application anticipée de la loi nouvelle par la négociation collective. Toutefois, l'application conventionnelle de la nouvelle durée légale sera susceptible d'être remise en cause si les accords conclus contiennent des dispositions déroga-

(21) J.O. 14 juin. V. M-A. Souriac-Rotschild, La négociation collective après la loi sur les 35 heures, 10è rencontre de l'Université Paris X-Nanterre, Liaisons. Documents, W, 3 déc. 1998, n° 118-98.

(22) Décrets du 22 juin 1998, J.O. du 23, p. 9627 et circ. du 24 juin 1998, J.O. du 25, p. 9627.

(23) Il est notamment prévu d'accorder une aide sous forme d'abattement des cotisations patronales de sécurité sociale aux entreprises qui réduisent de façon significative leur horaire collectif accompagné d'une embauche corrélative de 6 % des effectifs maintenue pendant deux ans. Son montant forfaitaire varie selon la rapidité de conclusion des accords.

toires aux dispositions d'ordre public de la seconde loi (24) qui devrait être discutée dès le second semestre 1999 et qui devrait instituer le régime juridique de la nouvelle durée légale, notamment la durée maximale du travail ou encore le régime des heures supplémentaires (25). Certes, l'objectif recherché par le législateur est de promouvoir la réduction conventionnelle de la durée du travail avant la loi Aubry II afin d'amortir les bouleversements engendrés par la loi nouvelle, mais il crée ainsi un curieux régime transitoire. Il confie en effet aux partenaires sociaux le soin d'inventer une partie du dispositif de mise en application de la loi en conformité avec un texte futur, dont le contenu reste ignoré, à mi-chemin entre la loi pré-négociée et la négociation sous-tutelle. En outre, la fonction classique des dispositions transitoires se trouve modifiée. Il ne s'agit plus désormais de ménager le passé, mais l'avenir, en associant les partenaires sociaux à la création de la loi, allégeant du même coup la tâche du législateur.

De manière plus originale, lorsque les matières abordées sont contingentes, voire conflictuelles, le législateur préfère tester l'application de ces réformes dans des lois expérimentales à durée déterminée. A certaines conditions, ces lois peuvent apparaître comme de véritables "lois transitoires".

B - Les lois expérimentales à durée déterminée : des dispositions transitoires éventuelles ?

Dans des domaines apportant une réforme profonde du système juridique en vigueur, certaines dispositions légales qui, au moment de leur adoption, n'apparaissent pas formellement comme des dispositions transitoires peuvent néanmoins le devenir en raison de la technique adoptée par le législateur.

Ces dispositions ne relèvent pas *a priori* du régime des dispositions transitoires, mais le seront peut-être *a posteriori*. En effet si, à l'issue de la période expérimentale, le cadre légal n'est pas entériné, ou s'il est modifié, les dispositions légales présenteront bien un caractère temporaire et dérogatoire dans la mesure où elles auront institué un régime qui ne relevait ni du dispositif ancien, ni du dispositif nouveau.

(24) V. sur ce point l'annulation totale et partielle de deux accords conclus en application de la loi du 13 juin 1998 : TGI Paris 28 sept. 1999, Fédération française des syndicats banques c/ AFB (annulation totale d'un accord permettant de ne pas décompter une partie du temps de formation sur le temps de travail effectif et dérogeant aux dispositions légales sur les congés payés de fractionnement) et TGI Paris 28 sept. 1999, Fédération de la Métallurgie C.G.T. et autres c/ SAGEM (annulation d'une disposition de l'accord instaurant pour les cadres un forfait avec référence à un horaire annuel et un forfait sans référence horaires contraires aux dispositions de l'article L. 212-5 du C. trav.), V. Sem. soc. Lamy, n° 951 du 11 oct. 1999, p. 4. Ainsi, pour favoriser la sécurisation des accords conclus en application de la loi du 13 juin 1998, l'article 14 du projet de loi Aubry II prévoit qu'ils seront réputés signés à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, si leurs stipulations sont conformes aux dispositions de cette loi. A défaut, elles continueront à produire effet jusqu'à la conclusion d'un accord collectif de substitution, et au plus tard pendant un an à compter de l'entrée en vigueur de la loi. En toute hypothèse, les stipulations conventionnelles relatives au régime des heures supplémentaires cesseront de produire effet dès l'entrée en vigueur de la loi, si elles ne sont pas conformes aux dispositions nouvelles.

(25) Il résulte en outre du projet de la deuxième loi sur les 35 heures que les heures supplémentaires accomplies entre la 35^e et la 39^e heure feront l'objet d'un traitement particulier pendant un an à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle durée légale (le 1er janvier 2000 ou le 1er janvier 2002 selon l'effectif de l'entreprise). En instaurant ces dispositions transitoires, le gouvernement veut permettre aux entreprises de s'adapter aux nouvelles dispositions et leur laisser un temps suffisant pour engager des négociations. S'il est adopté, ce dispositif vise en outre à éviter une augmentation brutale de la masse salariale.

a - La loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire ainsi qu'au développement de la négociation collective en constitue une parfaite illustration. Destiné à favoriser la négociation et la conclusion d'accords et de conventions collectives dans les entreprises dépourvues de délégué syndical (26), l'article 6 de la loi permet, à titre expérimental et pour une période allant jusqu'au 31 octobre 1998, à un représentant élu du personnel ou à un salarié quelconque de l'entreprise mandaté par un syndicat représentatif de négocier et conclure un accord d'entreprise, après la conclusion d'un accord ou d'une convention de branche déterminant les thèmes de la négociation. Cet article déroge au droit commun qui impose pour la conclusion d'accords et de conventions collectives la négociation entre l'employeur et un délégué syndical.

Ce dispositif est original à plus d'un titre. En effet, d'une part, il est issu de la négociation collective, et spécialement d'un accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 (27). L'originalité du dispositif tient d'autre part au fait qu'il était nécessaire de procéder à la validation législative de l'accord du 31 octobre 1995 en raison de son caractère dérogatoire aux dispositions d'ordre public sur la négociation collective. C'est l'objet de la loi du 12 novembre 1996. Toutefois, trois ans n'ont pas suffi pour permettre au législateur d'entériner définitivement ce dispositif dérogatoire. En conséquence, un nouvel accord national interprofessionnel conclu le 8 avril 1999 a prolongé le dispositif pour trois nouvelles années (28). Or, ce nouvel accord innove par rapport au précédent puisqu'il ajoute une condition préalable au mandatement conventionnel : les partenaires sociaux doivent inviter l'employeur à organiser une procédure électorale pour la mise en place d'institutions représentatives du personnel. Mais là encore, en raison de la dérogation aux règles classiques de la négociation, une nouvelle validation législative sera nécessaire pour permettre son application. Dans cette attente, il n'est plus possible actuellement de conclure un accord d'entreprise dans les conditions fixées par la loi du 12 novembre 1996. Dans ces conditions, l'article 6 de la loi du 12 novembre 1996 présente bien les caractères d'une disposition transitoire. Son application était bien provisoire puisqu'il était limité à une durée déterminée de trois ans ; il était également dérogatoire puisqu'il instaurait une négociation qui n'était ni celle du droit commun, ni celle qui résultera de l'accord national du 8 avril 1999 lorsqu'il sera validé.

En outre, en attendant la loi de "ratification", un nouveau dispositif transitoire pourrait également apparaître : il serait alors issu de la jurisprudence du 25 janvier 1995 (29) et permettrait la conclusion d'un accord d'entreprise dans les entreprises dépourvues de délégué syndical en l'absence d'accord de branche

(26) Spécialement dans les entreprises de moins de 10 salariés, dans celles de 10 à 49 dans lesquelles un délégué du personnel n'aura pas été mandaté délégué syndical pour la durée de son mandat par un syndicat représentatif (art. L. 412-11 al. 4 C. trav.), ou dans celles de 50 salariés lorsqu'aucun syndicat représentatif n'aura désigné un tel délégué (art. L. 412-11 al. 1er C. trav.)

(27) Lui-même inspiré d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 25 janvier 1995 qui avait admis "dans les entreprises où les conditions légales pour avoir un délégué syndical ne sont pas remplies, la possibilité pour un salarié mandaté à cet effet par un syndicat représentatif de négocier un accord d'entreprise avec l'employeur au même titre que le ferait un délégué syndical". Cass. soc. 25 janv. 1995, Dr. social 1995, p. 274, obs. G. Borenfreund. Toutefois, contrairement au dispositif issu de l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, la chambre sociale de la Cour de cassation n'impose pas la conclusion préalable d'une convention de branche précisant les thèmes de la négociation.

(28) Feuilles rapides F. Lefebvre 8-99, p. 3.

(29) V. note 27.

préalable (30). Cette négociation dérogatoire existe déjà à titre temporaire dans la loi du 13 juin 1998. En effet, pour favoriser la négociation sur la réduction de la durée du travail, le législateur de 1998 a autorisé le mandatement de salariés en l'absence de convention de branche préalable (art. 3 III). Les caractères de la disposition transitoire imprègnent également cette disposition légale : d'abord, elle est provisoire (elle cessera le jour de l'application obligatoire des 35 heures) ; ensuite elle est doublement dérogatoire d'une part aux règles de la négociation collective classique et d'autre part aux règles du mandatement conventionnel issues de la loi du 12 novembre 1996 ainsi qu'à celles qui résulteront de l'accord national interprofessionnel du 8 avril 1999 lorsqu'il sera validé.

b - La loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions contient également un dispositif expérimental à durée déterminée en son article 25 (31). A titre expérimental et dérogatoire, la loi ouvre l'accès au contrat de qualification jusqu'au 31 décembre 2000 aux demandeurs d'emploi âgés de 26 ans et plus, rencontrant des difficultés sociales et professionnelles (32). C'est une disposition dérogatoire puisqu'en principe, le contrat de qualification est réservé aux jeunes de moins de 26 ans. Pendant cette période expérimentale, l'ensemble des dispositions des contrats de qualification leur est applicable, à l'exception de l'article L. 981-3 C. trav. qui prévoit une rémunération déterminée en fonction du SMIC. Ainsi, les dispositions relatives aux abattements sur rémunération ne s'appliquent pas dans ce cadre. La rémunération est donc égale au minimum au SMIC.

La loi prévoit que les modalités de pérennité de cette ouverture doivent être négociées avec les partenaires sociaux avant le 31 décembre 1999. On peut donc soutenir *a contrario* qu'à défaut de négociation, la disposition ne sera pas reconduite à titre définitif. Par conséquent, il s'agira bien dans ce cas d'une disposition transitoire en raison de son caractère provisoire et dérogatoire au droit commun du contrat de qualification.

Si l'originalité de l'élaboration des sources du droit du travail explique l'émergence de dispositions transitoires aux fonctions nouvelles, elle trouve néanmoins ses limites lorsque la matière échappe à la négociation collective, ce qui oblige le législateur à assurer seul l'élaboration des règles. Les dispositions transitoires retrouvent alors leur fonction classique d'adaptation de la loi.

II - LA FONCTION CLASSIQUE : MÉNAGER UN TEMPS D'ADAPTATION

Lorsque le législateur doit élaborer seul les règles applicables, certaines matières sensibles lui imposent de prévoir dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle une transition douce avec la loi ancienne, palliant ainsi l'impossibilité d'adaptation conventionnelle. Rien d'étonnant dans ces conditions à ce que l'essentiel des dispositions transitoires classiques relève des lois ressortissant du domaine exclusif du législateur (B). Par ailleurs, la technique législative reste suffisamment classique pour permettre leur examen (A).

(30) V. en ce sens, P-H. Antonmattéi, in L'année de droit social, éd° du Juris-Classeur, 1998, spéc. p. 167. Toutefois, sous l'empire de la loi du 12 novembre 1996, le Conseil d'Etat a annulé pour excès de pouvoir une note du ministère du travail admettant le mandatement d'un salarié en l'absence de convention de branche préalable. V. C.E., 1er avril 1998, RJS 1998, n° 888.

(31) Loi n° 98-657 du 29 juill. 1998, J.O. 13 juill.

(32) Le dispositif s'adresse plus spécialement aux chômeurs inscrits comme demandeurs d'emploi au moins 12 mois au cours des 18 derniers mois.

A - Une technique d'élaboration classique

Sur la trentaine de textes recensés en droit du travail répondant à la définition de la disposition légale transitoire, une bonne moitié contient expressément le terme "transitoire" (1). Si d'autres textes exigent une lecture plus attentive, la technique législative reste suffisamment classique pour déceler l'existence de dispositions transitoires implicites (2).

1 - Les dispositions transitoires expresses

Lorsque le caractère transitoire des dispositions légales ressort expressément de la lettre du texte, le travail du juriste s'en trouve considérablement simplifié, au moins en apparence. Si dans la majorité des cas, le législateur en use à bon escient (a), l'analyse révèle aussi l'existence de fausses dispositions transitoires (b).

a) Certains textes consacrent expressément un titre aux dispositions transitoires (33), d'autres un chapitre (34), ou une section (35).

Plus nombreuses sont les dispositions transitoires contenues dans un article de loi ou de décret. Ces dernières sont alors identifiables dans une partie du texte consacrée aux dispositions diverses (36). Mais le plus souvent, les dispositions transitoires n'apparaissent nettement qu'après une lecture attentive grâce à l'emploi exprès de l'adjectif "transitoire" dans le corps du texte (37). Cette technique législative témoigne, de la part du législateur, de la conscience des difficultés d'application dans le temps de la loi nouvelle et de sa volonté de réduire l'insécurité juridique et la marge d'appréciation susceptible de résulter de l'interprétation des juges, des parties ou de la doctrine.

En outre, il faut signaler l'existence de deux textes temporaires qui constituent des dispositions transitoires substantielles, dont l'objet est de faciliter la transition entre le droit ancien et le droit nouveau. Il s'agit donc de textes spéciaux et autonomes puisqu'ils ne figurent ni dans le texte de la loi ancienne, ni dans celui de

(33) Décret n° 97-410 du 25 avr. 1997 fixant les conditions contractuelles applicables aux agents de l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail, dont le titre XI est consacré aux "dispositions transitoires et aux dispositions finales" (J.O. 27 avr., p. 6405); loi n° 92-642 du 12 juill. 1992 relative aux assistants maternels et assistantes maternelles et modifiant le Code de la famille et de l'aide sociale, le Code de la santé publique et le Code du travail, dont le titre IV est relatif aux "dispositions diverses et transitoires" (J.O. 14 juill.).

(34) Décret n° 97-364 du 18 avr. 1997 portant statut particulier du corps des contrôleurs du travail dont le chapitre V est consacré aux "dispositions transitoires" (J.O. 19 avr., p. 5937).

(35) Décret n° 77-100 du 2 févr. 1977 adaptant les dispositions relatives à l'apprentissage (section IV).

(36) Décret n° 93-541 du 27 avr. 1993 à propos du calcul de la taxe d'apprentissage.

(37) Loi n° 87-518 du 10 juill. 1987 relative à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés (art 10) J.O. 12 juill.; décret n° 98-1227 du 29 déc. 1998 relatif aux obligations déclaratives afférentes à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés et modifiant le Code du travail (art. 2), J.O. 30 déc. V. aussi, Décret n° 96-578 du 28 juin 1996 relatif aux modalités de financement du capital de temps formation et modifiant le Code du travail pris en application de la loi du 20 déc. 1993 (art. 2). Ce décret renvoie aux accords de branche étendus le soin de définir les conditions dans lesquelles les collectes des contributions des employeurs sont affectées à l'organisme collecteur. Il prévoit toutefois qu'à titre transitoire pour l'année 1996 et éventuellement pour l'année 1997, si aucun accord national interprofessionnel n'est intervenu pour définir les modalités de la collecte, ce sont les organismes collecteurs agréés au titre du congé individuel de formation qui devront reverser une fraction de ces sommes. Or, il est intéressant de noter ici, que le législateur prend le soin d'ajouter que les clauses des accords de branche non étendus avant la date de son entrée en vigueur ne peuvent déroger à ces dispositions transitoires. V. loi n° 86-1320 du 30 déc. 1986 sur les procédures de licenciement (art. 22); V. enfin, loi n° 90-1002 du 7 nov. 1990 modifiant l'ordonnance n° 86-1134 du 21 oct. 1986 relative à l'intéressement et à la participation (art. 7II et 7III).

la loi nouvelle (38). Le premier de ces textes n'est pas une disposition légale *stricto sensu* : il s'agit d'une circulaire de la Direction des relations du travail (DRT) du 17 novembre 1998 relative aux conséquences du passage à l'Euro sur le paiement des salaires (39). Elle apporte des précisions sur les options offertes à l'employeur pendant la période transitoire de trois ans résultant des règlements du Conseil de l'Union européenne définissant le cadre juridique du passage à l'Euro (40). Un Arrêté du 30 octobre 1986 procède de manière identique pour certains congés accordés aux salariés représentant des associations familiales (41). Cet arrêté ne contient en effet qu'un article dont le second alinéa prévoit l'application des dispositions de l'alinéa précédent "à titre transitoire" pour une période de deux ans. Toutefois, alors qu'elles auraient dû cesser au terme de cette période de deux ans, ces dispositions transitoires sont toujours applicables, de sorte qu'elles tendent à la permanence. Les apparences peuvent donc parfois s'avérer trompeuses.

2 - Les textes usent parfois à tort de l'adjectif "transitoire". En réalité, ils aménagent l'entrée en vigueur des dispositions légales pour éviter de leur conférer un effet rétroactif. Parmi les dispositions qui usent expressément de manière erronée de l'adjectif "transitoire", on relèvera la loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement économique. Celle-ci prévoit en son article 22, par dérogation aux dispositions qu'elle institue, que les procédures d'information et de consultation des représentants du personnel engagées sur le fondement des articles L. 321-3 et L. 321-4 du Code du travail, en cours au 1er juillet 1987, date d'entrée en vigueur de la loi, restent soumises aux dispositions de ces articles jusqu'au terme des procédures déjà engagées. L'article 22 écarte donc l'application immédiate de la loi nouvelle pour ne pas bouleverser les situations juridiques en cours qui ont pris naissance sous l'empire de la loi ancienne sans pour autant avoir épuisé tous leurs effets.

De même, les dispositions du décret n° 98-1127 du 29 décembre 1998 ont plutôt pour objet de différer l'application de la loi dans le temps. Dans le cadre des mesures de simplification administrative, ce décret a supprimé certains documents de la déclaration d'emploi des travailleurs handicapés. Il y est prévu que les informations fournies jusqu'à présent dans le volet D1, c'est-à-dire la répartition des emplois par sexe et selon la nomenclature des professions et catégories socio-professionnelles, seront désormais collectées par l'intermédiaire de la déclaration annuelle des données sociales (DADS). Cette suppression prendra effet à partir de la déclaration afférente à l'année 1999 que les employeurs devront remettre à la DDTEFP le 15 février 2000. Toutefois, l'article 2 de la loi prévoit qu' "à titre transitoire", les employeurs devront renseigner le volet D1 des déclarations afférentes à l'année 1998 qu'ils doivent adresser au plus tard le 15 février 1999.

2 - Les dispositions transitoires implicites

L'identification des dispositions transitoires en l'absence d'indication expresse par le législateur s'avère plus délicate. La technique législative reste cependant suffisamment classique pour les découvrir : la fixation d'un délai déterminé ou d'une date

(38) Raison pour laquelle ces textes ne feront pas l'objet de développements plus importants.

(39) Liaisons soc. n° 7945 du 14 déc. 1998, B 363.

(40) Règl. n° 1103/97/CE du 17 juin 1997, JOCE L. 162 du 19 juin, p. 1; Règl. n° 974/98/CE du 3 mai 1998, JOCE du 11 mai, p. 1.

(41) J.O. 19 nov.

butoir au cours duquel ou jusqu'à laquelle un dispositif spécial est adopté constituent des indices pour en déceler l'existence.

a - La fixation d'un délai déterminé au cours duquel le dispositif ancien est maintenu pour partie révèle parfois le caractère transitoire des dispositions légales. C'est le cas notamment d'un décret n° 94-717 du 18 août 1994 qui, en son article 3, prévoit une procédure spécifique d'obtention du titre pour les maîtres d'apprentissage dans les départements d'Alsace-Moselle pendant un délai de 5 ans. De même, l'article 234 ter EA du Code général des impôts accorde une période de 3 ans aux entreprises qui franchissent le seuil de 10 salariés pour leur assujettissement à diverses taxes (42). C'est le cas encore de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises dont l'article 239 exclut certaines créances salariales du régime de la garantie des salaires pendant une période de 2 ans. Enfin, la loi n° 88-1209 du 30 décembre 1988 opère de façon identique pour l'extension aux salariés agricoles du régime de la mensualisation et des avantages qui y sont attachés (43).

b - La fixation d'une date butoir après l'entrée en vigueur du texte permet également de découvrir l'existence de dispositions transitoires. Une loi n° 96-502 du 11 juin 1996 tendant à favoriser l'emploi par l'aménagement et la réduction du temps de travail institue ainsi un régime transitoire d'incitation à la réduction du temps de travail pendant un délai de 7 ans en cas de conclusion d'une convention avec l'Etat entre le 1er janvier et le 11 juin 1996 (art. 5 et 6). Une loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national contient également de telles dispositions jusqu'en 2003 pour certaines catégories de salariés (art. R. 113-3 et 111-1 et s. du Code du service national) (44).

Si le recensement des dispositions transitoires dans les textes impressionne par leur diversité, le domaine dans lequel s'exerce leur fonction classique résiduelle d'adaptation de la loi confirme leur hétérogénéité.

B - Une fonction classique résiduelle liée à la compétence exclusive du législateur

Parce que les pouvoirs des partenaires sociaux sont limités par "les dispositions législatives et réglementaires impératives" et par "les règles internationales, constitutionnelles et internes qui débordent le domaine du droit du travail ou qui intéressent des avantages et garanties échappant par leur nature aux rapports conventionnels" (45), les dispositions transitoires classiques relèvent des lois ressortissant de la compétence exclusive du législateur, plus spécialement des lois débordant le domaine du droit du travail (1) ou des lois relevant de l'ordre public absolu (2).

(42) Loi n° 96-314 portant diverses dispositions d'ordre économique et social du 12 avr. 1996, J.O. 13 avr.

(43) J.O. 31 déc. p. 16741.

(44) J.O. 8 nov.

(45) V. C.E. avis, 22 mars 1973, Dr. social 1973, p. 514 ; G. Lyon-Caen, J. Péliissier, Les grands arrêts du droit du travail, Sirey, 2° éd., 1980, n° 50, p. 122.

1 - Les dispositions transitoires des lois excédant le domaine du droit du travail

a - Au titre des dispositions excédant le domaine du droit du travail, on relèvera celles incluses dans des lois mêlant le droit du travail et le droit de la fonction publique ou le droit fiscal. D'ailleurs, la plupart des dispositions analysées ne figurent pas dans le Code du travail.

Ainsi en est-il d'un décret n° 97-364 du 18 avril 1997 définissant le nouveau statut du corps des contrôleurs du travail (qui assistent dans leur mission les inspecteurs du travail). Afin d'éviter une remise en cause trop brutale du droit à l'avancement des anciens contrôleurs, le décret contient une disposition transitoire instituant, pour la période allant du 1er août 1994 au 1er janvier 1997, de nouveaux grades dans les anciens corps des contrôleurs du travail (46).

De même, parce qu'elle excède le droit du travail *stricto sensu* pour y mêler le droit fiscal et le droit de la sécurité sociale, l'institution de certains prélèvements obligatoires assis sur les salaires ne permet pas la négociation collective. A titre d'illustration, le franchissement du seuil de 10 salariés conditionne l'application des taux de prélèvements dus par les entreprises assujetties à la participation à l'effort de construction ou des transports en commun de Paris et de certaines grandes agglomérations, ou encore le développement de la formation professionnelle continue. D'évidence, l'assujettissement obligatoire des entreprises n'entre pas dans les attributions des partenaires sociaux. Or une loi du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et fiscal a réformé le champ d'application de la participation en y assujettissant toutes les entreprises quel que soit leur effectif salarié. Toutefois, pour éviter un ressaut d'imposition, l'article 11 de la loi a aménagé des dispositions transitoires tendant à limiter l'effet financier pour les entreprises du franchissement du seuil de 10 salariés (art. 235 ter EA du Code général des impôts) (47). Ici, le but des dispositions transitoires tient à éviter d'imposer de manière trop brutale une nouvelle charge aux entreprises.

Enfin, parce qu'elle relève de la défense nationale et non exclusivement du droit du travail, l'application de la loi n° 97-1019 du 28 octobre 1997 portant réforme du service national justifie la compétence exclusive du législateur. En revanche, rien ne semble interdire aux partenaires sociaux d'améliorer les dispositions légales

(46) Dans le même ordre d'idées, les dispositions transitoires contenues dans les décrets des 24 et 25 avril 1997 s'expliquent par le domaine des dispositions réglementaires excédant le droit du travail *stricto sensu*. Alors que l'agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail pouvait seulement recruter des agents contractuels pour les emplois permanents de catégorie A, le décret du 24 avril 1997 leur ouvre désormais la possibilité de recruter de tels agents pour les emplois de catégories B et C. Un décret du 25 avril 1997 contient des dispositions transitoires pour faciliter le reclassement des différents agents.

(47) Ces dispositions concernent d'abord la participation à la formation professionnelle. En effet, les entreprises ayant franchi le seuil de 10 salariés en 1994, 1995 ou 1996 continuent d'être redevables d'une contribution au taux de 0,15% au lieu de 1,5% (taux applicable aux entreprises de plus de 10 salariés) jusqu'au 31 décembre 1999. A compter de l'année 2000 et pendant une période de 3 ans (soit jusqu'en 2002), un abattement dégressif de 75 %, 50 % et 25 % sur le montant de leur contribution de 1,5% leur est appliqué. La participation des entreprises à l'effort de construction contient des dispositions similaires puisque, même si elles ont franchi le seuil de 10 salariés en 1993, 1994 et 1995, les entreprises de moins de 10 salariés jusque-là dispensées du paiement de la contribution, conservent le bénéfice de cette dispense jusqu'au 31 décembre 1999. Pendant les trois années suivantes (soit jusqu'en 2002), elles bénéficient de la réduction dégressive de 75 %, 50 % et 25 % sur le montant de leur participation. Il en est de même pour les entreprises assujetties au versement de transport. Lorsqu'elles atteignent le seuil de 10 salariés à compter du 1er mai 1996, elles bénéficient d'une dispense de versement pendant 3 ans puis de la réduction dégressive de leur taux les 3 années suivantes dans les mêmes conditions. Enfin, les employeurs bénéficiant en 1996 d'une dispense de versement de transport conservent cet avantage jusqu'au 31 décembre 1999.

transitoires (48). Applicable aux Français nés après le 31 décembre 1978, la loi supprime le service long pour y substituer un appel de préparation à la défense d'une journée. Désormais, les intéressés bénéficient d'une journée exceptionnelle d'absence au cours de laquelle leur contrat de travail n'est pas rompu, mais simplement suspendu. Toutefois, la loi institue une période transitoire qui court jusqu'en 2003 pour les jeunes nés avant le 1er janvier 1979 et distingue selon deux situations (art. 2). Les anciennes dispositions issues de l'article L. 122-18 du Code du travail demeurent applicables aux salariés qui, à la date de l'entrée en vigueur de la loi, soit le 8 novembre 1997, étaient sous les drapeaux. En d'autres termes, le contrat de travail de ces salariés reste rompu et, à l'issue de leur service national, ils bénéficient d'un droit à réintégration dans leur emploi ou dans un emploi ressortissant de la même catégorie. Et si l'employeur ne fait pas droit à la réintégration, la rupture s'analyse non en un licenciement, mais en une résiliation du contrat par le départ du salarié au service national de sorte que cette rupture n'ouvre pas droit à indemnité de licenciement. A défaut de pouvoir être réintégrés, ils bénéficient d'une priorité d'embauchage valable un an à compter de leur libération. La loi institue donc ici un mécanisme de survie provisoire de la loi ancienne. La loi règle ensuite le régime applicable aux jeunes nés avant le 1er janvier 1979 qui sont tenus d'effectuer leur service long après la date d'entrée en vigueur de la loi par l'effet des différents reports. Pour ces derniers, le contrat de travail est désormais simplement suspendu et le droit à réintégration est automatique. La priorité d'embauchage est donc supprimée. Il s'agit donc bien ici de dispositions dérogatoires partielles au nouveau régime qui ne sont ni celles de la loi ancienne, ni celles de la nouvelle loi.

b - La nature de certains avantages et garanties justifie encore la compétence exclusive du législateur. Ainsi, les conditions d'emploi de certaines catégories de salariés ou les conditions d'exercice de certaines professions supposent que soient respectées des formalités particulières ou l'intervention de l'autorité publique. Par conséquent, parce que de telles garanties échappent aux rapports conventionnels, la réforme des conditions d'emploi ou d'exercice de l'activité nécessite parfois l'adoption de dispositions transitoires. Ces préoccupations se retrouvent notamment dans le décret n° 94-717 du 18 août 1994 pris en application de la loi quinquennale pour l'emploi du 20 décembre 1993 (art. 53) qui a substitué pour l'emploi des apprentis une procédure de déclaration à la procédure d'agrément par l'Etat. Toutefois, compte tenu des spécificités du droit local, l'article 3 du décret institue des dispositions transitoires pour les départements d'Alsace-Moselle (49).

Une technique similaire s'observe dans la loi n° 92-1406 du 12 juillet 1992 réformant le statut des assistantes maternelles. Cette loi modifie notamment les

(48) D'ailleurs, sous l'empire du régime antérieur, certaines conventions collectives prévoyaient déjà que le contrat de travail de l'appelé n'était pas rompu mais simplement suspendu. V. sur ce point, Lamy Social 1999, n° 1497, p. 685.

(49) Il ressort de l'article 3 que dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, les décisions qui ont délivré ou renouvelé aux entreprises, pour une période de cinq ans, l'agrément prévu par les dispositions de l'art. L. 117-5 dans leur rédaction en vigueur dans ces départements avant le 1er septembre 1994 produisent, pendant leur durée de validité restant à courir, tous les effets attachés à la déclaration prévue audit art. L. 117-5 dans sa rédaction issue de la loi du 20 décembre 1993, y compris en ce qui concerne la procédure d'opposition à l'engagement d'apprentis. - A l'expiration de cette période de cinq ans, les employeurs qui bénéficiaient d'un agrément, doivent souscrire la déclaration prévue à l'art. L. 117-5. Il s'agit bien là de la survie de la loi ancienne de manière provisoire adoptée en considération de la spécificité du droit local de l'apprentissage de 1900.

conditions d'obtention d'agrément leur permettant d'accueillir des enfants à leur domicile (50).

L'emploi obligatoire de personnes handicapées institué par la loi n° 87-518 du 10 juillet 1987 justifie encore la compétence exclusive du législateur dans l'application de la loi. Toutefois, parce qu'il impose une obligation nouvelle à toutes les entreprises de plus de vingt salariés d'occuper à temps plein ou à temps partiel des travailleurs handicapés dans la proportion de 6% de l'effectif, le législateur a assorti la nouvelle obligation légale de dispositions transitoires aux fins d'adoucir le passage de la loi ancienne à la loi nouvelle. Pour une période transitoire de trois ans à compter de son entrée en vigueur (le 1er août 1988), il institue en effet une obligation d'emploi progressive (51), de sorte que la loi de 1987 n'est devenue pleinement effective qu'à compter de la quatrième année de son entrée en vigueur.

2 - Les dispositions transitoires des lois d'ordre public absolu

Le droit du travail connaît deux types d'ordre public (52) : l'ordre public absolu et l'ordre public social ou relatif (53). L'ordre public absolu résulte de l'article 6 du code civil, en ce que les dispositions qui s'y rattachent ne souffrent d'aucune dérogation conventionnelle. Elles n'interdisent cependant pas au législateur d'adopter des dispositions transitoires, si les circonstances l'exigent.

Selon une partie de la doctrine, l'ordre public absolu recouvre des matières diverses comme le droit processuel du travail, la protection de la maternité, l'interdiction des sanctions pécuniaires, l'égalité professionnelle des sexes, la prohibition de l'indexation des salaires, le paiement et la garantie des salaires et enfin, la plupart des règles contenues dans le Livre II du Code du travail, notamment celles relatives au repos hebdomadaire, à la durée maximale du travail (54). Dans ces matières, la dérogation par convention est exclue. Pourtant, même si les dispositions légales ressortissant de l'ordre public absolu sont d'application immédiate, les réformes

(50) L'article 17 de la loi contient en effet des dispositions transitoires pour les demandes d'agrément déposées avant le 1er octobre 1992, date d'entrée en vigueur de son décret d'application, et pour une durée de cinq ans (soit jusqu'au 1er octobre 1997). S'agissant des assistantes maternelles ayant obtenu un agrément avant le 1er octobre 1992 pour accueillir des mineurs en journée (donc à titre non permanent), l'agrément demeure valable pendant une période de 5 ans suivant cette date, soit jusqu'au 1er octobre 1997. Lors du renouvellement ultérieur de l'agrément, l'assistante maternelle devra en principe justifier avoir reçu une formation spéciale de 60 heures, à moins d'avoir accueilli depuis 5 ans au moins des mineurs à domicile, ce qui justifierait une dispense du président du conseil général. De même, pour celles ayant déposé une demande d'agrément avant le 1er octobre 1992, ce dispositif leur permettait d'accueillir des enfants mineurs en journée sans attendre la décision d'agrément, et à leurs employeurs de percevoir l'aide à la famille pour l'emploi d'une assistante maternelle. Les mêmes dispositions transitoires concernent les assistantes maternelles accueillant des mineurs à titre permanent (c'est-à-dire de jour et de nuit), à condition qu'elles aient accueilli des mineurs depuis au moins 5 ans. Lorsque la durée d'accueil est inférieure à 5 ans, l'agrément demeure valable pendant une période de 3 ans soit jusqu'au 1er octobre 1995. Dans ce cas, les assistantes maternelles ne peuvent obtenir un nouvel agrément qu'à la condition de suivre avant l'expiration de cette période de 3 ans une formation spéciale d'une durée minimale de 120 heures. Les dispositions transitoires visent ici à préserver les situations acquises avant la date d'entrée en vigueur de la loi.

(51) Selon l'article 10 de la loi, l'obligation d'emploi est fixée à 3 % de l'effectif pour la première année, à 4 % pour la seconde et à 5 % pour la troisième.

(52) V. L. Rozès, Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Dr. social 1977, p. 311; M. Bonnechère, L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité, Dr. ouvrier 1988, p. 171.

(53) V. CA Aix-en-Provence, 17^e ch., 2 févr. 1999, Bull. Aix 1999-1, p. 145, note E. Courtois-Champenois. Cet arrêt crée (par mégarde) une troisième catégorie d'ordre public : l'ordre public social de direction.

(54) V. G. Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot, Précis de droit du travail, préc., n° 71, p. 63.

apportées dans ces matières nécessitent parfois une transition douce entre la loi ancienne et la loi nouvelle.

Ainsi, pour ménager un temps d'adaptation aux employeurs, la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises prévoit un tempérament à la nouvelle assiette des créances garanties par l'AGS. En effet, alors que sous l'empire de la loi du 27 décembre 1973, l'AGS ne garantissait pas les sommes dues après le jugement d'ouverture, désormais, la loi nouvelle garantit les indemnités compensatrices de congés payés dues lorsque la rupture du contrat intervient pendant ou postérieurement à la période d'observation, ainsi que les salaires dus pour le travail accompli pendant la période de maintien provisoire de l'activité en cas de liquidation judiciaire dans la limite d'un mois et demi. Toutefois, pendant une période provisoire de deux ans, l'article 239 de la loi n'ouvre la garantie de l'indemnité compensatrice de congés payés qu'à concurrence des droits acquis par le salarié à la fin de la période d'observation initiale au lieu de la garantir pour la rupture du contrat prononcée dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan de redressement ou dans les quinze jours suivant la liquidation. L'article 239 ajoute que pendant la même période de deux ans, les salaires dus pour le travail accompli pendant la période de maintien provisoire de l'emploi ne sont garantis que dans la limite d'un mois de travail. En outre, pour l'application de cette disposition, l'article D. 143-3 du Code du travail issu d'un décret n° 86-353 du 6 mars 1986 a limité cette somme à deux fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale, au lieu de trois fois.

Enfin, parce que la réglementation des heures supplémentaires participe de l'ordre public absolu, seule une loi peut y apporter des dérogations. Ainsi, deux décrets du 26 mai 1997 prévoient un régime particulier d'équivalence pour certains salariés agricoles (55) visés à l'article 1144 du Code rural (56). Pour cette catégorie de salariés, la durée de présence correspondant à la durée légale de travail est égale à cette durée prolongée de sept heures. L'équivalence consiste ici à assimiler à la durée légale hebdomadaire de 39 heures une durée de présence supérieure en raison de périodes d'inaction liées à la nature des activités confiées aux salariés. Ces heures de présence supérieure ne sont donc pas rémunérées comme des heures supplémentaires. Toutefois, parce qu'elle s'avérait plus favorable aux salariés, à titre transitoire et jusqu'au 31 mai 1999, le décret maintient la règle d'équivalence antérieure assimilant à une heure de travail effectif l'heure un quart de présence concernant les chauffeurs en attente près de leur véhicule.

Si la recherche des dispositions légales transitoires s'est avérée décevante tant leur nombre est infime, leur analyse au fond a permis d'en découvrir des raisons propres au droit du travail.

Il est certain d'abord que l'inutilité de procéder par voie de dispositions transitoires résulte de l'application immédiate de la loi nouvelle parce qu'elle est présumée plus favorable que la loi ancienne. Ainsi, lorsqu'elle est d'ordre public absolu, elle s'applique immédiatement et lorsqu'elle est d'ordre public social, elle ne s'applique que si elle n'est pas améliorée par les sources professionnelles. En effet, et ceci constitue la deuxième raison du caractère sporadique des dispositions transitoires en droit du travail, la loi subit la concurrence d'autres sources, la

(55) Il s'agit du personnel particulièrement occupé à des activités de gardiennage de locaux ou d'installations, du personnel de surveillance des appareils à feux continus, des préposés des services d'incendie et du personnel assurant la surveillance des animaux.

(56) Décrets n° 97-540 et 97-541 du 26 mai 1997 fixant les modalités d'application de la durée du travail effectif pour les salariés agricoles, J.O. 27 mai, p. 8191.

convention collective, l'usage d'entreprise, l'engagement unilatéral de l'employeur, voire le contrat de travail. Spécialement, la négociation collective amortit souvent l'impact de la réglementation nouvelle. Or, aujourd'hui, le législateur encourage la négociation collective anticipant l'application de la loi nouvelle. Il crée ainsi un nouveau genre de dispositions transitoires : des "blocs" de dispositions transitoires dans la loi, voire des "lois transitoires" à la fonction nouvelle de ménager l'avenir et non le passé. La première loi Aubry du 13 juin 1998 en constitue l'illustration. En définitive, le terrain d'élection des dispositions transitoires classiques de ménager le passé se limite à des domaines résiduels excédant la négociation collective.

Pourtant le législateur a tort de délaisser la technique des dispositions transitoires, car les incertitudes résultant de la prolifération des textes législatifs sont trop nombreuses et porteuses d'insécurité juridique. Le Conseil constitutionnel n'a-t-il pas rappelé au législateur de veiller au respect de la prévisibilité des conventions et des contrats (57) ? Les dispositions transitoires participeraient sans doute de cette exigence.

(57) V. Cons. const. déc. 98-401 DC du 10 juin 1998 (loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail), RTDciv. 1998-3, p. 796. Dans son considérant n° 5, le Conseil constitutionnel précise que "le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789".