

## **Les enquêtes et expertises diligentées à la demande du CSE ou d'un élu**

Isabelle Taraud, avocate au Barreau du Val de Marne et membre du SAF

Dès l'effectif de 11 salariés, le Comité social et économique a pour missions de présenter à l'employeur les réclamations individuelles et collectives des salariés, pouvant inclure toute difficulté relative au respect de leurs droits, et de contribuer à promouvoir la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise.

Il dispose pour ce faire des outils des droits d'alerte prévus aux articles L. 2312-59 et 60 du code du travail, des enquêtes en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, et de la possibilité de saisir l'inspection du travail de toutes plaintes (L. 2312-5).

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, le CSE désigne par ailleurs un référent en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes (L. 2314-1).

A partir d'un effectif de 50 salariés, les missions et moyens du CSE sont étendus, notamment avec le recours possible à des inspections et à des expertises.

Chacun de ces outils répond à un objectif et à un cadre juridique propre. S'il est indispensable de ne pas se tromper d'outil, il est aussi souvent très utile de savoir les articuler entre eux, en étapes, pour avancer.

C'est la combinaison de l'ensemble de ces outils qui va permettre aux élus de mettre en lumière les faits pour pouvoir ensuite les qualifier juridiquement et exiger de l'employeur les mesures qui s'imposent pour rétablir les droits des salariés et les protéger de toute atteinte à leurs libertés ou à leur santé.

Pour exercer ces prérogatives, les élus se voient reconnaître des droits et libertés attachés à leur mandat, qu'il est là encore essentiel de bien connaître pour en optimiser la portée.

Face à la densité des droits à mobiliser, cet article s'efforce d'en rappeler le panorama, en évoquant les difficultés pratiques qui se posent, et en tentant de proposer quelques pistes pour y faire face.

### **I- Les inspections : une forme d'enquête « à froid »**

L'article R. 2312-4 prévoit que le CSE peut en réaliser chaque année des inspections en nombre au moins égal à celui des réunions du CSE consacrées à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail, soit 4 par an, sauf meilleur accord.

L'inspection, outil régulier de prévention très efficace, est encore trop peu mobilisé. Le CSE participant à l'analyse des risques professionnels, l'inspection lui permet l'observation des postes de travail et les contacts avec les salariés. C'est ainsi l'occasion pour les élus d'échanger sur l'ambiance et les conditions de travail, d'informer les salariés sur leurs droits, de vérifier qu'ils connaissent les procédures d'alerte, de favoriser une libération de la parole et une remontée des difficultés du terrain.

Le CSE se voit aussi reconnaître le droit de « demander à entendre le chef d'une entreprise voisine dont l'activité expose les travailleurs de son ressort à des nuisances particulières », droit précisé par l'article L. 2312-13 et trop souvent ignoré.

Le dialogue qui peut se nouer à l'occasion des inspections peut être le ferment des prochaines actions du CSE : réclamations, alertes, expertises...

Si des irrégularités sont constatées, les élus mandatés par le CSE pour réaliser l'inspection les consigneront dans leur rapport, l'article L. 2312-13 soulignant que le CSE devra être « informé des suites réservées à ses observations ». Et en cas d'urgence, en fonction de la gravité et de la nature des constats, il sera possible de déclencher un droit d'alerte, ou de saisir l'inspection du travail, le médecin du travail ou la CARSAT.

L'inspection peut donc être le point de départ, immédiat ou futur, d'actions qui ne seront plus préventives mais curatives. Elle fonctionne alors comme une enquête sous un format collectif et « à froid ». Elle peut ainsi en avoir toutes les vertus à condition d'être menée avec rigueur et régularité.

Le code du travail donnant peu de précisions sur son déroulement, il est d'autant plus utile d'adopter des bonnes pratiques, homogènes et durables :

- Vote d'une résolution du CSE (ou de la CSSCT si cette compétence lui a été déléguée) désignant l'élu missionné et précisant bien le cadre de l'inspection en suggérant, si cela est utile, des axes prioritaires d'investigation (par exemple temps de travail, situation des femmes,...).
- Rédaction d'un compte-rendu dans un bref délai transmis à l'ensemble du CSE pour être présenté lors de la réunion ordinaire suivante, au procès-verbal de laquelle ce rapport sera utilement annexé en consignant précisément les constats et en faisant apparaître les éventuels désaccords avec la Direction.
- En séance plénière, après examen de ce rapport, le CSE (ou la CSSCT) pourra demander si nécessaire un plan d'actions précis sur les actions correctrices à mettre en œuvre en cas de risque identifié, les améliorations à suggérer, les éventuelles mises à jour du DUERP... Il est alors essentiel d'exiger un suivi de la bonne application de ces mesures et le vote d'une résolution sera de nouveau préconisé pour acter et motiver les demandes, et leur donner plus de poids.

Le code du travail ne prévoit pas de prise en charge par l'employeur du temps consacré par les élus aux inspections. Il faut donc y penser dans la négociation des accords de moyens pour le CSE, surtout lorsqu'il existe une dispersion des postes de travail sur des sites éloignés, configuration ajoutant du temps de trajet aux temps de la visite. A défaut d'obtenir un crédit conventionnel spécifique, les facultés de report d'un mois sur l'autre du crédit d'heures de délégation mensuel (R.2315-5), de mutualisation entre élus (R. 2315-6), et de dépassement en cas de circonstances exceptionnelles, seront mobilisables.

## **II- Les enquêtes AT/MP : l'enquête sur les risques réalisés**

Le CSE, ou sa CSSCT si cette compétence lui a été déléguée par accord ou règlement intérieur, réalise des enquêtes « en matière » d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel. (L. 2312-13)

La première difficulté à anticiper réside dans l'accès à l'information en temps utile sur la survenance des accidents du travail ou sur la reconnaissance des maladies professionnelles – dont la gravité ou non, sur cette prérogative d'enquête, n'est pas une condition exigée par le code du travail.

Il est donc souhaitable de clarifier avec la Direction le cadre et la temporalité de cette information : qui (au sein du service RH ou de la Direction) est chargé d'informer qui (au sein du CSE ou de la CSSCT), sous quel délai (variable en fonction de la gravité) et avec quelles précisions à donner et quel partage de documents (sujet toujours sensible au regard des données personnelles à communiquer).

Le règlement intérieur du CSE peut apporter ces précisions. En pratique, une information immédiate sur les accidents est nécessaire pour permettre au CSE d'exercer sa prérogative d'enquête en temps utiles, y compris lorsque cela concerne un salarié d'une entreprise extérieure.

En outre même en absence d'accident du travail ou de maladie professionnelle déclaré, les élus peuvent considérer qu'un contexte avéré d'agissement sexiste, de harcèlement moral et/ou sexuel, justifie une enquête puisque l'article L. 2312-13 ne précise pas une exigence préalable de déclaration, et que le texte indique d'ailleurs par une formulation large que le CSE réalise des enquêtes « *en matière* » d'accidents du travail ou de maladies professionnelles.

Le CSE, ou sa CSSCT, devra être réuni pour désigner le ou les élus en charge de mener l'enquête avec le représentant de la Direction (l'article R. 2312-2 visant une délégation comprenant « au moins » un représentant de l'employeur et un représentant siégeant au comité).

Cette désignation implique, là encore, d'avoir pensé à préciser dans le règlement intérieur les règles de vote en CSSCT si cette compétence lui a été déléguée. Les entreprises répliquent parfois qu'une CSSCT n'a pas la personnalité morale et qu'il ne peut être question de décision à prendre, mais l'évidence pratique est là : à bien des occasions, il faudra départager d'éventuels désaccords et clarifier des positions ou initiatives au sein d'une CSSCT, et venir en préciser à l'avance les conditions de délibération est essentiel, le plus simple étant de reprendre les mêmes règles que pour le CSE.

Dans la délibération décidant de l'enquête, il peut être utile de préciser d'emblée la demande d'accès à certains documents en lien avec les circonstances de l'accident ou la situation de travail du salarié déclaré en maladie professionnelle, ou d'indiquer la nécessité d'entendre certaines personnes.

L'objectif de l'enquête est en effet de faire toute la lumière sur ce qui a contribué à la survenance de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle afin d'établir un arbre des causes et de travailler sur l'ensemble des mesures de prévention à mettre en place pour annihiler les risques identifiés, ou à tout le moins les réduire autant que possible, dans le respect des principes généraux de prévention.

Les heures consacrées aux mesures d'enquête (entretiens avec des salariés ou la CARSAT ou l'inspection du travail, recherches documentaires, analyse, rédaction du rapport...) sont rémunérées comme du temps de travail effectif sans impacter les crédits d'heures de délégation (L. 2315-11).

En cas d'accident du travail ou maladie professionnelle grave, le processus de l'enquête est renforcé par :

- L'obligation d'établir une fiche de renseignement signée par les membres de la délégation qui a conduit l'enquête et transmise dans les 15 jours suivant l'enquête à l'inspecteur du travail.

- L'obligation de réunir le CSE (L. 2315-27), ou sa CSSCT en cas de délégation.

Une circulaire ancienne du Ministère du Travail (TE 67-23 du 14 juin 1967) considère « *comme grave, chaque accident ayant entraîné mort d'homme ou paraissant devoir entraîner une incapacité permanente ou qui aura révélé l'existence d'un danger grave, même si les conséquences ont pu être évitées* ».

### **III- L'alerte en cas de danger grave et imminent : l'outil de prévention en urgence**

L'obligation de réunir le CSE (ou la CSSCT) s'applique aussi hors accident « *en cas d'événement grave lié à l'activité de l'entreprise, ayant porté atteinte ou ayant pu porter atteinte à la santé publique ou à l'environnement* ».

Celle de transmettre une fiche de renseignement à l'inspection du travail existe également en vue de rechercher des mesures préventives dans toute situation d'urgence et de gravité, notamment lors de la mise en œuvre de la procédure d'alerte danger grave et imminent.

La démarche d'enquête s'inscrit alors dans le cadre des dispositions des articles L. 2312-60 et L. 4131-2 et suivants qui aménagent la procédure d'alerte en cas de danger à la fois grave et imminent. Il s'agit donc ici d'un outil de prévention, intervenant en amont de la réalisation du risque, et qui est le pendant du droit de retrait des salariés (L. 4131-1).

Un membre du CSE qui constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur et consigne son avis par écrit dans un registre que l'employeur doit tenir à disposition à cet effet. Cet avis, daté et signé, indiquera les postes de travail concernés, la nature et la cause du danger, et le nom des travailleurs exposés.

L'employeur doit alors procéder immédiatement à une enquête conjointe avec le ou les membres du CSE ayant signalé le danger. Le temps consacré à l'enquête est rémunéré comme du temps de travail effectif sans impacter les crédits d'heures de délégation (L. 2315-11).

L'employeur doit en parallèle prendre les dispositions nécessaires pour remédier au danger, incluant si nécessaire l'arrêt des activités et la mise en sécurité des salariés.

L'employeur doit agir dans l'urgence et déclencher l'enquête sans marge d'appréciation sur le danger signalé : à défaut, le juge des référés peut être saisi pour contester toute inertie. A ce stade l'employeur ne convoque pas le CSE ou la CSSCT : c'est une prérogative qui s'exerce individuellement par tout élu, titulaire ou suppléant.

En revanche en cas de divergence entre l'employeur et l'élu sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, le CSE est réuni d'urgence (ou sa CSSCT en cas de délégation) dans un délai n'excédant pas 24 heures. L'employeur informe immédiatement l'inspecteur du travail et la CARSAT, qui peuvent assister à la réunion.

A défaut d'accord entre l'employeur et les élus sur les mesures à prendre et leurs conditions d'exécution, l'inspecteur du travail est saisi immédiatement par l'employeur.

L'inspecteur du travail met en œuvre soit l'une des procédures de mise en demeure prévues à l'article L. 4721-1, soit la procédure de référé prévue aux articles L. 4732-1 et L. 4732-2.

La décision de mise en demeure n'est pas prise par l'inspecteur du travail lui-même, mais sur la base de son rapport, le DRIETS décidant ou non d'en suivre les constats et conclusions pour mettre en demeure l'employeur de prendre toutes mesures utiles pour remédier au danger constaté s'il résulte du non-respect des principes généraux de prévention ou d'une infraction à l'obligation générale de sécurité.

Le CSE peut quant à lui voter une délibération lors de sa réunion d'urgence afin de saisir le juge des référés pour demander, sous astreinte, la mise en œuvre des mesures de protections nécessaires.

L'appréciation de la gravité et de l'imminence du danger s'opère in concreto, en tenant compte des circonstances, et notamment de l'état de santé ou de la fragilité du ou des salariés (particulièrement en matière de risques psychosociaux ou de violences sexistes et sexuelles), ce qui peut être apprécié à l'aune des éléments recueillis dans le cadre des précédentes enquêtes ou inspections.

Ici encore on soulignera l'intérêt d'une mobilisation articulée, et même graduée, des différents outils, afin d'en garantir la pertinence et l'efficacité.

L'alerte danger grave et imminent est un outil très efficace mais qu'il ne faut pas dévier de son caractère exceptionnel à peine de perdre la crédibilité nécessaire à sa mise en œuvre. Il peut en revanche constituer la suite de précédentes démarches restées sans traitement approprié de l'employeur, qui a laissé le danger devenir grave et imminent.

#### **IV- L'expertise risque grave : la mobilisation d'une assistance extérieure**

Pour progresser dans leurs constats et dans leur analyse, les élus, mêmes formés, sont souvent demandeurs d'une assistance extérieure, et c'est alors l'outil de l'expertise prévue par l'article L. 2315-94 qu'il faut mobiliser : le CSE peut faire appel à un expert habilité lorsqu'un risque grave, identifié et actuel, révélé ou non par un accident du travail ou une maladie professionnelle, est constaté.

Le CSE étant seul titulaire du droit de voter le recours à une expertise, le point doit être inscrit à l'ordre du jour d'une de ses réunions plénières, deux élus de la CSSCT pouvant en faire la demande le cas échéant.

Le coût de cette expertise est totalement à la charge de l'employeur, qui pourrait, notamment contester devant le tribunal judiciaire l'existence de ce risque grave, nécessaire à la légitimité de cette expertise. Il existe désormais une jurisprudence abondante sur la notion de risque grave, qui inclut bien entendu les risques portés à la santé mentale.

Pour anticiper ce risque de contestation, le CSE doit être particulièrement vigilant à la motivation de la délibération qu'il vote pour recourir à son droit à expertise, en définissant précisément le risque, qui doit être actuel, et en caractérisant sa gravité à l'aide d'éléments probants, ayant pu être collectés au travers de précédentes enquêtes ou inspections.

En outre le CSE doit s'interroger sur les attentes qu'il place dans cette expertise : quels sont les éclairages motivant la recherche de cette assistance ? quels sont les axes de travail à soumettre à l'expert pour que son rapport permette d'aller plus loin ensuite ?

Dans sa délibération, le CSE sera bien avisé de désigner les élus qui seront en charge du suivi de l'expertise, qu'il s'agisse de constituer un groupe de travail auprès de l'expert comme de la désignation d'un représentant en cas de contestation judiciaire de l'expertise, ou de nécessité pour le CSE d'agir en justice en cas de difficulté entravant le bon déroulement du travail de l'expert.

L'expert va apporter aux élus son regard extérieur, ses compétences et connaissances, sa capacité d'investigation et d'analyse, son œuvre de synthèse et de formulation, assortie de la validation apportée par sa qualité d'expert agréé et sa déontologie.

Il est l'expert du CSE et l'employeur ne peut en aucun cas exercer de pression sur son travail et ses conclusions. L'entreprise doit répondre à ses demandes d'information et le laisser rencontrer les salariés pour mener ses investigations au plus près du terrain, sur les lieux de travail, dont l'accès ne peut lui être refusé.

L'expertise se déroule en principe sur deux mois, délai renouvelable une fois avec l'accord de l'employeur. Le rapport est présenté en séance plénière, ce qui permettra des échanges entre Direction, élus et expert, sur les conclusions et préconisations. Ces débats seront actés dans le procès-verbal et ainsi portés à la connaissance des salariés lors de sa diffusion. Le CSE peut également adresser aux médecins et inspecteurs du travail en charge du suivi des collaborateurs soumis au risque grave le résultat de l'expertise et des échanges en réunions s'ils n'ont pu y prendre part.

L'expertise est utile si elle conduit à ce que le CSE soumette à la Direction un plan d'actions, en associant si besoin les médecins du travail, les responsables HSE, et la CARSAT. Un suivi trimestriel de la mise en œuvre de ce plan permettra de tirer les bénéfices de l'expertise jusqu'à la maîtrise des risques identifiés, qui devront être supprimés ou réduits au maximum dans le respect des principes de prévention.

## **V- L'alerte en cas d'atteinte aux droits ou à la santé des travailleurs**

L'article L. 2312-59 permet à tout membre du CSE de demander qu'une enquête conjointe soit diligentée en cas d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise pouvant, notamment, résulter de faits de harcèlement sexuel ou moral ou de toute mesure discriminatoire.

Le texte oblige l'employeur à diligenter cette enquête « sans délai » avec l' élu qui a déclenché l'alerte, et à prendre les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation.

Le déclenchement de l'alerte et la conduite de l'enquête correspondent à une prérogative individuelle qui appartient à tout élu : le texte, d'ordre public, étant parfaitement clair à cet égard, l'employeur ne peut donc pas imposer un débat en CSE sur l'objet de l'alerte ou sur la conduite de l'enquête ; et aucun accord ne peut prétendre limiter l'exercice du droit d'alerte aux seuls membres de la CSSCT ou aux seuls représentants de proximité.

En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou l' élu du CSE, si le salarié

intéressé, averti par écrit, ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la procédure accélérée au fond et peut ordonner, y compris sous astreinte, toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte. Ce contentieux n'empêchera pas ensuite le salarié d'agir en justice au fond pour contester son licenciement ou l'exécution de son contrat de travail (Cass. Soc. 8 sept 2011 n°20-14011).

Le code du travail ne prévoit pas que ce temps d'enquête soit réalisé hors temps de délégation mais il peut caractériser des circonstances exceptionnelles justifiant le dépassement du crédit d'heures de délégation de l' élu (Cass. Soc. 29 avril 2009, n°07-45.480).

Ce droit d'alerte, qui reprend le dispositif qui était ouvert auparavant aux délégués du personnel, est un outil précieux et théoriquement efficace... mais qui rencontre beaucoup de risque d'enlisement dans sa mise en œuvre.

En premier lieu parce que le représentant désigné par l'entreprise est souvent déjà impliqué dans les faits à l'origine de l'alerte et ne veut pour autant pas s'extraire de l'enquête. (On pense notamment à la situation du responsable du service RH déjà intervenu pour valider une procédure disciplinaire ou un processus d'évaluation ou de management qui sont au cœur des faits objet de l'alerte...)

En second lieu le blocage de l'enquête peut survenir sur la méthode à appliquer, notamment pour définir la liste des personnes à interroger (qui peut apporter un témoignage utile ? peut-il s'agir de salariés qui ne sont pas ou plus dans l'entreprise ?), ou la formulation des questions à poser, lesquelles ne doivent être ni trop larges, ni trop orientées. Le code du travail ne donnant aucune directive, il faut donc s'entendre sur le terrain, à peine sinon de bloquer toute possibilité d'avancer dans une enquête conjointe...

Le conseil des prud'hommes peut être saisi, on l'a dit, pour arbitrer ces désaccords, mais même s'il s'agit d'une procédure accélérée au fond, cela représente des frais et délais de procédure dissuasifs et un retard qui peut être fatal pour parvenir à l'émergence de la vérité et de solutions effectives sur le terrain, alors que le salarié concerné par l'alerte est souvent en grande souffrance ou menacé d'une éviction de l'entreprise.

On le voit, le paritarisme de l'enquête conjointe lui apporte sa force (opposabilité à l'entreprise) mais recèle aussi nombre d'écueils possibles.

Il faut en outre ne jamais perdre de vue que si l'enquête est conjointe, l'employeur reste en revanche seul responsable, tant du pouvoir disciplinaire que de l'obligation de sécurité. Lui seul définit les sanctions. Quant aux mesures de prévention, les élus sont force de propositions, mais n'ont pas de responsabilité à endosser.

Les élus doivent toujours veiller à faire clairement apparaître leurs propres conclusions et préconisations si elles diffèrent de celles de l'employeur, et souligner tous les points de désaccords ayant pu intervenir, notamment sur le représentant choisi par l'entreprise ou sur la méthode appliquée pour mener les investigations (le délai, la sélection des personnes interrogées, le cadre de ces entretiens, la formulation des questions posées...).

Ces réserves et critiques guideront ensuite les juges pour estimer la valeur probante qu'il faut apporter aux écrits issus de l'enquête. Il n'est pas rare que les entreprises cherchent à détourner le droit d'alerte pour appuyer leurs propres visions des faits et leur choix de sanctionner ou pas, de licencier ce salarié plutôt qu'un autre... Un rapport rédigé par l'entreprise sans l'assentiment des élus ne sera alors que le sien et n'aura pas le même impact. (Pour illustration : CA Colmar 15 sept 2020 RG n°21/00320 : Le document produit

par l'entreprise ne peut être considéré comme une enquête car aucun procès-verbal ni aucune délibération ne prouvait que le CHSCT aurait décidée d'y prendre part).

L'enquête pose aussi des questions cruciales au niveau de la confidentialité : garantir aux salariés interrogés la confidentialité de leur témoignage peut s'avérer décisif pour libérer la parole... Mais que faire ensuite de propos anonymes qui ont peu de valeur probatoire, et surtout ne permettent pas au salarié mis en cause de se défendre, notamment lorsqu'il s'agit d'un harcèlement sexuel ou moral. Le traitement d'une atteinte supposée aux droits d'un salarié peut-il légitimer de porter atteinte aux droits de la défense et au principe du contradictoire à l'égard du salarié accusé ?

Il est essentiel de rechercher un équilibre en mettant en balance les droits de chacun, et en ne vouant pas l'enquête à une impasse. L'employeur étant représenté lors des auditions, il ne peut en tout cas instrumentaliser la crainte de risques de représailles des salariés interrogés pour confidentialiser à outrance leurs propos et taire ce qui le dérange.

Le recours à un organisme extérieur apportant son assistance dans la conduite des enquêtes peut constituer une solution, mais il faut impérativement que le choix de ce tiers et de sa méthodologie se fasse d'un commun accord. Le recours à un expert agréé habitué des interventions auprès des CSE en matière de santé et conditions de travail est alors le plus sécurisant pour les élus.

Les conclusions de l'enquête et les mesures prises affectant la santé, la sécurité ou les conditions de travail doivent en toutes hypothèses être ensuite débattues en réunions de CSSCT ou de CSE. Si l'accès aux comptes-rendus complets des auditions à l'ensemble du CSE peut être bloquant, il faut convenir a minima du partage d'un rapport conclusif, étant rappelé l'obligation de discrétion des élus, et la bonne pratique de diffusion dans l'entreprise de comptes-rendus de réunions de CSE expurgées de toutes données confidentielles ou personnelles.

Enfin lorsqu'un blocage ou une stratégie de délitement du droit d'alerte est mis en œuvre systématiquement par l'entreprise, le recours au dispositif d'alerte prévu par les codes éthiques peut s'avérer très judicieuse. Dans les grands groupes, cela conduit le plus souvent à la saisine d'interlocuteurs extérieurs à l'entreprise, et même aux filiales françaises. On peut en espérer plus de neutralité, et dans les groupes étrangers, un traitement souvent plus scrupuleux et méticuleux des problématiques de harcèlement. Et cela confère au salarié une protection supplémentaire, celle du lanceur d'alerte.

## **VI- Le référent harcèlement**

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, les CSE, quel que soit l'effectif de l'entreprise, désigne parmi ses membres un référent en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes (C. trav., art. L. 2314-1).

De son côté l'employeur doit désigner un référent chargé d'orienter, d'informer et d'accompagner les salariés en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes uniquement dans les entreprises d'au moins 250 salariés. (C. trav., art. L. 1153-5-1)

Le code du travail n'attribue aucune mission précise ni moyen au référent du CSE, si ce n'est l'obligation pour l'employeur de mentionner ses coordonnées dans l'information qu'il doit faire à l'attention des salariés et dans les locaux où se fait l'embauche (C. trav., art. L. 1153-5 ; C. trav., art. D. 1151-1).

La mise en place des CSE a nécessité de traiter tant de sujets en amont des premières mandatures qu'il n'y a bien souvent aucun article dédié au référent dans les accords et les règlements intérieurs, alors qu'il y aurait beaucoup à négocier pour donner de la consistance à cette réforme, par exemple pour :

- Prévoir une formation spécifique
- Organiser des réunions périodiques entre les référents des CSE des différents établissements et/ou avec le référent de l'entreprise
- Étendre éventuellement le champ de compétence au harcèlement moral ou prévoir un autre référent dédié
- Aménager surtout une information systématique du référent du CSE sur les plaintes reçues par l'entreprise dans son domaine de compétences en l'associant aux enquêtes à mener
- L'informer également des contentieux en cours et des décisions de justice rendues

Signalons également que se développe la mise en place de comités pluridisciplinaires dédiés aux risques psychosociaux afin de créer un espace d'échanges entre des représentants du CSE, de la Direction, du service de sécurité (HSE), et de la médecine du travail. Ce comité répond à des objectifs de surveillance du climat social dans l'entreprise, pour identifier le plus en amont possible les difficultés et commencer à désamorcer les sources de conflits. Et ce faisant, il pratique à son tour une forme d'enquête dont il faut se méfier de l'opacité ou d'un empiètement sur les prérogatives du CSE et de sa CSSCT.

Il faut donc prendre bien soin de rédiger les accords ou chartes fixant leurs missions et règles de fonctionnement, en soulignant bien qu'il n'est aucunement question d'entraver de quelque manière les droits des élus du CSE.

## **VII- Les moyens donnés aux élus pour utiliser ces outils**

Premier élément clé indispensable à l'enquête : la liberté de déplacement des membres du CSE dans et hors de l'entreprise (L. 2315-14), assortie du droit de dialoguer avec les salariés et de les questionner. Ainsi les représentants du personnel peuvent « tant durant les heures de délégation qu'en dehors de leurs heures habituelles de travail, circuler librement dans l'entreprise et y prendre tous contacts nécessaires à l'accomplissement de leur mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail, sous réserve de ne pas apporter de gêne importante à l'accomplissement du travail des salariés. »

Les membres du CSE peuvent lors de leurs déplacements filmer ou prendre des photos. Dans le respect du droit à l'image, il conviendra d'obtenir l'accord préalable des salariés identifiables, ou flouter les visages, avant toute diffusion du support (notamment dans le rapport d'enquête ou d'inspection, ou en réunion).

L'employeur ne peut en tout état de cause pas s'opposer à la prise de ces images dès lors qu'elles restent destinées à un usage purement interne et pour les besoins des missions du CSE dont les membres sont soumis à une obligation de discrétion (L. 2315-3) qui les oblige, mais leur confère dans le même temps un droit d'accès qu'il faut sans cesse rappeler vigoureusement.

L'enregistrement sonore (avec ou sans image) posera en revanche plus de difficulté sur le terrain probatoire s'il n'est pas obtenu avec l'accord des personnes identifiées sur la bande son : il peut alors devenir un mode de preuve déloyal et illégal, délicat à produire en justice le cas échéant. Il faut cependant signaler que la chambre sociale de la Cour de cassation a infléchi récemment sa jurisprudence en estimant que l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats. Le juge doit apprécier si l'utilisation de cette preuve porte atteinte au caractère équitable de la procédure dans son

ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle et le droit à la preuve, lequel « peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi ». (voir notamment Cass. soc., 25 novembre 2020, n°17-19.523, publié sur le site internet et au rapport annuel de la Cour)

Les membres du CSE ont par ailleurs un droit d'accès reconnu à un certain nombre d'informations et documents dont la liste serait trop longue à consigner ici si elle devait être exhaustive. On signalera notamment pour mémoire ces documents pouvant être utiles dans le cadre d'une enquête :

- la base de données économiques, sociales et environnementales (L.2323-8),
- le document unique d'évaluation des risques professionnels (R 4121-4)
- la liste des postes à risques (L.4154-2)
- les déclarations des accidents du travail et des maladies professionnelles et le registre des accidents du travail bénins
- la fiche d'entreprise du médecin du travail (D4624-37),
- et le rapport annuel du ou des médecins du travail (D4624-55)

En outre l'article L. 2312-10 prévoit que les membres du CSE sont informés des visites de l'agent de contrôle de l'inspection du travail afin de pouvoir l'accompagner et présenter leurs observations.

Et le CSE doit être informé par le Président des observations de l'inspecteur du travail, du médecin inspecteur du travail et des agents des services de prévention des organismes de sécurité sociale au cours de la réunion qui suit leur intervention (R. 2315-23).

Le CSE peut par ailleurs porter des réclamations individuelles et collectives, pouvant préparer le terrain à de futures enquêtes, ou encore demander des réunions extraordinaires pour questionner la direction, étant souligné que cette initiative ne nécessite pas la majorité mais seulement deux élus titulaires pour les sujets relevant de la santé, de la sécurité ou des conditions de travail (. 2315-27).

Les débats et avis dans le cadre de la consultation sur la politique sociale peuvent également être l'occasion de poser les premières questions qui serviront de bases aux futures enquêtes, ou de demander au contraire un retour sur les précédentes enquêtes et inspections, puisque l'article L. 2312-27 prévoit que l'employeur présente au CSE :

- *1° Un rapport annuel écrit faisant le bilan de la situation générale de la santé, de la sécurité et des conditions de travail dans l'entreprise et des actions menées au cours de l'année écoulée*
- *2° Un programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail.*

Sauf à manquer de contenu, le bilan devrait faire état des enquêtes, et le programme annuel devrait tenir compte des conclusions et du suivi. L'avis que donne le CSE sur ces documents devrait alors mettre en évidence les lacunes et demander des correctifs, étant rappelé que « *lors de l'avis rendu sur le rapport et sur le programme annuel de prévention, le comité peut proposer un ordre de priorité et l'adoption de mesures supplémentaires* » et que « *lorsque certaines des mesures prévues par l'employeur ou demandées par le comité n'ont pas été prises au cours de l'année concernée par le programme, l'employeur énonce les motifs de cette inexécution, en annexe au rapport annuel.* »

Ce qui permet donc d'inscrire les enquêtes dans une temporalité plus longue.

Objectif qui nécessite aussi de prendre soin d'acter et archiver. Il est nécessaire d'être particulièrement vigilant dans la rédaction des procès-verbaux des réunions, et il faut donc rompre avec toute pratique laissant les employeurs s'immiscer dans la rédaction ou la conservation des procès-verbaux des réunions du CSE ou des rapports de ses commissions, quand bien même cela apporte sur le moment un confort pratique dont il faut se méfier.

Le règlement intérieur du CSE peut prévoir que le procès-verbal ou les rapports soient rédigés si nécessaire en 2 versions, l'une pouvant être diffusée auprès des salariés en enlevant les informations confidentielles ou personnelles, l'autre, complète, retraçant tous les échanges et données partagées, afin de constituer la version officielle accessible à tous les membres du CSE et faisant foi.

Il faut veiller à bien acter les décisions prises ou les demandes formulées par les élus via des résolutions claires et précises, portées à l'approbation majoritaire des seuls membres élus.

Il est conseillé d'annexer au procès-verbal des réunions du CSE tous les rapports de ses commissions au moment où ils sont présentés en plénière, ainsi que les rapports d'inspections et d'enquêtes.

Enfin il est indispensable de s'assurer de la bonne conservation de tous ces procès-verbaux et rapports, car ce sont les précédents échanges en réunions qui pourront peut-être alimenter plus tard la motivation d'une demande d'expertise ou éclairer le contexte d'une enquête. Le CSE devrait donc se doter de son propre espace de cloud partagé pour y organiser un archivage complet accessible dans la durée d'une mandature à l'autre.

#### **VIII- Pour s'assurer de l'effectivité des droits et outils du CSE : se former, réglementer « à froid », agir en justice en cas de blocage**

Les multiples réformes qui sont venues amoindrir les droits des représentants du personnel au cours des dernières années ont pourtant laissé intacts les prérogatives en matière d'inspections et d'enquêtes. Doit-on en déduire qu'ils n'ont pas attiré l'attention car ces outils sont finalement trop peu utilisés, par méconnaissance ou difficultés pratiques de mise en œuvre ?

En évoquant au point précédent les moyens, il aurait fallu commencer par rappeler les droits des élus en matière de formation : il est indispensable que les membres du CSE utilisent le droit à formation que le code du travail et les accords leur aménagent. Or trop souvent on constate sur le terrain que ces formations n'ont pas été suivies, surtout dans le contexte de la crise sanitaire qui a immédiatement suivi le début des premières mandatures de nombreux CSE... Comment mettre en œuvre ses droits et utiliser les outils à sa disposition lorsqu'on ne les connaît pas ?

Il faut aussi prendre le temps de réfléchir « à froid » aux problématiques pratiques posées par la mise en œuvre des inspections et enquêtes afin d'intégrer dans les accords, mais aussi dans le règlement intérieur du CSE, des mesures clarifiant la méthode à appliquer.

Il est plus facile de négocier les bonnes pratiques dans un dialogue qui n'est pas « pollué » par les tensions d'un contexte particulier exacerbant les craintes et désaccords.

Et devant réfléchir par avance aux conditions de mise en œuvre de ces enquêtes et inspections, les élus n'en connaîtront que mieux l'existence et les rouages.

Bien entendu l'expérience conduira sans doute à constater qu'une problématique pratique a été oubliée ou mal évaluée, et qu'il convient de revoir la procédure et de l'améliorer. Le règlement intérieur pourra s'étoffer au fil des mandatures... Mais il faut déjà sans plus tarder, avec l'aide des expériences passées, et l'appui des syndicats et avocats, commencer à poser les bases écrites d'une procédure adaptée à chaque outil.

Le règlement intérieur du CSE semble l'instrument juridique le plus approprié : plus souple qu'un accord lorsqu'il faut le faire évoluer, et permettant, en cas de blocage avec l'employeur, d'adopter à la majorité les règles souhaitées par le CSE.

L'employeur aura aussitôt le réflexe d'objecter que ces règles ne lui sont pas opposables, mais si elles sont légitimes, le Président du CSE sera bien en difficulté pour le contester ou s'y soustraire... Car le code du travail ne fixe qu'un cadre large, mais sur lequel les élus peuvent s'appuyer pour s'opposer à l'employeur qui tenterait de minimiser ses obligations et de refuser des propositions qui pourtant y répondent.

On se souvient ainsi de l'accueil favorable des juges à l'action d'un CSE dénonçant l'exigence de confidentialité excessive imposée par la Direction sur les documents soumis à sa consultation, ce qui constituait une atteinte illicite aux prérogatives des élus (Cass Soc 5 novembre 2014, n°13-17270).

Saisi par le Président ou par le CSE de leurs désaccords sur la rédaction du règlement intérieur, les juges pourront mettre en balance :

- Le droit du CSE de mettre en place des règles de fonctionnement interne et l'obligation de l'employeur de ne pas porter entrave aux prérogatives du CSE,
- La nécessité de prévoir des procédures qui respectent les principes de prévention et l'obligation de sécurité, ainsi que l'obligation de ne commettre aucun abus dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, ni aucune atteinte aux droits et libertés fondamentaux dans l'entreprise.

Ce débat judiciaire est encore une page vierge, qui permettra d'avancer et d'éclairer ce qui doit se déduire en pratique de la combinaison des principes généraux du code du travail et des textes qui prévoient les inspections, enquêtes et expertises sans en aménager les conditions de mise en œuvre.

Bien souvent les CSE sont pénalisés par les limites de l'intérêt à agir en justice qui leur est reconnu, mais pour défendre l'exercice de leurs prérogatives, il n'existera pas de discussion possible : leur action sera recevable, et décisive de l'efficacité de leur mandat. Cela permettra d'évoquer « à froid » les solutions à apporter aux différentes difficultés évoquées plus haut (confidentialité, procédure,...).

Enfin il ne faut pas s'interdire d'avoir recours à une procédure menée par un CSE ou un élu sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile en parallèle de la mise en œuvre de ses prérogatives, « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.* » Au stade d'une enquête ou d'une inspection, il n'est pas exclu que des désaccords avec l'employeur émergent déjà suffisamment pour que soit remplie la condition de l'existence du litige permettant de mobiliser cet outil précieux, et judiciaire cette fois.