

LOI TRAVAIL : LA PARER / S'EN EMPARER ?

III. Défendons le droit à la santé

L'expertise CHSCT dans la loi du 8 août 2016 (art. 31 du projet de loi *El Khomri*)

par Nicolas SPIRE, Sociologue du travail (1)

PLAN

1. Les modalités de réalisation des expertises CHSCT en cas de PSE sont maintenues
2. Les motifs de contestation
3. Un nouveau délai de contestation
4. Les modalités de la contestation
5. L'effet suspensif de la contestation
6. Le remboursement des frais de l'expertise
7. La consolation du CE...
8. L'article L.4614-13-1 : La contestation du coût final

On le sait, la loi du 8 août 2016, dite encore *El Khomri* ou loi « Travail », ne portait ni directement sur le droit à l'expertise du CHSCT, ni même sur les prérogatives des institutions représentatives du personnel (2). Le présent numéro y revient largement, mais il importe de le préciser ici en guise de préalable : cette loi impose des reculs et des atteintes aux droits des salariés qui, à l'usage, se révéleront sans doute bien plus graves et bien plus lourds que ceux relatifs à la seule expertise CHSCT (3). L'aspect qu'avec raison on retient le plus souvent est celui de la remise en cause de la fondamentale « hiérarchie des normes » (4) : sur plusieurs domaines, la loi ouvre désormais aux employeurs la possibilité de déroger aux règles communes en un sens moins favorable aux intérêts ou aux droits des salariés. On ne manquera pas de rappeler la gravité de la logique ici à l'œuvre : le principe de la hiérarchie des normes consistait à prendre acte du rapport de force inégal dans lequel se trouvaient pris le salarié et son employeur (le contrat de travail n'est pas un échange entre égaux, il implique une subordination juridique du salarié par rapport à l'employeur). Le droit dit « commun » (celui défini par le Code du travail) permettait donc d'imposer (par la loi) des garde-fous, des droits, des protections des règles que le pouvoir de sujétion de l'employeur ne pouvait outrepasser... Si des règles différentes s'en écartaient, cela ne pouvait être que dans un sens plus favorable au salarié qui, de ce fait, ne risquait d'être poussé à accepter des règles moins protectrices (c'est ce que l'on appelait le « principe de faveur » (5)). Ce sont ces principes qui se trouvent désormais remis en cause, au nom d'un impératif d'adaptation (toutes les entreprises ne se ressemblent pas) et sous couvert d'une logique supposée « démocratique » : un accord majoritaire de syndicats, ou même un référendum local suffiront désormais à outrepasser – dans un sens moins favorable (plus d'heures de travail, des salaires moindres, moins de congés, moins de repos, moins de garanties...) – les quelques règles supposément « préservées » dans le code, notamment suite aux grandes lignes définies dans le rapport *Badinter* (6).

(1) Nicolas Spire exerce au sein du cabinet Aptéis, cabinet agréé par le ministère du Travail pour réaliser des expertises en santé au travail à la demande des CHSCT (selon les dispositions des art. L.4614-12 et -13 du Code du travail). Les réflexions et analyses qui suivent n'engagent que leur auteur.

(2) Sous le quinquennat de François Hollande, plusieurs textes sont venus substantiellement modifier les prérogatives et le fonctionnement des IRP : ce fut d'abord la loi dite de sécurisation de l'emploi – LSE – (loi du 14 juin 2013 qui introduisait notamment la nouvelle base de données économiques et sociales unique et imposait de nouveaux délais « préfixes » aux consultations et aux expertises, notamment en cas de PSE), puis la loi *Macron* (loi du 7 août 2015 qui, entre autres, atténuait les peines en cas de délit d'entrave) puis surtout la loi *Rebsamen* (qui prévoyait la fusion de la DUP et du CHSCT dans les établissements de moins de 300 salariés, imposait une réduction des délais de consultation et enfermait les consultations dans des délais préfixes). Sur la loi *Rebsamen* on se reportera à J. Dirringer, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », Dr. Ouv. 2016 p.56 ; sur la loi *LSE* not. L. Milet, « L'encadrement de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise »,

Dr. Ouv. 2014 p.470 ; F. Petit, « Les nouvelles attributions du comité d'entreprise », Dr. Ouv. 2014 p.482. V. également M. Benyoucef, « Les expertises CE et CHSCT après la loi du 17 août 2015 », RPD 2016 p.119.

(3) Les dispositions y sont multiples ; on songe ici à celles relatives aux licenciements, aux temps et aux horaires de travail, de repos, à celles relatives au plafonnement des indemnités prud'homales ou aux logiques de sélection de la main-d'œuvre et à la limitation des missions du médecin du travail.

(4) V. M. Bonnechère « L'articulation des normes », Dr. Ouv. 2017 p.66.

(5) Il y avait en fait, déjà, quelques exceptions au principe de faveur, notamment en matière de temps de travail.

(6) Comité chargé de définir les Principes essentiels du droit du travail (dirigé par Robert Badinter), *Rapport remis au Premier Ministre* en janvier 2016 ; celui-ci faisait notamment suite au petit livre coécrit par Robert Badinter et Antoine Lyon-Caen, *Le Travail et la Loi* (Fayard, août 2015).

Démocratie qui risque parfois de n'être que de pure forme où, chacun le sait bien, le débat pourrait se trouver réduit à diverses modalités de chantage à l'emploi et où le référendum – occasion de toutes les manipulations ou désinformations (toute notre histoire politique invite pourtant à s'en méfier...) – tiendra lieu de nouvelle opportunité de contournement des organisations syndicales.

En regard de ce que beaucoup ont, non sans raison, analysé comme une véritable rupture, les modifications du droit relatif à l'expertise CHSCT se révèlent un peu anecdotiques... Il me semble néanmoins que, par le parti-pris dont elles témoignent, elles sont un signe de plus, même si c'est un petit signe au regard des principales dispositions de la loi, du caractère rétrograde (au sens premier, de ce qui retourne en arrière...) de cette loi.

Une précision ou une réserve paraît ici devoir précéder tout développement : le point de vue qui est proposé ici n'est pas celui d'un juriste ou d'un praticien du droit, mais plutôt celui d'un acteur de terrain, d'un sociologue qui, au quotidien, instruit et réalise des expertises à la demande des CHSCT. Il en résultera sans doute certaines erreurs ou approximations, dont je m'excuse par avance ; mais il s'agira, en même temps, de s'appuyer sur la pratique quotidienne d'un cabinet d'expertise directement concerné par les nouvelles dispositions de cet article de la loi.

Relativement récent, le droit à l'expertise du CHSCT (7) est substantiellement encadré par deux articles du Code du Travail, les articles L.4614-12 et 13. Dans leur forme antérieure à la loi *El Khomri*, ils étaient rédigés ainsi :

L.4614-12 : « *Le CHSCT peut faire appel à un expert agréé : 1°) Lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement ; 2°) En cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, prévu à l'article L.4612-8-1 (...)* ».

L.4614-13 : « *Les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur. L'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise, saisit le juge*

judiciaire (...). L'employeur ne peut s'opposer à l'entrée de l'expert dans l'établissement. Il lui fournit les informations nécessaires à l'exercice de sa mission (...) ».

Cependant, depuis la fin de l'année 2015, ces dispositions ne pouvaient plus être laissées en l'état. Deux raisons motivaient cette nécessité de modification, la première était explicite et imposait par elle-même une certaine urgence, la seconde était sans doute moins immédiate, mais non moins importante.

– Cet impératif découlait, en effet, d'abord du résultat d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée, à l'occasion d'un cas d'espèce, au mois d'octobre 2015, au Conseil constitutionnel et tranchée par lui au mois de décembre de la même année. Sans revenir sur le détail de la question (8), rappelons simplement que, suite à un différend entre un employeur et un cabinet d'expertise, le Conseil avait déclaré inconstitutionnelles deux phrases de l'ancien article L.4614-13, à savoir :

* « *Les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur* ».

* « *L'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise saisit le juge judiciaire* ».

Cette décision n'était cependant applicable qu'au 1^{er} janvier 2017 et, ce faisant, le Conseil constitutionnel laissait donc une année au législateur pour revoir tout à la fois les modalités de financement de l'expertise et celles du droit de l'employeur de la contester.

– La seconde explication de cette modification est plus profonde et a une origine plus ancienne, mais elle est, d'une certaine manière, en cohérence avec le reste du projet de loi. Il s'agissait de répondre à une revendication de plus en plus fréquemment affichée ouvertement par le Medef dans les divers avatars des récentes négociations sociales (9), à savoir : limiter, voire abolir, le droit à l'expertise CHSCT, dispositif devenu de plus en plus étendu, et, par là, de plus en plus gênant. L'expertise vient, d'une part, mettre en lumière les éventuels manquements de l'employeur en matière de prévention des risques professionnels ou de protection de la santé et de la sécurité des salariés ; par sa parole « experte » et l'autorité que lui confère l'agrément, il constitue, d'autre part,

(7) La réalisation d'expertises demandées par le CHSCT est inscrite dans la loi en 1992 (loi du 31 décembre 1991 – v. J. Grinsnir, « L'appel à un expert par le CHSCT », Dr. Ouv. 1996 p.15), mais elle n'est devenue effective que depuis le milieu, voire la fin, des années 1990. Sur la généalogie de ce droit, voir P. Cristofalo, « Dynamiques et limites de l'autonomisation de l'expertise auprès des CHSCT », Revue de l'IREs n° 74 - 2012/3. Selon la DARES, en 1998, « seulement 300 CHSCT sur 22 000 ont usé de leur droit de faire appel à un expert » cité par G. Filoche, *Vingt ans de CHSCT*, rapport au Conseil économique et social, 2001, p.56.

(8) La décision du Conseil avait eu pour effet de déclarer inconstitutionnel le financement de l'expertise par l'employeur :

décision n°2015-500 QPC du 27 novembre 2015 (Dr. Ouv. 2016 p.149 n. S. Bernard et p.657 n. P.-Y. Gahdoun). La décision intégrale et les documents afférents se trouvent sur le site du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015500qpc.htm.

(9) Voir par exemple, dès 2007, la position publique du Medef sur l'expertise CHSCT : http://www.sante-et-travail.fr/menaces-sur-l-expertise-chsct_fr_art_648_34374.html. Dans une interview à Mediapart (19 février 2016), Sophie Bérout propose une analyse très conséquente du projet de loi *El Khomri* dans cette perspective : <https://www.mediapart.fr/journal/france/190216/sophie-beroud-le-programme-du-medef-est-applique>.

une singulière remise en cause de la légitimité des discours ou des décisions de l'employeur... le tout pour un dispositif qu'il doit financer sans en choisir le prestataire.

Dans le calendrier législatif, il est très vite devenu évident que le projet de loi qui devait, dans l'année 2016, proposer de substantielles réformes du Code du travail (suite au rapport *Badinter*) devrait également modifier la question du financement et de la contestation de l'expertise CHSCT. Restait à déterminer dans quel sens le Gouvernement allait choisir de réaliser cette modification.

Le texte de l'article 31 (10) de la loi *El Khomri* comporte trois modifications législatives :

- celles de l'article L. 4614-13 ;
- l'ajout d'un article L. 4614-13-1 ;
- l'ajout d'un article L. 2325-41-1.

Nous les reproduisons ci-dessous avant d'en proposer une analyse raisonnée.

L'article L. 4614-13 devient (11) :

~~« Les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur. L'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise saisit le juge judiciaire. Toutefois, lorsque l'expert a été désigné sur le fondement de l'article L.4614-12-1, toute contestation relative à l'expertise avant transmission de la demande de validation ou d'homologation prévue à l'article L.1233-57-4 est adressée à l'autorité administrative, qui se prononce dans un délai de cinq jours. Cette décision peut être contestée dans les conditions prévues à l'article L.1235-7-1. Dans les autres cas, l'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût prévisionnel de l'expertise tel qu'il ressort, le cas échéant, du devis, l'étendue ou le délai de l'expertise saisit le juge judiciaire dans un délai de quinze jours à compter de la délibération du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de l'instance de coordination mentionnée à l'article L. 4616-1. Le juge statue, en la forme des référés, en premier et dernier ressort, dans les dix jours suivant sa saisine. Cette saisine suspend l'exécution de la décision du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de l'instance de coordination visée à l'article L.4616-1, ainsi que les délais dans lesquels ils sont consultés en application de l'article L.4612-8, jusqu'à la notification du jugement.~~

Lorsque le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou l'instance de coordination mentionnée au même article L.4616-1, ainsi que le comité d'entreprise sont consultés sur un même projet,

cette saisine suspend également, jusqu'à la notification du jugement, les délais dans lesquels le comité d'entreprise est consulté en application de l'article L.2323-3.

Les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur. Toutefois, en cas d'annulation définitive par le juge de la décision du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de l'instance de coordination, les sommes perçues par l'expert sont remboursées par ce dernier à l'employeur. Le comité d'entreprise peut, à tout moment, décider de les prendre en charge dans les conditions prévues à l'article L.2325-41.

L'employeur ne peut s'opposer à l'entrée de l'expert dans l'établissement. Il lui fournit les informations nécessaires à l'exercice de sa mission. L'expert est tenu aux obligations de secret et de discrétion définies à l'article L.4614-9.

Est ajouté un article L. 4614-13-1 :

« L'employeur peut contester le coût final de l'expertise devant le juge judiciaire, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'employeur a été informé de ce coût ».

Après l'article L.2325-41 est ajouté un article L. 2325-41-1 :

« Le comité d'entreprise peut, à tout moment, décider de prendre en charge, au titre de sa subvention de fonctionnement prévue à l'article L.2325-43, les frais d'une expertise du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en application du troisième alinéa de l'article L. 4614-13 ».

Dans leur ensemble, les modifications de la loi *El Khomri* quant au droit à l'expertise du CHSCT portent essentiellement sur les modalités de contestation des expertises (par opposition à leurs conditions d'exécution). L'essentiel semble ici de répondre au vide laissé par l'inconstitutionnalité faisant suite à la QPC (« les frais de l'expertise sont à la charge de l'employeur » et « l'employeur qui entend contester... »).

1. Les modalités de réalisation des expertises CHSCT en cas de PSE sont maintenues

Pour rappel, les articles L.4614-12 et L.4614-12-1 sont toujours les suivants :

« Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut faire appel à un expert agréé : 1° Lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement ; 2° En cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, prévu

(10) reproduit *in extenso* en annexe.

(11) Pour plus de clarté, les anciennes dispositions ont été rayées et le texte réformé a été souligné.

à l'article L.4612-8-1. Les conditions dans lesquelles l'expert est agréé par l'autorité administrative et rend son expertise sont déterminées par voie réglementaire ».

« L'expert, désigné lors de sa première réunion par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou par l'instance de coordination prévue à l'article L.4616-1 dans le cadre d'une consultation sur un projet de restructuration et de compression des effectifs mentionné à l'article L.2323-31, présente son rapport au plus tard quinze jours avant l'expiration du délai mentionné à l'article L.1233-30. L'avis du comité et, le cas échéant, de l'instance de coordination est rendu avant la fin du délai prévu au même article L.1233-30. À l'expiration de ce délai, ils sont réputés avoir été consultés ».

Les deux articles sont ici issus des dispositions de la loi *Rebsamen* qui avait, quant à elle, restreint les conditions de réalisation de l'expertise : le délai de réalisation de l'expertise CHSCT en cas de « projet de restructuration et de compression des effectifs » est désormais dépendant d'un délai dit préfix, identique à celui prévu pour la consultation du CE ; or, dans les faits, celui-ci peut se révéler très contraignant (pour les PSE, comme pour tout projet important au sens de l'article L.4612-8...) : les délais de réalisation des expertises sont parfois ramenés à moins d'un mois, ce qui revient à ne plus pouvoir mener une intervention conforme aux attentes des élus ou aux exigences habituelles de l'expertise.

En matière de contestation, l'autre spécificité des expertises portant sur des PSE est maintenue, à savoir :

- la contestation est adressée à « l'autorité administrative » (la *Dirrecte a priori*) et non devant un TGI, comme pour les autres cas ;
- celle-ci a 5 jours pour se prononcer ;
- l'éventuelle contestation de cette décision (par l'employeur ou le CHSCT) a lieu devant le tribunal administratif (art. L.1235-7-1).

2. Les motifs de contestation

« *Dans les autres cas...* » (c'est-à-dire indifféremment des expertises projet important ou risque grave demandées par un CHSCT ou une instance de coordination des CHSCT), la contestation de l'expertise est en quelque sorte scindée en deux : elle peut survenir une première fois avant le lancement des travaux d'expertise et elle peut aussi survenir après...

Globalement, les motifs de contestation sont inchangés : pour mémoire, il s'agit de la nécessité de

l'expertise, de la désignation de l'expert, du coût, de l'étendue ou du délai de l'expertise. La seule précision nouvelle concerne ici la contestation relative au coût de l'expertise : seul le coût prévisionnel « *tel qu'il ressort, le cas échéant du devis* » est concerné ; le coût final pourra donner lieu à une seconde contestation qui est prévue par l'article L.4613-1.

La rédaction de ce passage appelle plusieurs remarques :

* En les divisant en deux occurrences, la loi permet à l'employeur de multiplier les occasions de contestation du coût – qui, rappelons-le, sont de très loin les plus fréquentes.

* La référence au coût prévisionnel (le « *devis* ») s'appuie sur une pratique devenue habituelle au sein des cabinets d'expertise, à savoir : proposer, en amont de leurs travaux, une évaluation du coût prévisionnel... Mais précisons néanmoins que rien ne les y oblige : le texte précise « *le cas échéant* ». Cette pratique permettait aux cabinets de se prémunir d'une éventuelle contestation sur le coût *a posteriori* : il s'agissait de proposer à l'employeur, en même temps que le cahier des charges, un coût prévisionnel afin de l'inciter, en cas de désaccord sur ce coût, à porter sa contestation avant le début de l'intervention ; la procédure permettait alors au cabinet de suspendre l'intervention dans l'attente la décision du juge. Une fois le jugement rendu, le cabinet pouvait entamer ses travaux sans craindre de voir le coût remis en cause. C'est cette relative sécurité que la loi fait donc disparaître (12).

* En mélangeant les motifs de contestation, le texte semble mêler également les types de contentieux. Or, dans le cas de l'expertise CHSCT, les contentieux sont bien loin d'être homogènes : lorsqu'ils concernent la désignation de l'expert, la nécessité ou l'étendue de l'expertise, c'est le CHSCT et sa délibération que l'employeur attaque (l'expert reste le plus souvent hors de la cause) ; lorsqu'il s'agit d'une contestation sur le coût ou sur le délai, c'est au contraire plutôt le cabinet qui est visé. Nous y reviendrons, mais c'est une caractéristique globale de l'ensemble du texte : ses rédacteurs semblent ignorer qu'il existe ici deux types de contentieux.

3. Un nouveau délai de contestation

Dans ces différents cas de contestation, l'employeur saisit donc le juge judiciaire (le TGI ou le TI)... « *dans un délai de 15 jours à compter de la délibération du CHSCT ou de l'IC-CHSCT* ». Il s'agit là, sans doute, du seul aspect un peu contraignant pour les employeurs dans la loi : alors que la jurisprudence

(12) Voir ci-dessous l'analyse du nouvel article L. 4613-1.

récente (13) admettait un allongement considérable de ces délais de saisine du juge, la loi vient mettre ici un peu d'ordre.

Cette nouvelle disposition appelle trois remarques :
* Les éventuelles contestations sur le coût prévisionnel sont assez improbables : l'élaboration d'un devis suppose, à tout le moins, une rencontre avec les représentants du personnel (probablement une autre en présence de la direction) et la consultation de documents internes à l'entreprise, ainsi que la rédaction du cahier des charges proprement dit. Un tel calendrier n'est pas à la disposition des acteurs de l'expertise (expert et CHSCT).

* Il n'est pas interdit de penser que certains employeurs seront tentés, comme avant, d'adopter des stratégies de contestation systématique des expertises, afin d'exercer des pressions sur les négociations entre le CHSCT et l'employeur... Ce dernier dépose d'office une assignation et se retourne ensuite vers le CHSCT, en lui disant qu'il convient de négocier, de limiter l'étendue (et donc le futur coût) de l'expertise ; le tout, alors que l'assignation au tribunal a déjà été déposée. Le risque de voir l'expertise remise en cause, mais aussi le temps perdu pour la réalisation de la mission, peut inciter le CHSCT à concéder une réduction des missions confiées à l'expert. En quelques mois, nous avons déjà eu affaire à de tels cas.

* La pratique laisse augurer que la plupart de ces actions judiciaires *a priori* concerneront exclusivement des contestations (par l'employeur) de la décision du CHSCT ; c'est donc le CHSCT qui aura à se défendre (et non l'expert). Les seuls cas pouvant éventuellement mettre en cause l'expert seraient ceux où on l'accuse d'imposer un périmètre trop important ou des délais trop longs.

Cette remarque aura, par la suite, toute son importance : lorsque l'expert n'est pas formellement partie à la procédure, il ne peut pas se défendre, ni intervenir dans les débats judiciaires dont l'objet est la nécessité ou non de son intervention.

4. Les modalités de la contestation

« Le juge statue en la forme des référés, en premier et dernier ressort, dans les dix jours suivant sa saisine ». Là aussi, plusieurs remarques :

« En premier et dernier ressort » : c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'appel possible ; la décision du tribunal est exécutoire et le seul recours possible est donc un pourvoi devant la Cour de cassation (ce qui signifie un délai de décision d'environ 15 mois).

« Le juge statue... dans les dix jours... » (14).

Des praticiens du droit seraient évidemment mieux placés que moi pour le dire, mais l'on ne peut manquer ici de s'interroger sur la capacité du juge judiciaire à la respecter (aujourd'hui, en la forme des référés, on constate, par exemple, pour le TGI de Paris, des délais d'environ deux mois).

On peut également s'interroger sur l'effet des reports, notamment si le principe du contradictoire n'est pas respecté et si les parties ne disposent pas d'un temps suffisant pour prendre connaissance des conclusions adverses et pour leur répondre.

Que se passera-t-il en cas de dépassement de ce délai des 10 jours ? L'employeur serait-il fondé à mettre en place son projet sans attendre, ce qui reviendrait à priver le CHSCT de son droit à l'expertise en raison du manque de diligence du juge ? Ou bien l'expertise devrait-elle démarrer quand même, et c'est alors l'employeur qui se trouverait privé de son droit de contestation ?

5. L'effet suspensif de la contestation

a. « Cette saisine suspend l'exécution de la décision du CHSCT ou de l'IC-CHSCT... » : la contestation de l'employeur suspend donc également (et ici surtout) le démarrage de l'expertise.

b. « ... ainsi que les délais dans lesquels ils sont consultés... » : il s'agit ici uniquement des expertises pour projet important. Cette disposition suspend donc à la fois le délai des « 30 à 45 jours » dans lequel l'expertise doit être réalisée et l'éventuel délai de « trois mois » lorsqu'il s'agit d'une consultation commune CE-CHSCT (selon les dispositions de la loi LSE). Cela n'est cependant qu'une petite consolation, car le texte semble sous-entendre, ici, que le déroulement de l'expertise doit pouvoir être conçu indépendamment des aléas judiciaires. En effet, il ne mentionne ici que les délais de consultation et, ce faisant, il ne dit rien d'explicite sur les nécessités de l'expertise proprement dite.

c. « ... jusqu'à la notification du jugement ». Il faut noter que ce délai peut significativement allonger les 10 jours mentionnés plus haut... Mais, quoi qu'il en soit, au-delà de ce délai, la décision du TGI sera exécutoire : soit l'expertise doit avoir lieu, soit la demande du CHSCT est annulée.

d. Reste enfin qu'un recours contre cette décision de première instance est toujours possible... devant la Cour de cassation ; mais ce pourvoi ne sera pas suspensif.

(13) La Cour de cassation venait de publier un arrêt sur cette question : Cass. Soc. 17 février 2016, n°14-15.178 (le délai de contestation pouvait s'étendre jusqu'à 5 ans), v. M. Benyoucef, prec. spec. p.133.

(14) Cette nouvelle contrainte vaut également pour les expertises relatives à un risque grave.

6. Le remboursement des frais de l'expertise

« Les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur. Toutefois, en cas d'annulation définitive par le juge de la décision du CHSCT ou de l'IC, les sommes perçues par l'expert sont remboursées par ce dernier à l'employeur ».

C'est évidemment sur ce point que l'on touche à la dimension la plus inédite et la plus préoccupante de cet article de la loi : en ce qui concerne le financement de l'expertise, et la question laissée ouverte par la QPC de décembre 2015, le Gouvernement (et à sa suite le Législateur) a en quelque sorte tranché ; ce sera aux cabinets d'expertise d'assumer seuls le risque du coût des expertises litigieuses. La mesure est radicalement nouvelle et, si elle peut sembler technique, elle rompt à bien des égards avec la conception d'une expertise agréée financée par l'employeur, telle qu'elle avait jusqu'ici prévalu.

Afin de bien comprendre sa portée, efforçons-nous donc de clarifier ici la disposition nouvelle : dans quel cas le « remboursement » sera-t-il exigé des cabinets agréés ? Afin de rendre le propos plus clair, il faut sans doute se placer dans l'hypothèse d'une expertise contestée :

- Imaginons donc un CHSCT qui décide de demander la réalisation d'une expertise (risque grave ou projet important) ;
- Comme c'est son droit, l'employeur décide, quant à lui, de contester cette « demande » ;
- Conformément aux nouvelles dispositions, il assigne le CHSCT presque immédiatement, soit dans un délai inférieur à 15 jours (après la réunion du CHSCT où la demande a été formulée) ; il argue, par exemple, de l'absence de nécessité de l'expertise (pas de risque grave constaté ou bien un projet qui ne modifie pas significativement les conditions de travail).
- Supposons alors que, comme le prévoient les nouvelles dispositions, statuant sous dix jours, le juge donne raison au CHSCT et ordonne la réalisation de l'expertise ; selon l'alinéa précédent du texte, le projet et la consultation des instances sont suspendus et l'expertise doit avoir lieu (le jugement de première instance étant exécutoire).
- L'expertise a donc lieu ; elle est réalisée par une équipe du cabinet qui a été désigné. En cas de projet important, elle se déroule en 30 à 45 jours, éventuellement un peu plus s'il s'agit d'un risque grave.
- Cependant, dans le même temps, mécontent de la décision du juge de première instance (TGI), l'employeur décide de contester ce premier jugement et donc de porter l'affaire en cassation. La procédure

va prendre au moins un an ; et, dans la plupart des cas, l'expertise sera achevée au moment où la Cour de cassation rendra son arrêt.

- Une fois l'expertise achevée (et le rapport rendu), après, en moyenne, deux mois de travail à temps plein (pour un, deux ou trois intervenants), l'employeur paye le cabinet pour le montant facturé (« les frais de l'expertise sont à la charge de l'employeur ») ; notons ici que le coût (conforme au coût prévisionnel annoncé) n'a pas nécessairement été contesté par l'employeur.
- Après l'expertise, l'employeur peut, en outre, mettre en œuvre son projet, éventuellement amendé grâce aux recommandations de l'expertise ou, en cas de risque grave, modifier une organisation ou des situations de travail dangereuses. Quoi qu'il en soit, plusieurs mois après la fin de l'intervention de l'expert, la Cour de cassation statue donc sur la décision du TGI (étant rappelé que les parties ne pourront pas faire valoir des éléments et des arguments sur ce qui s'est passé dans l'intervalle !) ... et, ce faisant, sur la légitimité de la demande d'expertise.

Imaginons alors qu'un arrêt de la Cour de cassation intervienne et accueille le pourvoi de l'employeur ; dans ce cas, soit la Cour annule directement (et définitivement) la décision d'expertise, soit elle renvoie vers un TGI différemment composé qui, à son tour, devra juger de la nécessité de l'expertise... On peut imaginer que l'employeur plaide alors, preuve à l'appui, que son projet n'a pas eu de conséquence particulière en matière de santé au travail ou bien qu'aucun « risque grave » n'était à redouter, puisqu'il n'y a eu aucun accident.

Notons que, dans cette configuration, le CHSCT pourra, certes, défendre son point de vue (mais on peut aisément se figurer que, l'expertise ayant eu lieu, il n'est pas nécessairement très intéressé à cette défense), mais pas l'expert : le cabinet d'expertise n'est ici jamais partie à la cause, alors que ce sont ses intérêts qui sont en réalité en jeu.

En effet, le texte est ici très net : si le tribunal de renvoi annule la délibération du CHSCT ayant demandé l'expertise, l'expert doit rembourser les sommes qui lui ont été versées ! On ne manquera pas de noter, d'une part, que ces sommes correspondent pourtant à des travaux qui ont été réalisés (et que l'expert était, en quelque façon, juridiquement tenu de réaliser) et, d'autre part, que le rapport d'expertise ayant été remis, l'employeur a d'ores et déjà pu tirer profit des analyses et des recommandations du cabinet.

Du point de vue des cabinets d'expertise, cette nouvelle disposition est redoutable : une fois la décision de première instance passée, si la délibération du CHSCT décidant l'expertise est validée par

le TGI, le cabinet désigné devra engager et même achever ses travaux... mais sous la menace de devoir rembourser (ce qui reviendrait littéralement à travailler gratuitement) ; remboursement qui interviendra, qui plus est, en cas d'issue défavorable d'une procédure judiciaire dans laquelle, au sens strict, il n'est pas partie prenante.

En effet, c'est sans doute là que réside l'aspect le plus troublant de ce texte : le cas échéant, l'expert se retrouvera condamné à rembourser une somme correspondant à un travail qu'il a réalisé... à la suite d'un contentieux dans lequel il n'est pas intervenu !

Le résultat d'une telle disposition pourrait bien se traduire, dans les mois qui viennent, par une bien plus grande prudence, voire frilosité, des cabinets d'expertise en cas de procédure judiciaire inachevée, allant jusqu'à refuser de réaliser ces mêmes expertises : la nouvelle disposition reviendra alors, de fait, à limiter le droit à l'expertise des CHSCT.

Dans une perspective de résistance, auxquelles les cabinets ont cependant déjà commencé à réfléchir, d'autres pistes, plus optimistes, paraissent envisageables :

– Il s'agirait, d'abord, de remédier à l'impossibilité pour le cabinet à défendre ses intérêts au cours de la procédure : comme le droit l'y autorise, le cabinet d'expertise pourrait demander à entrer comme « *intervenant volontaire* » dans la procédure opposant l'employeur au CHSCT. Se retrouvant ainsi partie au procès, il pourrait y défendre ses intérêts, et notamment le bien-fondé de son intervention.

– La seconde piste est sans doute plus longue, mais elle est aussi plus radicale : il s'agirait d'envisager, à l'occasion d'un cas d'espèce, de soumettre une nouvelle QPC, au nom cette fois des intérêts du cabinet d'expertise. Le cabinet menacé de devoir rembourser à l'employeur ses frais demanderait à ce que soit entendu ou pris en compte le droit légitime d'un prestataire à être payé pour des travaux déjà réalisés (qui plus est sous la quasi-injonction d'un juge) et dont l'employeur a, d'une certaine façon, déjà profité.

7. La consolation du CE...

Peut-être inquiet du risque économique que les précédentes dispositions font peser sur les cabinets d'expertise, le législateur a cependant envisagé ce que l'on pourrait appeler une solution de rattrapage : si le cabinet a correctement travaillé, les représentants du personnel au CHSCT, syndicalistes, seront sûrement satisfaits et, avec eux, l'ensemble des équipes syndicales. Par une sorte de solidarité, on pourrait donc envisager qu'avec leurs moyens, ils puissent

rembourser le cabinet ayant travaillé pour eux ; le CE étant la seule instance disposant d'un budget conséquent, il suffit donc de lui ouvrir la possibilité de « *garantir* » le manque à gagner pour l'expert : « *... Le comité d'entreprise peut, à tout moment, décider de les prendre en charge dans les conditions prévues à l'article L.2325-41* ».

Art. L.2525-41 (nouvel article) : « *Le comité d'entreprise peut, à tout moment, décider de prendre en charge, au titre de sa subvention de fonctionnement prévue à l'article L.2325-43, les frais d'une expertise du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en application du troisième alinéa de l'article L.4614-13.* »

Écriteau nom d'une louable intention, l'effet de cette disposition risque cependant de s'avérer assez désastreux :

a. Cette disposition rompt d'abord avec un principe cardinal du Code du travail en matière de santé au travail, celui de la responsabilité de l'employeur : en plaçant opportunément le CE en situation de responsabilité économique d'un enjeu relevant directement de la santé au travail, on lui impute une dépense qui est, juridiquement, de la seule responsabilité de l'employeur.

b. L'implicite de cette règle ruine, par ailleurs, une bonne part de la légitimité de l'agrément des experts CHSCT : l'expert peut désormais bel et bien apparaître comme « *l'expert des syndicats* » (comme le disent parfois les employeurs) : s'ils ne sont pas contents, qu'ils s'arrangent entre eux... semble nous dire le législateur.

c. Le budget de fonctionnement des CE (0,2%) n'est en aucune façon augmenté. L'expertise CHSCT et ses frais viendront donc se poser en concurrence d'autres dépenses (frais d'avocats, d'études libres, achats de documents ou de matériels, secrétariat, formations supra-légales...)

d. Au moment de la négociation (désormais omniprésente) entre l'expert et l'employeur sur le coût, les élus qui, jusqu'ici, s'en tenaient à l'écart, pourraient désormais être tentés d'appuyer les demandes de l'employeur visant à limiter le coût de l'expertise.

e. En cas de couleurs syndicales différentes au CE et au CHSCT, l'expert aura peu de chances de faire entendre ses demandes.

f. Enfin, s'il n'existe pas de CE, mais d'autres instances (on peut songer ici, par exemple, à La Poste, où se déroulent de nombreuses expertises), le cabinet n'a plus aucune possibilité de compensation du travail réalisé.

8. L'article L.4614-13-1 : la contestation du coût final

« *L'employeur peut contester le coût final de l'expertise devant le juge judiciaire, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'employeur a été informé de ce coût* ».

Il s'agit donc du nouvel article L.4614-13-1 : c'est donc la deuxième possibilité de contestation du coût du coût de l'expertise qui, contrairement aux précédentes, est très simple... Elle ressemblerait presque à une contestation de type commercial.

Elle est assortie d'un impératif de délai qui n'est guère contraignant : 15 jours après l'information du coût final. Cette dernière possibilité de contestation mérite néanmoins, elle aussi, plusieurs remarques :

a. On comprend que cette contestation (par opposition à la précédente) concerne l'expert, et on serait tenté de dire l'expert seul. Le CHSCT n'est pas responsable du coût facturé par l'expert. Cette contestation interviendrait, d'ailleurs, après la réalisation des travaux d'expertise et elle n'est assortie d'aucune limitation ou contrainte, en dehors de celle du délai (ici, on retrouverait le passage par une éventuelle cour d'appel... et une procédure potentiellement longue).

b. Cette contestation est séparée des premiers motifs évoqués plus haut et l'on comprend donc que l'on peut très bien envisager un employeur qui s'essaie aux deux contestations (par exemple celle du coût final, après l'échec d'une première contestation sur le principe de l'expertise).

c. La rédaction du texte ne semble pas claire sur un point (et cela donnera sans doute lieu à de futurs contentieux) : les cabinets d'expertise pourraient bien être tentés de formaliser leur « *coût final* » dès le début de l'expertise et d'en informer l'employeur (en vue, notamment, de se prémunir contre cette contestation finale) : si le coût ne varie pas à la suite de l'intervention, ne pourrait-on pas considérer que l'employeur a été informé du coût final au début de l'expertise ?

d. Pas plus que les autres, ce dernier motif ne fait de référence à l'agrément des cabinets d'expertise (ni aux articles du code qui y renvoient). Pourtant, la plupart des contestations sur le coût des expertises reposent, en fait, sur la qualité de ces mêmes expertises : comme le prévoient d'autres dispositions du code, il serait donc plus cohérent que la contestation du coût soit renvoyée à l'autorité ministérielle. Pour mémoire, l'article R.4614-9 précise notamment : « *L'agrément peut être suspendu (...) lorsque la qualité*

des expertises cesse d'être conforme aux obligations professionnelles, méthodologiques et déontologiques définies par arrêté de ce ministre ».

Se présentant sous l'aspect d'une disposition très technique (sans doute, pour cette raison, il n'en fut quasiment jamais question au moment des débats, pourtant nombreux et nourris, autour du projet de loi), l'article 31 de la loi *El Khomri* se révèle, à l'examen, lourd de conséquences. En imposant aux cabinets d'expertise de rembourser *a posteriori* des travaux qu'ils ont pourtant déjà réalisés, il fragilise singulièrement le dispositif de l'expertise CHSCT. Faisant droit aux revendications des employeurs en la matière, le nouveau dispositif apparaît peu légitime (imposer à des cabinets agréés de rembourser des travaux qu'ils ont pourtant réalisés, sous agrément ministériel) et juridiquement peu fiable (il n'est pas prévu que le cabinet soit partie dans la procédure). Économiquement, un tel dispositif fait, en outre, peser un risque très direct sur la survie de beaucoup de cabinets, qui ne pourront se permettre de travailler en provisionnant d'éventuels remboursements ou d'éventuelles contestations de coût (alors que celles-ci sont aujourd'hui déjà très lourdes à supporter). L'ultime disposition du texte, renvoyant à un hypothétique financement par le budget du CE, est lui aussi funeste : bousculant le statut des experts autant que leur indépendance, il revient surtout à transgresser le principe de la responsabilité de l'employeur en matière de santé et de sécurité au travail et donc à remettre en cause la légitimité même des expertises en santé au travail.

Sous couvert de simplification, une fois de plus, le texte a ici clairement pour effet de complexifier le droit à l'expertise (la longue analyse ci-dessus en témoigne) ; mais, sous couvert de dispositions très techniques, on tend surtout à affaiblir les cabinets d'expertise et, par là, on remet en cause une prérogative devenue importante des CHSCT. Ce faisant, on affaiblit encore un peu plus l'instance CHSCT et, avec elle, la prévention des risques et la protection de la santé des travailleurs...

Nicolas Spire

Annexe

Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

Article 31

I. – La section 4 du chapitre IV du titre I^{er} du livre VI de la quatrième partie du Code du travail est ainsi modifiée :

1° L'article L. 4614-13 est ainsi modifié :

- a) Le premier alinéa est supprimé ;
- b) Le deuxième alinéa est ainsi modifié :
 - la première phrase est supprimée ;
 - au début de la deuxième phrase, le mot : « Toutefois, » est supprimé ;
- c) Après le même deuxième alinéa, sont insérés deux alinéas ainsi rédigés :

« Dans les autres cas, l'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût prévisionnel de l'expertise tel qu'il ressort, le cas échéant, du devis, l'étendue ou le délai de l'expertise saisit le juge judiciaire dans un délai de quinze jours à compter de la délibération du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de l'instance de coordination mentionnée à l'article L.4616-1. Le juge statue, en la forme des référés, en premier et dernier ressort, dans les dix jours suivant sa saisine. Cette saisine suspend l'exécution de la décision du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de l'instance de coordination mentionnée à l'article L. 4616-1, ainsi que les délais dans lesquels ils sont consultés en application de l'article L.4612-8, jusqu'à la notification du jugement. Lorsque le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

ou l'instance de coordination mentionnée au même article L. 4616-1 ainsi que le comité d'entreprise sont consultés sur un même projet, cette saisine suspend également, jusqu'à la notification du jugement, les délais dans lesquels le comité d'entreprise est consulté en application de l'article L. 2323-3.

Les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur. Toutefois, en cas d'annulation définitive par le juge de la décision du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de l'instance de coordination, les sommes perçues par l'expert sont remboursées par ce dernier à l'employeur. Le comité d'entreprise peut, à tout moment, décider de les prendre en charge dans les conditions prévues à l'article L. 2325-41-1 ».

2° Il est ajouté un article L. 4614-13-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 4614-13-1. – L'employeur peut contester le coût final de l'expertise devant le juge judiciaire, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'employeur a été informé de ce coût »

II. – La sous-section 2 de la section 7 du chapitre V du titre II du livre III de la deuxième partie du même code est complétée par un article L. 2325-41-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 2325-41-1. – Le comité d'entreprise peut, à tout moment, décider de prendre en charge, au titre de sa subvention de fonctionnement prévue à l'article L. 2325-43, les frais d'une expertise du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en application du troisième alinéa de l'article L. 4614-13 ».

DROIT DU TRAVAIL (11^{ème} édition)

Elsa Peskine et Cyril Wolmark



Dalloz coll. Hypercours
2016 – 766 pages
EAN 13 : 9782247160792
35 euros

Le droit du travail régit le travail salarié, c'est-à-dire l'emploi et la vie professionnelle de la très grande majorité des personnes. Placé au centre de la vie économique et politique d'un pays, il ne se passe pas de semaine sans que, par un licenciement collectif, une grève, une restructuration ou une loi nouvelle, il ne fasse parler de lui. Cet ouvrage donne une vision claire et précise de l'ensemble de la matière recouvrant tant les relations individuelles que les relations collectives du travail.

I. Situer le droit du travail

Ouvertures / Domaine / Sources

II. L'accès à l'emploi

Le recrutement / Conclusion du contrat

III. Les formes contractuelles

Le contrat à durée déterminée /
Les relations triangulaires de travail / Le
contrat de travail à temps partiel

IV. Le pouvoir de l'employeur

Pouvoir disciplinaire / Pouvoir normateur /
Pouvoir et contrat / Droits fondamentaux et
exigence d'égalité

V. Le rapport de travail

Le salaire / Le temps de travail /
La santé et la sécurité au travail

VI. Le contrat préservé

La suspension du contrat de travail /
Transferts d'entreprise

VII. L'emploi perdu

Qualifications de la rupture / Droit commun
du licenciement / Les motifs personnels de
licenciement / Le licenciement économique

VIII. Les salariés coalisés

La grève / Le syndicat

IX. Les conventions collectives

Formation et champ d'application /
Modification et cessation des effets des
conventions collectives / Les conventions
collectives parmi les sources du droit du
travail

X. Les délégués des travailleurs

Diversité des délégués des travailleurs /
Désignation et élection des représentants

XI. La puissance publique

L'inspection du travail / Le conseil de
prud'hommes