racine AVOCATS

Flash Info

14 mai 2018

Consultations récurrentes du CE : les délais préfix sont inopposables en l'absence de BDES, un outil qui devient incontournable pour les entreprises

Un peu d'histoire sur la Base de Données Economiques et Sociales (BDES)

L'obligation de créer une BDES a été instaurée par un **accord national interprofessionnel (ANI) signé le 11 janvier 2013** transposé fidèlement dans le code du travail par la **loi n° 2013-504 du 14 juin 2013** dite de sécurisation de l'emploi.

L'ANI a défini la base de données comme une « *information économique et sociale (qui) remplace l'ensemble des informations données de façon récurrente aux IRP, sous forme de rapports ou autres. Elle revêt un caractère prospectif en portant sur les 3 années suivant celle au cours de laquelle elle est établie. Elle est mobilisable à tout moment aussi bien par les IRP et les délégués syndicaux dans le cadre de leurs attributions, que par l'employeur* ».

La BDES est dans un premier temps le support de la nouvelle consultation des IRP sur les orientations stratégiques de l'entreprise mais pas des consultations ponctuelles.

La BDES est, ainsi, un outil destiné à rassembler, préciser, enrichir, organiser et rationaliser les informations périodiques du comité d'entreprise, et plus largement des

représentants du personnel puisque délégués syndicaux et membres du CHSCT y ont également accès.

La **loi n° 2015-994 du 17 août 2015 dite Rebsamen** a renforcé le rôle de la BDES. Elle fait de la BDES le support **de toutes les consultations périodiques** du CE, en même temps qu'elle regroupe en 3 grands blocs ces consultations (orientations stratégiques, politique sociale et situation économique et financière de l'entreprise). Les rapports et informations périodiques disparaissent alors en tant que tels depuis le 1er janvier 2016, à condition que les informations s'y rapportant soient intégrées dans la BDES.

Dans le même temps, la BDES est enrichie des éléments d'information transmis de manière récurrente au CHSCT et d'une rubrique relative à l'égalité professionnelle.

La BDES devient parallèlement un objet de négociation collective de l'entreprise. **L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017** relative à la nouvelle organisation du dialogue social dans l'entreprise prévoit en effet que les contours de la BDES soient désormais définis par accord collectif.

L'ordonnance parachève la consécration de la BDES, comme un outil incontournable des rapports avec les IRP (Art. L.2312-21 du Code du travail). C'est seulement à défaut d'accord que les dispositions législatives supplétives s'appliquent (Art. L.2312-22 du Code du travail).

Il est grand temps, si ce n'est déjà fait, que les entreprises s'emparent du sujet et s'approprient la BDES. La mise en place du nouveau CSE leur en donne l'occasion manifeste.

La BDES, un objet de négociation collective

L'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 relative au CSE a maintenu les trois grandes consultations d'ordre public sur :

- les orientations stratégiques de l'entreprise ;
- la situation économique et financière de l'entreprise ;
- la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.

Ces trois grandes consultations sont désormais largement « aménageables » par accord. C'est seulement en l'absence d'accord qu'elles conservent notamment leur périodicité annuelle.

Les ordonnances Macron du 22 septembre 2017 offrent par ailleurs la possibilité nouvelle à l'employeur de déterminer les contours de l'outil BDES puisqu'un accord d'entreprise peut en définir :

- l'organisation ;
- l'architecture ;
- le contenu ;

- les modalités de fonctionnement et notamment :
    - les droits d'accès ;
    - le niveau de mise en place de la BDES pour les entreprises comportant plusieurs établissements ;
    - le support ;
    - les modalités de consultation d'utilisation ;

- l'intégration éventuelle des informations ponctuelles ;

- l'intégration des informations liées aux négociations obligatoires (rémunérations, égalité professionnelle et qualité de vie au travail) ainsi que les négociations prévues par l'article L. 2242-11 (calendrier social) ;

- la périodicité des informations à mettre à disposition (à défaut d'accord, les informations portent sur l'année en cours, les deux années précédentes et telles qu'elles peuvent être envisagées sur les trois années suivantes).

NB : Un allègement du contenu de la BDES peut ainsi être négocié par voie d'accord collectif d'entreprise pour ne pas alourdir son fonctionnement !

La BDES doit cependant comporter au moins les **thèmes suivants** : 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.

Le code du travail rappelle dans le même temps que la base de données est accessible **en permanence** aux représentants du personnel concernés (Art. L. 2323-8 et L.2312-36 du Code du travail).

L'employeur est par ailleurs tenu d'informer les personnes auprès desquelles la base de données est tenue à disposition de l'actualisation de la base de données selon des modalités qu'il détermine et définit les conditions d'accès, de consultation et d'utilisation de la base.

NB : La BDES est un outil vivant. Il ne faudra pas oublier d'assurer sa mise à jour périodique pour qu'elle assure l'efficience du rôle et des informations transmises aux IRP.

Inopposabilité des délais de consultation en l'absence de BDES

Au-delà de la souplesse ou de l'adaptation de son fonctionnement, l'enjeu pour les entreprises est ailleurs également !

Pour mémoire, la loi de sécurisation de l'emploi du 4 juin 2013, puis la loi Rebsamen du 17 août 2016, ont encadré la durée de la procédure de consultation du comité

d'entreprise par l'introduction de **délais préfix** au-delà desquels, à défaut de s'être prononcés, les élus sont **réputés** avoir rendu un **avis négatif** (Art. L.2323-3 du Code du travail).

Ces délais ont vocation à être fixés désormais par accord, et seulement à défaut, par voie réglementaire, en l'absence des délais spécifiques prévus par la loi.

La Cour de cassation est venue préciser, dans ce cadre, dans un arrêt récent du 28 mars 2018 que lorsque la loi ou l'accord collectif prévoit la communication ou la mise à disposition de certains documents nécessaires à la consultation, le délai préfix (fixé par la loi ou l'accord collectif) ne commence à courir **qu'à compter de cette communication**.

Le Code du travail fixe à cet égard une liste de documents et informations que l'employeur est tenu de mettre à disposition des IRP préalablement aux consultations récurrentes.

Or l'employeur qui n'a pas constitué la BDES, en vue de la consultation obligatoire sur les orientations stratégiques de l'entreprise, ne peut opposer **aucun délai préfix** au comité d'entreprise pour rendre son avis sur les orientations présentées.

L'arrêt pose ainsi pour principe que lorsque l'employeur ne met pas à la disposition du Comité d'entreprise (et demain du CSE) un accès efficient à la BDES, le délai de consultation qui encadre l'avis du CE ne court pas, retardant ainsi la mise en œuvre du processus de consultation et/ou sa régularité.

***

Nous restons naturellement à votre disposition pour vous accompagner dans toutes les questions pratiques qui se posent dans la mise en place d'une BDES nourrie, accessible et efficace.

Anne-Laure MARY-CANTIN
a-lmary-cantin@racine.eu

Charles PHILIP
cphilip@racine.eu