

LA CONSULTATION DU COMITE D'ENTREPRISE SUR LES ORIENTATIONS STRATEGIQUES ET LA BASE DE DONNEES ECONOMIQUES ET SOCIALES (BDES)

Loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, décret du 27 décembre 2013 (et circulaire DGT 2014/1 du 18 mars 2014)

L'article 12 de l'ANI du 11 janvier 2013 avait été présenté comme un renforcement des pouvoirs des institutions représentatives du personnel (IRP) avec pour objectif de leur permettre de mieux comprendre les choix stratégiques de l'entreprise et ses conséquences notamment sur l'emploi et les conditions de travail.

L'article 8 de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 et le décret 2013-1305 du 27 décembre 2013 sont venus définir les moyens nouveaux mis à la disposition des IRP ainsi que les obligations nouvelles à la charge des entreprises.

Les employeurs devront désormais mettre en place un nouveau support d'information à destination des IRP, la Base de Données Economiques et Sociales (BDES), et consulter le Comité d'Entreprise sur un nouveau thème, « *les orientations stratégiques* ».

Ces obligations nouvelles vont contraindre les entreprises à s'adapter dans un laps de temps relativement court puisque la base de données économiques et sociales (BDES) devra être en place dès le **14 juin 2014**, pour les entreprises d'au moins 300 salariés (14 juin 2015 pour les entreprises de moins de 300 salariés), avec pour corolaire l'obligation, dans l'année qui suit la mise en place de la BDES, de consulter le CE sur les orientations stratégiques.

1. La base de données économiques et sociales : un nouveau support d'information

• Entreprises concernées

Ce sont les entreprises dotées d'un **comité d'entreprise** (ou d'une délégation unique du personnel), soit les entreprises de **plus de 50 salariés**.

Toutefois les entreprises de moins de 50 salariés mais qui disposent d'un comité d'entreprise devraient également être concernées.

Dans les entreprises à **établissements multiples**, il n'y a pas d'obligation de mettre en place la BDES au sein de chaque établissement ;

Un accord ou une convention peut également prévoir la constitution d'une BDES **au niveau du groupe**, celle-ci ne se substituant toutefois pas à celle devant être mise en place au sein de l'entreprise.

- **Forme et contenu**

Pour la forme, le législateur a laissé le choix aux entreprises entre le support **papier ou informatique**.

Compte tenu des exigences en termes de contenu, de mise à jour et d'accessibilité (points qui seront traités ultérieurement), il semble que le support informatique soit le plus adapté.

Pour le contenu, il diffère selon que l'effectif de l'entreprise est d'au moins 300 salariés (article R 2323-1-3 du code du travail) ou de moins de 300 salariés (article R 2323-1-4 du code du travail), l'objectif étant, dans les deux cas, que les informations fournies donnent une **vision claire et globale** de la formation et de la répartition de la valeur créée par l'entreprise.

Le contenu détaillé aux articles précités couvre les principaux **domaines suivants** : investissements - fonds propres, endettement et impôts – rémunération des salariés et dirigeants – activités sociales et culturelles – rémunération des financeurs/actionnaires – flux financiers à destination de l'entreprise – sous-traitance et transferts commerciaux et financiers pour les entreprises appartenant à un groupe.

Ainsi, en grande partie, la base de données économiques et sociales reprend les principales informations qui sont communiquées au cours de l'année au Comité d'entreprise et qui devront désormais être compilées sur un support dédié.

Le contenu devra porter sur les **périodes suivantes** :

- Sur les deux années précédentes avec toutefois une période de transition l'année de la mise en place : ainsi, les entreprises devant mettre en place la BDES en 2014 (au moins 300 salariés) ne seront tenues de faire figurer qu'en 2015 les informations concernant les deux années précédentes (2013 et 2014) ; celles devant procéder à sa mise en place en 2015 (moins de 300 salariés) ne seront tenues de faire figurer qu'en 2016 les informations concernant les deux années précédentes (2014 et 2015).
- Sur l'année en cours ;
- Sur les trois années suivantes.

Ces informations devront être présentées sous forme de **données chiffrées**, sauf celles portant sur les trois années suivantes, pour lesquelles des données sur les **grandes tendances** suffiront, à défaut de pouvoir fournir des données chiffrées.

Le législateur a également aménagé une **échappatoire** pour les entreprises qui ne seraient pas en mesure de fournir les données chiffrées ou les grandes tendances sur les trois années suivant l'année en cours en précisant que dans ce cas l'employeur devra indiquer, eu égard à leur nature ou aux circonstances, les raisons qui l'empêcheraient de fournir ces informations. (article R 2323-1-5 alinéa 2 du code du travail).

Afin d'éviter tout risque en terme de délit d'entrave, il appartiendra donc aux employeurs de préparer des éléments d'explications précis pour s'exonérer de transmettre un certain nombre d'informations.

- **Accessibilité**

Même si l'administration encourage vivement les employeurs à négocier avec les partenaires sociaux, c'est bien au final à l'employeur qu'il appartient de fixer les modalités de constitution, d'accès et de consultation de la BDES.

La BDES devra être accessible **en permanence** aux membres du CE ainsi qu'aux membres du CCE, du CHSCT et aux délégués syndicaux, ce qui n'implique toutefois pas qu'elle soit accessible 24h/24 ; en effet, si la BDES n'est consultable que depuis un local de l'entreprise (notamment si elle est tenue sous la forme papier), il semblerait logique qu'elle ne soit pas consultable en dehors des horaires d'ouverture de l'entreprise ; la négociation d'un accord sur ce point pourrait permettre de préciser les modalités de fonctionnement et d'accessibilité de la base de données.

Le nombre de personnes susceptibles de consulter la BDES pose nécessairement le problème du caractère confidentiel des informations qui y figurent.

- **Confidentialité**

Seules les informations présentées par l'employeur comme ayant un caractère confidentiel bénéficieront d'une protection. L'employeur devra également mentionner la **durée** pendant laquelle les données seront couvertes par la confidentialité.

La formulation retenue par le législateur pose nécessairement la question de l'obligation ou non de **motivation du caractère confidentiel** des informations ; en effet, suffira-t-il de poser comme principe que toutes les informations sont confidentielles ou faudra-t-il motiver au cas par cas les informations couvertes par la confidentialité ?

Au vu de la jurisprudence actuelle sur l'obligation de discrétion qui pèse sur les IRP, c'est plus certainement la deuxième hypothèse qui semble la plus probable, ce qui contraindra donc les employeurs à, d'une part, être très vigilants sur les informations qu'ils souhaiteront conserver confidentielles et, d'autre part, à trouver une motivation qui sera de nature à convaincre les juges en cas de contentieux.

Ainsi, on peut penser que des données notamment relatives à la stratégie de l'entreprise, des informations non connues du public et des salariés ou de nature à nuire aux intérêts de l'entreprise, pourront être couvertes par l'obligation de confidentialité.

- **Mise à jour**

Le texte a retenu le principe selon lequel la BDES devra être «*régulièrement mise à jour*», ce qui milite davantage en faveur d'une base «informatique» dont la mise à jour régulière sera plus aisée.

L'administration, et cela semble cohérent, a interprété ces dispositions comme signifiant que la mise à jour devra suivre la même **périodicité** que les informations à transmettre au CE : information trimestrielle = mise à jour trimestrielle.

A ce titre, il pourrait être opportun de négocier un accord collectif (ou plus simplement conclure un accord avec les membres du comité d'entreprise) sur l'utilisation de la base de données afin de fixer avec précision la périodicité, étant précisé que l'absence de mise à jour (ou la mise à jour tardive) pourrait être constitutive un délit d'entrave.

- **Articulation avec les obligations d'information préexistantes**

La BDES a vocation à se **substituer** aux rapports et informations transmis de manière **récurrente** au CE. Cette position semble logique dès lors qu'une partie importante des informations figurant dans la BDES sont des informations qui étaient auparavant communiquées périodiquement au comité d'entreprise.

Par contre, cette possibilité de substitution ne vaut pas en cas de consultation du CE sur des événements ponctuels (exemple des licenciements collectifs) ou pour les informations transmises au seul CHSCT.

- **Date de mise en place**

Pour les entreprises d'au moins 300 salariés, la BDES devra être mise en place au **14 juin 2014** et, pour les entreprises de moins de 300 salariés, au **14 juin 2015**.

Toutefois, à ces dates, seules les informations nécessaires à la consultation du CE sur les orientations stratégiques devront être intégrées dans la BDES ; les autres informations récurrentes qui doivent être transmises au CE devront être progressivement intégrées dans la BDES au plus tard pour le **31 décembre 2016**.

En créant la Base de Données économiques et sociales, le législateur a souhaité mettre en place un nouvel outil d'information.

Si une partie des éléments qui doivent y figurer ne sont, en réalité, qu'une « compilation » d'informations qui étaient d'ores et déjà communiquées, le législateur a tout de même étendu le champ de l'information.

Les entreprises doivent s'interroger, dès à présent, sur les modalités pratiques de mise en place de cette Base de données.

Si les textes donnent les grandes pistes de réflexion pour sa mise en place (contenu, accessibilité, confidentialité...) la conclusion d'un accord collectif (au besoin d'un accord atypique avec les membres du comité d'entreprise) semble nécessaire afin de préciser dans le détail le mode de fonctionnement de cette base.

Un tel accord permettrait notamment de préciser les règles d'accessibilité, d'établir une échelle de confidentialité des informations figurant dans la base ou encore d'aménager le calendrier de communication afin d'éviter le risque d'entrave.

Il peut paraître opportun, voire indispensable, de négocier dès à présent et « à froid » un accord afin que la mise en place de ce nouvel outil soit encadrée dès sa création.

2. La consultation du CE sur les orientations stratégiques : un nouveau thème de consultation

Les attributions économiques du comité d'entreprise sont renforcées puisque l'employeur devra mettre en œuvre une nouvelle consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise.

• **Champ de la consultation**

La consultation devra porter :

- D'une part, sur les **orientations stratégiques** de l'entreprise,
- D'autre part, sur les **conséquences de ces orientations** sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers, l'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages.

Le législateur ayant pris le soin de préciser que la BDES serait le support de préparation de cette consultation dont on connaît l'étendue, il est manifeste que l'objectif avoué du législateur est de contraindre les entreprises à fournir le plus d'informations possibles à caractère prospectif.

Les modalités d'application de cette nouvelle consultation vont forcément poser des **difficultés** :

- Une première difficulté pourra se poser lorsqu'il s'agira de s'interroger sur le fait de savoir à partir de quand une orientation stratégique (par exemple l'acquisition d'une société concurrente) est au stade de la simple réflexion - ne rentrant donc, a priori, pas dans le champ d'application de la consultation - ou se situe à un stade suffisamment avancé.
- Une autre difficulté se présentera également quand il s'agira d'évaluer l'impact de la nouvelle orientation envisagée (par exemple sur l'emploi), avec un risque de contentieux, en cas de sous-estimation.

• **Processus**

Le législateur a souhaité mettre en place un véritable **dialogue social** puisque :

- Le CE, après avoir émis un avis (avec l'assistance possible d'un expert-comptable, comme il sera vu ci-dessous), pourra proposer des **orientations alternatives** ;
- L'entreprise devra fournir une **réponse argumentée** qu'elle devra communiquer au CE ;
- Ce dernier pourra y répondre, s'il le souhaite.

- **Recours à l'expertise**

Le législateur a prévu un **nouveau cas de recours à l'expert-comptable** puisque le CE pourra se faire assister lors de l'examen des orientations stratégiques.

Il est à noter que, pour la première fois, le législateur a prévu que le coût de financement de cette expertise devra partiellement être pris en charge par le CE, puisque, à défaut d'accord avec l'employeur, le CE devra **financer à hauteur de 20 %** le coût de cette expertise et ce, dans la limite du tiers de son budget annuel.

Le recours à un expert ainsi que la consultation du CE sur les orientations stratégiques sont soumis aux **nouvelles dispositions encadrant les délais de consultation** telles que prévues par le décret du 27 décembre 2013.

Ainsi :

- L'expert pourra demander à l'employeur, dans les 3 jours de sa désignation, toutes les informations complémentaires qu'il juge nécessaires, l'employeur étant tenu d'y répondre dans les 5 jours suivants ;
- Dans l'hypothèse où un rapport sera sollicité de l'expert (ce qui n'est pas forcément nécessaire), celui-ci sera tenu de le remettre, au plus tard 15 jours avant l'expiration du délai dont dispose le CE, pour rendre son avis (soit 2 mois, à défaut d'accord entre l'employeur et les membres du CE prévoyant un autre délai, ce délai commençant à courir à compter du jour où l'employeur a communiqué au CE les informations qu'il doit lui transmettre) ;
- En cas de silence du CE, à l'expiration du délai de 2 mois, celui-ci est censé avoir rendu un avis négatif.

- **Périodicité et entrée en vigueur**

La consultation devra être **annuelle**.

Bien que la loi ne précise pas la date d'entrée en vigueur, il est probable que la consultation devra se dérouler à compter de la mise en place de la BDES, puisque cette dernière en est le support, soit **avant le 14 juin 2015**, pour les entreprises d'au moins 300 salariés **et avant le 14 juin 2016** pour les entreprises de moins de 300 salariés.

Nous nous tenons à votre disposition pour répondre à vos interrogations et vous assister à l'occasion de la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions.