

Ce que devrait être la BDES

Synthèse coordonnée par :

- Christophe Baumgarten, avocat au barreau de Bobigny
- Laurent Millet, rédacteur en chef de la Revue pratique de droit social, professeur associé à l'université de Paris-Sud
- Amine Ghenim, avocat au barreau de Bobigny



Cercle
**Maurice
Cohen**

Le think tank qui prend le parti
des comités d'entreprise.

Ce que devrait être la BDES

Depuis la loi du 14 juin 2013, la Base de Données Economiques et Sociales (BDES) regroupe toutes les informations dont le comité d'entreprise (CE) était jusqu'à présent destinataire à l'occasion des consultations récurrentes sous forme de rapports ou autres. Initialement créée pour servir de support à la consultation annuelle sur les orientations stratégiques de l'entreprise, elle constitue depuis la loi Rebsamen celui des trois grandes consultations annuelles (orientations stratégiques de l'entreprise, situation économique et financière de l'entreprise, politique sociale).

Rappelons que selon l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, « les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ».

Selon l'article 43 de la directive 2002/14CE du 11 mars 2002, « l'information s'effectue à un moment, d'une façon et avec un contenu appropriés, susceptibles notamment de permettre aux représentants des travailleurs de procéder à un examen adéquat et de préparer, le cas échéant, la consultation. ».

L'article L. 2323-4 du Code du travail précise que « pour lui permettre de formuler un avis motivé, le Comité (...) dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations. »

Pour que le CE puisse rendre un avis éclairé, il est donc indispensable que les informations fournies soient non seulement fiables, mais également claires, accessibles, actualisées et qu'elles puissent faire l'objet d'un traitement.

Semblant dans son principe remplir ces objectifs, la mise en place d'une BDES dans les entreprises paraissait améliorer l'information des représentants du personnel par rapport à la situation antérieure (I).

Sa mise en place a été rendue obligatoire à partir du 14 juin 2014 dans les entreprises de 300 salariés et plus et à partir du 14 juin 2015 dans les entreprises de moins de 300 salariés.

Avec plus de 2 ans de recul, il est désormais possible de constater que la BDES, telle qu'elle est (ou non) mise en place dans les entreprises, ne répond pas aux objectifs fixés et ne permet pas de servir de support aux consultations (II).

C'est sur la base de ce constat que le Cercle Maurice Cohen fait les présentes préconisations (III).



La mise en place de la BDES dans les entreprises aurait dû constituer un progrès dans l'information des représentants du personnel

Avant la Loi du 14 juin 2013, bon nombre d'employeurs étaient peu enclins à fournir aux institutions représentatives du personnel (IRP) les informations sur l'entreprise, estimant ne pas devoir les partager, surtout lorsqu'elles portaient sur sa stratégie.

De leur côté, en dehors des périodes de consultations sur des projets emportant des conséquences sur l'emploi, les comités d'entreprise se battaient assez peu pour défendre leur droit à l'information, préférant laisser à l'expert qu'ils désignaient, notamment à l'occasion de l'examen annuel des comptes, le soin de réclamer

les informations dont ils auraient dû être destinataires.

Par contre, lorsque des projets importants étaient présentés, et surtout lorsque ces projets impactaient les effectifs, le droit à l'information était de nouveau revendiqué, souvent accompagné de la menace d'une procédure judiciaire qui faisait peser le risque d'une annulation de la procédure de consultation ou de l'allongement de ses délais.

Les risques pesant sur l'entreprise avaient pour vertu de l'obliger à négocier tout au

long de la consultation.

Par exemple en matière de licenciement collectif, cette négociation aboutissait la plupart du temps à la présentation au CE d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) négocié et nettement amélioré, aussi bien quant au nombre de suppressions d'emploi que quant aux mesures de reclassement ou d'accompagnement.

D'une façon générale, si les litiges autour du droit à l'information du CE donnaient lieu à très peu de condamnations, il est vrai qu'ils tendaient à allonger les délais de consultation du CE, et en conséquence à reporter la possibilité pour l'employeur de mettre en œuvre son projet.

Les entreprises ne se satisfaisaient toutefois pas de ce mode de dialogue social et n'ont eu de cesse de réclamer de pouvoir mettre en œuvre leurs projets plus rapidement et plus sûrement.

La conférence sociale de juillet 2012 avait inscrit dans sa feuille de route une négociation interprofessionnelle « *sur la sécurisation de l'emploi, pour apporter des solutions nouvelles à quatre grands défis du marché du travail : la lutte contre la précarité du travail, l'anticipation des mutations économiques, la recherche de solutions collectives pour sauvegarder l'emploi, la refonte des procédures de licenciement collectif* ».

Cette négociation a débouché sur l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, signé par trois syndicats représentatifs. L'accord ambitionnait d'une part de

sécuriser les employeurs dans leurs décisions de gestion, notamment quand elles entraînaient des suppressions d'emploi et, d'autre part d'introduire « *de nouveaux droits pour les salariés afin de sécuriser les parcours professionnels* », ainsi que des dispositions visant à « *renforcer l'information des salariés sur les perspectives et les choix stratégiques de l'entreprise pour renforcer la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences* ».

Parmi ces dispositions figure en bonne place la mise en place d'une Base de Données Economiques et sociales (BDES) dans les entreprises d'au moins 50 salariés.

En d'autres termes, les syndicats signataires ont accepté de limiter à trois le nombre de consultations récurrentes et admis que la durée des consultations soit enfermée dans des délais contraints, en contrepartie de la garantie d'une information plus complète, notamment sur la stratégie de l'entreprise, et d'un meilleur accès à cette information.

La Loi du 14 juin 2013, selon l'exposé des motifs du projet de Loi, « *traduit fidèlement l'équilibre de l'accord du 11 janvier et les engagements des signataires, en apportant les précisions ou compléments nécessaires sur les points qui étaient restés imprécis ou incomplets* ».

Le décret N° 2013/1305 du 27 décembre 2013 a notamment dressé la liste des informations devant être contenues dans la BDES en vue de la consultation stratégiques, en distinguant selon que l'entreprise totalise moins de 300 salariés ou 300 salariés et plus.

La Circulaire DGT 2014-1 du 18 mars 2014 a précisé que « *toutes ces informations mises à la disposition des élus seront réparties entre les différentes rubriques de la base de données définies aux articles R. 2323-1-3 et R. 2323-1-4 de la façon qui soit la plus pertinente possible pour faciliter leur exploitation et leur appropriation par les élus.*

Comme indiqué précédemment, la constitution de la base de données économique et sociale vise notamment à présenter de manière plus intelligible, simple et dynamique les informations transmises de manière récurrente aux élus du comité d'entreprise. »

Enfin, un décret de juin 2016 a étendu ces règles aux trois consultations annuelles.

En théorie, la mise en place d'une BDES paraissait donc être une bonne idée sur bien des aspects.

En effet, selon l'esprit et la lettre de la Loi :

- Les données sont désormais regroupées dans un document unique, alors qu'elles étaient auparavant distillées de façon périodique;
- L'employeur a l'obligation de les actualiser régulièrement, alors qu'auparavant les représentants du personnel étaient obligés de suivre les évolutions de l'entreprise en comparant les données mises à disposition au fur et à mesure du temps ;
- Les données sont toutes fournies pour l'année en cours, les 2 dernières années, avec les prévisions pour les 3 prochaines années, de telle sorte qu'il est possible de mesurer leur évolution ;
- Elles sont fournies sous forme de liste, de telle sorte qu'il est possible d'établir

des comparaisons et de mesurer l'évolution de ratios ;

- La possibilité qu'elles soient mises à disposition sous forme électronique permet qu'elles soient accessibles à tout moment, et qu'il soit possible de les récupérer en vue d'un traitement ;

- Elles sont disponibles non seulement pour les membres du comité d'entreprise et du CHSCT, mais également pour les délégués syndicaux, qui bénéficient d'une information préalable et plus complète en vue des négociations ;

- Alors que jusqu'à présent les employeurs prétendaient souvent n'avoir ni visibilité au-delà de 6 mois ni stratégie, les informations qui doivent figurer dans la BDES ne reflètent plus seulement la situation passée et actuelle de l'entreprise, mais ouvrent le débat sur sa stratégie à 3 ans.



Les BDES mises en place par les entreprises ne répondent pas aux objectifs fixés et ne permettent pas de servir de support aux consultations

1- LA MISE EN PLACE DES BDES PAR LES ENTREPRISES

Si aucune donnée n'existe, les remontées du terrain montrent que beaucoup d'entreprises n'ont pas mis en place de BDES, ou de façon partielle, et que les BDES mises en place sont rarement actualisées.

2- LA MISE À DISPOSITION DES BDES

Quelques rares entreprises poussent le

ridicule jusqu'à entendre par « base de données » l'ensemble de la documentation fournie antérieurement sous format papier, enfermée dans une armoire dans le bureau de la DRH.

La plupart mettent la BDES à disposition sous format électronique, mais dans des conditions ou sous des formes qui la rendent peu, voire pas utilisable.

Ainsi, le plus souvent, la BDES est-elle mise à disposition sur l'intranet de l'entreprise, de telle sorte qu'elle n'est pas accessible

aux représentants du personnel lorsqu'ils ne sont pas à leur poste de travail, si tant est d'ailleurs que leur poste de travail soit équipé d'un poste informatique relié à l'intranet de l'entreprise.

Cela signifie que les représentants du personnel n'ont souvent pas accès à la BDES en dehors de leur temps de travail, ni même pendant les heures de délégation, lorsque l'internet du CE et des OS est indépendant de celui de l'entreprise pour des raisons de confidentialité.

Elle n'est donc pas non plus accessible en permanence aux experts dont peut s'entourer le comité.

3- LA FORME DE LA BDES

Dans la quasi-totalité des entreprises, les BDES mises en place ne sont pas des bases de données, mais des bases documentaires. En effet, enfermée dans l'armoire du bureau de la DRH ou bien constituée d'une compilation de rapports ou de documents restés dans la forme sous laquelle ils étaient présentés antérieurement (bilan social, rapport sur l'égalité entre les femmes et les hommes, etc) les BDES font figure, pour reprendre l'expression de nombreux représentants du personnel, de « camions de documentation ».

Or, l'objectif des signataires de l'ANI, du législateur et du gouvernement, si l'on en croit les textes et les circulaires, n'était pas uniquement de mettre à disposition sous forme électronique des documents qui étaient auparavant remis sous forme papier,

mais de mettre à disposition des données afin de « faciliter leur exploitation et leur appropriation par les élus » en présentant les informations « de manière plus intelligible, simple et dynamique ».

Etant le plus souvent une compilation de documents, le seul « intérêt » des BDES est de reporter sur les élus la réalisation et le coût des photocopies antérieurement assurés par l'employeur.

En effet, pour chaque donnée à laquelle un élu veut accéder, il doit ouvrir le document qui contient la donnée, la rechercher à l'intérieur du document et la recopier.

- S'il veut retracer l'évolution d'une donnée sur 3 ans, il doit répéter 3 fois l'opération.
- Et s'il veut comparer l'évolution des effectifs par rapport au chiffre d'affaires, l'évolution des rémunérations les plus élevées en regard de l'évolution générale des salaires, il doit réitérer autant de fois l'opération.
- Les documents étant par ailleurs mis à disposition sous format PDF, il doit recopier chaque donnée sans pouvoir directement en assurer un traitement sur tableur.

4- LA BDES EST DEVENUE UNE FIN EN SOI POUR LES EMPLOYEURS

En mettant à disposition une BDES, bon nombre d'entreprises considèrent pouvoir se dispenser des notes d'analyse spécifique à chaque consultation, notamment celles portant sur les orientations stratégiques.

Or, rappelons-le, la finalité d'une consultation est le rendu d'un avis, et il n'est pas possible de rendre un avis sur des chiffres, mais uniquement sur une pensée articulée. Certains juges ont heureusement bien compris cette nécessité et ont condamné des entreprises à recommencer par exemple une consultation sur les orientations stratégiques tant en raison de l'indigence des informations mises à disposition que de la vacuité des notes qui accompagnent parfois (mais pas toujours) les données brutes présentées.

Ainsi, la BDES n'est que le support de la consultation, et ne doit pas être considérée comme la consultation elle-même.

5- LES DONNÉES DE LA BDES

La plupart du temps, les BDES sont insuffisantes dans leur forme mais également dans leur contenu. La liste des informations obligatoires indiquée dans le décret ayant suivi la loi de sécurisation de l'emploi (articles R. 2323-1-3 et R. 2323-1-4 du Code du travail) et dans le décret de juin 2016 publié tardivement à la suite de la loi Rebsamen n'est pas respectée par de nombreux employeurs, et les élus n'ont pas pris l'habitude de vérifier qu'ils ont bien accès à l'ensemble des informations prévues par la loi. Celles-ci sont de toutes manières largement insuffisantes pour permettre aux représentants des salariés d'analyser réellement la situation économique de leur entreprise.

Par exemple, d'innombrables entreprises ont un résultat comptable construit par les flux

du groupe auquel elles appartiennent, par le biais des managements fees (redevances permettant au groupe de refacturer des services administratifs à ses filiales) et des prix de transferts qu'il fixe à l'ensemble des échanges de services et de marchandises. Il est donc impossible pour les représentants des salariés d'analyser la situation économique réelle de leur entreprise sans avoir les informations nécessaires sur ces flux. Le décret prévoit uniquement que « Les transferts de capitaux importants entre la société mère et les filiales » soient dans la BDES, sans aucune autre précision sur le contenu de cette information et sur ce qui est considéré comme étant des « capitaux importants ». Les représentants des salariés devraient avoir accès à l'ensemble des conventions fixant les flux intragroupes et à la méthodologie de fixation de leurs prix.

Plus globalement, la manière dont est rédigée la liste des informations dans la loi et dans le décret est trop imprécise et éloignée des outils de gestion réels des entreprises. En particulier les informations sur la rentabilité et la rentabilité de l'entreprise sont résumées ainsi : « Chiffre d'affaires, bénéfices ou pertes constatés ; Résultats d'activité en valeur et en volume ». Or, très souvent les entreprises utilisent des ratios de gestion anglo-saxon (Ebitda, ROCE, etc.) qui peuvent être la base du calcul de l'intéressement des salariés. Aussi, les représentants des salariés devraient avoir accès non seulement à l'ensemble du compte de résultat et du bilan de l'entreprise avec l'ensemble des produits, des charges et des provisions, telles qu'ils sont déclarés dans la liasse fiscale de l'entreprise, mais également à l'ensemble du suivi de gestion

de l'entreprise qui est souvent en norme anglo-saxonne.

Par ailleurs l'article R. 2323-1-5 du code du travail précise que « Les informations figurant dans la base de données portent sur l'année en cours, sur les deux années précédentes et, telles qu'elles peuvent être envisagées, sur les trois années suivantes.

Ces informations sont présentées sous forme de données chiffrées ou à défaut, pour les années suivantes, sous forme de grandes tendances. L'employeur indique, pour ces années, les informations qui, eu égard à leur nature ou aux circonstances, ne peuvent pas faire l'objet de données chiffrées ou de grandes tendances, pour les raisons qu'il précise. ». De nombreux employeurs se saisissent de cette possibilité pour ne donner que de vagues orientations sur les années suivantes, qui n'ont aucun intérêt pour les représentants des salariés.



Les propositions du Cercle Maurice Cohen

1- Pour rendre effective l'obligation de mettre à disposition une BDES, nous préconisons la modification de l'Article L. 2323-4 du code du travail.

En l'état actuel des textes, les représentants du personnel rencontrent de grandes difficultés pour faire sanctionner les manquements des entreprises à leurs obligations.

Les délais de consultation étant contraints, le défaut ou l'insuffisance des informations transmises au CE ne peut être sanctionné que par le tribunal, qui peut ordonner la communication des informations manquantes et suspendre le délai de consultation le temps de cette communication.

Or, non seulement le comité d'entreprise doit décider et engager la procédure avant l'expiration du délai contraint de consultation, ce qui est rarement possible compte tenu de la brièveté du délai, mais de surcroît, la Cour de Cassation a décidé que le jugement lui-même devait être rendu avant l'expiration du délai de consultation, à peine d'irrecevabilité de la demande.

Ainsi, compte tenu des délais d'audiencement et de prononcé des jugements les CE rencontrent de grandes difficultés pour faire sanctionner la violation des règles relatives à leur droit à l'information.

Pour rendre effective l'obligation de mettre à disposition une BDES, nous préconisons la modification de l'Article L. 2323-4 du code du travail :

« Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur ou, le cas échéant, mises à disposition dans les conditions prévues à l'article L. 2323-9, et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations.

Les membres élus du comité **sont recevables individuellement ou collectivement**, s'ils estiment ne pas disposer d'éléments suffisants, à saisir le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants. Le juge statue dans un délai de huit jours.

Cette saisine n'a pas **en elle-même** pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité pour rendre son avis.

~~Toutefois, en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité d'entreprise, le juge peut décider la prolongation du délai prévu à l'article L. 2323-3.~~

Toutefois, lorsque le juge constate qu'une Base de Données Economique et Sociale conforme aux dispositions légales et réglementaires n'a pas été mise à disposition des représentants du personnel et qu'ils ne disposent pas par ailleurs des informations nécessaires à la formulation d'un avis motivé, il suspend la consultation.

La consultation ne reprendra, dans les délais prévus à l'article R. 2323-1-1 du code du travail, qu'une fois les informations nécessaires ou une BDES conforme mises à disposition du comité d'entreprise. »

2- Nous préconisons également qu'il soit fait obligation à l'employeur de rendre la BDES réellement accessible aux représentants des salariés, depuis n'importe quel lieu et à tout moment

3- La BDES doit par ailleurs être une véritable base de données et non une base documentaire, ce qui suppose qu'elle soit établie sous forme de tableur comportant, en regard de chacune des rubriques visées dans le Décret, 6 colonnes (année n-1, n-2, année en cours, année n+1, n+2, n+3) complétées exclusivement par des nombres ou des taux (sur le modèle par exemple de la base de données proposé par la CFDT, signataire de l'ANI).

4- Nous préconisons la modification de l'article R. 2323-1-5 du code du travail de la façon suivante « Les informations figurant dans la base de données portent sur l'année en cours, sur les deux années précédentes et, telles qu'elles peuvent être envisagées, sur les trois années suivantes. Ces informations sont présentées sous forme de données chiffrées à défaut, pour les années suivantes, sous forme de grandes tendances. L'employeur indique, pour ces années, les informations qui, eu égard à leur nature ou aux circonstances, ne peuvent pas faire l'objet de données chiffrées ou de grandes tendances, pour les raisons qu'il précise. ».

5- **La BDES doit par ailleurs, pour chaque consultation, être couplée avec une note de présentation.**

6- **Son contenu doit être complété par les informations suivantes :**

- Compte de résultat avec l'ensemble des produits et des charge
- Calcul des soldes suivants : valeur ajoutée, excédent brut d'exploitation, résultat d'exploitation, capacité d'autofinancement, résultat financier, résultat exceptionnel, résultat net.
- Ratios utilisés par l'entreprise dans son suivi de gestion et détail de leur calcul.
- Détail des management fees et de l'ensemble des flux intragroupe, en précisant la méthodologie de fixation des prix de transferts
- Détail de la situation bilancielle (actif, passif, calcul du besoin en fonds de roulement, calcul du fonds de roulement, tableau mensuel de suivi de la trésorerie, détail des valeurs mobilières de placement, détail des dettes et des créances, détail des comptes courants groupes et associés).
- Détail du calcul de la participation et de l'intéressement
- Détail du calcul du budget du CE (Asc et fonctionnement).
- Compte de résultat et bilan détaillé du groupe auquel appartient l'entreprise avec l'ensemble des produits et des charges
- Détail de la situation bilancielle du groupe auquel appartient l'entreprise
- Synthèse de la situation économique des sous-traitants de l'entreprise et de ses principaux clients

7- **Il doit être précisé que la consultation sur les orientations stratégiques inclut nécessairement tout projet connu de fusion, cession, investissements, et qu'elles doivent être présentées par des cadres ou des dirigeants réellement impliqués dans ces orientations (décideurs).**

8- **La BDES doit être mise à jour à la date de l'envoi de la convocation de chaque réunion du CE, et après chaque actualisation, les versions antérieures de la BDES doivent être conservées.**

9- **La BDES doit être déclinée au niveau de chaque établissement** en comprenant les données qui lui sont propres, car l'établissement est un niveau de consultation et de négociation, dont la BDES sert de support.

Manifeste du **Cercle Maurice Cohen**

Si après 70 ans d'existence, des évolutions du cadre juridique des Comités d'entreprises paraissent nécessaires, elles supposent qu'elles ne soient décidées qu'après une véritable réflexion, fondée sur des études sérieuses.

Force est de constater qu'aujourd'hui une seule voix se fait entendre, celle du patronat, dont le but final est de supprimer les instances représentatives au nom du dialogue direct avec les salariés, ce qui passe dans un premier temps par la réduction du nombre d'instances, d'élus, d'heures de délégation, de consultations obligatoires, tout en limitant le droit des élus de s'entourer d'experts indépendants. Face à ce danger, nous avons décidé de créer un cercle de réflexion portant sur les instances représentatives, et particulièrement sur les comités d'entreprise.

Le Cercle regroupe syndicalistes, universitaires, avocats et juristes en droit social, experts auprès des CE et des CHSCT, inspecteurs du travail, ainsi que des personnalités dont les compétences et l'expérience pourraient nourrir la réflexion.

Le Cercle Maurice Cohen prend résolument le parti de la défense des travailleurs, de leur droit constitutionnel de participer, « par l'intermédiaire de (leurs) délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », de leur accès aux loisirs et à la culture grâce à des activités sociales et culturelles solidaires, de qualité, dont ils assurent la gestion.

Nous avons choisi de l'appeler « Cercle Maurice Cohen », en l'honneur du rédacteur en chef puis directeur de la Revue pratique de droit social, juriste engagé auprès des élus et mandatés, et auteur de l'ouvrage « Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe » unanimement reconnu comme le traité de référence sur les comités d'entreprise.



Cercle
**Maurice
Cohen**

Le think tank qui prend le parti
des comités d'entreprise.