



MINISTÈRE DES FINANCES  
ET DES COMPTES PUBLICS

000806

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE,  
DE L'INDUSTRIE ET DU NUMÉRIQUE

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

PARIS, LE 12 AOÛT 2016

SOUS-DIRECTION « DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE »

Bureau « Conseil aux Acheteurs »

Affaire suivie par Camille CHEVALIER

☎ : 01 44 97 32 77

[camille.chevalier@finances.gouv.fr](mailto:camille.chevalier@finances.gouv.fr)

Bureau Droit privé général

Alexandra ROUAULT

Bureau Droit public général et constitutionnel

Anne-Sophie DECAP

N° 2016-03514-COJU

FEDERATION HOSPITALIERE DE FRANCE – FHF

A l'attention de M. David GRUSON,

Délégué Général

1 bis, rue Cabanis

CS 41402

75993 PARIS CEDEX 14

**Objet :** Expertises CHSCT au sein des établissements publics de santé.

**Réf. :** Votre saisine par courrier du 18 avril 2016, reçue le 26 avril 2016, à échéance du 12 août 2016.

**Copie :** Ministère des affaires sociales et de la santé – Direction générale de l'offre de soins

*Les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) des établissements publics de santé (EPS), dotés de la personnalité juridique, doivent être qualifiés de pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 10 2° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, dès lors que les activités qu'ils réalisent satisfont à un besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial et qu'ils sont placés sous un lien de dépendance étroit à l'égard des EPS, pouvoirs adjudicateurs. Ils sont donc soumis pour les marchés publics passés pour leurs besoins à la règlementation des marchés publics.*

*Les marchés d'expertise sont des contrats conclus à titre onéreux par les CHSCT, répondant prioritairement à leurs besoins. La passation de ces marchés publics relèvera des règles de publicité et de mise en concurrence issues du droit commun de la commande publique dès lors que le code CPV de ces prestations ne relève pas de la liste des services sociaux et autres services spécifiques publiée au journal officiel de la République française le 27 mars 2016, liste à laquelle renvoie l'article 28 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016,*

*Pour la passation de ces marchés publics, les CHSCT peuvent recourir aux moyens humains, matériels et financiers des EPS en sus des ressources que ces derniers leur ont dévolues de façon pérenne.*

*En l'état des dispositions applicables, il appartient au directeur des EPS d'engager la dépense liée à l'exécution des marchés publics d'expertise et au comptable de ces derniers de la payer.*

Par courrier cité en référence, vous sollicitez l'avis de la direction des affaires juridiques aux fins de connaître selon quelles conditions et modalités doivent être passés et exécutés les contrats d'expertise des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). Plus précisément, vous vous interrogez sur la répartition des rôles entre l'établissement public de santé (EPS) et le CHSCT au stade de la mise en œuvre de la procédure, du choix final du prestataire mais aussi lors de l'exécution du marché public.

Il convient de rappeler, à titre liminaire, que les EPS figurent au nombre des établissements entrant dans le champ d'application de la quatrième partie du code du travail consacrée à la santé et à la sécurité au travail. A cet égard, ils sont soumis au respect des dispositions des articles L. 4611-1 à L. 4614-16 du code du travail relatives au fonctionnement des CHSCT.

## 1. La qualification des CHSCT des EPS en pouvoir adjudicateur est très sérieusement présumée.

Conformément aux dispositions de l'article 10 2° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, les personnes morales de droit privé peuvent être des pouvoirs adjudicateurs si les critères énoncés à cet article sont réunis.

Plus précisément, est un pouvoir adjudicateur une personne morale de droit privé présentant toutes les caractéristiques suivantes :

- être doté de la personnalité juridique ;
- exercer une activité d'intérêt général revêtant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
- être dépendante d'un pouvoir adjudicateur : soit son activité est majoritairement financée par un pouvoir adjudicateur, soit sa gestion est soumise à un contrôle d'un pouvoir adjudicateur, soit ses organes statutaires sont majoritairement composés de membres désignés par un pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, ces critères apparaissent satisfaits.

### 1.1 Les CHSCT sont dotés de la personnalité juridique.

La Cour de cassation a reconnu, en 1991<sup>1</sup>, la personnalité morale des CHSCT institués par les articles L. 4611-1 et suivants du code du travail, bien qu'aucun texte législatif ou réglementaire ne le prévoit<sup>2</sup>. Dans cette décision du 17 avril 1991, la chambre sociale de la Cour a jugé que « *la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés* ». Puis elle en a déduit « *que les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail institués par les articles L. 236-1 et suivants du code du travail<sup>3</sup> [qui] ont pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'établissement ainsi qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail et sont dotés, dans ce but, d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge, [ont la personnalité civile]* ».

La première condition est donc satisfaite.

### 1.2 Les CHSCT des EPS sont créés pour satisfaire un besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial.

La notion de besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial est issue directement des directives européennes relatives aux marchés publics. Il s'agit donc d'une notion autonome, interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne et indépendante de la législation des Etats membres.

#### 1.2.1 *Les CHSCT apparaissent exercer des activités visant la satisfaction d'un besoin d'intérêt général.*

Pour déterminer si un organisme satisfait ou non un besoin d'intérêt général au sens du droit de l'Union européenne, la Cour de justice précise qu'il convient d'apprécier, au cas par cas, la situation juridique et factuelle de l'organisme concerné<sup>4</sup>. Selon la Cour, les besoins d'intérêt général sont les « *besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'Etat choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* »<sup>5</sup>.

En l'espèce, les CHSCT ont pour mission de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et à la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure. Ils contribuent également à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité<sup>6</sup>. Ces éléments participent à des considérations de santé publique (risques professionnels) et d'amélioration des conditions de travail.

<sup>1</sup> C. Cass. Soc. 17 avril 1991, n° de pourvoi 89-17993, 89-43767, 89-43770, publié au bulletin.

<sup>2</sup> Seule la circulaire DRT n° 93-15, 25 mars 1993, (BO Trav. 5 juin) indique que « *le CHSCT est doté de la personnalité civile* ».

<sup>3</sup> Ancienne numérotation du code du travail pour la partie relative aux CHSCT.

<sup>4</sup> CJUE, 27 février 2003, *Adolph Truley*, aff. C-373/00, point 44.

<sup>5</sup> CJUE, 10 novembre 1998, *BFI Holding*, aff. C-360/96, point 51.

<sup>6</sup> Article L. 4612-1 du code du travail.

A l'aune de ces éléments il apparaît que les missions exercées par le CHSCT ont donc bien pour but de satisfaire un besoin d'intérêt général<sup>7</sup>.

### 1.2.2 Les missions mises en œuvre par le CHSCT présentent un caractère autre qu'industriel ou commercial.

Afin de déterminer si les activités d'intérêt général prises en charge par l'organisme présentent un caractère autre qu'industriel ou commercial, la Cour de justice de l'Union européenne se fonde sur un faisceau d'indices liés aux circonstances ayant présidé à la création de l'entité et aux conditions dans lesquelles elle exerce son activité<sup>8</sup>. L'intervention sur un marché non concurrentiel<sup>9</sup>, le fait que la recherche de bénéfices ne soit pas l'objectif principal de l'organisme<sup>10</sup>, l'absence de prise en charge des risques liés à l'activité exercée<sup>11</sup> ainsi que le financement public éventuel de cette dernière<sup>12</sup> sont autant de facteurs à prendre en considération pour déterminer si l'organisme satisfait à des besoins autres qu'industriel ou commercial.

L'activité des CHSCT est exclusivement dédiée aux établissements dans lesquels ils ont été institués. Ils n'offrent pas de biens ou de services sur le marché. Ils ne supportent, en outre, pas les frais des mesures d'expertise qu'il requiert dans le cadre de leur mission, dès lors qu'en application de l'article L. 4614-13 du code du travail ils incombent à l'EPS. Dans ces conditions, les besoins qu'ils satisfont ne revêtent ainsi aucun caractère industriel ou commercial.

### 1.3 Le CHSCT est placé dans un lien de dépendance étroite à l'égard de l'EPS.

Ce critère vise à constater l'existence d'une dépendance étroite de l'organisme à l'égard d'un pouvoir adjudicateur, soumis par définition aux dispositions du droit de l'Union européenne en matière de marchés publics, lesquelles sont transposées au sein de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

Cette dépendance est matérialisée dès lors que l'une des trois conditions suivantes est remplie :

- soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ;
- soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers ;
- soit l'organe d'administration de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

La qualification de financement public est réservée aux seuls financements versés sans contre-prestation spécifique aux activités de l'entité concernée. Sur le caractère majoritaire du financement public, la Cour de justice de l'Union européenne précise que « le terme "majoritairement" doit être interprété comme signifiant "plus de la moitié". [Pour un tel calcul], il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des revenus dont l'organisme bénéficie, y compris ceux qui résultent d'une activité commerciale »<sup>13</sup>. Sont notamment qualifiées de financement public par la Cour, les subventions<sup>14</sup>.

Le CHSCT d'un EPS est, en principe, exclusivement financé par celui-ci, lequel est lui-même soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précitée. L'EPS doit rémunérer les membres du CHSCT – qui sont également ses agents – et financer ses activités au nombre desquelles figurent les expertises. Le sous-critère tiré du financement majoritaire est ainsi rempli.

Au regard de ces éléments, les CHSCT doivent être qualifiés de pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 10 2° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

<sup>7</sup> Cass. Soc. 16 janvier 2013, n° 11-25.282.

<sup>8</sup> CJUE, 16 octobre 2003, *Espagne Contre Commission*, aff. C-283/00, point 81.

<sup>9</sup> CJUE, 10 avril 2008, *Ing Aigner*, aff. C-393/06, points 46 et 47 ; CJUE, 10 novembre 1998, préc. point 49 ; CJUE, 10 mai 2001, préc. point 38.

<sup>10</sup> CJUE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, aff. C-300/07, point 30 ; CJUE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, Aff. C-393/06.

<sup>11</sup> CJUE, 22 mai 2003, préc., point 53.

<sup>12</sup> CJUE, 22 mai 2003, préc., point 55.

<sup>13</sup> CJUE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, aff. C-380/98, considérants 33, 36 et 44.

<sup>14</sup> CJUE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, aff. C-380/98, considérants 21 et 26.

## 2. Le contrat d'expertise est un marché public de services répondant exclusivement aux besoins des CHSCT.

En application de l'article 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précitée, un marché public est un contrat conclu à titre onéreux par un acheteur pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Les CHSCT ont pour mission, en application de l'article L. 4612-1 du code du travail, de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des agents ainsi qu'à l'amélioration des conditions de travail.

La personnalité morale donne aux CHSCT la capacité juridique pour conclure des contrats avec des tiers dans le cadre de leurs missions. A cet égard, ils peuvent faire appel à un expert agréé, dans les conditions prévues à l'article L. 4614-12 du code du travail<sup>15</sup>.

Les dispositions réglementaires du code du travail spécifiques aux CHSCT définissent leurs compositions et la désignation<sup>16</sup> de leurs membres. Ainsi, l'article R 4615-12 dispose que le CHSCT est présidé par le chef d'établissement ou son représentant. Si le CHSCT décide de conclure un contrat d'expertise, il sera signé par le directeur du centre hospitalier en sa qualité de président du comité et non en tant que représentant de l'employeur<sup>17</sup>. L'expert est donc le partenaire contractuel du CHSCT.

A l'aune de ces éléments, l'expertise apparaît donc répondre prioritairement aux besoins du CHSCT, même si la personne publique employeur peut bénéficier ultérieurement des conclusions du rapport d'expertise.

Par ailleurs, un contrat est un marché public lorsqu'il est conclu à titre onéreux, c'est-à-dire que la prestation souhaitée est réalisée en contrepartie d'une rémunération. Le caractère onéreux du contrat peut résulter du versement d'un prix, mais aussi de toute contreprestation à laquelle procède l'autorité publique, telle que l'exonération de charge ou l'autorisation de percevoir des recettes auprès de tiers<sup>18</sup>.

L'article L. 4614-13 du code du travail dispose que l'employeur doit rémunérer l'expert. Même si le prix n'est pas payé directement par le CHSCT, faute de budget propre, les missions confiées par ce dernier le sont donc à titre onéreux. Il est d'importance de préciser que le financement de la mesure d'expertise par l'employeur ne lui offre, à ce jour, aucun rôle, que ce soit dans le choix de l'expert, la définition de sa mission ou le déroulement de l'expertise. Ces dispositions fixent uniquement les règles de contestation, par l'employeur de l'expertise décidée par le CHSCT. Et la Cour de cassation a considéré que « *sauf abus manifeste, le juge n'a pas à contrôler le choix de l'expert* »<sup>19</sup>. La prise en charge financière des mesures d'expertise, ne permet ainsi pas de voir dans la mesure d'expertise un besoin des EPS<sup>20</sup>.

Il ressort de ces éléments que les contrats d'expertise conclus par les CHSCT constituent ainsi des marchés publics de services répondant à leurs besoins.

## 3. La passation des marchés publics d'expertise est soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence issues du droit commun de la commande publique.

Sous l'empire de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, la Cour de cassation ne

<sup>15</sup> Dans l'hypothèse où un risque grave est constaté dans l'établissement ou en cas de projet important modifiant les conditions de santé ou de sécurité des agents. En outre, l'employeur disposant de plusieurs établissements peut mettre en place une instance de coordination au niveau de l'entreprise chargée d'organiser une expertise unique portant sur l'impact du projet sur les différents établissements concernés, et de rendre un avis dans le cadre des consultations obligatoires imposées par le code du travail (art. L. 4616-1). L'article L. 4616-2 indique que cette instance de coordination est composée : « 1° De l'employeur ou de son représentant ; 2° De (...) représentants de chaque comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail concerné par le projet (...); 3° Des personnes suivantes : médecin du travail, inspecteur du travail, agent des services de prévention de l'organisme de sécurité sociale (...) ». L'article L. 4616-5 précise qu'un « accord d'entreprise peut prévoir des modalités particulières de composition et de fonctionnement de l'instance de coordination, notamment si un nombre important de comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail sont concernés. »

<sup>16</sup> Code du travail, art. R 4615-9 à R 4615-11.

<sup>17</sup> Le TGI de Châlons-en-Champagne, dans une affaire opposant un centre hospitalier à son CHSCT a considéré que ce dernier disposait de la capacité de contracter et qu'il « [...] pouvait conclure un contrat d'expertise [...] lequel devait alors être signé par le directeur du centre hospitalier en sa qualité de président du CHSCT et non en tant que représentant de l'employeur » (ordonnance 5 janvier 2010, n°09/00223).

<sup>18</sup> CE, 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, n°247298.

<sup>19</sup> Cass. Soc., 26 juin 2001, n° 99-11.563

<sup>20</sup> Toutefois, il convient de noter que les dispositions mettant à la charge de l'employeur les frais d'expertise nonobstant sa contestation ont été déclarées inconstitutionnelles en novembre 2015 (Décision n° 2015-500 QPC décidant de l'abrogation, au 1<sup>er</sup> janvier 2017, du 1<sup>er</sup> alinéa et de la 1<sup>ère</sup> phrase du second alinéa de l'article L. 4614-13 du code du travail).

soumettait pas les CHSCT au respect des mesures de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion des contrats d'expertise au motif que ces prestations ne figuraient pas au nombre des services énumérés à l'article 8 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005. Ces marchés pouvaient ainsi être passés suivant les modalités librement définies par les CHSCT.

Comme nous vous l'indiquions dans une précédente note en date du 22 mars 2016, cet état de droit a toutefois évolué. La directive 2014/24/UE dont la transposition en droit interne est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2016 a supprimé la distinction entre les marchés de services prioritaires et les marchés de services non prioritaires qui existait antérieurement. Désormais, en application de l'article 28 du décret n° 2016-360 qui a abrogé celui de 2005, seuls les services sociaux et autres services spécifiques peuvent être attribués selon une procédure allégée.

Or le code CPV correspondant aux prestations d'expertise et de la sécurité au travail n'apparaît pas compris dans la liste des services sociaux et autres services spécifiques publiée au journal officiel de la République française le 27 mars 2016 et à laquelle renvoie l'article 28 du décret n° 2016-360 précité.

Par voie de conséquence, les marchés publics d'expertise ne peuvent pas être passés selon une procédure adaptée, indépendamment de leur montant, sur le fondement de l'article 28 du décret. Si l'estimation des besoins réalisée par les CHSCT est supérieure aux seuils européens, les marchés publics devront donc être passés suivant l'une des procédures formalisées décrites à l'article 25 du décret n° 2016-360.

#### **4. Pour la passation des marchés publics d'expertise, les CHSCT peuvent recourir aux moyens humains, matériels et financiers des EPS en sus des ressources que ces derniers leur ont dévolues de façon pérenne.**

##### 4.1 Les CHSCT des EPS disposent de moyens de fonctionnement matériels, humains et budgétaires limités.

L'article L. 4614-9 du code du travail dispose que les CHSCT reçoivent de l'employeur « *les moyens nécessaires à la préparation et à l'organisation des réunions et aux déplacements imposés par les enquêtes ou inspections* ».

La circulaire DRT n° 93/15 du 25 mars 1993 précise que ces moyens doivent comprendre, « *au minimum, les moyens de dactylographie nécessaires, de reproduction, de transmission et de diffusion des procès-verbaux (...) et une documentation juridique et technique adaptée aux risques particuliers de l'établissement* »<sup>21</sup>.

Les tribunaux n'ont pas eu l'occasion d'apporter plus de précisions sur la nature de ces moyens de fonctionnement. Il n'est exigé des représentants du personnel des CHSCT aucune compétence technique particulière pour faire face à des missions parfois très techniques.

Ne disposant pas de fonds propres, les CHSCT ne peuvent remplir leur mission qu'en bénéficiant d'un financement mis à leur disposition par l'EPS dont ils sont l'émanation. Il appartient, dès lors, à l'EPS de déterminer les moyens du comité, en appréciant ses besoins.

##### 4.2 Les moyens de fonctionnement matériels, humains et budgétaires des CHSCT des EPS sont susceptibles d'être complétés.

Aux termes de l'article L. 4611-7 du code du travail, les moyens matériels « légaux » de fonctionnement des CHSCT sont susceptibles d'être améliorés par accords collectifs ou usages<sup>22</sup> au sein de l'EPS. Le CHSCT de l'EPS peut également requérir le concours de personnes de l'EPS dont la compétence professionnelle peut l'aider à exercer correctement sa mission. L'article L. 4612-8-2 du code du travail prévoit ainsi que le « *comité peut faire appel à titre consultatif et occasionnel au concours de toute personne de l'établissement qui lui paraîtrait qualifiée* ».

<sup>21</sup> La Cour de cassation a validé la clause du règlement intérieur d'un CHSCT prévoyant la fourniture par l'employeur d'une telle documentation, précisant que cette obligation ne constitue qu'un « *développement illustré* » de l'article L. 4614-9 du Code du travail : Cass. soc., 22 oct. 2014, n° 13-19.427.

<sup>22</sup> Les deux possibilités étaient déjà évoquées dans la circulaire DRT n° 93-15, précitée.

Cette décision doit être prise à la majorité des membres présents<sup>23</sup>. Il n'existe pas de liste précise des personnes qui peuvent être sollicitées par les CHSCT. Selon la circulaire DRT n° 93/15, précitée, il peut s'agir, par exemple, du responsable de la formation, du conseiller du travail, de l'assistant du service social, de l'infirmier du travail, etc.

La loi ne prévoit pas la possibilité pour les salariés sollicités par les CHSCT de refuser de répondre à cette demande. Le temps de consultation doit être pris sur le temps de travail.

Sur la base de ces textes, les CHSCT pourraient ainsi faire appel à du personnel travaillant au sein des EPS et ayant des compétences en matière de marchés publics et plus précisément d'achat.

##### **5. Dans le cadre de l'exécution des marchés publics d'expertise, il revient, en l'état des dispositions applicables, au directeur des EPS d'engager la dépense et au comptable de ces derniers, de la payer.**

L'article L.4614-13 du code du travail prévoit que « *Les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur. / L'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise, saisit le juge judiciaire. [...] »*<sup>24</sup>. Le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions non conformes à la Constitution dans la décision n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015<sup>25</sup>. Estimant cependant que l'abrogation immédiate du premier alinéa et de la première phrase du deuxième alinéa de l'article L. 4614-13 du code du travail « *aurait pour effet de faire disparaître toute voie de droit permettant de contester une décision de recourir à un expert ainsi que toute règle relative à la prise en charge des frais d'expertise* », il a jugé qu'il y avait lieu de reporter au 1<sup>er</sup> janvier 2017 leur abrogation (cons. 12) afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée. Tant que les nouvelles dispositions prévues par le projet de loi relatif au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels n'ont pas été publiées<sup>26</sup> et au maximum jusqu'au 31 décembre 2016, il revient donc à l'ordonnateur des EPS, en l'espèce, leur directeur<sup>27</sup>, d'exécuter la dépense d'expertise et au comptable des EPS de la payer<sup>28</sup>.

En effet, les EPS sont soumis aux dispositions du titre I du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (dit décret GBCP) et, notamment, à celles de l'article 29 qui prévoit que « *Les opérations de dépenses sont successivement l'engagement, la liquidation, le cas échéant l'ordonnancement, ainsi que le paiement* ».

<sup>23</sup> Cass. soc., 23 avr. 1981, n° 80-92.095.

<sup>24</sup> Cet article dispose dans son intégralité que : « *Les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur. / L'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise, saisit le juge judiciaire. Toutefois, lorsque l'expert a été désigné sur le fondement de l'article L. 4614-12-1, toute contestation relative à l'expertise avant transmission de la demande de validation ou d'homologation prévue à l'article L. 1233-57-4 est adressée à l'autorité administrative, qui se prononce dans un délai de cinq jours. Cette décision peut être contestée dans les conditions prévues à l'article L. 1235-7-1. (...).* »

<sup>25</sup> Après avoir rappelé la jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle lorsque le CHSCT décide de faire appel à un expert, les frais de l'expertise demeurent à la charge de l'employeur, même lorsque ce dernier obtient, après que l'expert désigné a accompli tout ou partie de sa mission, l'annulation en justice de la délibération ayant décidé de recourir à l'expertise, le Conseil constitutionnel a jugé que la combinaison de l'absence d'effet suspensif du recours de l'employeur et de l'absence de délai d'examen de ce recours conduit à ce que l'employeur soit privé de toute protection de son droit de propriété en dépit de l'exercice d'une voie de recours.

<sup>26</sup> L'article 31 du projet de loi relatif au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels prévoit que « 1° L'article L. 4614-13 est ainsi modifié : / a) Le premier alinéa est supprimé ; / b) Le deuxième alinéa est ainsi modifié : – la première phrase est supprimée ; / – au début de la deuxième phrase, le mot : « Toutefois, » est supprimé ; / c) Après le même deuxième alinéa, sont insérés deux alinéas ainsi rédigés :

« *Dans les autres cas, l'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût prévisionnel de l'expertise tel qu'il ressort, le cas échéant, du devis, l'étendue ou le délai de l'expertise saisit le juge judiciaire dans un délai de quinze jours à compter de la délibération du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de l'instance de coordination mentionnée à l'article L. 4616-1. Le juge statue, en la forme des référés, en premier et dernier ressort, dans les dix jours suivant sa saisine. Cette saisine suspend l'exécution de la décision du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de l'instance de coordination mentionnée à l'article L. 4616-1, ainsi que les délais dans lesquels ils sont consultés en application de l'article L. 4612-8, jusqu'à la notification du jugement. Lorsque le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou l'instance de coordination mentionnée au même article L. 4616-1 ainsi que le comité d'entreprise sont consultés sur un même projet, cette saisine suspend également, jusqu'à la notification du jugement, les délais dans lesquels le comité d'entreprise est consulté en application de l'article L. 2323-3.*

« *Les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur. Toutefois, en cas d'annulation définitive par le juge de la décision du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou de l'instance de coordination, les sommes perçues par l'expert sont remboursées par ce dernier à l'employeur. Le comité d'entreprise peut, à tout moment, décider de les prendre en charge dans les conditions prévues à l'article L. 2323-41-1.* ». Le texte définitif a été adopté le 21 juillet 2016 et le Conseil constitutionnel a été saisi le même jour d'un recours déposé par au moins soixante sénateurs et le 22 juillet 2016 d'un recours déposé par au moins soixante députés. A la date du 3 août 2016, nous sommes toujours en attente de la décision du Conseil constitutionnel.

<sup>27</sup> Article L.6143-7 alinéa 5 du CSP : « *Le directeur est ordonnateur des dépenses et des recettes de l'établissement* ».

<sup>28</sup> A noter que si les dispositions de l'article 31 précité du PJJ relatif au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ne sont pas censurées par le Conseil constitutionnel, le circuit de la dépense restera le même, sauf en cas d'annulation définitive par le juge de la décision du CHSCT.

La phase administrative de l'exécution de la dépense se compose ainsi de trois étapes - engagement liquidation et ordonnancement - qui relèvent de l'ordonnateur<sup>30</sup>.

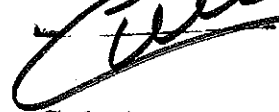
L'engagement est l'acte juridique par lequel l'organisme public crée ou constate à son encontre une obligation pécuniaire<sup>31</sup>, tandis que la liquidation a pour objet de vérifier la réalité de la dette et d'arrêter son montant qui peut être quelque peu différent du montant prévu lors de l'engagement<sup>32</sup>. La liquidation comporte ainsi deux opérations successives, dont la première est la certification du service fait qui consiste, pour l'ordonnateur, à vérifier la réalité de l'existence de la dette. Une fois ces deux étapes réalisées, l'ordonnateur donne l'ordre au comptable de payer la dépense<sup>33</sup> (ordonnancement).

En l'espèce, la signature du marché constituera l'acte d'engagement de la dépense. La circonstance que le marché soit signé par le directeur de l'EPS, en sa qualité de président du CHSCT et non de directeur de l'EPS, est sans incidence sur la validité de l'acte d'engagement, dès lors que la loi impose à l'EPS de prendre en charge la dépense. Une fois cette étape franchie, il pourra liquider et éventuellement ordonnancer la dépense qui sera payée par le comptable.

Par ailleurs, dans le cas où l'exécution des marchés publics d'expertise donnerait lieu à des pénalités de retard, ces dernières, qui constitueraient des recettes, seraient *a priori* encaissées par les CHSCT. C'est du moins ce qui ressort d'une interprétation stricte de la lettre de l'article L.4614-13 du code du travail. En effet, celui-ci ne prévoit que le cas de la prise en charge, par les EPS, de dépenses et non de recettes. Bien qu'il s'agisse en l'espèce d'une dépense spécifique, il semble difficile d'interpréter plus généralement cette disposition comme permettant l'encaissement de recettes par les EPS.

P/ Le directeur des affaires juridiques,

La chef de service



Catherine DELORT

<sup>30</sup> Article 10 du décret GBCP : « Les ordonnateurs prescrivent l'exécution des recettes et des dépenses ».

<sup>31</sup> Article 30 du décret GBCP : « L'engagement est l'acte juridique par lequel une personne morale mentionnée à l'article 1er crée ou constate à son encontre une obligation de laquelle il résultera une dépense. L'engagement respecte l'objet et les limites de l'autorisation budgétaire ».

<sup>32</sup> Article 31 du décret GBCP : « La liquidation consiste à vérifier la réalité de la dette et à arrêter le montant de la dépense. Elle comporte :

1° La certification du service fait, par laquelle l'ordonnateur atteste la conformité à l'engagement de la livraison ou de la prestation ;

2° La détermination du montant de la dépense au vu des titres ou décisions établissant les droits acquis par les créanciers ».

<sup>33</sup> Article 32 du décret GBCP : « L'ordonnancement est l'ordre, quelle qu'en soit la forme, donné par l'ordonnateur au comptable de payer une dépense.

Par dérogation à l'article 11, certaines dépenses peuvent, eu égard à leur nature ou à leur montant, selon les besoins propres à chaque catégorie de personnes morales, être payées sans ordonnancement ou avec ordonnancement sans que celui-ci soit préalable au paiement. Le ministre chargé du budget arrête la liste de ces dépenses ».

