

1226

Les moyens du comité social et économique

Laurent MARQUET DE VASSELOT,

*avocat associé, CMS Francis Lefebvre Avocats,
professeur associé à l'université Panthéon-Assas
(Paris II)*

Arnaud MARTINON,

professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)



Les textes instituant le comité social et économique renouvellent substantiellement les moyens des représentants du personnel. Heures de délégation, expertises et budgets entrent plus concrètement dans l'univers de l'accord collectif de travail. En dehors du contrat, lorsque les moyens du CSE sont fixés par la loi, des valeurs fortes guident le nouveau régime.

1 - Changements ? – Le comité social et économique serait-il, seulement, un nouvel habillage d'un monde parfaitement connu ? Le dispositif tiré de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, des décrets de décembre 2017 et de la loi de ratification du 29 mars 2018 emploient des concepts, des notions et des instruments avec lesquels le juriste vit depuis bien longtemps : les heures de délégation, les budgets du comité, les experts du comité, etc. Le droit transitoire inviterait d'ailleurs à considérer que rien ne change vraiment puisque les droits et obligations, les créances et les dettes sont transférés au profit de la nouvelle institution¹. Naturellement, l'immobilisme ne sera ni le point de départ ni le constat de la présente étude. L'analyse oblige à formuler préalablement deux remarques générales.

2 - Dynamiques : moteur. – La première porte sur les dynamiques du changement ; deux présidents aux transformations des institutions.

D'abord, la fusion est nécessairement moteur de changement ; la fusion oblige le législateur à adapter notamment les moyens à la nouvelle institution que constitue le CSE. Un exemple typique porte sur sa composition : le nombre de représentants et leur crédit d'heures sont affectés par la réforme. Un court exercice de comparaison² livre des enseignements intéressants. Dans une entreprise de 80 salariés, l'entreprise aurait compté 10 titulaires ; selon le texte nouveau, l'on passerait de 10 à 5 titulaires (soit une réduction de 50 %). Dans une entreprise de 300 salariés œuvraient hier 16 titulaires ; demain, le CSE serait composé (au moins) de 11 titulaires, soit une diminution de

plus de 30 %. Pour être juste, il faudrait aussi relever que la baisse du nombre de représentants peut être compensée par le volume du crédit d'heures attribué au comité. Dans une entreprise de 80 salariés, l'on constate une baisse significative puisque l'on passe d'un nombre global de 140 heures de délégation à 95. En revanche, pour une entreprise de 300 salariés, la baisse par rapport au système ancien ne représente que 3 heures de délégation, soit une baisse de 1,2 %. En somme, la transformation de la composition est (parfois) largement atténuée par la stabilité des moyens attribués à l'institution.

3 - Dynamiques : vecteur. – Mais la fusion des institutions n'est pas seulement un moteur ; la fusion sert également de vecteur : alors que les règles anciennes étaient parfaitement compatibles avec l'institution nouvelle, le législateur profite de la rénovation pour introduire de plus ou moins subtiles modifications. En somme, la fusion des institutions sert ici de prétexte pour corriger le dispositif ancien. Le constat peut s'appuyer sur l'exemple de la prise en charge des frais d'expertise. Les experts du comité d'entreprise et du CHSCT deviennent les experts du CSE ; rien n'interdisait matériellement de reprendre à l'identique les modalités anciennes de financement des expertises ; au contraire, les textes intéressant le CSE élargissent considérablement le domaine de prise charge partielle des expertises par le comité. D'ailleurs, d'un point de vue de politique législative, le phénomène est intéressant : on rappellera qu'en 2013, lorsque, pour la première fois, une répartition des honoraires de l'expert avait été introduite, certains députés y avaient vu un recul de la loi ; à l'époque, le ministre du Travail avait répondu à la critique dans les termes suivants : « une nouvelle expertise [liée à la consultation sur les orientations stratégiques] est créée : c'est une avancée, car il s'agit d'un nouveau droit à expertise. Et c'est sur cette nouvelle expertise – pas sur les anciennes : aucun recul ne les concernant ! – que le texte prévoit » une contribution partielle du comité d'entreprise³. Les propos ne pourraient plus être tout à fait les mêmes aujourd'hui.

Ndlr : cette étude est issue de l'intervention des auteurs au colloque organisé le 1^{er} juin 2018, sous la présidence de Pierre-André Imbert et Laurence Pécaut-Rivolier, par le Laboratoire de droit social de l'université Panthéon-Assas (Paris II), sur le thème « Le comité social et économique ».

1. *Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, art. 9, VI : JO 23 sept. 2017 ; JCP S 2017, 1313, étude J.-Y. Kerbourc'h.*

2. En partant de l'hypothèse que l'entreprise repère était hier dotée de délégués du personnel, d'un comité d'entreprise et d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

3. *M. Sapin : JOAN 2013, p. 3874.*

4 - Supports du changement. – Une seconde remarque porte sur les supports du changement. L'accord collectif de travail triomphe dans le monde nouveau, au point d'ailleurs que certains auteurs qualifient un tel constat de banalité, de lieu commun⁴... Nous n'échappons pas à la « banalité ». Toutefois, on peut se demander si le contrat a vraiment tous les honneurs dans le dispositif nouveau ; CSE et contrat entretiennent des rapports ambigus. Certes, l'accord est dans l'ombre de la loi : c'est cette dernière (et non plus le contrat comme l'avait envisagé la loi Rebsamen du 17 août 2015) qui a forcé l'union des institutions ; également, l'accord collectif ne joue que par une forme de délégation accordée par la loi. Mais les ordonnances et la loi de ratification constituent un bel hommage à l'accord ; seul l'accord collectif a la capacité de transformer le CSE en conseil d'entreprise ; pour se concentrer sur les moyens du CSE, l'accord collectif s'insinue dans chaque recoin des moyens. Dans ce contexte, l'accord collectif dépasse très largement le seul domaine du droit et rejoint l'univers des relations sociales ; l'on entend déjà quelques représentants syndicaux subordonner la négociation sur tel ou tel sujet (rémunération, travail de nuit...) à la condition de négocier, par exemple, sur le nombre d'heures de délégation ou sur les moyens accordés aux représentants de proximité. L'accord CSE entre très clairement dans la ronde des stratégies de négociation. Le contrat est bien désormais le socle ; il existe dorénavant deux régimes des moyens du CSE : ceux sous contrat (1) et ceux hors contrat (2).

1. Les moyens sous contrat

5 - Le recours au contrat collectif pour l'aménagement de la représentation du personnel n'est pas un phénomène nouveau ; il y a bien longtemps que les heures de délégation, le budget du comité d'entreprise, sont susceptibles d'adaptation par accord d'entreprise ou de branche. Mais le droit du CSE va plus loin, de sorte qu'il oblige à entrer dans la mécanique de l'accord collectif : son contenu (A), sa nature (B) et sa liberté (C).

A. - Contenu de l'accord

6 - L'ère conventionnelle. – Deux phénomènes complémentaires participent au développement de l'accord collectif. D'abord, les moyens du CSE n'échappent pas au souffle de l'ère du conventionnel. À ce titre, on observera que si le contrat s'insinue dans le droit du CSE, les règles intéressant les moyens entrent difficilement dans l'architecture de la « maison à trois étages » vantée par la précédente législature ; autant les consultations du CSE sont organisées selon le triptyque ordre public/champ de la négociation/dispositions supplétives, autant les dispositions relatives à la base de données, aux heures de délégation, aux experts ou aux budgets ne suivent pas une telle méthode... Pourtant, certains thèmes s'y prêtaient aisément. Tel est le cas, par exemple, de la base de données : partant des articles L. 2312-21 et L. 2312-36 du Code du travail, les trois groupes se dessinent : dans le champ de l'ordre public, les thèmes obligatoires (tels que l'investissement social ou l'égalité professionnelle : V. *C. trav., art. L. 2312-21, al. 4*)⁵ et le principe général selon lequel « l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données sont tels qu'ils permettent au comité social et économique et, le cas échéant, aux délégués syndicaux d'exercer utilement leurs compétences » (*C. trav., art. L. 2312-21, al. 6*) ; au chapitre

champ de la négociation collective, l'on aurait pu y intégrer, en plus de l'objet de la négociation⁶, les informations facultatives ; enfin, l'article L. 2312-36 du Code du travail constituerait à lui seul l'ensemble des dispositions supplétives. Certes, sous une architecture différente, l'on trouvera la même matière normative ; mais l'on peut se demander si le rédacteur du Code du travail ne joue pas, parfois, avec son lecteur.

7 - L'accord institutionnel. – Joue un second phénomène, plus ancien. Se déploie une figure originale de la négociation collective : la négociation institutionnelle, fonctionnelle ou structurelle. Peu importe les mots : les accords portent sur l'existence ou le fonctionnement des institutions représentatives du personnel. Les ordonnances du 22 septembre 2017 ne seraient finalement que l'aboutissement d'un phénomène qui creuse son sillon depuis plusieurs années : concernant la base de données avec la loi de sécurisation de l'emploi en 2013 ou la fusion des institutions en 2015 avec la loi Rebsamen, l'accord tenait déjà une place essentielle, les partenaires sociaux demeurant maîtres (partiellement) du sort de leurs institutions... Aujourd'hui, les ordonnances et leur loi de ratification subliment l'accord institutionnel.

8 - Aménagement des moyens. – L'essentiel des moyens du CSE subit l'emprise de l'accord collectif ; l'accord est susceptible de jouer à deux niveaux. D'abord, dans le prolongement des règles précédentes, l'accord collectif est une norme d'aménagement des moyens du CSE : l'accord fixe le régime des heures de délégation des représentants du personnel exerçant en forfait-jours (*C. trav., art. R. 2315-3 et R. 2315-4*) ; l'accord peut modifier les délais de remise par l'expert de son rapport (*C. trav., art. L. 2315-85*) ; l'accord fixe le montant de la subvention de fonctionnement que chaque CSE d'établissement devra reverser au comité central (*C. trav., art. L. 2315-62*).

9 - Volume des moyens. – La puissance nouvelle de la norme conventionnelle s'observe surtout lorsque l'accord porte sur le volume des moyens du CSE. Ici réside la principale originalité du dispositif nouveau : si l'on pouvait croire, il y a peu de temps encore, que la matière de la représentation du personnel relevait dans sa grande majorité de l'ordre public, les ordonnances et la loi de ratification modifient sensiblement cette approche. Plusieurs exemples permettent de s'en convaincre :

– les heures de délégation constituent une expression typique de la philosophie de la fusion. L'accord est en mesure de réduire soit le nombre de représentants du personnel, soit le crédit d'heures accordé à chaque membre de la délégation du personnel, sous réserve que le volume global des heures de délégation ne soit pas réduit en deçà des seuils fixés par décret (*C. trav., art. L. 2314-7*). Il y a dans cette démarche une logique de dépersonnalisation de la représentation du personnel ; ce sont moins les moyens de chacun des représentants qui importent que les moyens accordés à l'institution dans sa globalité ;

– toujours à propos des heures de délégation, il appartient à l'accord collectif de traiter des heures accordées à cette catégorie (assez) mystérieuse que constituent les représentants de proximité ; seule la norme conventionnelle est capable de leur attribuer un crédit d'heures dès lors que ces représentants sont choisis en dehors de la délégation du personnel au CSE. Si la circulaire questions/réponses se prononce très clairement en ce sens⁷, elle ne dit mot en revanche en cas de silence de l'accord sur les moyens qui leur sont accordés ; il s'agit peut-être là d'un cas d'école, mais l'on perçoit difficilement comment exercer la mission de représentant de proximité sans que soit accordé un crédit d'heures ; il est fort probable que, dans une telle

4. V. Roche, *Le budget du comité social et économique* : JCP S 2018, 1159, spéc. § 8.

5. L'investissement social, l'investissement matériel et immatériel, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise, les fonds propres, l'endettement, l'ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants, les activités sociales et culturelles, la rémunération des financeurs, les flux financiers à destination de l'entreprise.

6. L'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la base de données économiques et sociales.

7. Comité social et économique – 100 questions-réponses, p. 22.

hypothèse, le nombre d'heures (et son maximum) devra être fixé par le juge⁸ (dans l'attente d'un accord de révision) ;

– à propos des expertises, un accord collectif offre la faculté nouvelle de déterminer le nombre d'expertises dans le cadre des consultations récurrentes sur une ou plusieurs années (*C. trav., art. L. 2315-79*). L'on peut avoir deux lectures de cette faculté. Totalemment originale, elle permettrait de limiter le nombre d'expertises en réduisant leur cadence ; la lecture est audacieuse ; elle conduirait toutefois à admettre que des consultations récurrentes se tiennent tous les ans (par exemple sur les orientations stratégiques de l'entreprise) sans que le CSE dispose de la possibilité de désigner un expert à l'occasion de chaque consultation. Une seconde lecture donne davantage de cohérence au dispositif : la réduction du nombre de consultations n'est que la réplique de l'aménagement par accord collectif des consultations récurrentes (*C. trav., art. L. 2312-19*) ; l'accord donne ainsi la possibilité d'adapter la cadence des expertises à celle des consultations. Comme le suggère un auteur, l'on pourrait donner un sens supplémentaire à ce texte en offrant la possibilité aux partenaires sociaux de rendre des expertises communes à plusieurs consultations récurrentes⁹. Il ne fait pas de doute que le nombre d'expertises pourrait être un réel sujet de négociation, surtout si l'on met en regard ce thème avec celui du financement des expertises ; l'on perçoit d'emblée les tractations : moins d'expertises mais mieux financées ;

– enfin, la détermination nouvelle du montant de la contribution aux activités sociales et culturelles est quasiment un triomphe de l'autonomie collective ; pour s'en convaincre, il suffit de rappeler l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2312-81 : « la contribution versée chaque année par l'employeur pour financer des institutions sociales du comité social et économique est fixée par accord d'entreprise ». L'accord d'entreprise... triomphal.

B. - Nature de l'accord

10 - Pluralité. – La réforme a entendu donner à l'accord une place essentielle pour fixer ou aménager les moyens du CSE. Elle a prévu que des accords de différentes natures puissent décliner cette orientation. En effet, le caractère pluriel de cette conventionnalisation est frappant tant est grande la variété des types accords, ce en fonction notamment de la situation de l'entreprise et de la nature des dispositions dont l'aménagement est envisagé.

11 - Protocole d'accord préélectoral. – Le protocole d'accord préélectoral (*C. trav., art. L. 2314-1 et L. 2314-7*) peut lui-même contenir des dispositions intéressant les moyens du CSE en ce qui concerne le sujet fort important en pratique du volume des heures de délégation.

12 - L'accord d'entreprise « majoritaire ». – De même, un accord d'entreprise « majoritaire » (*C. trav., art. L. 2232-12, al. 1^{er}*) peut contenir des dispositions qui apparaissent essentielles quant aux moyens dont peut disposer le CSE pour l'exercice de ses attributions. Il en est ainsi s'agissant de l'information due au CSE, de l'accord qui détermine l'organisation, l'architecture et le contenu de la BDES ainsi que les modalités de fonctionnement de cette base, notamment les droits d'accès et le niveau de sa mise en place dans les entreprises comportant des établissements distincts, son support, et ses modalités de consultation et d'utilisation (*C. trav., art. L. 2312-21*).

13 - Accord d'entreprise de droit commun. – Un accord d'entreprise de droit commun peut comprendre nombre de dispositions relatives aux moyens du CSE. Elles concernent notamment le fonctionnement du CSE (dispositions plus favorables relatives aux heures de délégation, au déplacement et à la circulation, à l'affichage, à la

formation, au local, aux budgets, etc.) (*C. trav., art. L. 2315-2*), à l'information après chaque élection du CSE dans les entreprises d'au moins 50 salariés (*C. trav., art. L. 2312-57*), aux heures de délégation des salariés en forfait jours (*C. trav., art. R. 2315-3 et R. 2315-4*), à la contribution versée chaque année par l'employeur pour le financement des activités sociales et culturelles du CSE (*C. trav., art. L. 2312-81*), dans les entreprises comportant plusieurs CSE d'établissement, à la répartition de la contribution entre les CSE d'établissement au prorata des effectifs des établissements ou de leur masse salariale ou de ces deux critères combinés (*C. trav., art. L. 2312-82*), au temps passé aux réunions du CSE et de ses commissions (hors réunion de la CSSCT) (*C. trav., art. L. 2315-11 et R. 2315-7*), au nombre d'expertises dans le cadre des consultations récurrentes prévues sur une ou plusieurs années (*C. trav., art. L. 2315-79*), pour chaque catégorie d'expertise, au délai maximal dans lequel l'expert remet son rapport (*C. trav., art. L. 2315-85*).

14 - L'accord conclu avec le CSE. – En l'absence d'accord d'entreprise, un accord conclu entre l'employeur et le CSE, adopté à la majorité des membres titulaires élus, détermine le nombre d'expertises dans le cadre des consultations récurrentes prévues sur une ou plusieurs années (*C. trav., art. L. 2315-79*). De même, un tel accord, en l'absence également d'accord d'entreprise, peut fixer, pour chaque catégorie d'expertise, le délai maximal dans lequel l'expert remet son rapport (*C. trav., art. L. 2315-85*).

15 - L'accord conclu avec le CSE en l'absence de délégués syndicaux. – Un accord sur les moyens de l'instance peut être conclu en l'absence d'accord d'entreprise et en l'absence de délégué syndical. À l'instar de ce que peut prévoir l'accord d'entreprise majoritaire, un accord entre l'employeur et le CSE peut notamment contenir les mêmes dispositions que celles rappelées plus haut s'agissant de la BDES (*C. trav., art. L. 2312-21*).

16 - L'accord conclu entre le CSE central et les CSE d'établissement. – Un accord conclu entre le CSE central et les CSE d'établissement détermine le budget de fonctionnement du CSE central (*C. trav., art. L. 2315-62, al. 1*). Si un accord d'entreprise majoritaire organise un transfert au CSE central de la gestion d'activités sociales et culturelles, ce transfert fait l'objet d'une convention entre les CSE d'établissement et le CSE central (*C. trav., art. L. 2316-23 et D. 2316-7*).

17 - L'accord de groupe. – Un accord de groupe peut également prévoir des dispositions plus favorables relatives au fonctionnement (heures de délégation, déplacement et circulation, affichage, formation, local, réunions, commissions, budgets, etc.) (*C. trav., art. L. 2315-2*).

De même, sans préjudice de l'obligation de mise en place d'une BDES au niveau de l'entreprise, une convention ou un accord de groupe peut prévoir la constitution d'une BDES au niveau du groupe, déterminant notamment les personnes ayant accès à cette base ainsi que les modalités d'accès, de consultation et d'utilisation de celle-ci (*C. trav., art. R. 2312-15*).

18 - L'accord de branche. – Enfin un accord de branche peut également être conclu pour contenir des dispositions plus favorables relatives au fonctionnement (heures de délégation, déplacement et circulation, affichage, formation, local, réunions, commissions, budgets, etc.) ou aux pouvoirs du CSE (*C. trav., art. L. 2315-2*), des dispositions relatives à la BDES dans les entreprises de moins de 300 salariés (sur l'organisation, l'architecture, le contenu et les modalités de fonctionnement de la BDES) (*C. trav., art. L. 2315-2*), et au budget de fonctionnement du CSE central à défaut d'accord entre le CSE central et les CSE d'établissement (*C. trav., art. L. 2315-62, al. 1*).

19 - Ainsi, le caractère pluriel de la conventionnalisation recherchée est frappant tant est grande la variété des accords. Si la lisibilité du dispositif n'est pas au rendez-vous, l'ambition est certaine : une

8. E. Jeansen, *Les représentants de proximité, une représentation du personnel à dessiner* : JCP S 2018, 1084.

9. V. Piccoli, *Le régime de l'expertise après les ordonnances du 22 septembre 2017* : JCP S 2017, 1354.

pluralité d'acteurs pour le plus grand nombre d'accords. Mais dans ce cadre, de quelle liberté disposent les acteurs ?

C. - Liberté de l'accord

20 - Trois régimes. – Se pose la question sensible (mais déterminante) de la liberté accordée à l'accord, plus précisément aux parties à l'accord. Partant strictement des moyens du CSE, il est possible d'identifier trois régimes de libertés.

21 - Fausse liberté. – La fausse liberté est une liberté artificielle qui repose sur deux éléments : liberté car il n'est jamais interdit de négocier et conclure un accord collectif ; artificielle car la négociation ne peut avoir pour objet ou pour effet que d'améliorer les moyens des représentants du personnel. Le régime légal est constitutif d'un ordre public social auquel on ne peut déroger que suivant le principe de faveur. Il n'y a rien d'original dans cette démarche qui se loge (était-ce nécessaire de le préciser ?) parmi les dispositions générales et communes : « *les dispositions du (...) chapitre [relatif au fonctionnement du CSE] ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives au fonctionnement ou aux pouvoirs du comité social et économique résultant d'accords collectifs de travail ou d'usages* » (*C. trav., art. L. 2315-2*). Dans ces conditions, la norme légale spéciale constitue à la fois une règle d'ordre public (minimum légal) et une disposition supplétive (jouant à défaut d'accord) ; tel est le cas, par exemple, de l'expertise lorsqu'un accord prévoit une prise en charge totale des honoraires de l'expert par l'entreprise dans une situation appelant normalement une répartition entre le CSE et l'entreprise ; c'est également le cas s'agissant du volume du crédit d'heures accordé à chacun des représentants du personnel ; dernier exemple, qui trouve d'ailleurs un relais dans la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁰, s'agissant de la masse salariale retenue pour le calcul des budgets du CSE.

22 - Semi-liberté. – La semi-liberté relève d'une autre logique ; une faculté de dérogation existe, mais elle ne peut être utilisée que sous contrôle de la loi, c'est-à-dire dans une direction fixée par la loi. À l'inverse de la situation précédente, le critère n'est pas celui du plus favorable ; l'accord collectif adapte la loi, suivant des règles prédéfinies. Un exemple est offert s'agissant de la répartition de la contribution des activités sociales et culturelles entre établissements ; si une négociation est possible, le législateur fixe les critères de répartition, celle-ci pouvant se faire au prorata des effectifs des établissements, de leur masse salariale ou des deux critères combinés (*C. trav., art. L. 2312-82*) ; il s'agit là de la reprise d'une règle retenue par la loi du 8 août 2016¹¹, corrigeant la position de la Cour de cassation dans l'arrêt Orange¹² ; l'évolution est intéressante car le législateur de 2016 et celui de 2017 retiennent davantage l'idée d'une négociation d'adaptation que celle de la négociation d'amélioration retenue par le juge. La question de la répartition entre établissements semble aujourd'hui entendue. Pourtant l'on ne peut s'empêcher de penser que le thème de l'égalité aurait permis de régler sans texte cette situation : la différence de traitement entre établissements pourrait reposer sur des raisons objectives et pertinentes que la signature d'un accord

aurait permis de présumer ; après tout, les partenaires sociaux pourraient constater par accord collectif la nécessité de délaissier la solidarité entre établissements pour adapter le montant de la contribution aux particularités de l'établissement (la localisation, les spécificités de l'activité...).

23 - Vraie liberté. – Un dernier régime de liberté est constitué de la liberté sans condition et sans principe de faveur. Un texte, plus exactement l'évolution d'un texte (*C. trav., art. L. 2312-81*), traduit la liberté nouvelle. Trois temps dans cette mutation :

– l'ancien droit, retenu à propos du comité d'entreprise, un accord fixant le montant de la contribution ASC pouvait déroger à la loi sous réserve d'être plus favorable ;

– le droit éphémère, c'est-à-dire celui issu de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, dont la rédaction laissait entendre que la contribution pouvait être librement fixée par accord collectif, sous réserve de respecter le minimum en rapport de l'année de référence ; la réserve pouvait être de nature à brider considérablement la liberté des négociateurs ;

– le nouveau droit issu de la loi de ratification du 29 mars 2018¹³ : les chaînes sont rompues, une confiance totale est accordée aux partenaires sociaux, libres de déterminer sans contrainte le montant de la contribution indépendamment de la masse salariale (*C. trav., art. L. 2312-81*).

2. Les moyens hors contrat

24 - Devise. – En dehors de la norme collective, si l'on voulait très brièvement résumer le sens des textes nouveaux à propos des moyens, l'on pourrait s'appuyer sur une devise : sécurité (A), flexibilité (B) et responsabilité (C).

A. - Sécurité

25 - Continuité ? – La réforme n'a pas fondamentalement remis en cause les principes qui étaient applicables au comité d'entreprise s'agissant du régime de ses ressources financières. Elle n'a pas non plus procédé, en apparence pour le moins, au bouleversement qu'aurait pu appeler le profond changement que constitue la fusion des institutions représentatives du personnel. En effet, et pour l'essentiel, il apparaît de l'examen des dispositions nouvelles, d'une part que le principe de dualité des budgets est maintenu, d'autre part que le taux légal de la subvention de fonctionnement (0,2 % de la masse salariale) n'évolue que de façon marginale pour être porté à 0,22 %, pour les seuls CSE constitués dans les entreprises dont l'effectif atteint 2 000 salariés.

26 - Évolution ? – Pour autant, la réforme comporte plusieurs dispositions dont la portée est réelle et concrète pour les entreprises. Elles tendent à apporter une sécurisation au droit applicable à la détermination des ressources du CSE. La sécurisation trouve son expression dans et hors le contrat et concerne tant le principe de détermination du montant des ressources que l'assiette de son calcul.

S'agissant de la détermination des ressources, la sécurisation résulte en premier lieu du nouveau régime de fixation par la voie conventionnelle du montant de la contribution aux activités sociales et culturelles, lequel est désormais affranchi de toute contrainte légale. L'accord concourt à la sécurisation car fixe le droit au niveau le plus adapté. Même en l'absence d'accord, l'ambition de sécurisation trouve une expression très concrète.

27 - Simplification. – La loi de ratification a retenu un dispositif beaucoup plus simple que celui régissant antérieurement la détermination des ressources du comité d'entreprise, et même que celui ini-

10. *Cass. soc.*, 7 févr. 2018, n° 16-16.086 et n° 16-24.231 : *JCP S* 2018, 1089, note A. Teissier. – Et, pour une confirmation : *Cass. soc.*, 6 juin 2018, n° 17-11.497 : *JurisData* n° 2018-009602 ; *JCP S* 2018, act. 193.

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

12. *Cass. soc.*, 12 nov. 2015, n° 14-12.830 : *JurisData* n° 2015-025111 ; *JCP S* 2016, 1059, note B. Gauriau ; *RJS* 2016, n° 37 : qui décide que « si, lorsqu'une entreprise est divisée en établissements dotés chacun d'un comité d'établissement, un accord collectif peut prévoir de répartir la contribution patronale aux activités sociales et culturelles selon les effectifs des établissements et non selon leur masse salariale, cette répartition ne peut priver un comité d'établissement de la contribution calculée sur la masse salariale pour la fraction de la contribution correspondant au minimum calculé selon l'article L. 2323-86 du Code du travail ».

13. *L.* n° 2018-217, 29 mars 2018 : *JO* 31 mars 2018.

tialement prévu par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

À défaut d'accord sur le montant de la contribution patronale au financement des activités sociales et culturelles « le rapport de cette contribution à la masse salariale brute ne peut être inférieur au même rapport existant pour l'année précédente ». L'objectif de sécurisation est certain car le nouveau dispositif abandonne le régime antérieur caractérisé par des règles complexes dont l'application supposait notamment de prendre en compte les sommes affectées aux dépenses de l'entreprise au cours des 3 années qui précédaient la prise en charges des activités sociales et culturelles par le comité, et au cours de la vie du comité d'entreprise de prendre en compte un minimum en rapport à caractère « glissant ». Il apparaît ainsi avec évidence que le nouveau régime procède à une simplification bienvenue des règles légales relatives à la détermination de la contribution patronale au financement des activités sociales et culturelles en l'absence d'accord, abandonnant un régime archaïque, peu équitable, inutilement complexe et source de contentieux.

28 - Sécurisation hors le contrat : la subvention de fonctionnement. – La sécurisation attendue se trouve également caractérisée par les modalités applicables à la détermination du montant de la subvention de fonctionnement du CSE. La loi impose à l'employeur d'allouer au CSE, dans les entreprises employant au moins 50 salariés, une subvention de fonctionnement destinée à couvrir les dépenses du comité s'inscrivant dans le cadre de ses attributions économiques et professionnelles. Elle a repris le régime applicable à la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise mais y a apporté plusieurs modifications parmi lesquelles l'une est essentielle à l'aune de l'impératif de sécurité juridique : elle concerne la définition de la masse salariale qui constitue son assiette de calcul. La masse salariale brute servant d'assiette de calcul de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise n'avait pas été définie par la loi et avait donné lieu à une abondante jurisprudence. Cette jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation avait engendré de très sérieuses critiques et une vive résistance de certaines cours d'appel. Il n'est plus nécessaire de revenir de façon inutilement longue sur cette jurisprudence initiée par l'arrêt du 30 mars 2011¹⁴ retenant la référence au « compte 641 ». Selon la Cour de cassation « sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles s'entend de la masse brute comptable correspondant au compte 641 « rémunération du personnel » tel que défini dans le plan comptable général ». Cette jurisprudence avait suscité de multiples réactions. Il avait été soutenu que la référence au compte 641 ne procédait d'aucun fondement de droit établi, qu'elle était inapte à permettre une définition pertinente de l'assiette de calcul et qu'elle était source d'une profonde insécurité juridique¹⁵. L'ordonnance n° 2017-1386 met fin aux errements jurisprudentiels en donnant une définition de l'assiette de calcul des ressources du CSE.

29 - Définition de l'assiette de calcul. – La masse salariale brute servant d'assiette de calcul est désormais constituée par l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale en application des dispositions de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale à l'exception des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Il est heureux que les dispositions initialement prévues par l'ordonnance quant aux sommes effectivement distribuées aux salariés lors de l'année de référence en application d'un accord d'intéressement ou de participation, et visant à leur inclusion dans l'assiette de calcul, aient été supprimées par la loi de ratification. Rappelons que la jurisprudence

avait ultérieurement évolué pour « aménager » le principe de la référence à la norme comptable par une succession d'arrêts aux termes desquels les dispositions du compte 641 faisaient l'objet d'un retraitement pour les besoins de l'exacte détermination des rémunérations, avantages ou indemnités devant, selon le juge, entrer dans l'assiette de calcul. La chambre sociale de la Cour de cassation a fini par admettre le caractère inadapté de la référence au compte 641 pour finalement l'abandonner par deux arrêts du 7 février 2018¹⁶, donc postérieurs à l'ordonnance, et retenir comme assiette « l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale en application de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale ». La situation née de ce nouvel état du droit appelle à présenter des observations et formuler des préconisations. La jurisprudence s'applique par principe aux situations passées, sauf lorsque le juge a déterminé les effets attachés à un revirement¹⁷.

Au cas particulier, la Cour n'y a pas procédé de telle sorte que deux questions se trouvent posées.

30 - Restitution ? – La première est celle d'un versement indu au comité d'entreprise par détermination d'une assiette de calcul par référence au compte 641 et non à l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale. Ce versement indu peut poser la question d'une restitution sauf évidemment si la détermination de l'assiette procédait d'un accord ou d'un engagement unilatéral. Il est évident que dans nombre de circonstances la détermination de l'assiette de calcul de la subvention de fonctionnement ne résulte pas d'un engagement unilatéral de l'employeur mais de la simple contrainte tenant pour lui à l'application d'une jurisprudence dont il a plus souvent critiqué la pertinence.

31 - Opportunité d'un accord ? – La seconde question, même en l'absence de restitution de sommes indûment versées, est celle de la conséquence d'un « trop versé » pour l'application du minimum légal de la contribution patronale au regard de la nouvelle garantie issue de l'ordonnance : « le rapport de cette contribution à la masse salariale brute ne peut être inférieur au même rapport existant pour l'année précédente » dispose le nouveau texte (*C. trav.*, art. L. 2312-81). Il est certain qu'en l'absence de restitution ou d'accord portant sur le montant ou le calcul de la contribution, le calcul antérieurement réalisé par référence au compte 641 expose l'entreprise à un versement excédant ce que le droit issu du revirement de jurisprudence et de la loi nouvelle exige. C'est dire que la recherche d'un accord prenant en compte l'évolution du droit quant à l'assiette de calcul doit, restitution ou non, être privilégiée.

Cependant, la sécurisation des moyens trouve singulièrement sa place dans l'évolution du régime des expertises.

L'accord, toujours...

32 - Sécurisation hors contrat : le régime des expertises. – La question du droit à expertise est évidemment fondamentale lorsque l'on s'intéresse aux moyens accordés à une institution représentative du personnel pour la réalisation de ses missions. La compréhension de l'information reçue par les élus, l'étude des projets dont ils sont saisis, l'intelligence des situations devenues toujours plus complexes dans l'entreprise et dont ils doivent faire preuve, justifient de façon certaine l'existence d'un droit effectif à expertise. Pour autant, le régime de l'expertise applicable au comité d'entreprise et au CHSCT avait révélé des difficultés réelles, de nature et d'importance diverses, dans l'exercice du droit à expertise.

33 - Réguler les expertises ? – La réforme qu'appelait un tel constat a été guidée par une orientation exprimée dans le rapport au

14. *Cass. soc.*, 30 mars 2011, n° 10-30.080 et n° 09-71.438.

15. *L. Marquet de Vasselot et A. Martinon, Les comptes du comité d'entreprise : JCP S 2015, 1168.*

16. *Cass. soc.*, 7 févr. 2018, n° 16-24.231 : *JurisData* n° 2018-001128 ; *JCP S 2018, 1089, note A. Teisser.* – *Cass. soc.*, 7 févr. 2018, n° 16-16.086 : *JurisData* n° 2018-001129 ; *JCP S 2018, 1089, note A. Teisser.* – Pour une confirmation, *V. Cass. soc.*, 6 juin 2018, n° 17-11.497 : *JurisData* n° 2018-009602 ; *JCP S 2018, act. 193.*

17. *Cass. 1^{re} civ.*, 6 avr. 2016, n° 15-10.552 : *JurisData* n° 2016-006128.

Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 : « Les expertises seront régulées sans porter atteinte au droit à expertise ». Il faut comprendre cette orientation comme procédant d'une part de l'évolution même du droit à expertise ouvert aux institutions représentatives, d'autre part des dérives, voire des abus constatés dans l'exercice de ce droit, et enfin des contentieux qui, de façon récurrente, ont émaillé les expertises diligentées par le comité d'entreprise et plus encore par le CHSCT. Le législateur a sa part de responsabilité dans l'évolution ainsi caractérisée tant il a – sans la mesure ni le discernement utiles – multiplié les cas de recours à expertise. Était-il nécessaire – voire simplement opportun – que sur une période de temps récente, et relativement brève, soit de juin 2013 à août 2015, le législateur crée huit nouveaux cas de recours à expertise ? La raison commande une réponse négative. Force est donc d'admettre que si l'expertise doit constituer un droit, et un droit effectif, le besoin d'une adaptation de ce régime dans le cadre de la création du CSE se trouvait pleinement justifié. Cette orientation s'est traduite par une réforme promouvant un droit à expertise plus maîtrisé, mieux encadré et réellement contrôlé. Les éléments essentiels apparaissent à cet égard être les suivants.

34 - Clarification. – La réforme laisse globalement inchangés les cas de recours et aménage les conditions du droit à expertise. Les cas de recours à expertise tels qu'antérieurement ouverts au comité d'entreprise et au CHSCT apparaissent globalement inchangés. Leur régime est cependant aménagé pour laisser place à trois catégories d'experts : l'expert-comptable, l'expert habilité et l'expert technique, dont les qualités sont expressément précisées pour chaque domaine concerné. Par ailleurs, les conditions du droit à expertise font l'objet de quelques adaptations. La négociation portant sur l'égalité professionnelle donne désormais lieu pour le CSE au droit sans condition de faire appel à un expert technique de son choix en vue de la préparer, alors qu'un accord des élus était antérieurement nécessaire pour y recourir. L'existence d'un risque grave permet le recours à un expert, à la condition, précise nouvellement la loi, que ce risque grave soit « identifié et actuel ». La réforme n'a pas seulement redéfini les conditions du recours à expertise et de leur financement. Elle a également aménagé certaines modalités de réalisation des expertises. La réforme a érigé une forme de « cadencement » très précis du déroulement de la mission, s'agissant de la communication des informations et des délais de réalisation de l'expertise. La régulation de l'expertise passe ainsi par un déroulement organisé de la mission. Elle passe aussi et surtout par un contrôle judiciaire nouvellement réglementé.

35 - Contrôle judiciaire. – L'objectif est simple : mettre en œuvre un contrôle judiciaire permettant de sécuriser l'ensemble des acteurs au moyen d'un dispositif clair, intelligible, rapide dans sa mise en œuvre et évitant la réalisation d'une expertise qui serait ultérieurement annulée, et des difficultés conséquentes quant à la prise en charge des honoraires de la mission. L'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, le choix de l'expert, le coût prévisionnel, l'étendue ou la durée de l'expertise, et *in fine* le coût final de l'expertise, doit saisir le président du tribunal de grande instance dans un délai de 10 jours. Cette saisine suspend l'exécution de la décision du CSE ainsi que les délais dans lesquels il est consulté, ce jusqu'à la notification du jugement. Le juge statue dans les 10 jours suivant sa saisine par une décision sur le fond, revêtue de l'autorité de la chose jugée, qui a pour effet de suspendre la décision du CSE et donc l'exercice de sa mission par l'expert.

En cas d'annulation définitive par le juge de la délibération du CSE, par une décision qui ne peut être contestée que par la voie d'un recours en cassation, les sommes perçues par l'expert sont remboursées par ce dernier à l'employeur. Précisons que le CSE pourra à tout moment décider de les prendre en charge.

L'ensemble de ces dispositions sont bienvenues ; elles visent à un objectif de sécurisation en clarifiant les droits à expertise du CSE, en

déterminant les conditions favorisant le bon déroulement des expertises et en précisant les conditions nouvelles d'un recours effectif et utile en justice lorsque la situation le justifie.

Sécurité donc, mais aussi flexibilité.

B. - Flexibilité

36 - Nouveau monde. – Le passage au « nouveau monde » se traduit assurément par quelques éléments de flexibilité au profit des moyens du CSE. Le temps et l'argent sont spécialement affectés ; l'ordonnance desserre quelques verrous séculaires.

37 - Transfert des heures. – S'agissant des heures de délégation, le législateur de 2017 entérine l'expérience introduite en 2015 à propos de la délégation unique du personnel et de l'instance fusionnée. Le lien n'est d'ailleurs pas un hasard : dans les deux cas, la fusion des institutions se traduit par un volume de missions plus important exercées par les mêmes personnes, de sorte qu'il n'est pas illogique d'assortir cette évolution d'éléments de souplesse dans la gestion des heures de délégation. La faculté est d'autant plus légitime que, par le jeu d'un accord, des titulaires moins nombreux peuvent bénéficier de plus d'heures de délégation.

L'on retrouve ainsi la mutualisation permettant, dans une certaine limite ou sous réserve d'en informer l'employeur (*C. trav., art. R. 2315-6*), la faculté de répartir entre titulaires et avec les membres suppléants le crédit d'heures ; la circulaire questions/réponses va au-delà, envisageant un transfert des heures du titulaire au profit du représentant de proximité. Comme en 2015, l'on reconnaît aussi l'annualisation des heures de délégation puisque le crédit d'heures peut être utilisé cumulativement dans la limite de 12 mois (faculté assortie du même plafond et de la même condition de forme que ceux évoqués précédemment (*C. trav., art. R. 2315-5*)).

38 - Transfert des fonds. – Saute un second verrou : celui de l'étalement des budgets. Il faut dire que la tentation de la « transférabilité » des budgets résonne depuis plusieurs années. Ce fut d'abord un vœu initié avec le rapport de Virville en 2004¹⁸, réitéré en 2007¹⁹, en 2009²⁰ et en 2010²¹... L'obstination paye aujourd'hui à l'occasion de la fusion.

La « transférabilité » est à double sens. Par une délibération, en cas de reliquat budgétaire, les membres de la délégation du personnel peuvent décider de transférer tout ou partie du montant de l'excédent annuel du budget destiné aux activités sociales et culturelles au budget de fonctionnement (*C. trav., art. L. 2312-84*) ; il est permis de s'étonner des mesures d'application qui limitent à 10 % de l'excédent le montant du transfert (*C. trav., art. R. 2312-51*) ; on voit ici une contradiction entre la règle légale qui autorise, notamment, le transfert de la totalité du montant, et celle réglementaire qui limite à 10 %... sauf à considérer que la plume du législateur a ripé et que la limite de 10 % s'adresse non à l'excédent mais au budget ; le CSE pourrait transférer la totalité de l'excédent dans la limite de 10 % du budget ; cela aurait du sens.

Le transfert joue aussi dans l'autre sens puisque le CSE peut décider de transférer une partie (ici seulement une partie) de l'excédent annuel au profit du budget des activités sociales et culturelles (*C. trav., art. L. 2315-61*).

C. - Responsabilité

39 - Les précédents. – L'idée de responsabiliser l'instance de représentation du personnel n'est pas en soi un phénomène nouveau ;

18. *Rapp. de la Commission de Virville « Pour un Code du travail plus efficace » : Doc. Fr., rapp. officiels, févr. 2004.*

19. *Rép. Min. : JO AN, 30 oct. 2007.*

20. *Rép. Min. : JO Sénat, 15 oct. 2009, p. 2430.*

21. *Rép. Min. : JO AN, 2 févr. 2010, p.1203 ; 2 mars 2010, p.2497.*

pour reprendre ce seul exemple, on se souvient que la loi du 5 mars 2014²² et le décret n° 2015-357 du 27 mars 2015 avaient eu pour ambition d'assurer la transparence des comptes du comité d'entreprise. Une même ambition se poursuit aujourd'hui sous une forme différente, le législateur privilégiant un renouvellement des règles de financement des expertises.

40 - Cofinancement. – On remarquera que la volonté de réguler le « marché des expertises » pouvait suivre plusieurs pistes. Une première, intéressante, figurait dans la loi d'habilitation ; il était proposé de soumettre le recours aux expertises à la sollicitation obligatoire de devis auprès de plusieurs prestataires²³. Dans la version « ordonnance », cette voie a finalement été abandonnée au profit d'une autorégulation par le CSE du recours aux expertises par une extension de la règle du cofinancement des expertises. Le principe quasi général de la prise en charge intégrale par l'employeur du financement des expertises est abandonné ; la règle du cofinancement (80 % à la charge de l'entreprise, le reste pesant sur le CSE) s'applique désormais à une part substantielle d'expertises légales (*C. trav., art. L. 2315-80*) et concerne donc une grande partie des missions d'expertise et d'assistance à la négociation. Cette règle repose clairement sur la volonté de responsabiliser les acteurs, le CSE étant invité à gérer ses expertises et son budget en « bon père de famille ». Elle est, de façon implicite mais certaine, une réponse aux diverses formes de pathologie de l'expertise que les observateurs des relations sociales ont constatées sur le terrain.

41 - Risques. – Certes, le cofinancement a été critiqué par certains auteurs comme pouvant conduire à une restriction, voire une remise en cause du droit à expertise, singulièrement dans les entreprises de petite taille dont le budget de fonctionnement est faible ; la régulation attendue des expertises ne doit certes pas avoir pour effet d'empêcher le recours à l'expertise. Cela ne serait pas acceptable alors que certaines expertises qui peuvent être cruciales, telle celle relative à un projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, doivent maintenant être cofinancées.

42 - Prise en charge intégrale... si. – La loi comprend des dispositions visant à sauvegarder le droit à expertise en cas d'insuffisance de

ressources du CSE. La loi de sécurisation de l'emploi en 2013²⁴, à propos de l'expertise « orientations stratégiques », avait envisagé une solution que l'on aurait pu transposer au CSE, la prise en charge de l'expertise par le comité ne pouvant se faire que dans la limite d'un tiers du budget de fonctionnement (*C. trav., art. L. 2323-10, ancien*). Le législateur ne semble pas avoir été convaincu par l'expérience. La règle est désormais constituée d'un principe assorti d'une réserve : le principe est celui de la prise en charge intégrale de l'expertise lorsque le budget de fonctionnement du CSE est insuffisant pour couvrir le coût ; la réserve concerne les CSE « cigales » qui auraient vidé le budget en transférant l'excédent annuel du budget de fonctionnement au profit de celui destiné aux activités sociales et culturelles au cours des 3 années précédentes (*C. trav., art. L. 2315-80*). Par ces dispositions, la loi fait des élus un acteur responsable de ses décisions relatives à l'usage de ses budgets, aux transferts qu'il peut opérer entre eux et aux conséquences attachées à ces décisions de transfert.

43 - Une ambition forte et plurielle. – Pour conclure, l'ambition de la réforme, s'agissant des moyens à attribuer au CSE, était forte et plurielle : donner à la nouvelle institution représentative du personnel les moyens adaptés à l'exercice de ses missions, gage de la qualité du dialogue social, sécuriser le régime applicable pour éviter que des contentieux parfaitement stériles, tel celui relatif au calcul de ses ressources, ne surviennent à nouveau, enfin et surtout responsabiliser les acteurs. C'est sur ce dernier point que le pari est ambitieux. La réforme donne une place majeure aux partenaires du dialogue social dans le cadre des accords qu'ils ont à conclure et des ressources humaines et financières qui doivent être affectées au dialogue. En un mot, c'est le pari de l'intelligence des situations et du bon usage de la liberté que la loi donne aux acteurs, qui doit être fait. Puissent le CSE et les organisations syndicales être les acteurs du changement que la réforme appelle.

MOTS-CLÉS : Comité social et économique - Moyens - Heures de délégation - Expertises - Budgets

TEXTES : Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017

JURISCLASSEUR : Travail Traité, fasc. 14-2, par Jean-Yves Kerbourc'h

AUTRES PUBLICATIONS LEXISNEXIS : Fiche pratique n° 4227 : faire fonctionner le CSE, par Aliénor Chalot-Vanoli

22. L. n° 2014-288, 5 mars 2014 : JO 6 mars 2014.

23. L. n° 2017-1340, 15 sept. 2017, art. 2 : JO 16 sept. 2017.

24. L. n° 2013-501, 14 juin 2013 : JO 16 juin 2013.