

1354

Le régime de l'expertise après les ordonnances du 22 septembre 2017

Victoria PICCOLI,

docteur en droit de l'université Panthéon-Assas
(Paris II), juriste, cabinet Ségur Avocats



Les conséquences des mesures prises par les ordonnances du 22 septembre 2017 sur l'expertise sont importantes. Pour la première fois, il est procédé à une véritable rétractation du régime du recours à l'expertise par les instances de représentation du personnel. Il faut souhaiter que l'effort réalisé soit à l'avenir amélioré et maintenu.

1 - Perception. – À première lecture, et par le jeu des renvois, les dispositions des nouveaux articles L. 2315-78 et suivants du Code du travail relatifs au recours à l'expertise par le comité social et économique semblent anodines. De la même manière que le comité social et économique « emprunte la plupart de ses traits au comité d'entreprise »¹, on retrouve dans les textes des ordonnances du 22 septembre 2017² consacrées à l'expertise les traces du passé. Si, dans la droite ligne des évolutions récentes du droit du travail, la promotion du dialogue social et la « confiance » donnée aux partenaires sociaux restent au cœur des nouvelles mesures adoptées, la méthode employée, s'agissant de l'expertise, diffère néanmoins considérablement.

2 - Rétractation. – Ces dernières années, le législateur n'avait eu de cesse de déceler de nouvelles situations dans lesquelles les représentants du personnel pouvaient avoir besoin de l'assistance d'un expert pour exercer leurs missions, associant l'expertise à chaque nouvelle mesure prise en faveur du dialogue social. Entre juin 2013 et août 2015, huit nouveaux cas de recours ont ainsi été créés. Ce vaste mouvement d'expansion tranchait pourtant avec l'importance des dysfonctionnements du régime de l'expertise. Prêtant vraisemblablement l'oreille aux doléances exposées, et pour la première fois, le législateur procède à une rétractation raisonnée de l'expertise quand tant ont cédé par le passé à la facilité de son expansion.

3 - Construction. – L'article 6 de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 autorisait le Gouvernement à prendre par ordonnance « toute mesure [...] afin d'harmoniser l'état du droit, d'assurer la cohérence des textes, d'abroger les dispositions devenues sans objet et de

remédier aux éventuelles erreurs »³. « Les expertises seront régulées, sans porter atteinte au droit à expertise » précisait le rapport fait au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017⁴. Faut-il voir dans cette régulation, concernant tant le périmètre (1) que les modalités de l'expertise (2), la construction achevée d'un régime clair, global et cohérent que certains appelaient de leurs vœux⁵ ?

1. La réduction du périmètre de l'expertise

A. - Les cas de recours à l'expert

4 - Limites. – À la lecture combinée des anciens articles L. 2325-35 et L. 4614-12 du Code du travail et des nouveaux articles L. 2315-87 et suivants du même code, chacun peut constater que les cas de recours à l'expertise sont globalement inchangés. Au regard de l'expansion continue des cas de recours et du dessein réformateur des rédacteurs des ordonnances du 22 septembre 2017, ce simple constat marque un tournant. Il témoigne de la volonté de fixer des frontières stables au périmètre de l'expertise, en le limitant aux cas de recours existants. Au temps de la construction d'un nouveau régime de l'expertise, il eut été souhaitable qu'un travail consistant à déterminer l'utilité réelle de chaque cas de recours soit conduit afin, non nécessairement de supprimer, mais à tout le moins de redéfinir certaines missions confiées aux experts dans un souci d'efficacité et de rationalisation.

1. B. Teyssié, *Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales* : JCP S 2017, 1294. – J.-Y. Kerbourc'h, *La refonte des institutions représentatives du personnel* (Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017) : JCP S 2017, 1313.

2. Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017 : JO 23 sept. 2017. – Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017 : JO 23 sept. 2017.

3. L. n° 2017-1340, 15 sept. 2017, *d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social* : JO 16 sept. 2017.

4. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017* : JO 23 sept. 2017, texte n° 30.

5. V. Drochon (Piccoli), *Le recours à des experts par les instances de représentation du personnel* : LexisNexis, Planète Social, mars 2017.

5 - Aménagements légaux. – À l'intérieur du périmètre de l'expertise, certains aménagements ont été réalisés. La plupart sont intrinsèquement liés aux modifications opérées par les ordonnances du 22 septembre 2017. Ainsi, la disparition annoncée des accords de maintien de l'emploi⁶ et la mue des accords de préservation ou de développement de l'emploi (*C. trav., art. L. 2254-2*) ont conduit à modifier la mission confiée à l'expert-comptable mandaté aux côtés des organisations syndicales dans le cadre de la négociation de ces accords. Elle vise désormais uniquement à apporter « toute analyse utile aux organisations syndicales pour préparer les négociations ». L'assistance de l'expert est exclue au cours de la négociation. Son intervention au stade de la préparation de la négociation étonne lorsque l'on sait que l'établissement d'un diagnostic préalable relatif à la situation de l'entreprise a disparu (comp. *C. trav., art. L. 2254-2, ancien* et *C. trav., art. L. 2254-2, nouveau*).

6 - Aménagements conventionnels. – Le périmètre de l'expertise peut également faire l'objet d'aménagements négociés. L'article L. 2315-79 du Code du travail dispose qu'« un accord d'entreprise, ou à défaut un accord conclu entre l'employeur et le comité social et économique, adopté à la majorité des membres titulaires élus de la délégation du personnel, détermine le nombre d'expertises dans le cadre des consultations récurrentes [...] sur une ou plusieurs années ». Cette disposition, conforme à l'esprit de la réforme visant à attribuer une place centrale à la négociation collective⁷, répond à la même logique que le nouvel article L. 2312-19 du Code du travail qui permet de définir par accord le contenu, la périodicité – dans la limite de 3 ans – et les modalités des consultations récurrentes du comité social et économique. Il pourrait ainsi être prévu que le comité social et économique ne soit consulté sur la politique sociale de l'entreprise qu'une fois tous les 2 ans, le contenu de cette consultation étant adapté aux spécificités sociales de l'entreprise. En conséquence, l'expert-comptable désigné dans ce cadre ne le serait que bi-annuellement, sa mission ne portant que sur l'objet de la consultation tel que négocié avec les organisations syndicales.

Ces aménagements conventionnels ne vont cependant pas nécessairement de pair. Si un accord aménage les consultations récurrentes du comité social et économique sans traiter la question de l'expertise, cette dernière suivra le sort accordé à la consultation puisque sa mise en œuvre dépend du lancement de la procédure consultative.

Il n'est pas à exclure qu'à l'inverse les dispositions supplétives relatives aux consultations récurrentes du comité social et économique s'appliquent⁸ et qu'un accord soit néanmoins trouvé sur le nombre d'expertises conduites, la limite triennale prévue par l'article L. 2312-19 du Code du travail ne s'appliquant pas. En ne visant que le « nombre » des expertises, la loi est néanmoins ambiguë sur la possibilité d'en négocier le contenu et donc de prévoir des expertises « groupées », par exemple sur les orientations stratégiques et la situation économique et financière de l'entreprise.

En tout état de cause, cette possibilité offerte aux entreprises doit être accueillie favorablement : elle permet, en adaptant le cycle des consultations et expertises au rythme des entreprises, d'assurer leur efficacité⁹.

Plus souples sont les dispositions des articles L. 1233-21 et L. 1233-22 du Code du travail selon lesquelles l'accord de méthode portant sur les modalités d'information et de consultation du comité social et économique dans le cadre d'un licenciement collectif pour motif éco-

nomique peut également prévoir « le cadre de recours à une expertise » par ce comité ou « les conditions dans lesquelles [il] peut recourir à une expertise »¹⁰. Il est étonnant que ces dispositions n'aient pas été reprises s'agissant de l'accord portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi (*C. trav., art. L. 1233-24-1*).

7 - Précisions. – Sans modifier l'état du droit positif, le Gouvernement a codifié à plusieurs reprises la jurisprudence de la Cour de cassation¹¹. Ainsi, l'article L. 2315-96, 1° du Code du travail intègre la règle jurisprudentielle selon laquelle le risque grave propre à justifier une expertise s'entend d'un risque « identifié et actuel »¹². Cette précision est la bienvenue car si la nature mouvante de l'hygiène, de la sécurité et des conditions de travail expliquait que référence soit faite dans la loi à des « notions-cadre », des progrès pouvaient être accomplis en matière de prévisibilité du droit. Il faut dès lors regretter qu'il n'ait pas été précisé que le risque grave devait être identifié et actuel « au jour de la délibération du comité social et économique relative à l'expertise » et plus encore, qu'aucune précision n'ait été apportée s'agissant de la définition du « projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail » (*C. trav., art. L. 2315-96, 2°*), alors même que l'état de la jurisprudence en la matière le permettait¹³.

8 - Fusions. – L'impact de la création du comité social et économique sur le périmètre de l'expertise ne doit pas être minimisé. L'approche globale et pluridisciplinaire des expertises, autrefois permises au sein de la délégation unique du personnel (*C. trav., art. L. 2326-5 et R. 2326-5, anciens*) ou à la suite du regroupement des instances de représentation du personnel (*C. trav., art. L. 2391-1 et s., anciens*), est privilégiée.

La réalisation d'expertises portant sur plusieurs champs, dont les modalités et conditions seront précisées par décret en Conseil d'État, est expressément prévue (*C. trav., art. L. 2315-85*).

Ainsi, dans les entreprises d'au moins 50 salariés, en cas de projet de licenciement pour motif économique d'au moins 10 salariés dans une même période de 30 jours, l'article L. 1233-34 du Code du travail (applicable à compter du 1^{er} janvier 2018) permet au comité social et économique de « recourir à une expertise pouvant porter sur les domaines économique et comptable ainsi que sur les effets potentiels du projet sur les conditions de travail »¹⁴.

De même, malgré l'absence de dispositions spécifiques en ce sens, rien n'empêche le comité social et économique de recourir à une expertise à caractère transversal (technique et qualité du travail et de l'emploi) en cas de projet important d'introduction de nouvelles technologies modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (*C. trav., art. L. 2315-94 et L. 2315-96*). Il faut en revanche souligner la maladresse rédactionnelle de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017¹⁵ qui, en renvoyant dans l'ar-

10. *Ord. n° 2017-1387, 22 sept. 2017, préc. note 2.*

11. V. le rapport fait au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre (*JO 23 sept. 2017, texte n° 28*), s'agissant de la codification de la présomption simple de conformité de la convention ou de l'accord collectif à la loi. – V. également le rapport fait au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre (*JO 23 sept. 2017, texte n° 32*), s'agissant de la codification de la définition du périmètre d'activité en matière de licenciement collectif pour motif économique.

12. *Cass. soc., 18 déc. 2013, n° 12-21.719, non publié au bulletin : JurisData n° 2013-029595.* – *Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-15.206, non publié au bulletin : JCP S 2014, 1064, note J.-B. Cottin.* – *Cass. soc., 26 janv. 2012, n° 10-12.183, non publié au bulletin : JurisData n° 2012-001010.*

13. V. sur ce point, V. Drochon (Piccoli), *Le recours à des experts par les instances de représentation du personnel*, précité note 5, p. 114 et s., n° 195 et s.

14. D'où la possibilité de négocier sur l'ensemble des conditions de recours à l'expertise dans le cadre de l'accord de méthode visé à l'article L. 1233-21 du Code du travail.

15. *Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, préc. note 2.*

6. *C. trav., art. L. 5125-1 et s., anciens, abrogés par Ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 3.*

7. *L. n° 2017-1340, 15 sept. 2017, préc. note 3.*

8. *C. trav., art. L. 2312-22 et s.* : prévoyant que les consultations récurrentes du comité social et économique soient conduites annuellement.

9. On pense notamment au caractère inadéquat d'une consultation annuelle sur les orientations stratégiques.

ticle L. 2315-94 du Code du travail portant sur l'expertise technique à tout « projet (...) prévu au 4^o de l'article L. 2312-8 », renvoie non seulement à « l'introduction de nouvelles technologies » mais également à « tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ». Compétence semble ainsi être donnée à l'expert technique pour effectuer une mission qui incombe auparavant exclusivement à l'expert agréé¹⁶. Au mieux cette bévée entraîne une confusion, au pire elle crée un doublon, la notion d'aménagement important et celle de projet important (C. trav., art. L. 2315-96, 2^o) se recoupant.

B. - Les auteurs du recours à l'expert

9 - Forme. – Conséquence directe de la création du comité social et économique, de nombreuses corrections formelles concernent la détermination de la personne ayant la capacité de recourir à l'expertise. Sur la forme, les compétences associées à chaque cas de recours semblent préservées. Celles des instances européennes et du comité de groupe (C. trav., art. L. 2332-1 *ets.* et L. 2312-20) sont intactes. Il en va de même de celle du comité central pour l'expertise conduite dans le cadre d'un projet de licenciement collectif pour motif économique de dix salariés ou plus dans une même période de 30 jours (C. trav., art. L. 1233-36)¹⁷. Tout au plus faut-il regretter le flou résultant du nouvel article L. 2325-79 du Code du travail qui ne précise pas si, en déterminant le nombre d'expertises conduites dans le cadre des consultations récurrentes¹⁸, l'accord signé en la matière peut prévoir la conduite d'expertises communes à plusieurs établissements¹⁹. De même, il aurait été souhaitable que la loi intègre la compétence exclusive du comité social et économique central pour recourir à l'assistance d'un expert en cas d'opération de concentration ou de droit d'alerte économique, conformément à une jurisprudence constante de la Cour de cassation²⁰.

10 - Fond : clés de répartition. – Fait rare, l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017²¹ opère à plusieurs reprises une répartition claire des prérogatives des instances centrales, locales et des commissions spéciales en matière d'expertise.

Instances centrales ou locales. – Contrairement à l'habitude prise par le législateur de viser, dans les textes qui le concernent, le seul comité d'entreprise, sans préciser si, dans les entreprises multi-établissements, ils s'appliquent également aux comités d'établissement, le nouvel article L. 2312-22 du Code du travail détermine, à défaut d'accord (C. trav., art. 2312-19), le niveau auquel les **consultations récurrentes** – et, par voie de conséquence, les expertises afférentes – sont par principe conduites. Il faut dire qu'était né de la refonte des consultations annuelles du comité d'entreprise par la loi du 17 août 2015²² un contentieux florissant, les entreprises et leurs comités d'établissement s'affrontant sur la question de l'effet utile de la consultation et de l'expertise en considération des pouvoirs confiés

aux chefs d'établissement²³. Coupant court aux tergiversations jurisprudentielles et à l'instabilité en résultant, le nouveau texte confie **au seul comité social et économique central** le droit d'être consulté et d'avoir recours à un expert dans le cadre des consultations relatives **aux orientations stratégiques de l'entreprise et à sa situation économique et financière** (C. trav., art. L. 2312-8). La consultation et l'expertise portant sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi peuvent quant à elles être conduites au niveau des établissements, mais à la condition que des mesures d'adaptation spécifiques à ces établissements, relevant de la compétence des chefs d'établissement (C. trav., art. L. 2316-20), soient prévues (C. trav., art. L. 2312-8, *in fine* et L. 2316-1, 2^o).

La clé de répartition est moins claire **s'agissant des consultations ponctuelles** du comité social et économique. Comme auparavant, le comité social et économique central est seul consulté, à l'exclusion des comités d'établissement, sur les projets décidés au niveau de l'entreprise qui ne comportent pas de mesures d'adaptation spécifiques à un ou plusieurs établissements ou lorsque les éventuelles mesures de mise en œuvre ne sont pas encore définies (C. trav., art. L. 2316-1). Par ailleurs, par transposition du régime applicable à l'ancienne instance de coordination des CHSCT (C. trav., art. L. 4616-1, *ancien*), le comité central est désormais seul consulté sur les mesures d'adaptation communes à plusieurs établissements des projets d'introduction de nouvelles technologies et d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (C. trav., art. L. 2316-1 et L. 2312-8, 4^o). Dans ces situations, seul le comité central est titulaire du droit de recourir à l'assistance d'experts.

Les dispositions de l'article L. 2316-1 du Code du travail entrent néanmoins en concurrence avec celles des articles L. 2316-2 et L. 2316-3 du Code du travail. En effet, l'article L. 2316-2 prévoit la compétence du comité social et économique central « sur tous les projets importants concernant l'entreprise en matière économique et financière » (V. C. trav., art. L. 2327-2, *ancien*) en citant, de manière non exhaustive, les offres publiques d'acquisition, les projets d'introduction de nouvelles technologies et d'aménagement important. Or, l'article L. 2316-3 décide que, dans le cadre de ces projets importants, pour lesquels la compétence des comités des établissements connaissant de mesures d'adaptation spécifiques n'est pas exclue, « si la désignation d'un expert » est prévue, « elle est effectuée par le comité social et économique central » (comp. C. trav., art. L. 2316-21). En d'autres termes, il semblerait qu'à moins qu'elle porte sur un projet propre à un établissement d'une entreprise en comportant plusieurs, l'expertise est par principe exclue pour les comités d'établissement²⁴. On retrouve ici, généralisée et intégrée dans la loi, la logique qui présidait à la conduite d'une expertise unique dans le cadre de l'ancienne instance de coordination des CHSCT (C. trav., art. L. 4616-1, *ancien*).

Commissions spéciales. – Alors que la commission économique conserve son droit de recours à l'expertise (C. trav., art. L. 2312-41, L. 2312-64 et L. 2315-48), la nouvelle commission santé, sécurité et conditions de travail créée dans les entreprises et établissements distincts d'au moins 300 salariés a vocation à exercer les attributions du comité social et économique relatives à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail, à l'exclusion du recours à un expert (C. trav.,

16. Nouvel « expert habilité » de l'article L. 2315-96 du Code du travail.

17. La compétence des comités d'établissement en cas de carence du comité central d'entreprise est donc exclue.

18. Telles que prévues par les dispositions supplétives, c'est-à-dire annuelles. En effet, l'article L. 2312-19 du Code du travail permet de définir par accord « les niveaux auxquelles les consultations [récurrentes] sont conduites », le sort de l'expertise suivant alors celui de la consultation.

19. Cette question se pose essentiellement pour la consultation sur la politique sociale de l'entreprise (C. trav., art. L. 2312-22).

20. Cass. soc., 1^{er} mars 2005, n° 03-20.429 ; *JurisData* n° 2005-027257. – Cass. soc., 6 avr. 2005, n° 03-31.130. – Cass. soc., 12 oct. 2005, n° 04-15.794 ; *JurisData* n° 2005-030204.

21. Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, *préc. note 2*.

22. L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi ; JO 18 août 2015.

23. V. not. TGI Montpellier, 3 oct. 2016, n° 16/03425. – TGI Lyon, 10 oct. 2016, n° 2016/01321. – TGI Rennes, 17 nov. 2016, n° 16/00822. – TGI Rouen, 17 nov. 2016, n° 16/00612. – TGI Paris, 15 déc. 2016, n° 16/59957. – TGI Créteil, 23 janv. 2017, n° 16/10638. – TGI Sarreguemines, 21 mars 2017, n° 16/00167. – TGI Nanterre, 25 avr. 2017, n° 16/14821. – TGI Chalons sur Saône, 11 juill. 2017, n° 17/00118. – TGI Aix-en-Provence, 5 sept. 2017, n° 17/00724. – TGI Toulouse, 28 sept. 2017, n° 17/02406. – CA Lyon, 15 sept. 2017, n° 16/07422.

24. Or rares sont les projets d'établissement totalement neutres pour l'entreprise.

art. L. 2315-38)²⁵. Elle peut en revanche proposer au comité de recourir à un expert (C. trav., art. L. 2315-78). Rien ne semble justifier une telle disparité et il eut été préférable d'octroyer aux deux commissions un simple pouvoir de suggestion, l'importance de la décision de recourir à l'expertise justifiant qu'elle soit prise en comité plénier.

11 - Fond : évictions. – Regrettant que dans les entreprises de moins de 50 salariés dépourvues de comité d'entreprise, les organisations syndicales soient dans l'impossibilité de recourir à un expert pour préparer la négociation d'un accord de préservation ou de développement de l'emploi, la loi du 8 août 2016²⁶ avait étendu la possibilité de mandater un expert aux délégués syndicaux, à défaut aux représentants élus mandatés, à défaut aux salariés mandatés (C. trav., art. L. 2254-2, ancien). Cette mesure suscitait des interrogations, les délégués syndicaux ne disposant ni de la personnalité morale nécessaire à la contractualisation d'une lettre de mission, ni d'un budget propre de nature à couvrir les frais qui résulteraient d'une expertise mal fondée ou mal menée. L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017²⁷ supprime cette possibilité.

2. L'encadrement des modalités de l'expertise

12 - Harmonisation. – La construction de nouvelles règles relatives aux modalités des expertises sollicitées par le comité social et économique représentait certainement le principal défi auquel étaient confrontés les rédacteurs des ordonnances du 22 septembre 2017 : il fallait repenser un régime qui avait été construit selon deux philosophies différentes en fonction de la nature et des prérogatives respectives du comité d'entreprise et du CHSCT.

A. - La mise en place de l'expertise

13 - Désignation de l'expert. – Le mode de désignation de l'expert est globalement inchangé. Au temps des projets, il avait été prévu que le recours à une expertise donnerait lieu à une délibération du comité social et économique à laquelle l'employeur ne participait pas²⁸. Si la formule n'a pas été reprise par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, cette règle jurisprudentielle²⁹ demeure applicable.

Une modification importante concerne cependant les modalités du recours à l'expert technique auquel le comité social et économique peut faire appel, notamment en cas de projet d'introduction de nouvelles technologies (C. trav., art. L. 2315-95). Depuis sa création, l'intervention de l'expert dans ce cadre devait faire l'objet d'un accord entre l'employeur et la majorité des membres élus du comité d'entreprise, à défaut duquel la saisine du président du tribunal de grande instance s'imposait (C. trav., art. L. 2325-38, ancien). Cette lourde procédure, qui participait certainement du tarissement de l'expertise technique, est supprimée, l'ensemble des experts étant désormais désignés selon les mêmes modalités.

14 - Choix de l'expert. – Alors même qu'il apparaissait nécessaire de préciser systématiquement le professionnel compétent pour

chaque cas de recours à l'expertise³⁰, les ordonnances du 22 septembre 2017 semblent ajouter de la confusion à un ensemble déjà, pour partie au moins, désordonné.

Aucune précision n'est apportée sur les compétences exigées de l'expert technique, qui peut intervenir tant en matière de nouvelles technologies qu'en matière d'égalité professionnelle ou d'aménagement important³¹, ni sur celles de l'expert désigné dans le cadre de la recherche d'un repreneur (C. trav., art. L. 1233-57-17) ou de l'expert en risques technologiques (C. trav., art. L. 4523-5)³².

Pire, dans le cadre de la consultation récurrente sur les orientations stratégiques de l'entreprise, et à l'inverse de celles sur la situation économique et financière et sur la politique sociale de l'entreprise, le comité social et économique peut désormais recourir à un « expert » (C. trav., art. L. 2315-87. – Comp. C. trav., art. L. 2325-35, 1^o bis, ancien) de son choix, sans que celui-ci soit nécessairement titulaire du diplôme d'expertise comptable garantissant le sérieux des travaux menés.

Le même renvoi à un « expert » apparaît dans les nouvelles dispositions relatives au licenciement collectif pour motif économique (C. trav., art. L. 1233-34 et s.). Cette référence n'autorise cependant pas le comité social et économique à désigner n'importe quel expert mais permet de viser indifféremment les experts-comptables (C. trav., art. L. 2315-92, I, 3^o), les experts techniques et qualité du travail et de l'emploi des articles L. 2315-78 et suivants du Code du travail. Conséquence de la fusion des instances de représentation du personnel, le nouvel article L. 1233-34 du Code du travail permet en effet, dans le cadre d'un projet de licenciement collectif, de recourir à une expertise unique « pouvant porter sur les domaines économique et comptable ainsi que sur les effets potentiels du projet sur les conditions de travail ».

Quant à l'expert agréé (C. trav., art. L. 4614-12, ancien), il disparaît au profit de l'expert « habilité » dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. S'il faut espérer que cette réforme soit l'occasion de renforcer le contrôle de ces experts habilités par les pouvoirs publics³³, il semblerait au contraire qu'une procédure plus légère soit envisagée³⁴.

Enfin, la proposition de contraindre les comités sociaux et économiques à l'établissement de devis auprès de plusieurs prestataires demeure une nouvelle fois sans lendemain³⁵.

15 - Cahier des charges, information de l'employeur. – Le souci d'assurer davantage de sécurité à l'acte, notamment vis-à-vis du tiers intéressé qu'est l'employeur, le sérieux de la prestation fournie ainsi que l'autonomie des représentants du personnel vis-à-vis de l'expert a certainement guidé les rédacteurs de l'article L. 2315-81-1 du Code du travail. Existait en pratique la lettre de mission adressée par l'expert au comité d'entreprise ; obligation préalable est désormais faite au comité social et économique d'établir un cahier des charges à destination de l'expert, sur la base duquel ce dernier notifie à l'employeur le coût prévisionnel, l'étendue et la durée d'expertise dans un délai qui

25. Cette disposition est d'ordre public.

26. L. n° 2016-1088, 8 août 2016 : JO 9 août 2016.

27. C. trav., art. L. 2254-2 nouveau modifié par ord. n° 2017-1385, 22 sept. 2017, art. 3 : JO 23 sept. 2017.

28. C. trav., art. L. 2315-77 : dans sa rédaction résultant du projet d'ordonnance relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

29. Cass. soc., 5 mai 1983, n° 81-16.787. – Cass. soc., 26 nov. 1987, n° 86-14.530 : JurisData n° 1987-001858. – Cass. soc., 26 juin 2013, n° 12-14.788 : JurisData n° 2013-013267 ; JCP S 2013, 1375, note J.-B. Cottin.

30. V. Drochon (Piccoli), *Le recours à des experts par les instances de représentation du personnel* : précité note 5, p. 291 et s., n° 475 et s.

31. Alors même que sa compétence en ce domaine concurrence désormais directement les experts habilités visés à l'article L. 2315-96 du Code du travail.

32. Il faut espérer que le décret pris en Conseil d'État y remédiera.

33. Sur la souplesse de la procédure d'agrément, V. V. Drochon (Piccoli), *Le recours à des experts par les instances de représentation du personnel* précité note 30, p. 288 et s., n° 470.

34. *Liaisons sociales* quotidien, 20 oct. 2017, n° 17430, p. 6.

35. L. n° 2017-1340, 15 sept. 2017, d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, art. 2 : JO 16 sept. 2017, n° 0217. Lors du vote de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, le Sénat avait proposé en vain d'instaurer une procédure de mise en concurrence dans le choix de l'expert en prévoyant que la désignation de l'expert ne pourrait intervenir qu'après examen d'au moins trois devis provenant de candidats distincts (JO Sénat 2015-2016, texte n° 161, art. 17, p. 144 et s.).

sera fixé par décret en Conseil d'État³⁶. En l'absence de notification à l'employeur tant du cahier des charges que des informations précédentes, le délai pour contester le coût prévisionnel, l'étendue ou la durée de l'expertise ne court pas (*C. trav., art. L. 2315-86, 3°*). La règle ainsi posée incitera certainement les comités sociaux et économiques à procéder rapidement à la remise du cahier des charges qui, à l'inverse de la remise des informations à l'employeur, n'est encadrée par aucun délai.

16 - Honoraires. – Le cœur de la réforme semble se trouver dans la question du financement de l'expertise : le rapport fait au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 ne fait mention, s'agissant de l'expertise, que de l'effort de régulation réalisé en la matière³⁷. Le potentiel coût annuel total de l'intervention d'experts auprès des différents comités était devenu tel qu'un effort de rationalisation, notamment au regard du budget de fonctionnement dont disposait par ailleurs le comité d'entreprise, était attendu³⁸. L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, transposé par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013³⁹, avait le premier suggéré la participation du comité d'entreprise au financement de l'expertise portant sur l'examen des orientations stratégiques à hauteur de 20 % sur son budget de fonctionnement⁴⁰. Ce qu'il était impossible de mettre en place pour le CHSCT⁴¹ est finalement généralisé par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

La prise en charge intégrale des frais d'expertise par l'employeur ne concerne désormais que l'intervention de l'expert :

1°) dans le cadre des consultations sur la situation économique et financière et sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi ;

2°) dans le cadre d'un projet de licenciement collectif pour motif économique⁴² ;

3°) en cas de risque grave (*C. trav., art. L. 2315-96, 1°*).

Dans tous les autres cas⁴³, le principe est celui de la prise en charge par le comité à hauteur de 20 % de son budget de fonctionnement⁴⁴, sans que soit prévue la possibilité de modifier cette proportion par accord⁴⁵.

Cette modification appelle deux observations : en premier lieu, en dépit d'annonces faites en ce sens⁴⁶, il n'a pas été prévu de plafonnement à une portion du budget de fonctionnement du comité social et économique comme il en existait auparavant⁴⁷ ; en second lieu, le traitement de certaines questions de santé et de sécurité au travail se trouve contingenté, le comité social et économique pouvant ne plus disposer du budget nécessaire pour désigner un expert en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail⁴⁸.

Cette réforme arrive néanmoins à point nommé. Elle permet, en « responsabilisant » l'ensemble des acteurs concernés⁴⁹, de « réguler le marché de l'expertise »⁵⁰ qui faisait depuis trop longtemps l'objet de dérives.

B. - La mise en œuvre de l'expertise

17 - Droits de l'expert. – L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 remodèle les dispositions relatives à l'accès de l'expert aux documents de l'entreprise avec maladresse. Elle refuse à l'expert libre le droit d'accéder librement à l'entreprise pour les besoins de sa mission (*C. trav., art. L. 2315-82*) mais semble autoriser la fourniture par l'employeur des « informations nécessaires à l'exercice de sa mission », là où auparavant il n'avait accès qu'aux documents du comité d'entreprise (*C. trav., art. L. 2315-83*). Seule la mission de l'expert désigné dans le cadre de la consultation sur la situation économique et financière porte désormais sur « tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à la compréhension des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise », ce qui est plus cohérent⁵¹. En revanche, seuls les experts désignés dans le cadre des consultations ponctuelles (*C. trav., art. L. 2315-93*) et de la consultation sur la situation économique et financière de l'entreprise (*C. trav., art. L. 2315-90*) disposent d'un droit d'accès aux documents élargi, calqué sur celui du commissaire aux comptes de l'entreprise. En sont désormais exclus les experts désignés en vue de la consultation sur les orientations stratégiques et de celle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.

18 - Temps. – Ces dernières années, le législateur a procédé à l'intégration croissante et opportune de l'expertise dans le processus consultatif des instances représentatives du personnel, avec le souci de garantir son déroulement en temps utile et d'en prévenir l'instrumentalisation. Certains délais imposés peuvent néanmoins être générateurs d'effets pervers. Les instances représentatives du personnel disposent souvent d'un temps réduit pour prendre connaissance des éléments qui leur sont transmis, pour décider du recours à l'expert et enfin pour analyser le rapport de ce dernier. Le risque est grand que les comités désignent, par précaution, un expert et s'approprient systématiquement ses conclusions⁵². Il faut espérer que le décret à venir

36. Éventuellement sous la forme d'une lettre de mission.

37. V. également : E. Bledniak, *Le conseil social et économique (CSE) : la lettre n'honore pas les promesses : SSL 2017, n° 1782, p. 6.* – F. Favennec-Héry, *Ordonnances Macron : un changement de système ? : SSL 2017, n° 1782, p. 3.*

38. V. Drochon (Piccoli), *Le recours à des experts par les instances de représentation du personnel*, précité note 5, n° 486 et s.

39. L. n° 2013-504, 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi : JO 16 juin 2013.

40. ANI, 11 janv. 2013, pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurité de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, p. 14, art. 12, § 5. – *C. trav., art. L. 2323-10, in fine* : dans la limite du tiers de son budget annuel.

41. En l'absence de budget de fonctionnement.

42. Uniquement dans le cadre de l'assistance au comité d'entreprise, non dans celui de l'assistance aux organisations syndicales pour négocier l'accord visé à l'article L. 2323-24-1 du Code du travail.

43. Certains cas de recours ne sont toutefois pas couverts par les dispositions de l'article L. 2315-80, 2° du Code du travail, comme le recours à l'expertise dans le cadre de l'examen du rapport relatif à la réserve spéciale de participation (*C. trav., art. D. 3323-14, al. 2*), pour lequel la question de la prise en charge reste donc en suspens.

44. Ce budget a augmenté dans les entreprises de plus de deux mille salariés pour être porté à 0,22 % de la masse salariale brute (*C. trav., art. L. 2315-61*). La loi prévoit par ailleurs la détermination, par accord ou par décret en Conseil d'État, d'un budget de fonctionnement propre au comité central d'entreprise (*C. trav., art. L. 2315-62*).

45. Ce qui était le cas auparavant. V. *C. trav., art. L. 2323-10, in fine*.

46. V. *Les ordonnances porteront-elles des modifications sur le fond par rapport aux projets ? : LSQ, L'actualité, n° 17411, 25 sept. 2017.*

47. *C. trav., art. L. 2323-10, in fine* : dans la limite du tiers du budget annuel du comité d'entreprise.

48. Il faut également espérer que la prise en charge intégrale en cas de risque grave s'étende à l'hypothèse du risque technologique prévu à l'article L. 4523-5 du Code du travail.

49. L'employeur, le comité social et économique et les experts, qui adapteront sans doute leurs offres et leur tarification à la capacité de financement des comités.

50. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.*

51. *Comp. C. trav., art. L. 2325-36, ancien* : applicable à l'ensemble des cas de recours visés à l'ancien article L. 2325-35 du Code du travail.

52. Par ex., en cas de projet d'introduction de nouvelles technologies, le délai de remise du rapport est un délai préfix de 21 jours qui s'intègre dans le délai de consultation du comité d'entreprise d'un mois (*C. trav., art. R. 2325-6-3, ancien*).

(*C. trav.*, art. L. 2315-85) harmonisera le droit positif en fixant, pour chaque cas de recours, un délai *ad hoc* ainsi que les règles de sa computation, en particulier son point de départ.

19 - Contentieux. – L'imperfection des régimes de contestation de l'expertise du comité d'entreprise et du CHSCT était connue. Avant qu'elle ne fasse l'objet d'une refonte par la loi du 8 août 2016⁵³, la contestation victorieuse de l'expertise du CHSCT conduisait l'employeur à supporter les honoraires de l'expert dont la mission était annulée. Le régime de substitution (*C. trav.*, art. L. 4614-13, ancien) fait à son tour l'objet d'un contentieux croissant⁵⁴. Quant au régime de contestation de l'expertise du comité d'entreprise, il était incomplet, certaines juridictions en venant encore à se demander quelle compétence juridictionnelle retenir⁵⁵.

En s'inspirant des règles applicables à la contestation de l'expertise du CHSCT, le nouvel article L. 2315-86 du Code du travail esquisse un régime de contestation de l'expertise relativement complet et « sécurisé »⁵⁶, excluant néanmoins toute critique du jugement rendu en première instance devant une cour d'appel. Le comité peut désormais contester « le choix de l'expert »⁵⁷, ce qui n'était prévu ni pour

l'expertise du comité d'entreprise ni pour celle du CHSCT. Il faut au surplus se féliciter de l'adaptation du point de départ du délai de l'action en contestation à la diversité des causes de litige, qui est de nature à préserver davantage le droit à un recours juridictionnel effectif de l'employeur. Quant au délai de saisine du juge judiciaire, le projet d'ordonnance prévoyait un délai de 5 jours, bien trop court lorsque l'on connaît les difficultés rencontrées par les employeurs pour contester l'expertise du CHSCT dans un délai de 15 jours. Le texte final renvoie la fixation de ce délai à un décret en Conseil d'État. Les raisons pour lesquelles le législateur avait fixé un délai de 15 jours pour saisir le juge étaient singulièrement liées au souci de ne pas engager des frais que le CHSCT ne serait pas en mesure de rembourser. Le comité social et économique disposant d'un budget de fonctionnement, l'exigence de célérité, qui demeure, est néanmoins atténuée.

20 - Préliminaire. – Si l'intention du législateur mérite d'être saluée, plusieurs mesures manquent et de trop nombreuses questions restent en suspens pour évoquer la construction achevée d'un régime de l'expertise clair et cohérent. Il faut espérer que les ordonnances du 22 septembre 2017 marquent le début d'un chantier dont les premières pierres ont été posées.

MOTS-CLÉS : Représentants du personnel - Comité social et économique - Expertise

TEXTES : *C. trav.*, art. L. 2315-78 à L. 2315-96 créés par Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, art. 1. – *C. trav.*, art. L. 2254-2, modifié par ord. n° 2017-1385, art. 3.

JURISCLASSEUR : *Travail Traité*, fasc. 15-50, 15-51 et 15-52, par Bernard Teyssié

53. L. n° 2016-1088, 8 août 2016, art. 31. – V. également *Cons. const.*, 27 nov. 2015, n° 2015-500 QPC : *JurisData* n° 2015-026538 ; *JCP S* 2015, 1463, note L. Dauxerre.

54. V. not. *Cons. const.*, 13 oct. 2017, n° 2017-662 QPC : *JurisData* n° 2017-020374. – C. Frouin et S. Rioche, *Contestation de l'expertise CHSCT : de la valeur d'une assignation non remise au greffe dans le délai de quinze jours* : *Cah. soc.* 2017, p. 481.

55. *CA Rennes*, 23 juin 2017, n° 16/09280.

56. Notamment en raison de la suspension de la décision du comité et de la procédure de consultation.

57. Vraisemblablement la compétence des experts dont la qualité et les connaissances ne font l'objet d'aucun contrôle.