

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 1

Liste des documents de travail

1. Conclusions du groupe d'experts
2. Date d'entrée en vigueur des lois nationales
3. La distinction entre dispositions principales et dispositions accessoires
4. Effets des dispositions nationales transposant la directive dans l'Espace Economique Européen
5. Application des dispositions nationales au cas où certains Etats membres n'auraient pas transposé la directive
6. Définition de "sociétés participantes" – Article 2 paragraphe b)
7. Définition de "filiale" – Article 2 paragraphe c)
8. Définition d' "établissement"
9. Définition de "filiale et établissements concernés" – Article 2 paragraphe d)
10. Définition de "travailleur"
11. La méthode de calcul du nombre de travailleurs employés
12. La définition de "représentants des travailleurs" – Article 2 paragraphe e)
13. La définition d' "information" – Article 2 paragraphe i)
14. La définition de "consultation" – Article 2 paragraphe j)
15. La définition de "participation" – Article 2 paragraphe k)
16. La création, la tâche et le fonctionnement du GSN – Article 3
17. Contenu de l'accord – Article 4

18. Conditions d'application des dispositions de référence – Article 7

19. Détournement de procédure – Article 11

20. Relations avec d'autres dispositions – Article 13

21. Dispositions de référence – Annexe de la directive

22. Checklist

GROUPE D'EXPERTS "SE"

30 avril 2003

CONCLUSIONS DU GROUPE D'EXPERTS À la suite de la réunion des Directeurs-Généralx des Relations de Travail du 15 et 16 mai 2003

INTRODUCTION

A la demande du Conseil, la Commission a créé un Groupe d'experts composé par des experts nationaux et les attachés sociaux en tant que forum de discussion sur les modalités de transposition de la directive 2001/86/CE dans les législations nationales. Dans la mesure où la transposition concerne des dispositions qui ont une nature transnationale, le Groupe d'experts a cherché à éviter des contradictions entre les différents systèmes nationaux à travers l'échange d'informations et la coordination des travaux de transposition.

Le Groupe d'experts a eu un statut informel et le rôle de la Commission s'est limité à celui de soutien logistique et à aider le Groupe à développer ses idées. La Commission n'a pas cherché à interférer dans la transposition de la directive dans les droits nationaux ni à s'immiscer dans le droit d'interprétation de la Cour de Justice ou d'autres tribunaux compétents. De même pour ce qui concerne les experts du Groupe, qui sont, dans leurs pays respectifs, responsables, soit par l'élaboration des projets de loi, soit par le suivi des discussions entre les partenaires sociaux dans le cadre d'une transposition conventionnelle.

La Commission est extrêmement satisfaite avec le travail et les résultats obtenus par le Groupe d'experts, qui a eu un échange très productif et remarquablement coopératif, sur base de 21 documents de travail présentés soit par la Commission, soit par les délégations. Cette appréciation positive est partagée par les membres du Groupe d'experts. 10 réunions d'une journée ont eu lieu, pendant lesquelles les principales questions découlant de la transposition de la directive ont été largement débattues. La démarche consensuelle adoptée par le Groupe ayant pour objectif de simplifier ce qui sera, de toute façon, un ensemble complexe de dispositions légales, lui a permis d'arriver aux conclusions qui suivent.

Ces conclusions constituent, en fait, des simples rappels à tous ceux qui seront impliqués dans les travaux législatifs qui conduiront à la transposition de la directive dans tous les pays concernés. Elles ne sont nullement obligatoires ni exonèrent en aucun cas les Etats membres de leur responsabilité d'assurer une transposition et une application correcte de la directive, de la même façon qu'elles ne déchargent pas la Commission de son obligation de contrôler ce travail.

La plupart des questions qui suivent sont assez complexes. Les conclusions doivent être lues et interprétées en combinaison avec tous les documents de travail, qui les expliquent et développent en détail. Ces documents ont recueilli un large consensus au sein du Groupe d'experts, même si certains des points détaillés y mentionnés soulèvent quelques réserves.

Les services de la Commission (EMPL/D/3) Les membres du Groupe d'experts

1. Date d'entrée en vigueur des lois nationales

La date d'entrée en vigueur uniformisée de toutes les dispositions nationales de transposition de la directive dans les pays concernés doit être le 8 octobre 2004.

2. Liste des dispositions ayant une dimension transnationale (dispositions principales) et de celles ayant une dimension purement nationale (dispositions accessoires)

Note: Certaines des dispositions cités par la suite ont une nature double, tel qu'expliqué dans les documents de travail y afférents

Directive	Contenu de la disposition	Type de mesure
Art. 1	Obligation générale de définition des modalités d'implication des travailleurs dans la SE	Disposition principale
Art. 2.1 a) à d) et f) à k)	Définitions	Disposition principale
Art. 2.1.e)	Détermination des représentants des travailleurs	Disposition accessoire
Art. 3.1	Obligation de création d'un groupe spécial de négociation	Disposition principale
Art. 3.2.a)	Composition du GSN – critères	Disposition principale
Art. 3.2.b)	Mode d'élection ou de désignation des membres du GSN	Disposition accessoire
Art. 3.3	Tâches du GSN	Disposition principale
Art. 3.4	Modalités de vote au sein du GSN	Disposition principale
Art. 3.5	Recours à des experts	Disposition principale
Art. 3.6	Possibilité pour le groupe spécial de négociation de décider de ne pas ouvrir ou d'annuler des négociations. Conséquences	Disposition principale
Art. 3.7	Obligation de supporter les dépenses du GSN	Disposition principale
Art. 4	Contenu de l'accord	Disposition principale
Art. 5	Durée des négociations	Disposition principale
Art. 6	Législation applicable	Disposition principale
Art. 7	Conditions pour l'application obligatoire des dispositions de référence	Disposition principale
Art. 8.1	Protection de la confidentialité	Disposition mixte
Art. 8.2	Clause de secret	Disposition principale
Art.8.3	"Tendency clause"	Disposition principale
Art. 8.4	Droit de recours	Disposition mixte
Art. 9	Principe de collaboration	Disposition principale
Art. 10	Protection des représentants des travailleurs	Disposition accessoire
Art. 11	Détournement de procédure	Disposition principale
Art. 12	Respect de la directive	Disposition accessoire
Art. 13	Relations avec d'autres dispositions	Disposition principale
Annexe, 1 (sauf 1.b))	Dispositions de référence– Constitution d'un organe de représentation	Disposition principale
Annexe, 1.b)	Mode d'élection ou de désignation des représentants des travailleurs	Disposition accessoire
Annexe, 2	Dispositions de référence en matière d'information et de consultation	Disposition principal
Annexe, 3	Dispositions de référence en matière de participation	Disposition mixte

3. Effet des dispositions nationales de transposition dans l'Espace économique européen

La directive s'applique à tous les Etats membres de l'EEE, qui devront donc être tous pris en compte par les différentes lois nationales. Le même principe s'applique aux pays candidats qui joindront l'UE à l'avenir. Il est conseillé d'éviter des références spécifiques aux Etats membres dans les lois nationales. Des références générales ("les pays couverts par la directive") peuvent être utilisées en tant que besoin, en évitant ainsi le besoin de réviser les lois nationales à chaque fois que le champ d'application territorial de la directive est élargi.

4. Application des dispositions nationales au cas où certains États membres n'auraient pas transposé la directive

Une SE ne peut pas être immatriculée dans un Etat membre qui n'a pas transposé la directive. Pour qu'une société puisse participer à la constitution d'une SE, il est indispensable que l'Etat membre dont elle relève ainsi que les Etats membres dont relèvent toutes ses filiales et établissements concernés ait également transposé la directive.

La transposition incomplète de la directive ne relève aux effets ci-dessus que si elle concerne des éléments fondamentaux du cadre juridique de transposition dont l'absence empêche l'exercice des droits conférés par la directive. La transposition tardive de la directive ne relève aux effets ci-dessus que si elle empêche le déroulement normal du processus de négociation. Le manquement peut être considéré réparé si la transposition se fait en temps utile permettant encore la pleine participation des sociétés, des filiales ou des établissements concernés en question, ainsi que leurs travailleurs au processus de négociation.

5. Définition de "sociétés participantes"

La définition de "sociétés participantes" est pertinente pour ce qui concerne l'organisation de la négociation ainsi qu'en tant qu'entités de référence pour appliquer le principe de la préservation des droits acquis. Il y a des formes différentes de constituer une SE, mais toutes les sociétés participantes doivent avoir leur siège statutaire dans La Communauté, ainsi qu'une dimension transnationale. En outre, elles doivent participer directement au processus de constitution de la SE. Seule une société dont les actionnaires deviendront actionnaires de la SE à la suite de la constitution de celle-ci (voir règlement, articles 29 pour la fusion, 33 pour la SE-holding et 37 pour la transformation) ou qui deviendra elle-même actionnaire de la SE (voir article 36 du règlement et dispositions nationales auxquelles celui-ci renvoie pour la SE-filiale commune) participe directement à la constitution de la SE et peut donc être considérée "société participante".

En ce qui concerne la SE-filiale commune, conformément à l'article 2 paragraphe 3 du règlement, cette voie de constitution d'une SE est ouverte non seulement aux sociétés au sens de l'article 48 du traité, mais aussi "à d'autres entités de droit public ou privé". Par conséquent, ces "autres entités" doivent nécessairement être couvertes par la définition de "sociétés participantes" visée dans la directive en ce qui concerne la SE-filiale commune.

6. La définition de "filiale"

La directive définit la "filiale" à travers un renvoi à la directive 94/45/CE. Par conséquent, il semblerait souhaitable que les lois nationales de transposition renvoient tout simplement aux dispositions nationales de transposition de l'article 3 de la directive 94/45/CE.

Le règlement ne contient aucune définition de "filiale" et les dispositions nationales adoptées spécifiquement pour la SE ou, à leur défaut, celles applicables aux sociétés anonymes seront déterminantes pour établir si oui ou non une société donnée est filiale d'une autre. Il conviendrait dès lors de promouvoir une harmonisation des notions nationales de filiale aussi aux effets du règlement, en assimilant cette notion à celle de la directive. Ceci peut et doit se faire en utilisant la faculté conférée aux Etats membres par l'article 9 point c), sous-point i) du règlement d'adopter des dispositions spécifiquement applicables à la SE dans les domaines non couverts.

Il serait également utile que les Etats membres précisent le fait que les filiales et établissements contrôlés indirectement par des sociétés participantes à travers des liens de dominances qui s'établissent en dehors du territoire des pays couverts par la directives doivent aussi être pris en compte.

7. La définition d' "établissement"

Puisque ni le règlement ni la directive ne contiennent aucune définition explicite d' "établissement", les Etats membres sont libres de le faire, s'ils le souhaitent.

8. La définition de "filiales et établissements concernés"

Pour qu'une société puisse être considérée une "filiale concernée" il faut qu'elle soit considérée comme filiale d'une société participante conformément aux dispositions de droit du pays où elle a son siège. La localisation de la société participante (dans le même pays ou ailleurs) et la nature directe ou indirecte des liens de contrôle ne sont pas pertinents à cet effet. Les mêmes conclusions sont valables pour les "établissements concernés".

Par conséquent, doivent être considérées comme "filiales ou établissements concernés":

- les filiales "directes" des sociétés participantes relevant ou non du même droit national;
- les établissements "directs" des sociétés participantes, situés ou non dans le même Etat membre;
- les filiales "indirectes" des sociétés participantes (filiales de filiales "directes" de sociétés participantes, filiales de filiales "indirectes"), pourvu toujours que puissent être établis entre elles les liens d' "influence dominante dont parle l'article 3 de la directive 94/45/CE;
- les établissements "indirects" des sociétés participantes (les établissements des filiales "indirectes" de ces sociétés).

Néanmoins, ils doivent devenir filiales ou établissements de la SE lors de la constitution de celle-ci. Le règlement prévoit que, dans le cas de fusion et de SE-holding, des informations doivent être délivrées sur la configuration et le périmètre final du groupe qui sera contrôlé par la SE. Il serait utile que des dispositions dans cette ligne soient adoptées en ce qui concerne la SE-filiale commune et la transformation.

9. La définition de "travailleurs"

On peut dire que l'essentiel des droits accordés aux travailleurs par la directive s'exerce de façon collective. La notion du "travailleur" ne sert donc pas principalement à l'identification d'une personne à qui on accorde un droit individuel mais principalement à la définition du champ d'application de la directive.

Ceci étant et considérant que dans le contexte de la présente directive la notion de "travailleur" n'est pas aussi importante que dans des autres cas, il semble être acceptable que chaque État membre prenne en compte les définitions déjà existantes dans le droit national en matière de l'information, de consultation et de participation. En le faisant, les États membres doivent toutefois respecter d'autres dispositions de droit communautaire, notamment celles qui établissent le principe de la non-discrimination de certaines catégories de travailleurs (les travailleurs à temps partiel, les travailleurs ayant un contrat à durée déterminée, peut-être à l'avenir, les travailleurs temporaires).

10. La méthode de calcul du nombre de travailleurs employés

La détermination du nombre de travailleurs employés est importante pour établir leur poids relatif. Pour ce qui concerne le droit de reconvoquection du GSN, il semble indiscutable que le pourcentage de 10% des travailleurs de la SE et de ses filiales établissements exigés par l'article 3 paragraphe 6, 4ème alinéa de la directive doit être vérifié au moment même de la présentation de la demande. Pour ce qui concerne la fixation des pourcentages déclenchant l'application des règles subsidiaires de l'Annexe (article 7 paragraphe 2), le calcul doit forcément être fait, au moment où l'application de l'annexe devient inévitable, c'est-à-dire, une fois constaté l'échec des négociations.

Pour ce qui concerne la distribution géographique des sièges au GSN ainsi que l'identification des pourcentages permettant de déterminer les modalités de vote au sein du GSN, elle paraît raisonnable de considérer que le calcul fait initialement, lors du lancement du processus, qui doit faire l'objet de la communication visée à l'article 3 paragraphe 1 de la directive, reste valide pendant toute la durée de vie du GSN. Ceci sans préjudice d'un éventuel réexamen de ce calcul à la suite de changement important dans la main-d'œuvre des sociétés participantes et de leurs filiales et établissements concernés entraînant une recomposition du GSN. Un tel calcul révisé serait alors applicable aux votes intervenus au sein du GSN recomposé.

11. La définition de "représentants des travailleurs"

Il découle de la jurisprudence sur d'autres directives qui contiennent la même définition, ainsi que des lois nationales, que, d'une part, chaque Etat membre doit créer dans son droit national un droit pour les travailleurs de se faire représenter sur le lieu de travail de façon à leur permettre d'exercer collectivement leur droits à l'information et à la consultation, et, d'autre part, que le choix des formes et des méthodes de représentation appartient à chaque Etat membre.

12. La définition d' "information"

La directive définit ce qu'on entend par "information". Les Etats membres pourront choisir entre reproduire dans les dispositions nationales la définition de la directive ou procéder, en s'y inspirant, à des précisions sur le contenu de l'information, par le biais, par exemple, d'un catalogue de données à fournir aux représentants, ainsi que sur une définition précise du moment et de la forme par lesquels ces données doivent être fournies

Il sera aussi nécessaire de traduire en droit national la notion de "transnationalité", de façon à couvrir des situations où, par exemple, il n'y a qu'un seul Etat membre affecté par la décision en question mais celle-ci a été prise dans un autre Etat membre.

13. La définition de "consultation"

Les Etats membres ont le choix entre, soit transcrire la définition de consultation dans le droit interne (en laissant à la jurisprudence le soin de préciser les contours de cette obligation au cas par cas), soit de préciser ces contours déjà dans les dispositions nationales de transposition d'une façon plus précise et détaillée. Compte tenu de la place primordiale qui est donnée à l'autonomie des parties à la négociation dans le cadre de la présente directive, la première option semble préférable. Elle semble également suffisante aux fins d'assurer l'effectivité de la directive, non seulement parce que la jurisprudence, nationale et européenne, veillera à ce qu'une bonne application soit faite de cette notion, mais aussi parce que les dispositions nationales de transposition de l'annexe de la directive constitueront une référence naturelle, bien qu'indirecte, pour ce qui concerne la négociation.

Rien ne semble empêcher que les Etats membres unifient en droit interne les notions de consultation pertinentes aux effets de la présente directive et de la directive 2001/14/CE.

14. La définition de "participation"

La définition de "participation" est importante pour ce qui concerne trois types d'effets qui correspondent à autant de mécanismes de protection des droits acquis à la participation. Tout d'abord, pour déterminer les modalités de vote au sein du (GSN), ainsi que la majorité exigée pour diminuer le niveau de participation existant. Ensuite, quand il s'agit de déterminer les conditions d'application des dispositions subsidiaires de l'annexe, en cas d'échec des

négociations. Enfin, pour établir le contenu lui-même des dispositions de référence en matière de participation, c'est-à-dire, de déterminer le régime de participation qui sera applicable à une SE en cas d'échec des négociations, lorsque les conditions respectives sont réunies (voir Partie 3 de l'Annexe).

Le concept de "participation" doit être largement interprété, de la façon suivante:

Celle-ci recouvre tous les systèmes connus dans l'UE d'influence de la part des représentants des travailleurs internes à l'entreprise (comités d'entreprise, délégués syndicaux) ou externes à l'entreprise (syndicats) dans l'élection ou la désignation des membres des organes sociaux des sociétés anonymes.

Elle se réfère à tous les systèmes connus de gestion des sociétés anonymes (les systèmes monistes, avec un Conseil d'administration, et les systèmes dualistes, avec un Directoire et un Conseil de surveillance). Elle ignore la nature de la société en question (publique ou privée). Elle fait abstraction de l'origine de ces pratiques (légale, conventionnelle, statutaire), ainsi que de leur nature contraignante ou non contraignante, il suffit qu'elles existent au sein des sociétés participantes pour qu'elles doivent être prises en compte aux fins mentionnés ci-dessus.

15. Création, mandat et fonctionnement du Groupe spécial de négociation

Création et fonctionnement du GSN

La détermination du moment à partir duquel les sociétés participantes sont obligées à entamer le processus de création du GSN ne semble pas poser des problèmes particuliers. La transcription des termes utilisés à l'article 3 paragraphe 1 de la directive ("*...* dès que possible après (...)") sera suffisante. Selon les règles nationales régissant la constitution de filiales, certaines précisions peuvent s'avérer nécessaires pour ce cas spécifique.

Il serait en plus très utile que le nombre de travailleurs employés dans chaque pays soit ventilé par entité concernée (société participante ou filiale ou établissement d'une société participante), puisque cela facilitera les votes au sein du GSN, les majorités requises dans la directive se dégageant aussi en fonction du nombre de travailleurs représentés par chaque membre de celui-ci. Il semble très utile que les sociétés participantes précisent le nombre de ses travailleurs couverts par un système de participation et leur proportion par rapport au total de travailleurs employés par lesdites sociétés. On doit souligner le fait que les informations couvrent toutes les filiales et établissements, même si il n'est pas envisagé à ce stade qu'ils deviennent filiales ou établissements de la SE lors de sa constitution et qu'elles doivent être transmises à tous ceux qui seront concernés par les négociations, c'est-à-dire, aux représentants des travailleurs ou, à défaut de représentants, aux travailleurs eux-mêmes.

Chaque Etat membre doit donc arrêter des dispositions dites "principales" en matière de composition et répartition des sièges au sein du GSN. Ces dispositions s'appliqueront:

à toute société participante dans la constitution d'une SE qu'on envisage d'immatriculer sur le territoire de ce pays;
à toutes les filiales et établissements concernés de ces sociétés participantes, situées ou non sur le territoire de l'Etat membre en question.

Chaque Etat membre devra également arrêter des dispositions dites "accessoires", qui s'appliqueront, indépendamment du fait que la SE sera immatriculée sur le territoire de ce pays ou ailleurs, aux filiales et établissements concernés des sociétés participantes y situés.

En ce qui concerne la transposition des règles en matière de distribution géographique des sièges, une simple transcription du contenu de l'article 3 paragraphe 2 point a) sous-point i) semble suffisant.

Dans le cas de la SE constituée par voie de fusion, la coexistence de membres "ordinaires" et de membres supplémentaires et l'importance de la représentativité de chaque membre aux effets des votes au sein du GSN obligeront les législateurs nationaux à bien préciser les conditions d'octroi du droit à la représentation supplémentaire, de façon en tout cas à éviter la double représentation d'un même univers de travailleurs.

Le système d'élection ou de désignation des membres du GSN prévu dans la directive accordée aux Etats membres une large liberté d'action. Néanmoins, les principes suivants doivent être pris en compte:

Les solutions retenues en ce domaine doivent pouvoir être appliquées à des situations de constitution d'une SE extrêmement diversifiées, soit en fonction de la forme de constitution (fusion, holding, etc.) soit en fonction de la dimension et de la taille des entreprises concernées, soit encore en fonction de la structure de chaque société participante et de l'ensemble de ses filiales et établissements.

Doivent être pris en compte dans chaque Etat membre les travailleurs employés par une société participante, par une filiale d'une société participante, par un établissement d'une société participante ou d'une filiale d'une société participante, établie ou non dans le même Etat membre. Dans l'ensemble, tous les travailleurs doivent être couverts et représentés au GSN.

Le lien direct et nécessaire entre le mandat conféré aux membres du GSN et le vote au sein de cette instance oblige à qu'on soit en mesure de déterminer à tout moment combien de travailleurs chaque membre représente, seule façon de calculer la deuxième majorité visée à l'article 3 paragraphes 4 et 6 (la majorité des travailleurs représentés). Le problème de la double représentation mentionné auparavant s'applique également dans ce contexte. Les informations initiales concernant la représentativité des membres élus ou désignés au GSN doivent rester la référence pendant toute la durée de vie de celui-ci, à moins qu'un changement fondamental dans la distribution géographique des sièges entraîne obligatoirement un changement dans la composition du GSN. Dans ce cas, ce changement doit se faire conformément aux dispositions "principales" adoptées en la matière par l'Etat membre dans lequel la SE aura son siège, puisque toute variation dans la proportion de travailleurs dans un pays produit une variation correspondante dans les autres pays.

Note: Les règles évoquées ci-dessus sont développés dans le Document de travail n° 16, dont la consultation est indispensable.

Le mandat du GSN

Les lois nationales de transposition doivent donc reconnaître la force contraignante d'un accord conclu au titre de la directive, c'est à dire reconnaître que l'accord conclu entre le GSN et les organes compétents des sociétés participantes, s'impose à l'ensemble du groupe d'entreprises dominé par la SE, à l'ensemble des directions locales et à l'ensemble des salariés du groupe d'entreprises, et ce quelque soit l'Etat membre dans lequel il aura été signé. La validité et la force contraignante d'un accord conclu dans un Etat membre, selon les règles de cet Etat, devront également être reconnues par tous les autres Etats membres concernés.

16. Contenu de l'accord

La liste qui figure à l'article 4 paragraphe 2 est indicative et ne limite pas la possibilité pour les parties d'en ajouter d'autres. Néanmoins, tous les éléments mentionnés dans cette liste doivent être traités dans le cadre de l'accord.

Les dispositions nationales qui transposent l'article 4 paragraphe 2 de la directive devaient inclure une référence aux modalités de traitement des changements survenus après la constitution de la SE, notamment à travers une nouvelle négociation ou des dispositifs d'adaptation automatique des clauses agréées. Afin que les parties à la négociation soient conscientes de l'ensemble des enjeux posés par cette problématique, il serait utile que les dispositions nationales mentionnent explicitement les situations devant entraîner une adaptation des accords, à savoir, lorsqu'il y a un changement fondamental dans la structure, dans la main-d'œuvre ou dans la localisation du siège de la SE. Ces dispositions devaient au moins faire une référence générale à ces questions.

Dans le cas de la transformation, la directive prévoit que l'accord doit prévoir au moins le même niveau d'implication des travailleurs, dans tous ses éléments. Le niveau d'implication doit être apprécié d'une façon globale. Il semble défendable que la diminution de l'intensité de la participation en résultat du choix du système dualiste au lieu du système moniste ou de la réduction des pouvoirs de l'organe au sein duquel la participation se fait lors du passage à la SE pourra être valablement compensée par un renforcement de la participation en ce qui concerne d'autres éléments. Tout accord conclu en violation de l'article 4 paragraphe 4 de la directive doit être considéré nul et non avenu et conduire à l'application de l'annexe de la directive. Les dispositions nationales doivent prévoir ceci explicitement.

17. Conditions d'application des dispositions de référence

Il serait utile que les dispositions nationales de transposition clarifient certains aspects. Par exemple e, il doit découler clairement de ces dispositions que les dispositions de référence s'appliquent à toute SE immatriculée dans cet Etat membre si un accord n'a pas été conclu et les autres conditions visés à l'article 7 de la directive sont remplies. Ces dispositions doivent

également spécifier le moment auquel le GSN exerce son droit de forcer l'application des dispositions subsidiaires et comment il le fait. En outre, les dispositions nationales doivent préciser à quel moment et comment le GSN choisit la forme de participation à introduire au sein de la SE lorsqu'il n'a pas d'accord et il y a plus d'une forme de participation au sein des sociétés participantes.

18. Détournement de procédure

Dans le cas utilisation abusive démontrée de la SE au sens de l'article 11 de la directive, les mesures nécessaires doivent être prises. Ces mesures doivent être définies par chaque Etat membre, mais le Groupe d'experts s'incline à penser que, si cet abus est mis en lumière par des changements ultérieurs dans la structure ou le périmètre de la SE et de ses filiales et établissements, les dispositions nationales devaient prévoir des sanctions appropriées (par exemple, créer une obligation de mettre en marche une nouvelle négociation conformément aux articles 3 à 7 de la directive). Elles devaient aussi créer une présomption d'abus lorsque ces changements interviennent durant la première année de vie de la SE.

19. Respect des droits

Les dispositions nationales qui assureront le respect des droits conférés par la directive (mécanismes de sanction, voies de recours, etc.) sont des dispositions accessoires adressées aux sujets de droit du pays en question. Compte tenu toutefois du fait que certaines dispositions de transposition (la plupart en fait) devront être respectées partout, il faudra que les dispositions sur les sanctions et les voies de recours sanctionnent et couvrent la violation des obligations découlant non seulement de la loi du pays en question, mais aussi des dispositions principales des autres pays.

20. Relation avec d'autres directives communautaires

En principe, la directive prime et écarte la directive 94/45/CE, ainsi que les dispositions nationales en matière de participation. En revanche, elle se cumule avec les dispositions nationales en matière d'information et de consultation au niveau national ou local.

Si le GSN a décidé de ne pas ouvrir les négociations ou d'annuler des négociations déjà en cours, tel que le prévoit l'article 3 paragraphe 6, la directive 94/45/CE reste applicable. Les dispositions nationales en matière de participation restent applicables aux filiales de la SE, puisque ce niveau n'est pas couvert par la directive.

21. Les dispositions de référence – l'annexe de la directive

L'interprétation qui paraît la plus viable et la plus conforme à la lettre peu claire de la partie 3 de l'annexe est la suivante:

A. Distribution des sièges entre les Etats membres

Il appartient tout d'abord à l'organe de représentation de procéder à la distribution géographique des sièges auxquels les travailleurs ont droit au sein de l'organe en question (Conseil d'administration ou Conseil de surveillance); en ce faisant, l'organe de représentation doit se tenir à des critères de proportionnalité par rapport au nombre de travailleurs employés dans les différents Etats membres.

Si, en résultat de cette distribution, certains Etats membres ne disposent pas de représentants, un des sièges distribués par l'organe de représentation en fonction d'un critère de proportionnalité leur sera alloué, tout d'abord, à l'Etat du siège de la SE (s'il ne dispose pas déjà d'un représentant), ensuite (si cet Etat membre est déjà représenté) à celui des autres Etats membres qui compte avec le plus grand nombre de travailleurs.

Une partie des membre du Groupe estime que le siège ainsi réaffecté doit être un des sièges qui avait été initialement attribué à l'Etat membre qui en compte plus. D'autres estiment que, dans le cas visé auparavant, on doit refaire la distribution proportionnelle des membres, en réservant toutefois un siège pour les Etats qui ne seront pas initialement contemplés.

Ces règles doivent figurer dans toutes les lois nationales de transposition et ont une nature "principale" (c'est-à-dire, c'est la loi du pays du siège et elle seule qui régira la distribution géographique des sièges).

B. Distribution des sièges au niveau national

La directive permet aux Etats membres de décider de la répartition des sièges parmi les unités (la SE et ses filiales et établissements) sous leur juridiction. Bien évidemment, cette possibilité n'existe que lorsqu'un Etat membre se voit conférer plus d'un siège. Si un Etat membre le fait, il s'agit clairement d'une disposition "accessoire".

C. Élection ou désignation des membres

Les dispositions qui régiront la désignation des membres représentant les travailleurs aux organes de la SE peuvent avoir une nature principale ou accessoire. Si un Etat membre décide de statuer à titre principal, il doit le faire sous réserve de l'existence de dispositions accessoires dans d'autres pays, qui seront alors applicables pour ce qui concerne les membres en provenance des pays en question. Si un Etat membre décide de statuer à titre accessoire, il doit également prévoir des dispositions principales en cette matière, qui seront applicables en ce qui concerne les membres en provenance de pays qui ne disposent pas de dispositions accessoires.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 2

3 décembre 2001

DATE D'ENTRÉE EN VIGUEUR DES LOIS NATIONALES

Un éventuel décalage entre les dates d'entrée en vigueur des différentes mesures nationales de transposition de la directive est susceptible de causer des problèmes en ce qui concerne leur efficacité.

En fait, la loi nationale¹ à laquelle est principalement liée chaque entreprise visée par la directive (celle du pays où est ou sera située le siège de la SE) peut entrer en vigueur à un moment où il n'existe pas encore une loi nationale de transposition dans d'autres Etats membres ou sont situés les sociétés participantes, leurs filiales ou leurs établissements. Dans ce cas, l'ensemble du cadre juridique nécessaire pour que les règles imposées par la directive deviennent pleinement efficaces n'est pas encore sur place et donc la loi nationale qui est déjà entrée en vigueur restera difficilement applicable d'une façon effective.

Un exemple peut illustrer cette difficulté: imaginons qu'un projet est déclenché visant la constitution d'une SE dans un pays qui dispose déjà d'une loi de transposition de la directive, mais de telles lois manquent dans un ou plusieurs (ou même tous) des autres pays où les sociétés participantes ont des établissements ou filiales. La suite prévue dans la directive (et dans la loi nationale de transposition du pays du futur siège de la SE), c'est-à-dire, la constitution d'un groupe spécial de négociation et toutes les démarches ultérieures, semble, dans ce cas, impossible à mettre en oeuvre, puisque le groupe spécial de négociation devra être composé (articles 2.e) et 3.2.b)) par des représentants élus ou désignés conformément aux lois et/ou pratiques nationales de chaque pays où sont situées les sociétés participantes et leurs filiales et établissements.

Les sociétés participantes confrontées à une telle situation d'absence de dispositions nationales de transposition dans tous les pays pertinents se verraient dans l'impossibilité de poursuivre le processus visé par la directive et, de ce fait, d'immatriculer la SE (voir article 12.2 et 3 du Règlement SE).

¹ Par commodité, on référera, dans le présent comme dans d'autres documents de travail, "la loi nationale" pour désigner l'ensemble de mesures de transposition, qui peut, bien évidemment comprendre des mesures non législatives (par exemple, des accords entre les partenaires sociaux – voir article 14.1 de la directive).

En conclusion, un éventuel décalage entre les dates d'entrée en vigueur des différentes lois nationales de transposition de la directive constituerait un réel problème dont la seule solution viable consiste à assurer que toutes les lois nationales de transposition entrent en vigueur à la même date.

Compte tenu de la façon dont le Règlement et la directive opèrent et des liens d'interdépendance existant entre les deux instruments, cette date ne peut être que le 8 octobre 2004. C'est celle-ci la date d'entrée en vigueur du Règlement (voir article 70²). L'idée qui a présidé à ce choix délibéré du Conseil (en dérogation à la règle habituelle selon laquelle les règlements entrent en vigueur immédiatement) consiste à permettre, d'une part, l'adoption de mesures législatives, administratives et d'autre type visant la mise en conformité des droits nationaux avec les exigences du règlement et, d'autre part, la transposition de la directive dans tous les droits nationaux. Compte tenu de l'interdépendance entre les dispositions des deux instruments, aucun des deux ne peut entrer en application sans l'autre soit également applicable.

Par conséquent, une loi nationale qui entrerait en vigueur avant la date d'entrée en application du règlement resterait lettre morte jusqu'à cette dernière. Inversement, une entrée en vigueur tardive d'une loi nationale de transposition aurait les conséquences décrites ci-dessus³.

La conclusion s'impose donc du choix du 8 octobre 2004 comme date uniformisée d'entrée en vigueur de toutes les mesures nationales de transposition de la directive dans les pays qu'elle lie.

Cela n'empêche évidemment pas que les différentes lois nationales soient adoptées à des moments différents (comme c'est virtuellement inévitable). Il suffit de prévoir des périodes de "*vacatio legis*" coordonnés, qui assurent leur entrée en vigueur au même moment.

² La version française du Règlement publiée au JO contient une erreur manifeste puisqu'elle mentionne la date du 8 octobre 2001, contrairement à toutes les autres versions linguistiques, qui réfèrent le 8 octobre 2004. Cette erreur fera l'objet d'un *corrigenda*.

³ Cette éventualité et ses conséquences juridiques et effets pratiques feront l'objet d'un document de travail séparé.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 3

3 décembre 2001

LA DISTINCTION ENTRE DISPOSITIONS PRINCIPALES ET DISPOSITIONS ACCESSOIRES

Chaque État membre devra, pour se conformer à la directive, adopter un certain nombre de dispositions de deux types différents:

- des dispositions qui ont vocation à s'appliquer à toute SE dont le siège est situé sur son territoire et qui auront des effets indirects sur l'ensemble de la SE et ses filiales et établissements, y compris sur ceux situés dans d'autres États membres; des dispositions de ce type s'appliquent également, en amont de la constitution de la SE, aux sociétés participantes, y compris à celles situées dans un autre État membre⁴.
- des dispositions qui seront applicables aux seules unités de l'ensemble constitué par la SE et ses filiales et établissements situées sur le territoire de chaque État membre (et à leurs travailleurs).

Les dispositions du premier type constituent l'essence des mesures d'application de la directive et le noyau dur des obligations imposées aux entreprises visées par celle-ci. On les désignera par "dispositions principales".

Les dispositions du deuxième type ont, par rapport à celles-là, un caractère instrumental et leur champ d'application se limite au territoire de l'État membre en question. On les désignera donc par "dispositions accessoires".

La distinction entre ces deux types de dispositions constitue la clé pour déterminer lesquelles, parmi les dispositions nationales transposant la directive dans les différents États membres, sont applicables à chaque cas. Un exemple simple nous permet de mieux appréhender l'importance de cette distinction.

La société A, de droit français, souhaite constituer une SE à travers une fusion avec la société B, de droit allemand, qu'elle absorbera. Chacune de ces sociétés a différentes filiales dont elles détiennent plus de 50% du capital social, ainsi que des établissements: la société A au Portugal et en Espagne, la société B, en Belgique, au Luxembourg et en Autriche. Le siège envisagé de la future SE sera établi à Milan. La négociation prévue dans la directive est organisée avec les représentants des travailleurs, aboutissant à un accord qui prévoit la constitution d'un comité d'entreprise européen dans la future SE, ainsi que le droit pour celui-ci de désigner un tiers des

⁴ Voir la règle de conflits de l'article 6 – « Législation applicable à la procédure de négociation ».

membres du Conseil d'Administration de celle-ci. Cet accord ouvre la voie à l'immatriculation de la SE.

Pour y être arrivé, il aura fallu appliquer les dispositions nationales qui transposent la directive dans tous les États membres concernés: ceux où sont établies les sociétés fondatrices de la SE, celui du futur siège de la SE, mais aussi ceux, dont relèvent les filiales et établissements des sociétés fondatrices.

L'essentiel du cadre juridique régissant la démarche à suivre est donné par la loi italienne (voir article 6 de la directive, selon lequel, sauf dispositions contraires, la législation applicable à la procédure de négociation est celle de l'État membre dans lequel sera situé le siège statutaire de la SE). Ainsi, c'est dans la loi italienne qu'on aura trouvé les règles permettant d'établir le nombre et la provenance nationale des membres du groupe spécial de négociation (GSN). En revanche, la forme d'élection ou de désignation de ceux-ci aura été déterminé par la législation de chaque État membre dans lesquels sont situés les sociétés fondatrices et leur filiales et établissements (voir article 3.2.b)). La loi italienne régira également tout ce qui concerne le déroulement de la négociation et la conclusion d'un éventuel accord, à défaut duquel c'est encore dans le droit italien qu'on trouvera les dispositions subsidiaires à appliquer à la SE dès son immatriculation.

Les dispositions principales et accessoires (voir troisième colonne du tableau qui suit) qui doivent être arrêtées par chaque État membre sont, au moins, les suivantes (par rapport aux dispositions de la directive, indiquées dans la première colonne):

Directive	Contenu de la disposition	Type de mesure
Art. 1	Fixation d'une obligation générale de définition des modalités d'implication des travailleurs dans la SE	Disposition principale
Art. 2.1 a) à d) et f) à k)	Définitions	Disposition principale
Art. 2.1.e)	Détermination des représentants des travailleurs	Disposition accessoire
Art. 3.1	Obligation de création d'un groupe spécial de négociation	Disposition principale
Art. 3.2.a)	Composition du GSN – critères	Disposition principale
Art. 3.2.b)	Mode d'élection ou de désignation des membres du GSN	Disposition accessoire
Art. 3.3	Tâches du GSN	Disposition principale
Art. 3.4	Modalités de vote au sein du GSN	Disposition principale
Art. 3.5	Recours à des experts	Disposition principale
Art. 3.6	Possibilité pour le groupe spécial de négociation de décider de ne pas ouvrir ou d'annuler des négociations. Conséquences	Disposition principale
Art. 3.7	Obligation de supporter les dépenses du GSN	Disposition principale
Art. 4	Contenu de l'accord	Disposition principale
Art. 5	Durée des négociations	Disposition principale
Art. 6	Législation applicable	Disposition principale
Art. 7	Conditions pour l'application obligatoire des dispositions de référence	Disposition principale
Art. 8.1	Protection de la confidentialité	Disposition mixte ⁵
Art. 8.2	Clause de secret	Disposition principale
Art.8.3	"Tendency clause"	Disposition principale
Art. 8.4	Droit de recours	Disposition mixte ⁶
Art. 9	Principe de collaboration	Disposition principale
Art. 10	Protection des représentants des travailleurs	Disposition accessoire
Art. 11	Détournement de procédure	Disposition principale
Art. 12	Respect de la directive	Disposition accessoire
Art. 13	Relations avec d'autres dispositions	Disposition principale
Annexe, 1 (sauf 1.b))	Dispositions de référence– Constitution d'un organe de représentation	Disposition principale
Annexe, 1.b)	Mode d'élection ou de désignation des représentants des travailleurs	Disposition accessoire
Annexe, 2	Dispositions de référence en matière d'information et de consultation	Disposition principal
Annexe, 3	Dispositions de référence en matière de participation	Disposition principale

⁵ Il faut ici opérer une distinction. La notion de confidentialité qui aura été retenue par l'Etat membre du siège s'impose à l'ensemble des représentants, mais la protection de cette confidentialité relève des responsabilités de tous les Etats membres, la définition des mesures sanctionnant leur non respect étant nationale.

⁶ Le paragraphe 4 s'adresse lui à l'Etat membre du siège.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 4

Le 4 février 2002

Effets des dispositions nationales transposant la directive dans l'Espace Économique Européen

La directive s'applique à l'heure actuelle aux quinze États membres de l'Union européenne. Néanmoins, la Commission mixte de l'Espace Économique Européen devrait prendre une décision sur l'inclusion d'une référence à la directive à l'annexe XVIII de l'accord sur l'Espace Économique Européen ("Santé et sécurité au travail, droit du travail et égalité de traitement entre hommes et femmes"). Cela signifiera que les États membres de l'EEE qui ne sont pas des États membres de l'UE (la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein) devront également transposer la directive dans leurs droits internes.

À la suite d'une procédure identique, le règlement s'appliquera également sur le territoire des États membres de l'EEE qui ne sont pas les États membres de l'UE.

Les principales conséquences de l'extension du champ d'application géographique de ces deux instruments aux États membres de l'accord de l'EEE sont les suivantes:

- les sociétés relevant du droit d'un de ces pays pourront participer dans le processus de constitution d'une SE;
- une SE pourra être enregistrée sur le territoire de ces pays, auquel cas le droit interne du pays en question s'appliquera à la fois aux fins du règlement et de la directive;
- toutes les dispositions nationales mettant en œuvre la directive doivent prendre en considération les sociétés participantes et/ou les filiales et les établissements d'une société participante situés dans ces pays, ainsi que leurs travailleurs.

Dans les documents de travail futurs, d'expression "États membres" couvrira donc tous les États membres de l'UE plus la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 5

2 octobre 2002

Application des dispositions nationales au cas où certains États membres n'auraient pas transposé la directive

Dans le document de travail n° 2 nous avons mentionné un certain nombre de problèmes qui pourraient survenir si les lois nationales transposant la directive n'entrent pas en vigueur en même temps. Il pourrait être utile d'explorer davantage ce qui pourraient être les conséquences d'une transposition tardive de la directive dans un ou plusieurs États membres.

Les situations suivantes pourraient se produire (parmi d'autres que le Groupe pourrait être amené à analyser):

1. Les sociétés participant à la création d'une SE envisagent de l'immatriculer dans un État membre qui n'a pas encore transposé la directive

L'article 6 de la directive ("Législation applicable à la procédure de négociation") se lit comme suit:

"Sauf dispositions contraires de la présente directive, la législation applicable à la procédure de négociation prévue aux articles 3 à 5 est celle de l'État membre dans lequel sera situé le siège statutaire central de la SE."

Le même principe (de la pertinence de la loi de l'État membre du siège envisagé de la SE) s'applique à d'autres aspects (droit des sociétés, etc.) entourant la formation d'une SE⁷.

La localisation envisagée du siège de la future SE est toujours connue dès le début du processus de constitution d'une SE, conformément au règlement⁸.

L'article 12 paragraphe 2 du règlement se lit comme suit:

"Une SE ne peut être immatriculée que si un accord sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs au sens de l'article 4 de la directive 2001/86/CE a été conclu, ou si une décision au titre de l'article 3 paragraphe, 6 de la directive, a été prise, ou encore

⁷Voir l'article 15 paragraphe 1 du règlement.

⁸Cette question sera traitée lors de l'analyse de l'article 6 de la directive concernant la loi applicable. Voir le règlement, les articles 20 paragraphe 1 point a et 21 point e pour la fusion, l'article 32 paragraphe 2 pour la SE-holding et l'article 37 paragraphe 3 pour la transformation.

si la période prévue à l'article 5 de ladite directive est arrivé à expiration sans qu'un accord n'ait été conclu."

L'analyse combinée de ces dispositions mène inévitablement à la conclusion selon laquelle aucune SE ne peut être immatriculée dans un État membre qui ne dispose pas d'un cadre juridique national mettant en œuvre la directive.

2. Le processus de constitution d'une SE est lancée par des sociétés participantes en provenance de différents États membres, dont l'un (autre que celui où le siège de la SE sera situé) n'a pas encore transposé la directive

La conclusion ici n'est pas si évidente qu'elle l'est dans la première situation. À première vue, on pourrait envisager de prévoir que le processus de constitution de la SE pourrait se poursuivre impliquant également, d'un point de vue de droit des sociétés, des sociétés participantes ou des filiales et établissements situés dans un État membre qui n'a pas encore transposé la directive. La seule conséquence juridique découlant de l'absence d'un droit interne "accessoire"⁹ pourrait alors consister à priver des travailleurs de ce pays du droit de participer à la procédure de négociation. Cela a été, *grosso modo* et *mutatis mutandis*, la solution convenue par le groupe de travail pour la situation équivalente qui pourrait survenir dans le cadre de la directive sur les comités d'entreprise européens¹⁰.

Néanmoins, cette solution semble extrêmement difficile, voire impossible, d'appliquer dans le cadre de la directive SE. Différentes raisons concourent à cette conclusion.

La création et la composition du GSN (Groupe spécial de négociation) dépendent du nombre et de la proportion de travailleurs employés dans chaque État membre concerné. Deux manières différentes de procéder pourraient être envisagées:

- les travailleurs de l'État membre en question seraient pris en considération lors de la détermination de la répartition géographique des sièges, bien que, en l'absence de base juridique pour élire ou pour désigner des représentants, ces travailleurs n'auraient pas le droit de se faire représenter au sein du GSN. Les sièges leur appartenant resteraient vides.

Cette option aurait l'avantage d'assurer la cohérence entre l'univers des travailleurs représentés et les sièges disponibles au sein du GSN¹¹. Elle crée néanmoins un problème: les règles de vote au sein du GSN seraient faussées en raison de l'absence de représentants d'une partie des travailleurs. Ces règles de vote se basent très fortement sur le critère de la proportionnalité: chaque délibération exige, non seulement une majorité donnée des membres de GSN, mais aussi la même majorité de travailleurs représentés¹². Cette double majorité serait alors impossible à atteindre.

⁹ Au sens explicité dans le Document de travail n° 3.

¹⁰ À condition qu'au moins deux des États membres impliqués aient déjà mis en œuvre la directive (autrement, la dimension transnationale manquerait).

¹¹ Et cela est crucial: voir le deuxième "bullet point" ci-dessous.

¹² Voir les articles 3 paragraphe 4 et 3 paragraphe 6

- ces travailleurs seraient ignorés aux fins évoquées ci-dessus: non seulement ils n'auraient pas droit à élire ou à désigner des représentants au GSN, mais aussi ils ne seraient pas pris en considération aux fins de fixer la composition de cette instance.

Cette solution assure la cohérence entre le GSN et l'univers des travailleurs qu'il représente. Néanmoins, elle déforme complètement le fonctionnement de la directive, qui est avant tout basé sur le principe "avant-après". Selon ce principe, le poids de la participation (la proportion de travailleurs couverts par un système de participation par rapport à l'ensemble des travailleurs) constitue un élément central à de différentes fins, par exemple, pour déterminer les règles de vote au sein du GSN¹³ ou les conditions d'application de la partie 3 de l'annexe¹⁴.

La seule sortie de ce dilemme consiste à faire dépendre la participation d'une société participante ou d'une filiale ou un établissement d'une société participante dans le processus global de constitution d'une SE de leur couverture par un droit interne mettant en œuvre la directive.

Dans ces circonstances, la conclusion ci-dessous semble inévitable.

Conclusion : Les sociétés situées dans un État membre qui n'a pas transposé la directive ne peuvent pas participer à la constitution d'une SE; la SE peut être créée et la procédure de négociation visée dans la directive peut être engagée, mais seulement par des sociétés situées dans des États membres disposant d'un cadre national de transposition de la directive et dont tous les filiales et établissements concernés sont aussi couverts par une loi nationales de transposition. La base juridique qui soutien cette conclusion est encore une fois l'article 12 paragraphe 2 du règlement.

Ceci conduit donc à l'impossibilité pour une société dont une ou plusieurs des composantes (c'est-à-dire un ou plusieurs de ses filiales ou établissements concernés¹⁵) ne sont pas couverts par une loi nationale de transposition de participer à la constitution d'une SE.

Cette affirmation doit être nuancée par la possibilité qu'aura toujours toute société participante d'exclure elle-même du processus de constitution de la SE celles de ses filiales ou ceux de ses établissements qui ne sont pas couverts par une loi nationale de transposition. Pour que le processus se déroule en toute conformité avec la directive, il leur suffira de ne pas envisager l'inclusion dans le périmètre de la future SE de leurs composantes non couvertes par une loi nationale de transposition.

En fait, les sociétés participantes restent maîtres de ce processus. Il leur incombe, et à elles seules, de déterminer ceux de leurs actifs (y compris leurs filiales et établissements), qu'elles souhaitent apporter à la SE. Elles sont donc en mesure de définir à tout moment (en tout cas

¹³Voir l'article 3 paragraphe 4

¹⁴Voir l'article 7 paragraphe 2 points b et c.

¹⁵ Seuls les filiales et établissements concernés, c'est-à-dire les filiales et établissements d'une société participante qui deviendront des filiales et établissements d'une SE lors de la constitution de celle-ci (voir Document de travail n° 6) relèvent aux effets de ce qu'on vient de dire. D'autres filiales et établissements ne sont pas pertinents aux effets de la directive.

jusqu'au moment de l'immatriculation de la SE¹⁶) le périmètre du groupe dont la future SE sera la société dominante ou de l'entreprise transnationale dont la future SE aura la direction centrale

3. *La transposition incomplète et la transposition tardive*

Les conclusions ci-dessus s'imposent également en vue de l'importance de la sécurité juridique dans le contexte du processus de constitution d'une SE. L'accomplissement des formalités visées dans la directive étant une condition d'immatriculation au même titre que celles visées dans le règlement (article 12 paragraphe 2 du règlement), il semble indispensable, ici comme ailleurs, d'établir des règles claires et univoques.

Ce besoin de sécurité juridique nous amène à poser la double question de la transposition incomplète et de la transposition tardive. En fait, la situation peut être claire et la solution univoque si un Etat membre n'a pas du tout transposé la directive au moment où, à la suite du lancement du processus de constitution d'une SE, les formalités visées dans la directive doivent être accomplies. *Quid* si ce manque est partiel ou si elle est corrigée ultérieurement?

Transposition incomplète

Pour ce qui concerne la transposition incomplète, il faut dire avant tout que le droit communautaire ne contient aucun mécanisme qui permet de déclarer d'une façon positive, générale et définitive la conformité d'une loi nationale avec une directive¹⁷. L'institution communautaire ayant à sa charge le contrôle de conformité, la Cour de Justice, l'exerce dans la seule mesure où elle en est saisie (par la Commission) et dans les limites strictes de la saisine. Un jugement de conformité sur un aspect soulevé par la Commission ne préjuge en rien d'autres aspects non suscités. En outre, un tel jugement n'est jamais définitif (ce qui est conforme aujourd'hui peut ne pas l'être demain, en fonction, par exemple, de l'évolution de la jurisprudence de la Cour).

Par conséquent, il serait vain de s'attendre à une sécurité juridique absolue et garantie. Toutefois, il semble important de préciser autant que faire se peut le minimum exigé à un Etat membre pour qu'il puisse être considéré que la participation de sociétés y situées ou avec des filiales ou établissements relevant de son droit dans le processus de constitution d'une SE est admissible.

La transposition incomplète peut en fait concerner soit le champ d'application des mesures nationales (un champ d'application plus restrictif que celui de la directive), soit l'absence de transposition ou la transposition incorrecte de certaines dispositions de la directive. Comment distinguer, entre ces différentes carences, celles qui doivent relever aux effets mentionnés ci-dessus?

¹⁶ Ce pouvoir s'arrête au moment de l'immatriculation de la SE. Pour ce qui concerne la fusion, l'article 29 paragraphe 1 point a) et paragraphe 2 point a) du règlement statue que la fusion entraîne *ipso jure* la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif des sociétés qui fusionnent à la SE. Pour les autres formes de constitution d'une SE, la nature même de l'opération conduit au même résultat.

¹⁷ Par exemple, un mécanisme identique à celui qui existe dans le droit constitutionnel de certains Etats membres qui prévoit un contrôle préventif de la constitutionnalité des lois).

Prenons quelques exemples inspirés de la pratique du contentieux communautaire. La transposition de la directive peut se faire dans un Etat membre donné par voie de convention collective dépourvue d'effet *erga omnes*, sans que d'autres mesures, notamment législatives, aient été prises afin de palier à cette insuffisance. Certains secteurs d'activité couverts par la directive peuvent donc rester exclus du champ d'application des mesures nationales de transposition.

Un deuxième exemple: les dispositions essentielles de la directive sont transposées, mais des doutes subsistent sur quelques dispositions instrumentales (protection des représentants des travailleurs, voies de recours, sanctions, etc.).

Il semble licite d'établir comme critère de distinction entre les insuffisances pertinentes et celles qui ne le sont pas l'importance pratique des conséquences qui s'ensuivent. Si la mauvaise transposition de la directive dans un Etat membre est susceptible d'affecter la façon dont les règles opèrent dans chaque cas, alors elle doit conduire à considérer que des sociétés participantes ou des filiales ou établissements de celle-ci y situés ne sont pas couverts par une loi nationale de transposition. Si elle n'affecte pas substantiellement la façon dont les droits conférés par la directive s'exercent, alors elle ne sera pas pertinente.

Dans le premier des exemples précités, la nature incomplète de la transposition de la directive ne serait pertinente que si une des sociétés participantes ou un de leurs filiales ou établissements concernés appartient à un secteur non inclus dans le champ d'application de la loi nationale, auquel cas il n'y aurait pas moyen de faire les travailleurs en question participer dans le processus de négociation et de le prendre en compte aux autres effets visés dans la directive (notamment ceux liés aux mécanismes "avant-après"). En revanche, si ces entités sont couvertes dans le cas d'espèce par les dispositions nationales, alors l'insuffisance serait non pertinente.

Dans le deuxième exemple, l'inexistence de dispositions en matière de protection des représentants des travailleurs, de voies de recours ou de sanctions ne serait pertinente que si elle entraînait l'impossibilité pour les travailleurs d'exercer les droits qui leur sont conférés par la directive, c'est-à-dire, si des litiges survenaient au cours du processus.

Transposition tardive

Cette hypothèse se réfère au cas où les mesures nationales seraient inexistantes au moment du lancement de processus de constitution de la SE (et de négociation, conformément à la directive), mais elles sont adoptées et entrent en vigueur à un moment donné avant la fin dudit processus¹⁸.

Encore là, le critère doit être pragmatique. Si la transposition arrive à temps de façon à permettre l'accomplissement de toutes les formalités visées dans la directive, alors rien ne semble empêcher que les sociétés participantes ou des filiales et établissements concernés de celles-ci en question rejoignent le processus de constitution de la SE. Cela peut être le cas, par exemple, si la

¹⁸ Si elles entrent en vigueur après l'immatriculation de la SE, elles ne sont susceptibles d'influencer le déroulement du processus et tout se passe donc comme si elles étaient non existantes.

transposition arrive à temps de permettre la création du Groupe spécial de négociation ou de le recomposer en fonction de ces nouveaux éléments, avant le conclusion et la signature de l'accord¹⁹.

4. *Mesures à prendre*

Compte tenu du besoin de sécurité juridique auparavant mentionné, il serait utile que les dispositions nationales de transposition précisent les règles qu'on vient de dégager. Ces précisions seront adressées non seulement aux sociétés susceptibles d'être intéressées par la constitution de SEs, mais également, et surtout, aux autorités chargées du contrôle de légalité du processus de constitution (le respect de la directive étant une condition de l'immatriculation).

Ces règles peuvent se résumer comme suit:

- une SE ne peut pas être immatriculée dans un Etat membre qui n'a pas transposé la directive;
- pour qu'une société puisse participer à la constitution d'une SE, il est indispensable que l'Etat membre dont elle relève ainsi que les Etats membres dont relèvent toutes ses filiales et établissements concernés ait également transposé la directive;
- la transposition incomplète de la directive ne relève aux effets ci-dessus que si elle concerne des éléments fondamentaux du cadre juridique de transposition dont l'absence empêche l'exercice des droits conférés par la directive;
- la transposition tardive de la directive ne relève aux effets ci-dessus que si elle empêche le déroulement normal du processus de négociation. Le manquement peut être considéré réparé si la transposition se fait en temps utile permettant encore la pleine participation des sociétés, des filiales ou des établissements concernés en question, ainsi que leurs travailleurs au processus de négociation.

Compte tenu de l'importance fondamentale du contrôle de légalité de l'ensemble du processus de constitution d'une SE, les modalités de traduction de ces règles en droit national seront analysées à un stade plus avancé des travaux du Groupe d'experts.

Il faut dire que le refus de la part d'une autorité de contrôle de la légalité du processus de constitution d'une SE de l'immatriculer, fondé sur un constat d'inaccomplissement des formalités obligatoires résultant de la directive due à l'absence ou à un défaut de transposition, n'affecte en rien les pouvoirs souverains du juge national et de la Cour de Justice en matière de contrôle de l'application du droit communautaire. Un tel refus pourra toujours faire l'objet d'un recours administratif ou juridictionnel, selon les modalités nationales applicables, y compris jusqu'à la saisine de la Cour de Justice au titre de renvoi préjudiciel. A ce titre, rien ne distingue un tel acte

¹⁹ La problématique des changements intervenus en cours de route au sein de l'ensemble constitué par les sociétés participantes et leurs filiales et établissements concernés tout au long du processus conduisant à la constitution de la SE sera évoquée de nouveau et approfondie dans un document de travail séparé (sur la création, la composition, la répartition des sièges et le fonctionnement du GSN).

de refus d'immatriculation de n'importe quel autre acte administratif prenant en compte le droit communautaire.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 6

2 octobre 2002

Définition de "sociétés participantes" – Article 2 paragraphe b)

GENERAL

De pair avec les notions de "filiale" et de "filiale ou établissement concerné" (voir points c) et d)), la notion de "sociétés participantes" est une notion fondamentale dans le cadre de la présente directive.

Pour bien comprendre l'opération des règles de la directive, il est nécessaire de distinguer ces trois types d'entités qu'y sont visées en tant que destinataires de différentes obligations ou qui sont prises en compte à des différents endroits pour déterminer le contenu et la portée de différentes règles de la directive.

D'une façon générale, les sociétés participantes relèvent aux effets de l'organisation de la négociation ainsi qu'en tant qu'entités de référence pour appliquer le principe de la préservation des droits acquis (approche "avant-après").

A son tour, la notion de filiale concerne soit des dispositions générales (relatives, par exemple, à la définition d'information et de consultation ou concernant le périmètre de l'ensemble constitué par la SE et les sociétés qu'elle contrôle), soit les dispositions intervenant à la suite de la constitution de la SE (notamment celles visées à l'Annexe).

Enfin, la définition de "filiale ou établissement concerné" relève surtout aux effets de la composition du GSN.

Le tableau I donne une indication précise des différentes dispositions dans qui se réfèrent à chacun de ces trois types d'entités.

QUESTIONS A ANALYSER

- A) La participation directe à la constitution d'une SE
- B) Les entités couvertes par la notion de "sociétés"
- C) Les systèmes nationaux de participation organisés à l'échelle du groupe

A) La participation directe à la constitution d'une SE

Il ressort du tableau qui précède que la directive s'intéresse à une multiplicité de sociétés (ainsi que d'autres entités, on le verra plus tard sous "B") qui sont impliquées dans la constitution d'une SE. Néanmoins, l'article 2 point b) de la directive le dit bien: seules les sociétés participant directement à la constitution d'une SE sont considérées être "sociétés participantes" au sens de la directive.

Pour arriver à bien caractériser la participation directe, il semble utile de passer en revue les modes de constitution d'une SE visés dans le règlement. En même temps, cela nous permet de préciser d'autres éléments pertinents à cet égard, notamment ceux ayant trait à la "nationalité communautaire" des sociétés en question ainsi qu'à leur dimension transfrontalière. Bien évidemment, la directive ne peut être interprétée et appliquée que dans les limites imposés par le règlement, ce qui rend les conditions prescrites par celui-ci incontournables dans le contexte de la directive.

Les modes de constitution d'une SE

Les articles 2 et 3 du règlement admettent différentes voies de constitution d'une SE:

- par transformation en SE d'une société anonyme constituée selon le droit d'un État membre et ayant son siège statutaire et son administration centrale dans la Communauté, dès lors qu'elle a depuis au moins deux ans une société filiale relevant du droit d'un autre État membre;
- par fusion entre au moins deux sociétés anonymes relevant du droit d'au moins deux États membres différents et ayant leurs sièges statutaires et leurs administrations centrales dans la Communauté;
- par constitution d'une société holding par des sociétés anonymes ou à responsabilité limitée ayant leurs sièges statutaires et leurs administrations centrales dans la Communauté et relevant du droit d'au moins deux États membres ou ayant depuis au moins deux ans au moins une filiale ou un établissement relevant du droit d'un autre État membre;
- par constitution d'une SE-filiale par des sociétés ou d'autres entités juridiques, dans les mêmes conditions que pour la SE-holding;
- par constitution d'une SE-filiale par une SE déjà établie²⁰.

Le Statut permet donc l'accès à la SE à un univers assez vaste de sociétés nationales. Cet univers varie en fonction du choix quant au mode de constitution de la SE. Cependant, toutes les sociétés qui désirent participer à la formation d'une SE doivent satisfaire à deux critères: avoir leur siège statutaire dans la Communauté et posséder un élément transfrontalier²¹.

²⁰ On ne s'occupera dans ce document de travail de cette forme particulière de constitution d'une SE, qui sera traitée ultérieurement dans un document de travail séparé.

²¹ Voir l'article 2 du règlement.

Les types sociétés qui peuvent participer à la constitution d'une SE

La société anonyme est par excellence la société qui se prête le mieux à la création d'une SE, sous n'importe quelle des quatre modalités présentées. La société à responsabilité limitée peut participer à la constitution d'une SE-holding ou SE/filiale. Les autres sociétés et autres entités juridiques de droit public ou privé n'ont accès à la SE que sous la forme de filiale commune.

Une SE peut elle-même participer à la constitution d'une autre SE, par fusion, création d'une société holding ou d'une filiale commune. Le Statut a posé le principe général d'assimilation de la SE à une société anonyme relevant du droit de l'État membre où elle a son siège statutaire, aux fins de la constitution d'une SE²², sauf pour le cas de la transformation, naturellement.

Le siège des sociétés participantes à une SE

Le Statut de la SE ne permet qu'à des sociétés véritablement européennes de créer une SE. En effet, la règle est que seules les sociétés constituées selon le droit national d'un État membre et qui ont leur siège statutaire et leur administration centrale (c'est-à-dire leur siège effectif de direction) dans la Communauté peuvent participer à la constitution d'une SE²³.

Par conséquent, une société ayant son siège statutaire ou son administration centrale dans un État tiers ne peut en principe pas participer à la formation d'une SE. Cette règle empêche que des sociétés d'États tiers ne se servent de la SE comme instrument de pénétration dans le marché européen. Cependant, il n'est pas exclu que ces sociétés d'États tiers puissent, par la suite, devenir actionnaires de la SE, *via* une prise de participation ou même une prise de contrôle de la SE²⁴.

Cette règle admet toutefois une exception, compte tenu de la législation de certains États membres²⁵ qui soumet à la loi nationale les sociétés immatriculées sur leur territoire, même si ces sociétés possèdent leur administration centrale hors de la Communauté. Le Statut admet la possibilité pour les États membres de prévoir qu'une société qui n'a pas son administration centrale dans la Communauté puisse participer à la constitution d'une SE. Dans ce cas, il faut que la société satisfasse à un critère de rattachement supplémentaire, de nature économique: son activité doit présenter un lien effectif et continu avec l'économie de l'État membre dans

²² Article 3 paragraphe 1 du règlement.

²³ Le règlement n'exige pas que le siège désigné par les statuts et le siège de l'administration centrale d'une société qui participe à la constitution d'une SE soient dans le même État membre, seulement que tous deux soient dans la Communauté.

²⁴ En pratique, une société d'un État tiers peut constituer une SE par l'intermédiaire d'une de ses filiales implantée dans un État membre. *A fortiori*, deux sociétés situées dans deux États membres différents et filiales d'un même groupe japonais, par exemple, peuvent créer une SE.

²⁵ Notamment, le Royaume-Uni, l'Irlande et les Pays-Bas, États membres dotés du système de "siège statutaire".

lequel elle a son siège statutaire²⁶. De ce fait, le Statut exige que la société en question ait été constituée selon le droit d'un État membre, ait son siège statutaire dans ce même État membre, ainsi qu'un lien effectif et continu avec l'économie d'un État membre.

L'élément transfrontalier des sociétés participantes à une SE

Mis à part la transformation, et en raison du caractère transfrontalier de la SE, les sociétés constituées selon le droit d'un État membre et ayant leur siège statutaire et leur administration centrale dans la Communauté peuvent constituer une SE à condition que deux d'entre elles relèvent du droit d'États membres différents.

Toutefois, si elles appartiennent au même État membre, elles peuvent créer une SE sous la forme de holding ou filiale commune, dès lors que deux d'entre elles possèdent au moins depuis deux ans une société filiale relevant du droit d'un autre État membre ou un établissement situé dans un autre État membre. C'est la proposition de la Commission de 1991 qui a introduit cette possibilité qui offre ainsi une plus grande souplesse aux entreprises désirant créer une SE, tout en préservant le caractère transfrontalier de l'opération.

L'élément transfrontalier exigé pour la transformation d'une société anonyme - constituée selon le droit d'un État membre et ayant son siège statutaire et son administration centrale dans la Communauté - est qu'elle possède depuis au moins deux ans une filiale relevant du droit d'un autre État membre.

Le tableau II résume les aspects évoqués ci-dessus.

Par conséquent, la filiale mentionnée à plusieurs reprises dans les différents paragraphes de l'article 2 du règlement n'est pas toujours une société directement participante à la constitution d'une SE. Souvent, elle y figure comme condition préalable *sine qua non* pour qu'une société relevant du droit d'un État membre puisse, elle, participer directement à la constitution d'une SE. C'est le cas de la filiale visée au paragraphe 2 point b) (pour la SE-holding), au paragraphe 3 point b) (pour la SE-filiale commune) et au paragraphe 4 (pour la transformation).

Le critère déterminant qui nous permet de qualifier une société donnée comme "société participante" au sens de la directive est celui de la détention future du capital de la SE. Seule une société dont les actionnaires deviendront actionnaires de la SE à la suite de la constitution de celle-ci (voir règlement, articles 29 pour la fusion, 33 pour la SE-holding et 37 pour la transformation) ou qui deviendra elle-même actionnaire de la SE (voir article 36 du règlement et dispositions nationales auxquelles celui-ci renvoie pour la SE-filiale commune) participe directement à la constitution de la SE et peut donc être considérée "société participante".

D'autres sociétés filiales de celles-ci, impliquées indirectement dans le processus de constitution de la SE ou même pas impliquées du tout ne sont pas des sociétés participantes au sens de la directive, qui les saisit, le cas échéant, comme "filiales concernées".

²⁶ Reprise de l'exigence du Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, adopté par le Conseil le 18 décembre 1961 (JOCE du 15.01.1962) pour les cas où une société, qui n'a que son siège statutaire à l'intérieur de la Communauté, puisse bénéficier de la liberté d'établissement dans la Communauté.

Pour ce qui concerne la fusion, la participation directe est facile à décerner: de toute façon, les sociétés participantes doivent, elles-mêmes, relever du droit d'Etats membres différents.

Dans les cas de la SE-holding et de la SE-filiale commune, des doutes pourraient naître du fait que l'article 2 du règlement mentionne "une filiale relevant du droit d'un autre Etat membre". En réalité, l'existence de cette filiale constitue une simple condition d'accès à la SE par ces deux voies de la part des sociétés participantes. La filiale en question ne participe pas directement, dans ce cas-ci, à la constitution de la SE. Elle n'est donc pas une "société participante" au sens de l'article 2 point b) de la directive²⁷.

Pour ce qui concerne le cas spécifique de la transformation, la nature intrinsèque de cette opération implique qu'il n'y ait qu'une société formellement impliquée dans la constitution de la SE, c'est-à-dire, une seule société participante: la société anonyme de droit national qui se transforme en SE. Là aussi, l'existence de la filiale exigée par l'article 2 paragraphe 4 du règlement n'est qu'une condition préalable à la constitution d'une SE par cette voie, la filiale en question n'acquérant nullement, de ce fait, la qualité de "société participante"²⁸.

B) Les entités couvertes par la notion de "sociétés"

Le terme "société" a un sens univoque, élaboré au fil du temps par le droit des sociétés. Le règlement saisit cette notion en son sens juridique courant²⁹. On serait amené à croire que la directive en ferait autant, mais cela conduirait inévitablement à une incohérence grave et insurmontable qui a trait à la constitution de la SE par voie de constitution d'une filiale commune.

En fait, conformément à l'article 2 paragraphe 3 du règlement, cette voie de constitution d'une SE est ouverte non seulement aux sociétés au sens de l'article 48 du traité³⁰, mais aussi "à d'autres entités de droit public ou privé".

Ces "autres entités" doivent nécessairement être couvertes par la définition de "sociétés participantes" visée dans la directive, sous peine de vider complètement de sens les règles de celle-ci dans les cas où des entités juridiques autres que des sociétés interviennent directement dans le processus de constitution d'une SE.

C) Les systèmes nationaux de participation organisés à l'échelle du groupe

²⁷ Elle relève néanmoins à d'autres effets prévus dans la directive, dans la mesure où elle est nécessairement une "filiale concernée" au sens de l'article 2.d). Voir document de travail n° ...

²⁸ Idem.

²⁹ Voir les annexes I et II du règlement, qui énumèrent les sociétés nationales de chaque Etat membre qui sont visées à l'article 2.

³⁰ Article 48 deuxième alinéa du traité: "*Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif*".

La troisième question pertinente en rapport avec la définition de "sociétés participantes" sera à peine évoquée. Il faudra qu'on ait passé en revue la façon dont la négociation visée aux articles 3 à 6 de la directive se déroule et qu'on arrive à l'analyse de l'article 7 (sur les conditions d'application des dispositions de référence visées à l'annexe) pour qu'on puisse être en mesure d'y apporter une réponse complète et satisfaisante.

En simplifiant, la question peut être posée comme suit: en introduisant dans la directive la définition de "sociétés participantes" aux effets qui figurent dans la colonne de gauche du tableau I du présent document de travail, le législateur communautaire a choisi, entre autre, de prendre ces sociétés, et elles seules, en tant que référence pour l'application du principe "avant-après".

Ceci a des effets très importants, même décisifs, notamment pour ce qui concerne la façon dont s'appliquent les articles 3 paragraphe 4 (modalités de vote au sein du GSN et détermination du système de participation le plus élevé), 7 paragraphe 2 (conditions d'application de la partie 3 de l'annexe) et 3 point b) de l'annexe (détermination du système de participation le plus élevé). Il en découle que seuls les systèmes de participation existant au sein des organes sociaux de ces sociétés participantes relèvent aux dits effets. Or, dans la plupart des systèmes nationaux de participation, celle-ci est organisée à l'échelle du groupe d'entreprises (Voir tableau III). C'est le cas en Allemagne, en Autriche, au Danemark, en Norvège, en Suède et en Finlande. Il n'y a que les Pays-Bas et le Luxembourg qui prennent comme niveau de référence pour l'organisation de la participation chaque société individuellement considérée.

Le cumul d'une participation au niveau des sociétés et d'une participation au niveau du groupe est prévu:

- avec des règles spécifiques pour la société dominante du groupe (Danemark, Autriche);
- avec les mêmes mécanismes que pour les sociétés: (Finlande, France - secteur public).

En présence d'un groupe, la participation se fait au niveau de celui-ci:

- avec des règles spécifiques (Allemagne - mines-sidérurgie);
- avec les mêmes mécanismes que pour les sociétés, moyennant une prise en compte de l'ensemble des salariés du groupe (Suède, Allemagne - loi 52 et loi 76)

L'existence d'un groupe n'est prise en compte ni pour les effectifs ni pour le mécanisme de participation:

- secteur privé ou à participation publique (Luxembourg);
- systèmes spécifiques (Pays-Bas);
- secteur public (Espagne, Irlande, Grèce).

Ainsi, en secteur privé, les dispositions nationales prennent généralement en compte l'existence des groupes, qu'il s'agisse de cumuler la participation au niveau des entreprises dominées et au niveau de l'entreprise dominante, ou d'organiser la participation au niveau de la tête du groupe. Seul le Luxembourg et les Pays-Bas ne considèrent que les sociétés.

Par contre, les dispositions prévoyant la participation en secteur public ou le système spécifiques (Pays-Bas) ne prennent habituellement pas en compte l'existence des groupes.

La question de la prise en compte ou non des sociétés dominées dans les questions relatives à la participation dans la constitution d'une SE est donc posée:

- En matière d'effectifs pris en compte: quels sont les effectifs à prendre en compte dans les formules des articles 3.4 de la directive ("la participation concerne x% du nombre total des travailleurs employés par les sociétés participantes") ou 7.2 ("la participation (...) couvrant x% du nombre total des travailleurs employés par l'ensemble des sociétés participantes")?

L'article 2 point b) définit les "sociétés participantes" comme sociétés participant directement à la constitution d'une SE". En application de cette disposition, seuls les effectifs de la société dominante d'un groupe suédois, danois ou allemand par exemple seraient à prendre en compte, alors qu'à l'évidence l'ensemble des salariés du groupe dans le pays est concerné par cette participation.

- En matière de modalités de participation prises en compte: quelles sont les modalités à prendre en compte dans les formules des articles 3.4 de la directive ("la proportion la plus haute au sein des sociétés participantes") ou 7.2 ("une ou plusieurs formes de participation s'appliquaient dans une ou plusieurs des sociétés participantes (...)") et ("s'il y avait plus d'une forme de participation au sein des différentes sociétés participantes"), ou encore point 3 sous-point b) de l'annexe ("le système de participation le plus élevé")?

L'article 2 point b) définit les "sociétés participantes" comme sociétés participant directement à la constitution d'une SE". En application de cette disposition, seuls les modes de participation au niveau de ces sociétés seraient pris en compte.

Par exemple, dans le cadre d'une société luxembourgeoise participant à la constitution d'une SE dont l'ensemble de l'activité et des effectifs est logé dans une filiale au niveau de laquelle s'exerce la participation (1/3 du CA), prend-on en compte le mode luxembourgeois de participation?

Autre exemple, pour l'Autriche et Danemark, prend-on en compte les modalités de participation au niveau de la société dominante participant à la constitution d'une SE ou dans les sociétés dominées? Ou dans les deux?

- En matière de conséquence sur les modalités nationales de participation: que se passe-t-il lorsque la participation se fait au niveau de la société dominante du groupe exclusivement (Allemagne, Suède) et que cette société dominante disparaît par la fusion en SE ou que cette société dominante est une SE?

Ceci voudrait dire que, sans un effort d'interprétation, les systèmes de participation existant au niveau des filiales dans les pays mentionnés ci-dessus ne seront pas toujours pleinement pris en compte.

Cette question restera pour le moment en ouvert, jusqu'au moment où les travaux du Groupe seront plus avancés et nous fourniront une vue d'ensemble plus précise du fonctionnement de la directive.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 7 – Rev 1

17 juin 2002

Définition de "filiale" – Article 2 paragraphe c)

La notion de filiale dans la présente directive relève aux fins indiqués dans la colonne centrale du tableau I du document de travail n° 6. Le législateur communautaire a décidé d'emprunter à ces fins la définition de filiale découlant indirectement de l'ensemble des dispositions de l'article 3 de la directive 94/45/CE, ce qui signifie que, aux effets de la présente directive, la notion de filiale ne coïncide pas nécessairement avec celle du règlement (qui ne contient d'ailleurs aucune définition explicite de filiale). Cet aspect sera traité au point 2 du présent document de travail. On y abordera également la question de savoir si oui ou non les filiales ou établissements indirects de sociétés participantes dont les liens de contrôle s'établissent en dehors de l'UE doivent être pris en compte aux effets de la directive.

A l'occasion de la transposition de la directive 94/45/CE, la notion d' "entreprise qui exerce le contrôle" a été longuement débattue au sein des enceintes chargées de cette tâche. En particulier, le groupe d'experts issu des administrations nationales créé par la Commission afin d'assurer une transposition harmonieuse de la directive a déployé beaucoup d'efforts à essayer de prévenir d'éventuels conflits entre des régimes nationaux qui risquaient d'être contradictoires en ce domaine. Il a fini par régler un certain nombre de problèmes, d'autres n'ayant pas pu, de par leur complexité, être définitivement solutionnés. Le groupe a conclu que la pratique se chargerait d'y apporter un remède, notamment à travers la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Néanmoins, les problèmes identifiés par le groupe d'experts, si réels soient-ils, n'ont pas émergé jusqu'à présent de façon visible dans la pratique de l'application de la directive.

En tout état de cause, il s'avère utile de prendre en compte les discussions riches intervenues à cette occasion, puisque, la présente directive renvoyant pour ce qui concerne la définition de filiale à cet autre acte communautaire, des situations problématiques du même type pourront intervenir ici.

1. Rappel des travaux de transposition de la directive 94/45/CE

Article 3 de la directive 94/45/CE - Définition de la notion d' « entreprise qui exerce le contrôle »

1. Aux fins de la présente directive, on entend par « entreprise qui exerce le contrôle » une entreprise qui peut exercer une influence dominante sur une autre entreprise, « entreprise contrôlée », par exemple du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

2. Le fait de pouvoir exercer une influence dominante est présumé établi, sans préjudice de la preuve du contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement, à l'égard d'une autre entreprise:

- a) détient la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou
- b) dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou
- c) peut nommer plus que la moitié des membres du conseil d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

3. Aux fins du paragraphe 2, les droits de vote et de nomination que détient l'entreprise qui exerce le contrôle comprennent ceux de toute autre entreprise contrôlée et ceux de toute personne ou de tout organisme agissant en son nom, mais pour le compte de l'entreprise qui exerce le contrôle ou de toute autre entreprise contrôlée.

4. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, une entreprise n'est pas une « entreprise qui exerce le contrôle » d'une autre entreprise dont elle détient des participations lorsqu'il s'agit d'une société visée à l'article 3 paragraphe 5 points a) ou c) du règlement (CEE) no 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (6).

5. Une influence dominante n'est pas présumée établie en raison du seul fait qu'une personne mandatée exerce ses fonctions, en vertu de la législation d'un État membre relative à la liquidation, à la faillite, à l'insolvabilité, à la cessation de paiement, au concordat ou à une procédure analogue.

6. La législation applicable pour déterminer si une entreprise est une « entreprise qui exerce le contrôle » est celle de l'État membre dont relève l'entreprise en question. Si la législation régissant l'entreprise n'est pas celle d'un État membre, la législation applicable est celle de l'État membre sur le territoire duquel est situé son représentant ou, à défaut d'un tel représentant, celle de l'État membre sur le territoire duquel est située la direction centrale de l'entreprise du groupe qui emploie le plus grand nombre de travailleurs.

7. Lorsque, en cas de conflit de lois dans l'application du paragraphe 2, deux ou plusieurs entreprises d'un groupe satisfont à un ou plusieurs des critères fixés au même paragraphe 2, celle qui satisfait au critère fixé au paragraphe 2 point c) est considérée comme l'entreprise qui exerce le contrôle, sans préjudice de la preuve qu'une autre entreprise puisse exercer une influence dominante.

La complexité des problèmes analysés à l'époque a forcé le groupe d'experts à adopter une approche prudente face aux problèmes qu'il avait identifiés et les conclusions des travaux, entérinées par les Directeurs-généraux des Relations de Travail des États membres le 10 juillet 1995 sur l'ensemble des questions évoquées ci-dessus le traduisent (Point 4 des conclusions):

4. La notion d' "entreprise qui exerce le contrôle".

En ce qui concerne les présomptions qui figurent dans l'article 3, paragraphe 2, le groupe a exprimé une nette préférence pour appliquer l'hierarchie suivante: c, b, a.

Le groupe a longuement débattu le problème de la transposition de l'article 3 de la directive, compte tenu notamment des interprétations et applications divergentes que les différents États membres pourraient en faire et qui pourraient donner lieu à des décisions de justice contradictoires.

Trois solutions ont été considérées comme hypothèse de travail.

La première consisterait à limiter les critères à prendre en compte dans la définition de la notion de contrôle aux seules considérations liées à la participation financière (article 3 paragraphe 2). Le Groupe de travail a rejeté cette solution, trop restrictive selon lui et incompatible avec le texte de la directive car ne tenant aucun compte de l'article 3 paragraphe 1.

Ce dernier donne en effet une définition de "l'entreprise qui exerce le contrôle" plus large que celle qui découle des trois critères définis au paragraphe 2: "on entend par "entreprise qui exerce le contrôle" une entreprise qui peut exercer une influence dominante sur une autre "entreprise contrôlée", par exemple du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent". "L'entreprise qui exerce le contrôle" est ici entendue dans son sens le plus large, les exemples sont simplement donnés à titre indicatif, et le troisième permet de toute façon d'inclure toutes les formes imaginables d'influence.

La deuxième solution consisterait à établir la même hiérarchie, dans tous les États membres, pour l'ensemble des critères d'influence dominante prévus à l'article 3 paragraphes 1 et 2.

Compte tenu de l'énorme diversité des critères possibles, le Groupe de travail a estimé qu'il pourrait s'avérer compliqué d'essayer de trouver la même hiérarchie dans tous les pays. En outre, les interprétations juridiques contradictoires resteraient possibles.

La troisième solution consisterait à prévoir une clause d'attribution de compétence juridictionnelle afin d'éviter la coexistence de décisions juridictionnelles contradictoires sur l'existence d'une relation de contrôle à propos d'un même groupe d'entreprises (par exemple attribuant une compétence exclusive à la première juridiction saisie).

Comme cette solution peut également s'avérer difficile, le groupe a décidé de poursuivre l'analyse de ce problème, en soulignant que les États membres devraient s'abstenir d'appliquer des solutions qui feraient obstacle à une approche convergente. Les États membres doivent étudier des solutions qui n'entraîneraient pas de blocage de la situation en cas de conflit de lois.

Pour ce qui concerne la présente directive, il semblerait souhaitable que les lois nationales de transposition renvoient tout simplement aux dispositions nationales de transposition de l'article 3 de la directive 94/45/CE.

2. Coïncidence des définitions de "filiale" dans la directive et dans le règlement

Contrairement à la directive, nulle part dans le règlement l'on définit la "filiale". Conformément à l'article 9 point c) du règlement "(...) La SE est régie (...) c) pour les matières non réglées par le présent règlement ou, lorsqu'une matière l'est partiellement, pour les aspects non couverts par le présent règlement, par: i) les dispositions de loi adoptées par les Etats membres en application de mesures communautaires visant spécifiquement les SE; ii) les dispositions des lois des Etats membres qui s'appliqueraient à une société anonyme constituée selon le droit de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège statutaire (...)".

Ceci veut dire que, aux effets du règlement, les dispositions nationales adoptées spécifiquement pour la SE ou, à leur défaut, celles applicables aux sociétés anonymes seront déterminantes pour établir si oui ou non une société donnée est filiale d'une autre.

Les définitions nationales de "filiale" varient selon le domaine en question (droit des sociétés, droit fiscal, etc.). De même, d'ailleurs pour ce qui concerne les définitions communautaires³¹. Il en découle que le règlement n'empêche pas les Etats membres de considérer comme filiales aux effets par exemple de son article 2, relatif aux formes de constitution d'une SE, des sociétés qui ne le seront pas au titre de la directive.

Un exemple: la société A, immatriculée en France, détient 20% du capital de la société X, immatriculée en Irlande; la société B, immatriculée aussi en France, détient également 20% du capital de la société Y, immatriculée en Irlande. Conformément à la loi irlandaise, les sociétés X et Y sont considérées être filiales des sociétés A et B, respectivement, ce qui permet à celle-ci de constituer entre elles une SE par voie de constitution d'une holding ou d'une filiale commune (voir article 2 paragraphe 2 point b) et paragraphe 3 point b)). Néanmoins, conformément à l'article 2 point c) de la directive, les sociétés X et Y ne sont pas considérées être des filiales des sociétés A et B. La directive ne peut pas être appliquée dans ce cas d'espèce de façon à les prendre en considération

³¹ A titre d'exemple, la 2ème directive bancaire (Deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, in JO n° L 386 du 30/12/1989 p. 0001 – 001) et la 7ème directive Droit des sociétés (Septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité, concernant les comptes consolidés, in JO n° L 193 du 18/07/1983 p. 0001 – 001) contiennent une définition de filiale proche (mais pas identique) à celle de la directive 94/45/CE et de la directive SE. En revanche, pour la directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents (JO n° L 225 du 20.08.1990 p.6) il suffit une participation d'au maximum 25% pour qu'une société puisse être considérée filiale d'une autre.

Il conviendrait dès lors de promouvoir une harmonisation des notions nationales de filiale aussi aux effets du règlement, même si celui-ci ne l'impose pas explicitement, en assimilant cette notion à celle de la directive. Ceci peut et doit se faire en utilisant la faculté conférée aux Etats membres par l'article 9 point c), sous-point i) du règlement d'adopter des dispositions spécifiquement applicables à la SE dans les domaines non couverts.

On aurait donc abouti à une coïncidence totale entre les définitions de filiale au titre du règlement et au titre de la directive, seule façon d'assurer la cohérence du système.

Liens de contrôle établis en dehors de l'UE

A cet égard, la question se pose de savoir si les liens de contrôle évoqués au point 1 du présent document de travail doivent nécessairement se contenir dans l'espace communautaire. Il est clair, tout d'abord, que, pour qu'une société ou un établissement puisse relever aux effets de la directive, ils doivent forcément relever du droit d'un Etat membre de l'UE.

Mais, est-ce que seules les filiales directes d'une société participante ou d'une filiale d'une société participante relevant du droit d'un des Etats membres de l'UE doivent être prises en compte aux effets de la directive? Ou, au contraire, doivent également être prises en compte à ces effets les filiales indirectes d'une société participante ou d'une de ses filiales relevant du droit d'un Etat membre, lorsque les liens de contrôle s'établissent par le biais d'une filiale intermédiaire située dans un Etat tiers.

La question se pose dans les mêmes termes pour ce qui concerne l'établissement.

Prenons un exemple: la société participante A, situé dans l'Etat membre X, contrôle la société B, située dans l'Etat membre Y, ainsi que la société Z, située dans un Etat tiers. La société Z contrôle, à son tour, la société B1, située dans l'Etat membre Y. Les sociétés B et B1 sont toutes les deux filiales de la société participante A, mais, pour cette dernière, le lien de contrôle s'établit en dehors de l'espace communautaire. Doit-elle être prise en compte au même titre que la société B?

A première vue, on serait incliné à répondre par la négative, du simple fait du principe de l'application territoriale de la directive, limitée à l'espace communautaire, ainsi que de l'absence de disposition explicite dans celle-ci prévoyant autrement. Néanmoins, l'analyse combinée du mode d'opération de la directive et du règlement semble conduire inéluctablement à la conclusion inverse.

En fait, quand le règlement prévoit les différentes formes de constitution d'une SE, il ne limite aucunement la prise en compte dans le cadre de ce processus de personnes morales relevant de pays tiers. Ce qu'il limite au seul territoire communautaire est la qualité de société participante (voir les différents paragraphes de l'article 2 du règlement, qui se réfèrent, tous à des sociétés relevant du droit d'un Etat membre).

Néanmoins, cette qualité vérifiée dans le chef des sociétés participantes, rien ne semble empêcher que des filiales ou des établissements de celles-ci situés dans des Etats tiers soient impliqués indirectement dans le processus. Cette implication paraît même inévitable dans

beaucoup de cas, puisque le périmètre des sociétés potentiellement intéressées à constituer une SE dépassera très souvent le territoire communautaire.

Quand, pas exemple, deux sociétés de deux Etats membres décident de fusionner pour constituer une SE, elles doivent être libres d'apporter à la future SE l'ensemble de leur actif, communautaire et extra-communautaire, y compris, donc, leurs filiales et établissements situées en dehors de l'UE. L'opération en soi est strictement communautaire, dans le sens que les sociétés participantes relèvent du droit d'Etats membres, mais ceci n'empêche nullement que l'opération de fusion économique sous-jacente transcende les frontières de l'UE. Autrement, on limiterait sérieusement la portée du Statut de la SE en tant qu'instrument de réorganisation internationale des activités des entreprises européennes (qui cumulent maintes fois cette qualité avec celle d'entreprises ou de groupes de dimension mondiale), et de recherche de la compétitivité des ces entreprises, qui se joue au niveau mondial.

D'ailleurs, si cette limite était imposée, la constitution d'une SE impliquerait une séparation préalable entre les activités communautaires et extra-communautaires des entreprises potentiellement intéressées dans le Statut, opération sans aucune logique économique (voire impossible à réaliser) et qui retirerait tout intérêt à l'accès à la SE.

Par ces motifs, des sociétés filiales des sociétés participantes situées dans des Etats tiers seront donc souvent associés au processus. Si tel est le choix des sociétés participantes, elles figureront par exemple dans le projet de fusion visé à l'article 20 du règlement comme base pour le calcul du rapport d'échange des actions. Et elles deviendront par la suite des filiales extra-communautaires de la SE, au même titre qu'elles l'étaient des sociétés participantes.

Cependant, ces filiales et établissements extra-communautaires n'interviennent pas directement dans le processus de constitution de la SE, autrement que pour déterminer l'actif de chaque société participante. Ils ne seront pas non plus associés aux procédures visées dans la directive: il leur manque la qualité de sujets de droit d'un Etat membre, seule qui leur permettrait (et obligerait) d'intervenir directement dans ces procédures. On ne peut donc pas y voir une quelconque application extra-territoriale du droit communautaire.

Cela étant, du simple fait de leur prise en compte aux effets mentionnés ci-dessus en rapport avec la détermination de l'actif des sociétés participantes, il semble nécessaire, par les mêmes raisons y invoqués, de prendre en compte les filiales et établissements communautaires de ces sociétés d'Etats tiers intégrés dans le périmètre des sociétés participantes. Y arrivés, force est de conclure que ces filiales et établissements communautaires qui se trouvent sous contrôle indirect des sociétés participantes à travers des relations de dominance dépassant le cadre de l'UE ne présentent aucune différence substantielle, aux effets de la directive, par rapport aux filiales et établissements de celles-ci dont le contrôle se circonscrit au territoire de l'UE.

La directive ne le précise pas. Il conviendra donc, si cette conclusion est acceptée, d'introduire dans les dispositions nationales de transposition une précision à cet égard.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 8

10 avril 2002

Définition d' "établissement" – Article 2 paragraphe d)

L' "établissement concerné" relève aux effets mentionnés dans la troisième colonne du tableau I au document de travail n° 6.

Ni la directive ni le règlement contiennent une définition d'établissement. En droit communautaire, ainsi que dans d'autres branches du droit, l'établissement se distingue de la filiale surtout du fait de l'absence d'autonomie juridique par rapport à la société dont il fait partie, c'est-à-dire, de l'absence de personnalité juridique propre. A titre d'exemple:

- la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (qui codifie toute une série de directives dites "bancaires" adoptées dès 1973), définit à son article premier point 3) "succursale" comme "un siège d'exploitation qui constitue une partie dépourvue de personnalité juridique d'un établissement de crédit et qui effectue directement, en tout ou en partie, les opérations inhérentes à l'activité d'établissement de crédit; plusieurs sièges d'exploitation créés dans le même État membre par un établissement de crédit ayant son siège social dans un autre État membre sont considérés comme une seule succursale;"
- le règlement "Insolvabilité"³² définit "établissement" à son article 2, point h), comme "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens."
- dans les textes successifs débattus au Conseil dans le cadre des discussions sur la proposition de directive visant à Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne figuraient des versions différentes. En septembre 2000, l'établissement était défini, à l'article 2 paragraphe 1 point 1bis, comme "un siège d'exploitation qui constitue une partie dépourvue de personnalité juridique d'une entreprise et dans lequel est exercé de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens". Plus tard, le texte de la position commune du Conseil sur cette proposition, adoptée en juillet 2001, reprenait des termes différents: " une unité d'exploitation (...) définie conformément à la

³² Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

législation et aux pratiques nationales, dans laquelle est exercée de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens". Ce texte est celui qui figure dans la version finale de la directive (Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002).

L'absence de personnalité juridique propre et d'autonomie par rapport à l'entité économique dans lequel il est intégré, l'exercice d'une activité économique et la stabilité ("d'une façon non transitoire") constituent les éléments communs à ces définitions, ainsi qu'à bien d'autres qu'on retrouve dans les droits nationaux (droit des sociétés, droit fiscal, etc.).

En tout état de cause, ni règlement ni la directive contenant aucune définition explicite d'"établissement", ont été amenés à considérer que les États membres seront libres de la préciser, s'ils le souhaitent.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 9

20 juin 2002

Définition de "filiale et établissement concerné" – Article 2 paragraphe d)

Selon l'article 2 point d) de la directive, "filiale ou établissement concerné" est:

"une filiale ou un établissement d'une société participante qui deviendrait une filiale ou un établissement de la SE lors de sa constitution".

Les filiales et établissements concernés relèvent surtout aux effets de la distribution des sièges et la désignation des membres du GSN (articles 3 paragraphe 2 points a) et b). En fait, même si les règles de la directive découlant du principe "avant-après"³³ concernent tout simplement les sociétés participantes³⁴ et pas leurs filiales et établissements concernés, ceux-ci sont pris en compte par la directive aux effets de la composition du GSN.

Ce traitement inégal semble logique. Pour ce qui concerne la préservation de l'acquis, qui constitue le principal but des dispositions qui traduisent le principe "avant-après", les seules entités pertinentes sont celles dont les systèmes d'implication des travailleurs peuvent être mis en cause par la constitution de la SE, c'est-à-dire, les seules sociétés participantes³⁵.

Par contre, lorsqu'il s'agit de négocier un accord sur les modalités de l'implication des travailleurs dans la future SE, il est apparu normal de faire participer à cette négociation non seulement les représentants des travailleurs des sociétés participantes mais aussi ceux de leurs filiales et établissements, dans la mesure où le dispositif d'implication à créer aura une dimension transnationale: il concernera la SE non seulement comme entité juridique propre, mais aussi comme direction centrale d'une entreprise de dimension transnationale ou comme société dominante d'un groupe d'entreprises de dimension

³³ Surtout les articles 3 paragraphe 4 (référence pour le calcul des pourcentages de travailleurs couverts par des systèmes de participation afin de déterminer les modalités de vote au sien du GSN, ainsi que pour déterminer le système de participation le plus élevé afin de vérifier s'il y a eu réduction des droits de participation) et 7 paragraphe 2 (idem pour ce qui concerne l'application de la partie 3 de l'annexe en cas d'échec des négociations).

³⁴ Voir Document de travail n° 6-Rev1.

³⁵ Voir néanmoins le point C du document de travail n° 6 ("Définition de sociétés participantes") qui évoque les problèmes pouvant découler de l'existence de systèmes nationaux de participation organisées à l'échelle du groupe.

transnationale. D'où le besoin d'associer dès le début à la démarche les représentants de toutes les parties et entités intéressées.

Il semble donc important de bien appréhender la notion de "filiale ou établissement concerné".

Cette notion comporte trois éléments:

1. Les notions de base de "filiale" et d' "établissement"
2. La qualité de dominée (pour la filiale) ou d'appartenance (pour l'établissement), d'une façon directe ou indirecte, par rapport à une société participante
3. La vocation à devenir une filiale ou un établissement de la SE dès la constitution de celle-ci.

On traitera successivement ces trois aspects.

1. Les notions de base de "filiale" et d' "établissement"

Bien évidemment, les définitions de "filiale" et d' "établissement" analysées dans les documents précédents conditionnent les notions de filiale ou établissement concerné. Les considérations exposées dans les Documents de travail n° 7 et 8 sont donc valables et applicables, au préalable, à la définition de "filiale et établissement concerné".

2. La qualité de dominée (pour la filiale) ou d'appartenance (pour l'établissement) par rapport à une société participante; liens directs et indirects

Pour qu'une société puisse être considérée une "filiale concernée" il faut, tout d'abord, qu'elle soit considérée comme filiale d'une société participante conformément aux dispositions qui transposent l'article 2 paragraphe c) de la directive (définition de filiale) dans le droit du pays où elle a son siège. La localisation de la société participante ne relève pas à cet effet, le lien de dominance pouvant être établi par rapport à une société participante établie soit dans le même Etat membre soit dans un autre Etat membre.

Le même principe s'applique en ce qui concerne la notion d' "établissement concerné", le lien de dominance devant être remplacé par un lien d'appartenance (puisque l'établissement n'a pas d'autonomie juridique par rapport à la société dont il fait partie).

Dans les deux cas, sont pertinents au même titre les liens directs et indirects. Pour ce qui concerne la filiale, cette conclusion s'impose de la lecture de l'article 3 de la directive 94/45/CE, auquel renvoi l'article 2 point c) de la directive SE, et notamment le paragraphe 3 de ce même article 3.

Même si la directive ne le dit pas explicitement, la même conclusion s'impose pour ce qui concerne l'établissement, notamment par les raisons évoquées dans la partie finale de l'introduction au présent document de travail sur la dimension transnationale des dispositifs d'implication des travailleurs à créer à travers la négociation.

Par conséquent, doivent être considérées comme "filiales ou établissements concernés":

- les filiales "directes" des sociétés participantes relevant ou non du même droit national;
- les établissements "directs" des sociétés participantes, situés ou non dans le même Etat membre;
- les filiales "indirectes" des sociétés participantes (filiales de filiales "directes" de sociétés participantes, filiales de filiales "indirectes"), pourvu toujours que puissent être établis entre elles les liens d' "influence dominante dont parle l'article 3 de la directive 94/45/CE;
- les établissements "indirects" des sociétés participantes (les établissements des filiales "indirectes" de ces sociétés).

3. La vocation à devenir une filiale ou un établissement de la SE dès la constitution de celle-ci.

Pas toutes les filiales et tous les établissements des sociétés participantes au sens évoqué précédemment sont des "filiales ou établissements concernés". L'article 2 point d) y ajoute une condition supplémentaire: pour qu'on puisse le considérer, il faut que ces filiales et ces établissements deviennent filiales ou établissements de la SE lors de sa constitution.

Cette condition additionnelle se comprend bien: si ce n'était pas le cas, alors rien ne justifierait la participation de représentants des leurs travailleurs au processus de négociation³⁶. Ils y participent dans la seule mesure où ils seront directement couverts par les dispositifs d'implication créés par la négociation, dès lors qu'ils seront incorporés dans le groupe dominé par la future SE .

Comment déterminer à l'avance quels sont les filiales et les établissements des sociétés participantes qui deviendront des filiales ou établissements de la SE lors de la constitution de celle-ci?

L'article 3 paragraphe 1 nous donne une partie de la réponse à cette question: il prévoit que, dès la naissance du projet de constitution d'une SE, les sociétés participantes doivent fournir des informations "concernant l'identité des sociétés participantes, des filiales ou établissements concernés"³⁷. Les intentions des sociétés participantes à cet égard seront donc connues dès le début du processus.

D'ailleurs, on y arriverait aussi par l'application de diverses dispositions du règlement.

Pour la fusion et la SE-holding, le règlement prévoit³⁸ que le processus de constitution de la SE commence par l'élaboration et publication d'un projet de fusion ou de constitution d'une société holding. Parmi les éléments qui doivent figurer dans ces projets figure (article 20

³⁶ Voir de nouveau la partie finale de l'introduction au présent Document de travail.

³⁷ Le mot "concernés" ne figure pas dans la version française de la directive publiée au JO. Néanmoins, il résulte de l'analyse comparative de toutes les versions linguistiques qu'il s'agit d'une erreur (les autres versions le mentionnent).

³⁸ Articles 20 et 32, respectivement.

paragraphe 1 point i), applicable aussi à la constitution d'une SE-holding³⁹) "des informations sur les procédures selon lesquelles les modalités relatives à l'implication des travailleurs sont fixées conformément à la directive 2001/86/CE".

D'autre part, ces mêmes dispositions constituent les sociétés participantes dans l'obligation d'inclure dans les projets susmentionnés "le rapport d'échange des actions et, le cas échéant, le montant de la soulte", pour la fusion, et un "rapport expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques de la constitution et indiquant les conséquences pour les actionnaires et pour les travailleurs de l'adoption de la forme SE", pour la SE-holding.

Il en ressort que la configuration et le périmètre final du groupe dont la SE sera la société dominante doivent nécessairement figurer dans ce rapport initial. On connaîtra donc dès le début les intentions des organes compétents des sociétés participantes à cet égard, ce qui permettra de distinguer ceux de leurs filiales et établissements qui deviendront des filiales et des établissements de la SE de ceux qui ne le deviendront pas.

Pour ce qui concerne la SE-filiale commune et la transformation, le règlement est beaucoup plus laconique, avec un renvoi total et partiel, respectivement, au droit national applicable. Il semblerait très utile que des dispositions nationales soient adoptées dans le même sens de celles évoquées plus haut en rapport avec la fusion et la SE-holding.

Enfin, il est utile de rappeler le fait que la configuration finale de l'opération de constitution de la SE, quelle que soit sa forme, peut diverger des intentions initiales des promoteurs⁴⁰. Si, en cours de route une filiale ou un établissement concerné, au sens expliqué plus haut, cesse de l'être du fait qu'il ne sera plus filiale ou établissement de la future SE, alors, il doit être exclu des procédures visées dans la directive. Cet aspect sera développé dans un document de travail séparé, consacré aux changements intervenus dans le périmètre envisagé de la SE au cours du processus de constitution de celle-ci.

³⁹ Voir article 32 paragraphe 2.

⁴⁰ Par exemple, en résultat des négociations entre les sociétés en question ou d'injonctions de la part des autorités de concurrence compétentes en matière de contrôle des concentrations.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 10

20 juin 2002

Définition de "travailleur"

Bien que la directive se réfère à plusieurs reprises aux "travailleurs", notamment dans la disposition qui nous occupe, elle n'en donne pas une définition explicite. Pour arriver à une interprétation et une application cohérentes, il semble utile d'évoquer le traitement de cette notion dans des situations différentes relevant du droit communautaire.

Dans le cadre du règlement 1408/71 sur l'application des systèmes de la sécurité sociale, il existe une définition: est travailleur salarié celui qui se trouve affilié à un régime de sécurité sociale des salariés (voir article 1) ou assimilés (Cour de Justice, arrêt du décembre 1968 - 19/68 - de Cicco - Rec. 700).

Sur le plan de la libre circulation (règlement 1612/68) il n'existe pas de définition explicite dans le texte du règlement mais il existe un concept communautaire de "travailleur salarié" résultant des arrêts de la Cour de Justice⁴¹. Dans ce cadre, un travailleur salarié est caractérisé par trois éléments:

- une activité économique, ce qui exclut l'activité simplement bénévole, ou le cas de la personne en réinsertion sociale;
- une rémunération, qui peut être exclusivement en nature. Elle peut être d'appoint, inférieure au salaire minimum; il suffit qu'elle existe;
- une subordination; le terme n'est pas à interpréter strictement, mais permet de distinguer le travailleur salarié du travailleur indépendant, celui qui travaille pour son propre compte, à ses risques et profits. La Cour de Justice souligne dans tous ces arrêts, que le concept doit être uniforme dans toute la communauté.

La directive sur l'insolvabilité de l'employeur (80/987/CEE) prévoit dans son article 2 (2), qu'elle ne porte pas atteinte au droit national en ce qui concerne la définition du terme "travailleur salarié". Dans ce cadre-là, il n'existe pas de définition communautaire. La définition est effectuée par les législations nationales.

Il convient de souligner la différence fondamentale entre les dispositions citées et la présente directive (ainsi que la directive sur les comités d'entreprise européens). Sur le plan de la sécurité sociale, de la libre circulation et de l'insolvabilité, la législation européenne crée des droits

⁴¹ Voir arrêt du 23/03/82 - 53/81 - Levin - Rec. 1035, arrêt du 31/05/89 - 344/87 - Beltray - Rec. 1621 et autres.

individuels pour les travailleurs. C'est donc essentiel de savoir si chaque individu est ou non couvert par la législation.

Il en est autrement pour ce qui concerne la présente directive (comme c'était déjà le cas pour la directive 94/45/CE qui ne contenait non plus aucune définition explicite de "travailleurs"). La présente directive mentionne la notion du "travailleur":

- quand elle définit l'objectif de la directive (l'information et la consultation des travailleurs, article 1 (1));
- quand elle fixe la clé de répartition géographique des membres du GSN (référence au pourcentage de 10% ou fraction à l'article 3 paragraphe 2 point a), sous-point i));
- quand elle fixe des pourcentages permettant de déterminer les modalités de vote au sein du GSN (article 3 paragraphe 4) et de déclencher l'application des règles subsidiaires de l'Annexe (article 7 paragraphe 2);
- dans un certain nombre d'autres dispositions (en matière de représentation etc.).

On peut dire que l'essentiel des droits accordés aux travailleurs par la directive s'exerce de façon collective. La notion du "travailleur" ne sert donc pas principalement à l'identification d'une personne à qui on accorde un droit individuel mais principalement à la définition du champ d'application de la directive⁴².

Ceci étant et considérant que dans le contexte de la présente directive la notion de "travailleur" n'est pas aussi importante que dans des autres cas, il semble être acceptable que chaque État membre prenne en compte les définitions déjà existantes dans le droit national en matière de l'information, de consultation et de participation⁴³.

Cette vision des choses peut d'ailleurs être constaté dans deux textes communautaires récents ou en cours d'adoption:

- la directive "transferts d'entreprises" dont l'article 2 paragraphe 1 point d) définit "travailleur" comme "toute personne qui, dans l'Etat membre concerné, est protégé en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi";
- la directive "information et consultation dans la CE (directive 2002/14/CE), dont l'article 2, point d) "travailleur" d'une façon identique à celle de la directive "transferts d'entreprises", avec l'ajout d'une référence aux pratiques nationales.

⁴² Et aussi à d'autres fins nettement marginales. Voir, par exemple, la règle fixée au point a) de la Partie 1 de l'Annexe, selon laquelle seulement les travailleurs de la SE et de ses filiales et établissements peuvent être membres de l'organe de représentation.

⁴³ Ce qui veut dire que sera considéré "travailleur" dans chaque Etat membre aux effets de l'application de la présente directive celui qui sera visé comme, implicitement ou explicitement, comme tel dans les dispositions nationales de transposition de celle-ci. Cette affirmation ne semble pas être contrarié par ce qui dispose l'article 6 de la directive, qui fixe la règle selon laquelle la législation applicable à la procédure de négociation est celle du pays du siège futur de la SE. Il est raisonnable de considérer que cette règle s'applique à la seule procédure de négociation.

Ceci étant, il convient de rappeler les limites à la discrétion des Etats membres dans ce domaine qui leur sont imposés par d'autres textes communautaires, concernant notamment certaines formes de travail dites "atypiques". C'est le cas de la clause 4 de l'Annexe de la directive 97/81/CE du 15 décembre 1997 (qui étend *erga omnes* l'accord conclu entre les partenaires sociaux au niveau communautaire sur le travail à temps partiel)⁴⁴, qui interdit un traitement moins favorable des travailleurs à temps partiel par rapport aux travailleurs à temps plein comparables pour ce qui concerne les conditions d'emploi. Le paragraphe 2 de cet article fixe, à son tour, le principe du "*pro rata temporis*"

Anticipant d'ailleurs la fixation de ces règles, la directive 94/45/CE avait déjà prévu, à son article 2 paragraphe 2, le principe de la prise en considération des travailleurs à temps partiel, tout en admettant des adaptations lors de sa transposition, par le biais d'un renvoi aux législations et/ou pratiques nationales⁴⁵.

Pour ce qui est du travail à durée déterminée, régi par la directive 99/70/CE du 28.6.1990⁴⁶, qui étend *erga omnes* l'accord conclu en cette matière par les partenaires sociaux au niveau communautaire, les paragraphes 1 et 2 de la clause 4 de l'annexe contiennent des dispositions identiques à celles mentionnées auparavant en rapport avec les travailleurs à temps partiel. Le texte de l'accord est néanmoins plus précis, dans la mesure où il stipule, dans sa clause 7, le principe de la prise en compte obligatoire des travailleurs à durée déterminée pour le calcul des seuils de travailleurs ouvrant droit à la constitution d'instances de représentation aux fins de l'information et la consultation des travailleurs.

Enfin, la proposition récente de la Commission sur le travail temporaire fixe des principes identiques à ceux visés dans les textes précédents.

⁴⁴ JO n° L 14 du 20.12.1998, p.10.

⁴⁵ Ceci a fait l'objet d'une déclaration commune Conseil/Commission incluse dans le procès-verbal de la réunion du Conseil, selon laquelle ces travailleurs pourraient être pris en compte au *pro rata temporis*. A l'époque, le Groupe d'experts a confirmé cette orientation.

⁴⁶ JO n° L 175 du 10.7.1999, p. 43.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 11

2 octobre 2002

La méthode de calcul du nombre de travailleurs employés

Contrairement à ce qui se passe avec la directive 94/45/CE (comités d'entreprise européens), la présente directive ne contient aucune indication sur la façon dont doivent être calculés les effectifs des différentes entités (la SE, ses filiales et établissements, les sociétés participantes et les filiales et établissements concernés de celles-ci) y visées.

Ceci s'explique sûrement en vertu de l'absence d'un seuil d'effectifs général dans le cadre de la présente directive, qui a occulté le sujet. Néanmoins, la façon de calculer les seuils d'effectifs est loin d'être anodine. Elle relève au moins aux effets suivants:

- pour fixer la clé de répartition géographique des membres du GSN (référence au pourcentage de 10% ou fraction à l'article 3 paragraphe 2 point a), sous-point i));
- pour fixer des pourcentages permettant de déterminer les modalités de vote au sein du GSN (article 3 paragraphes 4 et 6);
- pour fixer les pourcentages déclenchant l'application des règles subsidiaires de l'Annexe (article 7 paragraphe 2);
- pour déterminer le nombre de travailleurs nécessaire pour provoquer la reconvoction du GSN dans le cas visé à l'article 3 paragraphe 6).

La disposition y afférente de la directive 94/45/CE (article 2 paragraphe 2) dit ce que suit:

"Aux fins de la présente directive, les seuils d'effectifs sont fixés d'après le nombre de travailleurs, y compris les travailleurs à temps partiel, employés au cours des deux années précédentes, calculé selon les législations et/ou pratiques nationales."

A l'époque, les principales difficultés d'interprétation et d'application de cette disposition concernaient la façon de calculer les travailleurs à temps partiel, aujourd'hui dépassée⁴⁷ et réglée, et la date de référence pour le calcul du nombre de travailleurs employés au cours des deux années précédentes⁴⁸.

⁴⁷ Voir Document de travail n° 10.

⁴⁸ Les dispositions nationales de transposition de la directive et la pratique s'ayant stabilisées au tour de la date de la demande de négociation visée à l'article 5 paragraphe 1 de la directive.

La question se pose autrement dans le cadre de la présente directive, puisqu'il ne s'agit pas ici de vérifier le dépassement d'un seuil d'effectifs ouvrant droit à obtenir le déclenchement d'un processus de négociation, mais plutôt de déterminer le poids relatif de la main d'œuvre employée (en termes géographiques ou en termes de couverture ou non-couverture par un système de participation), ainsi qu'au cas très particulier de la reconvoque possible du GSN visée à l'article 3 paragraphe 6.

Il n'est donc pas question ici de moyenne de travailleurs employés au cours d'une période de référence. La directive ne l'autorise d'ailleurs pas. Le calcul doit être instantané et consister à quantifier le nombre de travailleurs employés.

La seule question qui peut soulever des doutes est celle de savoir, par rapport aux quatre situations évoquées au début de ce document, à quel moment faire le calcul.

Pour ce qui concerne le droit de reconvoque du GSN, il semble indiscutable que le pourcentage de 10% des travailleurs de la SE et de ses filiales établissements exigés par l'article 3 paragraphe 6 4ème alinéa de la directive doit être vérifié au moment même de la présentation de la demande.

Pour ce qui concerne la fixation des pourcentages déclenchant l'application des règles subsidiaires de l'Annexe (article 7 paragraphe 2), le calcul doit forcément être fait, au moment où l'application de l'annexe devient inévitable, c'est-à-dire, une fois constaté l'échec des négociations⁴⁹.

Pour ce qui concerne les deux autres situations mentionnées ci-dessus, il pourrait paraître licite de considérer que ce moment devait être celui qui est pertinent en fonction des différentes fins visées:

- pour la fixation de la clé de répartition géographique des membres du GSN (référence au pourcentage de 10% ou fraction à l'article 3 paragraphe 2 point a), sous-point i)), le moment où le GSN est constitué⁵⁰;
- pour la fixation des pourcentages permettant de déterminer les modalités de vote au sein du GSN (article 3 paragraphes 4 et 6), le moment de chaque vote.

Néanmoins, une telle orientation risquerait de trop compliquer le fonctionnement du GSN et la réalisation de votes, dans la mesure où il serait nécessaire de recalculer le nombre de travailleurs employés avant chaque vote, opération qui peut se révéler complexe et longue.

⁴⁹ Il semble inévitable qu'un constat d'échec des négociations soit fait, seule façon de permettre le contrôle de légalité. Cette question sera abordée à un moment ultérieur des travaux.

On pourrait envisager de choisir plutôt le moment de l'immatriculation de la SE, mais cela soulèverait des difficultés pratiques liées au fait que, si participation il y a (ou peut-être en tout cas) des démarches préalables à l'immatriculation s'avèreront probablement nécessaires (information des actionnaires avant l'assemblée générale, possible transcription des règles de participation dans le statut de la SE en question, etc.).

⁵⁰ La question des changements intervenus au cours du processus de négociation est analysée au point 1.7 du document de travail n° 16.

Il semble donc raisonnable de considérer que le calcul initial fait au moment de l'ouverture du processus et qui fait l'objet de la communication visée à l'article 3 paragraphe 1 de la directive restera applicable tout au long de la période de fonctionnement du GSN, y compris aux effets des votes réalisés par celui-ci. Ceci sans préjudice d'un réexamen possible de ce calcul à la suite d'un constat de changement important dans les effectifs des sociétés participantes et de leurs filiales et établissements concernés entraînant une recomposition du GSN⁵¹. Un tel calcul révisé servirait alors pour le processus de vote au sein du GSN recomposé.

Cette orientation consistant à ne tenir compte aux effets des votes que des changements si importants qu'ils entraînent la recomposition du GSN concilie le besoin d'effectivité et de représentativité du GSN et le besoin de sauvegarder la viabilité fonctionnelle du système.

La directive ne contenant de règles précises sur ce sujet qui est décisif pour le bon fonctionnement du GSN, il serait souhaitable que les dispositions nationales de transposition précisent ces orientations.

⁵¹ Voir *infra*, points 1.4, sur la représentativité du GSN et 1.8 sur les changements intervenus.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 12

2 octobre 2002

La définition de "représentants des travailleurs" – Article 2 paragraphe e)

Selon l'article 2 point e) de la directive, "représentants des travailleurs", sont:

"les représentants des travailleurs prévus par la législation et/ou la pratique nationales"

Il s'agit d'une définition (ou plutôt, d'un renvoi) devenue classique dans le droit du travail communautaire. Elle a résisté littéralement inchangée plus d'un quart de siècle, se promenant de directive en directive, dès la version originale de la directive "licenciements collectifs"⁵², jusqu'à la récente directive sur l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne⁵³, passant par la directive "transferts d'entreprises"⁵⁴, et la directive "comités d'entreprise européens"⁵⁵.

Cette disposition mérite d'être analysée sous deux perspectives différentes:

- sa portée en ce qui concerne les obligations y imposées aux États membres, sous le point de vue de la contrainte juridique ainsi que des prérogatives dont ils jouissent dans la mise en œuvre de la disposition;
- les pratiques nationales de représentation des travailleurs sur le lieu de travail, ainsi que l'expérience récente en matière de transposition de la disposition correspondante de la directive 94/45/CE.

Quelles obligations incombent-elles aux États membres?

A l'égard des dispositions correspondantes des directives auparavant évoquées, des débats jurisprudentiels tendus ont eu lieu au niveau communautaire, notamment à propos des directives "licenciements collectifs" et "transferts d'entreprises". Il s'agit surtout des affaires Commission contre le Royaume-Uni n° C-382/92 et C-383/92.

Il en résulte très clairement que, d'une part, chaque Etat membre doit prévoir dans son droit interne un droit des travailleurs de se faire représenter sur le lieu de travail (variable

⁵² Directive 98/59/CE, du 20 juillet 1998, in JO L 225 du 12.08.98 (qui codifie les directives 75/129/CEE et 92/56/CEE).

⁵³ Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002, in JO L 80 du 23.3.2002, p. 29.

⁵⁴ Directive 2001/23/CEE, du 12 mars 2001, in JO L 82 du 22.03.2001 (qui codifie les directives 77/187/CE et 98/50/CE).

⁵⁵ Abondamment citée dans les documents de travail précédents.

selon les directives) aux fins d'exercer collectivement son droit à l'information et la consultation⁵⁶; et, d'autre part, que le choix des formes et des modalités de représentation appartient à chaque Etat membre.

Les représentants des travailleurs dans la pratique nationale

La liberté accordée par la directive aux États membres découle inéluctablement de l'énorme diversité des formes et des niveaux de représentation existant au niveau des États membres de l'Union européenne. Une harmonisation ou même un simple rapprochement ou concertation entre les États membres à cet égard semble extrêmement difficile et, en tout cas, indésirable, puisque ces formes de représentation très diverses trouvent leurs racines dans l'histoire vieille de plus d'un siècle du mouvement ouvrier, qui, malgré l'internationalisme radical qui a caractérisé celui-ci à certaines époques, a suivi son cours d'une façon séparée dans chaque pays, influencé par des facteurs surtout nationaux. Les droits et les pratiques nationales actuelles traduisent l'évolution de chaque pays, les rapports de force y existant entre les acteurs sociaux, les équilibres que ceux-ci ont pu trouver entre eux, le rôle et le poids différent de la négociation collective, etc.

L'annexe du Rapport Davignon nous donne un aperçu fidèle de cette diversité:

1. Les deux modèles de représentation des salariés

- Dans le "canal unique", développé par voie contractuelle, les syndicats constituent l'interlocuteur unique ou privilégié de l'employeur. Le mode essentiel d'intervention y est la négociation. Les délégués syndicaux assurent toute la représentation en Suède, Finlande, Islande, Irlande, Royaume Uni. Il existe aussi des organes unitaires ou mixtes de représentation, dont les fonctions renforcent ou complètent celles des délégués syndicaux en Norvège, au Danemark, en Italie et de façon variable au Royaume-Uni. Au Royaume-Uni et en Irlande, la reconnaissance des syndicats par les employeurs se fait sur une base volontaire, hormis en certaines circonstances déterminées (licenciements collectifs par exemple).
- Dans le système de double représentation (ou système dualiste), développé sur une base légale, la représentation de l'ensemble du personnel dans l'entreprise passe par une instance élue, qui constitue un second pôle de représentation aux côtés de l'action syndicale de revendication et de négociation. Son mode essentiel d'intervention est l'information - consultation. Cette instance n'est constituée que de salariés en Allemagne, Autriche, Espagne, Grèce, au Portugal, Liechtenstein et aux Pays-Bas. Elle est présidée par l'employeur en France et en Belgique et est mixte au Luxembourg.

Hormis au Portugal, en Norvège et au Luxembourg où la mise en place des organes s'effectue à l'échelle de l'entreprise, le niveau premier de représentation et d'intervention des représentants des salariés est l'établissement, ou entité technico-organisationnelle.

⁵⁶ Ainsi que, ajoutons nous, de négocier un accord conformément à la présente directive.

Lorsqu'il existe plusieurs établissements au sein d'une même entreprise ou entité juridique, une structure de coordination des représentations est généralement formée mais n'est obligatoire que dans une minorité de pays.

A l'échelle des groupes d'entreprise, dont la définition est plus ou moins restrictive selon les cas, la France est le pays où la représentation, au travers des comités de groupe, est la plus développée. Dans les autres pays, la représentation à ce niveau est récente (Autriche, Norvège, Finlande), réservée à la négociation (Suède), d'application variable (Allemagne, Pays-Bas, Italie), très limitée (Royaume-Uni, Grèce) voire inexistante.

Tableau 2: les représentations compétentes en matière économique

Pays	Représentation	Seuil	Membres	Président	Mode d'intervention			
					Inf°	Cons°	Codet	Négoc°
Allemagne	Betriebsrat	5	élus	élu	xx	Xx	xx	x
Autriche	Betriebsrat	5	élus	élu	xx	Xx	xx	x
Liechtenstein	Betriebskommission	50	élus	élu	x	X		
Pays-Bas	Ondernemingsraad Conseil d'entreprise	50	élus	élu	xx	Xx	x	x
Espagne	Comite de empresa	50	élus	élu	x	X		x
Portugal	Comissões de trabalhadores Commission de travailleurs	-	élus	élu	x	x		x
Grèce	Conseil des travailleurs	50 (20)	élus	élu	x	x		x
France	Comité d'entreprise	50	élus + direction	employeur	xx	xx		x
Belgique	Conseil d'entreprise	100 (50)	élus + direction	employeur	xx	xx		x
Luxembourg	Comité mixte d'entreprise	150 (DP: 15)	1/2 élus 1/2 direction	employeur	xx	xx		x
Danemark	Samarbejdudvalg Comité de coopération	35 (DS: 5-6)	1/2 élus 1/2 direction	employeur	xx	xx		x
Norvège	Bedriftutvalg Comité d'entreprise	100 (DS: -)	1/2 élus 1/2 direction	alternant	xx	xx		x

Italie	RSU Représ° syndicale unitaire	15	2/3 élus 1/3 désignés	élu ou désigné	x	x		xx
Royaume -Uni	shop stewards (joint consultative com.)	- -	désignés (mixte)	- (variable)	x (x)	(x)		xx
Irlande	shop stewards	-	désignés	-	x	x		xx
Suède	Förtroendeman Délégués syndicaux	-	désignés	-	x	x	x	xx
Finlande	Luottamusmies Délégation syndicale	- (30)	désignés	Désigné	x	x	x	xx
Islande	Délégués syndicaux	5	désignés	-	x			xx

L'expérience de la transposition de la directive 94/45/CE

La façon dont les États membres ont utilisé cette faculté lors de la transposition de la directive 94/45/CE illustre ces propos. Il est utile de rappeler les choix alors faits, non seulement comme source d'information réciproque qui peut s'avérer utile, mais aussi puisque la probabilité est forte que les options prises par les États membres lorsqu'ils auront à transposer la présente directive ne s'en écarte pas substantiellement⁵⁷. On citera seulement les modalités de désignation au Groupe spécial de négociation, mais celles relatives au comité d'entreprise européen sont assez proches, voire identiques⁵⁸.

La nomination des représentants du GSN s'est organisée dans chaque pays en fonction et en corrélation avec les structures actuelles de représentation du pays.

Belgique: élection par les membres du conseil d'entreprise ou, à défaut, par le comité chargé de la santé et de la sécurité. A défaut, la commission paritaire peut permettre à la délégation syndicale de choisir les membres du GSN pour la Belgique.

Danemark: élection par les représentants du comité de coopération, sinon par les shop stewards, sinon élection par les salariés.

Allemagne: désignation par les structures existantes dans l'ordre suivant: comité de groupe, conseil central d'entreprise, comité d'établissement .

⁵⁷ Même si rien n'oblige les États membres à faire les mêmes choix cette fois-ci, il en reste que les options retenues traduisent l'état du droit et de la pratique de la représentation des travailleurs dans chaque pays, domaines où l'innovation est rare.

⁵⁸ Les informations qui suivent ont été prises surtout du Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'état d'application de la directive concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (Directive du Conseil 94/45/CE du 22 septembre 1994)- Document COM(2000)188 final, du 04.04.2000.

Grèce: élection selon l'ordre suivant: par les organisations syndicales; en leur absence, par le comité d'entreprise; par les travailleurs.

Espagne: désignation d'un commun accord entre les représentations syndicales qui dans leur ensemble forment la majorité des membres du (des) comité(s) d'entreprise ou, le cas échéant, des délégués du personnel, ou bien par accord entre la majorité des membres de ces comités et délégués.

France: désignation par les organisations syndicales parmi les membres élus du comité d'entreprise ou d'établissement ou parmi les représentants syndicaux dans le groupe; à défaut d'organisation syndicale dans le groupe en France, élection par les salariés.

Irlande: désignation ou élection par les salariés, possibilité d'un accord entre la direction centrale et les salariés.

Italie: désignation par les organisations syndicales signataires de la convention collective. En leur absence, accord entre les organisations syndicales et la direction centrale sur la désignation des membres.

Luxembourg: désignation par les membres des délégations du personnel.

Pays-Bas: élection par le comité constitué au niveau le plus élevé: comité de groupe, comité central, comité d'entreprise; si tous les comités d'entreprise ne sont pas représentés dans ces autres comités, la désignation doit être faite conjointement par ces comités non représentés et le comité de groupe; si une partie des travailleurs n'est pas représentée au comité d'entreprise, ces derniers doivent pouvoir s'exprimer sur le choix des membres du GSN; en l'absence de comité d'entreprise, élection par les salariés .

Autriche: désignation par les structures existantes dans l'ordre suivant: comité de groupe, conseil d'entreprise, comité d'établissement; les représentants syndicaux peuvent être désignés comme membres du GSN même s'ils ne sont pas membres d'un comité d'entreprise.

Portugal: désignation d'un commun accord entre, successivement, les instances élues et les syndicats, entre les instances élues s'il n'y a pas de syndicats représentés dans l'entreprise ou l'établissement, entre les syndicats représentant au moins les 2/3 des travailleurs, entre les syndicats représentant au moins 5% des travailleurs; faute d'accord, en absence de désignation, en l'absence d'instance élue et de syndicat ou à la demande d'au moins 1/3 des travailleurs, les représentants au GSN sont élus par suffrage direct et secret, sur base de listes présentées par au moins 100 ou 10% des travailleurs.

Finlande: organisation d'une élection par accord; faute d'accord l'élection doit être organisée par les délégués à la santé et à la sécurité et délégués du personnel le plus représentatifs.

Suède: élection par le syndicat signataire de la convention collective de l'entreprise qui exerce le contrôle; s'il existe plusieurs syndicats, ils doivent négocier un accord pour

organiser l'élection; faute d'accord, le syndicat le plus représentatif procède à la désignation.

Royaume-Uni: élection par suffrage direct et secret par les travailleurs, sauf s'il y a un "Consultative Committee" avec des compétences en matière d'élection des membres du GSN.

Ainsi, dans tous les pays qui laissent au comité d'entreprise ou aux représentants internes à l'entreprise une part importante de la représentation des travailleurs, notamment sur le terrain de l'information et la consultation des travailleurs (ou de la codécision), la nomination des membres du GSN est effectuée par leur intermédiaire. Le rôle central est ainsi donné au comité d'entreprise (ou au comité central d'entreprise ou au comité de groupe) en Allemagne, Autriche, Danemark, Finlande, France, Pays-Bas, Belgique, et un rôle subsidiaire est donné aux délégués du personnel ou shop stewards au Danemark et en Belgique.

Les organisations syndicales ont un rôle central de désignation en Italie, en Grèce, au Portugal et en Espagne, conjointement avec le comité d'entreprise.

Mais elles ont aussi un rôle indirect, soit parce que les organisations syndicales élaborent les listes sur lesquelles se trouvent les élus (France, Suède) soit parce qu'elles jouent un rôle essentiel pour la constitution des comités d'entreprise ou de groupe, soit parce que les membres du GSN doivent obligatoirement avoir été élus sur des listes élaborées par les organisations syndicales (France), ou être les titulaires de la désignation à titre subsidiaire (Belgique).

Les élections qui sont organisées en Suède parmi les représentants des syndicats signataires de la convention collective applicable permettent aussi aux organisations syndicales de jouer un rôle important.

Le système d'élection en Irlande ne peut pas, en raison du mode volontaire de représentation de ce pays, s'ancrer sur une représentation déjà existante. L'élection par tous les salariés peut aussi être remplacée par un accord signé entre les salariés et la direction de chaque entreprise concernée par la représentation transnationale.

En l'absence de l'instance chargée à titre principal de la désignation ou de l'élection des membres du GSN, les États membres retiennent des systèmes variés: soit cette désignation est confiée aux délégués du personnel (Belgique, Danemark) ou aux délégués à la santé et à la sécurité (Belgique, Finlande), soit les membres sont désignés par accord entre la direction centrale et les organisations syndicales (Italie) ou les salariés (Irlande), soit une élection par tous les salariés est organisée (France, Pays-Bas, Portugal). En Suède, en l'absence d'un syndicat lié par un accord collectif avec l'entreprise de contrôle, l'organisation locale de travailleurs qui regroupe le plus grand nombre de salariés est à titre subsidiaire chargée de la désignation.

Trois États membres seulement n'ont pas prévu de mécanismes subsidiaires: l'Espagne, l'Allemagne et l'Autriche. Dans ces pays, les travailleurs ont droit à la constitution d'une

représentation des travailleurs et l'absence de constitution de comité d'établissement leur est imputable. En outre, le seuil de constitution de ces comités est faible (5 salariés en Autriche et en Allemagne, 6 en Espagne).

Enfin, on peut souligner que tous les États membres ont eu pour souci d'assurer la représentativité des travailleurs et de mettre en place un système de désignation des membres du GSN qui soit en harmonie avec les structures internes de représentation et qui se conjugue avec le rôle dévolu, dans chaque pays, aux organisations syndicales.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 13

20 juin 2002

La définition d' "information" – Article 2 paragraphe i)

"i) "information", le fait que l'organe représentant les travailleurs et/ou les représentants des travailleurs sont informés, par l'organe compétent de la SE, sur les questions qui concernent la SE elle-même et toute filiale ou tout établissement situé dans un autre État membre ou sur les questions qui excèdent les pouvoirs des instances de décision d'un État membre, cette information se faisant à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs d'évaluer en profondeur l'incidence éventuelle et, le cas échéant, de préparer des consultations avec l'organe compétent de la SE;"

Pour la première fois dans le droit communautaire, on définit dans la présente directive ce qu'on entend par information des travailleurs. Ni les directives des années 1970 (sur les licenciements collectifs et les transferts d'entreprise), ni la directive 94/45/CE (sur les comités d'entreprise européens) contiennent une telle définition.

A son tour, la directive 2002/14/CE relative à l'information et la consultation des travailleurs dans la CE définit "information" comme "la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de leur permettre de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner"⁵⁹.

Les raisons qui justifient qu'on ait passé du silence des premières directives à des formules assez développées, mais pas totalement coïncidentes, dans les textes plus récents constituent l'objet de la première partie du document de travail. Par la suite, on analysera les éléments de cette définition plus liés aux spécificités de la SE.

⁵⁹ La Commission avait proposé dans sa proposition originale le libellé suivant: "la transmission par l'employeur aux représentants des travailleurs d'informations avec les données pertinentes concernant les sujets énumérés à l'article 4 paragraphe 1, à un moment, d'une façon et avec un contenu qui assurent l'effet utile de cette démarche et notamment de façon à permettre aux représentants des travailleurs de procéder à un examen approprié et de préparer, le cas échéant, la consultation. Il est important de souligner le fait que le texte final de la directive n'est pas en retrait par rapport à la proposition initiale de la Commission: la partie manquante du texte ("à un moment, d'une façon et avec un contenu qui assurent l'effet utile de cette démarche et notamment de façon à permettre aux représentants des travailleurs de procéder à un examen approprié et de préparer, le cas échéant, la consultation") a tout simplement été déplacée aux articles 1 paragraphe 2 et 4 paragraphe 3 de la directive.

Dans le cadre des directives "licenciements collectifs" et "transferts d'entreprises", l'information n'était pas définie. Néanmoins, dans les deux cas, le contenu de l'information à fournir aux représentants des travailleurs était bien précisé (voir article 2 paragraphe 3 de la directive "licenciements collectifs" et article 6 paragraphe 1 de la directive "transferts d'entreprises")⁶⁰. La liste des données à fournir, même si elle n'était pas exhaustive⁶¹ clarifiait la portée de l'obligation d'information et rendait donc dispensable une définition.

La directive 94/45/CE aborde ce sujet sous une perspective différente: tout d'abord, il n'était pas question de préciser en détail le contenu de l'obligation d'information à travers une liste comparable à celle des directives précédentes. Ceci irait à l'encontre de l'approche volontaire et de primauté à la libre négociation entre les parties concernées qui constitue l'élément central (et le plus innovateur à l'époque) de cette directive. On souhaitait précisément éviter des dispositions trop prescriptives et trop limitatives de l'autonomie des parties comme le serait l'établissement d'une liste des données à fournir aux représentants des travailleurs, soit dans une définition d' "information", soit dans une disposition matérielle.

Ensuite, on a estimé suffisant, dans ce cas concret comme pour ce qui concerne beaucoup d'autres éléments de la directive 94/45/CE, de laisser aux règles subsidiaires de l'annexe de la directive (applicables seulement en cas d'échec des négociations entre les parties concernées) le détail sur le contenu de l'obligation d'information. Ce qui est fait par la combinaison des normes des deux alinéas du point 2 de l'Annexe de cette directive.

Pourquoi alors s'être écarté de ce schéma dans la présente directive, si proche de la directive sur les comités d'entreprise européens en ce qui concerne l'équilibre délicat entre le prescriptif et le librement négocié ? Pourquoi une définition d' "information" dans ce texte, alors qu'on aurait pu aboutir au résultat visé (préciser le contenu de l'obligation en question) à travers des dispositions subsidiaires de l'Annexe ?

La réponse à cette question, comme à d'autres relatives à des divergences de fonds entre les dispositifs des deux directives se trouve dans la jurisprudence "Vilvorde", qui se base sur la notion d'effet utile", largement travaillée par la Cour de Justice.

Cette technique législative communautaire, qui consiste à affirmer des principes généraux plutôt qu'à énumérer la liste des actes à accomplir pour bien se déshonorer de l'obligation d'information, laisse aux Etats membres le choix entre reproduire dans les dispositions nationales la définition de la directive ou procéder, en s'y inspirant, à des précisions sur le contenu de l'information, par le biais, par exemple, d'un catalogue de données à fournir aux représentants, ainsi que sur une définition précise du moment et de la forme par

⁶⁰ Avec le degré de détail qui était caractéristique à l'époque: on mentionne les motifs du projet de licenciements ou de transfert, le nombre et les catégories des travailleurs habituellement employés et à licencier, les critères de choix, les mesures envisagées à l'égard des travailleurs, etc.

⁶¹ Voir la référence générale à l'obligation pour l'employeur de fournir "tous renseignements utiles" à l'article 2 paragraphe 3 point a) de la directive "licenciements collectifs" et l'utilisation de l'adverbe "notamment" à l'article à l'article 6 paragraphe 3 deuxième alinéa de la directive "transferts d'entreprises".

lesquels ces données doivent être fournies. Les deux façons de procéder semblent également conformes à la directive.

Il faudra en plus traduire en droit national la notion de "transnationalité" qui figure dans la définition communautaire d' "information": "(...) sur les questions qui concernent la SE elle-même et toute filiale ou tout établissement situé dans un autre Etat membre ou sur les questions qui excèdent les pouvoirs des instances de décision d'un Etat membre (...)".

La première partie de cette référence est identique à celle qu'on retrouve à l'annexe de la directive 94/45/CE (point 1a)). La deuxième partie est innovante et élargi le champ d'application de la notion, dans la mesure où seront considérées transnationales les questions qui concernent un seul Etat membre à partir du moment où la décision en question a été prise ailleurs. Par exemple, une restructuration transnationale qui affecte un seul Etat membre (et possiblement d'autres pays en dehors de l'UE) ne serait pas couverte par la directive 94/45/CE; elle le sera par la présente directive, pourvu que la décision en question ait été prise dans un Etat membre autre que celui où les effets de la celle-ci se font sentir.

Cette définition de transnationalité élargie par rapport à la directive 94/45/CE doit être traduite en droit national, avec d'éventuelles précisions.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 14

2 octobre 2002

La définition de "consultation" – Article 2 paragraphe j)

- j) *"consultation", l'instauration d'un dialogue et l'échange de vues entre l'organe représentant les travailleurs et/ou les représentants des travailleurs et l'organe compétent de la SE, à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs, sur la base des informations fournies, d'exprimer un avis sur les mesures envisagées par l'organe compétent, qui pourra être pris en considération dans le cadre du processus décisionnel au sein de la SE;*

Contrairement à ce qui se passe avec l'information, des définitions de « consultation des travailleurs » étaient déjà connues du droit communautaire à l'époque de l'adoption de la présente directive. Les directives "licenciements collectifs" et "transferts d'entreprises" omettent une telle définition, mais la directive 94/45/CE définit "consultation" comme "l'échange de vues et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et la direction centrale ou tout autre niveau de direction plus approprié".

A son tour, la directive 2002/14/CE relative à l'information et la consultation des travailleurs dans la CE définit "consultation" d'une façon très proche à celle de la directive 94/45/CE: *"l'échange de vues et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et l'employeur"*.

La Commission avait proposé dans sa proposition originale le libellé suivant:

"l'organisation d'un dialogue et d'un échange de vues entre l'employeur et les représentants des travailleurs concernant les sujets énumérés à l'article 4 paragraphe 1 points b) et c):

- *à un moment, d'une façon et avec un contenu qui assurent l'effet utile de cette démarche;*
- *au niveau correspondant de direction et de représentation, en fonction du sujet traité;*
- *sur la base des informations pertinentes fournies par l'employeur et de l'avis que les représentants des travailleurs ont le droit de formuler;*
- *incluant le droit des représentants des travailleurs à se réunir avec l'employeur et d'obtenir une réponse motivée à leur éventuel avis;*

- *comportant, en cas de décisions relevant du pouvoir de direction de l'employeur, la recherche d'un accord préalable sur les décisions visées à l'article 4 paragraphe 1 point c).* »⁶²

La définition de "consultation" de la présente directive se trouve donc considérablement enrichie par comparaison avec ces autres textes communautaires. Il importe donc de bien saisir la portée de cette définition, d'autant plus qu'elle relève à des effets si importants que le sont, par exemple, l'interprétation de l'article 4 de la directive ("Contenu de l'accord") ou des dispositions de la partie 2 de l'annexe ("Dispositions de référence pour l'information et la consultation").

Le législateur communautaire a décidé de se dévier dans la présente directive de ce qui semblait devenir une définition de consultation constante dans le droit du travail communautaire, dans un souci de clarté face à des questions qui se sont posées d'une façon systématique dans le cadre de l'application des directives susmentionnées.

En le faisant, la directive évite de donner une définition détaillée de consultation, par exemple, en fixant les étapes successives du processus, en établissant des délais, etc. Comme pour la définition d' "information", elle se limite à fixer le principe, incontestable, de l'utilité de la consultation (il faut qu'elle soit faite à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent l'expression d'un avis susceptible d'être pris en compte avant la décision finale).

Les Etats membres auront maintenant le choix de, soit transcrire la définition de consultation dans le droit interne (en laissant à la jurisprudence le soin de préciser les contours de cette obligation au cas par cas), soit de préciser ces contours déjà dans les dispositions nationales de transposition d'une façon plus précise et détaillée. Compte tenu de la place primordiale qui est donnée à l'autonomie des parties à la négociation dans le cadre de la présente directive, la première option semble préférable. Elle semble également suffisante aux fins d'assurer l'effectivité de la directive, non seulement parce que la jurisprudence, nationale et européenne, veillera à ce qu'une bonne application soit faite de cette notion, mais aussi parce que les dispositions nationales de transposition de l'annexe de la directive constitueront une référence naturelle, bien qu'indirecte, pour ce qui concerne la négociation.

Rien ne semble empêcher, d'ailleurs, que les Etats membres unifient en droit interne les notions de consultation pertinentes aux effets de la présente directive et de la directive 2001/14/CE, qui sont, en substance, très proches. Ceci, bien évidemment, sans préjudice de la différente portée des deux directives (l'une sur la dimension nationale ou locale, l'autre sur la dimension transnationale).

Il est utile à cet égard de revisiter le document de travail n° 21 du Groupe de travail "Information et Consultation" (transposition de la directive 94/45/CE).

⁶² Là encore (voir l'évolution du projet de directive "information et consultation" en ce qui concerne la notion d' "information" – Document de travail n° 13) le texte du Conseil ne fait que déplacer certains des éléments proposés par la Commission: la référence à l'effet utile de la consultation se trouve à l'article premier paragraphe 2 et les autres éléments ont été déplacés à l'article 4 paragraphe 4.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 15

2 octobre 2002

La définition de "participation" – Article 2 paragraphe k)

k) "participation", l'influence qu'a l'organe représentant les travailleurs et/ou les représentants des travailleurs sur les affaires d'une société:

- *en exerçant leur droit d'élire ou de désigner certains membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société; ou*
- *en exerçant leur droit de recommander la désignation d'une partie ou de l'ensemble des membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société et/ou de s'y opposer.*

La directive contient, à son article 2 point h), une définition d' "implication des travailleurs" qu'il est utile de rappeler avant d'analyser la définition de "participation":

- h) "implication des travailleurs", l'information, la consultation, la participation et tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise;*

Lorsqu'il est apparu que certains concepts ne sont pas aperçus de la même façon partout dans l'Union européenne, le Groupe Davignon a estimé nécessaire de bien préciser le sens de mots et des notions qu'il devait traiter au cours de ses travaux. En effet, les confusions étaient fréquentes dans les réunions des instances communautaires et à d'autres niveaux en ce qui concerne la portée des notions de "information", de "consultation" et de "participation". Il manquait en plus un terme regroupant l'ensemble de ces dispositifs. C'est pourquoi tout au début de ses travaux, le Groupe a décidé de préciser avec rigueur son vocabulaire dans ses trois langues de travail (français, anglais et allemand), ce qu'il a fait à l'annexe 2 de son rapport final dans les termes qui suivent:

- *"Par implication (Beteiligung - Involvement) des salariés, nous entendons l'ensemble des modalités d'interventions des représentants des travailleurs dans le processus décisionnel au sein des entreprises visant à assurer l'expression collective et la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise.*

- *Par information (Information - Information) des salariés nous entendons la transmission d'informations par l'employeur liée à la possibilité de questionnement et d'examen critique par les représentants des salariés.*
- *Par consultation (Anhörung - Consultation) des salariés, nous entendons la possibilité donnée aux représentants des salariés, d'exprimer un avis à propos d'une décision ou d'une orientation envisagée par l'employeur.*
- *Par participation (Mitbestimmung in den Unternehmensorganen - Participation) des salariés, nous entendons, au sens strict, la présence de représentants des salariés dans les organes de décision ou de surveillance de l'entreprise (ou d'une autre entité juridique).*

Nous nous attachons aux compétences des salariés et de leurs représentants en matière économique et sociale et nous ne traitons donc ni des questions d'hygiène, sécurité et conditions de travail, ni des activités sociales et culturelles. Nous n'abordons pas non plus les modes et instances de négociation collective, les modes de communication directe ou par voie hiérarchique entre les salariés et les directions d'entreprise, ni les formes d'intéressement et de participation financière des salariés aux résultats de l'entreprise."

Cette terminologie a été entièrement reprise par le Conseil, qui lui s'était aussi confronté au fil des années avec des confusions découlant de la différente portée de ses notions dans les différents pays. La notion de "implication des travailleurs" recouvre donc dans le cadre de la directive, l'information, la consultation et la participation, telles qu'elles sont définies par la suite.

Par conséquent, la définition de "participation" au sens de la directive a moins à voir avec une tentative de saisir une forme d'implication des travailleurs qui se développe dans différents pays européens de façon assez diverse (et à quels fins devrait-on le faire?) que de trouver un moyen de cerner les formes dites de "participation" qu'on souhaitait défendre et sauvegarder à travers un certain nombre de dispositifs visés par la suite. La définition sert donc les seules fins de cette protection et cette sauvegarde. De ce fait, elle n'a rien de conceptuel⁶³ et est éminemment pragmatique.

La définition relève surtout à trois types d'effets qui correspondent à autant de mécanismes de protection des droits acquis à la participation⁶⁴.

⁶³ On pourrait dire autant de presque toutes les définitions qu'on retrouve dans les directives qui agissent en dehors du champ de l'harmonisation, comme c'est le cas des directives "droit du travail". On vise moins à harmoniser telle ou telle réalité appréhendée par les droits nationaux des Etats membres de l'UE qu'à trouver une entente commune sur les réalités touchées par le droit communautaire. Il est symptomatique à cet égard que, encore il y a quelques années, les définitions contenues dans les directives communautaires partageaient le même article avec la détermination du champ d'application de ces directives. En quelque sorte, ces définitions se destinaient à cela et à rien de plus.

⁶⁴ Elle est également applicable à d'autres situations nettement moins importantes (voir par exemple,

Tout d'abord, quand il s'agit de déterminer les modalités de vote au sein du Groupe spécial de négociation (GSN). Lorsqu'un système de participation, tel que défini au présent article, est en cause dans le cadre des négociations, la majorité exigée pour diminuer le niveau de participation existant est une majorité qualifiée à un triple titre (par opposition à la règle normale de délibération au sein du GSN, qui est la majorité absolue de ses membres et des travailleurs représentés). C'est ce que prévoit l'article 3.4.

Ensuite, quand il s'agit de déterminer les conditions d'application des dispositions subsidiaires de l'annexe, en cas d'échec des négociations. L'article 7.2 de la directive fixe un certain nombre de règles qui constituent la clé pour déterminer si oui ou non les dispositions subsidiaires en matière de participation (partie 3 de l'annexe) sont d'application.

Enfin, quand il s'agit d'établir le contenu lui-même des dispositions de référence en matière de participation, c'est-à-dire, de déterminer le régime de participation qui sera applicable à une SE en cas d'échec des négociations, lorsque les conditions respectives sont réunies (voir Partie 3 de l'Annexe).

Il est connu que le système de protection des droits acquis à la participation organisé par la présente directive se base dans le principe de la comparaison entre les systèmes d'implication préexistants la SE au sein des sociétés qui l'ont fondé et celui qui devra être introduit, en tout cas à défaut d'accord contraire, au sein de la SE, une fois celle-ci constituée. S'il y avait participation avant, avec une certaine intensité⁶⁵, en termes de pourcentage de travailleurs couverts par de tels systèmes, alors :

- les majorités, absolue ou qualifiée) requises au sein du GSN se déterminent en fonction de la présence de tels faits ;
- les dispositions de référence en matière de participation s'appliqueront ou non également en fonction de la présence de ces mêmes faits.

D'où l'importance d'une définition précise de ce que l'on entend par "participation". Il était primordial de bien cerner la réalité préexistante la constitution de la SE et de bien définir le système qui s'appliquerait le cas échéant à la SE.

Cet objectif de protection des droits acquis à la participation est bien évident dans la couverture de la définition.

- a) Celle-ci recouvre tous les systèmes connus dans l'UE d'influence de la part des représentants des travailleurs internes à l'entreprise (comités d'entreprise, délégués syndicaux) ou externes à l'entreprise (syndicats) dans l'élection ou la désignation des membres des organes sociaux des sociétés anonymes⁶⁶.
- b) Elle se réfère à tous les systèmes connus de gestion des sociétés anonymes (les systèmes monistes, avec un Conseil d'administration, et les systèmes dualistes, avec un Directoire

l'article 10 – "Protection des représentants des travailleurs".

⁶⁵ Variable en fonction de la forme de constitution de la SE.

⁶⁶ Voir Document de travail n° 6 – Définition de "sociétés participantes".

et un Conseil de surveillance). Elle ignore la nature de la société en question (publique ou privée).

- c) Elle fait abstraction de l'origine de ces pratiques (légale, conventionnelle, statutaire), ainsi que de leur nature contraignante ou non contraignante, il suffit qu'elles existent au sein des sociétés participantes pour qu'elles doivent être prises en compte aux fins mentionnés ci-dessus.
- d) Enfin, elle s'applique indépendamment du statut des membres qui siègent dans les organes sociaux d'une société en vertu d'un acte de la part des travailleurs ou de leurs représentants, ce qui ramène dans son champ d'application la participation de membres de plein droit des ces organes et la participation de membres avec un statut particulier par rapport aux membres désignés par les actionnaires (par exemple, des membres ayant un statut d'observateurs⁶⁷)⁶⁸.

Les affirmations sous "c)" et "d)" soulèvent, toutefois, quelques interrogations. Pour ce qui concerne la non-pertinence de l'origine des pratiques et leur nature contraignante ou non contraignante (point "c)" qui précède), que les termes généraux utilisés dans la définition semblent imposer, un doute pourrait survenir lorsqu'on lit attentivement l'article 7 paragraphe 2 point a), qui lui mentionne "(...) *les règles d'un Etat membre relatives à la participation des travailleurs dans l'organe d'administration ou de surveillance (...)*". Ceci semble exclure des pratiques de participation d'origine autre que légale (par exemple, celles découlant des conventions collectives ou, sans imposition légale, des statuts de la société en question).

De toute façon, une telle interprétation restrictive ne semble pas être admise par les termes généraux (et généreux) de la définition, qui sont, d'ailleurs, cohérents avec le reste de l'article 7 et avec l'article 3 paragraphe 4. Il semble excessif d'interpréter la définition de participation et les autres dispositions mentionnées à la lumière d'une disposition spécifique et qui vise un cas très particulier⁶⁹.

L'affirmation sous d) soulève, elle, des doutes plus sérieuses. On peut légitimement se poser la question de savoir si l'on vise vraiment dans la définition de "participation"⁷⁰ des formes de présence de représentants des travailleurs dans les organes sociaux ayant un statut inférieur aux membres de ces organes nommés par les actionnaires.

La question est importante puisque, si l'on admet la prise en compte de cette forme de participation (observateurs), les travailleurs couverts par celle-ci devront être comptabilisés aux effets de déterminer les modalités de vote au sein du GSN (article 3 paragraphe 4) et de déterminer, en cas d'échec des négociations, si oui ou non la partie 3 de l'Annexe s'applique (article 7 paragraphe 2).

⁶⁷ Néanmoins, la qualité de membre est toujours requise.

⁶⁸ Voir, néanmoins, l'alinéa final de l'annexe.

⁶⁹ La logique commande plutôt l'inverse, c'est-à-dire, qu'on interprète l'article 7 paragraphe 2 point a) à la lumière d'autres dispositions de la directive qui se réfèrent à la même situation de transformation, notamment l'article 3 paragraphe 6 troisième alinéa. Cette disposition utilise des termes tout à fait compatibles et cohérents avec la définition de "participation" telle qu'on vient de l'interpréter. On y reviendra dans le document de travail concernant l'article 7 de la directive.

⁷⁰ Et donc, dans toutes les dispositions qui utilisent cette notion, notamment les articles 3 paragraphe 4 et 7 paragraphe 2.

En faveur d'une telle prise en compte, militent les arguments suivants:

- l'argument littéral: rien dans la définition de participation ne permet de limiter celle-ci aux seuls cas d'identité de statut entre les membres représentant les travailleurs et les autres;
- si l'on ouvre la porte de l'identité du statut, alors, on risque d'entamer un débat difficile sur d'autres différenciations (membres exécutifs et membres non exécutifs, etc.).

Contre une telle prise en compte, on peut invoquer les arguments qui suivent:

- le modèle de participation de l'Annexe (partie 3) mentionne l'identité de statut (voir dernier alinéa);
- même si l'on pouvait admettre la coexistence de deux notions de participation (l'une aux effets des articles 3 paragraphe 4 et 7 paragraphe 2, l'autre aux effets de l'Annexe), ceci pourrait conduire à des situations de protection excessive des systèmes de participation⁷¹.

La question reste à décider au sein de notre groupe d'experts, étant entendu que, compte tenu de l'importance des enjeux en présence, il est fort conseillé d'arriver à une entente commune à cet égard.

Pour y arriver, il serait peut-être utile de bien vérifier si les règles existant dans certains Etats membres qui confèrent aux représentants des travailleurs le droit d'être présents aux réunions des organes sociaux leur accordent réellement un statut de membres de ces organes⁷². Si ce n'est pas le cas, la discussion perd beaucoup de son intérêt pratique.

Enfin, dernière question, il paraît évident qu'un accord prévoyant la présence de représentants des travailleurs aux réunions des organes sociaux de la SE avec un statut d'observateur doit être considéré en retrait par rapport à des situations éventuelles existant au sein des sociétés participantes conférant aux représentants des travailleurs un statut de plein droit. Ceci avec les conséquences qu'on connaît pour ce qui concerne les modalités de vote au sein du GSN.

⁷¹ Par exemple, si seulement une société participante est régie par un système de participation qui limite le rôle des représentants des travailleurs à celui d'observateurs. Dans ce cas, en absence d'un accord, le système à implanter au sein de la SE va au-delà de la situation préexistant la constitution de celle-ci.

⁷² Le statut de membre d'un organe social d'une société va beaucoup plus loin que le simple droit (et obligation) de participer aux réunions de cet organe. D'autre part, il serait utile de vérifier si le droit d'assister aux réunions est personnel (tel ou tel membre du comité d'entreprise, par exemple, pour une durée déterminée) ou organique (un représentant mandaté par le comité d'entreprise, par exemple, qui peut changer de réunion en réunion).

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 16

5 mars 2003

La création, la tâche et le fonctionnement du GSN – Article 3

L'article 3 régit:

- (1) la création (paragraphe 1 et 2),
- (2) la tâche (paragraphe 3) et
- (3) le fonctionnement (paragraphe 4 à 7) du GNS.

1. La création du Groupe spécial de négociation (GSN) – Article 3 paragraphes 1 et 2

Sous ce titre, plusieurs sujets méritent sûrement d'être évoqués :

- 1.1. La naissance de l'obligation de constitution du GSN
- 1.2. L'obligation de délivrance d'un certain nombre d'informations préliminaires
- 1.3. La représentativité du GSN
- 1.4. La composition du GSN: distribution géographique des membres
- 1.5. Le cas spécial de la SE constituée par voie de fusion
- 1.6. Le mode d'élection ou de désignation des membres du GSN
- 1.7. Le réaménagement de la composition du GSN en fonction de changements intervenus

On traitera successivement tous ces points.

1.1. La naissance de l'obligation de constitution du GSN

L'obligation de mettre en œuvre les démarches visant la création d'un GSN repose sur les sociétés participantes, telles que définies à l'article 2 point b). Elle naît tout de suite ("*dès que possible*") après la publication du projet de fusion ou de constitution d'une SE-holding ou après l'adoption du projet de constitution d'une SE-filiale ou de transformation d'une société de droit national en SE⁷³. Le fait générateur de l'obligation est donc différent selon la forme de constitution de la SE: la publication du projet dans les deux premiers cas, l'adoption de celui-ci dans les deux derniers.

Pour ce qui concerne la SE constituée par voie de fusion, l'article 20 du règlement régit les modalités de publication du projet de fusion, lui-même visé à l'article précédent dudit règlement. Plusieurs dispositions de ces deux articles du règlement relèvent aux effets de l'ouverture de la négociation prévue dans la directive.

⁷³ Dans ce dernier cas, il n'y a qu'une société participante au sens de l'article 2 point b).

Tout d'abord, l'article 20 paragraphe 1 point a) mentionne, comme élément obligatoire du projet de fusion l'indication du siège statutaire envisagé pour la SE. D'autre part, conformément à l'article 21 point e), cette information figure parmi les indications devant faire l'objet de la publication obligatoire dans les bulletins nationaux des Etats membres dont relèvent les sociétés participantes. Pris en compte en conjugaison avec l'article 6 de la directive, ces dispositions permettent d'identifier la législation applicable à titre principal⁷⁴ à la procédure de négociation⁷⁵, ainsi que de déterminer le moment précis où les directions des sociétés participantes se voient constituées dans l'obligation d'entamer les démarches nécessaires visant la création du GSN: celui de la publication du projet.

Les mêmes obligations doivent être observées en cas de constitution d'une SE-holding, l'article 32 paragraphe 2, qui s'y réfère, renvoyant à cet égard aux dispositions précitées relatives à l'indication du lieu du siège envisagé pour la SE. Là aussi la naissance de l'obligation de création du GSN est clairement située dans le temps, par référence au moment de la publication visée dans ces dispositions.

Pour ce qui concerne les démarches à suivre pour la constitution d'une SE-filiale commune et par voie de transformation, le règlement est beaucoup plus laconique, avec un renvoi total et partiel, respectivement, au droit national applicable (celui du futur siège de la SE⁷⁶).

De toute façon, pour ce qui concerne la SE constituée par voie de transformation, le règlement interdit le transfert du siège à un autre Etat membre à l'occasion de la transformation⁷⁷, ce qui rend identifiable la loi applicable (celle dont relève la société anonyme en cours de transformation en SE). D'autre part, l'article 37 paragraphes 4 et 5 rendent obligatoire aussi dans ce cas l'élaboration d'un projet de transformation, ainsi qu'un certain nombre de démarches relatives à sa publicité. Ceci permet donc de bien identifier le moment où naît l'obligation de constitution du GSN. Tel que le prévoit l'article 3 paragraphe 1 de la directive, le moment déterminant à cet égard est l'adoption du projet de transformation par l'organe d'administration ou de direction de la société considérée.

Enfin, la constitution d'une SE-filiale commune présente des problèmes plus difficiles à trancher. Elle est régie par les dispositions nationales applicables à cette même opération dans le pays du siège envisagé de la SE. Les formalités entourant une telle opération sont normalement beaucoup plus simples que celles évoquées auparavant. Il se peut, notamment, que la loi applicable ne prévoie pas de projet formel de constitution de filiale ni des formalités spécifiques en matière de publication. Comment alors déterminer le moment où naît l'obligation de création d'un GSN?

⁷⁴ Voir Document de travail n° 3.

⁷⁵ Les autres aspects de l'opération de constitution de la SE que la négociation visant à fixer les modalités d'implication des travailleurs seront également régis par la loi de l'Etat membre du siège de la future SE (voir article 15 du règlement, selon lequel « *Sous réserve des dispositions du présent règlement, la constitution d'une SE est régie par la loi applicable aux sociétés anonymes de l'Etat où la SE fixe son siège statutaire* »).

⁷⁶ Voir toujours l'article 15 paragraphe 1 du règlement.

⁷⁷ Voir article 37 paragraphe 3.

L'article 3 paragraphe 1 de la directive fournit la réponse à cette question quand il prend la publication comme fait générateur de cette obligation en ce qui concerne la fusion et la SE-holding (toutes les deux soumises à des formalités de publicité conformément aux dispositions du règlement précitées) et l'adoption du projet par les organes d'administration ou de direction des sociétés considérées en ce qui concerne la transformation et la SE-filiale commune. Même si la procédure de constitution d'une filiale peut être simplifiée, on retrouve toujours à son origine une décision émanant des organes d'administration ou de direction des sociétés en question⁷⁸ (soumise, le cas échéant, à l'approbation de l'assemblée générale). L'absence de formalisme spécifique prévu par le règlement pour ce projet ne lui retire nullement le caractère de décision formelle prise par les organes sociaux en question conformément aux règles qui les régissent (il aura sûrement lieu notamment d'inscrire une telle décision au procès-verbal de la réunion de l'organe d'administration ou de direction au cours de laquelle le projet est approuvé)⁷⁹. Ceci rend identifiable le moment de l'adoption du projet et donc celui de la naissance de l'obligation de création du GSN dans le cas d'une SE-filiale commune.

En conclusion:

La détermination du moment à partir duquel les sociétés participantes sont obligées à entamer le processus de création du GSN ne semble pas poser des problèmes particuliers. La transcription des termes utilisés à l'article 3 paragraphe 1 de la directive ("*... dès que possible après (...)*") sera suffisante. Selon les règles nationales régissant la constitution de filiales, certaines précisions peuvent s'avérer nécessaires pour ce cas spécifique.

1.2. L'obligation de délivrance d'un certain nombre d'informations préliminaires

L'article 3 paragraphe 1 de la directive mentionne, parmi les "*mesures nécessaires*" à prendre par les organes de direction ou d'administration des sociétés participantes en vue du déclenchement du processus de négociation "*(...) la communication d'informations concernant l'identité des sociétés participantes, des filiales ou des établissements, ainsi que le nombre de leurs travailleurs (...)*".

Il ne s'agit d'ailleurs pas de la seule obligation d'information à la charge de ces organes à ce moment précis du processus de constitution de la SE⁸⁰: pour la fusion, l'article 20 paragraphe 1 point i) du règlement les oblige aussi à inclure dans le projet de fusion "*des informations sur les procédures selon lesquelles les modalités relatives à l'implication des travailleurs sont fixées conformément à la directive 2001/86.CE*". Le renvoi fait à l'article 32 paragraphe 2 du règlement rend cette disposition applicable également au cas de SE constituée par voie de constitution d'une holding. Pour la transformation, l'article 37 paragraphe 4 réfère, lui, prévoit

⁷⁸ Ou autres entités, puisque la SE-filiale commune peut être constituée aussi par « *d'autres entités de droit public ou privé* » (article 2 paragraphe 3 du règlement).

⁷⁹ De toute façon, l'article 3 paragraphe 3 deuxième alinéa de la directive (qui prévoit la transmission au GSN des informations relatives au projet et au déroulement réel du processus de constitution de la SE s'applique également lors de la constitution d'une SE-filiale commune, ce qui obligera les organes compétents des sociétés participantes à élaborer un projet aussi dans ce cas, au moins aux fins de cet article.

⁸⁰ A un stade ultérieur intervient aussi l'article 3 paragraphe 3 deuxième alinéa de la directive. Voir *infra*.

l'inclusion dans le rapport d'indications sur "(...) *les conséquences (...) pour les travailleurs de l'adoption de la forme de la SE*". Rien n'est prévu en ce domaine dans le règlement pour ce qui concerne la SE-filiale commune⁸¹.

Quels sont la portée et le contenu de ces différentes obligations d'information, quels en sont les bénéficiaires et quels sont les moyens admissibles par lesquels les organes visés des sociétés participantes s'en exonèrent?

Chronologiquement, les obligations de ce type visés aux articles précités du règlement ont précédé sur celles visées dans la directive, puisque ces informations doivent être incorporées dans le projet de fusion, de constitution d'une SE-holding ou de transformation dont l'élaboration et l'adoption précède nécessairement la prise de mesures visant le déclenchement du processus de négociation. Commençons donc par celles-là et, tout d'abord, par les cas de fusion et de SE-holding (article 20 paragraphe 1 point i) et article 32 paragraphe 2 du règlement).

Naturellement, ces dispositions du règlement n'admettent pas de transposition en droit national. Elles ont un effet direct. Néanmoins, il semble utile de les passer en revue afin de mieux appréhender l'ensemble du processus.

Obligations d'information résultant du règlement

Même s'il peut en avoir d'autres⁸², les principaux destinataires de ces informations sont, de toute évidence, les actionnaires des sociétés participantes. C'est en fait à eux, réunis en assemblées générales, qui incombe d'approuver le projet de fusion (article 23 paragraphe 1 du règlement) ou de constitution d'une SE-holding (article 32 paragraphe 6 du règlement).

L'inclusion de l'information des actionnaires sur les procédures à suivre en application de la directive se justifie pleinement de par l'importance du sujet en soi, mais surtout lorsque les négociations peuvent conduire à l'introduction au sein de la future SE de règles en matière de participation des travailleurs dans les organes sociaux de celle-ci. Il s'agit, en fait, d'un sujet qui les intéresse au plus, dans la mesure où il a trait à la composition des organes sociaux de la SE, à l'équilibre des pouvoirs au sein de la nouvelle entité, à un partage entre les actionnaires et les travailleurs d'une prérogative si fondamentale que l'est celle de nommer

⁸¹ Ce qui ne veut pas dire que des obligations de ce type ne soient pas applicables. Tout dépendra de la façon dont les Etats membres développeront (ou non) les règles nationales applicables à la constitution d'une SE-filiale commune, pour lesquelles le règlement opère (article 36 du règlement) un renvoi total.

⁸² Par exemple, les experts opérant pour compte des sociétés participantes ou d'autres experts visés aux articles 22 et 32 paragraphe 4 du règlement. Ces experts ont accès à l'ensemble du projet, leur tâche consistant justement à l'examiner et faire rapport aux assemblées générales. Il semble plus douteux que les informations en question visent également des tiers (les créanciers des sociétés participantes, par exemple), dans la mesure où elles sont exclues de l'obligation de publicité visée aux articles 21 et 32 paragraphe 3 du règlement. Ceci est important puisque le texte de l'article 20 paragraphe 1 point i) est rédigé d'une façon très générale, même ambiguë, et exige donc une interprétation qui peut être éclairée par sa *ratio*, et la connaissance des bénéficiaires de ces informations (voir suite du texte).

les dirigeants de la nouvelle SE. La question de la participation peut, en outre, être nouvelle pour certains d'entre eux, issus de sociétés participantes non régies par un tel système. Tout ceci explique pourquoi le règlement prévoit l'information des actionnaires des sociétés participantes dès le début du processus, comme il prévoit, plus loin (article 23 paragraphe 2 pour la fusion et article 32 paragraphe 6 pour la SE-holding) la possibilité pour les assemblées générales constitutives de se réserver le droit de faire dépendre l'immatriculation de la SE d'une délibération expresse entérinant les modalités d'implication des travailleurs décidés conformément à la procédure prévue dans la directive.

Quelles informations doivent-elles être incluses dans le projet de fusion ou de constitution d'une SE-holding ? De toute évidence, il n'est pas exigible aux organes de direction ou d'administration des sociétés participantes qu'ils anticipent les résultats de négociations pas encore entamées.

A première vue, il semblerait qu'une indication purement descriptive sur la procédure à suivre conformément à la loi nationale de transposition de la directive qui s'avère applicable afin de définir les modalités de l'implication des travailleurs dans la future SE pourrait suffire. En tout état de cause, cette information devait inclure une description des enjeux de la négociation ou de leur échec, notamment pour ce qui concerne, le cas échéant⁸³, le volet "participation" (c'est-à-dire, si oui ou non et dans quelle mesure la SE serait alors régie par un système de participation conformément à l'annexe de la directive). Néanmoins, compte tenu de l'importance de ces enjeux et par un souci de clarté et de transparence, il semblerait utile d'inclure également dans le projet des indications sur la façon dont les directions des sociétés participantes entendent mener les négociations, les objectifs qu'elles se fixent en ce domaine et les limites qu'elles entendent ne pas devoir être franchies au cours de la négociation qu'elles vont devoir conduire avec les représentants des travailleurs. Celle semble être la seule façon d'assurer une bonne information des actionnaires et donc des délibérations des assemblées générales prises en toute connaissance de cause.

Pour ce qui concerne la transformation d'une société anonyme de droit national en SE, l'article 37 paragraphe 4 du règlement mentionne comme élément obligatoire du rapport sur le projet de transformation l'indication des *"conséquences pour les actionnaires et les travailleurs de l'adoption de la forme SE"*.

Sous cette formule assez ambiguë on vise naturellement les conséquences directes du changement de type de société notamment pour ce qui concerne d'éventuels changements dans les modalités d'implication des travailleurs. D'autres effets, tels que ceux pouvant découler à terme de l'opération de restructuration économique sous-jacente à la transformation, ne semblent pas être visés par cette disposition du règlement dans la mesure où ils ne sont pas liés nécessairement à l'opération⁸⁴.

Il faut dire que cette interprétation restrictive limite substantiellement la portée des indications à fournir. En fait, les changements pouvant intervenir lors de la transformation d'une société de

⁸³ Ceci serait le cas lorsque au moins une des sociétés participantes est régie par un tel système.

⁸⁴ Contrairement aux autres formes de constitution d'une SE, qui supposent ou entraînent une réorganisation de la structure et des activités des entreprises concernées, la transformation est "cosmétique", dans la mesure où seule la forme juridique de la société en question change.

droit national en SE dans la façon dont les travailleurs et leurs représentants sont impliqués dans la marche de l'entreprise sont sévèrement bornés par toute une série de dispositions de la directive⁸⁵ qui réduisent presque à néant l'autonomie des parties à l'accord en ce qui concerne le volet "participation" et imposent, en cas d'échec des négociations le maintien du système de participation existant au sein de la société transformée en SE. Les enjeux de la négociation et, plus en générale, de l'opération de transformation pour ce qui concerne le destin d'un système de participation existant le cas échéant au sein de la société en question sont donc réduits. Restent les conséquences en termes d'information et de consultation des travailleurs qui, elles, peuvent être significatives⁸⁶.

Enfin, pour la SE-filiale commune rien n'est prévu dans le règlement comme information aux actionnaires, ce qui n'est pas surprenant puisqu'il s'agira normalement d'une opération qui ne requiert pas leur autorisation (selon les dispositions de droit national applicables en vertu de l'article 36 du règlement).

Obligations d'information résultant de la directive

Les informations mentionnées ci-dessus à l'attention des actionnaires visent fondamentalement, comme l'on l'a constaté, à éclairer ceux-ci dès le début du processus sur les enjeux de la constitution de la SE en ce qui concerne l'implication des salariés: la mise en place souvent⁸⁷ hautement probable d'un système d'information et de consultation transnationale des travailleurs (ou l'adaptation d'un tel système déjà en vigueur au sein des sociétés participantes⁸⁸), ainsi que, le cas échéant, la mise en place au sein de la SE d'un système de participation.

Ceci ne veut pas dire que ce type d'informations ne doive pas être également porté, plus tôt ou plus tard, à la connaissance des représentants des travailleurs. Le règlement ne le prévoit certes pas, mais il serait difficilement concevable qu'une négociation puisse être ouverte et conclue sur les modalités d'implication des travailleurs dans la future SE sans que les représentants des travailleurs aient une connaissance approfondie sur tous les aspects de la constitution de la SE. D'ailleurs, ces informations font obligatoirement l'objet d'une publicité adéquate, au moins en

⁸⁵ Notamment les articles 3 paragraphe 6 troisième alinéa, 4 paragraphe 4 et 7 paragraphe 2 point a)).

⁸⁶ Pensons, par exemple, à la transformation en SE d'une holding tête d'un groupe d'entreprises de dimension communautaire au sens de la directive 94/45/CE. La transformation de cette société en SE peut bouleverser le système d'information et de consultation transnationale existant le cas échéant au sein de ce groupe d'entreprises. Pensons aussi au cas de transformation en SE d'une société anonyme de droit national avec des filiales et établissements dans d'autres pays, qui n'est pas couverte par la directive 94/45/CE du fait que les effectifs restent en dessous des seuils y prévus. La transformation en SE entraînera normalement la mise en place d'un système d'information et de consultation transnational des travailleurs (ainsi que, le cas échéant, de participation), inexistant auparavant.

⁸⁷ Au moins dans les opérations de constitution d'une SE "intergroupes" (c'est-à-dire, impliquant des sociétés économiquement indépendantes), qui conduisent vraisemblablement à la constitution d'un (nouveau) groupe transnational. Dans le cas de SEs "intra-groupes" (c'est-à-dire, qui impliquent des sociétés d'un même groupe), la probabilité de création de nouveaux mécanismes d'information et de consultation transnationale des travailleurs sera sûrement plus réduite. Néanmoins, ce type de réorganisation intra-groupes peut obliger à un réaménagement des dispositifs existants.

⁸⁸ Par exemple, dans le cas où une ou plusieurs d'entre elles ont un comité d'entreprise européen conformément à la directive 94/45/CE et les conditions de non-application de cette directive visées à l'article 13 paragraphe 1 de la directive sont remplies.

cas de fusion et de SE-holding, ce qui rend les informations en question (ainsi que toutes les autres mentionnées dans les articles précités du règlement) facilement accessibles aux représentants des travailleurs.

A son article 3 paragraphe 3 deuxième alinéa, la directive prévoit justement une information à transmettre par les organes compétents des sociétés participantes au GSN sur le *"projet et le déroulement réel du processus de constitution de la SE jusqu'à l'immatriculation de celle-ci"*.

Par conséquent, il semble logique d'inclure ces informations fournies aux actionnaires et sûrement d'autres aussi pertinentes dans la notice de déclenchement du processus de création du GSN. Au plus tard, ceci doit être fait à travers l'inclusion de ces informations dans le dossier à remettre par les directions des sociétés participantes aux membres du GSN lors de la première réunion de celui-ci, conformément à l'article 3 paragraphe 3 deuxième alinéa de la directive.

En tout état de cause, ce que la directive prévoit à ce stade comme informations obligatoires sont celles *"concernant l'identité des sociétés participantes et de leurs filiales et établissements"⁸⁹, ainsi que sur le nombre de travailleurs y employés*" (article 3 paragraphe 1).

Quelles informations, à qui et à quelles fins ?

La comparaison de cette disposition avec la disposition correspondante de la directive 94/45/CE nous aide à répondre à ces questions, même si la formule utilisée et les contextes dans lesquels ces deux dispositions opèrent sont différents.

L'article 11 paragraphe 2 de la directive 94/45/CE prévoit que *"Les Etats membres assurent que, sur demande des parties intéressées par l'application de la présente directive, les informations sur le nombre de travailleurs visés à l'article 2 paragraphe 1 points a) et c) soient rendues disponibles par les entreprises."*

Ce qu'on veut par-là c'est de permettre aux destinataires des droits conférés par la directive 94/45/CE (les travailleurs des entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire) de vérifier s'ils sont bien couverts par cette directive et, si oui, de quelle façon ils peuvent exercer ces droits. Ils doivent, à ces fins, avoir accès aux données concernant la structure de l'entreprise ou groupe d'entreprises de dimension communautaire, ainsi que le nombre de travailleurs employés par les différentes unités de ces entreprises et groupes. Tel que l'a d'ailleurs reconnu la Cour de Justice des Communautés européennes, ce droit préexiste la reconnaissance de l'existence d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises de dimension communautaire⁹⁰.

Une fois en possession de ces données, les travailleurs en question ou leurs représentants pourront alors conclure s'ils sont ou non en droit de présenter une demande de négociation

⁸⁹ Toutes les filiales, au sens de le de l'article 2 paragraphe c), et tous les établissements des sociétés participantes situés sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne et de l'Espace économique européen sont visés par cette obligation et non seulement celles et ceux qui ont vocation à devenir des filiales et des établissements de la future SE. Autrement, on aurait mentionné "les filiales et établissements concernés".

⁹⁰ Affaire C-62/99.

conformément à l'article 5 de la directive susmentionnée. Ces données leur permettront également par la suite de bien connaître le périmètre et la structure de l'entreprise ou du groupe d'entreprises en question et donc de constituer le GSN et de mener les négociations visant la constitution d'un comité d'entreprise européen en toute connaissance de cause.

Cette obligation d'information préalable est donc instrumentale par rapport aux autres obligations à la charge de la direction centrale et vise à permettre l'exercice des droits conférés par la directive ainsi qu'à faciliter les négociations.

La disposition précitée de notre directive a à peu près la même portée, les mêmes objectifs et les mêmes destinataires.

Les informations y visées ne se destinent certes pas à permettre aux représentants de vérifier s'ils sont ou non couverts par la directive. Celle-ci ne prévoit pas de seuils de travailleurs employés et la négociation (ou l'application à titre subsidiaire de l'annexe) ne dépend pas d'une manifestation de volonté de la part des bénéficiaires de droits conférés. Elle est obligatoire et incontournable à partir du moment où un projet de constitution d'une SE naît.

Pour le reste, les informations en question remplissent le même rôle que celles visées à l'article 11 paragraphe 2 de la directive 94/45/CE: un rôle instrumental par rapport à la création du GSN, au déroulement de la négociation et, le cas échéant, à l'application de l'annexe conformément à l'article 7 de la directive.

L'identification précise des sociétés participantes et de leurs filiales et établissements, ainsi que l'indication précises du nombre de travailleurs qu'ils emploient permet tout d'abord de bien gérer le processus de constitution du GSN. Il s'agit, en effet, d'informations indispensables pour bien déterminer la composition de cette instance de négociation⁹¹, qui varie en fonction du nombre de travailleurs employés dans les différents Etats membres. Ces informations sont également extrêmement importantes pour bien connaître le cadre interne et externe de la négociation: le cadre interne dans la mesure où les modalités de vote au sein du GSN peuvent aussi varier en fonction du pourcentage de travailleurs employés par les sociétés participantes couverts par des systèmes de participation⁹²; le cadre externe, dans la mesure où ce même pourcentage relève aux effets de l'application ou non-application à titre subsidiaire (en cas d'échec des négociations) des dispositions de la partie 3 de l'annexe de la directive et ceci constitue une donnée décisive de la négociation⁹³.

Il serait en plus très utile que le nombre de travailleurs employés dans chaque pays soit ventilé par entité concernée (société participante ou filiale ou établissement d'une société participante), puisque cela facilitera les votes au sein du GSN, les majorités requises dans

⁹¹ Voir *infra*, point 1.4.

⁹² Voir article 3 paragraphe 4 et point 1.6 de ce commentaire ("Le mode d'élection ou de désignation des membres du GSN").

⁹³ Une autre question est celle de savoir comment calculer le nombre de travailleurs employés, à ce moment de la procédure ou ultérieurement. Cette question a été traitée au Document de travail n° 11-Rev 1 ("La méthode de calcul du nombre de travailleurs employés").

la directive se dégageant aussi en fonction du nombre de travailleurs représentés par chaque membre de celui-ci⁹⁴.

L'éclairage portée sur la *ratio* de cette disposition clarifie aussi l'identification des destinataires de ces informations et la détermination des informations pertinentes à cet égard. Si elles servent à faciliter la création du GSN et les négociations ultérieures, **elles doivent tout naturellement être transmises à tous ceux qui seront concernés par ces actes, c'est-à-dire, aux représentants des travailleurs des sociétés participantes et de filiales et établissements concernés ou, à défaut de représentants, aux travailleurs eux-mêmes⁹⁵.** A la suite de la création du GSN, ceux-ci peuvent les transmettre aux représentants élus à cette instance, qui en auront besoin pour bien conduire les négociations. De toute façon, il sera logique que ces informations soient de nouveau incluses dans le dossier remis à ces représentants lors de l'ouverture des négociations.

Deux précisions s'imposent sur la portée de cette obligation d'information. En premier lieu, **elles couvrent non seulement les filiales et établissements concernés des sociétés participantes, au sens de l'article 2 point d) de la directive⁹⁶, mais également tout autre filiale ou établissement de ces sociétés, même si il n'est pas envisagé à ce stade qu'ils deviennent filiales ou établissements de la SE lors de sa constitution.** Pourquoi l'avoir prévu si seuls les filiales et établissements concernés sont représentés au sein du GSN et sont couverts par les négociations? La seule réponse logique à cette interrogation consiste à prendre en considération le fait que la configuration finale de l'ensemble constitué par la future SE et ses filiales et établissements n'est pas encore définitivement arrêtée à ce stade et qu'il convient donc de permettre aux représentants des travailleurs de vérifier si toutes les filiales et établissements qui pourront être concernés au sens de la directive sont impliqués dans le processus^{97 98}. Ils serait alors utile que, parmi l'ensemble des filiales et établissements soient indiqués ceux qui sont "concernés au sens de la directive.

La deuxième précision est la suivante: compte tenu de l'influence du facteur "proportion de travailleurs couverts par un système de participation" sur les modalités de vote au sein du GSN ainsi que sur l'application des dispositions de la partie 3 de l'annexe de la directive, **il semble très utile que les sociétés participantes précisent le nombre de ses travailleurs couverts par un système de participation et leur proportion par rapport au total de travailleurs employés par lesdites sociétés.** Même si la directive ne le prévoit pas, cette information peut de toute évidence faciliter le déroulement des négociations.

⁹⁴ Voir *infra* point 1.6 et Document de travail n° 11-Rev 1.

⁹⁵ Tel que le prévoit l'article 3 paragraphe 2 de la directive, le GSN représente les travailleurs des sociétés participantes et des filiales et établissements concernés.

⁹⁶ C'est-à-dire ceux des filiales et établissements de sociétés participantes qui deviendront des filiales ou établissements de la SE lors de sa constitution.

⁹⁷ Voir aussi la justification additionnelle élucidée sous le point 1.3 ci-dessus ("La représentativité du GSN").

⁹⁸ **Si les informations doivent donc porter sur toutes les filiales et tous les établissements des sociétés participantes (et pas seulement sur les filiales et établissements concernés), elles ne devront pas pour autant être obligatoirement transmises aux représentants des travailleurs de filiales et établissements "non concernés".**

1.3. La représentativité du GSN

Il découle de l'ensemble de l'article 3 paragraphe 2 de la directive que le GSN représente les travailleurs des sociétés participantes et des filiales et établissements concernés de celles-ci⁹⁹. Il est utile à plusieurs titres de comprendre pourquoi la représentativité du GSN n'est limitée aux seules sociétés participantes ou alors pourquoi elle n'a pas été élargie à l'ensemble des filiales et établissements de celles-ci et pas seulement aux filiales et établissements concernés¹⁰⁰.

Pour le comprendre, il faut partir d'un certain nombre d'idées de base qui ont toujours été présentes dans les débats sur la SE. Tout d'abord, le souhait de doter cette entité typiquement européenne d'un système d'implication des travailleurs propre et s'ajoutant à d'autres dispositifs nationaux qui pourraient lui être applicables. Deuxièmement, la prise en considération, pour l'édification d'un tel système propre, de la SE comme une entité, sinon européenne, au moins nécessairement transnationale, en ce sens que, tout en étant elle-même une personne morale juridiquement distincte et séparée de leurs filiales, elle entraîne, du fait de leur origine plurinationale¹⁰¹, l'existence d'un ensemble économique couvrant plusieurs pays. Troisièmement, la préoccupation du législateur communautaire d'éviter que le Statut de la SE puisse être utilisé pour échapper à d'autres règles nationales en matière d'implication des travailleurs applicables aux sociétés participantes¹⁰² ou pour réduire le degré ou l'intensité de celle-ci.

Tous ces éléments concourent à la prise en considération, aux fins de définir un système d'implication des travailleurs dans la SE, non seulement de celle-ci, en tant que personne morale, mais aussi de ses établissements et des sociétés qu'elle contrôle et des établissements de celles-ci. Dans l'esprit du législateur, tout se passe comme si, en devenant une SE, une société de droit national s'y voyait ajouter, aux fins de l'implication des travailleurs, sa qualité de tête d'un groupe d'entreprises multinational ou d'un réseau multinational d'établissements¹⁰³. Quel que soit le moyen d'y arriver, en résultat d'un accord ou, à défaut de celui-ci, par l'application des dispositions de l'annexe de la directive, le système d'implication en découlant pour la SE couvre non seulement celle-ci, mais aussi ses filiales et établissements¹⁰⁴.

⁹⁹ L'utilisation au début de l'article 3 paragraphe 2 du mot "ou" ("*(...) les travailleurs des sociétés participantes ou des filiales ou établissements concernés (...)*") constitue une erreur manifeste, comme le démontre la suite de ce paragraphe de laquelle il ressort clairement que et les sociétés participantes et leurs filiales ou établissements concernés contribuent à la composition du GSN.

¹⁰⁰ Cet aspect a déjà été effleuré dans l'introduction au Document de travail n° 9-Rev 1 - définition de "filiales et établissements concernés".

¹⁰¹ Voir les conditions attachées à l'accès à la SE, définies à l'article 2 paragraphes 2, 3 et 4 du règlement, qui exigent au départ l'implication dans le processus de constitution d'une SE d'au moins deux sociétés ou établissements relevant d'au moins deux Etats membres.

¹⁰² Notamment dans les cas où elles sont amenées à disparaître en vertu de la constitution de la SE.

¹⁰³ Cette vision délibérée du législateur communautaire ne soulève de problèmes spécifiques par rapport aux SEs constituées par voie de fusion, de constitution d'une holding ou de transformation. Dans tous les cas, la SE est, au moment de sa naissance, de par la simple opération des règles qui régissent sa constitution (article 2 paragraphes 2, 3 et 4 du règlement) une société qui contrôle ou qui possède des filiales ou des établissements, respectivement, dans un pays autre que celui de son siège. La constitution d'une SE-filiale commune soulève à cet égard des interrogations embarrassantes, qui seront traitées plus tard.

¹⁰⁴ En plus, la SE sera, elle-même, soumise aux règles nationales du pays du siège en matière

Dans ce contexte, il était indispensable que soient impliqués dans les négociations, à travers leurs représentants, ceux des travailleurs qui tomberont sous l'emprise directe ou indirecte de la future SE à partir de la constitution de celle-ci. Ceci explique pourquoi sont représentés au GSN non seulement les travailleurs des sociétés participantes, mais également ceux de celles de leurs filiales et établissements qui ont vocation à devenir filiales et établissements de la SE. Les négociations concernent ces derniers au même titre que les travailleurs des sociétés participantes.

Les mêmes raisons expliquent l'exclusion des filiales et établissements des sociétés participantes que resteront prévisiblement en dehors du contrôle de la future SE. Il serait injustifié dans ce contexte de les faire participer dans un processus de négociation des modalités d'implication des travailleurs qui ne les concerneront à aucun moment.

La question de la légitimité des représentants des travailleurs des sociétés participantes et de leurs filiales et établissements concernés pour intervenir dans la définition du système d'implication des travailleurs à mettre en œuvre au sein d'une entité non encore existante a elle-même fait l'objet de quelques discussions au cours des travaux, notamment au sein du Groupe Davignon. Certains se demandaient si un tel système devait être défini *a priori* par des représentants agissant en dehors d'une représentation des travailleurs directement et immédiatement concernés. Le Groupe Davignon a évacué la question lorsqu'il a clairement opté par une solution privilégiant l'antériorité des négociations par rapport à la constitution de la SE. Un tel choix impliquait nécessairement l'intervention dans les négociations des représentants des travailleurs qui ne seraient concernés qu'à l'avenir par la vie de la SE. Mais ils le seraient quand même, ce qui assure leur légitimité comme parties prenantes à la négociation.

Cette représentativité et cette légitimité un peu atypiques obligent à quelques précautions lors de l'interprétation des dispositions régissant la création du GSN et leur fonctionnement ultérieure. La limite de ces deux qualités étant le lien diachronique établi entre une instance de représentation qui négocie pour l'avenir et les intéressés futurs par le résultat de cette négociation, il importe d'assurer à tout moment que, d'une part, le GSN reflète le mieux possible l'univers des travailleurs de la future SE et ses filiales et établissements et que, d'autre part, sa composition soit réaménagée en fonction d'éventuels changements en cours de route, notamment en cas de modification du projet initialement conçu pour la SE.

La première de ces préoccupations trouve traduction dans les dispositions de la directive ayant trait à la composition du GSN et à la désignation de ces membres¹⁰⁵. La deuxième soulève des questions que la directive ne résout pas explicitement, d'où l'utilité des considérations qui précèdent et de celles qui s'ensuivent, en particulier au point 1.7 ci-dessous.

1.4. *La composition du GSN: distribution géographique des membres*

d'information et de consultation applicables aux sociétés anonymes nationales et relatives à l'information et la consultation des travailleurs au niveau national ou local (voir à ce propos l'article 13 paragraphe 3).

¹⁰⁵ Voir *infra*, points 1.5 et 1.6.

Dans le cadre de la transposition de la directive, il appartient aux Etats membres de déterminer qui seront les représentants des travailleurs qui intégreront les instances de représentation y prévues (article 2 point e)). Il s'agit là d'une responsabilité partagée: la loi du pays où sera située le siège futur de la SE (loi principale) doit fixer les règles qui déterminent la composition et la répartition des sièges au sein du groupe spécial de négociation (article 3 paragraphe 2 point a)); il incombe à chaque Etat membre de déterminer à titre accessoire le mode d'élection ou de désignation des membres du groupe spécial de négociation (article 3 paragraphe 2 point a) qui doivent être élus ou désignés sur leur territoire.

Ce partage des responsabilités en ce domaine et le fait que la source légale des critères qui permettront la constitution de ces instances de représentation soit, par conséquent, double (à la fois la loi principale et les lois accessoires), imposent une concertation entre les législateurs nationaux afin d'éviter l'éventuel établissement de règles conflictuelles¹⁰⁶.

Chaque Etat membre doit donc arrêter des dispositions dites "principales" en matière de composition et répartition des sièges au sein du GSN. Ces dispositions s'appliqueront:

- à toute société participante dans la constitution d'une SE qu'on envisage d'immatriculer sur le territoire de ce pays;
- à toutes les filiales et établissements concernés de ces sociétés participantes, situées ou non sur le territoire de l'Etat membre en question.

Chaque Etat membre devra également arrêter des dispositions dites "accessoires", qui s'appliqueront, indépendamment du fait que la SE soit immatriculée sur le territoire de ce pays ou ailleurs, aux filiales et établissements concernés des sociétés participantes y situés¹⁰⁷.

On traitera sous ce point 1.4 des dispositions à arrêter au niveau national sur la composition et la répartition des sièges au sein du groupe spécial de négociation. Les dispositions relatives au mode d'élection ou de désignation des membres de cette instance de représentation seront traitées au point 1.5.

Les règles régissant la répartition par pays des membres du GSN, visées à l'article 3 paragraphe 2 point a) sous-point i) de la directive) s'inspirent largement de celles qui leur correspondent dans la directive 94/48/CE (article 5 paragraphe 2, points b) et c)).

Les différences entre les deux ensembles de règles sont les suivantes:

- L'absence de fixation explicite dans la présente directive d'un nombre minimum et maximum des membres du GSN, qui figure à l'article 5 paragraphe 2 point b) de la directive

¹⁰⁶ Lors de la transposition de la directive 94/45/CE, une telle concertation a permis d'éviter l'émergence de règles nationales conflictuelles. Une telle situation pourrait, par exemple, survenir si un Etat membre arrêta des dispositions sur la forme de désignation des membres des instances de représentation susmentionnées visant une SE à immatriculer ou déjà immatriculée sur son territoire qui s'appliqueraient non seulement à celle-ci et à ses filiales et établissements situés dans ce pays mais aussi ceux situés dans d'autres pays.

¹⁰⁷ Voir *infra*, point 1.6.

94/45/CE : "*Le groupe spécial de négociation est composé au minimum de trois membres et au maximum de dix-sept membres*"). Néanmoins, les règles régissant la constitution du GSN (article 3 paragraphe a)) conduisent de leur propre opération à des limites naturelles, minimums et maximums de membres (voir *infra*).

- La prépondérance du critère de la proportionnalité entre la composition du GSN et l'ensemble des travailleurs représentés, visible à l'article 3 paragraphe 2, point a) sous-point i)). La directive 94/45/CE accorde, elle, une large prééminence à la représentation géographique, au point de conduire dans certains cas à la sous-représentation de larges secteurs des travailleurs concernés¹⁰⁸.

Ces divergences s'expliquent, d'une part, par l'expérience acquise dans le cadre de l'application de la directive 94/45/CE et, d'autre part, par l'importance accrue des enjeux de la négociation dans le contexte de la présente directive, notamment en ce qui concerne la question sensible de la participation.

Le législateur de 1994, qui innovait, rappelons-le, dans le domaine de l'implication des travailleurs au niveau transnational, a délibérément voulu privilégier la représentation nationale qui est souvent également la représentation de la périphérie des groupes. L'objectif de la directive 94/45/CE consistait à aligner les procédures d'information et de consultation des travailleurs existant au sein des groupes transnationaux avec les centres de décision réels, ce qui entraînerait nécessairement une valorisation de la périphérie de ces groupes, très souvent mal nourrie en termes de volume d'emploi. D'où la primauté accordée à la règle "un représentant par Etat membre".

Au fil du temps, cette priorité à la représentation nationale en détriment de la représentation proportionnelle a commencé à faire l'objet d'une certaine contestation de la part des représentants de pays avec un volume d'emploi plus élevé au sein des groupes couverts par la directive. Même s'ils étaient mandatés parfois par des milliers ou dizaines de milliers de travailleurs, ils se voyaient accorder le même poids au sein du GSN que des représentants de quelques dizaines de travailleurs. Et les enjeux de la négociation étaient, là aussi, importants.

D'autre part, la négociation visée dans la présente directive s'intéressera dans certains cas également à la question de la participation, en termes, d'ailleurs, de devoir décider de la survie ou non, et dans quelle mesure, des systèmes de participation existant au sein des sociétés participantes. Une représentation proportionnelle de l'ensemble des travailleurs au sein du GSN a donc été considérée indispensable pour que des décisions si critiques puissent être prises¹⁰⁹ d'une façon légitime.

¹⁰⁸ Le critère premier de la directive est celui de la représentation nationale, qui se matérialise indépendamment du nombre de travailleurs employés dans chaque pays (1 seul suffit pour baser l'existence d'un représentant). En combinaison avec la fixation d'une limite assez basse de nombre maximum de membres (17 membres), ceci peut entraîner un déséquilibre de la représentation par rapport aux Etats membres plus "peuplés".

¹⁰⁹ Les règles de vote au sein du GSN traduisent elles-aussi cette même préoccupation, lorsqu'elles exigent pour toute délibération une double majorité (des membres du GSN et des travailleurs y représentés). Les tractations au Conseil sur ces deux points et l'assurance de la prééminence de la règle proportionnelle, soit dans la composition du GSN soit dans les modalités de vote, a beaucoup

Par conséquent, le premier des critères de répartition des sièges au sein du GSN est celui de la représentation proportionnelle. Néanmoins, l'application de ce critère n'exclut nullement l'application pleine du principe de la représentation nationale (au moins 1 représentant par Etat membre concerné).

En fait, selon l'article 3 paragraphe 2 point a) sous-point i), les membres du GSN seront élus ou désignés en fonction de chaque tranche nationale de 10% de l'ensemble des travailleurs ou d'une fraction de celle-ci. Cette dernière référence à une fraction de la proportion de 10% assure la représentation de tout Etat membre dans lequel les sociétés participantes ou leurs filiales ou établissements concernés emploient des travailleurs, même si en nombre réduit.

Dans chaque Etat membre doivent être pris en compte les travailleurs employés¹¹⁰ soit par une société participante, soit par une filiale d'une société participante, soit par un établissement d'une société participante ou d'une filiale de celle-ci, situés ou non dans le même Etat membre¹¹¹.

Un exemple peut nous aider à comprendre comment s'effectue la distribution géographique des sièges au GSN. Prenons une situation où l'emploi au sein de l'ensemble constitué par les sociétés participantes et leurs filiales et établissements concernés se distribue comme suit:

Pays	Nombre de travailleurs *	Nombre de sièges
France	21%	3
Portugal	20%	2
Espagne	19%	2
Allemagne	11%	2
Royaume-Uni	10%	1
Belgique	9%	1
Islande	5%	1
Norvège	4%	1
Suède	1%	1
TOTAL	100%	14

* Proportion des travailleurs employés dans l'Etat membre par rapport au nombre total de travailleurs

A l'état actuel des choses, avec 18 pays couverts par la directive¹¹², l'application des règles de cette disposition¹¹³ entraînera un nombre maximum absolu de membres du GSN de 27

facilité le consensus final sur le type de majorité exigé pour la prise de décisions (article 3 paragraphes 4 et 6), ainsi que sur les conditions d'application des dispositions de référence (article 7 paragraphe 2, surtout). Ces deux aspects ont été les plus laborieux à concerner dans l'étape finale des discussions, tel que le démontre la complexité des dispositions y afférentes. Voir *infra*, point 3.1 et article 7 paragraphe 2.

¹¹⁰ Au sens évoqué au point 3 du Document de travail n° 10-Rev 1 (notion de travailleur), ainsi que le Document de travail n° 11-Rev. 3 (méthode de calcul du nombre de travailleurs employés).

¹¹¹ Le tout au sens analysé dans les documents de travail concernant l'article 2 paragraphes b), c) et d).

¹¹² Les 15 Etats membres de l'Union européenne et les trois pays membres de l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'UE (la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein).

membres¹¹⁴. L'arrivée de nouveaux pays à la suite de l'élargissement prochain de l'Union européenne augmentera ce nombre maximum absolu d'autant de nouveaux sièges¹¹⁵. Néanmoins, dans la plupart des cas ce nombre ne sera pas atteint, du fait d'un nombre plus bas de pays d'emploi concernés ou d'une distribution plus proportionnée des effectifs entre eux que l'est celle illustrée dans l'exemple extravagant ci-dessus.

En ce qui concerne les formules à retenir dans le cadre de la transposition de la directive, une simple transcription du contenu de l'article 3 paragraphe 2 point a) sous-point i) semble suffisant.

1.5. Le cas spécial de la SE constituée par voie de fusion

La détermination du nombre et la répartition des sièges au GSN, établies conformément aux règles analysées au point qui précède, peuvent encore, dans certains cas très limités en pratique, faire l'objet d'une adaptation conformément à l'article 3 paragraphe 2 point a) sous-point ii) de la directive, qui prévoit la possibilité d'élection ou la désignation d'un certain nombre de membres supplémentaires.

Cette possibilité, qui existe aussi en général dans la directive 94/45/CE, ne se justifierait en principe pas dans le cadre de la présente directive, dans la mesure où la façon dont le critère proportionnel opère permettait déjà de faire représenter convenablement au sein du GSN les différentes entités concernées¹¹⁶, ainsi que de tenir compte du poids de chaque pays concerné en termes d'emploi.

Le législateur communautaire a néanmoins décidé de consacrer cette possibilité aussi dans la présente directive, non pour garantir une quelconque proportionnalité (déjà pleinement assurée), mais pour permettre la prise en compte des spécificités liées au cas de constitution d'une SE par voie de fusion. Il ressort clairement de la lecture de cette disposition, de celle qui la précède (consacrant la primauté du proportionnel), ainsi que de celles relatives aux modalités de vote au sein du GSN (article 3 paragraphes 4 et 6) et aux conditions d'application de l'annexe (article 7 paragraphe 2), que des précautions particulièrement soignées ont été jugées nécessaires pour bien protéger les intérêts susceptibles d'être affectés dans ce cas plus que dans d'autres.

¹¹³ La disposition suivante de la directive (l'article 3 paragraphe 2 point a) sous-point ii), dont l'application est limitée à certains cas de fusion, peut encore avoir pour effet d'augmenter le nombre maximum absolu de membres du GSN (voir point 1.6 du présent commentaire).

¹¹⁴ On y arrive dans la situation à la limite de l'absurde mais théoriquement possible d'une concentration entre 91% et 99% des travailleurs de l'univers des entités concernées dans un seul Etat membre (10 sièges au GSN), les restants étant distribués par tous les autres Etats membres (17 sièges).

¹¹⁵ En fait, curiosité mathématique, le nombre maximum absolu de membres du GSN tel qu'il résulte de l'application de la règle évoquée est toujours égal au nombre d'Etats membres concernés par l'application de la directive au cas d'espèce plus 9.

¹¹⁶ Ceci n'était pas le cas dans la directive 94/45/CE, qui a comme point de départ, tel qu'on l'a rappelé, un simple critère géographique de représentation nationale. La désignation de membres supplémentaires sert précisément à y introduire un critère proportionnel.

Le fait que la possibilité de désignation de membres supplémentaires ait été limitée au seul cas ou, en résultat d'une fusion, une société participante qui disparaîtra comme personne morale autonome n'est pas directement représentée au sein du GSN, illustre bien le risque particulier que beaucoup associaient à cette forme de constitution d'une SE¹¹⁷. Même s'il n'en ressort pas nécessairement du texte en question, on vise à entourer d'encore plus de précautions les situations où une société participante régie par un système de participation cesse d'exister avec la constitution de la SE¹¹⁸.

Il s'ensuit un poids relatif accru des représentants de ces sociétés au sein du GSN. Il en résulte aussi que la composition du GSN ne sera pas toujours exactement proportionnelle à la main d'œuvre employé dans chaque pays. Les pays avec des sociétés participantes promises à la dissolution sans représentant directe selon le premier critère pourront être sur-représentés¹¹⁹. Néanmoins, cet avantage est illusoire. Ils n'auront pas pour autant la capacité de déséquilibrer la balance en leur faveur, dans la mesure où chaque délibération exigera un vote favorable de membres représentant la même majorité des travailleurs¹²⁰.

De toute façon, les conditions et les modalités d'application de cette disposition de protection accrue sont finalement assez strictes et limitées dans la pratique. Elles peuvent se résumer comme suit:

- la forme de constitution de la SE doit être la fusion;
- il faut qu'il y ait une ou plusieurs sociétés participantes qui seront amenées à disparaître en tant que personne morale distincte lors de la constitution de la SE¹²¹ et dont les travailleurs ne disposent pas d'un représentant direct au GSN en vertu du seul critère proportionnel et des

¹¹⁷ Cette même préoccupation se manifeste dans un bon nombre les autres dispositions de la directive qui consacrent des solutions spécifiques telles que le pourcentage plus bas pour la fusion que pour d'autres formes de constitution (25% au lieu de 50%) aux articles 3 paragraphe 4 (modalités de vote) et 7 paragraphe 2 (conditions d'applications des dispositions de la partie 3 de l'annexe).

¹¹⁸ En fait, si les autres conditions visées sont réunies, des membres supplémentaires pourront être élus ou désignés par les travailleurs de ces sociétés participantes, même si celles-ci ne sont pas régies par des règles de participation. Toutefois, il semble clair que la *ratio* du texte consiste dans la protection de pratiques de participation au sein des sociétés participantes menacées par la création de la SE.

¹¹⁹ C'est ceci, d'ailleurs, l'une des justifications pour l'existence d'une double majorité pour la prise de décisions au sein du GSN (majorité des membres et majorité des travailleurs représentés). Si cette disposition n'existait pas, la composition du GSN serait, dans beaucoup de cas exactement proportionnelle aux effectifs et une seule majorité suffirait (c'est-à-dire, la majorité des membres représenterait toujours la majorité des travailleurs). Elle ne le serait pas toujours à cause du système de tranches (un Etat membre avec 11% des effectifs aura 2 membres, tout comme un Etat membre avec 20%) et en vertu du fait que la représentativité de chaque membre peut être différente en vertu des systèmes d'élection ou de désignation. Voir *infra*.

¹²⁰ On verra par la suite que, à chaque fois qu'il sera question d'élire ou désigner des membres supplémentaires, la représentativité des membres "ordinaires" (mesurée en termes de travailleurs représentés) est réduite dans la même mesure.

¹²¹ C'est-à-dire, une société participante absorbée dans le cas de fusion par absorption ou toutes les sociétés participantes dans le cas de fusion par constitution d'une société nouvelle. Bien évidemment, la société absorbante ne cesse d'exister avec la constitution de la SE, elle devient, elle-même, la SE.

modes d'élection ou de désignation à prévoir dans les dispositions nationales de transposition¹²²;

- il faut que l'élection ou la désignation de ces membres supplémentaires n'entraîne pas une double représentation des travailleurs concernés¹²³;
- il faut que la désignation de ces membres supplémentaires n'entraîne pas une augmentation de plus de 20% du nombre de membres du GSN désignés conformément au sous-point i); si de besoin, les sièges supplémentaires seront attribués par ordre décroissant du nombre de travailleurs que les sociétés en question emploient.

Un cas pratique de constitution d'une SE par voie de fusion peut nous aider à bien comprendre la portée et les limites de cette disposition¹²⁴. Prenons un cas de constitution d'une SE par voie de fusion par absorption impliquant des sociétés participantes et des filiales et établissements de celles-ci situées dans 5 pays (Allemagne, Autriche, Suède, France et Espagne).

La configuration hypothétique de l'opération est la suivante:

- Allemagne: deux sociétés participantes, dont l'absorbante, et quelques filiales et établissements; 20 % des effectifs par rapport au total;
- Autriche: deux sociétés participantes (destinées à être absorbées), ainsi que quelques filiales et établissements; 20% des effectifs;
- Suède: deux sociétés participantes (destinées à être absorbées), ainsi que quelques filiales et établissements; 20% des effectifs;
- France: 2 sociétés participantes (destinées à être absorbées), ainsi que quelques filiales et établissements; 20% des effectifs;
- Espagne: 2 sociétés participantes (destinées à être absorbées), ainsi que quelques filiales et établissements; 20% des effectifs.

Conformément à la règle de distribution proportionnelle visée à l'article 3 paragraphe 2 point a) sous-point i) de la directive, le GSN serait constitué par 2 représentants au GSN en provenance de chacun des pays en question (10 au total). Hypothétiquement,

- les membres allemands proviennent, l'un de la société participante qui sera absorbée, l'autre, d'une filiale;
- les autrichiens proviennent, chacun d'entre eux, de chacune des sociétés participantes;

¹²² C'est-à-dire, que les représentants du pays en question ne proviennent pas de ces sociétés participantes.

¹²³ On verra par la suite que, même si les représentants ne sont pas issus des sociétés participantes, ils doivent représenter effectivement les travailleurs de celle-ci, conformément aux dispositions nationales applicables. Il est alors indispensable d'éviter la double représentation à cause des règles de vote au sein du GSN, qui prévoient des majorités, absolues ou qualifiées, doubles (celle des membres du GSN et celle des travailleurs représentés). La représentation en double d'une partie des travailleurs fausserait le calcul de cette deuxième majorité dans la mesure où les travailleurs en questions seraient comptés deux fois.

¹²⁴ Pour bien appréhender toutes les conditions et toutes les implications des règles relatives aux membres supplémentaires, il faut avoir à l'esprit celles concernant le mode d'élection ou de désignation de l'ensemble des membres du GSN, qui seront analysées au point suivant (point 1.6).

- les suédois proviennent du syndicat du secteur, qui représente, hypothétiquement, l'ensemble des travailleurs employés dans ce pays;
- les français et les espagnols proviennent de différentes filiales, aucun d'entre eux ne provenant des sociétés participantes¹²⁵.

La situation pour ce qui concerne un éventuel droit à la désignation de membres supplémentaire dans chacun des pays en question se présente alors comme suit:

- en Allemagne, la société absorbante n'est pas directement représentée, mais, selon les règles du sous-point ii), ses travailleurs n'auront pas, pour autant, droit à désigner un membre supplémentaire puisque cette société continuera d'exister (elle deviendra, en fait, la SE); à son tour, l'autre société participante allemande, qui, elle, cessera d'exister, est directement représentée au GSN, ce qui dénie à leurs travailleurs le droit à la désignation d'un membre supplémentaire;
- les deux sociétés participantes suédoises cesseront d'exister avec l'absorption, mais, même si les représentants ne proviennent pas de ces sociétés, les travailleurs de celles-ci sont représentés au GSN par les mandataires syndicaux; à moins que les dispositions suédoises prévoient autrement, c'est-à-dire, qu'il soit considéré que ces mandataires ne représentent pas les travailleurs de ces sociétés¹²⁶, la désignation de membres supplémentaires suédois ne se justifie donc pas, puisqu'elle entraînerait une double représentation des travailleurs concernés, interdite par le deuxième tiret du sous-point ii);
- les deux sociétés participantes françaises et les deux espagnoles cesseront elles aussi d'exister et leurs travailleurs ne sont pas directement représentés au sein du GSN, ce qui ouvre droit, en principe, à la désignation d'un membre supplémentaire pour chacune d'entre elles (4 au total), pourvu que la double représentation soit évitée¹²⁷.

Par conséquent, il y aurait lieu d'élire ou désigner 4 membres supplémentaires (2 en France et 2 en Espagne). Néanmoins, le plafond de 20% visé au premier tiret du sous-point ii) limite à 2 le nombre de membres supplémentaires admissibles dans le cas d'espèce. Conformément à l'alinéa finale de ce même sous-point, ces deux sièges supplémentaires seront attribués, parmi les 4 sociétés participantes en question, aux deux qui emploient le plus grand nombre de travailleurs dans chacun des deux pays en question¹²⁸.

La coexistence de membres "ordinaires" et de membres supplémentaires et l'importance de la représentativité de chaque membre aux effets des votes au sein du GSN obligeront les législateurs nationaux à bien préciser les conditions d'octroi du droit à la représentation

¹²⁵ Par exemple, parce qu'il s'agit de sociétés-holding des filiales et établissements dans chacun de ces pays, employant, chacune d'entre elles, un nombre réduit de travailleurs.

¹²⁶ Ce qui serait surprenant compte tenu de la représentativité générale des syndicats dans un pays comme la Suède, où les syndicats s'organisent surtout par branche et non par entreprise.

¹²⁷ En diminuant dans la même mesure la représentativité des membres "ordinaires" en termes de travailleurs représentés.

¹²⁸ Voir dernier alinéa de l'article 3 paragraphe 2 point a), selon lequel, les sièges supplémentaires sont attribués à des sociétés d'Etats membres différents par ordre décroissant du nombre de travailleurs qu'elles emploient.

supplémentaire, de façon en tout cas à éviter la double représentation d'un même univers de travailleurs. Cet aspect sera approfondi dans le point qui suit.

1.6. Le mode d'élection ou de désignation des membres du GSN

L'ensemble des règles qu'on vient de décrire permettent de déterminer combien de membres composeront le GSN et quelle sera leur distribution géographique.

Pour que les sièges ainsi déterminés puissent être pourvus, il faudra se référer à un autre ensemble de dispositions arrêtées dans chaque Etat membre, qui devront définir, tout d'abord, qui a la qualité de "représentant des travailleurs" à ces effets, et ensuite, quelles sont les modalités pour leur élection ou désignation¹²⁹.

La directive fixe un certain nombre de règles très générales en ce domaine:

- contrairement à ce qui se passe avec l'organe de représentation visé à l'annexe de la directive, par rapport auquel seulement les travailleurs de la SE et de ses filiales et établissements sont éligibles ou peuvent être désignés (annexe point a), pour ce qui concerne le GSN, **des personnes extérieures aux entités concernées (sociétés participantes et filiales et établissements concernés) pourront intégrer cette instance**¹³⁰;
- **les Etats membres déterminent le mode d'élection ou de désignation des membres du groupe spécial de négociation qui doivent être élus ou désignés sur leur territoire** (article 3 paragraphe 2 point b) premier alinéa;
- **dans la mesure du possible, les sociétés participantes doivent être directement représentées au GSN**, la limite étant, bien sûr, le nombre de sièges alloués à chaque pays;
- **les travailleurs des entreprises ou établissements dans lesquels il n'existe pas de représentants par des motifs indépendants de la volonté de ceux-ci (les motifs liés à l'existence de seuil de représentation étant exclus), ont le droit d'élire ou de désigner directement leurs représentants dans ce groupe** ((article 3 paragraphe 2 point b) troisième alinéa);
- **si tel est le choix des Etats membres, des représentants syndicaux, internes ou extérieurs, peuvent intégrer le GSN.**

Les Etats membres doivent donc respecter cet ensemble de principes très généraux, qui leur accordent une énorme liberté d'action. Néanmoins, il semble nécessaire de tenir compte d'un certain nombre de données de fait et de principes qui peuvent conditionner ces choix.

¹²⁹ Cet aspect a déjà été largement développé dans le Document de travail n° 12 (définition de "représentants des travailleurs"). On n'y ajoute maintenant que quelques précisions.

¹³⁰ L'article 3 paragraphe 2 point b) deuxième alinéa réfère d'ailleurs explicitement une situation pareille.

Tout d'abord, **les solutions retenues en ce domaine doivent pouvoir être appliquées à des situations de constitution d'une SE extrêmement diversifiées**, soit en fonction de la forme de constitution (fusion, holding, etc.) soit en fonction de la dimension et de la taille des entreprises concernées, soit encore en fonction de la structure de chaque société participante et de l'ensemble de ses filiales et établissements.

Un autre facteur qui peut jouer un rôle dans les choix à faire au niveau national a trait à l'utilité de créer un **lien entre le niveau de la représentation transnationale qui est celui du GSN, et le niveau national, qui est celui de l'univers des sociétés participantes et des filiales et établissements de celles-ci**. La nécessité de préserver ce lien peut influencer le choix que les lois nationales feront sur la détermination des représentants des travailleurs et les modalités de leur élection ou désignation.

Troisièmement, **le lien direct et nécessaire entre le mandat conféré aux membres du GSN et le vote au sein de cette instance oblige à qu'on soit en mesure de déterminer à tout moment combien de travailleurs chaque membre représente, seule façon de calculer la deuxième majorité visée à l'article 3 paragraphes 4 et 6 (la majorité des travailleurs représentés)**. Le problème de la double représentation précédemment évoqué se situe également dans ce contexte.

D'autre part, la possibilité reconnue à l'article 3 paragraphe 2 point a), sous-point ii) d'**élection ou de désignation de membres supplémentaires en cas de fusion exige un traitement spécifique assez soigné**.

Enfin, il faudra aussi tenir compte du fait que la représentation est une réalité dynamique, qui ne s'épuise pas, loin de là, avec son fait générateur, l'élection ou la désignation. Ceci veut dire que **les changements intervenus dans l'univers des représentés doivent, en principe, se refléter dans la représentation**. Si, par exemple, le représentant européen a perdu le mandat national (parce que l'entreprise d'où il provient ne fait plus partie du groupe, ou qu'il y a eu des élections au niveau national,...), est-ce que son mandat européen doit se poursuivre? Que se passe-t-il si l'ensemble ou seulement une partie des représentants nationaux qui l'ont élu ou désigné ont, à leur tour, perdu leur mandat de représentation au niveau national? Et dans ce cas, comment maintenir le flux d'information vers la base, si les liens de représentation ont été interrompus¹³¹? Toutes ces questions, qui se posaient déjà dans le cadre de la directive 94/45/CE gagnent une acuité accrue par le lien nécessaire que la directive établit entre l'exercice du droit de vote au sein du GSN et la représentativité de chaque membre de celui-ci (la question de la double majorité requise pour les délibérations du GSN, évoquée à plusieurs reprises précédemment).

Il semble donc nécessaire que les lois nationales de transposition apportent une réponse aux questions suivantes:

- a) Qui peut être élu ou désigné dans les organes européens?

¹³¹ Ce problème est distinct et autonome par rapport à celui des changements intervenus dans l'univers des entités concernées, qui sera traité au point 1.7 du présent document de travail. Ici, on aborde la problématique des changements ultérieurs en termes de survie ou non du mandat de représentation, plus loin on s'occupera d'une éventuelle recombinaison du GSN.

- b) Comment déterminer le nombre de travailleurs représentés par chaque membre du GSN et éviter la double représentation?
 - c) Quelles règles spécifiques sont-elles nécessaires concernant l'élection ou désignation de membres supplémentaires?
 - d) Quelles sont les responsabilités et les liens qui doivent être établis entre les représentants européens et les représentants nationaux ou les travailleurs eux-mêmes?
- a) Qui peut être élu ou désigné dans les organes européens?

Tout d'abord, il serait souhaitable, afin d'éviter la complexité de nouvelles procédures, que les Etats membres trouvent des solutions proches ou qui se basent dans les structures de représentation des salariés déjà existant des les entreprises. La directive 94/45/CE vient tout de suite à l'esprit, tellement elle est similaire dans sa façon d'opérer à la présente directive.

Ceci étant, la liberté des Etats membres est en ce domaine entière. Les Etats membres peuvent conférer la qualité de "représentants des travailleurs" aux effets de la directive aux organisations syndicales européennes ou nationales, aux délégués syndicaux, aux délégués du personnel, aux membres des comités d'établissement, aux membres des comités d'entreprise, aux membres du comité de groupe, à des représentants ad hoc, à toute autre sorte de représentants. Ils peuvent prévoir soit l'élection soit la désignation des représentants des travailleurs dans le groupe spécial de négociation, ou bien combiner les deux systèmes.

Toutefois, **les représentants ainsi désignés doivent représenter l'ensemble des travailleurs des sociétés participantes et de leurs filiales et établissements. Les représentants nationaux appelés à siéger au groupe spécial de négociation doivent effectivement représenter l'ensemble des salariés des différentes sociétés participantes et filiales et établissements implantés dans cet Etat.** C'est une condition indispensable pour permettre la réalisation des votes au sein du GSN en tenant compte de la double majorité des membres et des travailleurs représentés.

La couverture générale par les membres élus ou désignés dans chaque pays de l'ensemble des travailleurs y employés n'implique pas nécessairement que tous les travailleurs soient éligibles pour ces fonctions ou qu'ils participent tous de la même façon aux procédures d'élection ou de désignation. Dans le cadre de la directive 94/45/CE, par exemple, il arrive souvent que les membres du GSN soient désignés au sein et par les travailleurs des unités plus larges en termes d'emploi. Rien ne semble l'empêcher dans le contexte de la présente directive, pourvu que, à la fin, tous les travailleurs soient représentés par les membres du GSN.

Sans vouloir interférer dans des choix qui appartiennent à chaque Etat membre, on peut tenter d'analyser les différentes possibilités qui sont offertes par rapport à ce critère de la représentativité, dans le seul but d'identifier d'éventuels problèmes et d'en trouver des voies de solution.

Rappelons qu'on peut avoir dans un Etat membre une ou plusieurs sociétés participantes, liées entre elles ou non par des relations de dominance, ainsi que plusieurs filiales et établissements de ces sociétés participantes ou de sociétés participantes situées dans un autre Etat membre.

i) Le choix d'organisations syndicales européennes ou nationales comme "représentants des travailleurs" au sein du groupe spécial de négociation est ainsi susceptible de poser les difficultés suivantes:

- Un premier élément est que la directive semble privilégier la désignation des membres du groupe de négociation par, ou en accord, avec les représentants du personnel des sociétés participantes et filiales et établissements concernés¹³², alors que la base organisationnelle des syndicats est souvent extérieure et dépasse le cadre de l'entreprise, ce qui peut les rendre moins aptes à effectivement représenter l'ensemble des salariés à moins de mécanismes correcteurs. A cet égard, il semblerait utile de définir une orientation générale selon laquelle le mandat syndical devrait donc également s'appuyer sur une réelle représentativité dans l'entreprise.
- Par ailleurs, la condition de représentativité globale sera, en fait, très difficile à remplir dans les situations d'entreprises aux activités très diversifiées, alors que le pays pourra n'avoir droit qu'à un seul représentant au sein du groupe spécial de négociation. Si l'on prend l'exemple de différents accords conclus dans le cadre de la directive 94/45/CE, on voit également que le choix des syndicats comme acteur de la négociation a pu nécessiter la présence de tous les syndicats considérés comme représentatifs dans un pays donné, solution qui là encore peut ne pas être toujours satisfaisante, dans la mesure où le nombre de représentants nationaux pourra être plus limité. La difficulté posée par la directive est donc que la qualité syndicale, qui est une garantie en principe suffisante de représentativité, peut ne pas suffire dans ces hypothèses particulières. Si la solution de l'acteur syndical est retenue, elle devrait donc être adaptée au contexte particulier de la directive. Si l'on considère que dans la majeure partie des cas, plusieurs syndicats pourront être considérés comme représentatifs de l'ensemble des filiales implantées dans un Etat donné, cette solution implique la définition de mécanismes qui permettront la sélection de représentants parmi les différents syndicats présents. C'est donc ce mécanisme de sélection qui devra garantir la capacité effective des représentants à représenter l'ensemble des salariés des filiales implantées dans un pays donné. On peut trouver un exemple d'un tel mécanisme dans certains accords "CEE": si le nombre de prétendants (désignés en fonction des procédures locales par les représentants des syndicats ou du personnel), dans un pays donné, aux postes de représentants européens est supérieur au nombre de postes accordés à ce pays, un vote des représentants du personnel ou directement des salariés eux-mêmes devra être organisé

ii) Le choix des membres des comités d'entreprise nationaux comme acteur de la désignation ou de la sélection des représentants des travailleurs semble être une solution qui évite les difficultés mentionnés ci-dessus.

¹³² Ainsi c'est à défaut de représentants des travailleurs dans l'entreprise ou l'établissement (pour des motifs indépendants de la volonté de ceux-ci) que les travailleurs pourront désigner ou élire eux-mêmes les membres du groupe spécial de négociation (art. 3 paragraphe 2 point 2 dernière alinéa).

- L'existence dans certains pays de comités de groupe devrait encore davantage faciliter la tâche. Le comité de groupe étant un organe représentant l'ensemble des entreprises du groupe à l'échelon national, il semble tout désigné pour élire ou désigner le ou les représentants nationaux au niveau européen.
- Dans les pays où cet organe de représentation n'existe pas, on peut envisager de faire porter ce choix sur les comités d'entreprise ou d'établissement et adapter cette solution aux cas des grands groupes composés d'une multitude d'unités dans chaque pays. Dans cette hypothèse, un ou deux membres devront représenter 50 ou 100 différentes filiales ou établissements situés dans un Etat membre. Il faudrait donc compléter ce choix, en définissant des règles permettant l'élection ou la désignation des représentants au GSN parmi tous les membres des comités d'entreprise nationaux concernés (on retrouve cette solution dans quelques accords "CEE").
- Cette méthode peut toutefois s'avérer insuffisante dans les situations plus complexes, avec des sociétés participantes appartenant à des groupes distincts, avec des liens croisés de dominance ou d'appartenance vis-à-vis certaines filiales ou établissements établis au niveau transfrontalier¹³³, etc. Là aussi, des mécanismes de désignation par étapes des représentants nationaux au GSN seront normalement nécessaires, puisque la désignation de premier degré se base sur l'entreprise (par exemple, en créant un système à travers lequel les représentants désignés au niveau des différentes entreprises autonomes désignent eux-mêmes en leur sein les membres du GSN).

b) Comment déterminer le nombre de travailleurs représentés par chaque membre du GSN et éviter la double représentation?

Selon l'article 3 paragraphes 4 et 6 de la directive, les délibérations du GSN exigent une double majorité: celle des membres du GSN et celle des travailleurs représentés¹³⁴. Il est donc indispensable de pouvoir déterminer à ces occasions combien de travailleurs représente chaque membre du GSN.

On a vu *supra* que la création du GSN est nécessairement précédée d'un calcul des effectifs des sociétés participantes et de leurs filiales et établissements permettant de procéder à la distribution géographique des sièges en fonction d'un critère de proportionnalité¹³⁵. On a également conclu¹³⁶ que ce calcul initial pourrait être utilisé lors des votes au sein du GSN.

¹³³ Certaines filiales et certains établissements situés dans un pays peuvent l'être de sociétés participantes d'autres pays. Ils ne doivent pour autant être exclus et les dispositions de chaque Etat membre doivent les saisir dans la même mesure qu'aux filiales et établissements de sociétés participantes nationales.

¹³⁴ Auxquelles s'ajoute encore, dans les cas soumis à la règle de la majorité qualifiée des deux tiers (article 3 paragraphe 4 deuxième partie et article 3 paragraphe 6), la condition de provenance au moins binationale des voix en faveur.

¹³⁵ Point 1.4 *supra* ("La composition du GSN: distribution géographique des membres").

¹³⁶ Point 1.3 du Document de travail n° 11-Rev.1 ("La méthode de calcul du nombre de travailleurs employés").

Ce qui reste à faire pour que cette deuxième majorité puisse être dégagée lors des votes est de **bien déterminer le nombre de travailleurs qui correspondent à chaque membre à l'occasion de sa désignation ou élection.**

Compte tenu des délais serrés prévus dans la directive et de l'intérêt qu'auront les sociétés participantes à compléter expéditivement le processus de constitution de la SE, la période de temps entre le lancement du processus¹³⁷ et la constitution du GSN sera normalement assez courte¹³⁸. Ceci facilitera la disponibilité de données permettant de déterminer la représentativité de chaque membre du GSN, surtout si, dès le début, ces données sont ventilés par entité concernée (sociétés participantes ou filiales ou établissements de celles-ci).

Ces informations détaillées étant disponibles dès le début, la représentativité de chaque membre du GSN en termes de nombre de travailleurs mandatants ne semble pas difficile à établir. Lorsqu'il s'agit d'une procédure d'élection ou de désignation en une seule étape¹³⁹, la représentativité de chaque membre du GSN est le résultat de la division du nombre total de travailleurs par le nombre de membres élus ou désignés dans le pays en question.

Pour ce qui concerne les procédures d'élection ou de désignation plus complexes¹⁴⁰, avec deux étapes ou plus, la représentativité de chaque membre peut être différente. Imaginons, par exemple, une situation où, dans un pays donné, il y a deux sociétés participantes, chacune d'entre elles avec plusieurs filiales et établissements, ainsi que des filiales et établissements d'une autre société participante située dans un autre Etat membre. Si le nombre de membres du GSN alloué à ce pays est 3 ou supérieur, chacun de ces membres pourra probablement être élu ou désigné par chacune des 3 composantes mentionnées (chacune des deux sociétés participantes et leurs filiales et établissements et les filiales et établissements de la société participante étrangère). Mais le nombre de travailleurs qu'ils représentent peut être différent.

Si le nombre de membre alloué à l'Etat membre en question est inférieur au nombre de composantes de base, une procédure en deux étapes ou plus semblerait inévitable: dans un premier moment, chaque composante de base élirait ou désignerait ses représentants;

¹³⁷ La publication du projet de fusion ou de constitution d'une SE-holding ou l'adoption du projet de constitution d'une SE-filiale ou de transformation en SE, moments qui est aussi celui de la naissance de l'obligation de délivrance des informations visées à l'article 3 paragraphe 1 de la directive, y compris sur le nombre de travailleurs employés. Voir *supra*, points 1.1. et 1.2.

¹³⁸ Même si le délai de six mois (susceptible d'être prorogé jusqu'à un an au total) fixé à l'article 6 de la directive pour compléter les négociations ne commence à courir qu'à partir de la constitution du GSN, les sociétés participantes souhaiteront s'acquitter des obligations résultant de la directive au plus vite, afin d'être en mesure de constituer définitivement la SE. Ceci est particulièrement vrai pour la fusion (opération qui doit être expéditive, sous peine d'accroître l'incertitude et donc d'aggraver le risque inhérent à cette opération), mais également pour les autres formes de constitution d'une SE.

¹³⁹ Lorsque le nombre d'entités concernées dans le pays en question est limité et celles-ci se regroupent au sein d'une même entreprise ou d'un même groupe d'entreprises.

¹⁴⁰ Lorsque, pas exemple, les différentes unités concernées sont en grand nombre ou appartiennent à des groupes différents.

dans une deuxième étape, ces représentants désigneraient parmi eux le ou les membres du GSN. Là aussi, il se peut que la représentativité de chaque membre soit différente.

Enfin, ce qui importe c'est que, en tout état de cause, il soit possible de déterminer combien de travailleurs chaque membre du GSN représente. Cette information gagnerait à être inscrite au procès-verbal de l'acte d'élection ou de désignation.

Ce lien de représentativité établi, il est facile d'éviter la double représentation du même ensemble de travailleurs.

La directive ne précise pas ces détails, qui devront être développés par les dispositions nationales de transposition, en fonction des choix faits dans ce domaine par chaque Etat membre.

c) Quelles règles spécifiques sont-elles nécessaires concernant l'élection ou désignation de membres supplémentaires?

La façon de faire évoquée au point précédent nous apporte la réponse à cette question. A partir du moment où l'on connaît de façon précise la représentativité des membres "ordinaires" du GSN dans un pays donné, on est en mesure de vérifier (1) si une société participante amenée à disparaître est ou non directement représentée; (2) si les travailleurs de cette société sont déjà représentés par un des membres "ordinaires".

Si aucun des membres déjà élus ou désignés ne provient de cette société et si les dispositions nationales le prévoient, alors il sera question de procéder à une élection ou une désignation spécifique d'un représentant des travailleurs de celle-ci. Si c'est le cas, les mêmes dispositions nationales doivent prévoir un mécanisme de réduction de la représentativité des membres ordinaires, de façon à éviter la double représentation.

Dans l'exemple évoqué au point 1.5 du présent commentaire, on avait conclu qu'il y aurait lieu de faire élire ou désigner des membres supplémentaires en France et en Espagne puisque les travailleurs des sociétés participantes de ces pays (amenées à disparaître) n'étaient pas directement représentés au GSN par des membres ordinaires. Si l'on prévoit l'élection ou la désignation de membres supplémentaires en représentation des travailleurs de ces sociétés participantes, alors, il faudra que les dispositions nationales prévoient que les membres "ordinaires" ne les représentent pas.

La question se pose à cet égard de la nature "principale" ou "accessoire" des dispositions y afférentes. En d'autres mots, est-ce que ce sera la loi du pays du siège envisagé de la SE qui déterminera quelles sont les circonstances qui impliquent l'élection ou la désignation de membres supplémentaires et les modalités respectives (y compris le mécanisme susmentionné de réduction de la représentativité des membres ordinaires) ou est-ce que ce seront les dispositions "accessoires" de chaque Etat membre qui le détermineront?

A première vue, l'essentiel de ces dispositions a clairement une nature accessoire. Mis à part les données objectives (la constitution d'une SE par voie de fusion et la disparition d'une société participante en tant que personne morale autonome), les autres conditions préalables à l'élection ou la désignation de membres supplémentaires découlent directement des dispositions accessoires qui, dans chaque Etat membre, régissent le mode d'élection ou de désignation des membres du GSN. Ce sont, en fait, ces dispositions qui permettent de vérifier:

- si les travailleurs de la société en question ne disposent pas déjà d'un représentant directe
- si l'élection ou la désignation d'un membre supplémentaire n'entraîne pas une double représentation des travailleurs en question.

C'est également dans les dispositions "accessoires" de chaque pays qu'on retrouvera les règles concernant l'élection et la désignation de membres supplémentaires, ainsi que les mécanismes visant à éliminer la double représentation.

En revanche, ces mêmes dispositions nationales accessoires sont inefficaces pour éviter le dépassement de la limite de 20% visée à l'article 3 paragraphe 2 point a) sous-point ii) premier tiret et pour déterminer la distribution géographique des membres supplémentaires, à chaque fois qu'il existe une concurrence de plusieurs pays en situation de les avoir.

Cette dernière circonstance nous amène à considérer que la source principale de l'élection ou de la désignation des membres supplémentaires ainsi que de leur distribution géographique reste, comme c'est le cas pour les membres ordinaires, la loi du pays du siège envisagé de la SE. Néanmoins, la vérification des deux autres conditions mentionnées ci-dessus, relatives à la non-représentation directe et à la double représentation, doit être renvoyée par cette même loi du pays du siège aux dispositions accessoires de chaque Etat membre.

Il serait en outre important, en tout cas, très utile, d'uniformiser la notion de représentation directe, eu égard, à la possibilité de conceptions différentes, notamment lorsque les dispositions nationales prévoient la désignation de représentants syndicaux externes à l'entreprise¹⁴¹. Dans certains pays, ces représentants peuvent être considérés mandataires généraux de l'ensemble des travailleurs indistinctement, ce qui écarterait la possibilité de désignation d'un membre supplémentaire. Dans d'autres, l'inverse pourrait se passer.

Afin d'éviter ces interprétations différentes et donc le traitement différent de situations identiques, on pourrait considérer que la représentation directe mentionnée, au moins implicitement, dans la disposition de la directive citée impliquerait une représentation spécifique (pour écarter cette condition, il faudra qu'il y ait déjà un représentant employé par la société en question ou un représentant, soit-il externe, désigné à titre exclusif par les travailleurs de cette société).

¹⁴¹ Pratique courante dans le contexte de la directive 94/45/CE.

Les dispositions y afférentes pourraient être rédigées comme suit (il s'agit d'un simple exemple):

La disposition principale:

1. Les membres du Groupe spécial de négociation sont élus ou désignés dans chaque Etat membre selon les modes prévus dans les dispositions nationales pertinentes. Les sièges sont répartis en proportion du nombre de travailleurs employés dans chaque État membre par les sociétés participantes et les filiales ou établissements concernés, en allouant pour chaque État membre un siège par tranche de travailleurs employés dans cet État membre qui représente 10 % du nombre de travailleurs employés par les sociétés participantes et les filiales ou établissements concernés dans l'ensemble des États membres, ou une fraction de ladite tranche.

2. Dans le cas d'une SE constituée par voie de fusion, il y aura lieu d'élire ou de désigner des membres supplémentaires du groupe spécial de négociation si, conformément aux règles régissant dans chaque Etat membre l'élection ou la désignation de des membres du groupe spécial de négociation, les travailleurs d'une ou de plusieurs sociétés participantes qui, selon le projet, cesseront d'avoir une existence juridique propre après l'immatriculation de la SE ne sont pas spécifiquement représentés par des membres du groupe spécial de négociation employés par la ou les sociétés en question ou désignés à titre exclusif par les travailleurs des dites sociétés.

Ces sièges supplémentaires sont attribués à des sociétés d'États membres différents visées à l'alinéa précédente selon l'ordre décroissant du nombre de travailleurs qu'elles emploient, leur nombre ne pouvant pas dépasser 20% du nombre de membres élus au désignés conformément au paragraphe 1er.

3. Le droit à élire ou à désigner un membre supplémentaire cesse d'exister s'il s'avère que, conformément aux règles qui dans chaque pays régissent l'élection ou la désignation des membres du groupe spécial de négociation, cela entraînerait une double représentation des travailleurs des sociétés en question. Dans ce cas, le siège supplémentaire en question est, le cas échéant, attribué à la société participante suivante en termes de nombre de travailleurs.

Disposition accessoire

Lorsque, conformément aux dispositions pertinentes du pays du siège envisagé de la SE, il y a lieu d'élire ou de désigner un membre supplémentaire du groupe spécial de négociation, les travailleurs de la société participante en question ne sont représentés que par ce membre supplémentaire.

- d) Quelles sont les responsabilités et les liens qui doivent être établis entre les représentants européens et les représentants nationaux ou les travailleurs eux-mêmes?

Toute modification intervenant dans les mandats nationaux (nouvelles élections au niveau national, perte par le représentant européen de son mandat national) peut-elle remettre en cause le mandat des représentants au GSN? Cette question rejoint celle déjà évoquée de l'adaptation du GSN aux changements intervenus dans la structure ou la dimension des sociétés participantes et de leurs filiales et établissements¹⁴². D'une part, les changements intervenus dans l'univers des représentés doivent en principe se refléter dans la représentation, les organes de représentation doivent maintenir leur qualité représentative. D'autre part, l'organe de représentation doit également être doté d'une certaine stabilité. Les entreprises et leurs organes de représentation sont des structures à géométrie variable et en évolution constante, même à court terme, et le fonctionnement du GSN pourrait se trouver bloqué si toute modification devait remettre en cause la validité des négociations déjà réalisées ou le mandat de ses membres. La directive ne définit aucune règle précise à ce sujet, même si l'article 3 paragraphe 2 fixe le principe de la représentativité du GSN.

Le problème se pose également en ce qui concerne l'organe de représentation résultant d'un accord conclu au titre de l'article 4 de la directive, mais il semble que là c'est aux parties à ces accords de régler ce problème et de prévoir la durée des mandats des représentants et la procédure de renégociation de l'accord (article 4 paragraphe 2 points b) et h). Mais rien n'est prévu quant à l'adaptation de la composition du GSN à ces modifications, alors même que sa durée de vie peut aller jusqu'à un an¹⁴³, et qu'au cours de cette période des changements importants sont susceptibles de se produire.

Mais il importe surtout de rappeler dans ce contexte spécifique ce qu'on a dit auparavant sur les procédures de vote au sein du GSN. A chaque vote, relèvera non seulement une majorité donnée de membres du GSN, mais aussi la même majorité de travailleurs représentés. Comment admettre dans ce contexte que puissent participer dans un vote des représentants européens qui ont, par exemple, perdu leur mandat national ou qui ont été désignés par des représentants nationaux qui ne le sont plus? Il semble impératif d'assurer à tout moment que les conditions qui ont basé le mandat initial accordé aux membres du GSN sont toujours présentes, même en détriment de la cohésion et de la permanence du GSN. De toute façon, la durée de vie relativement limitée du GSN (1an au plus) relativise l'importance pratique du problème.

Par conséquent, la règle selon laquelle le mandat de représentant au sein du GSN doit être toujours lié au(x) mandat(s) national(aux) qui en constituent la base semble incontournable. La façon dont cette règle sera traduite en droit national dépendra des choix faits par chaque Etat membre, à titre accessoire, en ce qui concerne les modalités d'élection ou de désignation des membres du GSN.

¹⁴² Cet aspect (la recomposition du GSN suite à des changements importants dans la configuration de l'opération de constitution d'une SE) sera traité de façon exhaustive et conclusive au point 1.7 du présent document de travail. Ici on se limite à traiter le cas spécifique des changements intervenus en ce qui concerne les conditions de base du mandat.

¹⁴³ Voir article 6.

1.7. Le réaménagement de la composition du GSN en fonction de changements intervenus¹⁴⁴

On a déjà évoqué à plusieurs reprises¹⁴⁵ la problématique des changements intervenus tout au long du processus de négociation en ce qui concerne la configuration de l'opération de constitution d'une SE.

Au début de ce processus et quelle que soit la forme de constitution de la SE, les sociétés participantes font des choix en ce qui concerne l'étendue de l'opération et le cercle des différentes entités concernées par celle-ci. Elles décident, notamment, quels de leur filiales et établissements deviendront des filiales et établissements de la SE. Ces choix doivent résulter clairement du projet de fusion ou de constitution d'une SE-holding, en vertu des articles 20 et 32 du règlement, et, pour ce qui concerne la SE-filiale commune et la transformation, en application de dispositions spécifiques de transposition de la directive¹⁴⁶.

En tout état de cause, le périmètre initial de l'opération (c'est-à-dire, l'ensemble constitué par les sociétés participantes et leurs filiales et établissements concernés) doit forcément être connu avant et pendant la réalisation des démarches visant la création du GSN.

Cependant, la constitution d'une SE peut s'avérer être un processus non linéaire, notamment dans les cas théoriquement plus complexes (la fusion et la SE-holding). Du projet initial jusqu'à l'aboutissement de l'opération, qui se matérialise avec l'immatriculation de la SE, il y a tout un parcours à faire dans lequel participent différentes entités autres que les concepteurs et promoteurs de l'opération: les assemblées générales des sociétés participantes, les autorités de concurrence, souvent.

Dans certains cas, il se peut que le périmètre de l'opération subisse des modifications en vertu des pressions des actionnaires, de conditions imposées par les autorités de contrôle de la concurrence, etc. Certaines des sociétés participantes peuvent être amenées ou forcées à se retirer du processus ou à exclure certaines de leurs filiales ou établissements des actifs qu'elles entendent apporter à la SE.

Si c'est le cas, il semble inéluctable que ces changements soient répercutés dans la composition du GSN. Cet organe de représentation a des fonctions de négociation très importantes, décisives même pour les travailleurs représentés. D'où les précautions que le législateur communautaire a prises en ce qui concerne la façon dont le GSN est constitué et les conditions de délibération en son sein. La primauté du critère proportionnel et les doubles, voire triple, majorités requises pour l'adoption de certaines décisions semblent tout à fait incompatibles avec une situation dans laquelle certains des membres du GSN ne représenteraient plus personne.

¹⁴⁴ On traitera ici des changements intervenus pendant la période de négociation, c'est-à-dire avant l'immatriculation. Tout un autre sujet est celui des changements intervenus par la suite, après l'immatriculation, qui peuvent, de notre avis, conduire à un besoin de réouverture de la procédure de négociation visée à l'article 3 et 4 de la directive. Ce sujet assez problématique et complexe sera abordé dans le document de travail concernant l'article 11 de la directive ("Détournement de procédure").

¹⁴⁵ Notamment au point 1.4 *supra* (sur la représentativité du GSN), ainsi que dans le Document de travail n° 9 (notion de "filiale ou établissement concerné").

¹⁴⁶ Voir point 2 du Document de travail n° 9 (notion de "filiale ou établissement concerné").

La désaffectation d'une ou autre composante initialement engagée dans le processus de constitution de la SE doit donc conduire inéluctablement à la remise en question du mandat que les travailleurs en question avaient conféré au membre qui leur correspondait au sein du GSN. Si ce changement en cours de route est très important, il pourra même conduire à une recomposition universelle du GSN, par exemple, entraînant une redistribution des sièges alloués à chaque Etat membre¹⁴⁷. Cette recomposition du GSN se fera conformément aux dispositions dites "principales" arrêtées par l'Etat membre du siège de la future SE, puisque toute variation dans la proportion de travailleurs dans un pays entraîne une variation correspondante dans les autres pays¹⁴⁸.

Bien évidemment, l'inverse est aussi vrai. D'autres entités peuvent rejoindre le processus en cours de route, entraînant les mêmes effets¹⁴⁹.

D'autre part, les changements intervenus dans la configuration de l'opération peuvent aussi avoir pour des effets sur les membres supplémentaires du GSN, lorsqu'ils agissent sur les conditions qui conduisent à leur élection ou désignation¹⁵⁰.

Quid si le changement est moins important, n'entraînant pas une mise en question de la distribution géographique des membres du GSN¹⁵¹? On pourrait dans ce cas s'orienter vers une remise en question des mandats déjà attribués dans chaque pays concerné par ces changements. Néanmoins, le besoin de stabilité du GSN et la préoccupation d'éviter des dispositifs trop lourds et complexes nous amènent à défendre que ces changements doivent être ignorés¹⁵². Autrement, on risquerait une remise en cause permanente de la composition du GSN qui ne semble pas compatible avec son fonctionnement efficace.

En conclusion, et tel qu'on l'a soutenu lorsqu'on a traité la question de la méthode de calcul du nombre de travailleurs employés¹⁵³, les données de base initiaux concernant la

¹⁴⁷ Ceci semble inévitable dans les cas où toutes les entités concernées situées dans un Etat membre abandonnent le processus. Leur ou leurs représentants auparavant élus ou désignées au GSN doivent les suivre. De même si le nombre de travailleurs concernés dans un Etat membre est réduit par le désintéressement de certaines des entités y situées (si, par exemple, la proportion de travailleurs dans un Etat membre passe de 21% à 19%, le nombre de membres du GSN attribués à cet Etat membre doit être réduit de 3 à 2).

¹⁴⁸ Une réduction que quelques points de pourcentage dans un pays implique nécessairement une augmentation correspondante du pourcentage de travailleurs de tous les autres pays concernés, au point, le cas échéant, de leur conférer le droit d'avantage de membres du GSN.

¹⁴⁹ A première vue, il semblerait que l'arrivée de nouvelles sociétés participantes doit remettre le processus à zéro, au moins dans les cas de fusion et de constitution de l'une SE-holding. La nature et les règles propres à ce type d'opérations l'imposeraient. En revanche, l'implication ultérieure de nouvelles filiales ou de nouveaux établissements de sociétés participantes déjà engagées pourra, en principe, se faire sans que le processus doive forcément redémarrer dès le début.

¹⁵⁰ Voir *supra* point 1.5.

¹⁵¹ Si la réduction de la proportion de travailleurs dans un Etat membre se situe dans la même tranche de 10% (par exemple, de 19% à 15%).

¹⁵² Ceci sans préjudice de ce qu'on a soutenu sous 1.7.d), quand on a abordé la problématique des liens entre les représentants européens et leur base.

¹⁵³ Voir Document de travail n° 11-Rev. 1.

représentativité des membres élus ou désignés au GSN resteront la référence pour toute la (courte) durée de la vie de cet organe, à moins d'une recombinaison obligatoire en vertu d'un changement fondamental dans les conditions de distribution géographique des sièges.

2. La tâche du Groupe spécial de négociation – Article 3 paragraphe 3

L'article 3 paragraphe 3 de la directive, qui fait en quelque sorte double emploi avec l'article 4, énonce la tâche du GSN: celle de négocier et conclure un accord avec les organes compétents des sociétés participantes sur les modalités de l'implication des travailleurs au sein de la future SE.

Cette disposition correspond à l'article 5 paragraphe 3 de la directive 94/45/CE et ne soulève pas de problèmes d'interprétation particuliers. Quelques précisions peuvent toutefois être faites.

Tout d'abord, sur l'autre partie à l'accord: l'article 3 paragraphe 3 mentionne "*les organes compétents des sociétés participantes*" sans préciser lesquels. Cette formulation générale se justifie du fait que les sociétés ont des formes de gestion assez diversifiées et qu'il n'est pas nécessaire de conférer dans la directive elle-même à l'un ou à l'autre organe la responsabilité pour la conduite des négociations et la conclusion d'un éventuel accord. **Selon le système de gouvernance des sociétés en question, cette tâche pourra être menée par le Conseil d'administration ou le directoire, ou par des instances exécutives de ces organes, ou encore par des mandataires de ceux-ci. Il faudra également tenir compte du fait que on aura sûrement des situations où les interlocuteurs du GSN seront assez nombreux¹⁵⁴, ce qui peut conseiller de mandater certains d'entre eux ou même des personnes ou entités externes pour la conduite des négociations.**

Deuxièmement, cette disposition est la seule de la directive qui fixe la forme de l'accord. L'article 4 ne le mentionne pas, mais il est clair que, en vertu de cette disposition, **la forme écrite est une condition de validité de l'accord.** En revanche, rien n'est dit dans la directive, ou très peu, sur d'autres formalités à observer lors de la création du GSN et tout au long de la procédure de négociation. **Compte tenu du fait que l'accomplissement des procédures y visées constitue une condition d'immatriculation de la SE¹⁵⁵ et devra, de ce fait, être vérifié par les autorités compétentes en ce domaine, il semblerait utile que les lois nationales de transposition précisent d'autres formalités estimées nécessaires. Ceci dans un but de sécurité juridique qui sert les deux parties¹⁵⁶.**

Troisièmement, quelques précisions s'imposent sur la valeur intrinsèque d'un tel accord, ainsi que de sa force contraignante¹⁵⁷. De part leur dimension européenne, les accords conclus au titre

¹⁵⁴ Ni le règlement ni la directive limitent aucunement le nombre de sociétés participantes, qui peuvent donc être nombreuses.

¹⁵⁵ Voir article 12 du règlement.

¹⁵⁶ On serait utile, par exemple, de prévoir des procès-verbaux écrits et approuvés pour certains actes essentiels de la naissance et de la vie du GSN (acte de constitution, acte de changement de composition, délibérations importantes, etc.).

¹⁵⁷ Cet aspect sera amplement développé dans le Document de travail concernant l'article 4 de la

des articles 3 paragraphe 3 et 4 de la directive sont des accords d'un genre nouveau, qui ne rentrent pas dans les catégories habituellement connues. Ces accords ont vocation à s'appliquer non seulement aux parties signataires, mais également à l'ensemble du groupe de sociétés dominé par la future SE, c'est à dire à l'ensemble des directions locales, et à l'ensemble des salariés. Dans les droits nationaux, la force contraignante d'un accord conclu dans le domaine qui nous occupe découle généralement de sa qualification en accord collectif. Un accord qui présente certaines caractéristiques, du point de vue des parties signataires et de l'objet, s'appliquera à l'ensemble des salariés représentés par les organisations signataires, ou appartenant à ces organisations. De part leurs signataires et leur objet, les accords conclus au titre de la présente directive s'apparentent sans nul doute à la catégorie des accords collectifs. Mais d'une part, les parties qui négocieront l'accord ne sont pas les parties habituellement désignées par les droits nationaux comme titulaires de ce droit et donc ces accords ne peuvent prétendre à la qualification d'accord collectif au sens des droits nationaux, et donc aux effets que cette qualification entraîne. D'autre part, les accords signés dans un pays auront vocation à s'appliquer dans différents pays.

Il est donc indispensable qu'un accord signé dans un pays ne puisse être remis en cause dans un autre pays. Un accord qui sera déclaré conforme, selon la loi d'un Etat membre applicable à cet accord, devra donc être pris en considération par les ordres juridiques des autres Etats membres.

Les lois nationales de transposition doivent donc reconnaître la force contraignante d'un accord conclu au titre de la directive, c'est à dire reconnaître que l'accord conclu entre le GSN et les organes compétents des sociétés participantes, s'impose à l'ensemble du groupe d'entreprises dominé par la SE, à l'ensemble des directions locales et à l'ensemble des salariés du groupe d'entreprises, et ce quelque soit l'Etat membre dans lequel il aura été signé. La validité et la force contraignante d'un accord conclu dans un Etat membre, selon les règles de cet Etat, devront également être reconnues par tous les autres Etats membres concernés.

Quatrièmement, l'expression "implication des travailleurs au sein de la SE" qui figure au premier alinéa de l'article 3 paragraphe 3 de la directive, ainsi que dans beaucoup d'autres dispositions, doit être interprétée au sens large. Elle recouvre les procédures d'implication des travailleurs dans l'entreprise ou le groupe d'entreprises multinational dont la SE est la société dominante¹⁵⁸.

Enfin, le deuxième alinéa de l'article 3 paragraphe 3 de la directive **constitue les organes compétents des sociétés participantes dans l'obligation d'informer le GSN du déroulement réel du processus de constitution de la SE, jusqu'à l'immatriculation de celle-ci.** C'est cette information qui permettra, par exemple, au GSN de constater un éventuel besoin de recomposition à la suite de changements intervenus dans la configuration initialement envisagée de l'opération de constitution de la SE¹⁵⁹.

directive.

¹⁵⁸ Cet aspect a été largement développé au point 1.3 du présent commentaire, sur la représentativité du GSN.

¹⁵⁹ Voir point 1.7 du présent commentaire.

3. *Le fonctionnement du Groupe spécial de négociation – Article 3 paragraphes 4 à 7*

Les paragraphes 4 à 7 de l'article 3 de la directive régissent successivement:

- les modalités de vote au sein du GSN (paragraphes 4 et 6);
- les modalités de recours à des experts (paragraphe 5);
- la renonciation de la part du GSN à un système d'implication des travailleurs pour la SE (paragraphe 6);
- la prise en charge des dépenses du GSN (paragraphe 7).

On traitera par la suite chacun de ces sujets.

3.1. *Les modalités de vote au sein du GSN*

Les modalités de vote au sein du GSN sont beaucoup plus élaborées et complexes que celles régissant l'instance qui lui correspond dans la directive 94/45/CE, où la règle presque générale est celle de la majorité simple des membres, l'unique exception étant la délibération particulière consistant à renoncer aux négociations, qui exige le vote favorable des deux tiers des membres du GSN¹⁶⁰.

Dans le cadre de la présente directive, les choses se passent autrement:

- la règle de vote générale est celle de la majorité absolue des membres du GSN¹⁶¹ cumulée avec la majorité absolue des travailleurs représentés;
- pour ce qui concerne une délibération entérinant un accord qui réduit les droits de participation par rapport à ceux existant au sein des sociétés participantes, la règle est celle des deux tiers des membres provenant d'au moins deux Etats membres, cumulés avec les deux tiers des travailleurs représentés;
- idem pour ce qui concerne une délibération par moyen de laquelle le GSN renonce à établir un régime d'implication des travailleurs spécifique à la SE.

Les raisons qui expliquent cette complexité accrue des règles de vote au sein du GSN par rapport à la directive 94/45/CE ont déjà été largement évoquées auparavant¹⁶². Elles ont comme origine la sensibilité de la tâche confiée au GSN, notamment lorsqu'il est question de traiter la problématique de la participation. Le législateur communautaire a clairement souhaité entourer de précautions extrêmes tout aboutissement de la négociation en retrait par rapport au niveau d'implication des travailleurs existant au sein des sociétés participantes. C'est ce souci qui a conduit aux règles qui régissent les délibérations du GSN et qu'on retrouve également dans d'autres dispositions de la directive parmi les plus insondables à première vue¹⁶³.

¹⁶⁰ Voir articles 6 paragraphe 5 et 5 paragraphe 5 de la directive 94/45/CE.

¹⁶¹ Ce qui est différent et déjà plus exigeant que la majorité simple des membres requise par la directive 94/45/CE.

¹⁶² Notamment au point 1.4 *infra* ("La composition du GSN: distribution géographique des membres).

¹⁶³ Par exemple, celles relatives à la composition du GSN (article 3 paragraphe 2), celles qui fixent les conditions d'application des dispositions subsidiaires de l'annexe (surtout l'article 7 paragraphe 2) ou encore celles relatives aux relations avec d'autres dispositions (article 13).

Et pourtant, cela a été le prix à payer par l'aboutissement du dossier "SE". Finalement, si impénétrables soient-elles pour les non initiés, ces règles ont une logique interne assez facile à comprendre lorsqu'on les analyse à la lumière des enjeux de la négociation pour ce qui concerne la survie des systèmes de participation existant, le cas échéant, dans le chef des sociétés participantes.

a) La règle générale de la double majorité absolue

En ce qui concerne la règle générale de la double majorité absolue (des membres du GSN et des travailleurs représentés par eux), la principale difficulté consiste à garantir la disponibilité de données sur la représentativité de chaque membre du GSN en termes de travailleurs employés par les sociétés participantes et par leurs filiales et établissements concernés les mandatant. On a conclu précédemment que les données concernant les effectifs fournis au début du processus de constitution de la SE pouvaient être utilisés lors des votes au sein du GSN¹⁶⁴. On a conclu également qu'il était indispensable d'organiser le processus d'élection ou de désignation de chacun des membres du GSN de façon à permettre de dégager ultérieurement cette représentativité individuelle¹⁶⁵. Enfin, on a souligné l'importance d'une approche dynamique de cette représentativité, imposant que la composition du GSN soit sensible aux variations importantes dans le périmètre des entités concernées par l'opération de constitution de la SE, dans un contexte de délibérations exigeant une majorité des travailleurs représentés¹⁶⁶.

A partir du moment où les dispositions nationales de transposition de la directive aménagent soigneusement ces trois aspects, et que les sociétés participantes et le GSN agissent avec prudence et diligence, le dégagement de la double majorité à chaque vote ne doit pas poser de problèmes sérieux.

b) La triple majorité qualifiée

Dans les cas visés à l'article 3 paragraphes 4 (deuxième partie) et 6, les délibérations du GSN en question exigent la majorité des deux tiers des membres du GSN représentant les deux tiers des travailleurs et provenant d'au moins deux Etats membres. Le problème du cumul des majorités se pose dans les mêmes termes que pour la majorité absolue, ce qui nous dispense d'avantage de commentaires sur cette question.

Il importe néanmoins de expliciter les conditions d'application de la règle de la triple majorité qualifiée visée à l'article 3 paragraphe 4¹⁶⁷.

Lorsqu'il est question pour le GSN de entériner un accord avec les organes compétents des sociétés participantes qui prévoit un régime de participation inférieur à celui qui, au sein des sociétés participantes, accorde plus de droits en cette matière, la triple majorité qualifiée des deux tiers est exigée, à condition que:

¹⁶⁴ Voir Document de travail n° 11-Rev.1.

¹⁶⁵ Voir *supra* points 1.3 à 1.6.

¹⁶⁶ Voir *supra* point 1.7.

¹⁶⁷ L'autre circonstance déclenchant l'application de cette règle sera analysée au point 3.3 *infra*.

- au moins 25% des travailleurs des sociétés participantes bénéficient d'un système de participation, quand la SE est constituée par voie de fusion;
- au moins 50% des travailleurs des sociétés participantes bénéficient d'un système de participation, quand la SE est constituée par voie de constitution d'une SE-holding ou d'une SE-filiale commune.

Le cas de la transformation est omis dans ce contexte puisque l'article 4 paragraphe de la directive interdit la conclusion d'un accord avec un niveau de participation inférieur à celui existant au sein de la société participante (celle qui se transforme en SE).

Si la couverture personnelle des systèmes de participation existant au sein des sociétés participantes est inférieure aux pourcentages indiquées, alors, le GSN délibère à la double majorité absolue. *A fortiori*, la règle de vote générale de la double majorité absolue est toujours d'application si aucune des sociétés participantes n'est régie par un système de participation.

L'application de la règle de la triple majorité qualifiée dans ces cas soulève deux remarques: l'une visant à éclairer le traitement différent de la fusion par rapport à la holding et la filiale commune; l'autre précisant ce qu'on entend par "*réduction des droits de participation*".

Quand on analyse la constitution d'une SE du seul point de vue de son impact sur des systèmes de participation existant le cas échéant au sein d'une ou plusieurs sociétés participantes, on conclut que, parmi les différentes formes de constitution, la transformation et la fusion présentent un risque effectif plus fort pour la survie de ces systèmes que les autres voies de constitution.

Dans les deux premiers cas (la transformation et la fusion), la constitution de la SE conduit à ce que les sociétés promotrices de l'opération ne sont plus soumises aux règles nationales en matière de participation. C'est ce qui détermine l'article 13 paragraphe 2 de la directive. En se transformant en SE, une société de droit national régie par des règles de participation échappe à ces règles. De même pour ce qui concerne les sociétés de droit national régies par de tels systèmes qui constituent une SE par voie de fusion: si l'une absorbe l'autre (ou d'autres), ni la société absorbante (la nouvelle SE), ni les sociétés absorbées (qui cessent d'exister en tant que personnes morales distinctes) seront plus soumises aux règles nationales en matière de participation; si elles fusionnent en constituant une société nouvelle (la SE), elles disparaissent en tant que personnes morales et la nouvelle société (la SE) n'est pas soumise non plus, en vertu du même article, à ces règles nationales.

Pour ce qui concerne la SE-holding et la SE-filiale commune, l'impact de la constitution de la SE est moins grave. La SE qu'elles constituent ne sera pas soumise, certes, aux règles nationales existant le cas échéant dans le pays de son siège¹⁶⁸, mais les sociétés participantes continuent d'exister en tant que personnes morales et leur sujétion aux règles nationales en matière de participation n'est nullement affectée par l'opération¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Toujours en vertu de l'article 13 paragraphe 2 de la directive.

¹⁶⁹ Pour ce qui concerne la filiale commune, cela va de soi. Pour ce qui concerne la SE-holding, les sociétés participantes deviennent des filiales de la SE et l'article 13 paragraphe 3 point b) précise que

Par conséquent, l'effet de "délocalisation juridique" entraîné par la constitution d'une SE menace surtout la survie des systèmes de participation quand la forme de constitution est la transformation ou la fusion, puisque les sociétés participantes ou bien disparaissent ou bien se transfigurent en SE. Cet effet n'est pas présent dans les autres cas de constitution d'une SE, même si l'on peut objecter que, en devenant filiales d'une SE-holding, les sociétés participantes déplacent vers elle le vrai centre de décision, ce qui réduit sérieusement l'influence réelle et effective sur la marche des affaires de la part des représentants des travailleurs qui continueront à siéger dans les organes sociaux de ces sociétés¹⁷⁰.

Ce différent degré de risque a conduit à une graduation de la "protection" accordée dans la directive aux systèmes de participation, en fonction de la forme de constitution de la SE. Cette graduation est visible justement à l'article 3 paragraphe 4, la disposition qui nous occupe¹⁷¹, ainsi qu'à l'article 7 paragraphe 2, qui régit les conditions d'application, en cas d'échec des négociations, des dispositions de la partie 3 de l'annexe de la directive (sur la participation). Ces deux dispositions ont été la clé de voûte du compromis final sur la directive.

L'idée générale qui a présidé la dernière ronde des débats au sein des instances communautaires reposait sur le principe de la majorité: en circonstances normales, si la participation était majoritaire au sein des sociétés participantes, alors elle mériterait d'être particulièrement protégée. La solution trouvée dans la disposition qui nous occupe pour la SE-holding et la SE-filiale commune traduit cette approche: un éventuel accord réducteur de la participation n'exige pas un vote à majorité renforcé au sein du GSN quand la participation est minoritaire; en revanche, il l'exige quand elle est majoritaire (quand la participation couvre au moins 50% des travailleurs des sociétés participantes).

L'univers d'effectifs pertinent à cet effet est celui des seules sociétés participantes, à l'exclusion de leurs filiales et établissements. On comprend cette option, cohérente dans le contexte de la démarche "avant-après" qui inspire l'ensemble de la directive. S'il est question de comparer la situation préexistante la constitution de la SE et la situation en résultant en vue de protéger les droits acquis, la logique commande que la référence soit les sociétés participantes, celles dont les systèmes de participation risquent d'en être affectés. Néanmoins, circonscrire la comparaison aux seules sociétés participantes soulève, à son tour, d'autres problèmes, déjà effleurés¹⁷², en rapport avec les systèmes de participation organisés à l'échelle du groupe. Ces questions seront exhaustivement analysés dans le document de travail concernant l'article 7 de la directive.

la directive ne porte pas atteinte aux dispositions nationales en matière de participation applicables aux filiales de la SE.

¹⁷⁰ Pour ce qui concerne la SE-filiale commune, qui est, de ce point de vue, une opération inverse par rapport à la SE-holding, cet effet limitatif est difficile à discerner, puisque ce sont les sociétés participantes, au sein desquelles la participation subsiste, qui contrôlent la nouvelle SE. Néanmoins, ces deux formes de constitution reçoivent le même traitement dans la directive, le législateur communautaire n'ayant pas souhaité faire une analyse encore plus fine des différentes situations, qui conduirait sûrement à davantage de complexité.

¹⁷¹ Et encore à l'article 4 paragraphe 4 (voir suite du texte).

¹⁷² Voir point 3 du Document de travail n° 6 (définition de sociétés participantes).

Cette orientation dégagée pour les situations estimées "normales", le législateur s'est alors attaqué aux situations exigeant une protection renforcée, en vertu du risque accru de survie des systèmes de participation.

Pour ce qui concerne la transformation, le législateur communautaire n'a même pas envisagé la possibilité d'admettre un régime de participation dans la SE inférieur à celui qui existait au sein de la société participante. L'article 4 paragraphe 4 l'interdit catégoriquement. Il n'est donc même pas question de traiter l'affaire dans le cadre de modalités de vote au sein du GSN.

Pour la fusion, il a été entendu que le seuil de couverture par un système de participation déclenchant la règle de la triple majorité qualifiée des deux tiers devait se situer à 25%.

Il reste à traiter la notion de "*réduction des droits de participation*" qui figure à l'article 3 paragraphe 4 comme condition d'application de la règle de la triple majorité qualifiée. L'explication y est donnée: "*une proportion de membres des organes de la SE, au sens de l'article 2 point k, inférieure à la proportion la plus haute existant au sein des sociétés participantes*".

Cela veut dire qu'il faudra vérifier si le projet d'accord en question prévoit une proportion de représentants des travailleurs siégeant au Conseil d'administration ou au Conseil de surveillance de la future SE¹⁷³ ou de membres de ces organes dont la désignation les travailleurs de la SE ou leurs représentants peuvent recommander ou s'y opposer¹⁷⁴ qui soit inférieure à celle qui, au sein de l'ensemble des sociétés participantes, est la plus élevée.

A cet égard, la question peut se poser de déterminer la façon de procéder à cette comparaison entre la situation préexistante la constitution de la SE et les dispositifs qui sont en train d'être négociés. Des doutes peuvent en fait survenir lorsqu'il y a au sein des sociétés participantes les deux systèmes de participation connus en Europe: d'une part, le système d'inspiration germanique d'élection ou de désignation d'un certain nombre ou d'une certaine proportion de membres du Conseil d'administration ou du Conseil de surveillance; d'autre part, le système néerlandais de recommandation ou de veto de la totalité des membres du Conseil de surveillance.

Les deux systèmes sont difficilement comparables en termes d'intensité qualitative de l'influence des travailleurs dans le processus décisionnel: doit-on privilégier le nombre de membres représentant les travailleurs (et alors, le système néerlandais devrait toujours être considéré le plus élevé, ce qui reviendrait à dire que tout accord qui ne le reproduit pas dans la future SE devrait être considéré en retrait par rapport à la situation "avant")? Ou doit-on privilégier les aspects qualitatifs de la représentation (puisque élire ou désigner un certain nombre de représentants exclusifs semble plus porteur, en termes d'influence, que de recommander ou s'opposer à la désignation de l'ensemble des membres, mécanisme qui n'accorde en fait une vraie représentation)?

¹⁷³ Le système de participation le plus courant en Europe, d'inspiration germanique.

¹⁷⁴ Le système de participation néerlandais.

Il y a, il nous semble, une voie de solution pour cette difficulté: elle consiste à prendre comme terme de comparaison celui des systèmes de participation existant au sein des sociétés participantes qui est qualitativement identique à celui qui est en train d'être négocié pour la SE. Si les négociations s'achèment vers un système de participation de type "germanique", alors on le comparera avec le système de ce type le plus élevé existant au sein des sociétés participantes, en écartant de cet exercice les situations reproductibles au modèle néerlandais; si, au contraire, on est en train d'accorder un système de recommandation et de veto, alors on le compare avec les situations existant au sein des sociétés participantes qui prévoient ce type de participation, à l'exclusion de toutes les autres.

Cette interprétation semble tout à fait en ligne avec la directive et notamment avec l'alinéa finale de l'article 3 paragraphe 4. Rappelons l'objectif central de tous ces mécanismes (la protection des droits acquis), qui étaye cette position.

Elle ne règle toutefois pas toutes les situations de difficulté possibles. *Quid* si le système de participation négocié est le néerlandais et il n'existe pas au sein des sociétés participantes? Avec quoi on le compare et comment, alors? Ou si le système envisagé prévoit l'élection de représentants au Conseil de surveillance et les sociétés participantes, ou certaines d'entre elles, les ont au sein du Conseil d'administration? De toute évidence, la participation à l'organe d'administration est plus importante qu'à l'organe de surveillance. *Quid* encore si la forme de participation (élection/désignation ou recommandation/veto) est la même avant et après, les organes sont les mêmes, mais ils ont moins de pouvoir au sein de la SE qu'ils l'ont au sein des sociétés participantes¹⁷⁵?

Il nous semble très laborieux, voire abusif, de s'orienter vers des exercices d'équivalence entre systèmes qui sont qualitativement différents et déterminer, par exemple, que la moitié des membres élus/désignés équivaldrait à la totalité des membres recommandés/opposés, ou que la moitié des membres du Conseil de surveillance équivaldrait à un tiers des membres du Conseil d'administration, et ainsi de suite. Et sur quelle base le faire, la directive ne le prévoyant pas?

La solution à ce type de situations doit par conséquent être dictée au cas par cas par les instances juridictionnelles qui en seront le cas échéant saisies, à la lumière des principes et des objectifs de la directive, notamment celui de la protection des droits acquis.

De la même façon que les pourcentages différentes déclenchant l'application de la règle de la triple majorité qualifiée se retrouvent aussi plus tard à l'article 7 paragraphe 2 (sur les conditions d'application de la partie 3 de l'annexe), la notion de "réduction des droits de participation" trouve elle aussi correspondance en dehors de d'un contexte d'un accord négocié, c'est-à-dire, quand il s'agit de déterminer quel sera le système de participation à appliquer à la SE en absence d'accord. On le voit à la partie 3 point b) de l'annexe de la

¹⁷⁵ Par exemple, l'article 39 paragraphe 2 du règlement autorise les Etats membres à prévoir, en rapport avec le système dualiste, que l'organe de direction est nommé par l'assemblée générale, en dérogation à la règle générale de ce même article (et des droits nationaux dotés d'un système dualiste), selon laquelle il est nommé par le Conseil de surveillance. On peut très bien concevoir des situations dans lesquelles la SE utilisera cette faculté exercée par un Etat membre.

directive, qui statue justement que la proportion de membres siégeant à l'organe d'administration ou à l'organe de surveillance de la SE ne sera pas inférieure à celle qui est la plus élevée parmi les sociétés participantes.

On approfondira ce sujet dans le document de travail concernant cette disposition de l'annexe.

3.2. *Le modalités de recours à des experts*

La possibilité pour le GSN d'avoir recours à des experts qui l'assistent pendant les négociations est déjà reconnue dans la directive 94/45/CE, dans des termes assez simples et limités: "Pour le besoin des négociations, le groupe spécial de négociation peut être assisté par des experts de son choix"¹⁷⁶.

La disposition correspondante de la présente directive est nettement plus complète. On peut signaler au moins les ajouts suivants:

- les experts en question peuvent être des représentants des organisations des travailleurs appropriées au niveau communautaire;
- à la demande du GSN, les experts peuvent assister à titre consultatif aux réunions de négociation pour promouvoir la cohérence au niveau communautaire
- le GSN peut décider d'informer les représentants d'organisations extérieures appropriées, y compris des organisations des travailleurs, du début des négociations.

Il est facile de constater que ces formules renforcées par rapport à la directive 94/45/CE se justifient, d'une part, en vertu de certains problèmes vécus dans le cadre des négociations sur la constitution de comités d'entreprise européens¹⁷⁷, et, d'autre part, par le souhait manifesté par les organisations syndicales européennes d'avoir un rôle plus actif dans les négociations¹⁷⁸.

Même si le législateur communautaire n'a pas complètement satisfait les revendications de ces organisations syndicales, qui voulaient se voir attribuer un rôle formel dans les négociations (peut-être avec des représentants de plein droit dans le GSN), leur intervention précieuse dans le passé leur a valu une reconnaissance explicite dans cet article.

3.3. *La renonciation de la part du GSN à un système d'implication des travailleurs pour la SE*

La possibilité pour le GSN de renoncer à créer des mécanismes d'implication des travailleurs au niveau transnational est déjà reconnue à l'article 5 paragraphe 5 de la directive 94/45/CE, dans les termes qui suivent:

¹⁷⁶ Article 5 paragraphe 4 deuxième alinéa de la directive 94/45/CE.

¹⁷⁷ Certaines directions se sont opposées à la présence d'experts dans les réunions de négociations, à notre avis sans fondement légal. La présente directive clarifie ce point.

¹⁷⁸ Elles l'ont eu en ce qui concerne la majorité des processus de constitution de comités d'entreprise européens, avec un bénéfice évident, reconnu également par les entreprises en question.

"Le groupe spécial de négociation peut décider, par au moins deux tiers des voix, de ne pas ouvrir de négociations conformément au paragraphe 4 ou d'annuler les négociations déjà en cours.

Une telle décision met u terme à la procédure en vue de la conclusion de l'accord visé à l'article 6. Lorsqu'une telle décision a été prise, les dispositions de l'annexe ne sont pas applicables.

Une nouvelle demande de convocation du groupe spécial de négociation ne peut être introduite que deux ans au plus tôt après ladite décision, sauf si les parties concernées fixent un délai plus court."

Les divergences entre cette rédaction et celle de la présente directive (article 3 paragraphe 6) découlent des différents contextes dans lesquels les négociations interviennent.

- La triple majorité des deux tiers: l'explication a déjà été fournie au point 3.1.b) du présent document de travail et découle de la dimension des enjeux de la négociation menée dans le cadre de la présente directive et notamment de l'existence possible de la dimension "participation".
- La non-application de cette disposition au cas de la transformation: par des raisons évidentes, ceci n'a pas de correspondance dans le cadre de la directive 94/45/CE.
- La reconvoation du GSN requiert une demande écrite d'au moins 10% des travailleurs de la SE et de leurs filiales et établissements, ou de leurs représentants, exigence sans parallèle dans l'article 5 paragraphe 5 de la directive 94/45/CE. Néanmoins, il est évident que la demande de reconvoation du GSN en vue de la constitution d'un comité d'entreprise européen doit être souscrite, comme la demande initiale, par au moins 100 travailleurs ou leurs représentants. La création initiale du GSN visé à la présente directive étant obligatoire et ne dépendant pas d'une demande spécifique de la part des travailleurs des sociétés participantes et de leurs filiales et établissements, il a été nécessaire de prévoir une telle condition pour l'introduction d'une nouvelle demande suite à une décision de renonciation, aussi afin d'éviter des abus.
- L'échec des négociations à la suite de la reconvoation du GSN n'entraîne pas l'application de l'article 7 ni de l'annexe de la présente directive, contrairement à ce qui se passe dans le cadre de la directive 94/45/CE. Cette solution radicale était inévitable, puisque la renonciation à créer un système d'implication propre à la future SE fait partie des données à prendre en compte par les actionnaires des sociétés participantes lorsqu'ils décident de constituer la SE. Il serait abusif de leur imposer ultérieurement un tel système d'implication, une fois la SE constituée.

3.4. La prise en charge des dépenses du GSN

L'article 3 paragraphe 7 de la directive fixe des règles en matière de prise en charge des dépenses relatives au processus de négociation, dans des termes identiques à ceux applicables

au GSN formé dans le cadre de la directive 94/45/CE. Cette disposition n'appelle pas d'observations ou de commentaires particuliers.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 17

23 juin 2003

CONTENU DE L'ACCORD – Article 4 de la directive

La seule différence de fonds entre l'article 4 de la présente directive et l'article 6 de la directive 94/45/CE, qui lui correspond, consiste dans l'inclusion de l'élément "participation" (article 4 paragraphe 2 point g). D'autres différences textuelles entre les deux dispositions n'ont pas beaucoup d'importance puisqu'elles traduisent des modifications formelles ou une autre façon d'organiser systématiquement les règles¹⁷⁹.

Trois sujets peuvent être utilement traités dans le cadre de l'analyse de cette disposition:

1. Le contenu de l'accord: l'autonomie des parties
2. La forme de l'accord
3. Le cas spécial de la transformation

1. Le contenu de l'accord: l'autonomie des parties

Tel que c'est le cas dans le cadre de la directive 94/45/CE, il n'y a presque pas de limites matérielles à ce que les parties peuvent convenir lorsqu'elles concluent un accord au titre de l'article 4 de la directive. D'autres limites ou, plutôt, des conditions existent, mais elles sont de nature formelle ou procédurale. Par exemple, un accord prévoyant un régime de participation de niveau inférieur à celui existant au sein des sociétés participantes exige une triple majorité qualifiée, en dérogation à la règle générale de la double majorité absolue au sein du GSN¹⁸⁰.

Mais pour le reste, et exception faite du cas spécial de la transformation¹⁸¹, l'autonomie des parties est pleine, tel que l'indiquent les mots introductifs au paragraphe 2 de l'article 4¹⁸² et le

¹⁷⁹ Par exemple, les règles relatives aux clauses prévoyant une procédure d'information et de consultation des travailleurs au lieu de la création d'un comité d'entreprise européen, qui faisaient l'objet d'un paragraphe séparé au sein de l'article 6 de la directive 94/45/CE, sont maintenant concentrées dans un point de l'article 4 paragraphe 2 (le point f)). La nature marginale et très peu fréquente de la pratique résultant de l'application de la directive 94/45/CE justifie certainement qu'on ne consacre qu'un point rapide à cette possibilité, très peu exploitée jusqu'à présent. De même, les règles de vote au sein du GSN (article 6 paragraphe 5 de la directive 94/45/CE) ne figurent pas dans l'article 4 de la présente directive, ayant été déplacées à l'article 3 paragraphes 4 et 6).

¹⁸⁰ Voir point 3.1.a) et b) du Doc. de travail n° 16.

¹⁸¹ Voir point 3 de ce document de travail.

¹⁸² "Sans préjudice de l'autonomie des parties (...)".

réaffirme de façon conclusive le paragraphe 3¹⁸³. Il importe de préserver dans le cadre de la transposition de la présente directive la liberté de négociation qui constitue un des principes fondamentaux de la directive. Toute restriction à cette liberté introduite par les lois nationales sans couverture de la directive serait donc inacceptable et contraire à la lettre et à l'esprit de la directive.

Une telle question se posait déjà dans le cadre de la directive 94/45/CE, basée, elle, sur ce qui est aujourd'hui l'article 137 paragraphes 1 du traité CE. Cette base juridique porte sur l'établissement de prescriptions minimales au niveau communautaire. Par conséquent, des dispositions plus strictes, c'est-à-dire, plus favorables aux travailleurs, sont toujours admises, tel que le prévoit d'ailleurs le paragraphe 5 de cette même disposition du traité.

Néanmoins, l'analyse des dispositions nationales de transposition de la directive 94/45/CE montre qu'aucun Etat membre n'a suivi cette voie, l'autonomie des parties et la liberté de négociation y étant respectées dans le même degré qu'elles le sont dans la directive elle-même.

De telles limitations à l'autonomie contractuelle seraient en tout cas encore plus difficiles à accepter dans le cadre de la présente directive. Il est pertinent à cet égard de rappeler la base juridique de la directive, l'article 308 du traité CE, une disposition résiduelle qui attribue à la Communauté des compétences générales pour la prise de dispositions appropriées, *"si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objectifs de la Communauté, sans que le (...) traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet (...)"*.

Ainsi, les parties sont libres de donner le contenu qu'elles entendent à chacun des différents thèmes énoncés à l'article 4 paragraphe 2. L'un des principes de base de la directive est de laisser les parties déterminer librement les règles qui leur seront applicables et l'article 4 ne remet pas en cause ce principe. Laissant les parties libres ne pas conclure d'accord¹⁸⁴ la directive ne peut les contraindre à donner un contenu spécifique à cet accord. C'est bien ce que laisse entendre l'article 4 paragraphe 2 qui, avant de procéder à l'énumération des différents points de l'accord, précise que *"sans préjudice de l'autonomie des parties, l'accord fixe..."*.

Dans cette perspective, on peut considérer que la validité d'un accord ne pourrait être remise en cause s'il n'aborde pas un ou plusieurs thèmes définis par la liste de l'article 4 paragraphe 2 de la directive au moins pour autant qu'il ne s'agisse pas de sujets essentiels.

On est ici très loin de l'établissement de prescriptions minimales au niveau communautaire admettant des dispositions plus favorables aux travailleurs. Le deuxième considérant de la directive mentionne d'ailleurs l'objectif de la création d'un "cadre juridique uniforme", visant, certes, le règlement, mais on pourrait dire autant pour ce qui concerne la directive elle-même.

On peut donc conclure que, mis à part la cas spécial de la transformation, il ne serait pas acceptable que les Etats membres limitent la liberté de négociation, telle que prévue dans la

¹⁸³ *"L'accord n'est pas soumis, sauf dispositions contraires de cet accord, aux dispositions de référence visées à l'annexe"*.

¹⁸⁴ Voir article 3 paragraphe 6.

directive. La transcription pure et simple dans les dispositions nationales du texte de l'article 4 paragraphe 2 est par conséquent fortement conseillée¹⁸⁵.

Ceci veut dire que la liste qui figure au paragraphe 2 des points à inclure dans l'accord est purement indicative et ne limite aucunement la possibilité pour les parties soit d'ignorer valablement certains de ces éléments, soit d'en ajouter d'autres, la seule conséquence éventuelle portant sur les modalités de vote au sein du GSN.

La question des changements intervenus après la constitution de la SE

L'un des sujets non mentionnés au paragraphe 2 et qui gagnerai à être traité dans le cadre des négociations est celui de l'adaptation des accords aux changements intervenus ultérieurement au sein de l'univers constitué par la SE et ses filiales et établissements. L'expérience d'application de la directive 94/45/CE montre à l'évidence qu'il s'agit d'une des principales lacunes de la directive.

En fait, au moins à première vue, les règles de la directive ont été conçues pour s'appliquer seulement immédiatement avant et au moment où la SE est constituée. Ce concept statique soulève un certain nombre de problèmes pour trois raisons principales :

- la SE sera une entité dynamique, qui subira des changements (de nouvelles fusions et acquisitions, la cession de certaines de ses composantes, etc.); la question se pose de prévoir l'impact de ces changements sur le système de participation des travailleurs qui avait été conçu pour la situation existant au moment où la SE a été constituée;
- une fois la SE établie, indépendamment de la forme de sa constitution (la fusion, la holding, la filiale commune ou la transformation) et indépendamment du fait qu'elle a ou non la participation, la SE ne sera pas soumise aux règles nationales en matière de participation qui peuvent s'appliquer aux sociétés nationales dans le pays où elle a son siège;
- la SE sera une entité très mobile: elle pourra transférer son siège d'un pays à l'autre à l'intérieur de l'UE assez facilement.

Il peut donc y avoir un besoin pour les parties concernées d'appliquer les règles de la directive, qui sont conçues principalement pour protéger les systèmes de participation, d'une manière dynamique et non seulement au moment où la SE est établie.

Il y a déjà deux dispositions dans la directive qui traitent implicitement et partiellement cette question: l'article 4 paragraphe 2 point h) (sur le contenu des accords), qui stipule que les accords devraient contenir des règles sur leur renégociation, et la partie 1 point g) de l'annexe (sur une nouvelle négociation 4 ans après que l'organe de représentation a été initialement établi). Néanmoins, ces dispositions ne mentionnent pas spécifiquement les situations susmentionnées.

¹⁸⁵ Lors de la transposition de la directive 94/45/CE, la plupart des Etats membres ont emprunté cette voie.

L'expérience de l'application de la directive 94/45/CE nous montre que la résolution de ce type de problèmes l'essentiel se fait par voie conventionnelle. Les parties concernées sont peut-être plus en mesure que les législateurs nationaux d'apporter une réponse adéquate à ces défis.

Par conséquent, il serait utile d'inclure dans les dispositions nationales qui transposent le paragraphe 2 de l'article 4 de la directive une référence aux modalités de traitement des changements survenus après la constitution de la SE, notamment à travers une nouvelle négociation ou des dispositifs d'adaptation automatique des clauses agréées. Afin que les parties à la négociation soient conscientes de l'ensemble des enjeux posés par cette problématique, il serait utile que les dispositions nationales mentionnent explicitement les trois situations mentionnées dans le document de travail n° 19 ("Détournement de procédure"), ou alors, qu'elles réfèrent au moins, d'une façon générale, l'éventualité de changement ultérieur des circonstances. Ceci constituerait un simple alerte aux parties à la négociation sur la réalité des changements ultérieures.

La problématique des changements intervenus en dehors des cas d'abus semble s'épuiser dans ce type de référence, puisque la directive ne va pas plus loin.

2. La forme de l'accord

L'article 4 ne le dit pas, mais l'article 3 paragraphe 3 de la directive est clair: l'accord conclu entre le GSN et les organes compétents des sociétés participantes doit être écrit.

La directive ne prescrit pas non plus d'autres formalités, relatives, par exemple, à la détermination d'une majorité suffisante au sein du GSN¹⁸⁶ ou aux signatures. Il semble néanmoins utile de faire signer l'original de l'accord par les mandataires des organes compétents de toutes les sociétés participantes ainsi que par tous les membres du GSN ou, au moins, par ceux qui l'approuvent¹⁸⁷. Dans un souci de sécurité juridique, l'accord devrait également être intégré ou annexé à un procès-verbal de la réunion en question dans laquelle doivent figurer les positions prises par tous les membres du GSN ou, en tout cas, la position favorable d'une majorité suffisante d'entre eux (et de travailleurs représentés). Il appartiendra aux lois nationales de fixer les détails de ces formalités.

3. Le cas spécial de la transformation

L'article 4 paragraphe 4 de la directive le stipule clairement d'une façon impérative: en cas de transformation, il n'est pas possible de réduire le niveau d'implication des travailleurs, dans tous ses éléments, existant au sein de la société en cours de transformation en SE.

Cette limite infranchissable à l'autonomie des parties explique pourquoi l'article 3 paragraphe 4, sur les modalités de vote au sein du GSN, ne traite pas de la transformation lorsqu'il s'occupe de

¹⁸⁶ Variable selon les clauses agréées (voir Doc. de travail n° 16, point 3.

¹⁸⁷ De cette façon, il sera clair que l'accord a réuni une majorité suffisante au sens de l'article 3 paragraphe 4.

la réduction des droits de participation¹⁸⁸. Aussi le point a) de la partie 3 de l'annexe de la directive, sur les dispositions de référence pour la participation, prévoit que le système existant au sein de la société en cours de transformation en SE ne subit aucune modification lors du passage à la SE.

Pour ce qui concerne la participation, les choses sont claires: l'accord ne peut que maintenir ou augmenter le niveau existant au sein de la société participante. Disposition utile puisque, conformément à l'article 13 paragraphe 2 de la directive, les dispositions nationales qui s'appliquaient à la société en cours de transformation en SE ne s'appliquent désormais pas à celle-ci.

Cette règle, en apparence simple, peut soulever des difficultés d'interprétation pratiques qu'il convient de rappeler.

En fait, elle ne semble pas empêcher en principe que des changements dans le système de participation interviennent lors de la transformation en SE d'une société anonyme régie par un tel système. Il se peut, par exemple, qu'il y ait en l'occurrence un changement dans la gouvernance de la société, du système moniste au système dualiste ou vice-versa.

Si la société transformée était régie par un système moniste et la SE a un système dualiste, il paraît évident que l'influence que les représentants des travailleurs auront, même si leur nombre ou leur proportion reste la même, sera réduite. En fait, le Conseil d'administration joue normalement un rôle beaucoup plus important et présent dans la gestion des sociétés que le Conseil de surveillance.

Même sans changement de système, on peut imaginer des situations de réduction du poids de la participation à participation quantitative égale. Par exemple, les pouvoirs conférés dans les statuts de la SE à l'organe au sein duquel les travailleurs seront représentés peuvent être plus limités que ce qu'ils ne l'étaient au sein de la société transformée¹⁸⁹.

Les deux situations évoquées (mais d'autres exemples pourraient être cités) traduisent une réelle diminution de l'intensité de la participation lors du passage à la SE. Le libellé de l'article 4 paragraphe 4 de la directive est toutefois formel: tout accord conclu entre l'organe compétent de la société participante et le GSN doit prévoir un niveau au moins équivalent d'implication des travailleurs.

Ces termes sont plus larges que ceux utilisés à l'article 3 paragraphe 4 de la directive pour préciser ce qu'on entend par réduction des droits de participation (ce qui est pertinent pour la

¹⁸⁸ Et, dans la même ligne, l'article 3 paragraphe 6 interdit au GSN de ne pas entamer les négociations ou de clore des négociations déjà entamées.

¹⁸⁹ L'article 39 paragraphe 2 du règlement nous donne un bon exemple d'une telle situation. Tout en consacrant la règle générale selon laquelle des membres de l'organe de direction sont nommés par l'organe de surveillance (situation la plus courante dans les pays où le système dualiste domine), cette disposition autorise les Etats membres à conférer ce pouvoir à l'assemblée générale ou à donner aux statuts de la SE la possibilité de le faire. Si cette faculté est utilisée (et elle le sera probablement), il se peut que les représentants des travailleurs dans l'organe de surveillance voient, de ce simple fait, leur rôle considérablement diminué.

détermination des modalités de vote au sein du GSN). Là, le seul critère est celui de la proportion de membres des organes en question, à l'exclusion de tout autre facteur d'affaiblissement de ces droits. Ici, doit être prise en compte non seulement la proportion de membres mais également d'autres variables pouvant influencer la façon dont les représentants des travailleurs sont impliqués dans la marche de l'entreprise.

Des situations telles que celles évoquées auparavant tombent donc nécessairement sous le champ d'application de l'article 4 paragraphe 4 de la directive. Par conséquent, un accord qui traduit ce type d'affaiblissement de l'implication des travailleurs serait contraire à cette disposition.

Néanmoins, le niveau d'implication doit être apprécié d'une façon globale. Il semble défendable que la diminution de l'intensité de la participation en résultat du choix du système dualiste au lieu du système moniste ou de la réduction des pouvoirs de l'organe au sein duquel la participation se fait lors du passage à la SE pourra être valablement compensée par un renforcement de la participation en ce qui concerne d'autres éléments (par exemple, une proportion de représentants plus élevée au sein du Conseil de surveillance de la SE par rapport à la proportion existant auparavant au sein du Conseil d'administration de la société anonyme transformée).

La limite à l'autonomie des parties introduite par l'article 4 paragraphe 4 de la directive concerne non seulement la participation mais également l'information et la consultation des travailleurs ("*tous les éléments de l'implication des travailleurs*"). Ceci revient à dire que l'accord ne peut que faire état de la situation existant en ce domaine au sein de la société participante et la reproduire au sein de la future SE.

L'utilité de cette règle en ce qui concerne la dimension "information et consultation" est moins évidente qu'elle ne l'est pour l'élément "participation". En tout état de cause, les dispositions nationales en matière d'information et de consultation des travailleurs devront s'appliquer à la SE, conformément à l'article 13 paragraphe 3 point a) de la directive.

La transposition de cette disposition de la directive en droit national ne semble soulever des problèmes particuliers, une transcription littérale s'avérant suffixante et adéquate.

Il reste toutefois à analyser les conséquences issues de la conclusion d'un accord en violation de la règle de l'article 4 paragraphe 4. En général, un tel accord doit, de toute évidence, être considéré nul et non avenu et, par conséquent, entraîner l'application de l'annexe de la directive. Les lois nationales devaient le prévoir explicitement.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 18

9 mars 2003

CONDITIONS D'APPLICATION DES DISPOSITIONS DE REFERENCE **– Article 7 de la directive**

Questions à analyser:

1. Est-ce que les conditions d'application des dispositions de référence de l'annexe visées au paragraphe 2 de l'article 7 s'appliquent aussi dans le cas visé à l'article 7 paragraphe 1 point a)? Dans d'autres mots, si les parties se limitent à convenir d'appliquer l'annexe, sans plus de précisions, est-ce que les conditions relatives aux pourcentages sont encore d'application?
2. Est-ce que les sociétés participantes peuvent décider de ne pas appliquer les dispositions de référence et de poursuivre malgré cela l'immatriculation de la SE? (*question déjà évoquée lors de la réunion précédente*)
3. Article 7 paragraphe 2 point a) (transformation): dans le cadre de l'application de cette disposition, est-ce que doivent être prises en compte seulement les formes de participation d'origine légale, donc contraignantes, ou aussi celles d'origine conventionnelle ou des situations *de facto*? (*la question a été évoquée dans le Doc. de travail n° 15-Rev 1 – définition de "participation"*) Que faut-il faire pour régler la situation d'une façon claire?
4. Article 7 paragraphe 2 points b) et c): aux effets du calcul des pourcentages visés dans ces dispositions, faut-il prendre en compte les effectifs des seules sociétés participantes ou aussi ceux de leurs filiales et établissements, lorsque la participation est organisée à l'échelle du groupe? (*la question a été évoquée dans le Doc. de travail n° 6-rev 3 - définition de "sociétés participantes"*).
5. Article 7 paragraphe 2 points b) et c), deuxième tiret: à quel moment et par quel moyen doit le GSN exercer son droit de faire appliquer les dispositions de référence?
6. Article 7 dernière alinéa: à quel moment et par quel moyen doit le GSN choisir la forme de participation à introduire dans la SE? Et qu'est-ce qu'on entend par "plus d'une forme de participation"? Comment concilier ce droit accordé au GSN avec la possibilité pour les Etats membres de définir des règles en absence d'une décision de la part de celui-ci? Y a-t-il des limites à cette faculté conférée aux Etats membres?

7. Si un Etat membre fait usage de la faculté visée à l'article 7 paragraphe 3, est-ce que l'interdiction d'immatriculation prévue à l'article 112 paragraphe 3 du règlement vise toute SE, quelle que soit la forme de constitution et même en absence de participation au sein des sociétés participantes, ou est-ce qu'elle vise exclusivement les SE concernées par l'article 7 paragraphe 2 point b) de la directive?

L'article 7 de la directive correspond à la même disposition de la directive 94/45/CE. Son libellé est toutefois beaucoup plus complexe, puisqu'il s'y ajoute les paragraphes 2 et 3 qui contiennent des conditions additionnelles d'application des dispositions de référence visées à l'annexe de la directive.

Ces conditions additionnelles opèrent une distinction entre les différentes formes de constitution de la SE (transformation, fusion et holding/filiale commune), ainsi que, pour ce qui concerne ces deux derniers cas, en fonction du poids relatif de la participation au sein de l'ensemble des sociétés participantes. La complexité de la disposition résulte de ces nuances.

On a déjà beaucoup dit sur le *ratio* de cette modulation (voir surtout point 3.1 du document de travail n° 16-Rev 2). Il y a toutefois certains points spécifiques dans les différents paragraphes de l'article 7 qui suscitent quelques doutes d'interprétation.

1. Article 7 paragraphes 1 et 2 (combinés)

Ainsi, pour ce qui concerne l'application combinée des paragraphes 1 et 2 de cet article, on peut s'interroger sur la question de savoir si les conditions d'application des dispositions de référence de l'annexe visées au paragraphe 2 de l'article 7 s'appliquent aussi dans le cas visé à l'article 7 paragraphe 1 point a)¹⁹⁰. Dans d'autres mots, si les parties se limitent à convenir d'appliquer l'annexe, sans plus de précisions, est-ce que les conditions relatives aux pourcentages sont encore d'application?

Une interprétation littérale nous amènerait à conclure à première vue que les conditions supplémentaires d'application des dispositions de référence stipulées au paragraphe 2 sont pleinement cumulatives avec chacune des deux situations prévues au paragraphe 1.

Alors, si, à l'issue des négociations visées à l'article 3, les parties, au lieu de définir elles-mêmes les dispositifs de mise en œuvre de l'implication des travailleurs dans la future SE, se limitent à renvoyer à l'annexe¹⁹¹, il semblerait que celui-ci ne s'appliquerait quand même que si les conditions additionnelles du paragraphe 2 sont également présentes.

Une telle interprétation nous semble abusive puisqu'elle peut conduire à contrarier la volonté des parties. Dans ce cas précis, le fait générateur de l'application des dispositions de l'annexe est en fait la volonté conjointe des parties, c'est-à-dire, un accord entre elles. Tout se passe donc

¹⁹⁰ Pour ce qui concerne le paragraphe 2, il semble évident qu'elles s'appliquent. Voir suite du texte.

¹⁹¹ La situation, bien que rare, n'est pas théorique. Dans le cadre de la directive 94/45/CE, le seul cas connu d'application des dispositions de référence de l'annexe a résulté précisément d'une décision pareille.

comme si les négociations aboutissaient à un résultat, mais les parties se contenteraient du modèle de référence de l'annexe¹⁹².

Mais, si c'est l'accord le fait générateur, alors il faut avant tout interpréter la volonté des parties: est-ce qu'elles ont voulu les dispositifs concrets d'information, de consultation et, le cas échéant, de participation des travailleurs ou est-ce qu'elles ont voulu accepter aussi toutes les conditions d'application de ces dispositions? A moins qu'il y ait des éléments explicites ou implicites dans l'accord en question permettant de retenir cette deuxième option, il nous semble que ces conditions supplémentaires ne sont pas d'application.

De toute façon, les parties qui décideront d'utiliser ce mécanisme auront tout intérêt à clarifier ses intentions dans le texte de l'accord.

2. Article 7 paragraphe 1 point b) premier tiret

Une autre question qui mérite examen est celle de la portée exacte de l'expression "*que l'organe compétent de chacune des sociétés participantes décide d'accepter l'application des dispositions de référence relatives à la SE et de poursuivre ainsi l'immatriculation de la SE (...)*" à l'article 7 paragraphe 2 point b).

Ces termes peuvent donner l'impression que les directions des sociétés participantes sont en mesure de décider en dernier ressort si oui ou non la SE aura un système de participation, même dans des situations où l'application de la partie restante de l'article 7 l'imposerait. Une telle interprétation est également abusive.

Tel qu'il résulte d'une lecture plus attentive de cette disposition, ainsi que de la prise en considération de l'ensemble des éléments d'interprétation disponibles (l'esprit des textes, l'intention du législateur), cette liberté de décision existe, certes, sur le plan psychologique, mais pas sur le plan normatif.

L'adverbe "ainsi" nous indique clairement qu'un tel choix de la part d'une ou plusieurs sociétés participantes est indissolublement associé à la renonciation à la constitution de la SE. Les sociétés participantes peuvent effectivement ne pas accepter la participation, mais à travers une telle renonciation.

On peut poser la question de savoir pourquoi l'avoir statué dans cette disposition si ce pouvoir de décision des sociétés participantes est de toute façon évident. Selon le règlement, il appartient toujours, de façon exclusive, aux assemblées générales ou à d'autres organes de ces sociétés de décider de constituer la SE. C'est l'évidence de ce fait qui est à la base de certaines interprétations selon lesquelles le pouvoir reconnu aux sociétés participantes à l'article 7 paragraphe 2 point b) vise l'exclusion de la participation dans la SE à constituer.

¹⁹² Elles peuvent même avoir intérêt à le faire plus ici que dans le cadre de la directive 94/445/CE, compte tenu des délais serrés imposés à la négociation à l'urgence que peut revêtir la constitution de la SE dans le cas d'espèce. Les parties aboutiraient au même résultat en s'abstenant de conclure un accord, mais alors les sociétés participantes devraient toujours attendre l'écoulement du délai de six mois de négociations visé à l'article 5 paragraphe 1 de la directive.

La rédaction alambiquée de cette disposition aide à la confusion. Quand on analyse toutefois les travaux préparatoires au Conseil, on comprend que, plus qu'une règle juridique, on a voulu faire passer un message politique susceptible de renforcer le consensus. En fait, l'un des arguments utilisés par les opposants du compromis qui se dessinait au Conseil au cours des deux dernières années de débats consistait à défendre qu'il ne serait pas approprié d'imposer la participation à des sociétés contre leur volonté, notamment dans des situations où la participation n'était pas majoritaire au sein de l'ensemble des sociétés participantes. L'expression en cause vise à rappeler les pouvoirs de décision ultime des sociétés participantes, ce qui est sûrement critiquable d'un point de vue de la technique législative, mais a joué un rôle important dans la création des conditions politiques pour l'adoption finale du texte.

De toute façon, les dispositions nationales de transposition clarifieront la situation. Il leur appartiendra de fixer les conditions d'application des dispositions de référence en conformité pleine avec l'ensemble de l'article 7 de la directive, en définissant ainsi le cadre juridique qui s'appliquera aux SE relevant de chaque droit national. Un bon moyen de clarifier la situation consisterait à ignorer tout simplement ce que cette disposition de la directive contient de message politique, c'est-à-dire, les mots "(...) *d'accepter l'application des dispositions de référence relatives à la SE et (...)*".

3. Article 7 paragraphe 2 point a)

A propos de l'article 7 paragraphe 2 point a) (transformation), on peut se demander si, dans le cadre de l'application de cette disposition, doivent être prises en compte seulement les formes de participation d'origine légale, donc contraignantes, ou aussi celles d'origine conventionnelle ou des situations *de facto*.

La question a été évoquée dans le Document de travail n° 15 (définition de "participation"- article 2 point k)). On a conclu alors qu'il serait indûment restrictif de limiter la protection accordée dans la directive aux systèmes de participation aux seuls cas de participation d'origine légale. On le ferait, d'ailleurs, justement dans le seul cas de transformation¹⁹³, celui qui reçoit incontestablement une protection plus forte dans la directive¹⁹⁴. Ceci irait à l'encontre de l'esprit du texte.

Lors de la transposition de cette disposition, il serait donc utile clarifier la situation, en utilisant par exemple pour la transformation les termes plus larges qui sont utilisés pour les autres formes de constitution de la SE aux points b) et c) de ce même paragraphe.

Article 7 paragraphe 2 points b) et c)

A propos du premier tiret de ces dispositions, la question suivante se pose: aux effets du calcul des pourcentages visés dans ces dispositions, faut-il prendre en compte les effectifs des seules

¹⁹³ Pour les autres formes de constitution de la SE, les points b) et c) de ce même paragraphe réfèrent des formes de participation existant au sein des sociétés participantes, ce qui recouvre, sans contestation possible, des situations d'origine conventionnelle et des situations *de facto*.

¹⁹⁴ Voir point 3 du Document de travail n° 17 et tous les exemples y évoqués de protection accrue des systèmes de participation dans le cas de la SE constituée par voie de transformation.

sociétés participantes ou aussi ceux de leurs filiales et établissements, lorsque la participation est organisée à l'échelle du groupe?

La question a été abordée au point 3 du Document de travail n° 6 Rev 3 (définition de "sociétés participantes" - article 2 point b)). On a alors évoqué les problèmes pouvant découler de la seule prise en considération des travailleurs des sociétés participantes quand la participation se fait au niveau du groupe d'entreprises.

Le problème peut en fait survenir dans deux situations différentes:

- Quand la société participante n'est pas, elle-même, régie par un système de participation des travailleurs dans ses organes sociaux, mais elle fait partie d'un groupe de sociétés avec participation. Les représentants des travailleurs siègent alors au Conseil d'administration ou au Conseil de surveillance de la société-mère de la société participante.
- Quand la participation se fait au niveau de la société participante, mais elle recouvre les filiales de celle-ci, bénéficiant donc également les travailleurs de ces dernières.

Dans le premier cas, il paraît possible de défendre qu'on est en présence d'une situation dans laquelle *"une ou plusieurs formes de participation s'appliquaient dans une ou plusieurs des sociétés participantes"*, au sens des premiers tirets des points b) et c) du paragraphe 2 de l'article 7. La définition de "participation" qui figure à l'article 2 point k) de la directive conforte cette opinion, dans la mesure où l'on y utilise le mot société d'une façon abstraite.

En revanche, le deuxième cas est plus difficilement reconductible à la prévision des dispositions en question. Celles-ci mentionnent explicitement *"les travailleurs employés dans l'ensemble des sociétés participantes"*. A moins qu'on conclue qu'il est possible d'inclure parmi ceux-ci les travailleurs des filiales des sociétés participantes à travers un recours à une notion large d'emploi qui recouvrirait également l'emploi "indirect".

Une telle interprétation suscite naturellement des doutes fondés. Il faut néanmoins reconnaître que la non prise en compte des travailleurs des filiales des sociétés participantes dans le cas où celles-ci seraient les sociétés dominantes d'un groupe régi par la participation peut vider de contenu la protection des systèmes de participation qui constitue l'un des objectifs proclamés de la directive.

La transposition de la directive dans les droits nationaux éclairera peut-être cette question.

En ce qui concerne le deuxième tiret de cet article 7 paragraphe 2 points b) et c), la question se pose de savoir à quel moment et par quel moyen doit le GSN exercer son droit de faire appliquer les dispositions de référence.

Là aussi, les dispositions nationales de transposition doivent préciser la façon dont les choses se passent. Il semble évident qu'il y aura un moment vers la fin du processus de négociation où il faudra faire un constat d'échec de celle-ci et de l'impossibilité pour les parties de conclure un accord. Si les conditions requises sont réunies, le GSN doit à ce moment là avoir la possibilité de délibérer sur l'éventuelle application des dispositions de référence de l'annexe.

4. Article 7 paragraphe 2 dernière alinéa

Lorsque les négociations échouent, toutes les conditions d'application des dispositions de référence sont présentes et il y a, au sein de sociétés participantes, des formes de participation différentes au sens des deux tirets de l'article 2 point k), il appartiendra au GSN de choisir parmi ces formes celle qui régira la SE dans le cadre de l'application des dispositions de référence.

Rappelons que les deux formes de participation en question sont de nature essentiellement différente: dans un cas, il s'agit pour les travailleurs ou pour leurs représentants d'élire ou de désigner une certaine proportion de membres du Conseil d'administration ou du Conseil de surveillance, ces membres y siégeant en leur représentation; dans le deuxième cas, il s'agit pour les travailleurs ou leurs représentants de recommander ou de s'opposer à la désignation d'une partie ou de l'ensemble des membres d'un de ces conseils¹⁹⁵.

Dès lors qu'il n'a pas eu un accord et que les dispositions de référence elles-mêmes ne tranchent pas la question, il a fallu prévoir un dispositif permettant de choisir le système à implanter dans la future SE.

Après de longues discussions, le Conseil s'est finalement mis d'accord sur la règle selon laquelle la décision appartient au GSN. D'autres solutions envisagées à l'époque, telles que celle du système majoritaire¹⁹⁶ ou celle du pays du siège de la SE¹⁹⁷, ont été écartées, faute d'un soutien suffisant.

La détermination du moment et de la façon par laquelle le GSN choisit la forme de participation à introduire dans la SE quand les circonstances évoquées ci-dessus sont présentes doit faire obligatoirement l'objet des dispositions nationales de transposition de la directive. Ces dispositions peuvent, en outre, prévoir des dispositifs subsidiaires applicables en absence d'une délibération du GSN¹⁹⁸.

¹⁹⁵ En fait, dans le seul système connu de ce type, le système néerlandais, ce droit de recommandation ou de veto concerne l'ensemble des membres du Conseil de surveillance.

¹⁹⁶ Avec deux versions possibles: on choisira celui des deux systèmes de participation qui couvre le plus grand nombre de travailleurs des sociétés participantes ou celui qui accorde aux travailleurs une représentation plus étendue au sein des organes.

¹⁹⁷ Serait alors choisi le système le plus proche de celui du pays où la SE implante son siège.

¹⁹⁸ Comme il arrive souvent dans les directives communautaires, les demandes de certains Etats membres non satisfaites (voir note précédente) se transfigurent, dans le cadre d'un compromis, en facultés qu'on leur laisse à titre subsidiaire par rapport à la solution finalement retenue.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 19

23 juin 2003

DETOURNEMENT DE PROCEDURE – Article 11 de la directive

L'article 11 de la directive impose aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour éviter l'utilisation abusive d'une SE aux fins de priver les travailleurs de droits en matière d'implication ou de les priver de ces droits.

La question de l'abus, tel que caractérisé à l'article 11, est proche, dans ses circonstances constitutives, de la problématique des changements intervenus après la constitution de la SE dans la structure ou dans le périmètre de l'ensemble d'entreprises et établissements qu'elle contrôle. Dans la plupart des cas, l'abus sera mis en lumière par des changements ultérieurs, mais pas tout changement intègre la notion d'abus.

D'autre part, indépendamment d'un constat d'abus intentionnel de la part des sociétés participantes, les changements ultérieurs peuvent mettre en évidence le fait que les mécanismes d'implication des travailleurs conçus initialement seraient différents s'ils avaient été négociés ou appliqués à titre subsidiaire en tenant compte de ces nouvelles circonstances.

Il est donc utile de bien caractériser les deux situations et d'isoler les cas dans lesquels l'abus est présent et qui exigent de ce fait un traitement contraignant spécifique, tel que l'impose l'article 11. Dans la partie finale du point 1 du Document de travail n° 17 ("Contenu de l'accord"), on a traité la problématique des changements intervenus après la constitution de la SE en dehors des cas d'abus. On se limitera donc maintenant à aborder le traitement à donner aux cas d'abus au sens de l'article 11 de la directive.

Tel qu'on l'a évoqué au point 1 du Document de travail n° 17 ("Contenu de l'accord"), à première vue, les règles de la directive ont été conçues pour s'appliquer seulement immédiatement avant et au moment où la SE est constituée. Ce concept statique soulève un certain nombre de problèmes pour trois raisons principales :

- la SE sera une entité dynamique, qui subira des changements (de nouvelles fusions et acquisitions, la cession de certaines de ses composantes, etc.); la question se pose de prévoir l'impact de ces changements sur le système de participation des travailleurs qui avait été conçu pour la situation existant au moment où la SE a été constituée;
- une fois la SE établie, indépendamment de la forme de sa constitution (la fusion, la holding, la filiale commune ou la transformation) et indépendamment du fait qu'elle a ou non la

participation, la SE ne sera pas soumise aux règles nationales en matière de participation qui peuvent s'appliquer aux sociétés nationales dans le pays où elle a son siège;

- la SE sera une entité très mobile: elle pourra transférer son siège d'un pays à l'autre à l'intérieur de l'UE assez facilement.

Ces circonstances peuvent découler de l'évolution normale de la SE, indépendamment d'une intention délibérée des sociétés participantes ou de la direction de la SE de profiter des limites de la directive pour contourner les règles et les principes de celle-ci. Ce sont les cas évoqués dans le document de travail n° 17. Mais, d'autres situations peuvent intervenir qui présentent des indices d'une telle intention. Voici quelques exemples:

- Premier exemple: afin d'éviter l'application à titre subsidiaire de règles de participation, deux sociétés régies par un système de participation constituent une SE, non directement, mais à travers certaines de leurs filiales non régies par la participation, situées dans le même ou dans un autre Etat membre. En conséquence, la participation n'est pas introduite dans cette SE, qui peut alors facilement acquérir une position dominante (ou fusionner nationalement) sur les sociétés qui la contrôlent sans devoir introduire la participation.
- Deuxième exemple: si une société d'un Etat membre sans règles de participation ou d'un pays tiers souhaite s'établir ou opérer dans un pays connaissant ce type de règles, elle est obligée, jusqu'à présent, de constituer une société dans ce pays, qui y sera soumise aux règles de participation en vigueur, comme toute autre société nationale. La SE donnera à cette société la possibilité de: (1) se transformer en SE (sans participation) et (2) de transférer ensuite son siège dans le pays avec la participation, où elle ne sera soumise à aucun type de participation.
- Troisième exemple: une SE est constituée sans participation seulement parce qu'à ce moment-là il n'y avait pas de participation au sein des sociétés participantes dû au fait que les seuils nationaux y afférents n'étaient pas alors atteints. La SE peut par la suite augmenter librement ses effectifs et ceux de ses filiales et établissements au-dessus de ces seuils sans que cela entraîne l'application de règles de participation. Le même résultat peut se produire si la non l'application des règles sur la participation était due au fait que, lors de la constitution de la SE, les pourcentages prévus à l'article 7 paragraphe 2 n'étaient pas atteints et la situation change ultérieurement.

Il s'agit d'exemples de façons de faire qui peuvent intégrer la notion d'abus visé à l'article 11 de la directive.

L'article 11 permet aux États membres de prendre toute mesure nécessaire pour d'empêcher l'utilisation abusive d'une SE aux fins de priver les travailleurs de leurs droits en matière d'implication. En fait, plus de le permettre, l'article 11 oblige les États membres à prendre ces mesures, tel que l'indique le terme "*prennent*".

Différentes solutions pourraient être envisagées pour atteindre ce but, mais il semble de la plus grande importance d'assurer que tous les États membres répondent à ces défis de la même

manière. Autrement, les sociétés et leurs travailleurs seraient discriminés selon l'État membre où les sociétés participantes sont situées et/ou où la SE a son siège.

Une solution uniforme possible pour les problèmes susmentionnés pourrait consister dans l'application des principes et des mécanismes de la directive (l'approche "avant-après" et la protection des droits acquis) non seulement au moment de la création de la SE mais tout au long de la vie de celle-ci, c'est-à-dire, à chaque fois cela qu'un changement substantiel dans la structure (de nouvelles acquisitions, de nouvelles fusions, etc.)¹⁹⁹, dans les effectifs et/ou la localisation de la SE (à travers le transfert du siège) intervient et change le cadre de référence pour les négociations²⁰⁰. Ceci, dans les cas démontrés d'intention de la part des sociétés participantes de conduire l'opération initiale de constitution de la SE d'une façon déterminée, afin de priver les travailleurs de droits d'implication qui leur reviendraient si l'opération avait été configurée de la façon qui résulte des changements.

Ceci signifie que, une fois cet abus démontré, une nouvelle négociation devrait avoir lieu dès lors que les nouveaux éléments découlant de ces trois types de changements, s'ils étaient présents à l'époque où la SE a été constituée, auraient conduit à une solution différente en ce qui concerne l'application de la partie 3 de l'annexe. Cela sera le cas si la partie 3 de l'annexe n'était pas applicable au moment où la SE a été constituée parce qu'il n'y avait initialement aucune société avec la participation et ensuite :

- une ou plusieurs sociétés avec la participation sont acquises ou fusionnent avec la SE ; ou
- le nombre de travailleurs employés par la SE ou par une de ses filiales augmente au-dessus du seuil de participation du pays concerné ; ou
- la nouvelle localisation de la SE résultant d'un transfert du siège à un pays avec des règles en matière de participation signifierait que la SE aurait été soumise à la partie 3 de l'annexe si elle avait été initialement constituée dans ce pays.

Si la nouvelle ronde de négociations ne se termine pas par un accord, alors l'annexe devrait s'appliquer, mais l'approche "avant-après" devrait être appliquée par rapport au moment où ces nouvelles négociations échouent et en ce qui concerne la SE, ses filiales et établissements et non plus en ce qui concerne la situation existant avant la création de la SE et en ce qui concerne les sociétés participantes.

La preuve de l'abus devait se faire conformément aux règles générales en la matière. Compte tenu, toutefois, des difficultés prévisibles à le démontrer, il serait utile d'établir une présomption d'abus dans le cas où ces changements interviennent dans un délai court après l'immatriculation de la SE (disons, 1 an). Cette présomption pourrait, bien évidemment, être contrariée par la preuve du contraire de la part de la SE.

Lors de la transposition de ces idées dans le texte des lois nationales mettant en œuvre la directive, on doit essayer de concevoir des solutions simples et pratiques et d'éviter d'obliger les

¹⁹⁹En fait, cela déjà a été implicitement reconnu pendant les débats au Conseil, menant à ce qui est maintenant l'article 11 de la directive.

²⁰⁰Un mécanisme semblable à celui-ci a été introduit dans le projet de directive sur la société coopérative européenne (article 8 paragraphe 3).

SEs à vivre dans une situation de négociation permanente et d'incertitude juridique sur les règles qui leur sont applicables (certaines sociétés acquièrent ou vendent des filiales à peu près chaque semaine)²⁰¹.

Afin de simplifier les choses autant que possible, la solution idéale serait d'avoir une disposition prévoyant :

- une renégociation dans les cas susmentionnés ; et
- l'application dynamique de la troisième partie de l'annexe si ces négociations échouent.

Cette disposition devrait être complétée avec une disposition spécifique relative à la partie 1 point g) de l'annexe (afin d'appliquer ces mêmes principes à la SE régie par l'annexe), ainsi qu'une autre relative à la partie 3.

Une dernière remarque: jusqu'à présent, on ne s'est occupé que des situations où l'abus visé à l'article 11 de la directive est mis en lumière à travers des changements ultérieurs. Un tel abus peut néanmoins intervenir (et être démontré *a posteriori*) indépendamment de changements ultérieurs. Par conséquent, il faut donc que les dispositions envisagées le prévoient (voir le paragraphe final).

Cette disposition mettant en œuvre l'article 11 de la directive pourrait se lire de la manière suivante :

"1. Si, après l'immatriculation de la SE, des changements substantiels se produisent au sein de la SE et de ses filiales et établissements indiquant que l'opération de constitution de la SE a été intentionnellement configurée afin de priver les travailleurs de droits de participation ou de refuser ces droits, une nouvelle négociation aura lieu. Cette négociation sera régie par les règles suivantes:

- a) elle aura lieu, à la demande de l'organe de représentation ou des représentants des travailleurs de nouvelles filiales ou établissements de la SE;*
- b) les articles 3 à 7 s'appliquent mutatis mutandis, les références aux sociétés participantes étant remplacées par des références à la SE et ses filiales et établissements, les références au moment avant l'immatriculation de la SE étant remplacées par des références au moment où les négociations échouent et le terme "groupe spécial de négociation" étant remplacé par "l'organe de représentation".*

2. Doivent être considérés des changements substantiels au sens du paragraphe précédent des changements

- *dans la structure de la SE, de ses filiales et établissements, ou*

²⁰¹ Cela a été l'une des raisons principales qui ont amené le groupe Davignon à écarter l'application pleine de l'approche "avant-après" et à proposer un modèle uniforme de participation applicable à toutes les SEs (dans ce cas, ce type de problèmes ne surviendrait pas).

- dans le nombre de travailleurs employés par la SE et ses filiales et établissements, ou
- dans la localisation du siège de la SE,

qui auraient impliqué, si ces nouveaux éléments étaient présents avant que la SE n'ait été constituée et si les négociations intervenues à ce moment-là avaient échoué, une solution différente en ce qui concerne l'application de la partie 3 de l'annexe conformément à l'article 7."

3. Sans préjudice de la preuve du contraire, les changements visés au paragraphe précédent sont présumés indiquer une intention de conduire l'opération de constitution de la SE afin de priver les travailleurs de droits de participation ou de refuser ces droits lorsqu'ils interviennent dans l'année suivant l'immatriculation de la SE.

4. La nouvelle négociation visée au paragraphe premier aura également lieu lorsqu'il est constaté par des moyens autres que des changements ultérieurs, que la SE a été constituée aux fins de priver les travailleurs de droits en matière d'implication ou de leur refuser ces droits.

La mise en œuvre de la partie 1 point g) de l'annexe devrait inclure une disposition rédigée de la manière suivante:

"Néanmoins, si les conditions visées à l'article... (la disposition précédente) sont remplies, ces négociations auront lieu dans les cas, au moment et dans les conditions régies par les règles fixées dans cette dernière disposition. "

La mise en œuvre de la partie 3 de l'annexe devrait inclure une disposition rédigée de la manière suivante:

"Dans les cas visés à l'article... (la première disposition ci-dessus) et à l'article... (la deuxième disposition ci-dessus), les règles fixées dans les alinéas ci-dessus s'appliquent mutandis de mutandis, les références aux sociétés participantes étant remplacées par des références à la SE et ses filiales et établissements et les références au moment avant l'immatriculation de la SE étant remplacées par des références au moment où les négociations échouent "

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 20

11 mars 2003

RELATIONS AVEC D'AUTRES DISPOSITIONS – Article 13 de la directive

L'article 13 de la directive organise les rapports entre les obligations découlant de celle-ci et celles découlant d'autres directives communautaires en matière d'implication des travailleurs. Ces rapports sont, dans certains cas, cumulatifs, dans d'autres cas, exclusifs.

Simplifiant, et sous réserve des précisions *infra*, la présente directive:

- prime et écarte la directive 94/45/CE (comités d'entreprise européens)²⁰² et les dispositions nationales en matière de participation²⁰³;
- n'écarte pas l'application des dispositions nationales en matière d'information et de consultation²⁰⁴.

Le schéma est facile à comprendre: l'objet de la présente directive étant la définition de dispositifs d'information, de consultation et de participation au niveau transnational à introduire au sein de la SE et du groupe d'entreprises qu'elle contrôle, l'application cumulative de la directive 94/45/CE et des dispositions nationales en matière de participation ferait un double emploi. En revanche, d'autres niveaux d'information et de consultation des travailleurs (groupe national, entreprise, établissement), qui ne tombent pas sous le champ d'application de la présente directive, doivent rester d'application, non seulement à la SE elle-même mais aussi à l'ensemble de ses filiales et établissements²⁰⁵.

De même pour ce qui concerne la participation, sujet réglé dans la présente directive. Les dispositions nationales en cette matière feraient, si elles s'appliquaient à la SE, double emploi. Néanmoins, elles restent applicable aux filiales de celle-ci²⁰⁶, puisque la présente directive ne s'occupe pas de ce qui se passe au niveau de ces filiales.

Une précision est nécessaire concernant le paragraphe 1. La directive 94/45/CE ne s'applique pas à la SE dans le seul cas où celle-ci est une entreprise de dimension communautaire ou

²⁰² Paragraphe 1.

²⁰³ Paragraphe 2.

²⁰⁴ Paragraphe 3 point a).

²⁰⁵ C'est le cas également de la directive 94/45/CE qui ne met nullement en cause ces autres niveaux d'information et de consultation – voir article 12 de la directive 94/45/CE.

²⁰⁶ Paragraphe 3 point b).

l'entreprise de contrôle d'un groupe d'entreprises de dimension communautaire, au sens de cette directive. Si elle ne possède pas une de ces qualités, la directive 94/45/CE reste d'application (bien sûr, si les conditions y visées, par exemple en matière de seuils d'effectifs, sont remplies).

Deux exemples peuvent nous aider à distinguer les deux situations. Imaginons deux entreprises de contrôle de deux groupes d'entreprise de dimension communautaire disposant chacun d'entre eux d'un comité d'entreprise européen qui fusionnent pour constituer une SE. Si l'ensemble de chaque groupe, c'est-à-dire, toutes les filiales et établissements de ces deux entreprises, est concerné par l'opération et deviennent filiales ou établissements de la SE, alors la prévision du paragraphe 1 est pleinement remplie et la directive 94/45/CE ne leur est plus applicable.

Mais, si la fusion concerne seulement certaines de filiales de ces groupes (par exemple, celles en charge des activités de recherche, ou celles appartenant à un secteur, à une branche, à une ligne de produits ou à une région), alors la ou les parties restantes, non concernées par l'opération et qui ne seront donc pas placées sous contrôle de la SE résultant de la fusion gardent le droit à continuer à disposer d'un comité d'entreprise européen, éventuellement adapté en fonction des changements intervenus²⁰⁷.

En outre, la directive 94/45/CE reste toujours applicable à la SE si le GSN a pris la décision visée à l'article 3 paragraphe 6, qui consiste à ne pas entamer des négociations ou à clore des négociations déjà en cours. C'est ce que prévoit l'article 13 paragraphe 1 deuxième alinéa, en toute logique, d'ailleurs, puisque dans ce cas il n'y aura pas de double emploi.

Enfin, le paragraphe 4 vise une autre problématique: celles de la survie des structures de représentation existant avant la SE et qui peuvent, en absence de mesures spécifiques, disparaître. Le cas le plus évident qui vient à l'esprit est celui d'un comité central d'entreprise qui n'aurait plus de base existentielle du fait que la société en question disparaît en tant que personne morale autonome en fusionnant avec d'autres pour constituer une SE. Le même effet pourrait se produire avec un comité de groupe national, si celui-ci est transformé en un réseau d'établissements par la constitution de la SE.

Le paragraphe 4 permet aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour garantir le maintien de ces structures de représentation. En reprenant les situations évoquées ci-dessus, les Etats membres peuvent par exemple assimiler le ou les établissements de la SE situés sur son territoire à une entreprise pour ce qui concerne l'application des dispositions prévoyant la création d'un comité central d'entreprise ou d'un comité de groupe.

²⁰⁷ Pourvu que les seuils d'effectifs restent remplis.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 21

23 juin 2003

DISPOSITIONS DE REFERENCE – Annexe de la directive

Partie 1: Composition de l'organe de représentation des travailleurs

On ne soulignera ici que les dispositions qui sont matériellement différentes de celles de la partie correspondante de la directive 94/45/CE²⁰⁸:

1. Point b) deuxième alinéa:

Cet alinéa fixe le principe de l'adaptation de l'organe de représentation aux changements intervenus dans l'ensemble constitué par la SE et ses filiales et établissements. Cette problématique a été évoquée à plusieurs reprises auparavant²⁰⁹, ce qui nous dispense davantage de commentaires.

2. Point e):

Les critères géographique et proportionnel pertinents pour la distribution des sièges au sein de l'organe de représentation sont les mêmes qu'on retrouve à l'article 3 paragraphe 2 point a), relatif à la composition du GSN. Les observations faites à propos de cette disposition sont pleinement valables dans le contexte de l'organe de représentation.

Partie 2: Dispositions de référence pour l'information et la consultation

1. Point a):

Les compétences de l'organe de représentation sont plus larges que celles conférées au comité d'entreprise européen. Ce point consacre, en effet, une notion de "questions transnationales" qui va beaucoup plus loin que celle qu'on retrouve au point 1 sous-point a) de l'annexe de la directive 94/45/CE. Celui-ci exigeait que la question concerne au moins deux entreprises ou établissements du groupe situés dans deux Etats membres différents.

²⁰⁸ D'autres différences existent mais elles résultent des contextes différents des deux directives et sont, de ce fait, évidentes.

²⁰⁹ Voir, par exemple, point 1.8 du Doc. de travail n° 16, point 1 du Doc. de travail n° 17 et Doc. de travail n° 19. Les données du problème sont essentiellement les mêmes ici.

La présente directive élargit substantiellement cette notion de "transnationalité". Il suffit que la question concerne un Etat membre autre que celui du siège de la SE ou qu'elle excède les pouvoirs des instances de décision locales pour qu'elle tombe sous la compétence de l'organe de représentation.

2. Point b) deuxième alinéa:

L'obligation prévue dans cette disposition de délivrance à l'organe de représentation de l'ordre du jour de toutes les réunions des organes sociaux (Conseil d'administration ou Conseil de surveillance et directoire), ainsi que de tous les documents soumis à l'assemblée générale, constitue une nouveauté importante et avec des effets pratiques substantiels par rapport à la directive 94/45/CE.

3. Point c) deuxième alinéa:

Cette disposition a deux différences importantes par rapport à la disposition correspondante de la directive 94/45/CE: d'une part, elle prévoit la réalisation d'une deuxième réunion lorsque l'organe compétent de la SE ne suit pas l'avis de l'organe de représentation; d'autre part, cette réunion a comme objectif affirmé dans la directive la recherche d'un accord entre les deux parties.

Il n'y a pas dans cette obligation de recherche d'un accord une obligation de résultat. Dans son arrêt du 12 février 1985²¹⁰, concernant des termes similaires de la directive "licenciements collectifs", la Cour de Justice l'a bien précisé, notamment au point 10 des motifs:

"(...) La directive ne porte pas atteinte à la liberté de l'employeur de procéder ou de ne pas procéder à des licenciements collectifs. Son seul objectif est de faire précéder ces licenciements par une consultation avec les syndicats et par l'information de l'autorité publique compétente (...)".

4. Point g):

Cette disposition prévoit le droit pour les membres de l'organe de représentation de bénéficier d'un congé de formation sans perte de salaire.

Partie 3: Dispositions de référence pour la participation

Les dispositions de la partie 3 de l'annexe constituent la suite logique de l'ensemble des dispositions de la directive concernant la négociation²¹¹ et les conditions d'application des dispositions de référence²¹². Les raisons qui ont amené le Conseil à choisir comme modèle de

²¹⁰ Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 12 février 1985, affaire 284/83, Dansk Metalarbejderforbund et Specialarbejderforbundet i Danmark contre H. Nielsen & Søn, Maskinfabrik A/S, en faillite, demande de décision préjudicielle: Højesteret - Danemark. *Recueil de jurisprudence* 1985 p. 553.

²¹¹ Articles 3 à 6.

²¹² Article 7.

référence en matière de participation le système le plus élevé existant au sein des sociétés participantes ont été amplement évoquées dans d'autres documents de travail.

Ce qui suscite des perplexités c'est la rédaction obscure de l'avant dernier alinéa du texte, qui est loin de constituer un modèle de clarté. Il est difficile notamment de distinguer à première vue, au fil de la lecture des différentes phrases, le rôle respectif de l'organe de représentation et des Etats membres en ce qui concerne la distribution des sièges à l'organe d'administration ou à l'organe de surveillance et la façon dont les représentants des travailleurs sont désignés.

Rien n'y est dit non plus sur les formes d'élection ou de désignation des membres représentants les travailleurs dans les organes sociaux. La seule référence qu'y figure consiste dans la possibilité pour chaque Etat membre de déterminer comment les sièges qui leur seront alloués (s'il dispose de plus d'un siège) seront repartis entre les différentes unités nationales.

L'interprétation qui paraît la plus viable et la plus conforme à la lettre de cette disposition est la suivante:

A. Distribution des sièges entre les Etats membres

- Il appartient tout d'abord à l'organe de représentation de procéder à la distribution géographique des sièges auxquels les travailleurs ont droit au sein de l'organe en question (Conseil d'administration ou Conseil de surveillance); en ce faisant, l'organe de représentation doit se tenir à des critères de proportionnalité par rapport au nombre de travailleurs employés par la SE et ses filiales et établissements dans les différents Etats membres.
- Si, en résultat de cette distribution, certains Etats membres dans lesquels la SE et ses filiales et établissements emploient des travailleurs ne disposent pas de représentants, un des sièges distribués par l'organe de représentation en fonction d'un critère de proportionnalité leur sera alloué, tout d'abord, à l'Etat du siège de la SE (s'il ne dispose pas déjà d'un représentant), ensuite (si cet Etat membre est déjà représenté) à celui des autres Etats membres qui compte avec le plus grand nombre de travailleurs.
- Le siège ainsi réalloué sera, selon le choix de chaque législateur national, ou bien un des sièges attribués initialement à un Etat membre qui en compte plusieurs (s'il y en a), ou bien un siège qui sera réservé à cet effet (les Etats membres se voyant alors attribuer les sièges restant selon le critère proportionnel)²¹³.

Ces règles doivent figurer dans toutes les lois nationales de transposition et ont une nature "principale" (c'est-à-dire, c'est la loi du pays du siège et elle seule qui régira la distribution géographique des sièges).

B. Distribution des sièges au niveau national

²¹³ Les opinions des membres du Groupe d'experts sont divergentes sur ce point, ce qui indique qu'on aura des règles différentes dans les différents pays.

La directive permet aux Etats membres de décider de la répartition des sièges parmi les unités (la SE et ses filiales et établissements) sous leur juridiction. Bien évidemment, cette possibilité n'existe que lorsqu'un Etat membre se voit conférer plus d'un siège. Si un Etat membre le fait, il s'agira clairement d'une disposition "accessoire".

C. Election ou désignation des membres

La directive ne dit rien là dessus. Il est donc admissible que certains Etats membres décident de charger l'organe de représentation de le faire²¹⁴, tandis que d'autres décident qu'il appartient aux travailleurs employés dans chaque pays ou dans le pays en question de le faire²¹⁵.

La directive ne clarifie même pas la question de savoir s'il s'agit de dispositions "principales" ou de dispositions "accessoires".

Quoi qu'il en soit, il semble inéluctable de considérer que l'élection ou la désignation des membres doit respecter ce qui résulte des 2 phases précédentes. Ceci veut dire que les dispositions y afférentes doivent prévoir que les personnes ou les entités qui éliront ou désigneront ces membres doivent les choisir en fonction de la distribution géographique des sièges faite par l'organe de représentation entre les Etats membres (Point A ci-dessus), ainsi que, le cas échéant, à l'intérieur d'un Etat membre (Point B ci-dessus).

En absence de toute indication dans la directive, les dispositions y afférentes peuvent avoir, soit une nature principale, soit une nature accessoire, ce qui exige une coordination entre les différentes lois nationales.

Afin d'éviter d'éventuels conflits de lois (positifs et négatifs), le Groupe d'experts convient que les Etats membres qui, à titre à la fois principal et accessoire, prévoient que ce soit l'organe de représentation à désigner les membres représentant les travailleurs aux organes de la SE, doivent le faire sous réserve de l'existence d'une procédure de désignation spécifique prévue, à titre accessoire, dans un autre Etat membre (pour ce qui concerne les membres en provenance de cet Etat).

A son tour, ces derniers, c'est-à-dire, les Etats membres qui estiment que la désignation doit se faire conformément aux dispositions accessoires de chaque pays concerné, doivent prévoir la compétence de l'organe de représentation pour la désignation des membres en provenance de pays qui ne disposent pas de telles dispositions accessoires.

²¹⁴ C'est le choix qui résulte de la contribution suédoise).

²¹⁵ C'est le choix qui résulte de la contribution allemande.

GROUPE D'EXPERTS "SE"

DOCUMENT DE TRAVAIL N° 22

25 juin 2003

CHECKLIST

1. La date prévue d'entrée en vigueur des dispositions nationales de transposition de la directive est-elle le 8 octobre 2004? **DT 2**
2. Avez-vous respecté la distinction entre "dispositions principales" et "dispositions accessoires", telle qu'indiqué dans le tableau qui figure au **DT 3**, ainsi que dans d'autres documents? La différente portée de ces dispositions est-elle claire?
3. En ce qui concerne le champ d'application des dispositions nationales de type "principal" (**DT 4**):
 - a) couvrent-elles les 28 pays concernés (les 25 États membres de l'UE à l'horizon 2004 et les 3 membres de l'EEE)?
 - b) avez-vous utilisé une formule générique ("pays couverts par la directive", pays destinataires de la directive", "États membres de l'UE et de l'EEE", ..., en les nommant individuellement, si nécessaire, dans le préambule), afin d'éviter des révisions des dispositions nationales à chaque élargissement?
4. Avez-vous prévu des dispositions principales telles que celles indiquées dans le **DT 5** pour ce qui concerne les effets de la non-transposition de la directive dans d'autres pays, ainsi que pour la transposition tardive ou incomplète?
5. Avez-vous clairement distingué les notions de "sociétés participantes", "filiales et établissements" et "filiales et établissements concernés", conformément au tableau qui figure au **DT 6**?
6. Avez-vous une définition de "sociétés participantes" identique à celle de la directive, avec les précisions qui figurent au **DT 6**, notamment en ce qui concerne l'élargissement de la notion de "société" dans le cas de la SE filiale commune à "autres entités de droit public ou privé" (**point B**)?

7. Pour ce qui concerne la notion de "filiale", ainsi que celle d'établissement, avez-vous pris en compte les liens de contrôle qui s'établissent en dehors du territoire des pays couverts par la directive? **DT 7**
8. Avez-vous une définition d' "établissement" (spécifique ou par renvoi)? **DT 8**
9. Avez-vous repris une définition de "filiales et établissements concernés" qui prend en compte les liens directs et indirects, ainsi que les autres précisions qui figurent dans le **DT 9**?
10. Est-il clair qui sont les travailleurs couverts par les dispositions nationales de transposition? Les travailleurs à temps partiel et ceux ayant un contrat à durée déterminé sont-ils pris en compte? **DT 10**
11. Prévoyez-vous une méthode de calcul du nombre de travailleurs employés (aux effets précisés dans le **DT 11**) instantané et valable dans le temps selon les termes évoqués dans ce DT?
12. Avez-vous des dispositions accessoires qui indiquent qui sont les représentants des travailleurs, ainsi que les modalités de leur élection ou désignation au GSN et à l'organe de représentation? **DT 12**
13. Avez-vous une définition d' "information" conforme (identique?) à la directive, y compris en ce qui concerne sa portée transnationale? **DT 13**
14. Idem pour ce qui concerne la définition de "consultation"? **DT 14**
15. Idem pour ce qui concerne la définition de "participation", avec les précisions qui figurent au **DT 15**?
16. Avez-vous prévu que les obligations d'information sur le nombre de travailleurs employés (**DT 16, points 1.1 et 1.2**):
 - a) doivent être transmises dès le début du processus?
 - b) couvrent toutes les sociétés participantes, ainsi que toutes les filiales et établissements de celles-ci?

- c) sont ventilés par entité?
 - d) font une distinction entre les travailleurs couverts par un système de participation et ceux qui ne le sont pas, en indiquant les pourcentages respectives?
17. Avez-vous des dispositions principales concernant la distribution géographique proportionnelle des membres du GSN, qui prennent en considération le nombre de travailleurs employés dans chaque pays par une société participante ou par une filiale ou établissement concerné d'une société participante (située ou non dans le même pays)? **DT 16, point 1.4**
18. En ce qui concerne les membres supplémentaires:
- a) avez-vous suivi les indications qui figurent au **point 1.5 du DT 16** concernant l'existence éventuelle de membres supplémentaires (en cas de fusion)?
 - b) toutes les conditions mentionnés aux **points 1.5 et 1.6 du DT 16** sont-elles visées?
 - c) le rapport "dispositions principales" – "dispositions accessoires", tel qu'indiqué au **point 1.6 du DT 16**, est-il clair?
 - d) avez-vous repris un critère de "représentation directe" proche de celui indiqué au sous-point c) du **point 1.6 du DT 16**?
19. Avez-vous des dispositions accessoires concernant les modalités d'élection ou de désignation des membres du GSN en provenance de votre pays qui prennent en compte tous les aspects évoqués au **point 1.6 du DT 16** et notamment:
- a) le besoin d'assurer que tous les travailleurs sont représentés et que la représentativité de chaque membre du GSN (combien de travailleurs il représente) est connue?
 - b) l'éventuel besoin d'organiser des procédures de désignation par étapes, de façon à couvrir toutes les entités pertinentes?
 - c) des procédures spécifiques d'élection ou de désignation des membres supplémentaires, avec, le cas échéant, un mécanisme de réduction de la représentativité des membres "ordinaires"?
 - d) les dispositions y afférentes sont-elles en ligne avec l'exemple donné dans les **pages 25 et 26 du DT 16**?

20. Avez-vous des dispositions principales concernant la reconstitution du GSN en cas de changement majeure, limité au cas où ces changements entraînent une nouvelle distribution géographique des sièges? **DT 16, point 1.7**
21. Prévoyez-vous que l'accord (**DT 16, point 2**):
- a) doit être écrit?
 - b) d'autres formalités qui doivent régir les négociations et la conclusion des accords visant à faciliter le contrôle de légalité?
 - c) est reconnu comme étant juridiquement contraignant dans tous les pays?
22. Avez-vous prévu des dispositions principales qui fixent les modalités de vote au sein du GSN conformément à la directive, avec les précisions qui résultent **du point 3.1 du DT 16**, notamment en ce qui concerne la façon de déterminer si oui ou non il y a réduction des droits de participation?
23. Avez-vous des règles concernant les experts, la renonciation de la part du GSN à un système d'implication transnational pour la SE et la prise en charge des dépenses du GSN (**point 3.2 à 3.4 du DT 16**)?
24. En ce qui concerne le contenu de l'accord (**DT 17**):
- a) accordez-vous l'autonomie nécessaire aux parties à la négociation (sauf dans le cas de transformation)?
 - b) mentionnez-vous de façon explicite le besoin de prévoir des dispositifs d'adaptation des accords aux changements intervenus après la constitution de la SE?
 - c) avez-vous des règles concernant la transformation qui prennent en compte les précisions indiquées au **point 3 du DT 17**?
25. En ce qui concerne les conditions de l'application de l'Annexe (**DT 18**):
- a) le prévoyez-vous de façon impérative si les sociétés participantes immatriculent la SE sans qu'un accord ait été conclu, pour autant que le GSN n'ait pas renoncé à un système d'implication transnational pour la SE (**point 2**)?
 - b) visez-vous, pour la transformation, des situations de participation autres que celles d'origine légale (**point 3**)?

- c) prenez-vous en compte les précisions relatives aux systèmes de participation organisés à l'échelle du groupe?
- d) déterminez-vous à quel moment et de quelle façon le GSN peut choisir un des systèmes de participation lorsqu'il y en a plus d'un (point 4)?

26. En ce qui concerne l'abus (DT 19):

- a) prévoyez-vous de nouvelles négociations lorsqu'un abus est mis en évidence par des changements ultérieurs?
- b) établissez-vous une présomption d'abus?
- c) prévoyez-vous d'autres cas d'abus?

27. Les relations entre les dispositions de transposition de la directives et celles qui transposent d'autres directives communautaires, ainsi que d'autres dispositions nationales en matière d'information, consultation et participation sont-elles organisées conformément aux règles énoncées à l'article 13 de la directive? DT 20

28. Les parties 1 et 2 de l'annexe sont transposées en tenant compte des précisions données dans le DT 21?

29. Idem pour ce qui concerne la partie 3 de l'annexe?